

COLLANA DELLE PUBBLICAZIONI
DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"

QUADERNI DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

Comitato scientifico:

Prof.ssa Agata Cecilia Amato Mangiameli, Prof. Andrea Buratti, Prof. Cristiano Cupelli, Prof. Antonio D'Atena, Prof. Alessandro Dani, Prof. Luigi Daniele, Prof.ssa Maria Rosa Di Simone, Prof. Marco Fioravanti, Prof.ssa Rosa Maria Geraci, Prof.ssa Alessandra Gianelli, Prof. Giovanni Guzzetta, Prof. Raffaello Lupi, Prof.ssa Stefania Mabellini, Prof. Venerando Marano, Prof. Francesco Saverio Marini, Prof. Gian Piero Giuseppe Milano, Prof.ssa Donatella Morana, Prof.ssa Federica Mucci, Prof. Nino Paolantonio, Prof. Eugenio Picozza, Prof. Aristide Police, Prof. Roberto Rampioni, Prof. Adolfo Scalfati, Prof.ssa Elda Turco Bulgherini.

Direzione:

Prof. Luigi Daniele

Comitato di redazione:

Marta Bernardini, Simona Claudiani, Francesca Morganti, Giorgia Padua, Giovanni Pennetta, Luigi Prosia, Simona Terracciano, Diana Tenenbaum, Chiara Venturini (Coordinatrice).

La corrispondenza, inviata alla direzione o alla redazione della Collana, va indirizzata a quaderni.pubblico@gmail.com.

I contributi sono sottoposti alla procedura di referaggio anonimo, conformemente al Regolamento della Collana dei Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico, pubblicato sul sito www.dot.dirittopubblico.uniroma2.it.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

QUADERNI DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

-3-

L'emergenza pandemica e l'impatto sul diritto
pubblico: innovazione e prospettive future

a cura di Donatella Morana e Stefania Mabellini

WOLTERS KLUWER
Milano

Il presente volume è stato pubblicato con i fondi del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

INDICE

Notizie sugli Autori.....	1
DONATELLA MORANA - STEFANIA MABELLINI, Introduzione	5

SEZIONE PRIMA

LEZIONI

GIOVANNI GUZZETTA, DPCM e Costituzione anche alla luce della sent. 198/2021 della Corte costituzionale.....	13
NICOLA LUPO, I regolamenti parlamentari dopo la pandemia (e dopo la riduzione del numero dei parlamentari)	31

SEZIONE SECONDA

L'EMERGENZA SANITARIA TRA DIRITTO E DIRITTI

MARIA TARANTINO, Alcune considerazioni sulla confluenza dei decreti-legge.....	51
SIMONA CLAUDIANI, Brevi note sui DPCM: tra emergenza e stabilizzazione	63
LUIGI PROSIA, <i>Privacy</i> o salute pubblica? Un apparente dilemma	75
LAURA TARANTINO, L'obbligatorietà del vaccino e il consenso informato	87

VI

MARINA EUGÊNIA COSTA FERREIRA, La vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 in Brasile.....	99
CAMILA ALMEIDA PORFIRO, Reddito di emergenza e reddito di base: le condizioni materiali della democrazia.....	111
FEDERICA PALOMBA, La continuità dei servizi pubblici alla prova dell'emergenza: la revisione del contratto di concessione	123
MARIACHIARA SORMANI, Stipulazione delle convenzioni di arruolamento del personale marittimo durante l'emergenza Covid-19: esigenze di semplificazione e relative soluzioni normative.....	135
MARCO MARIA CELLINI, L'annullamento straordinario <i>ex art.</i> 138 T.U.E.L. oltre l'emergenza.....	145
MARINA RIGHI, Pandemia e capacità di personalizzazione degli interventi tributari.....	155

SEZIONE TERZA

DALLA RESPONSABILITÀ *DELLA* PANDEMIA ALLE
RESPONSABILITÀ *PER* LA PANDEMIA

LUCA PANICO, Uomo, ambiente, diritto.....	167
CHIARA VENTURINI, La presunta complicità di OMS e Cina nella diffusione di Covid-19	179
VALERIA APICELLA, La responsabilità degli enti ospedalieri <i>ex d. lg.</i> 231/2001 e l'incidenza dell'emergenza Covid-19	191
EMANUELE FRATTO ROSI GRIPPAUDO, La influencia de la pandemia de Covid-19 sobre el juicio de responsabilidad administrativa.....	203

COSIMO PEDULLÀ, Violazione delle prescrizioni anti-Covid: strategie di <i>public enforcement</i> tra illecito penale e illecito amministrativo. spunti per la costruzione di un modello sanzionatorio improntato al canone della scalarità dell'offesa.....	213
DIANA TENENBAUM, Il contagio sui luoghi di lavoro: il ruolo dei dati epidemiologici ai fini dell'accertamento del nesso causale	225
BIANCA BALLINI, Il rischio Covid nei luoghi di lavoro: l'imputabilità al datore del contagio del dipendente.....	237
MARTA BERNARDINI, La responsabilità penale del medico a seguito dell'emergenza sanitaria	247
STEFANIA TREDICI, Il delitto di epidemia ai tempi del Coronavirus.....	259

SEZIONE QUARTA

LA PANDEMIA ENTRA NEL PROCESSO

ILARIA GIUGNI, Covid-19 e prescrizione. Dalle decisioni della Corte costituzionale alle più recenti riforme	273
ANNAMARIA CIAMARRA, Il dialogo fra Corti in ordine alle ipotesi di sospensione della prescrizione di origine pandemica ..	285
GIULIA DI PARDO, Il processo cartolare in Cassazione. per una teoria dell'oralità utile	297

SEZIONE QUINTA

OLTRE LA PANDEMIA. UNO SGUARDO VERSO IL FUTURO

VIII

GIOVANNI PENNETTA, Il nuovo ruolo dello Stato nell'economia: innovazione e infrastrutture sociali	311
SIMONA TERRACCIANO, Il recupero della centralità della burocrazia quale snodo della ricostruzione post-pandemica	323
PIETRO CUTAIA, La transizione al digitale della Pubblica Amministrazione: criticità presenti e scenari futuri	335
GABRIELE DAMMICCO, L'informatizzazione dell'attività amministrativa nella ripresa post-pandemica fra diritti digitali e reingegnerizzazione dei procedimenti	345
ANNA PAIANO, Il trasporto pubblico locale, tra normativa emergenziale ed esigenze di riforma del servizio	357
FRANCESCA MORGANTI, L'impatto dell'emergenza pandemica sugli strumenti della sanità digitale: <i>status quo</i> , prospettive, rischi	369
Appendice	381

NOTIZIE SUGLI AUTORI

GIOVANNI GUZZETTA, Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

NICOLA LUPO, Professore ordinario di Diritto delle Assemblee Elettive presso il Dipartimento di Scienze Politiche della LUISS Guido Carli

DONATELLA MORANA, Professoressa ordinaria di Istituzioni di Diritto Pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

STEFANIA MABELLINI, Professoressa associata di Diritto Costituzionale presso il Dipartimento di Storia, Patrimonio Culturale, Formazione e Società dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

VALERIA APICELLA, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

BIANCA BALLINI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXIV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

MARTA BERNARDINI, Dottoressa di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXIII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

MARCO MARIA CELLINI, Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

ANNAMARIA CIAMARRA, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

SIMONA CLAUDIANI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Costituzionale, XXXIV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

MARINA EUGÊNIA COSTA FERREIRA, Avvocata e Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Costituzionale, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

PIETRO CUTAIA, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

GABRIELE DAMMICCO, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

GIULIA DI PARDO, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

EMANUELE FRATTO ROSI GRIPPAUDO, Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto Pubblico con attestazione aggiuntiva di *Doctor Europaeus*, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

ILARIA GIUGNI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXIV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

FRANCESCA MORGANTI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Costituzionale, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

ANNA PAIANO, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Costituzionale, XXXV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

FEDERICA PALOMBA, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

LUCA PANICO, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Teoria Generale dello Stato, XXXV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

COSIMO PEDULLÀ, Magistrato Ordinario in Tirocinio, Tribunale di Roma, e Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXIV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

GIOVANNI PENNETTA, Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXIII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"; Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo presso la LUISS Guido Carli

CAMILLA ALMEIDA PORFIRO, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Costituzionale, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

LUIGI PROSIA, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Teoria Generale dello Stato, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

MARINA RIGHI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Tributario, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

MARIACHIARA SORMANI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto della Navigazione, XXXV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

LAURA TARANTINO, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

MARIA TARANTINO, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Istituzioni di Diritto Pubblico, XXXV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

DIANA TENENBAUM, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXVI ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

SIMONA TERRACCIANO, Avvocata e Dottoressa di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Amministrativo, XXXIII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

STEFANIA TREDICI, Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Penale, XXXV ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

CHIARA VENTURINI, Dottoressa di ricerca in Diritto Pubblico, *indirizzo*: Diritto Internazionale, XXXIII ciclo, presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

INTRODUZIONE

La terza edizione dei Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico – inserito all'interno della Collana delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata" – viene alle stampe a poco meno di due anni dall'inizio dell'emergenza sanitaria conseguente alla pandemia da Covid-19.

Quasi ineluttabilmente, quindi, l'emergenza pandemica non poteva restarne fuori.

L'intento che ci si propone non è, tuttavia, quello di sondare la risposta che, nell'immediato, l'ordinamento giuridico, chiamato ad una inedita sfida di portata globale, è stato in grado di apprestare, quanto piuttosto misurarne gli effetti sistemici, talvolta inaspettatamente positivi, che ne sono conseguiti.

In altre parole, non può non constatarsi che, in alcuni settori, l'esigenza di fronteggiare la crisi pandemica abbia rappresentato, in definitiva, un'opportunità, agendo a mo' di accelerante di processi innovativi che perduravano da tempo in una protratta fase germinale. Si consideri, in questo senso, il ripensamento del ruolo dello Stato come motore per l'innovazione in campo tecnologico, ambientale e sociale (su cui si concentra il contributo di G. PENNETTA), nonché la funzione indispensabile svolta dai sistemi tributari nello scenario post-pandemico (M. RIGHI) e la tendenza globale verso le politiche pubbliche dirette a contrastare la povertà (C. ALMEIDA PORFIRO); oppure, la spinta verso la digitalizzazione sia della Pubblica Amministrazione – in relazione alla quale si sono introdotte misure dirette ad attuare il principio del *digital first* (P. CUTAIA) –, sia dei servizi sanitari, rispetto ai quali ci si muove nella duplice direzione di potenziamento tecnologico delle prestazioni erogate, nonché di trasferimento dal mondo fisico all'ambiente digitale (F. MORGANTI). D'altra parte, il rafforzamento del ruolo delle tecnologie dell'informazione nell'Amministrazione e la conseguente reingegnerizzazione

delle procedure rappresentano, oltre che uno strumento di attuazione dell'art. 97 Cost., una fondamentale condizione d'accesso alle risorse messe a disposizione dall'Unione europea, come risposta alla crisi pandemica, attraverso il piano c.d. *Next Generation EU* (G. DAMMICCO). La sfida che si presenta all'Amministrazione richiede, però, di affrontare con risolutezza la perdurante "emergenza formativa" dei dipendenti pubblici (profilo su cui si sofferma il contributo di S. TERRACCIANO).

Non può, tuttavia, tacersi che la pandemia ha, in qualche circostanza, messo in risalto croniche criticità.

Si pensi al sistema delle fonti del diritto – già sottoposto da tempo a vistose torsioni –, nel quale l'esigenza di una reazione all'emergenza, da un lato, sembra aver avviato una "*mobile ricombinazione di fonti e gerarchie*", di cui lo strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri rappresenta un fattore trainante (come osserva S. CLAUDIANI), dall'altro, pare aver enfatizzato singolari fenomeni di intreccio tra provvedimenti di urgenza, alimentando l'adozione di leggi "matrioska" e decreti-legge "Minotauro" (espressioni suggestivamente rievocate da M. TARANTINO); si consideri, inoltre, l'impatto sulla *privacy* determinato dalle nuove tecnologie, le quali si rivelano strumenti di contrasto della pandemia tanto efficaci quanto intrusivi (L. PROSIA); in aggiunta, si può ricordare il settore del trasporto pubblico locale, nel quale, peraltro, l'adattamento dell'offerta alle nuove esigenze di mobilità, anche nella felice ipotesi di una adeguata disponibilità di risorse, non è immediato, a fronte dei tempi necessari alla realizzazione delle opportune opere infrastrutturali (A. PAIANO).

Inoltre, nel Volume, gli Autori non mancano di indagare il complesso e variegato piano delle responsabilità.

Prendendo avvio dal legame tra fenomeno pandemico e cambiamenti ambientali causati dall'uomo (L. PANICO), l'indagine spazia dal fronte internazionale, soffermandosi sulla controversa questione della responsabilità – condivisa ovvero separata – della Cina e dell'Organizzazione Mondiale della Sanità nella diffusione del virus Covid-19 (C. VENTURINI), al fronte interno, esaminando ora la responsabilità penale connessa al delitto di epidemia, ritenuto di problematica applicazione a meno di non accedere ad una lettura estensiva di alcuni elementi costitutivi del reato (S. TREDICI), ora la responsabilità penale del datore di

lavoro per il contagio del lavoratore, in relazione alla quale si evidenzia la *probatio diabolica* della causalità materiale e la possibilità di percorrere la via dell'anticipazione della tutela attraverso il modello dell'illecito di pericolo astratto (B. BALLINI), ovvero quella dei dati epidemiologici per la prova della causalità individuale (D. TENENBAUM), ora, infine, la questione della responsabilità in ambito sanitario. In relazione a questo punto, in particolare, si evidenziano gli aspetti di iniquità di un ordinamento giuridico che indirizzi la risposta sanzionatoria nei confronti degli operatori sanitari, ovverosia proprio di coloro i quali si sono trovati in prima linea nel contrasto al virus (C. PEDULLÀ) e si sottolinea come l'emergenza pandemica abbia, ancora una volta, posto sul tappeto la necessità di proteggerli dal rischio penale, non solo sollecitando una nuova riflessione sulla responsabilità medica (M. BERNARDINI), ma anche incentivando una traslazione verso l'alto delle responsabilità in ambito sanitario, con la configurazione del rischio del *deficit* organizzativo sui vertici (V. APICELLA).

Ma non è tutto. Non v'è settore dell'ordinamento che sia stato risparmiato dagli effetti della pandemia: dai contratti di concessione dei servizi pubblici, rispetto ai quali la crisi sanitaria ha determinato una inopinata alterazione dell'equilibrio contrattuale, imponendo di ricercare rimedi legali e contrattuali atti a garantire la continuità del servizio (F. PALOMBA), alle convenzioni di arruolamento del personale marittimo, adattate alle emergenti esigenze di semplificazione (M. SORMANI); dal giudizio di responsabilità amministrativa, la cui riforma suscita dubbi di legittimità costituzionale (E. FRATTO ROSI GRIPPAUDO), all'annullamento straordinario *ex art. 138 T.U.E.L.*, oggetto di un rinnovato interesse proprio a seguito dell'evento pandemico (M.M. CELLINI); dalla sospensione emergenziale della prescrizione – ora esaminata in relazione al dialogo tra le Corti (A. CIAMARRA), ora indagata anche per soppesarne la possibile influenza sulle riforme dell'istituto attualmente *in itinere* (I. GIUGNI) – all'esame dei possibili sviluppi del processo di legittimità cartolare e dell'abbandono del contraddittorio in Cassazione, adottati in risposta all'emergenza pandemica (G. DI PARDO).

Infine, alcuni percorsi di indagine si concentrano sulle strategie messe a punto per l'uscita dall'emergenza sanitaria, in

particolare attraverso il ricorso alla vaccinazione, che viene esaminata sia in rapporto alla problematica determinazione del consenso “informato” del paziente (L. TARANTINO), sia in relazione alla questione dell’obbligatorietà, trattata dal punto di vista dell’ordinamento brasiliano (M.E. COSTA FERREIRA).

Ad affiancare i contributi dei dottorandi e dei dottori di ricerca, proseguendo nel solco di una impostazione ormai consolidata, sono, anche in questa occasione, due *lezioni magistrali*, tra le più rilevanti, organizzate nell’ambito del corso di dottorato: la prima, tenuta dal prof. G. GUZZETTA il 27 maggio 2020, avente per tema “*Le fonti per l’emergenza nell’ordinamento italiano. Profili problematici*”; la seconda, svolta dal prof. N. LUPO l’11 maggio 2021, su “*I regolamenti parlamentari dopo la pandemia (e dopo la riduzione del numero dei parlamentari)*”.

In particolare, il contributo del prof. GUZZETTA mette in evidenza come i DPCM, nei quali si sono espresse le fondamentali scelte di indirizzo politico dirette al contrasto della pandemia, abbiano dischiuso un sistema di “*fonti dell’emergenza*” – estraneo, invero, al modello tradizionale – destinato a ripercuotersi sulla forma liberal-democratica dello Stato costituzionale.

La riflessione del prof. LUPO, coglie, nell’emergenza pandemica, non solo un ulteriore fattore – in concorso con la mancata capacità di auto-riforma, a livello sia costituzionale, sia sub-costituzionale – in grado di spingere il Parlamento in una condizione di emarginazione, ma anche il ruolo di volano per lo sviluppo dei fenomeni di digitalizzazione delle stesse istituzioni parlamentari, incoraggiate ad avviare una profonda trasformazione delle modalità organizzative dell’attività, anche attraverso una “re-ingegnerizzazione” dei principali procedimenti svolti in Parlamento.

In conclusione, dai trenta contributi pubblicati emerge la percezione che la reazione all’emergenza pandemica possa, prospetticamente, anche preludere ad una benefica rigenerazione. Una sfida da raccogliere in ogni ramo dell’ordinamento.

Per la preziosa collaborazione prestata nella redazione del Volume le Curatrici non possono che esprimere un vivissimo ringraziamento ai componenti tutti del Comitato di Redazione (le dottoresse Marta Bernardini, Simona Claudiani, Francesca Morganti, Giorgia Padua, Diana Tenenbaum, Simona Terracciano, i

dottori Giovanni Pennetta e Luigi Prosia) e in particolare, per il generoso supporto costantemente offerto, alla coordinatrice del Comitato, la dott.ssa Chiara Venturini.

Roma, 1° dicembre 2021

DONATELLA MORANA - STEFANIA MABELLINI

SEZIONE PRIMA

LEZIONI

DPCM E COSTITUZIONE ANCHE ALLA LUCE DELLA SENT. 198/2021 DELLA CORTE COSTITUZIONALE*

GIOVANNI GUZZETTA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I Decreti del Presidente del Consiglio nel contesto della pandemia. – 3. Il tema dell'emergenza e della necessità sullo sfondo della vicenda. L'inderogabilità dell'ordine delle competenze secondo la Corte costituzionale. – 4. La diversa tecnica utilizzata dalle norme sulla produzione dei DPCM. – 5. Necessità o opportunità di ricorrere allo strumento del DPCM? – 6. Il decreto-legge come norma sulle fonti. – 7. Era/è costituzionalmente legittima la soluzione adottata dal decreto-legge nell'attribuire ai DPCM siffatti poteri? – 8. I DPCM come ordinanze di necessità. – 9. I DPCM come atti amministrativi. La sent. 198/2021 della Corte costituzionale. – 10. Conclusione.

1. Premessa

Dopo quasi due anni di pandemia e l'enorme dibattito che, su scala planetaria, si è sviluppato intorno alle implicazioni giuridico-costituzionali degli interventi assunti per fronteggiarla, è possibile, nell'ambito di un saggio breve, compiere solo alcune riflessioni d'insieme per tentare di evidenziare sistematicamente i vari nodi problematici che sono emersi.

Sempre per ragioni di economia espositiva, il presente contributo si limita a un'analisi nella prospettiva del solo diritto positivo italiano.

* Testo rielaborato dall'Autore a seguito della *lectio magistralis* tenutasi il 27 maggio 2020. Contributo non sottoposto a referaggio in quanto proveniente da autore di chiara fama.

2. I Decreti del Presidente del Consiglio nel contesto della pandemia

Benché, com'è noto, l'istituto del DPCM preesistesse alle vicende pandemiche, non v'è dubbio che l'utilizzo e la relativa disciplina in questo periodo abbiano mostrato delle evidenti discontinuità rispetto al passato. Il *nomen*, peraltro, è tradizionalmente associato all'esercizio di funzioni assai diverse, sia a carattere amministrativo e di alta amministrazione che regolamentare.

La forma del DPCM non era invece espressamente richiesta in materia di protezione civile: l'art. 5 d. lg. 2 gennaio 2018, n. 1, prevede, infatti, che il Presidente del Consiglio detenga poteri di ordinanza in materia di protezione civile, che esercita normalmente tramite il Capo del Dipartimento della Protezione civile, a meno che tale esercizio non sia a lui espressamente attribuito dal Decreto che dichiara lo stato di emergenza di cui all'art. 24 del medesimo codice¹.

La base legale dell'attribuzione del potere di emanare i particolari DPCM nell'epoca pandemica si trova invece esclusivamente nella disciplina recata dai dd.ll. 23 febbraio 2020, n. 6, e soprattutto 25 marzo 2020, n. 19².

¹ Da notare che la Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020, dichiarativa dello stato di emergenza a causa della diffusione del virus Covid-19 non prevedeva alcuna deroga all'art. 5 quanto al potere di ordinanza del Presidente del Consiglio, e anzi ribadiva che “*per l'attuazione degli interventi di cui dell'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 in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico*”.

² Convertito con modificazioni dalla l. 22 maggio 2020, n. 35 e successivamente più volte integrato e modificato da altri decreti-legge. Le numerose modifiche intervenute al decreto-legge 19 nel corso del tempo imporrebbero un esame segmentato a seconda dei vari periodi di vigenza delle singole disposizioni. In questa sede ci si limiterà a considerare la “versione” vigente al momento della stesura del presente saggio.

Considerando in particolare quest'ultimo³, è sulla base di esso che dal 25 marzo 2020 sono stati adottati ben undici DPCM.

Non vi sono dubbi sulla circostanza che le norme dei decreti-legge in questione, nel disciplinare la potestà di adottare DPCM (e le “misure” che questi possono assumere per fronteggiare l'emergenza), siano inquadrabili tra le fonti *lato sensu* sulla produzione giuridica, nel senso che essi, più che adottare disposizioni di applicazione immediata ai sottoposti⁴, disciplinano i procedimenti volti all'adozione di tali “misure”. In senso lato dunque, a prescindere, per il momento dalla qualificazione formale dei DPCM, i decreti-legge attribuiscono ad essi poteri (seppure su base temporanea) di costituzione, modificazione o estinzione di situazioni giuridiche soggettive e di rapporti giuridici.

I decreti-legge hanno dunque costruito un sistema di atti dispositivi⁵ per fronteggiare la pandemia che ha trovato nel DPCM il proprio perno, benché nel contesto di un articolato sistema⁶.

Come fonte sulla produzione i decreti-legge in questione si articolano in un duplice serie di disposizioni. Da un lato indicano una pluralità di possibili misure che il DPCM può assumere, assieme a determinati presupposti per la loro adozione, dall'altro individuano un'articolata procedura di formazione.

Per ragioni di spazio mi occuperò solo della prima tipologia di disposizioni.

In particolare, l'art. 1 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19⁷ prevede un elenco di 31 possibili e distinti “contenuti” del DPCM, che

³ Il primo è stato, per le parti che qui interessano, abrogato dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che, da allora, ha costituito la “base legale” di tutti i successivi DPCM.

⁴ Si veda essenzialmente l'art. 4 d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che disciplina le sanzioni per le violazioni delle misure adottate.

⁵ Utilizziamo tale espressione per comodità attesa la dibattuta natura di tali “misure”.

⁶ Si pensi, da un lato ai poteri assegnati a organi dello Stato, a cominciare dal Ministro della Salute e dai Prefetti (questi ultimi abilitati dall'ultimo comma dell'art. 1 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 a imporre “*lo svolgimento delle attività non oggetto di sospensione in conseguenza dell'applicazione di misure di cui al presente articolo, ove ciò sia assolutamente necessario per assicurarne l'effettività e la pubblica utilità*”) e, dall'altro, ai poteri riconosciuti in capo agli organi regionali e degli enti locali.

⁷ Il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 originariamente prevedeva una clausola residuale che consentiva l'adozione di “*ulteriori misure di contenimento e*

abbracciano una serie amplissima di situazioni giuridiche soggettive di rilevanza costituzionale: dalla libertà di circolazione a quella di riunione⁸, dall’iniziativa economica a quella religiosa, dal diritto allo studio⁹ alla libertà di espatrio. A ciò è da aggiungere che il “campo di azione” lasciato ai DPCM riguarda anche attività riconducibili alla più generale libertà da prestazioni personali imposte di cui all’art. 23 Cost.

La definizione del perimetro materiale di tali attribuzioni (esercitabili su parti o sull’intero territorio nazionale) è accompagnata da alcune indicazioni di tipo finalistico e modale. In particolare l’art. 1 comma 1 indica la finalità di “*contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19*”; il comma 1 e soprattutto il comma due prevedono: a) la possibilità di modularne l’applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l’andamento epidemiologico del predetto virus; b) la necessità di adottare tali misure “*secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso*”.

Limitando il discorso a questo segmento della problematica si possono, dal punto di vista del diritto costituzionale, sollevare i seguenti interrogativi: a) era/è costituzionalmente necessario ricorrere al sistema dei DPCM per fronteggiare l’emergenza?; b) era/è opportuno tale ricorso c) era/è costituzionalmente legittimo, in generale, per un decreto-legge porre norme sulla produzione istituendo un sistema articolato di dispositivi per adottare tali misure; d) era/è costituzionalmente legittima la soluzione concretamente adottata dal decreto-legge nell’attribuire ai DPCM siffatti poteri?

gestione dell’emergenza” (abrogato dall’art. 5, comma 1, lett. a) d.l. 25 marzo 2020, n. 19).

⁸ La “*limitazione o divieto delle riunioni o degli assembramenti in luoghi pubblici o aperti al pubblico*” è stata poi soppressa in sede di conversione, dall’articolo 1, comma 1, della l. 22 maggio 2020, n. 35, che però ha mantenuto, con modifiche, la previsione della “*limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni altra forma di riunione o di assembramento in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo, ricreativo e religioso*”.

⁹ Alla possibilità di sospensione di ogni attività scolastica e universitaria veniva accompagnata la mera “*possibilità del loro svolgimento di attività in modalità a distanza*”, art. 1, comma 1, lett. p), d.l. 25 marzo 2020, n. 19.

3. Il tema dell'emergenza e della necessità sullo sfondo della vicenda. L'inderogabilità dell'ordine delle competenze secondo la Corte costituzionale

Sempre per ragioni di spazio, non è possibile affrontare qui un approccio alla problematica che escluderebbe in radice l'esame dei profili di costituzionalità dei decreti sulla base della Costituzione vigente.

Non sono mancati infatti autori (secondo una linea peraltro molto risalente di riflessione) che hanno ritenuto metodologicamente inapplicabile lo schema del controllo di costituzionalità sul presupposto che, in realtà, gli atti che adottano misure emergenziali non sono legittimati dalle norme sulla produzione e sulla competenza positivamente previste, ma costituiscono (essi o gli atti che li hanno previsti e disciplinati) fatti normativi *extra-ordinem* irriducibili all'ordinamento legale e giustificati, a seconda degli approcci, dalla necessità come fonte, dalla ragion di stato, dall'effettività conseguita, ecc. ecc.

Si tratta di un crinale estremamente affascinante e che andrebbe approfonditamente esaminato. Ci si limita in questa sede a segnalare che, al di là delle opinioni dottrinali, in passato, la Corte costituzionale ha escluso l'applicazione di simili argomenti a proposito delle ordinanze di necessità ed urgenza, ma con affermazioni che appaiono estensibili anche ad altre tipologie di atti, soprattutto se emergenziali. Nella sentenza 28 luglio 1959, n. 50, la Corte ha infatti messo in chiaro che *“non può trovare applicazione nella specie la tesi che attribuisce carattere ed efficacia di fonte del diritto alla necessità, poiché nell'ambito dell'ordinamento costituito non esiste alcuna possibilità di derogare all'ordine delle competenze”*.

4. La diversa tecnica utilizzata dalle norme sulla produzione dei DPCM

La tecnica utilizzata dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 differisce rispetto dal regime delle ordinanze di necessità (previsto, ad esempio, dal codice della protezione civile) e come delineato

dalla Corte costituzionale, sotto almeno due profili. Il primo è che nel caso dei DPCM non sono previsti espressamente i limiti (e anche i poteri derogatori rispetto alla legislazione vigente) applicabili alle ordinanze di necessità; il secondo è che nel caso del DPCM il contenuto “tipico” delle misure da introdurre mediante quest’ultimo tipo di atto è “prestabilito”, seppure nell’ambito di un ventaglio di opzioni, nel suo nucleo essenziale dalla fonte primaria stessa.

Sorvolando su questo punto, che andrebbe anch’esso approfondito¹⁰, e assumendo che lo schema operativo previsto sia semplicemente quello di consentire all’atto del Presidente del Consiglio di appropriarsi dei contenuti regolatori “predisposti” dalla fonte primaria, di tal ch  la decisione sostanziale sarebbe gi  stata assunta a livello dell’atto avente forza di legge, gli interrogativi pi  sopra formulati rimangono pur sempre validi.

5. Necessit  o opportunit  di ricorrere allo strumento del DPCM?

Su questo punto non si pu  che essere telegrafici. La circostanza che la costituzione non preveda un regime di emergenza, non significa,   ovvio dirlo, che essa non stabilisca modalit  particolari per far fronte a situazioni di necessit  ed urgenza. E, quale che sia la ricostruzione che si vuol dare alla natura del decreto-legge (fonte legale o fonte *extra-ordinem* “legalizzabile” con la conversione) non vi pu  essere dubbio sui seguenti dati. Innanzitutto, se si esclude l’art. 78 (poteri conferiti al governo in caso di guerra), il decreto-legge (e il relativo procedimento di conversione parlamentare)   l’unica modalit  prevista dalla Costituzione con cui si possa intervenire di fronte all’emergenza, allorch  si tratti di incidere sul sistema primario delle fonti. Prova ne sia che l’art. 77 esordisce con un comma, che non  , come qualcuno ironicamente ricordava, caduto dall’art. 76, ma vale proprio a rammentare la natura derogatoria (e quindi speciale e insuscettibile di applicazione analogica) della procedura di

¹⁰ Andrebbe infatti verificato se effettivamente i DPCM e gli altri atti cui rinvia il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, si siano limitati a riprodurre pedissequamente le misure indicate nella fonte primaria.

emergenza disciplinata dai commi successivi. In secondo luogo, il decreto-legge, non incontra limiti spaziali o temporali, esso è attivabile, come del resto storicamente accaduto, sia per situazioni localizzate geograficamente che per situazioni reiterate nel corso del tempo, allorché – come ricorda la stessa Corte costituzionale (anche là dove sanziona in via generale la reiterabilità¹¹) – le circostanze e i presupposti di fatto che avevano giustificato il primo intervento vengano a mutare, ad esempio aggravandosi.

Esclusa l'ammissibilità di fonti di emergenza generali¹², ragionare in termini di opportunità di fonti alternative (quali nella fattispecie sarebbero i DPCM) non dovrebbe nemmeno aver cittadinanza. Certo a giustificarle non potrebbe essere l'idea che vi sia un'urgenza così "urgente" che nemmeno il decreto-legge possa essere abbastanza... urgente. Si tratta di argomenti discutibili in astratto. Intanto, se i Costituenti avessero considerato il decreto-legge non abbastanza tempestivo (e all'epoca il rischio che non riuscisse ad esserlo forse era maggiore di oggi) avrebbero previsto qualche soluzione ancor più tempestiva¹³. Oggi al contrario, una simile perplessità è del tutto infondata: cosa impedisce infatti al governo di sedere in permanenza o di restare collegato in via telematica, proprio per adottare gli atti urgenti, di fronte ha un'epidemia che causa centinaia di migliaia di morti? Inoltre, l'argomento dell'urgenza "urgentissima" sarebbe anche infondato in concreto, sol che si consideri la macchinosità del procedimento previsto dai menzionati decreti-legge per procedere all'adozione dei DPCM.

¹¹ C. cost., 24 ottobre 1996, n. 360.

¹² Per le ordinanze di necessità di autorità amministrative occorrerebbe un discorso a parte che non è possibile in questa sede. Qualche accenno verrà fatto nel testo.

¹³ Per l'interpretazione sistematica per cui, in un caso di crisi dell'intero sistema in cui il Governo e le Camere siano nell'impossibilità di riunirsi spetterebbe al Presidente della Repubblica di adottare gli atti del governo, C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, pp. 864 ss.

6. Il decreto-legge come norma sulle fonti

Infine vi è da dubitare che, anche accogliendo le interpretazioni più estese dei contenuti assumibili dai decreti-legge¹⁴, si possa giungere a ritenere che ragioni di emergenza possano consentire a tali atti di costruire un sistema di fonti per fronteggiare l'emergenza alternativo a quello costituzionalmente previsto.

Ciò sia per la natura speciale della disciplina del decreto-legge, individuata come fonte unica (e riservata) dell'emergenza, sia perché ciò cozzerebbe con le previsioni costituzionali puntuali che, semmai, una tale evenienza consentono in particolari casi (e segnatamente in caso di guerra secondo la disciplina dell'art. 78 Cost.) e, dunque, in base al canone dell'interpretazione *a contrario* non dovrebbero consentirla in nessun altro caso¹⁵.

7. Era/è costituzionalmente legittima la soluzione adottata dal decreto-legge nell'attribuire ai DPCM siffatti poteri?

Dalla lettura della copiosa dottrina e giurisprudenza che si sono pronunciate sino ad oggi sulla legittimità dei DPCM emerge che una qualche rilevanza, nella soluzione della questione, sia attribuita alla qualificazione formale dell'atto (normativo o amministrativo) o all'assimilabilità dello stesso alle ordinanze di necessità e urgenza.

Conviene pertanto affrontare la questione immaginando i tre scenari ricostruttivi possibili: il DPCM come atto normativo, come ordinanza di necessità ed urgenza o come atto amministrativo.

Immaginiamo innanzitutto che, nell'istituire il DPCM dell'emergenza, il "legislatore" (dell'emergenza) abbia voluto creare una vera e propria fonte del diritto¹⁶.

¹⁴ Cfr. la nota tesi di C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, cit., *passim*.

¹⁵ Sul punto ancora, C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, cit., pp. 864 ss.

¹⁶ In questo senso, molto di sfuggita, sembra essersi espressa la Corte costituzionale nella sent. 12 marzo 2021, n. 37, accennando a "fonti statali ad hoc", p. 9.1 del "Considerato in diritto".

Dovremmo innanzitutto considerare pacifico che tale scelta incontrerebbe nella Costituzione il limite della tassatività delle fonti primarie, secondo un principio consolidato in dottrina e ribadito a più riprese dalla Corte costituzionale¹⁷.

I DPCM dovrebbero pertanto essere qualificati come fonte secondaria o, addirittura terziaria.

Né si potrebbe dire che tale regime di tassatività delle fonti primarie sia derogabile proprio in forza dell'emergenza, perché, come detto, la Costituzione stessa prevede una fonte eccezionale (ciò che si deduce dal primo comma dell'art. 77), e dunque non duplicabile, in base a interpretazione analogica, con altre fonti, che all'emergenza faccia fronte.

Quale fonte secondaria, il DPCM, dovrebbe essere trattato secondo le categorie elaborate con riferimento ai rapporti gerarchici tra le fonti secondarie, appunto, e quelle primarie.

Per quel che qui interessa, il principio di subordinazione gerarchica, che definisce il cuore dell'assetto tra questi due livelli normativi, è da considerarsi inderogabile, tanto che persino il modello della c.d. "delegificazione" non può alterarne la sostanza. La delegificazione, infatti, presuppone che, in materie non coperte da riserva assoluta di legge, sia il legislatore a determinare "*le norme generali regolatrici della materia e dispo[rre] l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari*"¹⁸.

Al di là degli abusi creatisi nella prassi, lo schema della delegificazione è dunque sostanzialmente rovesciato rispetto a quello del DPCM. In quest'ultimo caso, mentre il contenuto della disciplina secondaria è essenzialmente esaurito dalla fonte primaria (che prevede una serie di possibili contenuti), sull'*an* e sul *quid* della scelta della misura la decisione è interamente rimessa

¹⁷ Esempio a tal proposito C. cost., 17 dicembre 2010, n. 361, nell'argomentare contro l'ammissibilità di un potere legislativo esercitato dal Commissario regionale: "*la disciplina delle fonti primarie [è] caratterizzata nel nostro ordinamento dalla necessaria individuazione sia delle fonti, che degli organi titolari delle diverse funzioni legislative (...) In particolare, la disciplina delle deroghe alla normale attribuzione di potere legislativo alle sole assemblee legislative è oggetto di normative speciali ed espresse di rango costituzionale*" (enfasi aggiunta).

¹⁸ Art. 17, co. 2, l. 23 agosto 1988, n. 400 e, in dottrina, per tutti, insuperato, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, pp. 132 ss.

al Presidente del Consiglio sulla base dei vincoli finalistici e modali prescritti. La scelta della misura da assumere (tra le tante possibili) è dunque rimessa al Presidente del Consiglio con la conseguenza che è il DPCM che di volta in volta, scegliendo la misura, determina indirettamente quale normativa primaria “derogare”.

Detto altrimenti, poiché, in sostanza la disposizione primaria si configura come norma sulla competenza e non come norma che produce direttamente effetti sulla realtà dei sottoposti, è il PdC ad essere abilitato a “scegliere” quale competenza voglia, di volta in volta, attivare, potendo poi anche ritornare sulla propria scelta e modificarla *in melius* e *in peius*, fino addirittura a revocarla del tutto.

Qui sta la differenza fondamentale e decisiva con la delegificazione¹⁹.

Una differenza che fa la differenza. La delegificazione, infatti, in tanto è considerata ammissibile in quanto non si versi in materia riservata esclusivamente alla legge. In secondo luogo le norme regolatrici (anche per soddisfare la riserva relativa di legge) contenute nella legge delegificante, sono norme efficaci nella realtà materiale (norme di produzione, non norme sulla produzione). La conseguenza è che la scelta compiuta dall'organo che opera la delegificazione non attinge mai al livello della normazione primaria, se non come mero fatto condizionante l'effetto abrogativo previsto dalla fonte superiore che lo abilita.

Nel caso dei DPCM la scelta su quale alterazione (*sub specie* di deroga) del sistema delle norme primarie determinare è affidato all'opzione, tra le tante possibili, compiuta dal DPCM.

Se ciò è vero, allora, la previsione del legislatore di una pluralità di misure, lungi dal risolversi in una delimitazione del potere della norma secondaria si risolve in una vera e propria delega, se non in bianco, certamente dalla latitudine amplissima. Si

¹⁹ A ciò si aggiunga l'ulteriore differenza: i DPCM debbano avere durata temporaneamente limitata, mentre la delegificazione opera in via definitiva, salvi ulteriori interventi legislativi o secondari. La durata temporaneamente limitata appare avere, peraltro, una scarsissima portata garantistica dal momento che a) il DPCM è, com'è avvenuto, interamente reiterabile; b) è comunque modificabile in corso di durata; c) può essere sempre derogato da una disciplina primaria; d) non è sottoposto al controllo politico di alcun organo nemmeno in sede di rinnovo.

pensi, ad esempio, all'alternativa tra misura "zero" e divieto di allontanamento dall'abitazione.

È il DPCM che determina le modificazioni nel mondo del diritto, con una scelta che non può considerarsi una mera condizione di fatto (come nel caso della delegificazione), da cui discende l'operare delle possibili misure astrattamente previste, ma l'atto che, esprimendo una "volontà di scelta", determina (negli ampi limiti consentiti) il contenuto dispositivo delle misure e gli effetti sistemici sulle altre norme, anche primarie.

Il discorso non è solo formalistico, perché corrisponde alla circostanza che il contenuto essenziale di indirizzo politico dell'atto consiste proprio nel poter scegliere, tra diversissime misure alternative, quella da adottare.

Né può dirsi che tale scelta si riduca ad un mero esercizio di discrezionalità tecnico-scientifica. Innanzitutto perché l'esperienza comparata mostra che, dalle indicazioni scientifiche possono trarsi diverse soluzioni di politica dell'emergenza, ma soprattutto perché nemmeno la natura tecnica dei presupposti della scelta consente, astrattamente, la derogabilità del sistema costituzionale delle fonti²⁰.

Detto altrimenti, le conclusioni della dottrina e della giurisprudenza sul *numerus clausus* delle fonti primarie non attribuiscono alcuna rilevanza ai presupposti dell'intervento ai fini di una possibile deroga di tale tassatività. Inoltre, là dove prende in considerazione i presupposti (nel caso del decreto-legge) la Costituzione individua essa stessa la fonte (la legge formale) che, in via esclusiva, può propiziare la legittimazione di quell'intervento attraverso la conversione parlamentare.

Lo si ripete ancora una volta, la latitudine delle soluzioni possibili, fa sì che l'intervento sulla fonte primaria derogata dalla misura adottata non è in alcun modo (o lo è solo astrattamente) rimesso al legislatore abilitante; in concreto è il Presidente del Consiglio a scegliere se e come intervenire, in una situazione di sostanziale concorrenza con le leggi esistenti.

²⁰ Del resto le risultanze tecnico-scientifiche non influenzano solo il regno dell'amministrazione e del governo, ma sono anche alla base e, in certa misura, vincolano le scelte legislative. Sul punto A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, 3/2021.

Il problema dei DPCM non è dunque solo che il contenuto delle singole misure sia nei fatti definito dal Presidente del Consiglio (seppure nell'ambito di un amplissimo *bouquet* di soluzioni), ma che tali scelte si riflettano sull'assetto della normativa primaria in base a un'abilitazione, che solo l'art. 76 Cost. potrebbe operare in favore di atti aventi anch'essi forza di legge.

Vi è un ultimo profilo. Poiché, come si è detto, nello schema strutturato dai decreti-legge abilitanti, l'astratta previsione di differenti possibili misure acquista "concretezza" di disciplina dei rapporti materiali solo al momento dell'adozione del DPCM, è questo l'atto che, "scegliendo" che tipo di competenza attivare, interviene – nel caso sussistano – in materie sottoposte a riserva, assoluta o relativa, di legge.

Ma tale intervento, se accadesse, non sarebbe legittimo, sia perché il titolare della riserva di legge non può delegare ad altra fonte la regolazione a sé riservata, sia perché trasferendo dall'atto primario all'atto secondario la funzione di colmare la riserva, si aggirerebbe la *ratio* di questo istituto (radicata nella tradizione del costituzionalismo liberal-democratico), che è quella di prevedere un particolare "regime" per gli atti abilitati a soddisfarla: riconduzione alla legge parlamentare, sindacato accentrato di costituzionalità, controllo del Presidente della Repubblica con possibilità di rinvio, ammissibilità di referendum abrogativo. Un regime che per il DPCM è totalmente assente.

8. I DPCM come ordinanze di necessità

I dubbi esposti non si dissolvono nemmeno se si adotta l'approccio volto a considerare i DPCM come, sostanzialmente, delle ordinanze di necessità e urgenza.

In questa prospettiva potrebbe essere consentito ai DPCM ciò che non è consentito agli atti normativi secondari: derogare alle leggi. Inoltre le ordinanze di necessità sarebbero strutturalmente "libere" nell'individuare le tipologie di intervento, in quanto la contingibilità, cioè l'imprevedibilità, impedisce di predefinire le modalità di intervento. La circostanza che il DPCM possa scegliere tra vari contenuti dispositivi, in questa prospettiva, non striderebbe con la natura tipica delle ordinanze di necessità, ma ne sarebbe un'applicazione più circoscritta.

Al di là della valutazione generale su tale ricostruzione della legittimità costituzionale delle ordinanze di necessità operata dalla giurisprudenza costituzionale (peraltro il più delle volte riferita a situazioni o materialmente o spazialmente limitate) e sulla salienza – ai nostri fini – della distinzione tra deroga e abrogazione, che costituisce l’architrave della giustificazione della Corte costituzionale²¹, non sembra che, anche considerando i DPCM sotto questa specie, essi soddisfino tutti i requisiti richiesti dal giudice delle leggi.

In particolare, almeno, là dove le ordinanze di necessità pretendessero di intervenire in materia coperta da riserva di legge (assoluta o relativa), proprio perché, anche tali atti, difettano del regime tipico e garantista di quelli abilitati a soddisfarla.

9. I DPCM come atti amministrativi. La sent. 198/2021 della Corte costituzionale

La prospettiva che i DPCM siano da considerare alla stregua di atti amministrativi è stata da ultimo accolta dalla Corte costituzionale. Si tratta di una decisione assai recente, giunta quando questo saggio stava per andare alle stampe. Non è possibile dunque commentarla *funditus*.

Per quel che qui interessa, la decisione n. 22 ottobre 2021, n. 198 è però importante, per ciò che dice e per ciò che non dice.

Sotto quest’ultimo profilo, la Consulta precisa che il proprio giudizio non riguarda, perché la questione non è stata sollevata con riferimento a quei parametri, il tema del rapporto tra DPCM e riserve di legge. È evidente che l’assenza di una valutazione sul punto rende problematico il confronto tra la decisione *de qua* e l’impianto del discorso svolto sinora. Alcuni spunti però possono essere comunque valutati.

²¹ Il dubbio non sta nel fatto, ovviamente, che tra abrogazione e deroga vi sia una differenza teorica e dogmatica, quanto nell’idea che la deroga, proprio perché non è abrogazione, ma solo “eccezione” o “sospensione” (a seconda dei casi) di applicazione di norme, non abbia per questo incidenza sul piano normativo, in quanto non pregiudicherebbe la forza formale passiva della norma primaria derogata. Sul tema per tutti, ancora, G.U. RESCIGNO, voce *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, pp. 303 ss.

Ciò su cui la Corte si pronuncia è, invece, la natura dei DPCM, escludendone sia il carattere normativo che quello di “ordinanze di necessità”. Essa li inquadra, invece, nei cosiddetti “atti amministrativi necessitati”, i quali – secondo una distinzione risalente alla sent. 4 gennaio 1977, n. 4 –, si distinguerebbero dalle “ordinanze di necessità”, perché i primi sono “*emessi in attuazione di norme legislative che ne prefissano il contenuto; le altre, nell’esplicazione di poteri soltanto genericamente prefigurati dalle norme che li attribuiscono e perciò suscettibili di assumere vario contenuto, per adeguarsi duttilmente alle mutevoli situazioni*”.

In buona sostanza, dunque, ciò che “salverebbe” i DPCM dalla censura sarebbe la circostanza che l’esercizio di tale potere (amministrativo) sia adeguatamente circoscritto (in ossequio al principio di legalità) da una duplice circostanza: a) “*la tipizzazione delle misure di contenimento operata dal d.l. n. 19 del 2020*”; b) l’indicazione di un criterio che orienta l’esercizio della discrezionalità “*attraverso i «principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso» (art. 1, comma 2)*” (punto 6.2 della decisione).

Un primo profilo problematico di tale decisione è senz’altro quello degli effetti teoretico-dogmatici che da essa se ne debbono rigorosamente trarre. La Corte sancisce in via definitiva, e in un modo che non è stato mai così esplicito, a quanto ci sembra di ricordare (se non forse per le ordinanze di necessità), che non esiste una distinzione sostanziale tra contenuto delle fonti normative e contenuto degli atti amministrativi.

Si tratta di un esito, certamente non eversivo sul piano teoretico (coerente con le teorie pan-normativiste), ma che impone delle riflessioni “di sistema” che vanno bel al di là del caso di specie.

Per ciò che riguarda i limiti del presente contributo, viceversa, appare di più immediato interesse il modo in cui la Corte ha ritenuto soddisfatti i requisiti di legalità per fondare l’attività “amministrativa” compiuta con i DPCM.

Si è già detto del perché l’astratta tipizzazione di possibili (e numerosissimi) poteri non costituisca, a parere di chi scrive, un argine sufficiente per fondare la legittimità di tali atti.

Ora si tratta di riflettere sulla seconda condizione. L'obbligo di rispettare "*principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso*" può essere un elemento sufficiente a riconoscere quella base normativa minima che il principio di legalità sostanziale²² o la riserva di cui all'art. 23 Cost. richiedono?

Una conclusione del genere appare assai problematica.

Innanzitutto perché si assiste a una torsione funzionale dei principi di proporzionalità e adeguatezza. Questi infatti sono tradizionalmente utilizzati per valutare sul piano "modale" l'esercizio di un potere, non per fondarlo.

La proporzionalità e l'adeguatezza non sono, cioè, criteri per scegliere quale potere utilizzare, ma attengono al modo in cui utilizzarlo.

A ciò si aggiunga che la proporzionalità e l'adeguatezza, nel caso di specie, non vanno valutate rispetto ad un referente oggettivo (uno scopo chiaro e definito da raggiungere) ma ad un parametro del tutto aleatorio: "il rischio", che per definizione implica valutazioni di latitudine imprevedibile, soprattutto se si assuma che adeguatezza al rischio non significhi il perseguimento dell'obiettivo di "rischio zero".

A ciò si aggiunga che, nel nostro modello costituzionale, la ponderazione delle scelte regolative non può mai consistere nell'assolutizzazione di un valore, ma richiede sempre considerazioni di bilanciamento. E che, dunque, la stessa nozione di rischio appare, da un lato generica (quale rischio? La mortalità, la tenuta del sistema sanitario, gli effetti psicologici e sociali delle misure, i contraccolpi sull'economia o sul lavoro? ecc.), dall'altro suscettibile di essere affrontata con una pluralità di misure "adeguate".

E, infatti, ciò che manca è proprio la deliberazione (politico-normativa) sulla profilazione del "rischio" da evitare. Il che, a parere di chi scrive, fa venir meno il fondamento di legalità dei DPCM.

Insomma, in questo caso, la nozione di proporzionalità e adeguatezza è fortemente condizionata dalla genericità del termine a cui commisurarla.

²² Cfr. C. cost., 7 aprile 2011, n. 115, punto 4 del "*Considerato in diritto*".

Se ciò è vero, il difetto di fondamento dell'attribuzione di potere al DPCM non sta nell'aver richiesto adeguatezza e proporzionalità, ma nel non aver compiuto quelle scelte preliminari che circoscrivessero la nozione di "rischio" (meramente sanitario, economico, sociale? ecc.) da evitare?

Detto in altri termini, ogni intervento che voglia ridurre il rischio, presuppone che si definisca il livello di rischio ritenuto tollerabile (sulla base anche di complessi bilanciamenti tra valori), proprio perché il più delle volte non si può perseguire l'opzione a "rischio zero". Ma è difficile ritenere che la scelta del rischio tollerabile non sia una scelta di ordine politico e non meramente discrezionale.

In conclusione, l'indeterminatezza nella limitazione della discrezionalità amministrativa discende dal referente semantico-normativo dell'adeguatezza e proporzionalità ("il rischio"), non nella previsione che adeguatezza e proporzionalità ci debbano essere.

Riecheggiano a tal proposito le considerazioni della Corte costituzionale nella sent. 115/2011, la quale ha stigmatizzato una previsione legislativa che attribuiva "*ai sindaci il potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione, le quali, pur non potendo derogare a norme legislative o regolamentari vigenti, si presentano come esercizio di una discrezionalità praticamente senza alcun limite, se non quello finalistico, genericamente identificato dal legislatore nell'esigenza «di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana»*" (enfasi aggiunta), aggiungendo che il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto, non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione (sentenza 7 ottobre 2003, n. 307; in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze 6 febbraio 2009, n. 32 e 29 luglio 1982, n. 150). "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". Concludendo, "*il carattere relativo della riserva de qua non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente*

per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa «in bianco», genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini» (enfasi aggiunte).

Ora è evidente che la previsione di svariate modalità di intervento non corrisponde ad una precisazione dei “contenuti” e dell’“azione” e non può pertanto nemmeno essere delimitata dalla finalità di contenere “il rischio”.

Proprio quest'ultima notazione mette in luce come, l'impianto del ragionamento della Corte, seppure formalmente lineare, non affronti adeguatamente la domanda di fondo sottesa a tutta la vicenda pandemica: nel caso di un rischio dai confini così sfuggenti e dalle implicazioni così articolate, qual è il confine tra scelte discrezionali e scelte di opportunità politica?

Perché forse su una cosa si può ancora essere d'accordo: le scelte di opportunità politica non possono in alcun modo esaurirsi in una mera attività amministrativa.

10. Conclusioni

La verità è che l'introduzione di un sistema di “fonti dell'emergenza” completamente estraneo al modello tradizionale ha finito per riflettersi sul nesso fondamentale tra sistema delle fonti e modello liberal-democratico dello Stato costituzionale. È persino ovvio rilevare che la scelta della centralità delle fonti primarie, infatti, non è frutto nel nostro, come negli altri ordinamenti, di un mero capriccio organizzatorio, ma risponde ad una logica profonda del figurino costituzionale. Quella che vuole che gli atti di normazione e le decisioni fondamentali che individuano l'interesse pubblico (o l'indirizzo politico) abbiano il proprio fondamento nelle scelte della rappresentanza popolare, collocata al cuore del circuito democratico. Riserva di legge e principio di legalità, soprattutto là dove sono connessi a diritti costituzionalmente garantiti, costituiscono il presidio volto ad assicurare che i procedimenti di intervento (le fonti) corrispondano alla

gerarchia assiologica su cui ruota l'organizzazione dello stato liberal-democratico.

Al di là dunque del modo in cui formalmente si ricostruisce la natura dei DPCM, appare assai difficile dubitare che essi siano stati, nella sostanza, la sede nella quale le fondamentali scelte di indirizzo politico emergenziale sono state assunte. Cosa ciò significhi per il modello costituzionale è questione che andrebbe ulteriormente approfondita.

I REGOLAMENTI PARLAMENTARI DOPO LA PANDEMIA (E DOPO LA RIDUZIONE DEL NUMERO DEI PARLAMENTARI)*

NICOLA LUPO

SOMMARIO: 1. Premessa. Un Parlamento sotto stress, tra emergenza pandemica e riduzione dei parlamentari. – 2. Il Parlamento nell'emergenza pandemica: l'accelerazione di un'auto-emarginazione già da tempo in atto – 3. La partecipazione anche a distanza ai lavori parlamentari. – 4. La riduzione dei parlamentari e la sua attuazione attraverso i regolamenti parlamentari. – 5. Che cosa si può fare con la riforma dei regolamenti parlamentari? – 6. Conclusioni. Sulla funzionalità delle Camere come meta-principio costituzionale.

1. Premessa. Un Parlamento sotto stress, tra emergenza pandemica e riduzione dei parlamentari

La XVIII legislatura si è fin qui caratterizzata, da un lato, per la scomparsa di ogni vincolo elettorale alla formazione delle maggioranze parlamentari, che si sono fin qui sempre composte, per i governi Conte 1, Conte 2, e Draghi, del tutto indipendentemente dalle coalizioni presenti sulla scheda elettorale; dall'altro, per due elementi che hanno stressato non poco le Camere e posto per più versi in discussione il loro ruolo, ossia la revisione costituzionale di cui alla legge costituzionale n. 1 del 2020, che ha

* Testo rielaborato dall'Autore a seguito della *lectio magistralis* tenutasi il 15 maggio 2021. Contributo non sottoposto a referaggio in quanto proveniente da autore di chiara fama.

determinato una drastica riduzione di deputati e senatori, e ovviamente l'emergenza pandemica.

Queste due caratteristiche hanno così evidenziato una serie di nodi aperti del nostro sistema istituzionale, che si sono trascinati negli ultimi trent'anni, senza giungere ad esiti sufficientemente stabili e condivisi.

La prima caratteristica (un Parlamento "libero") attiene evidentemente al nodo non sciolto relativo al sistema elettorale, che non solo non ha trovato una soluzione soddisfacente, ma riguardo al quale, nel corso della legislatura precedente, si è assistito a un continuo mutamento, derivante da pronunce della Corte costituzionale e da iniziative riformatrici variamente delineate e con esiti diversificati.

La seconda caratteristica (un Parlamento "sotto stress") si riconnette invece alla problematica funzionalità di un sistema bicamerale che è stato confermato dall'esito negativo del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016, e che è stato oggetto, in questa legislatura, di due revisioni costituzionali di tipo puntuale, che ne hanno – rispettivamente – confermato o accentuato la simmetria: quella, appena richiamata, relativa alla riduzione dei parlamentari e quella che ha equiparato l'elettorato attivo del Senato a quello della Camera, così ponendo rimedio ad una evidente e poco razionale discriminazione dei cittadini più giovani¹.

La legislatura in corso si presta perciò a rappresentare un momento di svolta per la politica e per le istituzioni italiane. La revisione costituzionale sulla riduzione dei parlamentari – nata in chiave "anti-politica", ma, per effetto di una eterogenesi dei fini, voluta anche da chi ha auspicato di "*valorizzare il ruolo del Parlamento attraverso un potenziamento della sua capacità operativa*"² – chiama indubbiamente ad un'opera di profonda revisione dei regolamenti di Camera e Senato.

In parallelo, il Covid-19 ha determinato una forte accelerazione dei fenomeni di digitalizzazione della società e delle istituzioni, anche di quelle parlamentari. Fenomeni di digitalizzazione che, da un lato, lanciano una sfida esistenziale ai Parlamenti e

¹ Cfr., volendo, N. LUPO, *Il "mezzo voto" ai cittadini più giovani: un'anomalia da superare quanto prima*, in *Osservatorio AIC*, 6/2019, pp. 1-11.

² Così E. CHELI, *Editoriale. Dopo il referendum costituzionale. Quale futuro per il nostro Parlamento?*, in *Quad. cost.*, 4/2020, pp. 697 ss., spec. 698.

alla democrazia rappresentativa, rendendo non più utilizzabile la tradizionale giustificazione fattuale della preferenza per questa rispetto alla democrazia diretta; e, dall'altro, trasformano le modalità organizzative dell'attività parlamentare, incoraggiando un loro svolgimento (anche) a distanza, con la conseguente necessità di "re-ingegnerizzare" i principali procedimenti che in Parlamento si svolgono.

Dunque, una profonda revisione dei regolamenti parlamentari sembra per più versi necessaria. E lo è – si sostiene, in questo contributo – anche laddove i nodi relativi alla legge elettorale e alla forma di governo dovessero restare ancora sul tappeto, o fossero oggetto di soluzioni estemporanee a ridosso della fine della legislatura³. Anche perché nell'ultima parte di questa legislatura, e nella prima metà (abbondante) della prossima, le Camere dovranno fronteggiare una logica e un metodo di governo nuovi, determinati dalla necessaria attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza-PNRR.

2. Il Parlamento nell'emergenza pandemica: l'accelerazione di un'auto-emarginazione già da tempo in atto

È noto che il Covid-19 si è rivelato essere, nel suo primo impatto sul sistema istituzionale, soprattutto un potentissimo acceleratore di processi di cambiamento già in atto. Più difficile è immaginare quali e quanto significative saranno le sue conseguenze "a regime". In questa chiave, è evidente che il rischio di emarginazione del Parlamento italiano non nasce certo dalla pandemia e discende, in larga parte, dalla sua mancata capacità di auto-riforma, a livello sia costituzionale, sia sub-costituzionale. Si può perciò parlare, con riferimento agli ultimi tre decenni, di un

³ Alcuni argomenti volti a supportare questa tesi sono stati illustrati in N. LUPO, *Dopo la riduzione dei parlamentari e nel mezzo della pandemia, una "finestra d'opportunità" per il rinnovamento del parlamentarismo in Italia?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020, pp. 1146 ss., e ID., *Tutto ciò che si può (e si deve) fare con i regolamenti parlamentari, all'indomani del referendum costituzionale*, in *federalismi.it*, 21 ottobre 2020, pp. 1 ss.

processo di auto-emarginazione delle Camere, che la pandemia ha ulteriormente e vistosamente accentuato.

Lo stato di emergenza derivante dalla pandemia del Covid-19 ha inciso, in Italia come altrove, proprio sulle caratteristiche più tipiche dell'attività parlamentare. Per numerose settimane è diventato tutt'altro che scontato riunire tutti assieme, nella medesima aula, in un'assemblea, centinaia di rappresentanti dell'intera nazione, chiamati a confrontarsi, formalmente e informalmente⁴, per dare luogo a un processo deliberativo pluralistico – pubblico e trasparente nelle sue fasi essenziali – nel cui esito tutti i cittadini potessero riconoscersi, almeno nel senso di avere avuto una *chance* di prendervi parte, ancorché in forma indiretta.

Eppure, al tempo stesso, proprio l'emergenza pandemica ha reso necessario – anche e anzitutto agli occhi dei cittadini – il coinvolgimento attivo del Parlamento, nell'esercizio delle sue diverse funzioni, nelle scelte cruciali e “difficili” che durante l'emergenza, e in tempi assai ristretti, inevitabilmente si sono dovute compiere. L'emergenza pandemica ha infatti richiesto ai pubblici poteri di compiere delicatissimi bilanciamenti di valori e di interessi, di assoluto rilievo sul piano costituzionale, alla base della stesura di norme volte a limitare incisivamente le libertà fondamentali, a stabilire la chiusura (e la riapertura) di determinate attività imprenditoriali, ad approntare, a quantificare e a coprire adeguati meccanismi di ristoro, e infine a disegnare e a implementare appositi strumenti redistributivi.

3. La partecipazione anche a distanza ai lavori parlamentari

La questione della partecipazione anche a distanza ai lavori e alle votazioni parlamentari rappresenta perciò un vero e proprio dilemma, per le istituzioni parlamentari.

Da un lato, infatti, la partecipazione a distanza ai lavori parlamentari va a incidere sulle caratteristiche più tradizionali, intime e simboliche del parlamentarismo e della rappresentanza

⁴ Per la sottolineatura dell'importanza delle sedi informali nell'attività parlamentare, cfr., da ultimo, P. NORTON, *Power behind the Scenes: The Importance of Informal Space in Legislatures*, in *Parliamentary Affairs*, 2/2019, pp. 245 ss.

politica⁵. Il senso stesso del Parlamento, come si è già ricordato, consiste appunto nel far convenire, tutti assieme, nello stesso luogo, i rappresentanti della nazione, assicurando che nell'assemblea i rappresentanti delle varie parti del Paese e delle diverse forze politiche possano confrontarsi con continuità tra di loro e prendere parte a un processo deliberativo che, nella sua dimensione formale come nella sua dimensione informale, si fonda proprio sulla compresenza e sul dialogo interpersonale.

Dal lato diametralmente opposto, è altrettanto chiaro che escludere ogni forma di partecipazione a distanza ai lavori parlamentari rischia, nella fase emergenziale, di finire per rendere non esercitabili una quota rilevante e variabile – a seconda della gravità dell'epidemia e delle dimensioni del territorio che da quel Parlamento è rappresentato – delle prerogative spettanti alle due Camere. E di accentuare così ulteriormente il processo di rafforzamento degli Esecutivi che si è inevitabilmente determinato durante la pandemia, in Italia ma non solo⁶.

Del resto, che in questa direzione qualcosa si possa e si debba fare, seppure con molte attenzioni e sulla base di un ridisegno dei relativi procedimenti – una sorta di “re-ingegnerizzazione”, come si è sostenuto altrove⁷ – è dimostrato sia dal quadro comparato, dove sono ormai numerosissimi i Parlamenti che, a seguito della pandemia e con varie modalità, hanno introdotto, in forme variegata, con previsioni o generali o legate alle condizioni

⁵ Sottolineano questo aspetto, tra gli altri, E. RINALDI, *La partecipazione 'da remoto' all'adozione delle deliberazioni parlamentari: paradossi di un'ipotesi recentemente formulata per rilanciare la centralità del Parlamento*, in *giurcost.org*, 29 giugno 2020, e S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza: resiliente o latitante?*, in *Quad. cost.*, 4/2020, pp. 705 ss., spec. pp. 710 ss.

⁶ Sull'espansione dei poteri dei Governi durante la pandemia cfr., per dati e considerazioni su scala globale, T. GINSBURG - M. VERSTEEG, *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic*, disponibile su: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974#, 26 maggio 2020.

⁷ Cfr., volendo, N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, pp. 23 ss., nonché, più approfonditamente, A. MALASCHINI - M. PANDOLFELLI, *Partecipazione ai lavori a distanza da parte dei parlamentari: un possibile percorso*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4/2020, pp. 19 ss., spec. pp. 22 ss.

dei singoli parlamentari, modalità di lavoro e di votazione a distanza⁸.

In proposito, continuo a ritenere che la Costituzione non rappresenti un ostacolo nei confronti della partecipazione e della votazione (anche) a distanza. Non tanto perché dell'art. 64, terzo comma, Cost. si possa o si debba dare un'interpretazione evolutiva, come pure è stato sostenuto⁹, ma perché da sempre le Camere hanno avuto ampi margini nell'interpretare il requisito del numero legale; e perché l'esistenza di tali margini in capo ai regolamenti parlamentari è stata espressamente riconosciuta, sin dall'inizio, dalla giurisprudenza costituzionale¹⁰.

⁸ Ha seguito il primo modello, ad esempio, il Parlamento europeo, mentre quello spagnolo ha invece applicato estensivamente le norme che consentivano, già prima della pandemia, ai parlamentari di votare da remoto. Cfr. le analisi comparate nella *special issue* di *The Theory and Practice of Legislation*, 1-2/2020, su *Legislatures in the Time of Covid-19*; la ricerca condotta dalla Fondazione Schuman su *The Impact of the Health Crisis on the Functioning of Parliaments* (disponibile su: www.robert-schuman.eu/en/bookshop/0259-the-impact-of-the-health-crisis-on-the-functioning-of-parliaments); nonché F. ROSA, *Parlamenti e pandemia: una prima ricostruzione*, in *DPCE on line*, 2/2020; L.G. SCIANNELLA, *La crisi pandemica da Covid-19 e la "trasformazione digitale" dei Parlamenti. Un'analisi comparata*, ivi; e il dossier del Servizio studi della Camera dei deputati su *L'attività parlamentare durante l'emergenza COVID-19 nei Paesi dell'UE e nel Parlamento europeo: elementi di sintesi*, 15 ottobre 2020. Cfr. inoltre i contributi di R. IBRIDO e di C. MARCHESE in V. LIPPOLIS - N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento nell'emergenza pandemica. Il Filangieri. Quaderno 2020*, Napoli, 2021. Molto utile è anche la banca-dati disponibile su: www.inter-pares.eu/inter-pares-parliamentary-data-tracker.

⁹ Sulla necessità di un'interpretazione evolutiva dell'art. 64 Cost. cfr., tra gli altri, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020, pp. 7 ss. e S. CECCANTI, *Il Parlamento italiano durante la crisi Coronavirus*, in *rivistailmulino.it*, 24 aprile 2020.

¹⁰ Cfr., anche per ulteriori indicazioni, N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari*, cit., pp. 23 ss. Questi ampi margini interpretativi ai regolamenti e alle prassi parlamentari sono stati riconosciuti sin dall'inizio dell'esperienza repubblicana: cfr., in particolare, F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, vol. I, *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, pp. 248 ss. *Contra*, rilevando che "un conto è che la Costituzione richieda la maggioranza dei presenti «per la validità» di una delibera dell'Assemblea, lasciando alle Camere un margine di interpretazione della norma, altro è dedurre, da una disposizione costituzionale redatta quando neppure era immaginabile che i parlamentari potessero partecipare a distanza, che i regolamenti siano competenti ad ammettere la partecipazione telematica a tutte le attività parlamentari", cfr. F. BIONDI - P.

È facendo leva su questi ampi margini interpretativi che, in prospettiva, si può agire e si è, in effetti, agito fin qui: in particolare, attraverso intese tra i gruppi sul non richiedere la verifica del numero legale in alcune procedure; ovvero, considerando “in missione” i deputati in zona rossa, in quarantena o in isolamento fiduciario¹¹. Già oggi tali deputati sono perciò “computati come presenti per fissare il numero legale” ai sensi dell’art. 46, comma 2, del regolamento della Camera. In termini di mera compatibilità costituzionale, non vedo perché non si possano considerare come presenti – a certe condizioni ben predeterminate nei regolamenti delle Camere, e magari limitatamente ad alcune procedure¹² – altresì i parlamentari collegati “da remoto”, i quali appunto grazie alla partecipazione “da remoto” possono effettivamente seguire e prendere parte attivamente alle relative sedute.

VILLASCHI, *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria*, in *federalismi.it*, 18/2020, pp. 26 ss., spec. pp. 45 ss..

¹¹ Cfr. la seduta della Giunta per il regolamento della Camera del 6 ottobre 2020, nella quale la Giunta, sulla scorta dell’interpretazione già adottata il 4 marzo 2020 con riferimento a deputati ubicati in “zona rossa”, ha fatto propria un’interpretazione estensiva dell’istituto delle missioni, ai sensi della quale “*finché perdura la situazione di emergenza sanitaria*”, saranno “*considerati in missione*”, e dunque computati tra i presenti: “*a) i deputati che siano sottoposti alla misura della quarantena per provvedimento dell’autorità sanitaria in quanto risultati positivi al COVID-19; b) i deputati nei cui confronti sia stata disposta la misura della quarantena precauzionale con provvedimento dell’autorità sanitaria in quanto hanno avuto contatti stretti con casi confermati di soggetti positivi al COVID-19; c) i deputati nei cui confronti sia stata disposta la misura della sorveglianza sanitaria e dell’isolamento fiduciario con provvedimento dell’autorità sanitaria nei casi previsti dalla normativa vigente; d) i deputati che si siano sottoposti a tampone molecolare naso-faringeo da COVID-19 sino alla comunicazione dell’esito dello stesso*” (A.C., XVIII legislatura, boll. giunte e comm., 6 ottobre 2020, pp. 3 ss.).

¹² In questa prospettiva, mi pare un po’ troppo generica la formulazione della proposta di modifica del regolamento presentata dagli on. Ceccanti e altri (A.C., XVIII legislatura, doc. II, n. 15, presentata il 2 ottobre 2020): il lasciare al solo Ufficio di Presidenza l’individuazione dei “*casi in cui, in ragione di particolari circostanze che impediscano ai deputati lo svolgimento della funzione parlamentare in presenza, possono essere autorizzati la partecipazione alle sedute dell’Assemblea, delle Giunte e delle Commissioni e l’esercizio del voto secondo procedure telematiche che assicurino la personalità, la libertà e la sicurezza del voto*” sembra dare una dimensione tutta e solo organizzativa a tale decisione, trascurando la necessità di definire a priori le procedure a cui la partecipazione a distanza ai lavori si può applicare e le necessarie conseguenti modifiche da apportare a tali procedure.

Il tema diventa particolarmente difficile, e l'esigenza di partecipazione "da remoto" ancora più pressante, allorché la Costituzione richiede *quorum* aggravati, riferiti ai componenti del Senato, della Camera, o del Parlamento in seduta comune. In questi casi, infatti, i margini interpretativi che prima si richiamavano non sono evidentemente disponibili e negare ogni forma di partecipazione da remoto significherebbe bloccare del tutto queste votazioni, o consegnare, con riferimento ad esse, un potere di veto assoluto alle opposizioni. Entrambe alternative assai poco percorribili, le quali rischierebbero di paralizzare procedure-chiave quali, ad esempio: l'autorizzazione allo scostamento di bilancio *ex art. 81 Cost.*; la seconda deliberazione di iniziative di revisione costituzionale *ex art. 138 Cost.*; l'approvazione delle intese per il regionalismo differenziato *ex art. 116, terzo comma, Cost.*; la legge "rinforzata" di attuazione dell'art. 81, sesto comma, *Cost.*; la concessione di amnistia o indulto *ex art. 78 Cost.*; o, infine, la messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica *ex art. 90 Cost.*¹³. Un problema simile si pone altresì per alcune procedure elettorali, per i quali pure la Costituzione o altre fonti richiedono, specie ai primi scrutini, *quorum* più elevati rispetto alla maggioranza semplice: si pensi alle elezioni di giudici costituzionali, dei componenti "laici" del CSM, ma anche dei Presidenti di Assemblea o dello stesso Presidente della Repubblica, tanto per citarne alcuni.

È proprio da queste procedure a *quorum* aggravato che occorre muovere nell'ipotizzare forme non solo di partecipazione, ma altresì di votazione a distanza.

Si tratterebbe, d'altronde, di poche votazioni, perlopiù assunte in forma solenne (elezioni per schede; votazioni finali), limitatamente alle quali non vedrei troppe difficoltà, in termini logistici e di procedura, ad ammettere anche un voto a distanza, ovviamente con meccanismi adeguati ad assicurare la personalità e, se del caso, la segretezza del voto da parte dei parlamentari che versino in determinate situazioni e che pertanto richiedano e siano autorizzati a votare da remoto. In qualche misura, anzi,

¹³ Sulla tendenza del legislatore costituzionale ad ampliare i casi di leggi da approvare con *quorum* aggravati cfr. ora R. MICCICHÈ, *Contributo alla teoria della legge organica. L'«organicità» come caratteristica delle scelte bipartisan delle assemblee politiche: dall'attuazione del Fiscal compact al regionalismo differenziato*, in *Diritti regionali*, 3/2020, pp. 383 ss.

ammettere la votazione (anche) da remoto in tali sedute dell'Assemblea mi parrebbe meno problematico di quanto non sia partecipare a distanza a una seduta di Commissione nella quale si proceda alla discussione e alla votazione di decine articoli e di centinaia di emendamenti.

Quello verso la digitalizzazione e la (possibile) partecipazione (anche) da remoto ai procedimenti parlamentari mi pare possa considerarsi un percorso obbligato, da intraprendere però con gradualità e piena consapevolezza degli effetti che esso determina sulla natura stessa dei Parlamenti. Cercando di avere ben presenti gli inevitabili riflessi che queste decisioni possono comportare, in negativo e in positivo, sul sempre assai delicato rapporto tra le Camere e i cittadini: in negativo, ove esse vadano a minare il prestigio sia dell'istituzione, sia dei parlamentari, ovviamente chiamati anch'essi a uno sforzo non da poco in una fase eccezionale; in positivo, perché la digitalizzazione dei procedimenti parlamentari, se ben concepita e implementata, può consentire di mostrare una dimensione più efficiente e più tempestiva dell'attività delle Camere, oltre a permettere di immaginare – come da tempo si è rilevato – inedite forme di partecipazione dei cittadini ai procedimenti medesimi¹⁴.

4. La riduzione dei parlamentari e la sua attuazione attraverso i regolamenti parlamentari

Come si era già avvertito prima dello svolgimento del referendum svoltosi il 20-21 settembre 2020, l'attuazione delle revisioni costituzionali è opera particolarmente ardua: a tratti persino più difficile dell'attuazione di una nuova Costituzione che, come si è osservato in recenti studi comparatistici, è chiamata a bilanciare, specie nella fase immediatamente successiva alla sua entrata in vigore, le spinte alla conservazione con quelle alla

¹⁴ Cfr., in proposito, anche per la sottolineatura delle necessarie cautele, P. COSTANZO, *La "democrazia digitale" (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. pubbl.*, 1/2019, pp. 71 ss., e, per un quadro di ciò che si è fatto finora nel Parlamento italiano (invero non moltissimo), C. BERGONZINI, *Il Parlamento e la Information Communication Technology (ICT)*, in D. CHINNI (a cura di), *Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli, 2019, pp. 19 ss.

trasformazione¹⁵. Nel caso delle revisioni costituzionali, infatti, le spinte alla conservazione si rivelano essere particolarmente forti e l'innesto di limitati elementi di trasformazione in un tessuto ordinamentale che per il resto rimane immutato necessita di essere accompagnato da una serie di accorgimenti che ne rendano effettivo e utile, anziché traumatico (o, al contrario, impercettibile), l'impatto. A maggior ragione, poi, quando su una revisione costituzionale si è svolto un referendum, il quale ne ha reso a lungo incerto l'esito e, soprattutto, ha inevitabilmente finito per dividere i cittadini, le forze politiche e gli stessi costituzionalisti in favorevoli e contrari alla riforma. All'indomani dello svolgimento del referendum, è infatti evidente che queste divisioni vanno superate al fine di porsi l'obiettivo – necessariamente comune – di assicurare l'attuazione della riforma e il pieno vigore della Costituzione, per come riformata¹⁶.

Un'ulteriore spinta in questa direzione deriva ora dalla già richiamata legge costituzionale n. 1 del 2021, sull'equiparazione dell'elettorato attivo del Senato a quello della Camera, la quale oggettivamente incoraggia una lettura del nostro bicameralismo in chiave unitaria e omogeneizzante.

5. Che cosa si può fare con la riforma dei regolamenti parlamentari?

Nell'individuare i margini di azione mediante riforme dei regolamenti parlamentari, non va dimenticato che vi sono una molteplicità di questioni sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere relativamente alle quali la Costituzione o tace del tutto o, più spesso, richiama un istituto, ma senza definirlo nei suoi caratteri essenziali. Oppure, detta una disciplina ambigua, che si presta cioè ad essere interpretata in un senso o

¹⁵ Il riferimento è a T. GINSBURG - A.Z. HUQ, *Introduction. From Parchment to Practice*, in IDD. (a cura di), *From Parchment to Practice. Implementing New Constitutions*, Cambridge, 2020, pp. 1 ss., spec. pp. 7 ss.

¹⁶ Si è sottolineato questo aspetto in N. LUPO, *Le conseguenze istituzionali del referendum del 20-21 settembre 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020, 11 ottobre 2020, pp. 587 ss.

nell'altro a seconda dell'attuazione che essa riceve, anzitutto ad opera dei regolamenti di Camera e Senato.

È quest'ultimo il caso anzitutto, com'è noto, della disciplina costituzionale del bicameralismo. Qui è facile rilevare il carattere contraddittorio tra la rubrica del Titolo I (il Parlamento) e quella della Sezione I (le Camere): una contraddizione che è, del resto, uno dei frutti del compromesso, abbastanza faticoso, raggiunti in seno all'Assemblea Costituente in merito ai caratteri del sistema bicamerale. La disciplina costituzionale oscilla tra il considerare Camera e Senato come due organi costituzionali autonomi, da un lato, e il qualificarli come articolazioni dell'unico organo costituzionale Parlamento, dall'altro.

Ovviamente, vista l'ambiguità della soluzione adottata¹⁷, non può certo sorprendere che gli interpreti si siano poi divisi circa l'interpretazione da darsi all'art. 55 Cost.: alcuni, sottolineando la novità del termine "Parlamento", del tutto assente nello statuto albertino, hanno sostenuto che il Parlamento sia "*un organo unico a struttura complessa*", spingendosi a parlare di "*forma atipica di monocameralismo*"¹⁸; altri, al contrario, invocando una qualche continuità storica con l'istituzione parlamentare in epoca prefascista, hanno negato che nell'ordinamento costituzionale "*esista il Parlamento, come organo complesso, del quale le due Camere farebbero parte*" e hanno sostenuto che Camera e Senato sarebbero organi "*del tutto indipendenti fra loro*", tanto da poter esser oggetto di scioglimento anche individualmente¹⁹.

Nell'esperienza repubblicana si è spesso oscillato in una direzione o nell'altra. Sul piano politico, la parificazione – prima in fatto, mediante scioglimenti anticipati del solo Senato, e poi in diritto, grazie ad un'apposita revisione costituzionale (con la

¹⁷ Cfr., anche alla luce dei lavori preparatori, P. AIMO, *Bicameralismo e Regioni*, Milano, 1977, spec. pp. 168 ss.; nonché, volendo, N. LUPO, *Art. 55*, in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. II, II ed., Bologna, 2021, pp. 19 ss.

¹⁸ Cfr. L. PALADIN, *Sulla natura del Parlamento in seduta comune*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, vol. III, Milano, 1965, pp. 425 ss. e A. MANZELLA, *Il parlamento*, III ed., Bologna, 2003, spec. pp. 111 ss. (al quale appartengono le espressioni virgolettate).

¹⁹ Così M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Parlamento: a) principi generali e funzioni*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, pp. 757 ss., spec. pp. 762 ss.

legge costituzionale n. 2 del 1963) – della durata delle legislature, la sostanziale omogeneità tra i due sistemi elettorali (con le sole eccezioni del 1953 e del periodo 2005-2013) e, soprattutto, la forza dei partiti hanno condotto ad una sostanziale unità di composizione, di indirizzo e, verrebbe da dire, “di destino” tra i due rami del Parlamento. Sul piano giuridico e organizzativo, invece, la concezione dei due organi costituzionali rigorosamente distinti è risultata essere di gran lunga prevalente, dando luogo ad una moltiplicazione delle asimmetrie regolamentari e procedurali (accentuatesi ulteriormente nell’ultimo ventennio) e a linee evolutive piuttosto diverse seguite dalle rispettive amministrazioni, assai gelose anche della reciproca autonomia.

Anche la giurisprudenza costituzionale era sembrata orientarsi in questo senso, specie laddove ha ritenuto conformi a Costituzione due modalità assai diverse di computare gli astenuti (cfr. la sentenza n. 78 del 1984)²⁰. Di recente, tuttavia, è sembrata muoversi in senso opposto, in particolare laddove ha rilevato che il “*corretto funzionamento della forma di governo parlamentare*” richiede che i due sistemi elettorali, “*non ostacolino, all’esito delle elezioni, la formazione di maggioranze parlamentari omogenee*” (così la sentenza n. 35 del 2017)²¹. E altresì allorquando, ancor più di recente, ha riservato un trattamento peculiare – di sostanziale insindacabilità – alla seconda (e definitiva) lettura del disegno di legge di bilancio, rilevando in maniera fors’anche troppo drastica che “*in nessun caso sarebbe sindacabile da questa Corte la questione di fiducia ai fini dell’approvazione senza emendamenti di un disegno di legge in seconda lettura*” (così l’ordinanza n. 60 del 2020).

In questo quadro, l’esito del referendum costituzionale del 2016 sembra spingere decisamente nella seconda direzione: invitando cioè Camera e Senato ad agire in modo più sinergico possibile, valorizzando le sedi comuni ed evitando le difformità inutili, anzitutto nella stessa progettazione delle riforme dei

²⁰ Su cui cfr. M. RAVERAIRA, *Le norme dei regolamenti parlamentari come “oggetto” e come “parametro” nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 8/1984, pp. 1849 ss.

²¹ Per una valorizzazione di questo monito cfr., volendo, N. LUPO, *Funzioni, organizzazione e procedimenti parlamentari: quali spazi per una riforma (coordinata) dei regolamenti parlamentari?*, in *federalismi.it*, 23 febbraio 2018, spec. pp. 4 ss.

rispettivi regolamenti. Alcune opzioni di fondo, specie quelle con forte impatto sull'assetto organizzativo complessivo (commissioni permanenti; commissioni bicamerali; gruppi; riparto del tempo e delle funzioni tra commissioni e assemblee; etc.), non possono non richiedere una riflessione di tipo generalissimo che è bene sia compiuta congiuntamente dai due rami del Parlamento, già nella fase di impostazione del lavoro.

Il tutto, ovviamente, nel pieno rispetto dei vincoli costituzionali posti sia relativamente alle funzioni del Parlamento in seduta comune, sia con riguardo al procedimento legislativo, infine sia con riferimento al rapporto fiduciario con il Governo (che impediscono, ad esempio, di immaginare forme di sfiducia costruttiva); ma altresì valorizzando quegli elementi, espliciti (il "collettivamente" di cui all'art. 70 Cost.) o impliciti (l'appena richiamato ragionamento sulla forma di governo parlamentare fatto proprio dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 35 del 2017), i quali obbligano le Camere ad evitare l'adozione di meccanismi istituzionali che accrescano il rischio di divergenze tra i due rami del Parlamento.

Le commissioni permanenti e i gruppi parlamentari sono, com'è noto e come si è rilevato, istituti richiamati dalla Costituzione, e quindi costituzionalmente necessari. Tuttavia, sia per le une sia per gli altri le caratteristiche imprescindibili per Costituzione non sono, a ben vedere, né numerose, né particolarmente stringenti. È vero che il Costituente, nel momento in cui decise di richiamare questi istituti aveva presente un ben preciso modello, ossia quello disegnato nella Camera dei deputati prefascista nel 1920, esattamente un secolo or sono, e poi recuperato all'indomani del fascismo sia per la Consulta nazionale, sia per la stessa Assemblea Costituente²². Tuttavia, non per questo il

²² Si vedano, tra gli altri: G. ORSINA, *L'organizzazione politica nelle Camere della proporzionale: 1920-1924*, in F. GRASSI ORSINI - G. QUAGLIARIELLO (a cura di), *Il partito politico dalla grande guerra al fascismo: crisi della rappresentanza e riforma dello stato nell'età dei sistemi politici di massa (1918-1925)*, Bologna, 1996, pp. 397 ss.; ID., *Il "luogo" storico della riforma regolamentare del 1920 nella vicenda politica italiana*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 1/2008, pp. 53 ss.; A.P. TANDA, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il regolamento della Camera dei deputati da Giolitti a Mussolini. La Camera e la Giunta per il regolamento dal 1904 al 1927. Norme e prassi*, Roma, 2010, pp. 1 ss., spec. pp. 73 ss.; F. ROSSI, *Uffici e commissioni parlamentari in età liberale. Quinta parte*, in *Minerva Web*, 18/2013, disponibile su:

modello suddetto deve ritenersi immutabile, posto che la costituzionalizzazione ha riguardato solo, per un verso, la necessità di un previo esame in commissione dei progetti di legge, lasciando alle Camere la libertà di come configurare tali commissioni, se cioè farne degli organi permanenti o se non costituire piuttosto costituzioni speciali; e, per altro verso, il criterio della composizione proporzionale rispetto ai gruppi, richiamato però con esclusivo riferimento alle commissioni in sede deliberante o legislativa e alle commissioni di inchiesta.

Per tutto il resto, i regolamenti parlamentari hanno campo sostanzialmente libero: potendo persino, per dire, senza con ciò porsi in contrasto con la Costituzione, spingersi ad abolire le commissioni permanenti e a dare origine a commissioni speciali composte in modo non proporzionale rispetto ai gruppi (che so, a composizione paritaria tra maggioranza opposizioni; oppure a composizione limitata a un rappresentante per gruppo, con voto ponderato o senza), purché questi organi non esercitino poteri di inchiesta né poteri legislativi. Va poi ricordato che la stessa possibilità di approvare le leggi direttamente in commissione non è configurata come obbligatoria dalla Costituzione e dunque, almeno in teoria, essa potrebbe essere azzerata dai regolamenti di Camera e Senato, con riferimento ad entrambi o persino ad uno solo dei due rami del Parlamento. La stessa esistenza del gruppo misto non sembra costituzionalmente obbligata, potendo i regolamenti anche mutuare la soluzione dei parlamentari “senza gruppo” fatta propria, ad esempio, dal Parlamento europeo²³.

www.senato.it/3182?newsletter_item=1624&newsletter_numero=151, nonché, anche per i suoi riflessi in epoca repubblicana (passando per l'esperienza della Camera dei fasci e delle corporazioni), G. TARLI BARBIERI, *Le leggi in commissione nella prima esperienza repubblicana: la sede deliberante tra quadro costituzionale e prassi applicativa*, in V. CASAMASSIMA - A. FRANGIONI (a cura di), *Parlamento e storia d'Italia II. Procedure e politiche*, Pisa, 2016, pp. 155 ss.

²³ Sfrutta questa possibilità di prevedere deputati non iscritti, ad esempio, la proposta presentata dai deputati Giorgis e altri (A.C., XVIII legislatura, Doc. II, n. 22, presentata il 28 giugno 2021), seppure prevedendo tale *status* solo per coloro che escano dal gruppo di originaria appartenenza (in assenza di una vera e propria scissione). Cfr. G. PICCIRILLI, *La proposta PD di modifica del regolamento della Camera. Un netto passo avanti nel dibattito sulle riforme regolamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021. In senso non dissimile cfr. la proposta presentata dai senatori Parrini e altri (A.S., XVIII legislatura, Doc. II, n. 9, presentata il 1° luglio 2021).

Con ciò, non si vuole affatto suggerire l'adozione di misure particolarmente drastiche, come l'abolizione delle commissioni permanenti, delle commissioni in sede deliberante o legislativa, o del gruppo misto, ma solo sottolineare quanto ampie siano le opzioni disponibili, a Costituzione vigente, per i regolamenti parlamentari nella loro opera di attuazione della legge costituzionale n. 1 del 2020 e nella "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari nell'era del digitale.

6. Conclusioni. Sulla funzionalità delle Camere come meta-principio costituzionale

Una obiezione potrebbe porsi, in conclusione: come si fa ad intervenire, per giunta in profondità, sui regolamenti parlamentari, senza avere prima chiaro quali saranno gli assetti della forma di governo, del bicameralismo e del sistema elettorale? Si tratta di un'obiezione comprensibile, anzi in qualche misura obbligata, se si ragiona in termini sistemici. Se cioè ci si mette a tavolino e si riflette su quale sia l'ordine logicamente più corretto di procedere. È infatti evidente che i regolamenti parlamentari risentono delle opzioni di fondo in tema di forma di governo, bicameralismo e legge elettorale, e sono chiamati a muoversi in coerenza con questi.

Tuttavia, per le ragioni che prima si evidenziavano, e vista l'insopprimibile – ancorché deleteria e in contrasto con le regole di buona condotta elettorale del Consiglio d'Europa – tendenza a metter mano alla legge elettorale a ridosso di ogni scioglimento delle Camere, seguire l'ordine logico porterebbe, in questo caso, a una ulteriore e assai rischiosa paralisi.

Del resto, non è affatto escluso che, secondo una modalità che in più occasioni si è verificata nella storia costituzionale italiana, possano essere proprio i regolamenti parlamentari a supplire alla mancata approvazione di riforme costituzionali e di leggi ordinarie e ad anticipare percorsi, comportamenti e istituti poi spesso codificati con interventi di revisione costituzionale²⁴.

²⁴ Cfr. L. ELIA, *Riforma dei partiti mediante le norme dei Regolamenti Parlamentari*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 15/2008, numero speciale su *I regolamenti parlamentari nei momenti di svolta della storia costituzionale*

Allo stesso modo, anche se si vuole ragionare in termini sistemici, l'opzione qui indicata sembra comunque trovare una sua *ratio*. A venire in rilievo al fine di giustificare il carattere improcrastinabile degli interventi di riforma dei regolamenti parlamentari è infatti, a ben vedere, un principio di fondo, una sorta di meta-principio che ispira, in ogni ordinamento, il diritto parlamentare: quello di assicurare la funzionalità del Parlamento, posto che in assenza del suo funzionamento si originerebbe un'alterazione profonda e difficilmente rimarginabile dell'assetto istituzionale. È quello stesso meta-principio, per dire, che si manifesta nella giurisprudenza costituzionale che vuole che sia sempre possibile sciogliere le Camere e che richiede pertanto che una legge elettorale sia sempre applicabile, al fine di consentire la "rinnovazione" delle Camere, in qualsiasi momento²⁵. Ed è il medesimo meta-principio che è alla base della giurisprudenza costituzionale che, in nome del principio di continuità degli organi costituzionali, ha affermato la piena operatività delle Camere anche ove esse siano state elette in applicazione di una legge elettorale dichiarata, per parti essenziali, costituzionalmente illegittima²⁶.

Dunque, l'adattamento dei regolamenti parlamentari alla riduzione di deputati e senatori e anche le misure di adeguamento

italiana, a cura di E. GIANFRANCESCO - N. LUPO, pp. 201 ss., e A. MANZELLA, *Qualche considerazione finale*, ivi, pp. 205 ss.

²⁵ Cfr., tra le tante, le sentenze della Corte costituzionale n. 26 del 1997 e n. 10 del 2020. È in ossequio a tale principio che, prima dell'approvazione definitiva della revisione costituzionale sulla riduzione dei parlamentari, è stata approvata la legge n. 51 del 2019 (*"Disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari"*), la quale da un lato ha sostituito, nella legislazione elettorale vigente, i numeri assoluti di seggi con frazioni; e, dall'altro, ha attribuito una delega al Governo al ridisegno dei collegi qualora, entro 24 mesi dalla data di entrata in vigore della legge n. 51 del 2019, fosse stata *"promulgata una legge costituzionale che modifica il numero dei componenti delle Camere di cui agli articoli 56, secondo comma, e 57, secondo comma, della Costituzione"*.

²⁶ Il riferimento è, evidentemente, alla sentenza n. 1 del 2014, ove si fa esplicita applicazione del *"principio fondamentale della continuità dello Stato, che non è un'astrazione e dunque si realizza in concreto attraverso la continuità in particolare dei suoi organi costituzionali: di tutti gli organi costituzionali, a cominciare dal Parlamento"*. Cfr, in proposito, tra i tanti, M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2014.

alla pandemia paiono rispondere ad un'esigenza ineludibile: alla natura più tradizionale del diritto parlamentare, come insieme di regole volte ad assicurare la funzionalità dell'assemblea. Nella consapevolezza che l'assemblea, se funzionante, svolge una serie di ruoli insostituibili tra i quali spicca, sin dalle sue origini, come ci ha magistralmente ricordato di recente Andrea Manzella, la "*funzione di unificazione*": ossia il conseguimento e il mantenimento della società che in tale assemblea è rappresentata. In altri termini, "*l'insieme sociale in assemblea acquista una identità che prima non aveva*": "*diventa popolo e comunità*"²⁷.

Un'esigenza che, da ultimo, sembra trovare nuova linfa anche nella necessità di adottare un metodo di azione diverso, a seguito dei precisi impegni assunti in sede europea dall'Italia con il PNRR: molte dei *milestone* e dei *target* lì individuati consistono o comunque presuppongono l'approvazione di disposizioni legislative che devono essere approvate entro termini tassativi, facendo così scomparire l'opzione del rinvio, che da sempre riscuote un notevole successo nel corso del confronto che in Parlamento si svolge. Certo, si può continuare a ricorrere alle tante scorciatoie che da tempo si sono escogitate nella prassi per far giungere rapidamente a destinazione le varie misure legislative²⁸, come del resto si è fatto, con notevole intensità, nel corso della pandemia. Ma se così fosse, per un periodo di 5 anni, il PNRR avrebbe solo assai parzialmente avuto successo e la legislazione, al di là di questa fase e dei soli obiettivi lì indicati, rimarrebbe quella microsettoriale, frammentata e precaria, senza riuscire a incoraggiare quelle politiche più lungimiranti e incisive che da tempo occorrono e che procedimenti parlamentari più aggiornati, più partecipati e più "giusti"²⁹ aiuterebbero a perseguire.

²⁷ Le espressioni virgolettate sono tratte da A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*, Modena, 2020, spec. pp. 7 ss.

²⁸ Come sembra ipotizzare, di recente, L. BARTOLUCCI, *Sull'inopportunità di intraprendere un percorso di riforma del procedimento legislativo in tempo di Next generation EU*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna on-line*, 2/2021.

²⁹ Si veda, in proposito, il fascicolo monografico di *Quad. cost.*, 3/2021, dedicato al "*giusto procedimento legislativo*", con contributi di A. MANZELLA, M. MANETTI, G. LASORELLA, M. RUOTOLO e C. FASONE.

SEZIONE SECONDA

L'EMERGENZA SANITARIA TRA DIRITTO E DIRITTI

ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLA CONFLUENZA DEI DECRETI-LEGGE

MARIA TARANTINO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La confluenza. – 3. Il filone dei decreti Ristori. – 4. I problemi di compatibilità con la Costituzione. – 5. Una lettura riabilitativa. – 6. Conclusioni.

Abstract: This contribution analyses a practice emerged in the law-making during the Covid-19 crisis: i.e., the conversion into the same law of more decree-laws. The author argues that such a practice is not compatible with article 77 Const.

1. Premessa

Di fronte al continuo avvicendamento di atti normativi approvati dal Consiglio dei Ministri per contenere la pandemia da Covid-19 continua a porre un rilevante problema di rispetto della Costituzione la pratica, emersa nel corso del procedimento di conversione dei decreti-legge, che consiste nell'intreccio tra provvedimenti d'urgenza.

Questo si è realizzato essenzialmente attraverso l'abrogazione di disposizioni di decreti-legge in corso di conversione da parte di successivi decreti-legge o attraverso la confluenza tra diversi decreti-legge in corso di conversione.

È su quest'ultimo argomento che il presente contributo intende avviare una riflessione, resa quantomai attuale e opportuna

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

dal carattere sistematico fino al parossismo assunto dal fenomeno¹.

In particolare, appare utile delinearne i tratti essenziali e soffermarsi intorno ai suoi profili di contrasto con la Costituzione, assumendo per comodità espositiva quale *case study* il filone dei decreti-legge c.d. Ristori.

¹ Sperimentato sporadicamente nel corso della XIV legislatura, in questi mesi il fenomeno ha interessato oltre 20 decreti-legge.

In particolare, nel d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, nella l. 24 aprile 2020, n. 27, sono confluiti il d.l. 2 marzo 2020, n. 9, il d.l. 8 marzo 2020, n. 11, e il d.l. 9 marzo 2020, n. 14.

Nel d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, nella l. 25 giugno 2020, n. 70, è confluito il d.l. 10 maggio 2020, n. 29.

Nel d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, nella l. 17 luglio 2020, n. 77, è confluito il d.l. 16 giugno 2020, n. 52.

Nel d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, nella l. 13 ottobre 2020, n. 126, sono confluiti il d.l. 14 agosto 2020, n. 103, il d.l. 8 settembre 2020, n. 111, e il d.l. 11 settembre 2020, n. 117.

Nel d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito, con modificazioni, nella l. 27 novembre 2020, n. 159, sono confluiti il d.l. 20 ottobre 2020, n. 129, il d.l. 7 novembre 2020, n. 148.

Nel d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, nella l. 18 dicembre 2020, n. 176, sono confluiti il d.l. 9 novembre 2020, n. 149, il d.l. 23 novembre 2020, n. 154, e il d.l. 30 novembre 2020, n. 157.

Nel d.l. 18 dicembre 2020, n. 172, convertito, con modificazioni, nella l. 29 gennaio 2021, n. 6, sono confluiti il d.l. 2 dicembre 2020, n. 125, e il d.l. 5 gennaio 2021, n. 1.

Anche in seguito all'insediamento Draghi il fenomeno non si è arrestato. Il tentativo di invertire la tendenza lasciando che il d.l. 13 marzo 2021, n. 30, il d.l. 1° aprile 2021, n. 44, e il d.l. 22 aprile 2021, n. 52, seguissero ciascuno un autonomo *iter* di conversione è rimasto senza successo.

Nel d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito, con modificazioni, nella l. 26 febbraio 2021, n. 21, sono confluiti il d.l. 15 gennaio 2021, n. 3, il d.l. 30 gennaio 2021, n. 7, e il d.l. 31 dicembre 2020, n. 182.

Nel d.l. 14 gennaio 2021, n. 2, convertito, con modificazioni, nella l. 12 marzo 2021, n. 29, è confluito il d.l. 23 febbraio 2021, n. 15. Nel medesimo decreto non è, invece, confluito il d.l. 12 febbraio 2021, n. 21, in quanto ne erano esauriti gli effetti.

Nel d.l. 22 aprile 2021, n. 52, convertito, con modificazioni, nella l. 17 giugno 2021, n. 87, sono confluiti il d.l. 30 aprile 2021, n. 56, e il d.l. 18 maggio 2021, n. 65.

Nel d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni, nella l. 23 luglio 2021, n. 106, sono confluiti il d.l. 22 giugno 2021, n. 89, e il d.l. 30 giugno 2021, n. 99.

Da ultimo, nel d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, nella l. 6 agosto 2021, n. 113, è confluito il d.l. 23 giugno 2021, n. 92.

2. La confluenza

In via generale, con il termine *confluenza*² si descrive il fenomeno secondo cui, nel corso del procedimento di conversione di un decreto-legge, è approvato un emendamento che riproduce il contenuto di un decreto-legge diverso e in corso di conversione, che è spesso contestualmente abrogato e i cui effetti prodotti nel periodo di vigenza sono fatti salvi. La legge di conversione di un decreto-legge ingloba, quindi, in sé stessa i disegni di legge di conversione di altri provvedimenti d’urgenza, lasciati decadere.

Per questo motivo, con espressione davvero efficace, la legge parlamentare è definita legge “matrioska” e i decreti-legge si dicono “a perdere” o “Minotauro”³.

Il fenomeno in esame può realizzarsi secondo due modalità.

La prima variante si caratterizza per l’approvazione di due decreti-legge disciplinanti lo stesso ambito materiale. Mentre il primo è convertito in legge, il secondo (c.d. decreto a perdere) è destinato a decadere, spesso per espressa dichiarazione del Governo in occasione della sua approvazione. Più precisamente, a prescindere dal mancato o minimo avvio dell’*iter* parlamentare del disegno di legge di conversione del decreto a perdere, questo è recepito all’interno di un emendamento al disegno di legge di conversione del primo provvedimento – che, così emendato, è convertito –, decade per mancata conversione ed è eventualmente abrogato dalla legge di conversione in cui confluisce, ma i suoi effetti sono fatti salvi.

² Cfr. *Rapporto sull’attività svolta dal Comitato per la legislazione - Terzo turno di Presidenza - Presidente On. Maura Tomasi (7 marzo 2020 - 7 gennaio 2021)*, p. 9, nt. 4.

³ L’espressione risale al deputato Bressa, che, nel corso del dibattito alla Camera sull’approvazione del disegno di legge di conversione del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, rappresentava che “*la questione più delicata dal punto di vista costituzionale è [...] questo meccanismo che il collega Roberto Zaccaria definisce dei «decreti Minotauro» [per mezzo del quale] si taglia la testa di uno e la si trapianta nel corpo di un altro*”: così R. ZACCARIA - E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009, p. 11, nt. 15. Analogamente il deputato Vietti, nel corso della stessa seduta. Cfr. A.C., XVI leg., res. sten. 1° aprile 2009.

La seconda variante, al contrario, si caratterizza perché i decreti-legge che compongono la catena normativa ineriscono ad ambiti materiali differenti e la confluenza del secondo provvedimento nella legge di conversione, lungi dall'essere predeterminata, dipende dall'approssimarsi della scadenza del termine per la conversione e del rischio di decadenza⁴.

A dispetto della contiguità di fondo delle due tecniche di produzione normativa, le finalità soddisfatte sono diverse. Mentre nel primo caso si tratta di perfezionare la scelta di politica legislativa realizzata con il primo intervento d'urgenza, nella consapevolezza di poter poi ricorrere, in sede di conversione del primo decreto, ad un emendamento che del secondo decreto recepisca sostanzialmente il contenuto, nel secondo caso l'Esecutivo tenta *in extremis* di evitare la decadenza di un decreto-legge non ancora convertito.

3. Il filone dei decreti Ristori

Nel corso della pandemia il fenomeno della confluenza, già sperimentato durante la XIV legislatura, trova il proprio esempio elettivo nel filone dei decreti Ristori.

In ordine temporale, questo si compone di quattro provvedimenti: i) il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 (c.d. Ristori); ii) il d.l. 9 novembre 2020, n. 149 (c.d. Ristori *bis*); iii) il d.l. 23 novembre 2020, n. 154 (c.d. Ristori *ter*); iv) il d.l. 30 novembre 2020, n. 157, (c.d. Ristori *quater*).

Mentre tutti gli altri sono decaduti rispettivamente il giorno 8 gennaio 2021, nel caso del d.l. Ristori *bis*, il giorno 22 gennaio 2021, nel caso del d.l. Ristori *ter*, e il giorno 29 gennaio 2021, nel caso del d.l. Ristori *quater*, solo il primo è stato convertito, con modificazioni, in l. 18 dicembre 2020, n. 176.

⁴ R. ZACCARIA - E. ALBANESI, *Op. cit.*, pp. 10 ss. Sulla prassi in esame si veda anche B. CIMINO - S. MORETTINI - G. PICCIRILLI, *La decretazione d'urgenza in Parlamento* in L. DUILIO (a cura di), *Politica della legislazione, oltre la crisi*, Bologna, 2013, pp. 94 ss.; A. SIMONCINI, *Le funzioni del decreto-legge. La decretazione d'urgenza dopo la sentenza n. 360/1996 della Corte costituzionale*, Milano, 2003, pp. 324 ss., che parla di "conversione mascherata" per mezzo della quale la legge di conversione del decreto-legge ospitante sana gli effetti del decreto-legge confluito.

Questa legge di conversione si compone di un articolo unico, contenente tre commi.

Con il primo è convertito in legge il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con le modificazioni allegate.

Con il secondo sono abrogati i dd.ll. Ristori *bis*, *ter* e *quater*, in corso di conversione, e sono fatti contestualmente salvi gli atti e i provvedimenti adottati e gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti nel frattempo.

Con il terzo, invece, si dispone che la legge di conversione entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

La legge in esame è dunque, ad un tempo, legge di conversione di un decreto-legge e legge di abrogazione e sanatoria *ex art. 77, comma 3, Cost.* di tre decreti-legge diversi da quello che converte, che, quindi, risultano a perdere ai fini della loro puntuale conversione, la quale è trasposta sul piano sostanziale in un unico procedimento altro⁵.

4. I problemi di compatibilità con la Costituzione

La ricostruita confluenza in un unico testo di più articolati attualmente vigenti genera più di una perplessità.

Innanzitutto, questa appare elusiva della disciplina costituzionale di esame dei decreti-legge e dei rispettivi disegni di legge di conversione. La procedura ivi descritta, infatti, prevede che ciascun provvedimento provvisorio, che origina da distinte delibere del Consiglio dei Ministri e da distinti decreti del Presidente della Repubblica e che costituisce, quindi, rinnovata manifestazione di potere, sia oggetto di un controllo politico specifico,

⁵ Nel corso dell'esame del disegno di legge di conversione del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, al Senato il Governo deposita l'emendamento 1.1000 (che recepisce i contenuti del decreto Ristori *bis*); successivamente, l'Esecutivo presenta il subemendamento 1.1000/2000 all'emendamento 1.1000, che recepisce il contenuto del disegno di legge n. 2027, "*Conversione in legge del decreto-legge 23 novembre 2020, n. 154, recante misure finanziarie urgenti connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*" (decreto Ristori *ter*). Poco dopo, il Governo ritira il subemendamento 1.000/2000 e introduce un subemendamento 1.000/3000 (che ingloba assieme il decreto Ristori *ter* – che era stato già previamente inglobato nel subemendamento 1.000/2000 ritirato – e il Ristori *quater*).

esercitato sul singolo atto nella sua individualità e attivato per effetto della presentazione del relativo disegno di legge di legge di conversione. Nell'ipotesi considerata, invece, per effetto dell'accorpamento descritto, alla presentazione dei disegni di legge di conversione dei singoli decreti-legge non segue il relativo esame⁶.

Sotto altro e concorrente profilo, la confluenza tra decreti-legge mina anche la regola della votazione articolo per articolo. Come la vicenda dei decreti Ristori dimostra, infatti, all'intreccio tra provvedimenti corrisponde una legge di conversione che nel suo articolo unico i) converte un decreto "matrioska"; ii) abroga i decreti-legge confluiti nel primo decreto "matrioska"; iii) ne fa salvi gli effetti prodottisi.

Il dato risulta peraltro aggravato dal fatto che l'esame condotto sul disegno di legge di conversione considerato è stato essenzialmente ristretto all'Aula ove era stato presentato il disegno di legge di conversione, cui è seguito il mero assenso della seconda Assemblea⁷ secondo la dubbia logica del monocameralismo di fatto invalsa durante la procedura di conversione. Dopo la sua approvazione in prima lettura al Senato il 16 dicembre 2020, infatti, l'esame alla Camera è stato estremamente ristretto nei tempi e costretto nei contenuti: dopo solo due giorni dalla trasmissione, il 18 dicembre 2020 l'Aula approvava definitivamente un articolato normativo blindato per effetto della posizione della questione di fiducia sull'approvazione, senza emendamenti, sub-emendamenti e articoli aggiuntivi, dell'articolo unico del disegno di legge di conversione del decreto-legge in

⁶ Nello specifico, in data 9 novembre 2020 è stato presentato il d.d.l. di conversione del d.l. 9 novembre 2020, n. 149 (A.S. 2013); in data 23 novembre 2020 il d.d.l. di conversione del d.l. 23 novembre 2020, n. 154 (A.S. 2027); in data 30 novembre 2020 il d.d.l. di conversione del d.l. 30 novembre 2020, n. 157 (A.S. 2031).

⁷ V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, 1/2021, p. 275. Parla di monocameralismo causale G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *osservatoriosullefonti.it*, p. 20, e di monocameralismo "non detto" A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*, Modena, 2020, p. 65. Sul punto, si v. ancora E. LONGO, *Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, pp. 203 ss., nonché G. TARLI BARBIERI, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano tra intenti riformistici e lacune normative*, in *federalismi.it*, 3/2019, pp. 59 ss.

esame, nel testo delle Commissioni. Così, la vicenda dei decreti-legge Ristori sconta un'ulteriore distorsione procedimentale, che frustra il principio dell'esercizio collettivo della funzione legislativa e contribuisce a depotenziare il sindacato delle Assemblee elettive imposto da una procedura di conversione ormai a connotazione prevalentemente governativa.

È affermazione corrente, invece, che il decreto "matrioska" non contraddica l'art. 77 Cost. sotto il profilo del divieto di reiterazione dei decreti-legge⁸ per la decisiva ragione che, in questo caso, il termine dei sessanta giorni per la conversione è rispettato. Infatti, mentre la prassi della reiterazione si connota per la riproduzione del contenuto di un decreto-legge non convertito in un decreto-legge successivo, nell'ipotesi della confluenza è il decreto-legge successivo a confluire nella legge di conversione del primo provvedimento urgente. Il problema potrebbe porsi solo qualora singole disposizioni di un decreto-legge antecedente vengano inserite in un decreto-legge successivo, il primo decada e, solo dopo la sua intervenuta decadenza, il secondo sia convertito. In questo caso, infatti, la disposizione del primo decreto-legge riprodotta troverebbe applicazione per un periodo più lungo dei sessanta giorni⁹.

Eccettuata quest'eventualità, tuttavia confluenza e reiterazione rimarrebbero distinti.

Eppure, sembra che il rispetto formale del termine costituzionalmente previsto per la conversione non annulli la contiguità sostanziale tra i due fenomeni. In fondo, la confluenza condivide con la prassi della reiterazione quella successione di provvedimenti relativi al medesimo ambito materiale che offusca gli autonomi presupposti di necessità ed urgenza che ciascun decreto-legge deve presentare. Ad un più approfondito esame, anzi, il rapporto di continuità di contenuti tra i provvedimenti in esame suggerisce proprio che i singoli atti della successione normativa non sono fondati su nuovi ed autonomi presupposti giustificativi e che l'intervento in successione abbia ragioni diverse: a fronte dei medesimi originari presupposti di necessità ed urgenza, la

⁸ C. cost., 16 dicembre 1996, n. 360, in *Giur. cost.*, 1996, pp. 3155 ss.

⁹ Il rischio evidenziato, che non è stato corso nel caso dei decreti Ristori, non è peregrino, come dimostra ad esempio che nel d.l. 14 gennaio 2021, n. 2, non è confluito il d.l. 12 febbraio 2021, n. 21, in quanto ne erano esauriti gli effetti.

legislazione d'emergenza contenuta nel primo decreto-legge richiedeva di essere adattata, migliorata, secondo una logica ricorda la tecnica di normazione sperimentata con i decreti legislativi integrativi e correttivi. Detto altrimenti, questa sequela di provvedimenti riuniti sembra ispirata dall'idea di adattamento, manutenzione, perfezionamento o razionalizzazione di misure introdotte repentinamente. Una sorta di *law in progress*, di cui costituisce forse empirica conferma il fatto che ad essere convertito è solo il primo decreto-legge della catena, al quale gli altri si aggiungono.

Escluso il mancato superamento del termine dei sessanta giorni, sul piano temporale il fenomeno della confluenza pone paradossalmente un problema opposto. Attraverso di esso, infatti, il Governo riduce il termine per la conversione dei decreti-legge approvati successivamente e dà vita ad una disciplina normativa di immediata vigenza che viene cristallizzata definitivamente per il tramite di un rito abbreviato che, comprimendo i tempi riservati all'esame parlamentare, finisce per garantirgli uno strumento di produzione normativa di matrice propria, di immediata vigenza e di rapida conversione.

5. E una lettura riabilitativa

Nell'analisi della confluenza tra i decreti-legge, in generale, e Ristori, in particolare, non può tacersi tuttavia che il fenomeno si presentava funzionale a due esigenze pratiche.

Da un lato, quella di migliorare la decisione politica inizialmente assunta, riunendo in un unico atto quel coacervo di misure che l'andamento rapido e all'inizio imprevedibile della pandemia costringeva ad adottare giorno per giorno.

Da un altro, quella di risolvere specifici problemi di diritto intertemporale.

Siccome alcune disposizioni del primo decreto erano state esplicitamente modificate o abrogate nel corso del procedimento di conversione da disposizioni contenute nei decreti-legge successivi, si doveva evitare che con l'entrata in vigore della legge di conversione del provvedimento in esame si sarebbe potuta creare incertezza sugli eventuali effetti *medio tempore* prodotti dalle norme originarie del provvedimento – sottratte all'esame

parlamentare del decreto-legge sopravvenuto – prima che su di esse intervenisse la modifica o l’abrogazione: se infatti da un lato tale modifica e tale abrogazione sono comprese nella disposizione che fa salvi gli effetti del decreto-legge abrogante o modificativo, la misura originaria sarebbe risultata né convertita né modificata nel corso dell’esame, bensì abrogata da un evento esterno, il decreto-legge sopravvenuto. La riproposizione dell’abrogazione e della modificazione mediante l’emendamento sembrano pertanto creare una *fictio* volta a salvaguardare il fisiologico andamento dell’*iter* di conversione.

6. Conclusioni

Dalle considerazioni svolte risultano di evidenza palmare i problemi di compatibilità costituzionale posti dal fenomeno della confluenza.

Il controllo parlamentare sulla legislazione d’urgenza, offerto come limite al rischio di abuso di potere dell’Esecutivo, ne esce seriamente dimidiato intanto perché l’autonoma conversione di ciascun provvedimento provvisorio richiesta dalla Costituzione è impedita dal sostanziale accorpamento dei diversi decreti susseguiti.

Il problema risulta, poi, ulteriormente acuito dalla posizione della questione di fiducia sull’articolo unico di una legge che è ad un tempo di conversione di un decreto “matrioska” e di sanatoria degli effetti nel frattempo prodotti dai decreti inglobati e contestualmente abrogati, con pregiudizio del principio della votazione articolo per articolo. In questo dubbio contesto si aggiunge, ancora, la questione della ricorrenza di autonomi presupposti di necessità ed urgenza per ogni provvedimento che compone la catena di decreti-legge.

Ai descritti profili di contrasto con l’art. 77 Cost. si affianca ulteriormente l’aspezzatura di quel monocameralismo di fatto, definito anche occulto, effetto dei ristretti tempi d’esame del disegno di legge di conversione per la seconda Aula che lo riceve, che mette in crisi la disposizione che affida l’esercizio della funzione legislativa alle due Camere collettivamente.

Per un altro verso, il fenomeno solleva il problema dell’accessibilità e prevedibilità del diritto, resa difficoltosa

dall'intersezione tra articolati normativi, già segnalato dalla Corte costituzionale in un *obiter dictum* della sentenza n. 58 del 2018.

È stato peraltro evidenziato come rischi di svilire il lavoro svolto dalle Commissioni in relazione all'esame parlamentare del testo "confluente", soprattutto nell'ipotesi in cui la Commissione competente per la conversione del decreto-legge "confluito" non sia competente ad esaminare anche il decreto-legge "confluente".

Per questo motivo e a tacere delle altre criticità emerse, la prassi è stata dichiaratamente e apertamente censurata, oltre che dalla Corte costituzionale, dal Comitato per la legislazione anche mediante la sottoscrizione, da parte dei suoi componenti, degli ordini del giorno 9/2835-A/10 e 9/2845-A/22 e dal Presidente della Repubblica.

In occasione della promulgazione della l. 23 luglio 2021, n. 106, di conversione del d.l. 25 maggio 2021, n. 73, con lettera del 30 luglio 2021 ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio, il Capo dello Stato ha invitato il Parlamento e il Governo a riconsiderare le modalità di esercizio della decretazione d'urgenza, riservandosi di valutare l'eventuale ricorso alla facoltà prevista dall'art. 74 Cost. nei confronti di leggi di conversione di decreti-legge caratterizzati da gravi anomalie che gli venissero sottoposte, anche tenendo conto che il rinvio porrebbe in termini del tutto peculiari il tema dell'esercizio del potere di reiterazione.

Si tratta di una correzione di metodo necessaria in vista di una sincera osservanza dell'art. 77 Cost. che, nella sua raffinatissima formulazione, dissimulando la polemica sorta in sede costituente sull'opportunità della disciplina della decretazione d'urgenza¹⁰ di fronte al rischio che la sua previsione creasse campo

¹⁰ Durante i lavori preparatori del 21 settembre 1946, l'On. Lusso osservava che "la vita moderna [...] è così piena di problemi urgenti che non si può negare che vi sono casi in cui il Governo è obbligato a intervenire immediatamente. Vero che la Camera potrà essere convocata in breve termine; e ciò potrà avvenire per questioni importanti; ma vi sono infiniti piccoli problemi per i quali non si può convocare il Parlamento e che d'altra parte richiedono immediatezza di decisione, se non si vuole intralciare l'opera del Governo".

libero per ogni discrezione e per qualsivoglia esplosione di passioni di partito¹¹, fissa un preciso ordine tra le fonti.

Infatti, lo strenuo tentativo di riconoscere il fatto imprevisto all'interno di un sistema a costituzione rigida, coniugando la *vis* tipica dell'uno con le ragioni dell'altra, si condensa nell'espresso divieto al Governo, senza delegazione delle Camere, di emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria, e nella disciplina dell'eventualità¹² che, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, contro le regole sulla produzione del diritto e al di fuori dell'ordinaria allocazione delle competenze, l'Esecutivo adotti provvedimenti provvisori con forza di legge. In questo caso, la decisione, imprevedibile sotto il profilo contenutistico, deve essere corredata di garanzie procedimentali, in modo tale da accogliere l'emergenza e riportarla nel minor tempo possibile alla legalità costituzionale attraverso la sua conversione in legge parlamentare.

Ogni alterazione di questo procedimento si traduce in un'eversione di quell'ordine tra le fonti, che riflette sempre l'ordine delle legittimazioni politiche, posto dalla Costituzione.

¹¹ P. LABAND, *Il diritto del bilancio*, C. FORTE (a cura di), Milano, 2007, p. 200.

¹² C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 831.

BREVI NOTE SUI DPCM: TRA EMERGENZA E STABILIZZAZIONE*

SIMONA CLAUDIANI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. – 3. L’impatto ordinamentale dei DPCM: dubbi e conferme. – 4. Prospettive.

Abstract: The aim of this article is a brief reflection about the pandemic regulation management tools introduced by political institutions to stop the spread of the virus, most of all consisting of the so called Decreti del Presidente del Consiglio (Prime Minister decrees). After an historical and dogmatical excursus, the focus will be on the consequences of the combination between decree-laws and Prime Minister decrees, especially referred to the implications for the Parliament and the future chances and perspectives.

1. Introduzione

È ormai luogo comune che la pandemia da Covid-19, tuttora in atto, abbia generato torsioni assai significative e forse durature nel quadro giuridico.

Ciò è vero, in primo luogo sul piano dei contenuti, in svariati settori sostanziali e processuali, dal diritto delle obbligazioni a quello della insolvenza, dalla profonda ristrutturazione del contraddittorio nel processo penale, alla accelerazione verso il processo civile interamente telematico.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

Ma altrettanto vero lo è sul piano delle fonti, dove il diritto vivente di questo tormentato, se pure circoscritto (come ci si augura) periodo, ci consegna uno scenario nuovo e verosimilmente non del tutto ancora assestato.

Elemento cruciale di questa mobile ricombinazione di fonti e gerarchie è lo strumento noto come decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

Prima di sondarne, appunto, l'attitudine a rivelarsi ulteriormente utilizzabile anche in possibili futuri e meno drammatici scenari, può non essere inutile ripercorrerne rapidamente le vicende, specie concernenti il tempo della pandemia.

2. Il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri

Il DPCM è uno strumento già noto all'ordinamento, connotato dall'assenza di una disciplina unitaria, che ha determinato l'insorgere di notevoli dibattiti in seno alla dottrina al fine di individuarne una classificazione e una ricostruzione unitaria, anche a fronte del variegato e poliedrico utilizzo dello stesso emerso nella prassi¹.

Il dibattito, mai sopito, ha trovato nuova linfa² con l'avvento dell'emergenza sanitaria, che ha indubbiamente posto al centro dell'attenzione i DPCM.

¹ Per una ricostruzione del DPCM e un tentativo di classificazione v. S. LABRIOLA, voce *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enc. Dir. Agg. II*, Milano, 1998, pp. 281 ss. Si v. altresì G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 1-2/2016, pp. 33 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Forum di BioLaw Journal*, 18 marzo 2020, p. 4; D. DE LUNGO, *Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu: considerazioni empiriche sui Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nell'esperienza recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, p. 3, il quale osserva che "il decreto, infatti, è un «guscio neutro» idoneo ad accogliere e veicolare sia contenuti amministrativi che normativi". Cfr. ancora F. POLITI, voce *Decreto ministeriale*, in *Enc. giur.*, V, Milano, 2001, che osserva che i DPCM possono avere un contenuto eterogeneo.

² Si osserva come negli ultimi anni, precedentemente all'emergenza sanitaria, si era manifestata una tendenza verso un utilizzo sempre più diffuso ed esteso dei DPCM. Sul punto v. V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2016, disponibile *online*.

Semplificando la *querelle* ai minimi termini, due erano le tesi principali circa la sua natura.

Un primo orientamento sosteneva³ che tale atto, non espressamente previsto dalla legge, fosse assimilabile, quale *primus inter pares*, a tutti gli altri decreti ministeriali o interministeriali previsti dall'art. 17, co. 3, l. 23 agosto 1988, n. 400, quali strumenti volti alla emanazione di regolamenti e quindi quali fonti normative secondarie.

Diametralmente opposto era il secondo orientamento dottrinale, recentemente avallato dalla giurisprudenza, il quale sosteneva che esso debba qualificarsi alla stregua di un provvedimento amministrativo⁴, – come tipicamente, nella prassi, per i decreti di nomina di figure apicali della pubblica amministrazione – muovendo dall'osservazione secondo cui, ove il contenuto del decreto sia privo di generalità ed astrattezza, sia afferente all'azione amministrativa in senso proprio.

³ Da ultimo, sembra “considerare a tutti gli effetti atti normativi” i DPCM M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 121, sia sotto il profilo della novità, sia sotto quello della generalità e dell'astrattezza.

⁴ Cfr. Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2021, n.1664, la cui massima afferma che al DPCM n. 202 del 2015, che applica ai docenti a tempo indeterminato della S.N.A. la disciplina delle incompatibilità e delle autorizzazioni per i professori e i ricercatori universitari a tempo pieno e individua i criteri per la determinazione del trattamento economico “nonostante la sua formale natura regolamentare (in ragione dello specifico procedimento seguito per la sua adozione) presenta un contenuto che lo avvicina – sul piano sostanziale – all'atto provvedimentale plurimo”; v. anche Cons. St., sez. II, 4 maggio 2020, n. 2831, che qualifica il DPCM come atto amministrativo generale. Con particolare riferimento ai DPCM emanati per fronteggiare l'epidemia, v. F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi del Covid-19*, in *federalismi.it*, 26/2020, 23 settembre 2020, p. 71, che li qualifica come atti amministrativi generali con valore normativo. Di particolare interesse le opinioni degli autori che hanno ritenuto i DPCM come atti espressione del potere di ordinanza *extra ordinem*: v. M. SCUDIERO, *In tema di Ordinanze prefettizie ex art. 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Foro pen.*, 1962, pp. 105 ss.; più di recente M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi - Osservatorio emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020, p. 5; G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, tomo II, Genova, 2020, p. 68; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020, pp. 558 ss.

La distinzione non era, e non è, di interesse esclusivamente teorico: alla qualificazione giuridica dell'atto conseguiva la sua coerente disciplina, ed in particolare l'assoggettamento o meno alla giustizia amministrativa ed ordinaria.

Alla base del nuovo corso nell'utilizzo del DPCM⁵, e come suo rilevante, ancorché indiretto antefatto, vi è senz'altro la delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 che ha dichiarato ai sensi del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 lo stato di emergenza nazionale, su proposta del Ministro della salute e prendendo atto nelle premesse della Dichiarazione di emergenza sanitaria internazionale dell'O.M.S. del 30 gennaio 2020. Se pure tra le conseguenze giuridiche di tale declaratoria non vi sia nulla che riguardi anche indirettamente i DPCM (prevedendo invece, gli artt. 24 e 25 del decreto legislativo, la possibilità di emettere "ordinanze di protezione civile" per così dire *extra ordinem* dal capo del relativo dipartimento), tuttavia tale delibera si ricollega saldamente alla successiva storia della nostra tipologia provvedimentale mediante il termine intermedio rappresentato dai decreti-legge n. 6 e n. 19 del 2020, con le rispettive leggi di conversione.

Il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante "*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*", infatti, all'art. 3, aveva stabilito che le penetranti (per i diritti compressi) misure finalizzate al contenimento della pandemia e sommariamente indicate all'art. 1, venissero adottate con DPCM, su proposta del Ministro della Salute, sentiti i Ministri dell'Interno, della Difesa, dell'Economia ed altri dicasteri eventualmente interessati nonché i presidenti di singole Regioni ovvero il presidente della conferenza delle Regioni e Province autonome a seconda della estensione territoriale dei provvedimenti.

Con il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, si torna sul DPCM, confermandolo (art. 2) come lo strumento per disporre le misure antipandemiche indicate nell'articolo 1 e formalizzando il collegamento tra tale tipologia provvedimentale e lo stato di emergenza dichiarato con la delibera del 30 gennaio 2020: lo stato di emergenza sanitaria, in allora fissato sino al 30

⁵ Per un *excursus* sulla normativa adottata nelle prime battute dell'emergenza pandemica, si v. M. LUCIANI, *Op. cit.*

luglio 2020, è infatti espressamente indicato come lo spazio giuridico all'interno esclusivamente del quale le misure previste hanno legittimazione (art. 1).

Inoltre, si circoscrive il possibile contenuto del DPCM, prevedendo un elenco delle misure che possono essere disposte mediante tale strumento.

Il medesimo decreto-legge completa l'opera inserendo – mediante la legge di conversione – una interlocuzione preventiva del Presidente del Consiglio dei ministri con le Camere, alle quali “preventivamente” il DPCM è illustrato anche al fine di recepire nello stesso indicazioni parlamentari, salva comunque, in caso di assoluta urgenza, la possibilità di effettuare tale interlocuzione dopo l'emanazione del decreto.

3. L'impatto ordinamentale dei DPCM: dubbi e conferme

Appare di una certa evidenza come da un lato l'espressa cornice della legittimazione emergenziale, dall'altro la clausola di interlocuzione diretta del Presidente del Consiglio con le Camere rappresentino al contempo sia la causa che la presa d'atto, o comunque un indizio preciso, di un mutamento profondo della dinamica politico/costituzionale, riflessosi nell'adozione di questa tipologia di DPCM, osservati con diffidenza e oggetto di molteplici critiche, sia dirette al contenuto degli stessi, sia con riguardo alla loro collocazione nell'impianto costituzionale.

È infatti ben noto come il congegno così strutturato abbia invero non soltanto suscitato dibattito politico, ma sia stato sottoposto al vaglio della giurisdizione, con esiti a volte negativi⁶, anche se da ultimo la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di costituzionalità relative ai decreti-legge abilitativi dei DPCM “*poiché (...) non hanno conferito al Presidente del Consiglio dei ministri una funzione legislativa in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., né tantomeno poteri straordinari da stato di guerra in violazione dell'art. 78 Cost., ma hanno ad esso*

⁶ Si vedano le sentenze Tribunale di Reggio Emilia, 27 gennaio 2021, n. 54, e Tribunale di Pisa, 17 marzo 2021, n. 419, che dichiarano illegittimi i DPCM e ne procedono alla disapplicazione. Entrambe le pronunce sono state impugnate e non è al momento noto l'esito del giudizio impugnatorio.

*attribuito unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati*⁷.

Per ricordarne alcuni, si è affermato, in particolare, che l'intero sistema (il binomio decreto-legge/DPCM) sia minato alla base dalla illegittimità della delibera del 31 gennaio 2020 di dichiarazione dello stato di emergenza, essendo l'emergenza pandemica estranea a quelle normativamente previste (art. 7, decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1).

Si è aggiunto che, in ogni caso, il decreto legislativo citato prevede, quale strumento per l'attuazione delle misure emergenziali, l'ordinanza di protezione civile e non il decreto presidenziale.

Si è ancora affermato che i decreti, per così dire archetipici, del 23 e del 25 febbraio 2020, indistintamente operanti su tutto il territorio nazionale, avessero violato l'ambito territoriale, limitato, dal d.l. 6/2020 e cioè alle zone con contagi in atto di provenienza non accertata.

Si è detto che la delega operata con i decreti-legge sia carente nella tipizzazione sia dei presupposti che del contenuto o della durata delle misure.

È infine ampiamente noto il dibattito – compresi i vari esiti nella giurisdizione di merito – sulla riconducibilità delle misure adottate con i vari DPCM ad atti di compressione della libertà⁸ di circolazione o della libertà personale, con quanto ne consegue, secondo la seconda tesi, sulla radicale illegittimità degli stessi per violazione della riserva di legge assoluta e comunque di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost.

⁷ Cfr. C. cost., 23 settembre 2021, n. 198.

⁸ Sulla compressione dei diritti fondamentali ad opera dei DPCM v. G. MOBILIO, *Il decreto-legge alla prova delle vere emergenze*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021; L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in ID. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi - Osservatorio emergenza Covid-19*, 5 maggio 2020, pp. 13 ss.; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 21 aprile 2020, p. 121, che non ritiene "costituzionalmente legittimo il ricorso a decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, che (...) introducono ex novo misure limitative dei diritti".

Si tratta, come si vede, di affermazioni tutte interne a specifici parametri di legittimità, peraltro, in taluni casi, scarsamente convincenti⁹.

Da quanto ricordato, la discussione giuridica ha avuto ad oggetto aspetti relativi alla legalità formale dello strumento, per come in concreto atteggiandosi nei suoi presupposti specifici di legittimità e nei suoi contenuti. Potrebbe altrimenti dirsi che il dibattito ha riguardato non il DPCM di per sé, ma il DPCM della pandemia: il che è ovvio per gli interventi giurisprudenziali ma tradisce forse il fatto che, quanto al dibattito dottrinale, un aspetto significativo e di più ampia portata sfugga ad una attenta tematizzazione.

Infatti, tale modalità di gestione dell'emergenza sanitaria, potrebbe aver ulteriormente accelerato l'eclissi del Parlamento, che ha, di fatto, abdicato a favore del Governo.

⁹ Ad esempio, non sembra sostenibile che la eventuale illegittimità della delibera dello stato di emergenza costituisca rilevante presupposto di legittimità dei d.l. nn. 6 e 19, atteso che questi ultimi possono assumere a base non già tale declaratoria, peraltro non indicata nelle premesse, ma direttamente lo stato fattuale di emergenza in atto e le dichiarazioni di emergenza sanitaria emesse dall'OMS.

Quanto all'ambito territoriale di estensione, la critica vale sul piano puramente storico o politico, per il periodo intercorrente tra il 23 febbraio ed il 25 marzo 2020, poiché l'art. 1 del d.l. n. 19 elimina lo specifico parametro territoriale (presenza di contagi di provenienza non accertata, previsto dall'art. 1 del d.l. n. 6), mentre l'art. 2, co. 3 fa salvi gli effetti dei DPCM già adottati in base al precedente decreto-legge.

Assai più seria, e parimenti irrisolta, è invece la questione relativa al coinvolgimento, nel sistema del *lockdown*, soprattutto il primo, della libertà personale: ci si può infatti porre la domanda se il carattere assoluto del divieto di movimento (non singoli tragitti, ma ogni possibile fuoriuscita dal domicilio con tassative eccezioni) non attenga ad essa; ovvero, in altre parole, se la (mera) libertà di circolazione non debba essere basata su un nucleo intatto di libertà di movimento e tale nucleo coincida con la libertà personale; o se la limitazione della libertà di circolazione debba necessariamente avere contenuti specifici e positivi, mentre un generale divieto, salve eccezioni, di uscire dall'abitazione non coincida con troppa e conclamata evidenza con uno dei moduli tipici e ormai generali di restrizione della libertà personale nel sistema penale, ovvero gli arresti o la detenzione domiciliare; ovvero, infine, se la libertà personale e quella di circolazione vadano distinte con nettezza a monte e sul piano sostanziale e non già a valle come di fatto ritagliate dai provvedimenti particolari e generali, giurisdizionali e normativi, con le loro peculiari finalità, che le limitano.

Se certamente non si poteva pretendere un esclusivo ruolo delle Camere, attesi i tempi non brevi necessari per seguire l'ordinario *iter* legislativo, non ci si aspettava che esse si limitassero a convertire dei decreti-legge che a loro volta affidavano *in toto* l'adozione delle misure di contenimento della pandemia al DPCM, atto sottratto a qualsiasi vaglio parlamentare.

In particolare, si ricorda che l'ordinamento, così come concepito dai Costituenti, disponeva già di uno strumento appositamente predisposto per situazioni di necessità e urgenza, tra cui è fuor di dubbio rientri anche una pandemia: si tratta della decretazione di urgenza¹⁰, che le istituzioni hanno immediatamente percepito come inadeguata a far fronte a un'emergenza¹¹.

D'altronde, come osservato in dottrina, il ricorso ai decreti-legge "*costituisce ormai da decenni una modalità di legislazione ordinaria, grazie anche ad alcune condizioni formali che ne permettono l'utilizzo combinato con la questione di fiducia sull'articolo unico di conversione ed, eventualmente, sul maxiemendamento che contiene tutte le modifiche all'originario decreto-legge*"¹². Questa normalizzazione della decretazione di urgenza ha segnato indubbiamente negli ultimi decenni uno sbilanciamento della funzione legislativa verso il Governo. Sbilanciamento che è culminato in un quasi totale accentramento con l'avvento della pandemia¹³: il ricorso ai DPCM in luogo del decreto-

¹⁰ Per uno studio sul decreto-legge si rinvia a C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 835 ss.; G. GUZZETTA, *Decreto-legge*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, vol. III, Milano, 2006, pp. 1748 ss.

¹¹ Cfr. G. GUZZETTA, *Le fonti dell'emergenza alla prova della pandemia*, in F.S. MARINI - G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, p. 74, che afferma che l'ordinamento "*ha depotenziato di qualunque valenza «eccezionale»*" gli strumenti che avrebbero potuto essere invocati per situazioni di straordinaria necessità e urgenza, dando vita a una sorta di "*normalità emergenziale a bassa intensità*".

¹² G. GUZZETTA, *Italia si cambia. Identikit di una riforma*, Soveria Mannelli, 2016, p. 135.

¹³ Da subito sono state mosse critiche alla scelta di affidare l'intera gestione della pandemia ai DPCM, invece di ricorrere alla decretazione di urgenza. Cfr. sul punto D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19. Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2/2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *unicost.eu*, 10 aprile 2020; M. CAVINO, *Op. cit.*, p. 9, in cui si legge che "*l'adozione di un atto avente forza di legge*

legge – che avrebbe consentito al legislatore di esercitare un vaglio, ancorché successivo, in sede di conversione – ha del tutto emarginato il Parlamento, né si ritiene che possa ripristinare il suo ruolo centrale l'obbligo per il Presidente del Consiglio di riferire al legislatore¹⁴.

4. Prospettive

Questa attrazione della funzione legislativa da parte dell'Esecutivo impone di interrogarsi su un aspetto.

Tale aspetto ha a che fare con la portata espansiva dello strumento, come reinterpretedo nella Costituzione vivente di questo periodo: espansiva nel presente in relazione alla possibilità di estensione ad altri settori di disciplina; espansivo nel futuro in relazione alla possibilità che tale aspetto della costituzione vivente si consolidi e, per così dire normalizzi.

Si tratta di ciò: al fine di cogliere la più profonda dinamica del fenomeno, occorrerebbe forse mettere a fuoco non tanto e non solo i DPCM di cui si parla, ma la concatenazione dinamica tra i decreti-legge autorizzativi e i DPCM.

Andrebbe colto – e pare sia questo il senso politico/costituzionale del non avere adottato le misure anti Covid-19 con decreto-legge, come in fondo ben si sarebbe potuto almeno per i più penetranti aspetti di limitazione dei diritti – che la *combinazione modulare d.l./DPCM* realizza una sorta di accelerazione dell'accelerazione, così come di regressione della regressione del potere parlamentare, rispetto al modulo singolo decreto-legge, che si realizzano sotto due diversi profili:

- la natura monocratica, e non collegiale, del provvedimento;

non avrebbe soddisfatto una mera esigenza di carattere formale; ma sarebbe avvenuta in ossequio ai valori costituzionali sottesi alla corretta applicazione del principio di legalità"; F. CLEMENTI, Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili, in Osservatorio AIC, 3/2020, 7 aprile 2020, p. 39, che osserva che "l'emergenza del coronavirus poteva essere, invece, un'ottima occasione per adottare (...) lo strumento normativo ad hoc che la Costituzione esattamente prevede «in casi straordinari di necessità e di urgenza», ossia il decreto-legge".

¹⁴ V.A. LUCARELLI, *Op. cit.*, p. 581, che osserva "la scelta dei dpcm, quali atti di governo e gestione dell'emergenza, è sintomatica di come il processo parta dal governo per terminare nell'azione del governo".

- la restrizione del potere del parlamento nel campo della conversione del primo soltanto dei due provvedimenti “modulari” mentre per il secondo residua il solo dovere di informativa, preventiva o addirittura successiva nei casi di maggiore urgenza.

E sembra esservi anche di più: tale combinazione realizza, in prospettiva anche come sistematica modalità di decisione in materie urgenti, una singolare *scissione* tra la enunciazione o previsione di una possibile regola e la decisione concreta sulla sua imposizione. Ciò è quanto avvenuto con i decreti-legge ed i DPCM della pandemia, nei quali i contenuti ed anche i limiti temporali delle prescrizioni limitative di diritti sono stati innegabilmente enunciati, nei tratti significativi e qualificanti, dai decreti-legge, mentre ai decreti presidenziali è stata riservata la decisione sul loro concreto ed effettivo ingresso nell’ordinamento: peraltro con la marcata differenza rispetto al noto schema del decreto legislativo, nel quale la delega, operata dal Parlamento, vale a vincolare l’esecutivo all’obbligo politico e costituzionale di emanazione dell’atto, mentre, nel nostro caso, vi è una semplice autorizzazione.

Con ciò si realizza forse, più che una sottrazione di potere legislativo da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, una autolimitazione del potere legislativo alla determinazione di contenuti ed una sorta di esercizio inscindibilmente congiunto di potestà esecutive e legislative.

Si tratta di un modulo che potrà essere replicato, a costituzione vigente?

Lo spazio di questa riflessione non può che chiudersi sulla formulazione di questa domanda, come conclusione della riflessione sin qui svolta, senza alcuna possibilità di attraversare la enorme complessità dei contenuti sottesi.

Può però dirsi che la domanda comporta un duplice livello di tematiche: in primo luogo, certamente, la valutazione di quello che abbiamo indicato come “modulo composto” alla luce dei parametri di legalità costituzionale ed è ovvio che essa andrà condotta alla luce dei molteplici aspetti in gioco (dal rispetto della riserva di legge, in particolare assoluta, e di giurisdizione, ad una attenta verifica in merito al contenuto dei criteri di straordinaria necessità ed urgenza, alla compatibilità con l’art. 95, comma 1, Cost. del nuovo potere che tale modulo consegna al Presidente del Consiglio dei Ministri piuttosto che al Governo nella sua

collegialità). In secondo luogo, tuttavia, non potrà prescindersi dalla valutazione, a monte, della compatibilità con il sistema Costituzionale, dei profili di *accelerazione*, *sommarizzazione del controllo parlamentare*, ed infine di *scissione* della decisione legislativa di cui si è detto, così come, in caso di valutazioni tutte positive, andranno meditati eventuali elementi correttivi, nella scansione della sequenza.

Un ultimo aspetto deve poi essere menzionato. Ci si chiede di quali strumenti disporrà il Parlamento nel futuro, se nel presente consentirà ai DPCM (*rectius*: alla combinazione modulare decreto-legge DPCM) di consolidarsi e di sostituirsi alla funzione legislativa, per riappropriarsi della stessa.

Si ritiene che uno strumento potrebbe essere il sollevamento di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato. La Corte costituzionale, occupandosi di un conflitto azionato da alcuni parlamentari contro il Governo, proprio in relazione all'adozione dei DPCM antipandemici, ha affermato l'inesistenza "di «violazioni manifeste delle prerogative costituzionali» poste a garanzia dello status dei parlamentari nell'ambito del procedimento legislativo"¹⁵, avuto riguardo al fatto che vi sia stata conversione del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 con la l. 5 marzo 2020, n. 13: ciò dimostra come non sia "mancato il confronto parlamentare (...) e come i deputati abbiano avuto la possibilità di esercitare le proprie funzioni costituzionali (...), nel corso dei «passaggi parlamentari», principalmente in sede di conversione in legge dei decreti-legge indicati in ricorso". Maggiori spiragli sono lasciati dalla Consulta circa la possibile ammissibilità (e fondatezza) di un conflitto di attribuzione sollevato in circostanze analoghe dalla singola Camera: nella citata ordinanza si legge che "la lamentata distorsione degli istituti previsti dagli artt. 76 e 77 Cost., conseguente all'asserita «espropriazione» della funzione legislativa (...), sarebbe semmai idonea a menomare, in ipotesi, le attribuzioni dell'intera Camera (...), posto che la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere".

¹⁵ C. cost., ord. 13 aprile 2021, n. 66.

PRIVACY O SALUTE PUBBLICA? UN APPARENTE DILEMMA *

LUIGI PROSIA

SOMMARIO: 1. Sorveglianza tecnologica *versus* libertà e diritti. – 2. Dalla disciplina “semplificata” della tutela del dato – 3. ...al rispetto dei principi fondamentali del trattamento. – 4. Un auspicio per il futuro contro il rischio della “*governabilità algoritmica*”.

Abstract: Digital surveillance technologies, used to try to stem the effects of the Covid-19 contagion, involve a series of ethical and legal data protection issues. In fact, when the needs of public health protection limit the privacy of individuals, it becomes necessary to seek a right balance between conflicting interests. However, the difficulty lies in identifying the permitted level of containment of individual rights for public reasons, so that the dialectic between public health and data protection does not undermine the democratic order. Therefore, as the data protection regulations already provide for limitations necessary to guarantee public health through principles of proportionality, necessity, reasonableness and temporariness, it is precisely within of this framework that the exceptions to the ordinary data protection system should be included. Furthermore, in order to ensure that not every data-driven actions lose sight of the essential ethical-legal values, it is necessary to place man always at the center of all, without ever affecting the hard core of his rights.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Sorveglianza tecnologica *versus* libertà e diritti

Il tentativo di arginare la diffusione della pandemia ha acceso un potente riflettore sul legame delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone (incluso il diritto alla *privacy*) con le nuove tecnologie, di cui sono emerse con prepotenza sia le potenzialità che le criticità. Da una parte, infatti, la tecnologia offre all'uomo inedite visioni e prospettive¹, annullando le distanze fisiche e ricreando, nel mondo digitale, luoghi di incontro e di confronto². Dall'altra parte, la stessa tecnologia, per sua natura, consente ampie possibilità di intrusione ad opera dei poteri pubblici e privati, senza che gli individui possano alzare alcun muro di protezione a tutela dei loro diritti.

Nell'ambito di questo ambivalente scenario tecnologico, i dati personali assumono un importante ruolo socio-economico, generando continuamente ricchezza e potere, al punto da essere considerati come il petrolio del neocapitalismo digitale³. Di conseguenza, si assiste a un "capillare processo di «mercificazione» dei dati delle persone"⁴, volto ad alimentare sempre di più l'attività *data driven* dei colossi del *Web*. Un'attività che, ricavando

¹ Sul come la tecnologia dia vita a nuovi modelli mentali, non essendo più un mero strumento, v. A.C. AMATO MANGIAMELI - M.N. CAMPAGNOLI, *Strategie digitali. #diritto_educazione_tecnologie*, Torino, 2020.

² Non a caso, "il Cyberspace consente di sovrapporre allo spazio fisico dei nuovi «strati di senso» e di informazione, che rivoluzionano la percezione individuale e collettiva circa i luoghi, il loro modo di essere e di fruizione". Così, M. PLUTINO, "Immuni". Un'exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, p. 554. Per una più ampia e diffusa trattazione sul *Cyberspace*, v. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Informatica giuridica. Appunti e materiali ad uso di lezioni*, Torino, 2015, pp. 72 ss.

³ D. TALIA, *La società globale e i big data. Algoritmi e persone nel mondo digitale*, Soveria Mannelli, 2018, p. 48. Su questi temi, fondamentali anche i contributi di V. MAYER-SCHÖNBERGER - K.N. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013; C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Milano, 2017; S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

⁴ E. LA ROSA, *App immuni tra tutela della salute e protezione dei dati personali. Bilanciamento dei valori?*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2020, p. 585.

profitti strabilianti proprio dalla raccolta, dall'analisi e dall'aggregazione di grandi masse di dati, peraltro attraverso dei meccanismi sovente oscuri, comporta dei seri pericoli per gli individui, che sono sottoposti a un'inedita forma di sorveglianza (continua, automatica, illimitata e diffusa)⁵, palesemente più efficace e pervasiva del controllo gerarchico e discontinuo tipico dei sistemi panottici⁶.

Per di più, il cittadino digitale tende a sottovalutare le ripetute limitazioni del suo diritto alla *privacy*, oggi pressoché inteso nella sua declinazione digitale di protezione dei dati personali, immettendo quotidianamente in Rete le sue informazioni più intime; talora per la mera gioia di esporsi e di esserci a tutti i costi, talaltra per il timore di essere escluso da una “*società-confessionale*”⁷. Tuttavia, tali limitazioni, benché meno evidenti o, comunque, meno percepibili di quelle a danno di altri diritti, non per questo sono anche meno rilevanti. Basti pensare che spesso le persone rinunciano alla loro intimità per fruire di servizi apparentemente gratuiti, che, invece, pagano in dati personali⁸.

Pertanto, è fondamentale lo sviluppo di una maggiore accortezza rispetto all'attuale tendenza a svendere i propri dati ai detentori del potere informatico; tanto più in questo momento di emergenza mondiale, in cui la *data protection* è concepita come “*un abito delle feste che (...) non è più consentito indossare*”⁹. In

⁵ Cfr. P. TINCANI, *Un altro dono dello spirito maligno. Nuova sorveglianza e comportamenti individuali*, in L. PELLICCIOLI (a cura di), *La privacy nell'età dell'informazione*, Milano, 2016.

⁶ Imprescindibile il rinvio a J. BENTHAM, *Panopticon ovvero la casa d'ispezione*, M. FOUCAULT - M. PERROT (a cura di), Venezia, 1997.

⁷ D'obbligo il rimando a Z. BAUMAN - D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Roma-Bari, 2014. Cfr. B.-C. HAN, *La società della trasparenza*, Roma, 2014, p. 83, il quale osserva che “*la sorveglianza oggi non si realizza (...) nella forma di un attacco alla libertà. Piuttosto, ciascuno si consegna volontariamente allo sguardo panottico. [...] Il detenuto del panottico digitale è, al tempo stesso, carnefice e vittima*”.

⁸ L'esempio per eccellenza di questa dinamica è rappresentato dalle applicazioni di *cloud computing*, nelle quali i dati, oltre a essere conservati, sono anche processati di continuo, per costituire così ulteriori tipi di trattamento. Sull'argomento, particolarmente interessanti le riflessioni di M.N. CAMPAGNOLI, *Il cloud computing: vantaggi e problematicità*, in *Riv. fil. dir.*, 1/2016, pp. 109-126.

⁹ D. POLETTI, *Il trattamento dei dati inerenti alla salute nell'epoca della pandemia: cronaca dell'emergenza*, in *Persona e Mercato*, 2/2020, p. 67.

tempo di pandemia, infatti, la protezione dei dati è messa a dura prova, oltre che da prioritarie e improcrastinabili esigenze di tutela della sicurezza e della salute collettiva, anche e soprattutto dal comune convincimento individuale che una riduzione della *privacy* rappresenti un male minore rispetto a quello cui è esposta la salute pubblica.

Al contempo, però, crescono i dubbi e le perplessità circa l'utilizzo delle misure digitali di controllo degli individui (dagli strumenti di *contact tracing*, agli *scanner* biometrici, dai droni che sorvolano i cieli, sino al più recente *digital green pass*), giustificate appunto con l'interesse prevalente della salvaguardia della salute pubblica. La ragione è presto detta: il ricorso alle soluzioni tecnologiche per perseguire finalità pubblicistiche, qualora non venga opportunamente governato e regolamentato, può trasformare il possibile bilanciamento tra i diritti individuali e gli interessi collettivi in una sostanziale compressione dei primi e delle loro essenziali garanzie.

Non è dunque peregrino il rischio che in nome della sicurezza nazionale, e della logica per cui "*salus rei publicae suprema lex esto*", si arrivi a considerare tutto come legittimo e giustificato, incluse le attività di sorveglianza di massa¹⁰, limitando così la *privacy* degli individui in modo draconiano, poco ragionevole e proporzionato. Il modello ideale d'impiego delle tecnologie digitali, al contrario, deve essere *human-centered*¹¹, ovvero mettere sempre e prima di tutto l'uomo al centro, evitando in tal modo ogni inutile compressione delle sue libertà.

In definitiva, le nuove tecnologie permettono senz'altro alle istituzioni pubbliche di assumere le migliori decisioni, di progettare le azioni più efficaci e di fornire i servizi meglio rispondenti ai bisogni dei cittadini. Malgrado ciò, possono esporre anche a un potere incontrollabile, quale quello della "*sorveglianza*

¹⁰ Per una dettagliata ricostruzione storico-giuridica del concetto di sorveglianza, si rinvia a P. PERRI, *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, Milano, 2020.

¹¹ C. COLAPIETRO - A. IANNUZZI, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, p. 778.

*generalizzata*¹², della manipolazione politica¹³ e della persuasione commerciale¹⁴, se non vengono impiegate in maniera democratica e nel rispetto del nucleo duro dei diritti¹⁵.

Del resto, la tecnologia non è “*né buona, né cattiva e neppure neutrale*”¹⁶, ma muta il suo valore a seconda di come la si sviluppi e la si applichi. Per tale ragione, è necessario che, persino in un contesto emergenziale, la tecnologia permanga etica, trasparente, sicura e inclusiva, adottando sempre un approccio che garantisca le libertà e i diritti inviolabili della persona *by design*. Tra i tanti, una particolare attenzione va riconosciuta di sicuro al diritto alla protezione dei dati personali, dal momento che soltanto una sua autentica tutela può consentire a ciascun uomo di essere realmente un lavoratore, un elettore e, più in generale, un cittadino libero.

2. Dalla disciplina “semplificata” della tutela del dato

La normativa europea in materia di protezione dei dati contempla, all’art. 9 del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), un generale divieto di trattare le “*categorie particolari di dati personali*” – tra i quali rientrano anche quelli inerenti alla salute – con la sola possibilità di derogarvi al verificarsi di determinate condizioni. Nello specifico, per quanto a noi interessa, il

¹² P. TINCANI, *Sorveglianza e potere. Disavventure dell’asimmetria cognitiva*, in *Ragion pratica*, 1/2018, p. 62.

¹³ Per un’analisi specifica sul ruolo della comunicazione digitale a fini elettorali, v. G. ZICCARDI, *Tecnologia per il potere*, Milano, 2019 e M. BARBERIS, *Come Internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, 2020.

¹⁴ In merito alle ricadute delle ICT nel settore economico, v. N. SRNICEK, *Capitalismo digitale: Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del Web*, Roma, 2017.

¹⁵ A tal proposito, sempre attuali le osservazioni di V.R. CLARKE, *Information Technology and Dataveillance*, in *Communications of ACM*, vol. XXXI, maggio 1988, pp. 498-512, il quale assume un approccio neutro rispetto alle tecnologie di *dataveglianza*, sostenendone i molteplici scopi, non tutti necessariamente deplorabili; si pensi, ad esempio, agli scopi dei c.d. *Open Data* della Pubblica Amministrazione, che consentono ai cittadini di controllare l’operato dei governanti, in modo da ottenere un governo più trasparente ed efficiente.

¹⁶ A.C. AMATO MANGIAMELI, *Tecno-diritto e tecno-regolazione. Spunti di riflessione*, in *Riv. fil. dir.*, 6/2017, p. 88.

trattamento dei dati “*particolari*” diviene lecito allorché sia necessario per motivi d’interesse pubblico legati alla protezione di gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, potendo in tal caso prescindere anche dal consenso dell’interessato (art. 54 del GDPR).

La previsione di deroghe specifiche al regime ordinario di tutela del dato¹⁷ non è certo ingiustificata, ma si spiega con il principio per cui a livello europeo la protezione dei dati personali – anche se annoverata tra i diritti fondamentali dall’art. 8 della CEDU e dall’art. 16 del TFUE – non riveste un carattere di assolutezza, dovendo essere temperata, per via della sua funzione sociale, con altri e altrettanto importanti diritti (considerando 4 del GDPR). Non erroneamente, allora, la protezione dei dati è stata definita come un “*diritto inquieto*”, in dialettica costante con una tecnica in continua evoluzione e con i molteplici interessi (individuali e collettivi) che di volta in volta ne lambiscono i confini¹⁸.

Più in dettaglio, rispetto al doveroso bilanciamento della protezione dei dati con l’interesse pubblico a che il virus non si propaghi oltre la “*soglia di reazione del sistema sanitario*”¹⁹, il considerando 46 del GDPR fa espressa menzione addirittura degli eventi pandemici, prevedendo che alcune finalità del trattamento, come quella di tenere sotto controllo la diffusione delle epidemie, possano trovare un corretto inquadramento nelle basi giuridiche stabilite dall’art. 6, par. 1, lett. d) ed e) del GDPR, ovvero nella necessità di salvaguardare gli interessi vitali dell’interessato (o di un’altra persona fisica) e nell’esigenza di realizzare un compito di interesse pubblico (o connesso all’esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento)²⁰.

¹⁷ Si tratta delle eccezioni previste all’art. 9, par. 2, del GDPR.

¹⁸ A. SORO, *Tracciamento contagi coronavirus, ecco i criteri da seguire*, in www.agendadigitale.eu, 29 marzo 2020.

¹⁹ Questa l’espressione di F.P. MICOZZI, *Le tecnologie, la protezione dei dati e l’emergenza coronavirus: rapporto tra il possibile e il legalmente consentito*, in *BioLaw Journal*, 2/2020, p. 629.

²⁰ Sull’interesse pubblico come base giuridica del trattamento, si veda M. MIDIRI - S. PIVA, *L’interesse pubblico come base giuridica e come finalità del trattamento dei dati personali*, in S. SCAGLIARINI (a cura di), *Il “nuovo” codice in materia di protezione dei dati personali. La normativa italiana dopo il d.lgs. n. 101/2018*, Torino, 2019, pp. 21 ss.

Proprio all'interno di questa cornice, il legislatore italiano ha predisposto una disciplina "semplificata" della tutela del dato²¹, per rendere più fluido e agevole lo scambio di informazioni tra le autorità sanitarie, velocizzare il processo di sperimentazione clinica di medicinali e dispositivi medici e accrescere così l'efficienza dell'intero sistema di gestione della pandemia. Il tutto, nell'ambito di un contesto di sorveglianza epidemiologica che mira a diventare sempre più capillare ed efficace²².

Così facendo, ne è derivata, però, una compressione del livello ordinario delle garanzie dell'interessato in nome della tutela della salute collettiva, posto che questa nuova normativa amplia sia il novero dei soggetti titolari che le modalità del trattamento. Attualmente, infatti, quanti (tra il personale medico e/o sanitario) sono impegnati nel contrasto alla pandemia possono procedere alla comunicazione tra loro dei dati relativi alla salute ogniquale volta le finalità di mitigazione dei rischi per le persone lo rendano necessario. Inoltre, nell'immediatezza delle reazioni al contagio, il conferimento degli incarichi di trattamento (*ex art. 2-quaterdecies* del d. lg. n. 196/2003) può avvenire pure oralmente, così come l'informativa all'interessato essere fornita in via semplificata o, addirittura, essere omessa.

Per come concepita dal legislatore italiano, la disciplina emergenziale della protezione dei dati personali, comunque, non realizza alcuna deroga alle disposizioni del GDPR, poiché si limita a definire i ruoli e i compiti nel trattamento di dati determinato da finalità di tutela della salute pubblica²³. E non potrebbe essere altrimenti, dal momento che il GDPR è una fonte legislativa gerarchicamente sovraordinata.

In più, la normativa italiana, nel prevedere che alla fine dell'emergenza tutti i trattamenti di dati devono essere riportati nell'ambito delle ordinarie regole e competenze, denota apertamente tutto il suo carattere straordinario²⁴. Ciò vuol dire anche che le informazioni raccolte nel periodo pandemico, una volta arginato il fenomeno virale, non potranno essere "convertite" al

²¹ Si fa riferimento all'art. 17-*bis* della l. 24 aprile 2020, n. 27, di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Cura Italia").

²² G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza COVID-19*, in *giustiziacivile.com*, 5 maggio 2020.

²³ F.P. MICOZZI, *Op. cit.*, p. 630.

²⁴ D. POLETTI, *Op. cit.*, p. 67.

soddisfacimento di finalità diverse da quelle di contenimento dell'epidemia, a meno che non vengano anonimizzate. Difatti, solo il dato informativo reso anonimo – al quale, peraltro, non si applica la disciplina del GDPR, non trattandosi più di un dato personale – può essere riusato per una diversa finalità lecita (ad esempio, per fini di ricerca scientifica, di profilassi o di statistica) e senza limiti di tempo, non creando problemi di sorta ai principi regolatori di ogni trattamento di dati; in specie, al principio di minimizzazione, in base al quale possono essere trattati unicamente i dati personali adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario a soddisfare le finalità per cui sono stati trattati (art. 5, par. 1, lett. c) del GDPR).

3. ...al rispetto dei principi fondamentali del trattamento

In una prospettiva costituzionalmente orientata, non c'è dubbio che anche le scelte che concernono i nostri dati e il loro trattamento siano determinanti per il livello di tutela delle libertà e dei diritti fondamentali. Per questo, al fine di non intaccare i pilastri fondanti dello Stato di diritto, pure di fronte a una crisi sanitaria vanno rispettati sempre i principi generali che governano la *data protection* (elencati all'art. 5 del GDPR) di liceità, trasparenza, minimizzazione, esattezza, integrità, limitazione delle finalità e della conservazione²⁵.

Soltanto se si tiene bene a mente questa indispensabile premessa, può allora considerarsi lecito che, in nome del volto solidaristico del diritto alla salute²⁶, anche la protezione dei dati personali subisca delle restrizioni considerevoli in risposta alla crisi sanitaria; a patto che queste si realizzino appunto con misure adeguate in termini di necessità, proporzionalità, ragionevolezza e, soprattutto, temporaneità. Misure che, fra l'altro, devono iscriversi “*in un quadro di garanzie certe e senza cedere a*

²⁵ Per una chiara disamina di tali principi, v. A.C. AMATO MANGIAMELI - M.N. CAMPAGNOLI, *Op. cit.*, pp. 62 ss.

²⁶ Sul ruolo del principio solidaristico, anche in riferimento all'attuale emergenza, v. M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in *federalismi.it*, 11 marzo 2020.

*improvvisazione*²⁷, tenendo in debito conto che l'ordinamento europeo ha una tradizione costituzionale relativa alla tutela della *privacy* che non ha eguali nel mondo.

Se così è, si ritiene certamente opportuno che – in un'ottica di bilanciamento – la protezione dei dati arretri rispetto al beneficio apportato così al diritto alla salute, interpretato anche come interesse della collettività, purché ciò non avvenga in misura sproporzionata o, comunque, irragionevole. Questo anche perché, alla luce della nostra Costituzione, “*tutti i diritti fondamentali (...) si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuarne uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri*”²⁸. In altri termini, i diritti tutelati costituzionalmente vivono in equilibrio dinamico e duttile, essendo capaci di adeguarsi alle specifiche esigenze del momento, per preservare in ogni tempo le libertà inviolabili della persona nel loro insieme.

Spetta allora al legislatore il compito di garantire sempre una misura minima essenziale di protezione dei diritti ogni volta in gioco – oltre la quale si determinerebbe una grave violazione dei valori posti alla base dell'ordinamento democratico – attraverso un'attenta operazione di temperamento secondo i canoni della ragionevolezza. Da qui, discende anche l'esigenza di ricercare un punto di equilibrio tra *privacy* del singolo e salute della collettività, guardando costantemente ai principi generali sul trattamento dei dati ed evitando così che prevalga un “*diritto della paura*”²⁹, con la conseguente e illimitata espansione di uno dei due interessi all'apparenza in conflitto.

²⁷ A. SORO, *La sfida privacy in era coronavirus*, in www.ansa.it, 17 marzo 2020.

²⁸ C. cost., 9 aprile 2013, n. 85.

²⁹ C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, Bologna, 2005, p. 303, il quale ricorda che “*la paura può determinare alcune fra le più grottesche violazioni dei diritti umani*”.

4. Un auspicio per il futuro contro il rischio della “*governabilità algoritmica*”³⁰

La pandemia da Covid-19 ha accelerato l'emersione delle riflessioni giuridiche sugli effetti, da un lato, di tutela e, dall'altro lato, di limitazione, che gli strumenti tecnologici possono avere sull'esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali. Difatti, benché abbiano agevolato e, soprattutto, velocizzato l'azione di contrasto del contagio, le tecnologie digitali hanno prodotto altresì una seria compressione della *privacy* degli individui.

È pertanto auspicabile che, una volta superata la fase dell'emergenza, ogni limitazione apportata per loro tramite al diritto alla protezione dei dati personali venga prontamente rimossa, rinunciando così a una tecnologia tracciante *tout court* e a qualunque finalità di controllo e/o repressiva. Se così non fosse, il pericolo potrebbe essere quello di una sorveglianza politica³¹, ottenuta attraverso l'elaborazione algoritmica di una enorme mole di dati, grazie alla quale ottenere poi una quantità sorprendente di informazioni, spesso nemmeno determinabili a priori a partire dalla sola massa di dati grezzi³². Proprio in questo si sostanzia l'uso per così dire politico degli algoritmi, ossia nella loro capacità di raccogliere e ricombinare di continuo i nostri dati, per poi estrapolarne previsioni e classificazioni e sottoporci in tal modo a una forma di disciplina e controllo ineluttabile e particolarmente efficace³³.

Si tratta di una profonda conoscenza e predittività, strettamente connessa alla personalizzazione (o customizzazione “*ban-*

³⁰ Faccio mia la suggestiva ed efficace espressione di A. ROUVROY, *Gouverner hors les normes: la gouvernementalité algorithmique*, in *Lacan Quotidien*, 6 giugno 2017.

³¹ Sulle nuove tecniche di controllo da parte del potere, v. B.C. HAN, *Psicopolitica*, Milano, 2016.

³² Da tal punto di vista, si pongono serie difficoltà in relazione al consenso, che ai sensi del GDPR deve essere esplicitamente e liberamente riferito a specifiche finalità di trattamento illustrate in modo chiaro e preciso. Cfr. AGCM – AGCOM - GARANTE PRIVACY, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, in www.garanteprivacy.it, 10 febbraio 2020.

³³ Cfr. A.C. AMATO MANGIAMELI, *Algoritmi e big data. Dalla carta sulla robotica*, in *Riv. fil. dir.*, 1/2019, pp. 107 ss.

*ottica*³⁴) dei servizi offerti dalle applicazioni di intelligenza artificiale, che sono in grado di orientare i nostri gusti e le nostre preferenze, di predire i nostri desideri e, più in generale, di influenzare quasi tutti i nostri comportamenti, visto che ci mostrano soltanto determinate informazioni ben selezionate³⁵. Queste, inevitabilmente, finiranno per condizionare la nostra percezione del mondo, le nostre convinzioni e, di conseguenza, le nostre scelte, realizzando così un'asimmetria informativa estremamente pericolosa, oltre che per la *privacy*, anche per tutte quelle libertà che si basano sull'autodeterminazione individuale³⁶.

Stando così le cose, ogni azione e/o soluzione *data driven* dei governi e delle autorità sanitarie deve porsi come rispettosa della libertà e dignità umana, in modo da scongiurare il rischio di un totalitarismo post-moderno che, fondandosi sui dati e sugli algoritmi (che sappiamo essere tutt'altro che obiettivi e neutrali)³⁷, incrina la tenuta delle garanzie democratiche, non garantendo più la virtuosa sinergia tra le istanze personalistiche e quelle solidariste che stanno alla base della vita collettiva³⁸.

³⁴ B. DIDIER, *Security, Exception, Ban and Surveillance*, in D. LYON, *Theorizing Surveillance. The Panopticon and beyond*, Portland, 2006, pp. 46 ss.

³⁵ È il tema della c.d. *filter bubble*, quale “bolla” che scherma selettivamente alcuni contenuti in favore di altri, per produrre sull'utente l'effetto voluto. La nozione è stata introdotta da E. PARISER, *Il filtro. Quello che Internet ci nasconde*, Milano, 2012. Più recentemente, v. M.N. CAMPAGNOLI, *Informazione, social network e diritto*, Milano, 2020, p. 33, la quale parla di “*occulti meccanismi di filtraggio (...) che rischia(no) di riproporre e di inverare il mito della Caverna*”.

³⁶ Su questi temi, *ex multis*, v. D. CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi*, Milano, 2016 e, nel panorama italiano, L. LAURA, *Breve e universale storia degli algoritmi*, Roma, 2019.

³⁷ Cfr. Y.N. HARARI, *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Milano, 2018, il quale, con riguardo all'analisi dei nostri dati fatta dagli algoritmi, parla di *datismo*, quale nuova forma di potere e/o dittatura tecnologica e B. KAISER, *La dittatura dei dati*, Milano, 2019.

³⁸ P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro nap.*, 2/2018, pp. 481 ss.

L'OBBLIGATORIETÀ DEL VACCINO E IL CONSENSO INFORMATO*

LAURA TARANTINO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Luci ed ombre del consenso informato. –
3. Conclusioni.

Abstract: Offered as a possible way out of the current pandemic emergency, the start of the vaccination campaign raises a plurality of questions that affect different areas of law.

On the level of constitutional law, it raises the “dilemma” between the collective interest and the protection of individual health: the proven efficacy of vaccination to combat and prevent the spread of diseases, in fact, turns out to be problematic, when the compulsory or recommended administration of the drug causes damages to the person.

In other words, on the level of civil law and, in particular, criminal law, the question arises as to whether liability for injury or death resulting from vaccination is involved.

The question appears problematic, involving also the issue of the extension of the effectiveness of the exculpatory (informed) consent given by the beneficiary.

According to the provisions of art. 50 cod. pen. and the interpretation offered by the most recent case law of legitimacy, the consent of the beneficiary excludes the offense even with respect to acts of disposition of his own body functional to safeguard or improvement of the overall health of the disposer.

In particular, the provision of informed consent, which is an expression of the person's free and informed choice to seek treatment, does not give rise to criminal liability for the inauspicious outcome of medical treatment.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

However, the question is to clarify whether, in the specific case of the vaccine for Sars-CoV-2, given its short period of experimentation, can be considered strictly “informed” and, for the effect, the consent given.

In this context, therefore, the present essay intends to start a reflection on the characteristics that consent must respect in order to consider the therapeutic treatment as compliant with the legal system.

1. Premessa

Alla inaspettata emergenza epidemiologica, determinata dalla diffusione a livello globale del virus Sars-CoV-2, è conseguito uno sconvolgimento istituzionale e normativo più generale.

Difatti, dinanzi ad un pericolo inedito e sconosciuto, l’istinto di sopravvivenza e il bisogno di difesa si innalzano al di sopra di ogni altro confliggente interesse.

In questo clima di profonda incertezza e smarrimento, l’elevata capacità di contagio del nuovo ceppo di coronavirus e la gravità delle conseguenze da questo provocate sulla salute in molti casi, hanno reso necessari, sin da subito, lo sviluppo e la produzione in larga scala di un vaccino, la cui somministrazione in Italia ha avuto inizio il 31 dicembre 2020.

La sua sperata e desiderata efficienza, tuttavia, non ha impedito il palesarsi del timore del carattere sperimentale del farmaco, non essendo noti i suoi effetti immediati e a lungo termine.

Allo stato attuale, non può, infatti, sottacersi l’incertezza scientifica in ordine all’efficacia del vaccino con riferimento al duplice profilo della protezione dal contagio e della trasmissione dell’infezione da parte di chi si è vaccinato, come risulta dalle posizioni ufficiali espresse delle Agenzie (EMA ed AIFA) a cui è affidata la farmacovigilanza¹.

¹ Nel sito dell’AIFA si afferma, quanto all’efficacia del vaccino (Moderna), che esso impedisce nel 94,1% dei casi di contrarre la malattia e si ritiene “*plausibile*” che chi si vaccina non contagi altre persone, anche se la definitiva dimostrazione di ciò richiede il tempo necessario ad acquisire i dati completi.

Inoltre, nel recente *Rapporto* pubblicato il 13/03/2021 dall’I.S.S. e redatto insieme a Ministero, AIFA e INAIL è manifestamente dichiarata la totale sperimentalià dei vaccini, così come le conseguenti incertezze che li

Il disorientamento rispetto a tale circostanza è peraltro riscontrabile nel medesimo decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito il 28 maggio scorso (l. 28 maggio 2021, n. 76), di cui si accennerà, che, all'articolo 3, introduce un'esimente penale a favore dei sanitari per i reati di omicidio colposo (art. 589 c.p.) e lesioni personali colpose (art. 590 c.p.) conseguenti a reazioni fatali in soggetti sottoposti a vaccinazione².

Nonostante l'esitazione vaccinale, fenomeno non del tutto nuovo in realtà, con il decreto-legge citato viene imposto l'obbligo di vaccinazione.

Trattasi, però, di un obbligo circoscritto temporalmente, in quanto limitato nella sua operatività alla data limite del 31 dicembre 2021, e soggettivamente, in quanto indirizzato ai soli esercenti la professione sanitaria e agli operatori di interesse sanitario svolgenti la propria prestazione nelle strutture sanitarie, sociosanitarie, socioassistenziali, nelle farmacie e nelle parafarmacie e negli studi professionali.

Il succitato intervento normativo riaccende il dibattito – di più ampio respiro – attorno al tema della obbligatorietà

accompagnano. Si legge nel rapporto che *“una persona vaccinata con una o due dosi deve continuare a osservare tutte le misure di prevenzione quali il distanziamento fisico, l'uso delle mascherine e l'igiene delle mani, poiché, come sopra riportato, non è ancora noto se la vaccinazione sia efficace anche nella prevenzione dell'acquisizione dell'infezione e/o della sua trasmissione ad altre persone (...) non è ancora noto se le persone vaccinate possano comunque acquisire l'infezione da SARS-CoV-2 ed eventualmente trasmetterla ad altri soggetti. [...] Infine, è verosimile che alcune varianti possano eludere la risposta immunitaria evocata dalla vaccinazione, e, quindi, infettare i soggetti vaccinati. Segnalazioni preliminari suggeriscono una ridotta attività neutralizzante degli anticorpi di campioni biologici ottenuti da soggetti vaccinati con i vaccini a mRNA nei confronti di alcune VOC, come quella Sudafricana, e un livello di efficacia basso del vaccino di AstraZeneca nel prevenire la malattia di grado lieve o moderato nel contesto epidemico sud-africano. [...] La persona vaccinata considerata «contatto stretto» deve osservare, purché sempre asintomatica, un periodo di quarantena di 10 giorni dall'ultima esposizione con un test antigenico o molecolare negativo effettuato in decima giornata”*.

² Ciò quando, come specificato nel testo di legge, *“l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione”* (art. 3, decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44).

vaccinale, già riproposto di recente dal c.d. decreto vaccini del 2017³, che aveva imposto, quale reazione al progressivo abbassamento delle coperture vaccinali sul territorio italiano, la somministrazione di dieci (inizialmente dodici) tipologie di vaccini per i minori infrasedicenni, con contestuale previsione di sanzioni amministrative pecuniarie e del divieto di accesso ai servizi educativi per l'infanzia per i casi di inadempimento, obbligando altresì le Regioni ad assicurare la gratuità di ulteriori quattro vaccinazioni; queste ultime, tuttavia, meramente raccomandate alla collettività.

L'obiettivo della neo-introdotta forma di coazione alla profilassi è dichiaratamente quello di salvaguardare primariamente non già la dimensione individuale della salute, bensì quella collettiva.

Il che non è incompatibile con i dettami costituzionali – specificamente con l'articolo 32 della Costituzione – posto che, come ritenuto dalla Consulta, è proprio l'ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, alla preservazione dello stato di salute dei più “*a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale*”, mediante l'imposizione di trattamenti sanitari⁴.

Sotto lo specifico profilo penalistico, l'avvio della campagna vaccinale sollecita delle riflessioni sul tema della efficacia scriminante del consenso (informato) prestatato dal vaccinando alla somministrazione del farmaco anti Sars-CoV-2.

Ai fini di una corretta impostazione del problema appare opportuno, alla luce dell'attuale vigenza dell'obbligo vaccinale, distinguere due ipotesi: da un lato, quella dei soggetti obbligatoriamente sottoposti al vaccino (e cioè, come chiarito, gli esercenti la professione sanitaria e gli operatori di interesse sanitario); dall'altro, quella dei soggetti che volontariamente vi si sottopongono.

³ Decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73 (“*Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale*”), modificato dalla legge di conversione 31 luglio 2017, n. 119.

⁴ C. cost., 14 giugno 1990, n. 307.

La distinzione assume rilievo perché, come evidenziato dalla dottrina⁵, il consenso informato si atteggia diversamente a seconda che il trattamento sia obbligatorio o volontario.

Solo nella seconda ipotesi, infatti, esso può trovare spazio, esprimendo lo stesso termine “consenso” la necessità della volontarietà dell’atto.

Nella prima ipotesi, invece, è irrilevante l’adesione volontaria o spontanea del paziente, qualificandosi obbligatorio il trattamento sanitario effettuato a prescindere dal consenso del destinatario.

L’irrilevanza della consensualità nei trattamenti sanitari imposti dal legislatore non implica, tuttavia, il venir meno del diritto del paziente a ricevere informazioni sugli stessi.

Il diritto all’informazione, infatti, che integra l’altra componente fondamentale del consenso informato, rinviene la propria *ratio* nel rispetto della persona umana: appare, infatti, con quest’ultimo incompatibile la circostanza che il soggetto sottoposto obbligatoriamente ad un trattamento sanitario venga altresì obbligato a riceverlo in uno stato di cecità informativa.

Poste queste premesse, ai fini dell’indagine che si intende portare avanti, si procederà in primo luogo a chiarire in cosa consiste il consenso informato e a definirne i caratteri e, in secondo luogo, ad illustrare i vari interrogativi che esso pone in riferimento alla campagna vaccinale da Covid-19.

2. Luci ed ombre del consenso informato

In via generale, sul versante penalistico, deve premettersi che il consenso, quale espressione di quella libertà fondamentale che il codice penale definisce libertà morale, segna il *discrimen* tra ciò che è o non è tipico⁶.

Esso assume specifica rilevanza in ordine ai problemi penalistici connessi all’attività medico-chirurgica: è, infatti,

⁵ D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, III ed., Torino, 2018, pp. 136 ss.

⁶ Aderisce alla tesi bipartita del reato, ritenendo le cause di giustificazione elementi negativi del fatto tipico, F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, VI ed., Torino, 2015, p. 287. Di avviso contrario altra dottrina. Sul tema, D. PULITANÒ,

insegnamento oramai acquisito⁷ che il consenso informato, che trova fondamento, secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale⁸, nei principi espressi negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione, costituisca condizione di liceità dell'atto sanitario.

In particolare, secondo la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte⁹, il consenso prestato dal paziente al trattamento medico “scrimina” anche nell'ipotesi in cui l'esito sia infausto.

Ma, si badi, ciò si intende solo per l'ipotesi in cui l'atto sanitario sia eseguito nel rispetto delle *leges artis*. Infatti, nell'ipotesi di violazione delle regole cautelari, a poco rileva la sussistenza o meno del consenso, integrandosi in ogni caso la responsabilità medica per mancato rispetto delle stesse.

Il che è corretto, acconsentendo il paziente ad un trattamento conforme alle regole cautelari.

Il consenso concorre, così, ad individuare la soglia del rischio consentito suggellata dalle norme di comportamento predisposte dall'ordinamento.

Diritto penale, IX ed., Torino, 2011, p. 58; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Milano, 2017, p. 101.

Si richiama, a titolo esemplificativo, tra la manualistica, anche G. MARINUCCI - E. DOLCINI - L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, VIII ed., Milano, 2019, pp. 208-209, nel quale si riconosce l'esigenza di “*analizzare separatamente gli elementi strutturali di ogni reato e di collocarli secondo un ordine logico- sistematico [...] il reato risulta perciò composto da una serie di elementi, disposti l'uno di seguito all'altro nel seguente ordine logico: il reato è un fatto umano, antiggiuridico, colpevole, punibile*”.

⁷ Non è sempre stato così: nel tempo si sono susseguiti anche orientamenti giurisprudenziali appellabili come “non consensualistici” secondo i quali il trattamento medico chirurgico non abbisognava del consenso del paziente perché sarebbe autolegittimato.

⁸ C. cost., 22 ottobre 2020, n. 242; C. cost., 23 ottobre 2018, n. 207.

⁹ Cass., sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437. Sulla medesima G. FIANDACA, *Della responsabilità medica in campo penale (sul trattamento chirurgico arbitrario)*, in *Ragiusan*, 2009, pp. 140 ss.; F. VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: un arresto (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1811 ss.; M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 447 ss.; L. CORNACCHIA, *Trattamenti sanitari arbitrari divergenti*, in *Criminalia*, 2009, pp. 415 ss.; G. PALMIERI, *Trattamento medico terapeutico con esito fausto: principio di offensività ed irrilevanza penale del consenso*, in *Giust. pen.*, 2012, pp. 55 ss.

L'acquisita centralità del consenso è, peraltro, espressione di una concezione nuova, all'interno del nostro sistema, della relazione medico-paziente, incline al travalicamento della visione tradizionale del primo quale individuo dotato di un potere assoluto circa la scelta terapeutica e le sue modalità di attuazione: si assiste alla sopraelevazione dei diritti del malato – primo tra tutti, la sua libertà di autodeterminazione terapeutica – sui doveri del medico, il quale assume, oramai, un ruolo servente e strumentale¹⁰.

Ma in cosa consiste il consenso informato?

Il giudice delle leggi, nella sentenza 23 dicembre 2008, n. 438, con nozione essenziale e forse anche eccessivamente semplificatoria¹¹, definisce il consenso informato come “*l'espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico*”, con ciò evidenziando la necessità dell'adesione individuale consapevole come presupposto necessario all'atto medico.

Più nel dettaglio, il consenso informato si risolve nella sintesi dei due concetti che ne compongono l'espressione e che ne costituiscono il contenuto essenziale: da un lato, quello di “consenso”; dall'altro, quello di “informazione”.

Il primo aspetto riguarda il “consenso” che si concretizza nel “permesso” alla realizzazione su di sé, ad opera di un soggetto esterno, dell'atto del quale si è ricevuta informazione.

¹⁰ Sul tema della tradizionale visione del rapporto tra medico e paziente, si veda per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale. Il consenso informato: pratiche consensuali*, V ed., Padova, 2007, p. 105; M. PELISSERO, *Op. cit.*, p. 461. Sui diversi modelli del rapporto tra medico e paziente, si veda B. PEZZINI, *Diritto costituzionale alla salute, trattamento sanitario, cure palliative: spunti di riflessione sulla relazione terapeutica*, in E. STRADELLA (a cura di), *Diritto alla salute e alla “vita buona” nel confine tra il vivere e il morire. Riflessioni interdisciplinari*, Pisa, 2011, p. 169; R. FRESA, *La colpa professionale in ambito medico*, I ed., Milano, 2008, pp. 63 ss.

In giurisprudenza, Cass., sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437: “*il concetto di salute e di esito più o meno fausto sortito dal trattamento chirurgico, dovrebbe necessariamente postulare anche l'apprezzamento e la scelta consapevole dello stesso paziente, il quale ben può avere, della propria salute, un'opinione affatto diversa da quella del medico*”.

¹¹ E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in *Rivista AIC*, 4/2011; F. VIGANÒ, *Commento all'art. 50 c.p.*, in E. DOLCINI - G. MARINUCCI - L. GATTA, *Codice penale commentato*, 2015, p. 832.

Pertanto, esso presuppone, almeno in linea teorica, l'esercizio del secondo diritto (quello all'informazione), non potendovi essere espressione di volontà consapevole se non vi sia stata informazione adeguata.

Non può, tuttavia, comunque escludersi a priori che un soggetto possa determinarsi anche senza aver ricevuto le opportune informazioni.

Il secondo e distinto profilo integra, invece, come accennato, il diritto – incompressibile – del soggetto interessato (generalmente il “paziente”) a ricevere notizie sugli specifici interventi sanitari che possono riguardare il proprio stato di salute¹².

Per espressa affermazione della Consulta, ogni individuo, oltre al diritto di essere curato, ha “*il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'articolo 32, secondo comma, della Costituzione*”¹³.

Finalità ultima del dovere di informazione è rinvenibile, allora, come affermato dalla stessa Corte costituzionale, nella consapevole autodeterminazione terapeutica, all'esito della quale il paziente è in grado di assumere una scelta libera e ragionevole; finalità che sarebbe frustrata ove venisse taciuta una qualsivoglia circostanza rilevante in merito al trattamento.

Ma qual è il *quantum* di informazione doverosa?

Questo interrogativo si rivela dirimente al fine di chiarire, più avanti, se il consenso prestato dal paziente non obbligato al vaccino anti Sars-CoV-2 possa ritenersi “informato”.

Nel tentativo di individuare, quindi, un criterio utile alla definizione dell'ambito di doverosità dell'informazione, in mancanza di indicazioni legislative sul punto, sono stati proposti diversi criteri.

Senza addentrarsi nell'esame delle singole ricostruzioni, il criterio apparso risolutivo, come acutamente osservato in

¹² Cass., sez. III, 31 gennaio 2018, n. 2369.

¹³ C. cost., 15 dicembre 2008, n. 438; C. cost., 23 luglio 2009, n. 253; Cass., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28985.

dottrina¹⁴, è quello finalistico, che misura il *quantum* di informazione doverosa in relazione alla capacità del paziente di addivere ad una scelta consapevole e ragionata.

In altri termini, il grado di specificità delle informazioni da trasmettere al soggetto interessato in ordine al trattamento sanitario cui intende/deve sottoporsi non sembra definibile a priori, in quanto, ciò che rileva è unicamente che l'informazione sia completa e adeguata al punto tale da porre il paziente in condizioni di esercitare il suo diritto.

In tale prospettiva, evidentemente, si dovrà tener conto altresì del livello culturale del paziente.

In ogni caso, l'informazione relativa al quadro clinico del soggetto interessato deve essere quantomai veritiera rispetto alle probabilità di successo della terapia, ai suoi coefficienti di rischio (tanto di quelli insiti nel trattamento medico, quanto di quelli che attengono alle possibili complicanze), alle terapie alternative, all'invasività dell'intervento prospettato, al livello presumibile di sofferenza e così via.

Può, peraltro, ritenersi che la completezza dell'informazione debba essere valutata in relazione alla rilevanza dei beni coinvolti e dei coefficienti di rischio del trattamento sanitario. Conseguentemente, la sussistenza e fondatezza del consenso informato non potrà che essere apprezzata bilanciando il diritto all'informazione del paziente sia con l'incidenza del trattamento terapeutico sui beni della persona, sia con i coefficienti di rischio insiti nello specifico trattamento terapeutico.

La necessità che l'informazione assuma i caratteri specifici della adeguatezza, della completezza e della veridicità in merito al trattamento sanitario cui il singolo si sottopone (per sua scelta o coattivamente), dato che, come detto, allo stato non sono note con certezza le sue conseguenze a lungo termine, rischia di stridere con la sperimentalità del vaccino anti Sars-CoV-2 e, con ciò la stessa validità del consenso.

Quest'ultimo, infatti, legittima l'atto medico, secondo l'insegnamento tradizionale, solo in quanto venga prestato da un paziente "informato".

¹⁴ Nella lettura penalistica, F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 377 ss.

Secondo l'orientamento attualmente prevalente, è proprio una adeguata informazione del paziente a fungere da presupposto di validità del consenso.

La questione è tutt'altro che agevole, trattandosi di capire se le informazioni che, allo stato delle attuali conoscenze, sono fornite in ordine al vaccino anti Sars-CoV-2 possano appunto ritenersi adeguate; con le conseguenze che ciò comporta rispetto alla scelta del paziente, che rischia di non essere più "autodeterminata".

La scelta del paziente, infatti, può ritenersi tale solo dinanzi a informazioni e valutazioni relative non soltanto a quale trattamento possa migliorare la propria efficienza fisica, ma anche a quale coerenza tra le conseguenze dell'intervento rispetto al proprio sistema di valori, ed in generale alla personale valutazione del concetto di "benessere".

Evidentemente, il "bilanciamento" tra tali complesse esigenze non può che essere riservato alla valutazione del soggetto interessato; bilanciamento che può essere consapevole, solo in quanto adeguatamente informato.

In verità, va detto che il problema relativo alla quantità di informazione che deve essere fornita al paziente, onde ritenere consapevole il suo consenso, si pone esclusivamente rispetto ai pazienti che si sottopongono volontariamente al vaccino.

Infatti, per i soggetti obbligati alla vaccinazione vale quanto detto sopra, e cioè che rispetto ai primi di consenso non si può parlare considerato che l'obbligatorietà del trattamento esclude a priori la sua volontarietà.

Pertanto, se non c'è consenso, il problema della sua efficacia scriminante non si pone e la questione della responsabilità del medico per esito infausto conseguente alla somministrazione di un trattamento sanitario obbligatorio trova soluzione nello scudo penale, su cui ci si soffermerà oltre.

Rispetto, invece, a coloro che si sottopongono volontariamente alla vaccinazione, diverse sono le considerazioni che possono essere formulate.

In tale ipotesi, infatti, la volontarietà del trattamento integra il consenso.

Ciò che va chiarito è se il consenso possa dirsi informato data la dichiarata sperimentabilità del farmaco anti Sars-CoV-2.

In ordine a tale problema, possono formularsi due tesi contrapposte.

Secondo una tesi, il consenso rispetto alla somministrazione del vaccino anti Sars-CoV-2 non può definirsi “informato”. L’incertezza scientifica che intrinsecamente lo connota non consente di esporre al paziente un ventaglio di informazioni utile ad una scelta consapevole.

Secondo altra tesi, invece, al contrario, il consenso può ritenersi “informato” anche in tale ipotesi. Sebbene lo stato attuale delle conoscenze mediche risulti parziale, è vero che nel richiamo alla sperimentabilità del trattamento si esprime la possibilità di un rischio ignoto. Con la conseguenza che la persona che volontariamente si sottopone al vaccino è resa edotta dell’eventualità di un pericolo ora sconosciuto.

3. Conclusioni

Non vi è dubbio che la pandemia attualmente in corso e le gravi conseguenze che essa porta con sé pone nuovi e delicati interrogativi, densi di implicazioni sul piano sistematico.

Nella dialettica tra queste le due tesi esposte da ultimo e nella rilevata assenza di consensualità al trattamento obbligatorio, di cui si è detto, invece, in precedenza, si esprime la complessità, del tema “vaccino-consenso informato” sul piano penalistico.

I diversi problemi trattati nel contributo distintamente perché distinti sono i dubbi che pone il consenso informato rispetto alla distinzione tra obbligo di vaccinazione e vaccinazione volontaria, trovano forse una soluzione unitaria nell’intervento legislativo sullo scudo penale.

Con l’articolo 3, rubricato “*Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2*”, del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, si è esclusa la responsabilità penale del personale medico e sanitario incaricato della somministrazione del vaccino anti Sars-CoV-2, per i delitti di omicidio colposo e di lesioni personali colpose commessi nel periodo emergenziale, allorché le vaccinazioni siano effettuate in conformità alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione

all'immissione in commercio e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative.

Lo scudo penale, infatti, risolve a monte il problema della rilevanza penale della condotta posta in essere dal personale sanitario in generale che, attraverso la somministrazione del vaccino, provochi conseguenze infauste.

LA VACCINAZIONE CONTRO IL COVID-19 IN BRASILE TRA OBBLIGATORIETÀ E CONDIZIONALITÀ*

MARINA EUGÊNIA COSTA FERREIRA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il trattamento legale dei vaccini in Brasile. – 3. La *ratio decidendi* del STF rispetto all'obbligatorietà. – 4. I diritti fondamentali in gioco. – 5. Conclusioni.

Abstract: This paper aims to analyze, in a constitutional law perspective, the issue of the obligatory nature of the vaccine for the Brazilian population, into the pandemic context caused by Covid-19. The Brazilian Federal Supreme Court, in the judgment of the constitutional review actions Nos. 6586 and 6587, understood that the vaccination against Covid-19 should be mandatory, also allowing the adoption of restrictive measures, such as the impossibility of attending certain places, impediment to enroll in school, etc. for citizens who refuse to receive the vaccine. The paper analyzes the legal treatment given by Brazil to vaccines for other diseases before the appearance of Covid-19; then a counterpoint will be made between individual fundamental rights and social constitutional guarantees, in the light of the principles used by the Brazilian Supreme Court in its decision.

1. Introduzione

In seguito all'apparizione del nuovo Coronavirus, alla fine del 2019, i paesi colpiti hanno dovuto adottare misure per contenere la diffusione della malattia. In tale contesto, in Brasile è

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

entrata in vigore la l. 6 febbraio 2020, n. 13.979¹ che rappresenta la base legale per l'imposizione dell'obbligatorietà del vaccino da parte delle autorità competenti.

In considerazione di ciò, alcuni partiti politici hanno sollevato questione di costituzionalità del suddetto obbligo (tramite un'azione diretta, ai sensi dell'art. 103 Cost. brasiliana), sottoponendo la norma al vaglio del Tribunale supremo federale (STF), lamentando una violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione federale brasiliana.

Il Tribunale supremo, alla fine dell'*iter* processuale, ha deciso per la legittimità costituzionale di tale obbligo, purché sia interpretato nel rispetto della dignità umana e dei diritti fondamentali delle persone (STF, plen., 7 aprile 2021, nn. 6586 e 6587).

Il presente lavoro mira a discutere la questione della vaccinazione obbligatoria contro il Covid-19 in Brasile: inizialmente, verrà condotto uno studio sul trattamento legale generale riservato ai vaccini già prima del Covid-19. Quindi, alla luce del diritto costituzionale, verranno analizzati gli argomenti utilizzati dal Tribunale supremo brasiliano nel concludere nel senso della legittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale e, soprattutto, l'interpretazione data dai giudici supremi in merito al concetto di *obbligatorietà*. Infine, verrà commentato il bilanciamento operato dal Tribunale supremo dei diritti fondamentali in gioco, valutandone correttezza e portata.

2. Il trattamento legale dei vaccini in Brasile

Dopo che l'OMS ha dichiarato un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale, il 6 febbraio 2020 – cioè prima ancora di qualsiasi annuncio sulla produzione dei vaccini – è stata approvata e pubblicata la l. 6 febbraio 2020, n. 13.979, avente come oggetto le misure volte a far fronte all'emergenza sanitaria da Covid-19.

Nel testo della richiamata legge, l'art. 3, capo III, punto d, presenta la seguente formulazione: “*art. 3. Per far fronte*

¹ Disponibile su:

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm.

all'emergenza sanitaria pubblica di rilevanza internazionale di cui tratta la presente legge, le autorità possono adottare, nell'ambito delle loro competenze, tra l'altro, i seguenti provvedimenti: [...] III – determinazione dell'obbligo di realizzazione di: [...] d) vaccinazione e altre misure profilattiche”.

Da una prima lettura del testo normativo citato si evince che la vaccinazione contro il Covid-19 può essere prevista dalle autorità preposte come misura obbligatoria nei confronti dell'intera popolazione.

In considerazione di ciò, il Partito laburista democratico (PDT) e il Partito laburista brasiliano (PTB), ritenendo l'obbligo vaccinale violativo dei diritti fondamentali di libertà individuale, hanno presentato una questione di legittimità costituzionale davanti al STF, affinché lo stesso si potesse pronunciare sulla costituzionalità della misura.

Tuttavia, prima di entrare nell'analisi della decisione resa dal STF, è necessario analizzare il regime normativo generale delle vaccinazioni già in vigore, prescindendo dalle peculiarità della pandemia da Coronavirus.

Dal 1973, il sistema sanitario brasiliano ha elaborato il Programma nazionale di immunizzazione (PNI)², riconosciuto anche dall'OMS. Tale Programma è stato istituito con la l. 30 ottobre 1975, n. 6.259³ e disciplinato dal d.l. 12 agosto 1976, n. 78.231⁴ e ha consentito di combattere efficacemente malattie come la poliomielite, il morbillo o il tetano.

Sia la legge che il decreto prevedono disposizioni che utilizzano espressamente la parola *obbligatorio* quando si fa riferimento ai vaccini e stabiliscono che il rispetto dell'*obbligo* sarà dimostrato mediante un certificato di vaccinazione rilasciato dalle aziende sanitarie pubbliche, da medici privati nell'esercizio di comprovata attività o dall'autorità sanitaria accreditata.

Inoltre, il decreto specifica che i cittadini che abbiano l'affidamento o la tutela di minori hanno l'obbligo di vaccinarli (salvo presentazione di un certificato medico che controindica esplicitamente la somministrazione del vaccino), obbligo

² Disponibile su: <http://pni.datasus.gov.br/>.

³ Disponibile su: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16259.htm.

⁴ Disponibile su:

www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d78231.htm.

successivamente rafforzato dallo *Estatuto da Criança e do Adolescente*, l. 13 luglio 1990, n. 8.069⁵.

Tuttavia, a differenza di quanto avvenuto con la l. 6 febbraio 2020, n. 13.979, nessuna delle precedenti leggi è stata mai sottoposta al vaglio del Tribunale supremo per quanto concerne l'obbligatorietà della vaccinazione.

3. La *ratio decidendi* del STF rispetto all'obbligatorietà

Venendo ora alla sentenza richiamata in apertura, sulla base delle questioni di legittimità costituzionale (STF, plen., 7 aprile 2021, nn. 6586 e 6587), il STF ha dichiarato che la disposizione di legge che ha istituito il vaccino obbligatorio contro il Covid-19 non viola la costituzione, adducendo una serie di motivazioni:

(i) La vaccinazione della popolazione è una misura di prevenzione delle malattie istituita al fine di proteggere la società nel suo insieme, in particolare i più vulnerabili.

(ii) L'obbligo del vaccino non prevede misure invasive o coercitive, nel rispetto del diritto all'integrità del corpo umano essendo incostituzionale qualsiasi determinazione giuridica che attui la vaccinazione senza l'espreso consenso informato delle persone.

(iii) La previsione della *vaccinazione obbligatoria*, esclusa l'imposizione della *vaccinazione forzata*, è legittima, purché siano rispettati il diritto all'informazione, all'assistenza familiare, alle cure gratuite e al pieno rispetto della dignità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali delle persone; nonché i principi di ragionevolezza e proporzionalità, in modo da non ledere l'integrità fisica e morale del resistente.

(iv) *Vaccinazione obbligatoria* non significa *vaccinazione forzata*, in quanto la prima richiede sempre il consenso del soggetto e viene attuata attraverso misure indirette, che comprendono, tra le altre, la restrizione all'esercizio di determinate attività o la frequenza di determinati luoghi.

Il primo punto che merita di essere evidenziato nella decisione resa è la distinzione tra i termini *vaccino obbligatorio* e *vaccino forzato*.

⁵ Disponibile su: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm.

Nella concezione del Tribunale supremo brasiliano, il termine *vaccino forzato* traduce l'idea di coercibilità, del primato della violenza⁶, dell'esercizio della prerogativa punitiva dello Stato: il vaccino forzato è quello imposto con la forza e contro la volontà del cittadino. Pertanto il STF esclude tale concetto dalle interpretazioni costituzionalmente legittime della norma, poiché esso violerebbe la dignità della persona umana e la sua intangibilità fisica.

Infatti, la dignità della persona umana appare, nella decisione del STF, come limite all'esercizio del potere coercitivo dello Stato, come condizione e valore intrinseco dell'essere umano, che genera per gli individui *“il diritto di decidere in autonomia sui propri progetti esistenziali e di felicità e, anche laddove questa autonomia manca o non può essere resa attuale, esso va comunque considerato e rispettato per l'intrinseca condizione umana”*⁷.

Si può anche ricordare che uno dei giudici del collegio scrisse in una sua opera che: *“la dignità della persona umana è un valore spirituale e morale inerente alla persona, che si manifesta unicamente nell'autodeterminazione consapevole e responsabile della propria vita e che porta con sé la pretesa al rispetto degli altri, che costituisce un invulnerabile minimo che ogni statuto giuridico deve assicurare affinché, solo eccezionalmente, possano essere poste limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali, ma sempre senza sottovalutare la necessaria stima che tutte le persone meritano come esseri umani”*⁸.

Tuttavia, pur in presenza di una certa ambiguità semantica ed etimologica, la Corte ha ritenuto che il *vaccino obbligatorio*, a sua volta, sia quello subordinato al previo consenso del soggetto, al fine di rispettare la dignità della persona umana.

Dunque, il significato di *obbligatorietà* concepito dai giudici, anche alla luce delle norme in tema di vaccini obbligatori diversi dal Covid-19, appare più vicino all'idea di *condizione*. L'obbligo

⁶ J. DEL VECCHIO JUNIOR, *Sobre o conceito de coerção no Direito Brasileiro*, in *Rev. Unisantia law and social science*, 8/2019, pp. 42 ss.

⁷ I.W. SARLET, *As dimensões da dignidade da pessoa humana*, in *Rev. Brasileira de Direito Constitucional*, 9/2007, p. 18.

⁸ A. DE MORAES, *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*, X ed., São Paulo, 2013, p. 48.

imposto dallo Stato brasiliano in materia di vaccinazione si risolve, infatti, sotto il profilo dell'effetto, nell'imposizione di una *condizione* per l'acquisizione o il pieno esercizio di diritti e libertà, che possono essere goduti solo in via subordinata all'adempimento dell'obbligo imposto dalla legge.

Si noti che, per il STF, il *vaccino obbligatorio*, non prevedendo la possibilità dell'uso della forza da parte dei pubblici poteri, lascia aperta una (seppur contenuta) possibilità di scelta da parte del soggetto, che può soppesare i pro e i contro della somministrazione della vaccinazione. La persona può quindi, in primo luogo, compiere una scelta soggettiva, esercitando la propria *libertà morale*⁹ di ricevere o meno la vaccinazione.

Viceversa, nel caso in cui la persona scelga di non essere vaccinata, subirà alcune restrizioni alla propria libertà individuale, ovvero sanzioni indirette, come ad esempio il divieto di frequentare determinati luoghi o di ricevere determinati benefici pubblici.

In questo senso, il ragionamento dei giudici nel caso in oggetto è analogo a quello applicato in altre fattispecie presenti all'interno dell'ordinamento giuridico brasiliano, quali l'obbligo di voto¹⁰, l'uso delle cinture di sicurezza negli autoveicoli, l'uso del casco per i motociclisti, l'arruolamento nelle forze armate per gli uomini al raggiungimento dei 18 anni di età¹¹.

Sebbene tutti questi obblighi conferiscano una limitata facoltà di scelta, in caso di resistenza o inosservanza, il trasgressore è soggetto a restrizioni o sanzioni, come multe in caso di mancato

⁹ “Nell'esercizio della libertà morale, una persona è soggetta all'obbligo di accettare e rispettare gli altri (che, a loro volta, lo accettano e lo rispettano). Tale «obbligo» verso gli altri non è intrinseco alla libertà discrezionale [...]. Ma Rousseau sostiene che questo obbligo non rappresenta una diminuzione o una negazione di qualcosa di prezioso. È, piuttosto, un'esigenza che facilita e amplia: rispettandola, una persona assume il proprio carattere di colui che dà e riceve rispetto da altri parti”. N.J.H. DENT, *Dizionario Rousseau*, Rio de Janeiro, 1996, p. 142.

¹⁰ A.P. DE CARVALHO - P.P. LANA, *O voto obrigatório no Brasil é democrático?*, in *Rev. Direito, política e democracia: reflexões sobre a reforma do sistema político*, E.D. SALGADO (a cura di), Curitiba, 2015, pp. 73 ss.

¹¹ L'articolo 5 della l. 17 agosto 1964, n. 4375 stabilisce che “l'obbligo al servizio militare, in tempo di pace, decorre dal 1° gennaio dell'anno in cui il cittadino compie i 18 (diciotto) anni e sopravvive fino al 31 di dicembre dell'anno in cui compie 45 (quarantacinque)”.

uso della cintura di sicurezza, o di impedimento ad essere nominati nei pubblici uffici, in caso di mancato esercizio del voto obbligatorio o dell'arruolamento militare.

È evidente che nel caso in oggetto il STF abbia adottato in parte una posizione paternalistica, intesa da Gerald Dworkin come “*ingerenza nella libertà di azione di una persona, giustificata esclusivamente dalle ragioni riferite al proprio benessere, felicità, interessi o valori*”¹² o anche, nel caso di puro paternalismo, come “*ingerenza della libertà di una persona per il proprio bene*”¹³. Tanto che uno dei relatori del giudizio, il giudice Luís Roberto Barroso, ha affermato, nello stralcio del suo voto, che “*lo Stato può, in situazioni eccezionali, proteggere le persone, anche contro la loro volontà*”.

In effetti, l'interpretazione data dai supremi giudici brasiliani all'*obbligatorietà* del vaccino contro il Covid-19 non è una novità nello scenario giuridico, considerando che il modello di *condizionamento* all'esercizio di determinati diritti e accesso a determinati luoghi a una previa vaccinazione era già presente.

L'ordinanza 8 aprile 2004, n. 597 del Ministero della Salute brasiliano¹⁴ aveva già stabilito che il rispetto delle *vaccinazioni obbligatorie*, dimostrato attraverso il rilascio di un certificato di vaccinazione, potesse essere condizione per l'accesso a determinate prestazioni, quali il pagamento del reddito familiare, l'iscrizione ad asili e scuole, l'arruolamento militare, l'assunzione di manodopera in enti pubblici e privati, ecc.

Queste misure adottate dal Ministero della Salute per gli altri vaccini obbligatori, successivamente sottoposte al positivo vaglio del STF nel caso della vaccinazione contro il Covid-19, sembrano avere diversi punti in comune con le misure adottate dallo Stato italiano in merito alla c.d. *certificazione verde* (*green pass*). Il d.l. 23 luglio 2021, n. 105 proposto dal Ministro della Salute italiano¹⁵ ha stabilito che, a partire dal 1° settembre 2021, sarà obbligatoria per i cittadini e i residenti in Italia la presentazione

¹² G. DWORKIN, *Paternalism*, in R. WASSERTROM (a cura di), *Morality and the Law*, Belmont, 1971, pp. 181 ss.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Disponibile su:

bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt0597_08_04_2004.html.

¹⁵ Disponibile su:

www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/08/06/21G00125/sg.

della certificazione verde, quale *condizione* per accedere a vari servizi e attività, dall'ingresso in luoghi chiusi, come ristoranti e palestre, alla partecipazione di concorsi pubblici, sottoponendo a sanzioni amministrative i trasgressori.

4. I diritti fondamentali in gioco

È possibile ora analizzare le argomentazioni utilizzate dal STF in merito ai diritti fondamentali che si pongono in tensione con l'obbligo vaccinale.

Oltre alla questione dell'obbligatorietà del vaccino, il STF ha dovuto infatti affrontare quella relativa al conflitto tra i diritti fondamentali legati all'intangibilità del corpo, le libertà di opinione, quelle filosofiche e religiose in contrasto con i diritti della collettività, alla vita e alla salute, vista la mancanza di una esplicita gerarchia tra di loro.

Il paradosso affrontato dalla Corte si fondava sul dover comporre diritti e interessi apparentemente inconciliabili: da un lato i diritti di difesa¹⁶ o di *status negativus*¹⁷ e dall'altro interessi collettivi e diritti pretensivi o di *status positivus*.

I primi garantiscono all'individuo la tutela della dignità della persona umana, l'intangibilità del corpo, l'invulnerabilità del domicilio, la libertà di espressione e di coscienza religiosa e la potestà genitoriale.

Tali garanzie sono espressamente previste dalla Costituzione federale, all'art. 5, nonché dall'adesione del Brasile a diversi trattati internazionali, quali il Patto Internazionale sui Diritti Civili e

¹⁶ I.W. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, XII ed., Porto Alegre, 2015.

¹⁷ G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1910.

Politici¹⁸ e il Patto di San José di Costa Rica¹⁹, in cui si tutela la sicurezza fisica e psicologica dell'individuo.

Oltre la dignità umana e l'intangibilità del corpo, la Costituzione brasiliana tutela, come garanzia fondamentale, la libertà di coscienza, filosofica, di espressione e di convinzione religiosa²⁰.

Sull'altro piatto della bilancia i giudici si sono trovati a dover soppesare quelle garanzie indicate da Sarlet²¹ come diritto alle prestazioni e da Jellinek²² come *status positivus*, che impongono allo stato la promozione di ogni mezzo di realizzazione, anche con riferimento alla salute.

In questo contesto, l'art. 196 della Cost. brasiliana, recita che *“la salute è un diritto di tutti e un dovere dello Stato, garantito per mezzo di politiche sociali e economiche miranti alla riduzione del rischio di malattie e altri danni, e a garantire l'accesso universale e ugualitario alle azioni e ai servizi per la promozione, la protezione e il ristabilimento della salute”*.

È poi da evidenziare la presenza intrinseca nell'ordinamento brasiliano del principio di *supremazia dell'interesse pubblico*, inteso nel senso di *“proiezione di interessi individuali e privati in un progetto collettivo, che è un interesse comune a tutti gli individui e che rappresenta l'ideale di benessere e sicurezza ricercato dal gruppo sociale”*²³.

È proprio quando ci troviamo di fronte un conflitto tra diritti fondamentali privi di una netta gerarchia che è necessario considerare quale di essi debba prevalere nel caso di specie, per

¹⁸ Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, interiorizzato in Brasile dal decreto del 6 luglio 1992, n. 592, che dice: *“art. 7. Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, in particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico”*.

¹⁹ Il diritto all'incolumità fisica è garantito anche dal Patto di San José di Costa Rica, che integra l'ordinamento giuridico brasiliano attraverso il decreto del 6 novembre 1992, n. 678, il cui art. 5 afferma che *“ogni persona ha diritto al rispetto della propria integrità fisica, mentale e morale”*.

²⁰ Art. 5, VI, della Cost. brasiliana: *“la libertà di coscienza e di credo è inviolabile, è assicurato il libero esercizio dei culti religiosi e, a norma di legge, è garantita la protezione dei luoghi di culto e delle loro liturgie”*.

²¹ I.W. SARLET, *Op. cit.*

²² G. JELLINEK, *Op. cit.*

²³ G. BINENBOJM, *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*, in *Rev. dir. adm.*, 239/2005, Rio de Janeiro, pp. 1 ss.

cercare di preservare il più possibile l'essenza di ciascuno di essi²⁴, come ha sottolineato il giudice Luís Roberto Barroso nelle dichiarazioni di voto.

Quindi, risolvendo il bilanciamento dei diritti fondamentali in gioco, i giudici del STF hanno affrontato il rapporto della obbligatorietà del vaccino e l'obiezione di coscienza, intesa “*come la pretesa di chi rifiuta in nome della propria coscienza di obbedire ad un precetto giuridico, alla cui osservanza è tenuto in quanto destinatario delle norme di un determinato ordinamento giuridico*”²⁵.

In particolare, in ambito medico, sono noti i casi dei Testimoni di Geova che non accettano di ricevere trasfusioni di sangue come trattamento sanitario, o dei medici che per motivi religiosi si rifiutano di eseguire un'interruzione volontaria di gravidanza o, ancora, degli Avventisti del settimo giorno che non effettuano qualsiasi tipo di lavoro o esami nel giorno di sabato nel rispetto dei loro riti.

In questo senso, per cercare di trovare una soluzione al conflitto, la Corte brasiliana ha sostenuto – condivisibilmente – che sebbene l'obiezione di coscienza sia un istituto che deve essere rispettato, esiste una differenza tra le ipotesi di: (i) accettare l'obiezione sollevata da una persona adulta e capace in relazione ai trattamenti che egli stesso deve subire, essendo una scelta autoreferenziale, cioè interessa solo la sfera individuale del soggetto; e di (ii) accogliere un'obiezione i cui effetti potrebbero arrecare danno a un'intera società.

Nel caso di specie, il STF ha ritenuto che la scelta individuale possa arrecare danno o interferire nei diritti altrui e perciò debba prevalere il diritto alla salute della collettività, non risultando infatti legittime scelte individuali che ledano gravemente i diritti dei terzi.

Le posizioni esposte sono state oggetto delle motivazioni dei voti dei relatori, i giudici Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, seguiti da tutti gli altri giudici che hanno partecipato alla sessione plenaria.

²⁴ R. ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, II ed., São Paulo, pp. 93 ss.

²⁵ F. VIOLA, *L'obiezione di coscienza come diritto*, in *Rev. Persona y Derecho*, 61/2009, Navarra, pp. 53 ss.

5. Conclusioni

In conclusione, si può affermare che il STF, nel complesso lavoro di bilanciamento dei diritti fondamentali, abbia inteso far prevalere i diritti collettivi alla vita e alla salute dell'intera comunità, a scapito delle libertà negative individuali.

Al contempo, tuttavia, la scelta del Tribunale per una *obbligatorietà ad effetto condizionale* – consistente, cioè, nell'imposizione di sanzioni o restrizioni indirette per le persone che si oppongono al vaccino – appare come la soluzione più equilibrata, in quanto preserva la possibilità di scelta individuale in merito alla somministrazione contemporaneamente, tutelando altresì la salute collettiva ed individuale (quest'ultima, nei soggetti che hanno optato per la vaccinazione).

REDDITO DI EMERGENZA E REDDITO DI BASE:
LE CONDIZIONI MATERIALI DELLA DEMOCRAZIA*

CAMILA ALMEIDA PORFIRO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Modelli di reddito di base. – 3. Modelli di reddito di emergenza durante la pandemia Covid-19. – 4. Il minimo esistenziale e l'ideale repubblicano. – 5. L'impatto di misure di reddito di base sul processo elettorale e sui diritti fondamentali. – 6. Critiche repubblicane al reddito di base. – 7. Conclusioni.

Abstract: This article examines the emergency income and basic income policies created during the Covid-19 pandemic. In this period, countries with different levels of economic and social development, such as Italy and Brazil, have created policies for the direct transfer of income to the population affected by the crisis. Many saw the provision of emergency aid as a first step towards a more comprehensive, permanent and ambitious discussion on universal basic income policies. Critics, on the other hand, affirm the impossibility of prolonging these policies in the post-crisis period due to budgetary difficulties and the rules of fiscal responsibility. The Covid-19 pandemic, in fact, has highlighted a huge contingent of the world population, especially in emerging countries, which cannot count on a fixed income network or on fundamental job protections. In this perspective, the article argues that the realization of the republican and democratic ideal is not possible without the guarantee of minimum material conditions for all.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Introduzione

La pandemia Covid-19 ha messo in luce un enorme contingente della popolazione mondiale, soprattutto nei paesi emergenti, che non può contare su una rete di reddito fisso o su tutele lavorative fondamentali. Le Nazioni Unite (ONU), in questo periodo, hanno sostenuto che i paesi debbano offrire ai cittadini sussidi mensili per aiutare milioni di persone che hanno perso il lavoro a causa delle misure per contenere il Covid-19¹. Anche l'amministratore delegato del Fondo monetario internazionale (FMI), rilevando la crescita della disuguaglianza in diversi paesi, ha elogiato l'attuazione di queste politiche pubbliche come un modo importante per combattere la povertà².

Cresce quindi una tendenza globale verso la rivalutazione delle politiche assistenziali. Dal 2020, molti hanno iniziato a difendere l'approvazione di leggi che consentano, anche dopo la fine della pandemia, l'istituzione di un reddito di base, che garantisca a tutti la possibilità di godere appieno dei diritti fondamentali. L'attuale scenario sembra in realtà aver "aperto una finestra" per politiche più ambiziose.

In questo contesto, l'articolo discuterà il rapporto intrinseco tra il principio repubblicano e la garanzia di un trasferimento diretto di reddito. In una prospettiva comparativa verranno esaminati i diversi modelli di reddito di base e di emergenza creati in Italia e Brasile durante la pandemia. La scelta dei due paesi è dovuta ai loro diversi livelli economici e sociali. L'Italia ha un Indice di Sviluppo Umano (ISU) di 0,892³ ed è considerato un *Paese sviluppato* dalla Banca Mondiale⁴. Il Brasile, a sua volta, ha un ISU di 0,765, e secondo il Fondo monetario internazionale, è nel gruppo dei "*mercati emergenti e delle economie in via di sviluppo*"⁵. Tale confronto avrà l'obiettivo di dimostrare che il

¹ COVID-19: L'ONU difende il reddito di base universale per combattere la crescente disuguaglianza, disponibile su: www.nacoesunidas.org/covid-19-onu-defende-renda-basica-universal-para-combater-desigualdade-crescente/.

² Kristalina Georgieva del FMI: "Il reddito minimo è un buono strumento per l'uguaglianza", disponibile su: www.brasil.elpais.com/economia/2020-06-15/kristalina-georgieva-do-fmi-renda-minima-e-um-bom-instrumento-para-igualdade.html.

³ Disponibile su: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_english.pdf.

⁴ Disponibile in: <https://datos.bancomundial.org/pais/italia?view=chart>.

⁵ Disponibile su:

reddito di cittadinanza può – e dovrebbe – essere istituito in paesi con diversi livelli di sviluppo, essendo errata l'idea che solo “paesi ricchi” riuscirebbero a istituire questa politica.

In seguito, verranno esplorate le principali giustificazioni repubblicane per tali progetti di reddito minimo. Poi verranno discusse le principali critiche a questi modelli di trasferimento di reddito. Insomma, l'articolo argomenterà che per una reale partecipazione al gioco democratico è necessario che gli individui abbiano accesso a condizioni materiali minime. Pertanto, le politiche di reddito di base, oltre a generare innumerevoli benefici sociali su vari fronti, come l'istruzione, l'uguaglianza di genere, la salute, tra gli altri, consentono anche progressi della democrazia, con una maggiore partecipazione dei cittadini che attualmente hanno bisogno di concentrare tutta la vita nella propria sopravvivenza quotidiana.

2. Modelli di reddito di base

Il reddito di base può essere qualificato come un sussidio versato periodicamente dallo Stato ai membri di una società, al fine di garantire a tutti le condizioni materiali minime di esistenza⁶. Sebbene l'idea sia nata centinaia di anni fa, e si possa anche trovare nel libro di Thomas More del 1516, *Utopia*, fu solo nel 1962, con la teoria di Milton Friedman, che divenne oggetto di un'analisi economica più approfondita⁷. Friedman ha proposto la creazione di un'imposta negativa sul reddito, concessa alle persone che guadagnano meno di un determinato importo. Per lui, questo sistema sarebbe un modo più efficiente e meno costoso per ridurre la povertà rispetto ai tentativi di alterare il funzionamento dei mercati che potrebbero generare distorsioni, come l'istituzione di un salario minimo⁸. In questo modello, ci sarebbero trasferimenti positivi (o tasse negative) alle famiglie che guadagnano un reddito al di sotto di un certo livello e

www.imf.org/en/Publications/WEO/weo-database/2021/October/select-aggr-data.

⁶ D. RAVENTOS, *Basic income: The Material Conditions of Freedom*, Londra, 2007, p. 8.

⁷ P. VAN PARIJS, *Renda básica: renda mínima garantida para o século XXI?*, in *Estudos Avançados*, vol. XIV, 40/2000, p. 187.

⁸ P. VAN PARIJS, *Op. cit.*, p. 187.

trasferimenti negativi (o tasse positive) alle famiglie che ricevono valori più alti.

L'idea è stata successivamente sviluppata da James Tobin come un modo per combattere la povertà e allo stesso tempo preservare gli incentivi al lavoro⁹. Nel 1965 Tobin ha proposto un reddito minimo garantito, che avrebbe fornito una protezione più adeguata rispetto ai programmi di assistenza sociale allora esistenti negli Stati Uniti. Va notato, tuttavia, che Tobin e Friedman hanno difeso il reddito di base per ragioni completamente diverse. Friedman intendeva smantellare lo stato sociale in modo che i beneficiari non avessero più bisogno della protezione legale del lavoro. Tobin, d'altra parte, aspirava a migliorare le condizioni dei membri della società economicamente svantaggiati e a porre fine alla povertà estrema¹⁰.

Queste proposte sono successivamente migrate verso un'idea di reddito di base universale, in cui tutti i cittadini avrebbero ricevuto un valore mensile, senza richiedere alcun criterio aggiuntivo per l'ammissibilità o alcuna verifica del reddito. La giustificazione per trasferire valori a tutti, compresi i più ricchi, sarebbe la riduzione dei costi amministrativi, poiché non sarebbe necessario raccogliere informazioni, monitorare i beneficiari o attuare meccanismi per combattere le frodi. Un'altra giustificazione per un reddito universale sarebbe la riduzione dello stigma sociale associato alla ricezione di aiuti finanziari dal governo, poiché l'importo sarebbe disponibile per tutti¹¹.

In Brasile, il programma *Bolsa Família* - istituita sotto il governo di Luís Inácio Lula da Silva nell'ottobre 2003 - è un programma di trasferimento diretto del reddito alle famiglie brasiliane in situazioni di povertà e povertà estrema, al fine di garantire l'accesso al diritto all'istruzione, alla salute e all'alimentazione. Secondo i dati del 2021, in tutto il Brasile, più di 13,9 milioni di famiglie sono servite da *Bolsa Família*¹². L'importo medio pagato per ogni famiglia è di 192 *reais* (circa 30 euro) al mese, un valore preoccupantemente basso rispetto al salario minimo del paese (1.100,00 *reais*, circa 177 euro).

Recentemente, il 1° novembre 2021, il *Bolsa Família* è stato sostituito da un nuovo programma chiamato "*Auxílio Brasil*". I

⁹ *Ibid.*

¹⁰ D. RAVENTOS, *Op. cit.*, p. 15.

¹¹ P. VAN PARIJS, *Op. cit.*, pp.185 ss.

¹² Disponibile su: www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx.

cittadini già coperti dal precedente beneficio inizieranno automaticamente a ricevere questo nuovo aiuto. La proposta del governo è di aumentare l'importo pagato e ampliare il numero dei beneficiari, in modo che nel nuovo programma sociale siano incluse complessivamente 17 milioni di famiglie.

Va notato che, secondo diverse correnti economiche¹³, quando l'obiettivo è ridurre la povertà, questo tipo di trasferimento diretto del reddito è più efficiente di altre politiche, come il microcredito o la formazione per gli imprenditori. Le Nazioni Unite (ONU) hanno riconosciuto, ad esempio, che i programmi di trasferimento diretto del reddito come *Bolsa Família* hanno ottimi risultati nella riduzione della povertà e nel miglioramento delle condizioni sociali della popolazione più vulnerabile, influenzando migliori tassi di istruzione e occupazione. *Bolsa Família* è stato persino citato dall'ONU come riferimento della politica *accessibile* in termini economici per i paesi in via di sviluppo, che dovrebbero cercare di attuare politiche simili¹⁴.

A sua volta, in Italia, il d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, successivamente convertito dalla l. 28 marzo 2019, n. 26, ha istituito il *Reddito di cittadinanza* (RdC). Secondo il testo del decreto, si tratta di “una misura di politica attiva del lavoro e di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale”. È, in sintesi, un sostegno economico ad integrazione dei redditi familiari associato ad un percorso di reinserimento lavorativo e di inclusione sociale. Il reddito di cittadinanza presenta diversi requisiti¹⁵, come, ad esempio, il richiedente deve essere residente in Italia per almeno 10 anni, di cui gli ultimi due in modo continuativo.

Negli ultimi anni, tuttavia, il RdC è stato il bersaglio di numerose critiche per quanto riguarda le caratteristiche dei beneficiari. Secondo dati recenti, poco più della metà dei poveri italiani non ha accesso al RdC. Inoltre, un terzo dei beneficiari del RdC non è povero¹⁶. Per Cristiano Gori, docente di politica sociale all'Università di Trento, i tre problemi principali sono la

¹³ C. BLATTMAN - P. NIEHAUS, *Show them the money: Why giving cash helps alleviate poverty*, in *Foreign Affairs*, vol. XCIII, 3/2014, pp. 117-126.

¹⁴ Disponibile su: www.nacoesunidas.org/programa-bolsa-familia-e-exemplo-de-erradicacao-de-pobreza-afirma-relatorio-da-onu/.

¹⁵ L'elenco con tutti i requisiti è disponibile su: www.redditicittadinanza.gov.it/schede/requisiti.

¹⁶ Disponibile su: www.corriere.it/economia/lavoro/21_agosto_11/reddito-cittadinanza-36per cento-va-famiglie-sopra-soglia-poverta-80630bc0-fa09-11eb-8ca9-234c5a5d119d.shtml.

sostanziale esclusione degli stranieri, la penalizzazione delle famiglie numerose e lo svantaggio per il Nord. Questi tre gruppi fruiscono del beneficio meno degli altri e quando lo ricevono prendono cifre più basse. Così lo strumento di welfare raggiunge solo in parte chi ne avrebbe più bisogno.

Per tutti questi motivi, l'Alleanza contro la povertà, un'organizzazione sociale, ha girato al governo otto proposte per ridisegnare il Reddito *“in maniera più equa, inclusiva e attenta alle nuove emergenze sociali”*. In primo luogo, l'organizzazione cita il fatto che *“il RdC è fortemente selettivo nei confronti dei cittadini stranieri, in quanto prevede un requisito di dieci anni di progressiva residenza in Italia, di cui gli ultimi due continuativi”*¹⁷. Così, a fronte di 1 milione e 400mila stranieri in povertà assoluta, solo 260mila cittadini extracomunitari prendono il sussidio. L'organizzazione propone quindi di ridurre a due anni il tempo di residenza e abrogare la norma che richiede una certificazione aggiuntiva. Inoltre, la scala utilizzata per il calcolo degli importi pagati attribuisce scarso *“peso”* ai figli minorenni e limita a soli 1.050 euro al mese la cifra massima per una coppia con molti bambini¹⁸. Infine, il terzo problema del RdC deriva dal fatto che le notevoli differenze esistenti nel costo della vita in Italia non vengono tenute in considerazione nella definizione dei criteri di accesso – uguali in tutto il Paese – tra le famiglie di cittadini italiani del Nord che resteranno escluse, soprattutto tra quelle numerose.

3. Modelli di reddito di emergenza durante la pandemia Covid-19

Durante la pandemia di Covid-19, sia il Brasile che l'Italia hanno creato strumenti per compensare le perdite economiche che gran parte della popolazione ha sofferto a causa dei *lockdowns* e misure restrittive. In Brasile, la l. 13.982 del 2020 ha istituito un *“aiuto di emergenza”* per le persone che hanno perso reddito a causa della pandemia di Covid-19, come venditori ambulanti e altri lavoratori informali. Il vantaggio è di 600 *reais* (circa 96 euro) ed è limitato a due persone della stessa famiglia.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Disponibile su: www.corriere.it/economia/lavoro/21_agosto_11/red-dito-cittadinanza-36per cento-va-famiglie-sopra-soglia-poverta-80630bc0-fa09-11eb-8ca9-234c5a5d119d.shtml.

Questo reddito di emergenza, tuttavia, ha incontrato alcuni ostacoli per raggiungere la popolazione più vulnerabile. Uno dei problemi principali è il fatto che molte persone, soprattutto quelle in condizioni di estrema povertà, come i senzatetto, non hanno accesso a Internet o non hanno i documenti necessari per richiedere il beneficio. Insomma, milioni di brasiliani che hanno bisogno di aiuto per affrontare la crisi non potranno ricevere il beneficio a causa di problemi di accesso alla tecnologia.

A sua volta, in Italia, il governo ha creato il *Reddito di Emergenza*, una misura di sostegno economico istituita con l'articolo 82 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 in favore dei nuclei familiari in difficoltà a causa dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Il beneficio economico non può comunque essere superiore a 800 euro mensili, elevabili a 840 euro solo in presenza di disabili gravi o non autosufficienti.

Come differenze tra reddito di emergenza e reddito di base in Brasile e in Italia, è possibile evidenziare che (i) i redditi di emergenza includono valori più elevati, che in Brasile possono raggiungere cinque volte il valore del programma *Bolsa Família*; (ii) il reddito di emergenza comporta requisiti meno stringenti e un maggior numero di beneficiari. Sono stati allentati requisiti come i valori del reddito minimo goduto o la durata della residenza nel Paese, a favore dell'urgenza di garantire i diritti a tutti.

Va notato, tuttavia, che la preoccupazione di garantire l'alimentazione, l'alloggio e altri diritti fondamentali deve esistere non solo in tempi di crisi: se i governi sono stati in grado di adeguare i propri bilanci per garantire la sopravvivenza della popolazione in tempi straordinari, è necessario che questa volontà politica esista anche in tempi di normalità. I diritti fondamentali devono quindi essere garantiti attraverso un reddito di cittadinanza con requisiti più flessibili e maggiori importi. Non è solo in tempi di crisi che le persone hanno bisogno di accedere ai diritti fondamentali: è ogni giorno.

4. Il minimo esistenziale e l'ideale repubblicano

Uno dei presupposti del principio repubblicano è l'indipendenza materiale di tutti i cittadini. Nelle parole di Philip Pettit, “*se uno Stato repubblicano si impegna a promuovere tra i suoi cittadini la causa della libertà come non dominio, deve adottare una politica di promozione dell'indipendenza*”

socioeconomica”¹⁹. Secondo la teoria repubblicana della libertà di Pettit, un individuo è effettivamente libero solo quando non è dominato dai capricci o dalle preferenze di un’altra persona.

Certamente, quando gli individui sono costretti a partecipare a rapporti di dominio per sopravvivere, c’è una maggiore difficoltà nell’esercitare pienamente la propria cittadinanza²⁰. Come ha giustamente osservato Gargarella, “è ragionevole pensare che quelle persone che non hanno le risorse materiali per garantire il loro sostentamento quotidiano abbiano i maggiori problemi quando si tratta di partecipare alla politica. In altre parole, è possibile dire che le persone più povere hanno meno tempo, meno potere contrattuale, meno capitale intellettuale rispetto alle persone ricche e più istruite”²¹. Da un punto di vista repubblicano, povertà non significa solo carenza materiale e disparità di reddito, ma anche dipendenza dai capricci e dalla discrezione altrui.

Il reddito di base, in questo contesto, può emergere come un meccanismo importante per promuovere la libertà e il potere di scelta, consentendo una maggiore partecipazione politica e livelli più elevati di autonomia democratica. Tali politiche promuovono la libertà repubblicana, correggendo, almeno in parte, le asimmetrie di potere esistenti nella società²². Può quindi svolgere un ruolo importante nella lotta allo sfruttamento, alle trappole della povertà e alle molteplici forme di reclusione sociale.

5. L’impatto di misure di reddito di base sul processo elettorale e sui diritti fondamentali

Senza una base di protezione finanziaria, ci sono molte aree in cui i gruppi sociali più vulnerabili sono suscettibili di interferenze arbitrarie da parte di altri gruppi o individui. Ad esempio, le donne economicamente dipendenti dai loro mariti sono coinvolte in rapporti di dominio, che ne impediscono la piena libertà

¹⁹ P. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, 1997, pp. 158-159.

²⁰ D. RAVENTOS, *Op. cit.*, p. 68.

²¹ R. GARGARELLA, *Nos los representantes: crítica a los fundamentos del sistema representativo*, Buenos Aires, 1995, pp. 146-47.

²² D. RAVENTÓS - D. CASASSAS, *Republicanism and Basic Income*, Geneva, 2002, pp. 16-20.

e, di conseguenza, la loro piena inclusione nell'ideale repubblicano.

Nel campo del lavoro, il reddito minimo potrebbe espandere la libertà dei cittadini, conferendo loro un maggiore potere contrattuale. I lavoratori avrebbero una maggiore capacità di negoziare i salari con i loro capi, rendendo il rapporto un po' meno asimmetrico. La misura potrebbe anche contribuire alla riduzione dello sfruttamento sul lavoro e all'esercizio di attività informali o illegali svolte sotto la pressione della sopravvivenza. La garanzia della sicurezza socioeconomica consentirebbe alle persone di rifiutarsi di entrare in rapporti che violano il loro autogoverno individuale o che comportano condizioni insicure, malsane o degradanti²³.

Per quanto riguarda l'uguaglianza di genere, il reddito di base potrebbe promuovere grandi progressi nella libertà positiva delle donne, contribuendo a rompere ogni vincolo di dipendenza finanziaria all'interno del matrimonio e delle relazioni affettive. In ambito politico-elettorale, la misura potrebbe sviluppare l'autogoverno, la realizzazione dei diritti e la cittadinanza democratica, aprendo opportunità ai cittadini per sviluppare le proprie capacità e competenze politiche. Potrebbe anche ridurre il cosiddetto *voto di scambio*, garantendo una maggiore autonomia politica, dal momento che gli elettori non avrebbero bisogno di votare per un certo candidato in cambio di favori finanziari²⁴.

Nel caso brasiliano, il programma *Bolsa Família* ha avuto anche un impatto rilevante sulla riduzione della disuguaglianza di reddito nel paese. Solo tra il 2001 e il 2005 il coefficiente Gini del reddito familiare *pro-capite* è diminuito del 4,5%. Anche i dati dei censimenti scolastici tra il 1998 e il 2005 stimano che il *Bolsa Família* ha aumentato la frequenza scolastica del 2,8% e ridotto l'abbandono scolastico di 0,3 punti percentuali nel primo anno e 0,55 punti percentuali dopo due anni. Il programma ha anche ridotto la mortalità infantile del 17% secondo i dati raccolti tra il 2006 e il 2015²⁵. Inoltre, è importante sottolineare che più di 116.000 famiglie indigene sono beneficiarie del programma,

²³ P. VAN PARIJS, *Op. cit.*, p. 186.

²⁴ D. RAVENTÓS - D. CASASSAS, *Op. cit.*, Ginebra, 2002, p. 24.

²⁵ R. BARROS - M.N. FOGUEL - G. ULYSSEA, *O Papel das transferências públicas na queda recente da desigualdade de renda brasileira*, Rio de Janeiro, 2007, *passim*.

che contribuisce alla loro maggiore sicurezza alimentare e alla riduzione della loro vulnerabilità sociale²⁶.

In sintesi, *Bolsa Família* è un programma estremamente importante nel panorama delle politiche sociali in Brasile. Ha un numero di beneficiari paragonabile a quello delle principali politiche, come la sanità pubblica, l'istruzione e la sicurezza sociale, che costituiscono la spina dorsale della politica sociale brasiliana.

6. Critiche repubblicane al reddito di base

D'altra parte, va notato che, per i critici, il reddito minimo in realtà viola gli ideali repubblicani e i *doveri civili* dei cittadini. Questo perché ottenere benefici governativi senza corrispettivo violerebbe il *principio di reciprocità*, secondo il quale ogni individuo ha l'obbligo di dare un contributo produttivo alla comunità in proporzione al beneficio che riceve. Quindi, un sistema che premia le persone per “non fare nulla” e trascurare i loro doveri civili non sarebbe compatibile con l'ideale repubblicano²⁷.

In sintesi, le critiche sottolineano che il reddito di base (i) incoraggia il parassitismo; (ii) promuove il rifiuto dei lavori retribuiti; (iii) si applica solo ai paesi ricchi, poiché comporta costi di finanziamento che lo rendono impraticabile nei paesi poveri e (iv) è inadeguato come misura per porre fine alle ingiustizie causate dal sistema capitalista.

Tutte queste critiche, tuttavia, sono già state teoricamente ed empiricamente respinte da innumerevoli ricercatori. In generale, la psicologia umana induce gli individui a cercare di godere di livelli di consumo sempre più elevati²⁸. Anche nei paesi in cui un certo tipo di reddito di base è stato implementato per decenni per i più poveri, come Olanda, Svezia, Finlandia e Danimarca, ci sono bassi tassi di disoccupazione, il che dimostra che le persone non scelgono di “smettere di lavorare” e “vivere a spese del governo”. Inoltre, le critiche al reddito di base ignorano il fatto che la disoccupazione, nella maggior parte dei casi, non è volontaria, per cui l'assenza di un *contributo produttivo civico* non è una

²⁶ P. QUERMES - J. CARVALHO, *Os impactos dos benefícios assistenciais para os povos Indígenas*, in *Serviço Social & Sociedade*, 116/2013, pp. 769-791.

²⁷ C. PATEMAN, *Why republicanism?*, in *Basic Income Studies*, vol. II, 2/2008, p. 2.

²⁸ D. RAVENTOS, *Op. cit.*, pp. 181-182.

libera scelta dell'individuo, ma un'imposizione di uno specifico scenario economico.

In termini di finanziamento, si rileva che, almeno in Brasile, esistono alternative nel sistema fiscale che consentono l'attuazione di questo tipo di politica senza sacrificare le finanze pubbliche. Come ben spiegato nel disegno di legge 3.023/2020, un programma di reddito di base nel paese potrebbe essere finanziato aumentando il tasso di Contributo Sociale sul Reddito Netto (CSLL) delle istituzioni finanziarie, la riscossione delle Imposte sul Reddito su profitti e dividendi e l'aumento l'aliquota dell'imposta sul reddito degli interessi sul patrimonio netto.

Infine, va notato che questa politica non deve essere intesa come un buon sostituto di altre funzioni dello stato sociale. Il beneficiario non dovrebbe essere obbligato a utilizzare l'importo ricevuto per acquistare servizi sanitari e educativi privati, trasformando così il reddito di base in un *voucher*. Infatti, l'argomento a favore di un valore minimo per tutti non deve consentire la negligenza nei confronti delle reti di tutela dello Stato, sia nel campo dell'istruzione e della salute, sia nel campo del lavoro. Sebbene le risorse siano scarse, è certo che le proposte di reddito di base non dovrebbero significare la soppressione di altri diritti sociali. Al contrario, deve agire come un modo per sviluppare ed espandere la realizzazione di questi diritti²⁹.

7. Conclusioni

La realizzazione dell'ideale repubblicano non è possibile senza garantire a tutti condizioni materiali minime. Il reddito di base è, quindi, una proposta sociale efficiente, che può far fronte a un buon numero di mali che derivano dalla grande disuguaglianza e povertà che affligge diversi Paesi. La misura fornisce sicurezza che aiuta a tutelare altri diritti e amplia la libertà individuale, garantendo miglioramenti sia in ambito partitico che in ambito educativo, sanitario e di parità di genere. Soprattutto nei Paesi in via di sviluppo, un reddito di base per i più poveri è il modo più efficace per garantire istituzionalmente l'indipendenza materiale e, quindi, la vera cittadinanza per tutti.

²⁹ P. VAN PARIJS, *Op. cit.*, pp. 185 ss.

LA CONTINUITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI ALLA PROVA DELL'EMERGENZA: LA REVISIONE DEL CONTRATTO DI CONCESSIONE*

FEDERICA PALOMBA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Rischio operativo e revisione del PEF.
– 3. Principi di conservazione del contratto. – 4. Prospettive di gestione delle sopravvenienze nei futuri rapporti di concessione.

Abstract: The Covid-19 outbreak has brought out an alteration in the execution of public contracts, as well as the need to implement legal and conventional remedies to trace back to proportionality of the contractual positions.

This analysis is carried out in this paper along two dimensions: the role of the general principles in force – which guided the application of remedies in the so-called phase 1 of the outbreak – and possible solutions for the next public procedures to be implemented during phases 2 or 3.

Indeed, the unpredictability of the next consequences of the pandemic event makes essential to further investigate the remedies aimed at guaranteeing the sustainability and continuity of public service obligations.

1. Introduzione

Nella gestione dei servizi pubblici la crisi pandemica ha fatto emergere due problematiche connesse: l'imprevista alterazione

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

dell'equilibrio contrattuale e la necessità di implementare rimedi a tutela della regolare esecuzione delle concessioni.

Il complessivo equilibrio economico-finanziario delle concessioni deve essere valutato, infatti, in chiave necessariamente prospettica, in ragione del trasferimento del rischio operativo in capo al concessionario, il quale trae i propri ricavi dagli utenti del servizio in via principale, se non esclusiva¹.

L'evento pandemico ha fortemente incrementato il rischio operativo, tenuto conto delle misure di gestione dell'emergenza, talvolta risultate sino alla sospensione del servizio, e del cambiamento delle abitudini lavorative e sociali, che hanno ridotto la domanda dei servizi e provocato un drastico abbattimento dei ricavi. Il settore del trasporto aereo, ad esempio, ha subito nei primi mesi della pandemia una riduzione dei voli in Europa di oltre l'80% rispetto allo stesso periodo del 2019².

La ricerca dei rimedi legali e contrattuali volti a garantire la continuità del servizio pubblico e la sostenibilità degli investimenti assume una valenza non solo contingente, in quanto l'emergenza pandemica in corso – pur essendo evento ormai noto per le concessioni di attuale o prossima programmazione e, dunque, tecnicamente prevedibile – potrà comportare ulteriori effetti nel tempo assolutamente non noti ed imprevedibili, sia per le amministrazioni che per gli operatori economici.

Ai fini della presente ricerca, è opportuno procedere in via preliminare ad una disamina del quadro normativo applicabile nel pieno dell'emergenza. Sarà così più agevole riflettere sugli strumenti a disposizione di futuri concessionari e concedenti per far valere le variazioni delle condizioni di concessione. Ci si concentrerà in particolare sui rimedi tesi alla conservazione dei rapporti, in quanto nell'ambito dei servizi pubblici, soprattutto quelli essenziali, la necessità di garantire la continuità del servizio rende la risoluzione del contratto una *extrema ratio*.

¹ R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, Molfetta, 2017, p. 2457; G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, pp. 599 ss.

² *International Air Transport Association*, comunicato 2 aprile 2020, n. 25, *Passenger Demand Plunges on COVID-19 Travel Restrictions*.

2. Rischio operativo e revisione del PEF

Nei contratti di concessione di servizi, come noto, il corrispettivo deriva, in via principale o esclusiva, dal diritto di gestire i servizi oggetto del contratto e, dunque, dagli utenti del mercato.

Nel solco dei principi stabiliti dalla Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione delle concessioni, il d. lg. 18 aprile 2016, n. 50 ha disposto che l'operatore economico assuma il rischio operativo *“nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile”*.

La disciplina del rischio operativo ispirata alle dinamiche concorrenziali e alla massimizzazione dell'efficienza è però andata ad innestarsi nella nostra tradizione giuridica, in cui la concessione ha da sempre assunto una funzione pubblicistica, in ragione dell'offerta del servizio in favore del “cittadino-utente”, nemmeno menzionato nella disciplina europea³.

Nel Codice dei contratti pubblici italiano l'assunzione del rischio operativo trova quindi riflesso in un documento, il Piano Economico Finanziario (“PEF”), non previsto nella Direttiva, teso a dimostrare la fattibilità del progetto.

Più in dettaglio il PEF contiene la contestuale valutazione delle condizioni di (i) convenienza economica, ovvero la capacità del progetto di generare un livello di redditività adeguato al capitale investito e di (ii) sostenibilità finanziaria del progetto, ovvero la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.

Per evitare che una pianificazione dell'investimento non adeguata incida sulla qualità delle prestazioni, l'attività negoziale dell'Amministrazione non è del tutto libera, ma è diretta a

³ G. GRECO, *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del D. Lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3/2018, pp. 505 ss.; F. GOISIS, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella Direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 743 ss.

garantire la concreta realizzabilità del progetto e la corretta esecuzione del servizio, mediante l'approvazione del PEF prima della sottoscrizione del contratto di concessione⁴.

Non solo. Se il PEF assicura solide basi di equilibrio economico finanziario, tale equilibrio deve poi permanere nel corso dell'esecuzione del contratto, deve resistere alle alterazioni non colpevoli del concessionario e deve poter essere modificato con una certa elasticità.

A tal fine, l'art. 165 del d. lg. 18 aprile 2016, n. 50, dedicato al *“rischio ed equilibrio economico finanziario nelle concessioni”*, prevede al comma 6 che *“il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio”* e che *“in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto”*.

La facoltà di revisione del contratto prevista all'art. 165 assume dunque valore di riferimento per i contratti pubblici giunti ad esecuzione nel corso del *lockdown* e degli altri provvedimenti adottati nella gestione dell'emergenza da Covid-19.

Del resto, l'Autorità Nazionale Anticorruzione aveva già chiarito nelle proprie Linee Guida n. 9/2018 che *“tra gli eventi non imputabili all'operatore economico che danno diritto a una revisione del PEF rientrano gli eventi di forza maggiore tali da rendere oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso, in tutto o in parte, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali”* e, come relativo esempio, vengono espressamente menzionate *“le epidemie e i contagi”*⁵.

3. Principi di conservazione del contratto

L'assoluta centralità della comune approvazione degli atti che regolano il rapporto concessorio, ivi incluso il PEF, conduce

⁴ F.G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 431 ss.

⁵ Linee Guida ANAC n. 9, di attuazione del d. lg. n. 50/2016, recanti *Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*, approvate con Delibera n. 318 del 28 marzo 2018.

ad una larga applicazione delle regole civilistiche nella relativa fase di esecuzione⁶.

L'art. 30 del d. lg. n. 50/2016, del resto, prevede espressamente che “*alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile*”.

Al riguardo, occorre precisare che la giurisprudenza ha escluso che dalla natura contrattuale della concessione possa derivare automaticamente l'applicazione delle norme del codice civile. Le disposizioni sulla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.) sono state ritenute applicabili alla concessione solo a seguito di un esame in concreto del contratto ad oggetto pubblico e nei limiti in cui si sia verificato un evento straordinario ed imprevedibile, tale da trascendere l'alea normale⁷.

Occorre dunque soffermarsi sul concetto di “alea normale” nell'ambito delle concessioni.

Nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, ai sensi dell'art. 1467 c.c., se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di eventi straordinari e imprevedibili, il debitore può domandare la risoluzione del contratto, ma “*la risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto*”.

Come visto, la concessione è un contratto contraddistinto dal rischio operativo assunto dal concessionario, il quale include anche le ordinarie fluttuazioni del mercato. E, infatti, l'alea normale è un parametro elastico, comprensivo dei mutamenti di carattere economico che possono verificarsi durante l'esecuzione del contratto.

Dal “rischio” o “alea normale” va però tenuto ben distinto il contratto aleatorio, inteso come il contratto in cui una delle prestazioni corrispettive risulti *ab origine* incerta. In questi termini, è da escludersi che la concessione nasca come contratto aleatorio, atteso che le prestazioni delle parti sono oggetto di puntuale regolamentazione nella fase pubblicistica della procedura. Il PEF diventa allora lo strumento con il quale amministrazione e

⁶ A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 567.

⁷ *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653 e 3 dicembre 2015, n. 5510 e giurisprudenza ivi citata.

concessionario fissano l'alea normale del contratto e ripartiscono al suo interno il rischio⁸.

È evidente che l'emergenza da Covid-19 abbia rappresentato, almeno nella fase iniziale, un evento straordinario e imprevedibile che trascende l'alea normale e che ha spesso alterato l'equilibrio dei contratti.

Per far fronte alla grave crisi economica determinata dalla pandemia, il legislatore è infatti intervenuto a più riprese con forme di incentivazione in favore di imprese e concessionari di servizi⁹ ed è stato chiamato a adottare misure tese ad escludere gli effetti ordinari dell'inadempimento in favore di una revisione del contratto¹⁰.

Sono state introdotte previsioni di carattere generale, come “*il rispetto delle misure di contenimento (...) è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*” (art. 3, co. 6-bis, del d.l. 23 febbraio 2020 n. 6), e speciale, come quella per cui “*in ragione della sospensione delle attività sportive*” disposta dai decreti emergenziali, “*le parti dei rapporti di concessione (...) di impianti sportivi pubblici possono concordare, ove il concessionario ne faccia richiesta, la revisione dei rapporti in essere (...) mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziario originariamente pattuite*” (art. 216, co. 2, d.l. 19 maggio 2020 n. 34).

Le misure di gestione dell'emergenza mettono in luce come la regola *pacta sunt servanda* vada necessariamente temperata con un altro principio fondamentale: il contratto vale *rebus sic stantibus* qualora per effetto di accadimenti successivi o ignoti alla stipulazione del contratto o, ancora, estranei alla sfera

⁸ M. ZACCHEO, *Concessioni pubbliche e sopravvenienze*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021.

⁹ Come il fondo istituito presso il MIT dall'art. 200, d.l. 34/2020, in favore dei concessionari del servizio di trasporto pubblico locale, volto a compensare la riduzione dei ricavi dal 23.2.2020 al 31.12.2020 assumendo a riferimento la media di ricavi e passeggeri registrata nello stesso periodo del precedente biennio.

¹⁰ A. LAMANNA - M. BOZZA, *PEF: revisione nell'emergenza da COVID nelle concessioni di servizi*, in *filodiritto.com*, 21 luglio 2021.

di controllo delle parti, l'equilibrio del rapporto giunga ad essere sostanzialmente snaturato¹¹.

L'esigenza di gestire in breve tempo le sopravvenienze ha però fatto emergere una manchevolezza della disciplina della tutela contrattuale, dovuta alla propensione demolitoria e non conservativa del contratto. L'art. 1467 c.c., ad esempio, riconosce la possibilità di richiedere la revisione del contratto divenuto iniquo solo alla parte che, in tesi, avrebbe meno interesse al riequilibrio (*“la parte contro la quale è domandata la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta”*), in quanto da esso avvantaggiata¹².

Il Codice degli appalti sembra invece aver adottato un criterio, quello della revisione, che nel codice civile rappresenta un rimedio ulteriore rispetto alla regola.

Va così privilegiata la revisione del PEF nel caso in cui il rischio operativo sia stato alterato da un evento imprevedibile, ma non anche eccezionale. Un evento cioè non prevedibile al momento della conclusione della convenzione e che rende la prestazione del concessionario notevolmente più complessa.

La revisione del PEF deve naturalmente intendersi assistita anche da una tutela giurisdizionale.

Più in dettaglio, è stato osservato che ove la pretesa del concessionario alla revisione del PEF non raggiunga la consistenza del diritto soggettivo, in ossequio al principio di effettività della tutela tale pretesa non potrà che essere riconducibile all'interesse legittimo pretensivo, azionabile in ambito di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. b), c.p.a. In questa prospettiva, nel valutare quanto sia ampio il distacco dall'equilibrio economico finanziario e dagli standard di qualità del servizio, diventa centrale per l'Amministrazione concedente identificare l'interesse pubblico da perseguire nel caso concreto, ivi incluso

¹¹ F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus»*, in *giustiziacivile.com*, 3/2020, pp. 207 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giust. civ.*, 4/2020, pp. 143 ss.

¹² Cfr. Relazione tematica n. 56, pubblicata il 14 luglio 2020 a cura dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, sulle *Novità normative sostanziali del diritto «emergenziale» anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*.

l'interesse degli utenti alla continuità ed efficienza del servizio oggetto della concessione¹³.

L'eventuale diniego del concedente di avviare il procedimento di revisione o il silenzio serbato rispetto all'istanza di rinegoziazione potrà essere impugnato dinanzi al TAR competente, in quanto si determina un vero e proprio obbligo dell'Amministrazione di provvedere sull'istanza di revisione¹⁴.

Rispetto a quest'ultimo, l'Amministrazione è quindi inadempiente se, in presenza di un obiettivo squilibrio non imputabile al concessionario, rimane inerte o si oppone in maniera ingiustificata rispetto all'istanza di revisione, contribuendo a causare, in una prospettiva più ampia e a danno dell'intera collettività, l'interruzione del pubblico servizio¹⁵.

Resta naturalmente legittimo il motivato diniego di revisione ove non ne ricorrano i presupposti: l'obbligo di rinegoziare impone di intavolare nuove trattative e di condurle secondo correttezza e buona fede, non anche di concludere il contratto modificativo.

È così assicurato, in ogni caso, un dialogo tra Amministrazione concedente e concessionario sul tipo di eventi sopraggiunti e sulla rideterminazione dell'equilibrio, costruttivamente teso alla conservazione del contratto.

4. Prospettive di gestione delle sopravvenienze nei futuri rapporti di concessione

Così ricostruito il quadro normativo vigente nella continuità del periodo emergenziale, occorre ora interrogarsi sulle possibili misure a garanzia della conservazione dei contratti pubblici conclusi successivamente all'insorgenza della pandemia, quando l'evento Covid-19 è divenuto ormai noto, ma il relativo impatto sull'eseguibilità delle prestazioni resta tuttora imprevedibile.

¹³ F. CINTIOLI, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico finanziario*, in *Dir. econ.*, 2020, pp. 13 ss.

¹⁴ Cons. St., sez. IV, 30 novembre 2016, n. 5032.

¹⁵ Sulle possibili conseguenze del danno, M. NUNZIATA, *Azione amministrativa e danno da disservizio. Un'analisi della giurisprudenza*, Torino, 2018.

Un primo spunto è offerto dal dato normativo di cui all'art. 168, co. 2, d. lg. n. 50/2016, il quale stabilisce che *“la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione”*.

La norma stabilisce chiaramente che la durata esatta delle concessioni deve essere parametrata alla possibilità per il concessionario di recuperare gli investimenti, sia quelli originariamente previsti sia quelli programmati in corso di concessione. È per questo che tra le possibili misure volte al ripristino dell'equilibrio economico vi è anche l'estensione della durata dell'affidamento.

Il prolungamento della durata della concessione, rispetto alla data di scadenza originariamente stabilita, è una modalità di mantenimento dell'equilibrio economico finanziario del rapporto concessorio che assicura la continuità del servizio e non incide sulla tariffa pagata dai cittadini-utenti. Non prevedendo aggravii tariffari, può rappresentare l'intervento più proporzionato in vista del riequilibrio¹⁶.

L'estensione della durata della concessione, cui pure ha fatto ricorso la legislazione emergenziale¹⁷, va tenuta distinta dalla proroga in senso proprio, che resta generalmente vietata in ragione dell'esigenza di garantire un mercato concorrenziale e consentire ad altri operatori economici di ambire alla gestione dei servizi pubblici¹⁸.

¹⁶ M. CALCAGNILE, *Durata delle concessioni di servizi pubblici e regime della gestione*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 591 ss.

¹⁷ L'art. 92, co. 4-ter, d.l. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020, ha previsto che *“fino al termine delle misure di contenimento del virus, tutte le procedure in corso, relative agli affidamenti dei servizi di trasporto pubblico locale, possono essere sospese, con facoltà di proroga degli affidamenti in atto al 23 febbraio 2020 fino a dodici mesi successivi alla dichiarazione di conclusione dell'emergenza”*.

¹⁸ *Ex multis*, C. giust. UE, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15; Cons. St., sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874.

La misura si intende quindi limitata per il tempo strettamente necessario al recupero degli investimenti ed è adatta ai soli rapporti concessori cui può effettivamente garantire un riequilibrio. Non lo è per i rapporti di breve durata, come ad esempio per le concessioni relative alle attività museali, ove la calendarizzazione avviene con largo anticipo al fine di poter acquisire i necessari prestiti delle opere da esporre. In tal caso un prolungamento del periodo concessorio creerebbe una sovrapposizione con la successiva mostra già calendarizzata, vanificando l'obiettivo di recuperare gli investimenti¹⁹.

Un altro scenario che si prospetta nel contesto post-emergenziale è quello di un maggiore intervento dello Stato nell'offerta dei servizi e nella programmazione dei flussi.

Tale misura andrebbe circoscritta al mercato dei servizi pubblici essenziali di elevata rilevanza, come la mobilità e il trasporto aereo, nel quale taluni prevedono nel prossimo futuro una polarizzazione del mercato secondo due modelli profondamente diversi di offerta: l'*high business* e i servizi essenziali.

Più in dettaglio, le nuove procedure per distanziare i passeggeri, sia a terra che in volo, per effettuare i controlli sanitari (temperatura corporea e *green pass*), per igienizzare gli aeromobili, porterebbero ad una dinamica dei costi sostenibile solo intorno a tali due modelli, con una redistribuzione degli oneri sull'utente, nel primo caso, e sulla finanza pubblica nel secondo. In questo contesto, l'esigenza di mantenere sempre ampia ed accessibile l'offerta di trasporto porterebbe ad un più frequente ricorso all'imposizione degli oneri di servizio pubblico e alla conclusione di contratti di servizio pubblico, i quali potrebbero diventare, da eccezione al normale funzionamento del mercato, strumenti ordinari di organizzazione dei servizi di mobilità da e verso territori periferici o a domanda debole, proprio in vista della conservazione, a regime, di un mercato competitivo²⁰.

Anche in questo caso, l'imposizione di oneri di servizio pubblico va conciliata con la disciplina pro-concorrenziale in materia

¹⁹ A. BOTTO, *L'impatto del coronavirus sulle concessioni relative alle mostre di beni culturali*, in *federalismi.it - Osservatorio emergenza Covid-19*, 22 aprile 2020.

²⁰ C. INGRATOCCI, *Trasporto aereo e legislazione d'emergenza: cenni sulle misure di sostegno alla mobilità aeronautica a seguito della pandemia da Covid-19*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, 2020.

di aiuti di Stato²¹. In tema di oneri di servizio pubblico, la Commissione Europea ha già chiarito il carattere temporaneo e contingente delle misure di sostegno al settore del trasporto aereo durante l'emergenza sanitaria, precisando che le procedure di affidamento delle rotte senza gara si giustificano al solo fine di mitigare le conseguenze dell'emergenza nell'esecuzione dei contratti pubblici²².

Le misure passate in rassegna concorrono a formare il quadro dei rimedi a tutela della fase esecutiva dei rapporti concessori di prossima instaurazione e, come visto, vanno considerate sulla base del caso concreto e a seconda della peculiarità del servizio.

Sia dunque consentita un'ultima riflessione di carattere più generale.

L'impossibilità di definire d'ora in poi la pandemia quale evento imprevedibile dovrebbe indurre le Amministrazioni a congegnare i bandi in maniera tale da introdurre espressamente dei rimedi per la gestione degli effetti avversi da Covid-19.

L'imprevedibilità degli effetti della pandemia nell'esecuzione delle concessioni potrebbe rendere difficile per gli operatori la formulazione di un'offerta seria e accurata e, correlativamente, le amministrazioni concedenti potrebbero trovarsi a valutare nella stessa gara offerte redatte tenendo conto del rischio Covid-19 e offerte redatte senza tenerne conto. La P.A. potrebbe allora essere chiamata ad inserire nel bando una clausola di applicazione del principio della revisione al caso del protrarsi delle difficoltà derivanti dalla pandemia, qualificando espressamente come "non prevedibile" un tale rischio²³.

In assenza di un obbligo di legge in tal senso, si rileva che la giurisprudenza ha già riconosciuto che *"l'emergenza epidemologica in corso – pur essendo evento noto al momento della presentazione delle offerte e, dunque, tecnicamente prevedibile – comporterà (...) effetti nel tempo assolutamente non noti ed imprevedibili, sia per la stazione appaltante che per gli operatori economici, così da poter legittimamente costituire causa di*

²¹ A. MASUTTI, *Oneri di servizio pubblico e finanziamenti ai tempi del Covid-19*, in *Riv. it. dir. tur.*, 2020.

²² Commissione UE, *Overview of the State aid rules and public service obligations rules applicable to the air transport sector during the COVID-19 outbreak*, 13 maggio 2020, e successivo aggiornamento del 25 marzo 2021.

²³ F. CINTIOLI, *Op. cit.*, p. 27.

*riequilibrio, ai sensi del comma 6 dell'art. 165". "La revisione del PEF" – prosegue la pronuncia in parola – rappresenta "la sede naturale nella quale assicurare la sostenibilità economico finanziaria del rapporto concessorio"*²⁴.

In questi termini, la revisione del contratto di concessione diviene lo strumento che consente di assolvere alla duplice esigenza di contrastare l'imprevedibile oscillazione dei flussi di utenza che caratterizzerà i prossimi anni e di garantire la continuità dei servizi pubblici.

²⁴ Tra le prime sentenze del Giudice Amministrativo sul punto, TAR Lazio - Roma, sez. II, 3 dicembre 2020, n. 12966.

STIPULAZIONE DELLE CONVENZIONI DI
ARRUOLAMENTO DEL PERSONALE
MARITTIMO DURANTE L'EMERGENZA
COVID-19: ESIGENZE DI SEMPLIFICAZIONE E
RELATIVE PROPOSTE NORMATIVE*

MARIACHIARA SORMANI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contratto di arruolamento. – 3. Le esigenze di semplificazione evidenziate dall'esperienza maturata nel periodo pandemico. – 4. Considerazioni conclusive.

Abstract: With the outbreak of Covid-19 pandemic, restrictive measures have been adopted by Governments all around the world to prevent and limit the risk of contagion. Such measures have limited the mobility of people and often caused the closure of many offices to avoid gatherings. This context of emergency has produced its consequences also on the stipulation of seafarers' employment agreements that pursuant to art. 328 of the Italian Code of Navigation should be received by the Maritime Authority, in Italy, and abroad by the consular Authority. In order to comply with national restrictive measures, extraordinary and temporary solutions have been adopted by way of derogation to current applicable provisions. The pandemic has highlighted the need to streamline some procedures provided by the Code of Navigation for the stipulation of seafarer's employment agreements. The analysis of said procedures and the lessons learnt from such derogatory experience are subject to the present study.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Introduzione

Il repentino insorgere del fenomeno pandemico nei primi mesi dell'anno 2020 ha posto notevoli sfide tanto in termini di gestione dell'emergenza da un punto di vista sanitario, per tutelare la salute pubblica, tanto dal punto di vista organizzativo della vita produttiva del nostro Paese, che ne è stata inevitabilmente stravolta. In tale contesto si è, dunque, cercato di individuare soluzioni, anche temporanee e transitorie, per ovviare alle difficoltà e alle nuove sfide poste dall'inarrestabile aumento dei contagi. La capacità di reazione a ciò che non era prevedibile e la capacità di riadattare la propria organizzazione ad un nuovo sistema, pur di garantire la continuità operativa degli uffici, delle attività e, più in generale, di interi settori, sono stati gli elementi caratterizzanti l'anno ormai trascorso. Numerose procedure amministrative sono state ripensate e semplificate alla luce della nuova modalità di incontro a distanza favorendo, in molti casi, una naturale transizione verso la modalità digitale.

Anche il settore marittimo e, più in particolare, per quanto concerne la presente indagine, le procedure di arruolamento del personale marittimo, non sono stati esenti da tale fenomeno, sia avuto riguardo alla normale organizzazione del lavoro a bordo e all'avvicendamento degli equipaggi¹ – in numerosi casi reso estremamente difficile o impossibile dalle restrizioni adottate da tutti i Paesi del mondo per contenere la diffusione del contagio – sia con riferimento alle numerose procedure amministrative svolte presso le Capitanerie di porto e connesse alla stipulazione dei contratti di arruolamento del personale navigante e alle modalità di convalida degli stessi.

2. Il contratto di arruolamento

La disciplina del lavoro marittimo risente dell'influsso che le norme di matrice pubblicistica esercitano sul diritto della

¹ Cfr. M. SORMANI, *L'impatto del COVID-19 sull'avvicendamento degli equipaggi marittimi. Disamina delle principali misure adottate a livello nazionale, europeo e internazionale*, in *Dir. maritt.*, 4/2020, p. 1020. Sugli obblighi di prevenzione e protezione e responsabilità per Covid-19, cfr. F. SICCARDI, *I contratti dello shipping e il Covid-19. Spunti di riflessione*, in *Dir. maritt.*, 3/2020, p. 678.

navigazione². Invero, tali disposizioni si riflettono principalmente sulle regole in tema di contratti di arruolamento³ del personale navigante, sui poteri del comandante⁴ e, più in generale, sulle regole in materia di inquadramento del personale che si traducono, di fatto, in una serie di doveri connessi con la navigazione⁵.

Nello specifico, come è stato osservato in dottrina⁶, l'interesse dello Stato alla sicurezza della navigazione⁷ si pone a

² Il diritto della navigazione si presenta come un diritto speciale, essendo la materia disciplinata attraverso un complesso sistema di norme coordinate che si colloca in posizione speciale rispetto alla disciplina generale. Ai sensi dell'art. 1 c. nav., in materia di navigazione si applicano: "il codice della navigazione, le leggi, i regolamenti, le norme corporative e gli usi relativi a tale materia; ove manchino disposizioni del diritto della navigazione e non ve ne siano di applicabili per analogia, si applica il diritto civile" (il richiamo alle norme corporative deve ritenersi ormai soppresso ai sensi dell'art. 3, d. lg. lt. 14 settembre 1944, n. 287, pur con le eccezioni previste dall'art. 43, d. lg. lt. 23 novembre 1944, n. 369). L'art. 1 c. nav. stabilisce, dunque, il principio della prevalenza della norma speciale su quella generale. L'operatività del diritto generale non rimane preclusa ma è condizionata al preventivo ricorso alle fonti proprie della materia ed ai principi speciali che da essa si desumono. Oltre ad essere un diritto speciale, il diritto della navigazione è un diritto autonomo intendendosi, in dottrina, ricomprese in tale concetto sia l'autonomia legislativa, sia quella didattica e scientifica, sia l'autonomia giuridica del diritto della navigazione. Tale disciplina autonoma risponde alle particolari esigenze di regolamentazione dei rapporti che riguardano la materia della navigazione e, a tal fine, è caratterizzata dalla coesistenza di un complesso articolato di norme di diritto privato, di diritto amministrativo, di diritto penale, di diritto processuale civile e penale, di diritto internazionale. Cfr. D. GAETA, *Le fonti del diritto della navigazione*, Milano, 1965, pp. 11 ss.; ID., *Aspetti pubblicistici del diritto della navigazione*, in *Trasp.*, 28/1982, p. 35; A. LEFEBVRE D'OVIDIO - G. PESCATORE - L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, XV ed., Milano, 2019, pp. 6-10.

³ Sul contratto di arruolamento, cfr. C. cost., 3 aprile 1987, n. 96, in *Dir. trasp.*, 1988, p. 186; C. cost., 31 gennaio 1991, n. 41, con nota di B. BALLETTI, *Continua il nuovo corso della Corte costituzionale in materia di lavoro nautico*, in *Dir. trasp.*, 1992, pp. 493 ss.; C. cost., 23 luglio 1991, n. 364, in *Dir. trasp.*, 1992, p. 517.

⁴ Cfr. U. LA TORRE, *Comando e comandante nell'esercizio della navigazione*, Napoli, 1997; W. D'ALESSIO, *L'organizzazione a bordo della nave*, Padova, 1992.

⁵ Cfr. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2008, p. 139.

⁶ C. ENRICO LUCIFREDI, *Il contratto di arruolamento*, Padova, 1990, p. 71.

⁷ Proprio nella sicurezza della navigazione, intesa sia come sicurezza e incolumità della comunità viaggiante sia come sicurezza del buon esito della spedizione, è individuata la ragione dell'insieme di regole di stampo pubblicistico che disciplinano taluni aspetti del peculiare rapporto di lavoro a bordo tra

fondamento del penetrante interesse pubblico che caratterizza la disciplina del lavoro marittimo⁸. A ciò si aggiunge l'aspetto strettamente fiduciario e personalistico del rapporto di lavoro, in particolare per quanto concerne la figura del comandante, e la rilevanza della nave, quale luogo della prestazione⁹, che si trova per periodi più o meno lunghi lontano dalla terraferma¹⁰. Il particolare interesse dello Stato alla navigazione e all'espletamento della professione marittima¹¹ costituisce storicamente la ragione dell'inserimento del personale che lavora a bordo della nave in un complesso e rigoroso ordinamento amministrativo¹². La professione marittima è soggetta a un controllo da parte dello Stato che disciplina la composizione dell'equipaggio, la sua entità, i requisiti necessari all'esercizio dell'attività lavorativa¹³. Il personale marittimo è iscritto in appositi registri, le matricole della

cui, ad esempio, l'iscrizione in particolari albi, l'iscrizione nelle matricole della gente di mare, il rapporto gerarchico disciplinare del comandante della nave.

⁸ Il lavoro marittimo e, più in particolare, il contratto di arruolamento – che disciplina il rapporto di lavoro della gente di mare a bordo delle navi addette alla navigazione marittima – costituiscono oggetto di un'articolata disciplina che, in ragione delle peculiarità che caratterizzano la materia, si distingue dal diritto comune. Sul lavoro nautico e sul contratto di arruolamento, cfr. B. BALLETTI, *Il rapporto di lavoro nautico*, Napoli, 1967, pp. 70 ss.; L. MENGHINI, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, Milano, 1996, pp. 62 ss.; C. CARDILLO, *Il rapporto di lavoro nautico*, Padova, 1998, pp. 103 ss.; S.M. CARBONE, *Specialità della disciplina del lavoro nautico, principi di diritto comune e contrattazione collettiva*, in *Dir. maritt.*, 1984, pp. 492-504; M.I. PISANU, *Il lavoro marittimo tra specialità e regole di diritto comune del lavoro*, in F. MORANDI (a cura di), *I contratti del trasporto*, tomo I, Bologna, 2013, pp. 857 ss.

⁹ La peculiarità dell'ambiente di lavoro ed i rischi riconnessi, in cui si esplica la prestazione lavorativa, pongono esigenze di tutela della navigazione, dei soggetti imbarcati e dei lavoratori stessi.

¹⁰ La nave rappresenta non solo il luogo di esecuzione della prestazione lavorativa ma anche il luogo di abitazione dell'arruolato per l'intera durata del periodo di lavoro a bordo. Cfr. A. LEFEBVRE D'OVIDIO - G. PESCATORE - L. TULLIO, *Op. cit.*, pp. 391 ss.

¹¹ In ragione di tale disciplina pubblicistica il contratto di arruolamento si caratterizza per l'obbligo imposto al lavoratore di rispettare le formalità funzionali atte a garantire il regolare espletamento della prestazione lavorativa e ad assicurare la sicurezza della navigazione e delle persone a bordo. Cfr. sul punto M.I. PISANU, *Op. cit.*, p. 859.

¹² Il personale addetto alla navigazione si trova in condizione di particolare dipendenza verso lo Stato, in ragione dell'interesse pubblico alla esplicazione della sua attività: A. LEFEBVRE D'OVIDIO - G. PESCATORE - L. TULLIO, *Op. cit.*, p. 80. In proposito, si veda anche B. BALLETTI, *Rilevanza e tipicità del contratto di arruolamento*, Napoli, 1980, p. 30.

¹³ M.I. PISANU, *Op. cit.*, p. 859.

gente di mare (art. 118 c. nav.), previa verifica, da parte della Pubblica Amministrazione¹⁴, del possesso dei prescritti requisiti (art. 119 c. nav.). L'atto di iscrizione nelle matricole costituisce, dunque, condizione formale per l'esercizio dell'attività e presupposto¹⁵ per la stipulazione del contratto di arruolamento tra l'armatore¹⁶ e l'appartenente alla gente di mare.

Detto contratto trova la sua regolamentazione nel codice della navigazione al Titolo VI, artt. 323-375, e, in parte, nel Regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione (navigazione marittima)¹⁷.

L'art. 327 c. nav. ne esplicita l'oggetto al comma 1 individuandolo nella "*prestazione di servizio su nave determinata*" e successivamente al comma 2 prevede che "*l'arruolato può con patto espresso, contenuto del contratto di arruolamento, obbligarsi a prestare servizio su una nave non determinata fra quelle appartenenti all'armatore o su più di esse successivamente*".

Per quanto attiene alla forma, aspetto che maggiormente rileva ai fini dell'attuale trattazione, il contratto di arruolamento, ex art. 328 c. nav., deve essere stipulato, a pena di nullità, per atto pubblico ricevuto, nella Repubblica, dall'Autorità marittima e all'estero dall'Autorità consolare; sempre a pena di nullità, deve essere annotato da tali Autorità sul ruolo equipaggio¹⁸ o sulla

¹⁴ La Pubblica Amministrazione non ha al riguardo alcun potere discrezionale ma si limita a svolgere un'attività vincolata, constatando l'esistenza dei requisiti necessari ad ottenere l'iscrizione. Cfr. sul punto A. TORRENTE, voce *Arruolamento (contratto di)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 77, per il quale "*l'attività svolta dalla Pubblica Amministrazione è, in via di regola, vincolata: colui che è in possesso dei requisiti prescritti dalla legge ha un diritto soggettivo all'iscrizione (art. 119 c. nav.)*".

¹⁵ La mancanza dell'iscrizione impedisce la nascita del contratto e il suo venir meno ne determina l'estinzione.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 265 c. nav., armatore è "*chi assume l'esercizio di una nave*". Cfr., in generale, C. MEDINA, *L'armatore*, in A. ANTONINI (a cura di), *Trattato breve di diritto marittimo*, vol. I, Milano, 2007, p. 119; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, voce *Armatore ed esercente di nave e di aeromobile*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988. Per gli aspetti connessi alla stipulazione dei contratti di arruolamento, cfr. D. GAETA, *Appunti di diritto marittimo*, in *Dir. maritt.*, 1992, pp. 616 ss.

¹⁷ D.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328 ("*Approvazione del Regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione (navigazione marittima)*"), in G.U. – Serie Generale, n. 94 del 21 aprile 1952 – suppl. ord.

¹⁸ Il ruolo di equipaggio ai sensi dell'art. 170 c. nav. deve indicare il nome della nave, dell'armatore, l'indicazione del rappresentante dell'armatore, la data di armamento e di disarmamento nonché la consistenza, la qualifica, le mansioni e la retribuzione dell'equipaggio e ai sensi del successivo art. 171 c.

licenza. In mancanza della forma prescritta ai sensi dell'art. 328 c. nav., il contratto deve essere stipulato alla presenza di due testimoni (art. 329 c. nav.) che hanno l'obbligo di sottoscriverlo. Prima della sottoscrizione i contenuti del contratto devono essere letti e spiegati al lavoratore marittimo e l'adempimento di tale formalità deve risultare dal contratto stesso¹⁹.

Il contratto di arruolamento²⁰ è, pertanto, un atto formale e solenne, costituito da un negozio giuridico privato, composto dal contratto tra le parti, a cui si aggiunge l'atto di arruolamento che è l'atto amministrativo posto in essere dall'Autorità marittima o consolare in forza del quale esso assume la natura di atto pubblico come previsto *ex art.* 328 c. nav.

La *ratio* della solennità delle forme discende, dunque, sia dalla più volte menzionata disciplina di carattere pubblicistico che permea la materia, sia dalle esigenze di certezza del rapporto giuridico e di allertamento della parte debole del rapporto, il lavoratore marittimo, al quale deve essere consentita una specifica conoscenza delle peculiarità della prestazione e delle necessità imposte per la sicurezza della navigazione.

3. Le esigenze di semplificazione evidenziate dall'esperienza maturata nel periodo pandemico

Lo svolgimento di tali premesse si è reso necessario per poter meglio comprendere quale sia stata l'esigenza che, in occasione dell'applicazione delle misure emergenziali imposte dalla pandemia Covid-19, si è evidenziata in relazione alla stipulazione delle convenzioni di arruolamento del personale marittimo.

nav. contiene le annotazioni relative alla vita della nave e all'attività di bordo. L'annotazione sul ruolo di equipaggio prova, con efficacia di atto pubblico, la sussistenza del contratto di arruolamento. Cfr. Cass., sez. lav., 18 febbraio 2002, n. 2321, con nota di R. LONGOBARDI, *In tema di valore probatorio dell'annotazione del rapporto di lavoro nautico sul ruolo di equipaggio della nave*, in *Dir. maritt.*, 2004, pp. 100 ss.

¹⁹ D. GAETA, *Forma e contenuto del contratto di arruolamento*, in *Riv. dir. nav.*, 1/1971, p. 3.

²⁰ Sul contratto di arruolamento, cfr. M.M. COMENALE PINTO, *Il contratto di arruolamento nel diritto della navigazione*, in *Dir. maritt.*, 2-4/2014, p. 275; F. SANTONI, *Il rapporto di lavoro del personale navigante*, in L. TULLIO - M. DEIANA (a cura di), *Il cinquantenario del codice della navigazione*, Cagliari, 1993, p. 305.

A seguito delle restrizioni adottate dal Governo italiano sull'intero territorio nazionale, a partire dal DPCM del 9 marzo 2020²¹, la chiusura di numerosi uffici, il divieto di creare assembramenti e la limitazione della mobilità individuale e generale, hanno reso da subito difficoltoso per le parti interessate alla stipula dei contratti di arruolamento, il recarsi presso le Capitanerie di Porto per la conclusione del contratto secondo le procedure previste dal menzionato art. 328 c. nav.

Per ovviare a tale criticità, la Capitaneria di Porto di Genova, in data 18 marzo 2020, dando vita a un indirizzo di fruttuoso pragmatismo, ha emanato il decreto n. 84/2020, con il quale, al fine di evitare l'affollamento dei propri uffici e di semplificare le procedure di arruolamento nel difficile contesto emergenziale, ha disposto che l'imbarco dei marittimi nel porto di Genova venisse disciplinato, in via straordinaria, ai sensi dell'art. 329 c. nav. (*"stipulazione del contratto in località ove non sia autorità consolare"*) che, come sopra ricordato, prevede che il contratto venga stipulato, a pena di nullità, per iscritto, alla presenza di due testimoni, i quali vi appongono la propria sottoscrizione; ha altresì stabilito che una volta stipulato il contratto, il solo armatore o il comandante si sarebbero potuti recare presso l'Autorità competente con la documentazione completa (nella medesima data di sottoscrizione della convenzione o comunque prima della partenza della nave) per la regolarizzazione dell'imbarco sul libretto di navigazione e sul ruolo di equipaggio ai sensi dell'art. 357, comma 3, reg. c. nav. Tale modalità procedurale non avrebbe comunque potuto essere applicata al contratto di arruolamento del comandante che continuava ad essere stipulato nelle forme e nei modi prescritti dagli artt. 328 e 331 c. nav.

L'applicazione di tale soluzione procedurale per la stipulazione delle convenzioni di arruolamento in Italia – giuridicamente sorretta dal disposto dell'art. 329 c. nav. e inizialmente circoscritta all'imbarco dei marittimi nel solo porto di Genova – avendo sin da subito prodotto effetti positivi in termini di semplificazione delle procedure di arruolamento dei marittimi nel difficile contesto emergenziale, è stata ben presto resa uniforme sull'intero territorio nazionale. A tal fine, infatti, con d.l. 17

²¹ DPCM 9 marzo 2020, *"Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale"* (G.U. – Serie generale, n. 62 del 9 marzo 2020).

marzo 2020, n.18²², art. 103-*bis*, è stato disposto che “*fino alla data del 31 agosto 2020, in deroga all’articolo 328 del codice della navigazione, tutti i contratti di arruolamento dei membri dell’equipaggio o del personale dei servizi ausiliari di bordo vengono stipulati dal comandante della nave ovvero dall’armatore o da un suo procuratore nelle forme di cui all’articolo 329 del codice della navigazione, fermo restando l’obbligo di procedere alle annotazioni ed alle convalide previste dall’articolo 357, comma 3, reg. c. nav.*”.

Successivamente, con d.l. 16 luglio 2020, n. 76²³, il soprari-chiamato art. 103-*bis* è stato modificato, estendendo la possibilità di stipulare i suddetti contratti di arruolamento ai sensi dell’art. 329 c. nav. “*fino al 31 dicembre 2020*”, data ulteriormente estesa “*fino al 31 agosto 2021*” con d.l. 31 dicembre 2020, n. 183²⁴.

Da ultimo²⁵, con d.l. 10 settembre 2021, n. 121²⁶ è stata disposta una nuova proroga “*fino al 31 dicembre 2021*”.

Siffatta sperimentazione ha, quindi, prodotto effetti altamente positivi al fine sia di consentire una maggiore celerità nell’esecuzione degli imbarchi sia di garantire il rispetto delle misure restrittive anti-contagio adottate a livello nazionale.

Ma quel che più conta ai nostri fini è rilevare come gli stessi risultati abbiano messo in luce la possibilità di dare una concreta ed efficace risposta alle esigenze di “snellimento” delle procedure di arruolamento dei marittimi previste dal Codice della navigazione.

Ed è questo un punto da tenere in debita considerazione ove si intenda dar luogo ad una modifica della parte del codice

²² D.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto “Cura Italia”), convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27 (G.U. – Serie generale, n. 110 del 29 aprile 2020 – suppl. ord. n. 16).

²³ D.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto “Semplificazioni”), convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120 (G.U. – Serie generale, n. 228 del 14 settembre 2020 – suppl. ord. n. 33).

²⁴ D.l. 31 dicembre 2020, n. 183 (c.d. decreto “Mille proroghe”), convertito con modificazioni dalla legge 26 febbraio 2021, n. 21 (G.U. – Serie generale, n. 51 del 1° marzo 2021).

²⁵ Tale provvedimento è stato preceduto dalla nota della Capitaneria di porto di Genova del 31 agosto 2021, che ha esteso il ricorso all’art. 329 c. nav. per l’arruolamento dei marittimi nel porto di Genova, nelle more del perfezionamento di una nuova proroga.

²⁶ D.l. 10 settembre 2021, n. 121 (G.U. – Serie generale, n. 217 del 10 settembre 2021).

relativa ai contratti di arruolamento che, peraltro, risulterebbe essere pienamente coerente con una generale riforma della struttura amministrativa del Paese, ormai protesa alla semplificazione ed alla transizione verso il digitale (si pensi, da ultimo, al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, PNRR, in cui l'innovazione e la digitalizzazione sono individuate come assi strategici per il rilancio dell'Italia).

4. Considerazioni conclusive

Le soluzioni straordinarie adottate nel periodo di emergenza Covid-19 e la verifica dei risultati conseguiti all'esito di tale fase hanno aperto, a parere di chi scrive, la reale possibilità di apportare modifiche innovative alle disposizioni vigenti in materia di stipulazione delle convenzioni di arruolamento del personale marittimo.

Abbiamo visto come, fondatamente supportata sul piano giuridico e procedurale, la soluzione che fino ad ora rivestiva una natura straordinaria e, come tale, transitoria, abbia manifestato la sua piena idoneità a produrre risultati rilevanti in termini di efficienza e di efficacia.

Proprio sulla base di tale analisi si ritiene non solo di poter ma di dover guardare al tema dei contratti di lavoro marittimo in una nuova prospettiva in cui la soluzione temporanea ceda il passo alla definitività della fattispecie che, con successo, si è andata consolidando a tutto vantaggio delle procedure di arruolamento del personale marittimo.

Ciò potrebbe realizzarsi ricorrendo ad una modifica del codice che veda la confluenza, in un unico articolo, delle diverse procedure attualmente previste agli artt. 328 e 329 c. nav.

In tal modo, le convenzioni stipulate in Italia verrebbero uniformate a quelle stipulate all'estero, fermo restando il rispetto delle formalità che – come visto sopra – sono finalizzate a garantire sia la certezza del rapporto sia le esigenze di sicurezza della navigazione che di tutela del lavoratore marittimo sia, ancora, la sussistenza di tutti gli elementi caratterizzanti la tipologia di contratto in esame.

In forza dell'innovazione prospettata, le convenzioni di arruolamento verrebbero, dunque, stipulate per *atto pubblico*, in *forma scritta*, alla presenza di due testimoni, che partecipano alla formazione e al perfezionamento dell'atto attraverso la

sottoscrizione dello stesso, previa lettura e spiegazione del contratto al marittimo. Inalterato resterebbe l'obbligo di annotazione, a pena di nullità, sul ruolo equipaggio o sulla licenza – che, tuttavia, al fine di semplificare il suddetto *iter* procedurale potrebbe essere effettuata dal Comandante della nave in luogo delle competenti Autorità – nonché l'obbligo di convalida dell'atto medesimo da parte dell'Autorità marittima nel territorio nazionale e, all'estero, dell'Autorità consolare, secondo le modalità di cui all'art. 357, comma 3, reg. c. nav.

A tali esigenze semplificative si affianca quella di modernizzazione di alcune procedure del codice della navigazione, attraverso il ricorso pratico alla modalità digitale. Con particolare riguardo al tema trattato, tale modalità potrebbe essere applicata alle procedure di convalida del contratto di arruolamento nonché rispetto agli obblighi di annotazione sul ruolo equipaggio, *ex art.* 357, comma 3, reg. c. nav.

Prevedere che queste ultime attività possano avvenire “*anche in via digitale*” consentirebbe, infatti, di ridurre incisivamente i notori ritardi legati agli adempimenti burocratici necessari per le navi e i loro equipaggi.

I benefici da ciò derivanti sarebbero, inoltre, particolarmente apprezzabili specialmente nei porti esteri ove spesso gli orari di permanenza delle navi non coincidono con gli orari di apertura e di ricevimento degli uffici consolari. Sono numerosi, infatti, i casi in cui l'impresa armatoriale e il marittimo si trovano ad essere, di fatto, impossibilitati a stipulare o a convalidare il contratto di arruolamento secondo le attuali disposizioni (artt. 328 e 329 c. nav.), incorrendo in sanzioni amministrative da parte delle Autorità competenti per mancato adempimento della normativa nazionale.

Alla luce delle considerazioni sopra illustrate sarebbe, quindi, necessario cominciare quantomeno a valutare l'opportunità di una modernizzazione di alcune soluzioni procedurali attualmente in uso, prendendo le mosse da quelle esperienze che, pur nel drammatico periodo pandemico, hanno prodotto effetti positivi.

L'ANNULLAMENTO STRAORDINARIO EX ART. 138 T.U.E.L. OLTRE L'EMERGENZA*

MARCO MARIA CELLINI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Annullamento straordinario: una ricostruzione, anche storica, dell'istituto. – 3. Spunti per una “nuova” impostazione. – 4. Conclusioni.

Abstract: The work reconstructs the nature and historical origins of the extraordinary power of annulment of the acts envisaged by art. 138 t.u.e.l.

The current arrival of doctrine and jurisprudence, which restrict the area of application of the institute, is highlighted below.

Finally, ideas are proposed for a new reconstruction that can also be functional to rethinking the relationship between the State and local authorities, particularly troubled during the last pandemic emergency.

1. Premessa

L'art. 138 del d. lg. 18 agosto 2000, n. 267, all'interno del titolo dedicato ai “*Controlli*”, attribuisce al governo il potere, solitamente qualificato “straordinario”, “*di annullare, d'ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziati da illegittimità*”: un potere, questo, a tal punto peculiare, se non addirittura anomalo, da essere stato tradizionalmente esercitato, anche in ragione del principio di autonomia che permea il rapporto tra Regioni, enti locali e Stato, in un numero limitatissimo di casi, nei quali comunque ha sempre finito per sollevare numerose e delicate questioni interpretative.

La giurisprudenza è tornata a misurarsi con gli aspetti problematici collegati all'utilizzazione di siffatto strumento, invero

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

mutuato dal previgente art. 6 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, in occasione dell'emergenza legata alla pandemia da Sars-CoV-2 che ha richiesto l'esercizio, in termini per certi versi anche simbolici, del potere di annullamento d'ufficio degli atti di enti locali contrastanti con l'unità nazionale, *rectius* con la regolamentazione unitaria delle normative in materia di interventi e misure di contenimento del diffondersi del virus¹.

Alla luce del rinnovato interesse per l'annullamento straordinario, vale pertanto quantomeno la pena di verificare se non sia possibile tentare di delineare un *differente* inquadramento sistematico e, prima ancora, teorico dell'istituto in esame, che possa rilanciarne e valorizzarne le potenzialità applicative: e ciò, si noti, anche in casi ulteriori rispetto a quelli, in fondo marginali, di eccezionale "fibrillazione" dell'ordinamento (come peraltro avvenuto proprio in occasione dell'attuale pandemia), e segnatamente in quelli, può dirsi genericamente, di disallineamento tra indirizzo politico nazionale e locale.

A tal fine, appare indispensabile prendere le mosse dall'analisi della disciplina positiva dell'istituto, a partire dalla stessa disposizione costituzionale che, a nostro avviso, lo legittima: il che, a sua volta, è funzionale esclusivamente ad orientare, in termini più precisi, la ricostruzione del contenuto della prima.

Non si intende, infatti, né avrebbe senso dati i limiti del presente contributo, delineare tutte le fattispecie nelle quali, a livello costituzionale, l'annullamento straordinario può in astratto venire in rilievo, e nemmeno segnalare con cura di completezza le conseguenze, anche in ordine al composito rapporto tra Stato e autonomie locali, che dall'uno o dall'altro inquadramento sistematico possono derivare; l'analisi del dettato costituzionale sarà utilizzata ed esaminata solo nella misura in cui risulterà necessaria ai fini del discorso che si intende svolgere: il quale, è bene precisarlo, sarà condotto in un'ottica eminentemente *amministrativistica*, oltretutto intenzionalmente "limitata" ad offrire taluni

¹ Si fa riferimento, in particolare, alla recente pronuncia del Consiglio di Stato, in sede consultiva, con la quale è stata esaminata la questione relativa alla legittimità dell'ordinanza n. 105 del 5 aprile 2020 con cui il Sindaco di Messina ha istituito un sistema di registrazione per tutti i soggetti che fossero transitati da e per il locale porto (Cons. St., sez. I, 7 aprile 2020, n. 735).

spunti di riflessione rispetto ad una tematica così complessa e ad una letteratura al riguardo tanto autorevole quanto copiosa.

2. Annullamento straordinario: una ricostruzione, anche storica, dell'istituto

Merita innanzitutto di essere ricordato che la primigenia disciplina positiva dell'annullamento straordinario, istituto derivato dallo Stato assoluto², si rinviene, come detto, nell'art. 6, comma 1, del t.u. 3 marzo 1934, n. 383, che attribuiva tale potere alla competenza del governo e stabiliva che potesse essere fatto valere *“in qualunque tempo, d'ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato”* nei confronti di *“atti viziati da incompetenza, eccesso di potere o violazione di leggi o di regolamenti generali o speciali”*.

Il “nuovo” art. 138 t.u.e.l. recepisce la previgente norma attributiva del potere ma, da un lato, ne subordina l'operatività a ragioni di *“tutela dell'unità dell'ordinamento”* e, dall'altro, ne modifica sensibilmente il procedimento: l'atto di annullamento deve essere adottato nelle forme del d.P.R., *“previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno”*³, in tal modo chiarendo i dubbi interpretativi sorti nella vigenza del precedente testo normativo che attribuiva tale iniziativa genericamente al *“governo”*⁴.

Un siffatto potere ad esito demolitorio veniva poi previsto, in ragione del rinvio esterno all'art. 2, co. 3, della l. 23 agosto 1988, n. 400, nei confronti di atti degli enti locali, nonché delle regioni e delle province autonome: prima che, rispetto a questa

² Proprio in tali termini si esprime M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 1036.

³ La competenza del Consiglio dei Ministri è peraltro confermata dal richiamo esplicito operato dalla disposizione in commento all'art. 2, comma 3, lettera p), della l. 23 agosto 1988, n. 400, per cui: *“sono sottoposti alla deliberazione del Consiglio dei Ministri (...) le determinazioni concernenti l'annullamento straordinario, a tutela dell'unità dell'ordinamento, degli atti amministrativi illegittimi, previo parere del Consiglio di Stato e, nei soli casi di annullamento di atti amministrativi delle regioni e delle province autonome, anche della Commissione parlamentare per le questioni regionali”*.

⁴ La questione, anche nella vigenza del precedente testo normativo, veniva definitivamente risolta da Cons. St., ad. plen., 6 dicembre 1968, nn. 30 e 31 proprio con il riconoscimento della competenza alla deliberazione del Consiglio dei Ministri.

seconda ipotesi, intervenisse una pronuncia declaratoria d'illegittimità costituzionale⁵.

Tale arresto della giurisprudenza, già allora convincente tanto nelle conclusioni quanto nelle argomentazioni spese, incentrate sul principio di autonomia delle Regioni nel sistema costituzionale, lo è a maggior ragione all'esito dell'ultima riforma del titolo V della Costituzione che proprio tale principio dichiaratamente valorizza⁶.

Alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale che si è tratteggiata, residua, pertanto, nell'attuale ordinamento, unicamente la disposizione attributiva del potere straordinario d'annullamento nei confronti degli atti adottati dagli enti locali.

Se dunque è chiaro il perimetro operativo dell'istituto, appare invece tuttora assai controversa la riconduzione di siffatto potere nell'ambito dei controlli amministrativi⁷, ovvero dei

⁵ Si fa riferimento a C. cost., 21 aprile 1989, n. 229, per cui: *“il potere in esame non potrà non essere ricondotto alla disciplina del controllo di legittimità sugli atti amministrativi delle Regioni posta dall'art. 125 Cost., disciplina che – al pari di quella espressa sempre in tema di controlli negli artt. 126 e 127 Cost. – viene a presentarsi come tassativa e insuscettibile di estensione da parte del legislatore ordinario, in quanto posta a garanzia di una autonomia compiutamente definita in sede costituzionale (...) il potere in questione si presenta, dunque, incostituzionale ove venga esercitato nei confronti delle Regioni, ordinarie e speciali, e delle Province autonome, in quanto incompatibile con la natura stessa della loro autonomia, così come definita nel disegno tracciato dal titolo quinto della parte seconda della Costituzione, derogabile, ma solo in termini più favorevoli, per le autonomie speciali”*. Per un commento, v. R. BIN, *Annullamento governativo degli atti amministrativi regionali: è proprio l'ultima parola?*, in *Giur. cost.*, 1989, pp. 987 ss.; V. COCOZZA, *Annullamento governativo e autonomia regionale*, in *Le Regioni*, 4/1990, pp. 1190 ss.; C. BARBATI, *L'annullamento governativo degli atti regionali illegittimi: alla ricerca del “perché” di una scelta legislativa*, ivi, pp. 1203 ss.; P. JARICCI, *Osservazioni sul potere governativo di annullamento degli atti amministrativi delle regioni*, in *Riv. pol.*, 1990, pp. 30 ss.

⁶ Era stata evidenziata la necessità di un più coerente decentramento, già dopo l'adozione della legge n. 62 del 1953, relativamente al controllo preventivo di legittimità degli atti amministrativi degli enti territoriali, perché *“troppe volte il controllo di legittimità è stato impiegato, attraverso i prefetti, come strumento di lotta politica, per annullare o non vistare, o quanto meno ritardare, atti legittimi. Ancor più spesso si è omesso di esercitarlo, con l'effetto di coonestare, e comunque di rendere operanti, atti illegittimi”* (A.M. SANDULLI, *I controlli sugli enti territoriali nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 578).

⁷ Una conclusione alla quale si giunge, peraltro, valorizzando la collocazione sistematica della disposizione all'interno del titolo sui *“Controlli”*, nell'ambito del t.u.e.l.

provvedimenti di secondo grado⁸: problema che, com'è noto, ha impegnato, soprattutto nel vigore del precedente art. 6, t.u. n. 383/1934, alcune tra le menti più raffinate della scienza giuridica; parimenti discussa è la stessa qualificazione dell'atto conclusivo del procedimento: vale a dire se si tratti, in definitiva, di un vero e proprio provvedimento amministrativo⁹ o, come sembra condivisibilmente, di un atto di alta amministrazione¹⁰.

Sempre in una prospettiva storica, deve notarsi che l'interesse per problematiche di tal fatta si è pressoché definitivamente ridimensionato dopo la riforma del titolo V della Costituzione che, com'è noto, ha introdotto una nuova regolazione dei rapporti tra Stato ed enti territoriali e che, secondo quanto si è soliti ritenere, sembra aver imposto un'interpretazione restrittiva del presupposto del potere di annullamento. A tale esito, ormai del tutto prevalente, si giunge in particolare sulla base di un parallelismo, in realtà improprio (come subito si chiarirà), che viene istituito tra il riferimento alla "*tutela dell'unità dell'ordinamento*" necessaria ai fini dell'esercizio della prerogativa di cui all'art. 138 t.u.e.l. e le ragioni di "*tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica*" che l'art. 120 Cost. prevede invece per l'esercizio del

⁸ In quanto, come autorevolmente è stato osservato, "*l'annullamento governativo di cui all'art. 6 t.u. com. e prov. (...) rappresenta un atto di autotutela posto in essere nell'esercizio di poteri di alta amministrazione e non inerisce alla funzione di controllo (tanto è vero che può essere posto in essere in qualunque tempo e presuppone la presenza di uno specifico interesse pubblico, ulteriore rispetto a quello al ripristino della legalità). Dato il sistema compiuto e concluso degli interventi dello Stato nei confronti della Regione previsti dalla Costituzione, una simile estensione sarebbe infatti lesiva dell'autonomia*" (A.M. SANDULLI, *I controlli sugli enti territoriali*, cit., p. 580).

⁹ In questo senso, "*per quanto sia ampio l'ambito discrezionale dell'annullamento straordinario, esso non è certo un provvedimento di alta amministrazione, ma un provvedimento amministrativo puro e semplice*" (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 1090).

¹⁰ Al riguardo, "*non è dubbio che si tratti di istituto fondato sulla supremazia governativa in un sistema accentrato; siffatto interesse, la cui valutazione spiega la delibera del Consiglio dei ministri, caratterizza l'atto ex art. 6 cit. come provvedimento di alta amministrazione; è la natura (dell'attività) del Governo che consente di qualificare il suddetto interesse e di ritenerne, nelle specie, la rilevanza, almeno nell'ipotesi che il Consiglio dei ministri deliberi di non seguire il parere del Consiglio di Stato*" (E. CANNADA BARTOLI, voce *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 492). La medesima posizione è stata espressa da F. CUOCOLO, *Conflitti di attribuzioni; interessi regionali; potere governativo di annullamento di atti amministrativi illegittimi*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 58, e, soprattutto, da G. CUGURRA, *L'annullamento governativo come atto di "alta amministrazione"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, pp. 604 ss.

potere sostitutivo da parte dello Stato rispetto alle Regioni e agli stessi enti locali¹¹.

3. Spunti per una “nuova” ricostruzione

A fronte di tale situazione, prima di rassegnarsi a prendere atto della definitiva irrilevanza dell'istituto dell'annullamento straordinario all'esito della riforma del titolo V della Costituzione, potrebbe essere utile verificare se esistano margini per ricostruirlo, nell'attuale contesto normativo¹², in termini, oltre che maggiormente coerenti e diversi da quelli usuali, potenzialmente in grado di favorire il rilancio dell'utilità pratica della figura: ciò che si tenterà di fare, offrendo al dibattito elementi per una “nuova” interpretazione, che possa superare l'attuale, restrittiva impostazione di dottrina e giurisprudenza.

Insomma, se è condivisibile l'esigenza che l'esercizio del potere in esame debba essere mantenuto entro i limiti segnati dalla sua funzione, assai meno lo è l'interpretazione (non tanto restrittiva, quanto piuttosto addirittura) “riduttiva” che ne offre l'impostazione prevalente.

¹¹ In questi termini, v., in particolare, G. D'AURIA, *Appunti sui controlli amministrativi dopo il nuovo titolo V (parte II) della Costituzione*, in *Lav. pubbl. amm. (suppl.)*, 2002, p. 90. Anche la giurisprudenza (v., per tutti, Cons. St., sez. I, 16 marzo 2005, n. 9771) ha ricostruito la legittimazione del potere di annullamento straordinario facendo riferimento all'art. 120, comma 2, Cost., in uno con l'art. 117, comma 4.

In senso contrario, evidenziano la “sopravvenuta” illegittimità costituzionale dell'art. 138 t.u.e.l. A. CORPACI, *Revisione del titolo V della parte II della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1334; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autonomia istituzionale e normativa degli enti locali dopo la revisione del titolo V della Costituzione. Il caso dei controlli*, in *Le Regioni*, 2002, p. 457; L. SAMBUCCI, *Annullamento governativo degli atti degli enti locali e sistema costituzionale delle autonomie*, in *contabilita-pubblica.it*, 2012, che motiva la sua posizione evidenziando principalmente il carattere sussidiario del potere statale ex art. 120, co. 2, Cost., da un lato limitato alle ipotesi di inerzia dell'amministrazione territoriale (non già, dunque, di attiva adozione di un provvedimento), dall'altro esteso anche alle Regioni (escluse dal perimetro applicativo dell'art. 138 t.u.e.l. all'esito della citata pronuncia della Corte costituzionale del 1989). Negli stessi termini, ID., *Riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione e controlli di legittimità sugli atti*, in *Riv. C. conti*, 2/2004, pp. 329 ss.

¹² In una prospettiva vicina a quella che si cercherà di sviluppare v. già, ma nel previgente quadro normativo, G. CUGURRA, *Op. cit.*, pp. 604 ss.

Appare, anzi, assai significativo il fatto che il ridimensionamento viene fatto discendere non tanto dall'analisi della disciplina positiva in un'ottica amministrativistica, bensì, direttamente, dalla scelta di rintracciare il fondamento costituzionale di tale potere negli artt. 117 e 120 Cost.: i quali, a tacer d'altro, e senza voler entrare nel merito dei principi da essi introdotti, mostrano a ben vedere di regolare l'*inerzia* degli enti territoriali¹³.

In realtà, appare senz'altro più convincente (tanto più nell'ambito di un tentativo ambizioso come quello che ci si è proposti di fare) muovere dall'inquadramento del potere ex art. 138 t.u.e.l., secondo l'insegnamento della dottrina maggioritaria, all'interno dell'*autotutela amministrativa*, e poi interrogarsi sulla relativa "copertura" costituzionale: in questa prospettiva, il tenore letterale della disposizione sembra infatti riproporre lo schema proprio dei ricorsi gerarchici cc.dd. impropri¹⁴, ricorrente ogniquale volta manchi un rapporto gerarchico tra ente decisore ed emittente del provvedimento. Più precisamente il procedimento in discorso prevede che l'organo competente ad adottare la determinazione finale di annullamento, beninteso al ricorrere dei presupposti previsti dalla legge¹⁵, sia il Consiglio dei Ministri su

¹³ Per una ricostruzione del dibattito sugli esatti confini (ancora, peraltro, incerti) dell'art. 120 Cost., v. R. CAMELI, *Poteri sostitutivi del governo ed autonomia costituzionale degli enti territoriali (in margine all'art. 120 cost.)*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 3399 ss., ove ult. rif.

¹⁴ Che, è appena il caso di precisare, vengono tradizionalmente in rilievo nei casi in cui le disposizioni legislative individuano bensì una sovraordinazione, ma di carattere funzionale, e non di tipo gerarchico: in questa prospettiva, ai sensi dell'art. 138 t.u.e.l., il Consiglio dei Ministri deve ritenersi funzionalmente sovraordinato agli enti territoriali nell'attuazione dell'indirizzo amministrativo di cui è politicamente responsabile dinanzi al Parlamento. Sul ricorso gerarchico v., tra gli altri, e senza alcuna pretesa di completezza, O. RANELLETTI, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1946, pp. 424 ss.; A. DE VALLES, *Per un 'sistema' dei ricorsi gerarchici*, in *Foro amm.*, 1930, pp. 37 ss.; P. BODDA, *Ricorso gerarchico ed annullamento d'ufficio*, in *Foro amm.*, 1933, pp. 292 ss.; F. CAMMEO, *Ricorso gerarchico e rinvio all'autorità inferiore*, in *Giur. it.*, 1935, pp. 1 ss.; L. RAGNISCO, *Poteri dell'autorità superiore e ricorso in via gerarchica*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942, pp. 172 ss.; L. RAGNISCO - M. ROSSANO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, 1954, pp. 185 ss.; V. BACHELET, *I ricorsi amministrativi*, in ID., *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1981, pp. 417 ss.; L. MIGLIORINI, voce *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, pp. 684 ss.

¹⁵ Al riguardo, è stato osservato che "la disposizione in esame, infatti, mentre attribuisce al Presidente del Consiglio il compito di mantenere l'unità dell'indirizzo politico e amministrativo statutale, sottintende al tempo stesso una duplice riserva. La prima consiste nell'affidamento al Governo del compito di determinare l'indirizzo politico-amministrativo di cui si postula il

“*proposta*” del Ministero dell’Interno¹⁶, che è dunque il soggetto deputato ad avviare il riesame in parola.

Se questa risulta, già in via di prima approssimazione, la corretta ricostruzione, sul versante amministrativo, del potere di annullamento straordinario, appare adesso possibile individuare la norma alla quale far risalire, più convincentemente, la legittimazione all’interno del sistema costituzionale.

Al riguardo, va rammentato che, nella regolazione del rapporto tra poteri della Repubblica, l’art. 95 Cost. riconosce al Presidente del Consiglio dei Ministri il mantenimento dell’unitarietà dell’indirizzo politico-amministrativo: funzione che sembra concretarsi proprio nell’esigenza di “*tutela dell’unità dell’ordinamento*”, presupposto del potere previsto dall’art. 138 t.u.e.l., che dunque risulta costituzionalmente legittimo ed anzi diretta espressione della norma da ultimo citata.

Una volta ricondotto il potere di annullamento straordinario degli atti amministrativi adottati dagli enti locali alla salvaguardia dell’indirizzo politico-amministrativo del governo (alla cui attuazione contribuiscono, appunto, talvolta anche gli enti locali), se da un lato diviene possibile affrancare l’art. 138 t.u.e.l. dall’interpretazione (a dir poco) restrittiva che ha ricevuto e, conseguentemente, dal ruolo marginale cui è stato per lungo tempo relegato, dall’altro si rende necessario chiarire il limite sostanziale entro cui tale potere può essere esercitato: il Consiglio dei Ministri potrà rilevare tutti, e *solo*, i vizi di legittimità degli atti che compromettono l’indirizzo politico-amministrativo attuato dal governo, ovvero solo le illegittimità derivanti dalla violazione di normativa primaria, in materie di competenza statale (esclusiva o concorrente), dovendo ritenersi per ciò solo estranei i casi di eccesso di potere¹⁷.

mantenimento dell’unità. La seconda riguarda il rinvio al legislatore ordinario per la predisposizione di strumenti giuridici idonei a garantire il soddisfacimento dell’esigenza in parola” (G. CUGURRA, *Op. cit.*, p. 614).

¹⁶ In questo senso, pur riproponendo lo schema del ricorso gerarchico, quello previsto dall’art. 138 t.u.e.l. sembra caratterizzarsi per una legittimazione c.d. ristretta, giustificata dalla delicatezza della decisione da adottare dal CdM e dal peculiare presupposto del potere, da esercitarsi appunto a tutela dell’unità dell’ordinamento.

¹⁷ È significativo, sotto questo profilo, rilevare che proprio il legislatore ha inteso circoscrivere i vizi rilevabili in sede di annullamento straordinario, non facendo più riferimento a “*incompetenza, eccesso di potere o violazione di leggi o di regolamenti generali o speciali*” (art. 6, r.d. n. 383/1934 cit.), ricollegando l’esercizio del potere a casi di mera “*illegittimità*”, da interpretarsi (per quanto sopra esposto) come ipotesi di violazione di legge.

Proprio l'esclusione, dall'ambito dei vizi rilevanti ai fini dell'annullamento straordinario, di profili di contrasto con le altre fonti normative, anche di medesimo rango, ma di differente derivazione (anche regionale), rende compatibile il potere di cui all'art. 138 t.u.e.l. (diversamente da quanto era a dirsi dell'art. 2, comma 3, l. n. 400/88) con il principio autonomistico e di sussidiarietà: l'attribuzione della funzione normativa all'ente non statale, spoglia l'esecutivo anche del potere di annullamento straordinario perché l'atto sarebbe, in tal caso, sempre estraneo alle competenze di salvaguardia dell'indirizzo politico-amministrativo statale.

Né può essere valorizzato, in senso contrario, "l'art. 5 Costituzione, perché questo, nel promuovere le autonomie locali, non attribuisce posizione di privilegio ad alcuna di esse"¹⁸.

4. Conclusioni

Il risultato interpretativo avanzato sembra essere l'unico coerente con i canoni ermeneutici prescritti dall'art. 12 disp. prel. che impongono la ricostruzione della logica e del sistema, ogni qualvolta sia equivoco il dato letterale, nonché con il divieto di *interpretatio abrogans* della disposizione¹⁹: esito, quest'ultimo, in concreto raggiunto dalla dottrina e giurisprudenza più recenti che ricostruiscono la disciplina in esame muovendo dall'art. 120 Cost. e, più in generale, da un approccio incentrato sul problema, di diritto costituzionale, della compatibilità o meno di essa con la Costituzione.

In particolare, la prevalente ricostruzione finisce, sul piano metodologico, per svalutare, se non anche trascurare del tutto, l'analisi del contenuto della disciplina, amministrativistica, dell'art. 138 t.u.e.l., appiattendola su quella costituzionale: come dimostra, in maniera inequivocabile, la circostanza che è solo muovendo dalla mancata distinzione, operativamente netta e teoricamente centrale, tra *attività* e *inerzia* amministrativa che si è

¹⁸ Così G. CUGURRA, *Op. cit.*, p. 610.

¹⁹ In quanto "si deve negare al giudice un potere di disapplicazione o di interpretatio abrogans della legge, quanto una sua forzatura in chiave interpretativa al di là dei limiti consentiti dal tasso di resistenza linguistica e sistematica delle disposizioni" (G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, p. 80).

potuto pretendere di ricercare la fonte di legittimazione del potere *amministrativo* di annullamento straordinario nell'art. 120 Cost. che appunto regola il caso, ben diverso da quello destinato a venire in considerazione ai fini in questione, di inerzia dell'ente territoriale, tale da giustificare l'esercizio di un potere sostitutivo da parte dello Stato (anche in materie di competenza regionale)²⁰.

Appare infine opportuno sottolineare che proprio l'ondivaga attività amministrativa delle Regioni e degli enti locali nel corso della recente pandemia ha sollecitato, soprattutto in un'ottica di riforma, un ripensamento del loro rapporto con lo Stato: un'esigenza, questa, in definitiva condivisibile, che si presta in realtà ad essere (almeno in parte) attuata, anche a legislazione invariata, rilanciando, attraverso una loro più corretta interpretazione (e, quindi, applicazione), taluni istituti già a disposizione degli operatori tra cui, appunto, come si è cercato qui di dimostrare, il potere di annullamento straordinario *ex art. 138 t.u.e.l.*

²⁰ Senza contare che la stessa riconduzione dei principi *ex art. 120 Cost.* all'ambito legislativo o amministrativo è tutt'ora vivamente dibattuta: è comunque certo che *“la previsione di un potere sostitutivo statale nei confronti di Regioni ed enti locali fa sistema con le norme costituzionali di allocazione delle competenze, assicurando un intervento del potere centrale nelle ipotesi patologiche di mancato o illegittimo esercizio delle funzioni attribuite alle autonomie territoriali ex artt. 117 e 118 Cost.”* (C. MAINARDIS, *Art. 120 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2021, par. 2.2.1.).

PANDEMIA E CAPACITÀ DI PERSONALIZZAZIONE DEGLI INTERVENTI TRIBUTARI*

MARINA RIGHI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il rapporto tra economia e tassazione. – 3. Pandemia e intervento pubblico. – 4. I riflessi della pandemia sulle finanze pubbliche. – 5. Il ruolo del sistema tributario. – 6. Conclusioni.

Abstract: The economic crisis caused by the Covid-19 pandemic, regarding the isolation measures and the considerable business activities decrease, has called for direct state intervention in order to protect the wealth production sources. As an effort to mitigate these effects, governments around the world have adopted a wide range of measures. In general, they focused on the companies' cash flow preservation, such as tax payments deferral. More specifically, for the most affected productive sectors, the measures adopted were aimed at preserving a minimum of productive sources, such as tax relief policies. In other words, besides the tax revenue reductions, many of these measures result from the direct capital injection into the economy. Therefore, the immediate and inevitable economic consequences of these measures is the increase in the public indebtedness all over the world. Considering all this context, this paper aims to illustrate how the Covid-19 pandemic highlights the importance of reworking and redefining the current ideas about public finance, by making debt supportable in terms of trust and efficiency. Under a post-pandemic environment, the administrative credibility that comes in large measure from the countries' efficient tax systems will be ratified as an important attractor mechanism for investment and economic recovery. Those countries that are able to

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

provide greater management efficiency for their public debts will have an advantage in the race for economic recovery.

1. Introduzione

La pandemia causata dal virus Sars-CoV-2 ha prodotto gravi conseguenze umanitarie e sociali a livello globale. Come è noto, nel tentativo di mitigare questi effetti devastanti, gli Stati sono stati costretti ad adottare diverse politiche emergenziali basate su forti limitazioni alla circolazione ed interventi di spesa pubblica. Le misure di isolamento sociale, di limitazione della circolazione delle persone e di chiusura temporanea delle fabbriche e degli stabilimenti commerciali considerati non essenziali hanno generato un impatto diversificato sulle attività economiche; sono stati particolarmente colpiti i settori che comportavano maggiori contatti fisici tra le persone, come la ristorazione, il turismo, i trasporti collettivi, diverse forme di intrattenimento. Meno toccati sono stati invece i settori che comportano meri scambi di merci. L'effetto complessivo è stato una diminuzione globale di fatturato di tutta la catena economica, il che ha dirette conseguenze sulla capacità dei soggetti di soddisfazione dei loro debiti, come vedremo anche tributari. Esattamente per questo motivo numerosi operatori economici, soprattutto quelli di piccole e medie dimensioni, corrono un serio rischio di non essere in grado di mantenere le loro attività. Questo porta ad un'interruzione prematura e su larga scala che colpisce non solo gli imprenditori dei singoli settori più danneggiati, ma anche i lavoratori e tutti gli operatori della catena di produzione.

In questo contesto, per salvaguardare imprenditori e posti di lavoro entrano in gioco le suddette misure di spesa pubblica. Si pone, però, una delle grandi sfide della gestione pubblica della presente crisi: la capacità di differenziare e graduare i diversi tipi di interventi statali a seconda dell'impatto della pandemia sulle diverse attività economiche.

Alla luce di queste considerazioni, il presente contributo intende innanzitutto dimostrare l'importanza di valutare il rapporto tra le varie tipologie di tributi e il risultato delle attività economiche, in modo da poter esaminare la necessità e il modo più efficace di intervento dello Stato nel campo fiscale. Successivamente, a titolo esemplificativo, verranno affrontate alcune delle misure adottate dalla maggior parte dei governi del mondo. E

infine, avendo dimostrato l'impatto che tutte queste misure hanno causato sulle finanze pubbliche dei Paesi, il presente contributo si propone di fare luce sul dibattito circa la ripresa economica dimostrando l'importanza dei sistemi tributari, accanto al debito, nel contesto post-pandemico. Come sarà illustrato, un sistema fiscale trasparente, efficiente e affidabile rappresenta la chiave per richiamare gli investimenti in un contesto in cui tutti i paesi hanno avuto un aumento drammatico del loro debito pubblico.

2. Il rapporto tra economia e tassazione

Come accennato, prima di approfondire le misure connesse alla pandemia, sono opportune alcune considerazioni sul rapporto tra imposte e loro presupposti economici¹, come reddito e consumi. In linea generale, se questi ultimi diminuiscono a causa della pandemia, anche le imposte diminuiscono con un qualche automatismo che non risolve i problemi, ma di cui occorre tenere conto.

Ci sono infatti manifestazioni economiche direttamente correlate, in modo documentale e contabile, all'andamento degli affari, ed altre dove il collegamento è più remoto, legato a criteri presuntivi di ordinarietà, come accade per molte imposte forfetarie su elementi patrimoniali non liquidi. Alcuni presupposti d'imposta sono giuridicamente formalizzati tramite elementi indiziari, solo indirettamente legati alla produzione di un reddito o alla realizzazione di un consumo; si può dire che in questi casi viene "presunta" la possibilità economica del soggetto di sostenere tributi. Questa distinzione è utile a valutare in maniera accurata gli impatti e le soluzioni fiscali dei governi nel presente scenario pandemico.

Siccome le risorse pubbliche con cui affrontare la pandemia, compreso il debito, non sono infinite, una loro utilizzazione dove non servono finisce per indebolire gli interventi necessari, compromettendo senza ragione gli equilibri di bilancio².

¹ Su questo legame di fondo tra la funzione impositiva e la misurazione di presupposti economici, R. LUPI, *Diritto delle imposte. Dai presupposti economici d'imposta alle basi imponibili nella «parte speciale» del diritto tributario*, Milano, 2020, par. 1.1.

² R. LUPI, *Decreto Curaitalia: se si sa spendere (e distinguere) non ci sono limiti*, in *dirittobancario.it*, 20 marzo 2020.

3. Pandemia e intervento pubblico

Sulla base del quadro generale sopra descritto, si può affermare che la pandemia ha confermato la necessità di un intervento pubblico, smentendo, qualora ce ne fosse bisogno, le teorie di uno Stato minimo, non solo dal punto di vista sociale, ma anche da quello economico³. Sotto il profilo economico-fiscale, le situazioni di crisi evidenziano, ogni volta di più, quanto la partecipazione effettiva dello Stato sia essenziale per garantire la conservazione delle fonti di produzione di ricchezza e, di conseguenza, anche la loro tassazione. Tuttavia, non necessariamente in un momento di recessione economica lo Stato deve intervenire con la riduzione della tassazione, in quanto essa, come sopra rilevato, spesso *si riduce da sola* nella misura in cui segue criteri di effettività. Bisogna quindi graduare gli interventi, come sopra indicato, in relazione alla tipologia di tributo coinvolto.

Per le imposte calcolate sulla base del prodotto dell'attività economica, l'attuale situazione di crisi ha generato una riduzione naturale del loro ammontare. Questo perché, con la diminuzione delle attività economiche, la maggior parte dei presupposti di queste imposizioni fiscali si riduce, il che comporta quindi una diminuzione automatica delle loro basi imponibili. A questo punto, per questi tipi di tributi non si rende necessaria un'azione diretta dello Stato che rettifichi l'importo dell'imposta che deve essere sostenuta dai contribuenti: è infatti il sistema fiscale stesso a promuovere, come sopra indicato, un'autocorrezione del carico fiscale.

Nella misura in cui invece le imposte utilizzano le suddette basi imponibili "presuntive" la loro incidenza avviene indipendentemente dall'esistenza di una vera e propria ricchezza suscettibile di tassazione nel singolo caso concreto⁴. In questi casi, pertanto, se ci sono cambiamenti di fatti che riducono la capacità contributiva dei contribuenti, in modi imprevedibili e straordinari, ci deve essere necessariamente spazio per un intervento correttivo. Infatti, a differenza dei tributi collegati al prodotto delle attività economiche, la correzione in questi casi non avviene

³ R.S. VI-YONAH, *Covid-19 and US Tax Policy: What Needs to Change?*, in *U of Michigan Public Law Research Paper*, 2020, p. 8.

⁴ A.A. BECKER, *Teoria Geral do Direito Tributário*, V ed., São Paulo, 2010, p. 282.

automaticamente. La pandemia a questo riguardo rappresenta una situazione di perdita della presunzione di ricchezza collegata all'esistenza di determinati indici fisico economici, cui non si collegano più redditi e consumi nella misura effettiva.

Un distinto problema riguarda invece, anche su presupposti d'imposta calcolati in misura effettiva, la manutenzione del flusso di cassa necessario al materiale pagamento. Questo problema di liquidità può essere considerato un problema generale causato dalla pandemia. Generale, nel senso che colpisce anche quei tributi che sono rettificabili dal sistema stesso. Una cosa è l'importo che si deve pagare, un'altra è il momento, in relazione alla scarsità di liquido.

A questo punto, nel tentativo di mitigare questi scompensi finanziari, i governi di tutti il mondo hanno adottato una serie di misure economico-fiscali per ossigenare l'economia⁵, riportabili alla diminuzione o al differimento dei tributi. Si pensi ad esempio al rinvio o sospensione dei termini di scadenza degli adempimenti e versamenti tributari, alla rateizzazione dei debiti fiscali, alla possibilità di riporto indietro delle perdite, o ancora alla facilitazione dell'adozione di strumenti come le transazioni di debiti fiscali pregressi. È importante chiarire che si tratta di misure immediate che non sono in grado di far ripartire l'economia dei paesi. Nelle parole di Stevanato e Sbroiavacca, *“tali misure 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”*⁶.

Inoltre, è estremamente rilevante tenere presente che la pandemia ha colpito i vari settori produttivi in modi molto diversi. Da un lato, ci sono le grandi aziende con alti investimenti in tecnologia e servizi che non richiedono un'interazione fisica diretta tra il produttore e il consumatore. Dall'altro, ci sono attività di servizio a forte rischio di contagio, in quanto caratterizzate da contatti sociali, e al tempo stesso non essenziali. Si può parlare dei settori che si occupano di turismo, gastronomia, intrattenimento in presenza, palestre, discoteche, parte dei trasporti, ecc. La sfida delle amministrazioni pubbliche, a questo punto, è anche

⁵ A. PIRLOT - R. COLLIER - J. VELLA, *Tax Policy and the Covid-19 Crisis*, in *Intertax*, 8-9/2020, p. 3.

⁶ D. STEVANATO - A. SBROIACCA, *L'impatto dell'emergenza economica post Covid-19 sui sistemi fiscali*, in G.P. DOLSO - M.D. FERRARA - D. ROSSI (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e istituzioni ai tempi del Covid-19*, 2020, p. 300.

quella di tenere conto delle priorità e delle differenze concrete di ciascuno di questi settori.

In questa valutazione le dimensioni organizzative si intrecciano coi settori di appartenenza. Maggiori sono le dimensioni, e quindi gli addetti, più diventa importante la conservazione dei posti di lavoro. Si pensi alle grandi aziende che appartengono a quei settori, come i trasporti, più colpiti dalle misure di isolamento sociale⁷. Lasciare disgregare queste organizzazioni, aumentando la disoccupazione, non farebbe altro che peggiorare ulteriormente la situazione economico-sociale dei paesi⁸. Possiamo prendere come esempio il caso delle linee aeree che hanno smesso di funzionare quasi completamente. Chiaramente in questi casi per garantire un maggiore equilibrio economico e sociale lo Stato si è fatto carico di parte del pagamento degli stipendi. In Italia questo è stato fatto dalla cassa integrazione gestita dell'INPS, l'ente previdenziale di Stato. L'intenzione era quella di impedire la disgregazione delle organizzazioni e assicurare che nel momento della ripresa economica loro fossero in grado di ripartire, senza bisogno di ricominciare da zero. La conservazione delle fonti produttive include la salvaguardia di tutti i fattori di produzione, compreso quindi il coordinamento del personale⁹.

Accanto a queste misure immediate sono state anche adottate diverse misure strutturali di medio e lungo periodo. Molte di esse sono concepite per influire sui comportamenti, come ad esempio il super bonus fiscale italiano: lo Stato ha consentito ad una detrazione fiscale innovativa pari al 120 per cento delle spese di sostegno a determinati lavori finalizzate alla generalizzazione energetica negli immobili. Questa misura ha avuto lo scopo di incentivare le persone fisiche a sostenere questo tipo di manutenzione, aumentando i lavori dei cantieri, in modo da far ripartire l'economia in maniera ecologicamente sostenibile. È stata anche prevista la circolazione di questa detrazione, in quanto è in grado di diventare un credito d'imposta per persone fisiche, cedibile liberamente a terzi.

⁷ L. ROSA - F. GUARRERA - C. MAVILIA - L. PIZZO - L. SALVARIN - E. SOŠIĆ, *Sostegno alle imprese e ai lavoratori tra ammortizzatori sociali e lavoro agile al tempo del Covid-19*, in G.P. DOLSO - M.D. FERRARA - D. ROSSI (a cura di), *Op. cit.*, p. 516.

⁸ F.F. SCAFF, *Aspectos econômicos, financeiros e tributários da crise do Coronavírus*, in *conjur.com.br*, 23 marzo 2020.

⁹ R.M. OLIVEIRA, *Pandemia e Indagações Tributárias*, in *Rev. dir. trib. atu.*, 1/2020, pp. 513 ss.

In generale, diverse altre misure sono state adottate dai vari paesi, secondo modi e gradi distinti. Siccome questo non è l'obiettivo principale del presente studio l'argomento non sarà affrontato in modo più approfondito¹⁰. In sintesi, ciò che interessa ai fini del presente contributo è che, oltre alla riduzione delle entrate fiscali, molte di queste misure derivanti dall'apporto diretto di capitale nell'economia hanno implicato un aumento esorbitante delle spese pubbliche. Sono stati eliminati dal sistema economico una serie di servizi a forte rischio di contagio, per i quali il settore pubblico ha dovuto erogare sussidi parzialmente sostitutivi dei ricavi, senza poter inasprire il prelievo d'imposta su quei settori che risentivano meno degli effetti della pandemia.

4. I riflessi della pandemia sulle finanze pubbliche

A questo punto passiamo agli aspetti tributari, in quanto la riduzione delle entrate fiscali e l'esigenza di ulteriori risorse per sostenere la rete di protezione sociale sembrano proporre un'equazione difficile da risolvere¹¹. Tutto questo avviene a debito, generando dei riflessi diretti sulle finanze pubbliche.

Si crea dunque un dilemma: come assicurare il pagamento di queste spese? La prima soluzione proposta dalla maggioranza è l'adozione di una posizione fiscalista: aumentare gli incassi. Si può menzionare, per esempio, la creazione di nuove imposte come quella patrimoniale, sui servizi digitali e ancora sui profitti in eccesso. A proposito di tali imposte si possono evidenziare diverse questioni. Nel presente lavoro, però, non c'è spazio per tale discussione. Si rifletterà in questa sede sull'adozione di un orientamento pro-investitori, che sia in grado di far ripartire l'economia, in modo tale che gli stati raccolgano più entrate senza aver bisogno di aumentare la tassazione.

In questo contesto, l'aumento del debito pubblico deve essere considerato come l'ultimo dei problemi, in quanto è uniformemente distribuito nella generalità dei paesi. In realtà, in uno scenario post-pandemico, bisogna ripensare il modo in cui,

¹⁰ Per informazioni più complete e dettagliate, si v. la relazione elaborata dall'OCSE, *Tax Policy Reforms 2021. Special Edition on Tax Policy during the COVID-19 Pandemic*, disponibile su: www.oecd.org/ctp/tax-policy-reforms-26173433.htm.

¹¹ F.M. BREYNER, *Com o coronavírus, temos um Direito Tributário de (em) crise?*, in *conjur.com.br*, 10 aprile 2020.

ancora ai giorni d'oggi, molti concepiscono le finanze pubbliche, come se lo Stato *fosse una famiglia*.

Infatti, a differenza di quanto sostenevano i finanzieri classici, le finanze pubbliche non sono come quelle private. Per le finanze pubbliche sono fondamentali gli effetti che esse provocano nell'ordine socioeconomico, mentre hanno soltanto un'importanza secondaria i loro effetti finanziario-contabili rappresentati dall'ammontare delle entrate e delle uscite pubbliche¹². Tutti i paesi gestiscono il consumo a debito, quindi quello che deve importare non è tanto il rapporto fra debito e reddito, ma il modo in cui avviene la gestione del debito e il rapporto tra debito e gettito da imposte. Nelle parole di Baleeiro, “*non si tratta di far equilibrare il bilancio pubblico, ma di fare in modo che il bilancio equilibri l'economia nazionale*”¹³.

Risulta perciò evidente che in un contesto di crisi generalizzata, in cui tutti i paesi aumentano il loro debito pubblico, ciò che sarà rilevante per la ripresa economica è la gestione e l'organizzazione efficiente delle varie funzioni pubbliche. Quello che conta per mantenere credito è l'immagine di efficienza generale della macchina pubblica; spendere male è il maggior ostacolo all'indebitamento, sostenuto invece da un impiego efficace delle risorse acquisite¹⁴.

In un contesto di *moneta politica*, se chi consuma a debito, dimostra efficienza e sobrietà, chi ha eccedenze a credito avrà fiducia per investire nel suo debito pubblico. Agli occhi dei mercati, i debiti pubblici si pagano in credibilità, cioè in termini di immagine politico-amministrativa. Detto questo, per chi sa spendere in modo razionale, essendo cioè capace di individuare correttamente i bisogni, soddisfacendoli con pragmatismo ed efficienza, il debito pubblico ha limiti molto larghi¹⁵.

Tenendo conto di quanto esposto finora, appare evidente che la pandemia di Covid-19 può essere vista come un'opportunità per ripensare e perfezionare il modo in cui le diverse funzioni

¹² A.A. BECKER, *Op. cit.*, p. 234.

¹³ Nell'originale: “*não se trata de equilibrar o orçamento, mas fazer com que este equilibre a economia nacional*” (A. BALEEIRO, *Introdução a ciência das finanças*, II ed., Rio de Janeiro, 1958, p. 738).

¹⁴ R. LUPI, *Manuale giuridico di scienze delle finanze. Le scienze dell'organizzazione sociale tra economia, politica, imprese e diritto*, Roma, 2012, p. 310.

¹⁵ R. LUPI, *Decreto Curaitalia*, cit.

pubbliche vengono organizzate e gestite dai governi, rendendo sostenibile il debito pubblico in termini di fiducia ed efficienza.

5. Il ruolo del sistema tributario

Lo scenario post-pandemico conferma che il problema non è la dimensione del debito pubblico, ma le sue dimensioni relative a quelle degli altri paesi, e uno scenario di fiducia per gli investitori. Ciò che è importante dal punto di vista giuridico-tributario è appunto il fatto che questa credibilità amministrativa deriva anche da un sistema fiscale che sia in grado di coniugare al meglio semplicità e precisione in un quadro di certezza del diritto¹⁶. In altre parole, un sistema giuridico in grado di fornire stabilità, di far fronte alle aspettative legittimamente create e, quindi, di proteggere la sua credibilità¹⁷. In altri termini, il convertitore giuridico della fiducia è il rispetto e la garanzia della certezza del diritto.

Sin da Adam Smith, la certezza del diritto è stata identificata come la massima principale della tassazione¹⁸. Norme chiare, certe e prevedibili permettono agli operatori economici di pianificare le loro azioni, consentendo una gestione efficace delle loro risorse. Un ambiente del genere è quindi indispensabile per attirare investimenti e capitali sui mercati interni¹⁹. In questo senso, è necessario un sistema giuridico che assicuri un minimo di stabilità del rapporto tra autorità fiscali e contribuenti, rivelando affidabilità sia a livello nazionale che internazionale.

Un sistema fiscale maggiormente perequato e preciso, capace di determinare correttamente i presupposti d'imposta con criteri di effettività sarebbe già un elemento di efficienza, capace di distinguere chi si è davvero arricchito a causa della crisi. A questo punto, si può dire che lo scenario post-pandemico dimostrerà la necessità degli stati di lavorare sempre di più per

¹⁶ H.T. TORRES, *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo, 2011, p. 18.

¹⁷ M.A.M. DERZI, *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*, São Paulo, 2009, p. 316.

¹⁸ A. SMITH, *The Wealth of Nations*, book 5, part II, section 2, Hertfordshire, 2012, pp. 824-825.

¹⁹ L.E. SCHOUERI, *Tributação Internacional da Renda*, São Paulo, 2001, p. 19.

l'espansione di un ambiente di maggiore prevedibilità, trasparenza e governabilità, che sia caratterizzato da un livello di chiarezza in relazione all'ordinamento tributario. Non c'è fiducia senza trasparenza nel rapporto tributario.

Le opposte e scoordinate demagogie, gli *slogan*, la confusione sulla determinazione delle imposte sono già di per sé un ostacolo per gli investitori. Un ordinamento tributario inutilmente complesso e disordinato, nelle regole e nella prassi, rappresenta, dunque, un enorme disincentivo per qualunque ripartenza economica. Detto questo, nel contesto post-pandemia l'efficienza del sistema tributario dei paesi sarà ratificata come un importante meccanismo di attrazione degli investimenti e della ripresa economica delle nazioni. L'immagine di efficienza del sistema tributario è infatti un parametro di sostenibilità del debito pubblico e quindi un vantaggio per la ripresa economica.

6. Conclusioni

In un momento di crisi generalizzata in cui tutti i paesi si stanno indebitando, una gestione seria delle spese pubbliche, coordinata con un'immagine affidabile del sistema fiscale, è un punto di forza di ogni sistema paese. Non importa tanto se si aumentano o diminuiscono le imposte, quanto come lo si fa. In ultima analisi infatti il debito pubblico si paga in credibilità politico-amministrativa.

Alla luce di questo contesto, questo lavoro si è occupato di dimostrare come la pandemia del Covid-19 può rappresentare un momento ideale per rielaborare e affinare alcune idee sulle finanze pubbliche, in modo da dimostrare l'importanza di un'organizzazione efficiente della funzione impositiva.

Si tratta di perseguire un ordinamento che si distingua in base alla garanzia della certezza del diritto, in modo da permettere un'attrazione di investimenti che siano in grado di far riprendere le attività economiche.

SEZIONE TERZA

DALLA RESPONSABILITÀ *DELLA* PANDEMIA
ALLE RESPONSABILITÀ *PER LA* PANDEMIA

UOMO, AMBIENTE, DIRITTO*

LUCA PANICO

SOMMARIO: 1. L'impatto ambientale nel *salto di specie* alle origini della pandemia. – 2. Uomo e Natura: l'ecosofia di Arne Næss. – 3. Un paradigma per uno sviluppo post-pandemico sostenibile.

Abstract: The pandemic emergency which struck the world's entire population highlighted the already known problems linked to the environmental crisis, to the extent that factors such as air pollution or climate change have contributed to the proliferation of the Covid-19 virus. Therefore, the pandemic provides a major chance to rethink the relationship between mankind and the environment, which has been traditionally anthropocentric. While acknowledging in the world an intrinsic value to Nature, this relationship gradually took root in Modernity, following the progressive loss of meaning of the Object and the rediscovery of its fundamentals within the Subject, up to recognizing Nature as the ultimate limit to overcome and manipulate. The development of an ever-growing sensibility to environmental matters since the second half of the 20th Century. It also led to the emergence of theories which, in contrast to radical anthropocentrism, put Nature at the centre of their discussion, reaching in the most extreme proposals the acknowledgment of ontologic identity between Man and Nature. Analyzing these positions, this article will try to offer some perspectives for the resemantization of the relationship between man and nature, with a view to their co-essentiality in which the value of either of the two relational terms is explicitly recognized. These perspectives will be prodromal to the affirmation of the environment as an inclusive good, functional to a sustainable development.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. L'impatto ambientale nel salto di specie alle origini della pandemia

La plausibile origine animale della pandemia di Sars-CoV-2¹, caratterizzata da una diffusività globale senza precedenti, ha posto in luce il legame tra il fenomeno pandemico e il problema dei cambiamenti ambientali causati dall'uomo.

Sono ormai noti da tempo² gli effetti dell'intervento umano sulla biosfera: la manipolazione degli ambienti naturali, così come lo sfruttamento indiscriminato delle risorse minerarie ed energetiche finalizzato all'incremento della produzione industriale, hanno provocato gravi danni all'ambiente. Si pensi ancora all'intollerabile livello di concentrazione di gas serra nell'atmosfera, dovuto alle attività industriali e al consumo di combustibili fossili, alla crescente deforestazione per l'acquisizione di materie prime, allo sfruttamento intensivo dei mari e del suolo che hanno comportato radicali compromissioni dell'equilibrio naturale, esponendo a gravi rischi non solo la sopravvivenza degli ecosistemi ma dello stesso genere umano³.

Tra i rischi collegati alle trasformazioni della biosfera e alle alterazioni della biodiversità rientra la possibile diffusione di nuove malattie, con particolare riferimento a quelle di origine zoonotica. Si tratta di malattie infettive che si propagano generalmente dagli animali all'uomo attraverso differenti modalità, che vanno dalla trasmissione a mezzo di un vettore come l'acqua o un cibo infetto al cosiddetto *spillover* (o salto di specie), mediante il quale un virus può passare direttamente dall'animale

¹ K.G. ANDERSEN - A. RAMBAUT - W.I. LIPKIN - E.C. HOLMES - R.F. GARRY, *The proximal origin of SARS-CoV-2*, in *Nature Medicine*, 4/2020, pp. 450-452.

² Si veda lo studio AA. VV., *Millennium Ecosystem Assessment, 2005. Ecosystems and Human Well-being: Biodiversity Synthesis*, Washington DC, 2005, che, lanciato nel 2000 dall'allora Segretario Generale delle Nazioni Unite Kofi Annan, si è occupato proprio delle interazioni tra l'uomo e l'ambiente, studiando gli effetti delle tendenze espansive dell'uomo sugli ecosistemi ed evidenziando come la crisi ambientale conseguentemente innescatasi finisca col porre in pericolo la vita dell'umanità.

³ Da ultimo, il *report* delle Nazioni Unite pubblicato dall'*Intergovernmental Panel on Climate Change* il 9 agosto 2021, dal titolo *Climate Change 2021. The Physical Science Basis*, disponibile su: www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_Full_Report.pdf.

all'uomo, per effetto di mutazioni genetiche che gli permettono di acquisire la capacità di infettare le cellule umane⁴.

Lo *spillover* potenziale si traduce in atto a seguito del contatto prolungato tra l'uomo e le specie animali portatrici dell'agente patogeno, divenendo sempre più probabile laddove si verificano incontri frequenti tra questi. Ne consegue, quindi, l'incidenza sulla possibilità di eventi zoonotici di tutti quei comportamenti umani che, operando delle radicali trasformazioni degli habitat naturali, dirette o indirette che siano, comportano la migrazione di specie animali portatrici di agenti patogeni in luoghi dapprima mai abitati e favoriscono maggiori contatti con l'uomo⁵. In particolare, ciò si è verificato a seguito delle attività di deforestazione per l'intensificazione della produzione agricola e dell'alterazione climatica che, favorendo la concentrazione di diverse specie animali in singole aree sempre più prossime all'uomo, hanno aumentato il rischio di simili fenomeni⁶.

Quanto enunciato è stato confermato da un recente studio⁷ secondo il quale le anzidette attività hanno causato un forte incremento della popolazione dei pipistrelli nel sud della Cina, nonché della frequenza dei loro contatti con l'uomo. Proprio in detta area si è registrato il primo *cluster* dell'attuale pandemia, evidenziando l'importanza della tutela degli habitat naturali e delle specie animali ivi viventi.

Occorre, quindi, rilevare come l'invasività delle trasformazioni antropiche sull'ambiente determini cambiamenti radicali

⁴ A.G. POWER - C.E. MITCHELL, *Pathogen Spillover in Disease Epidemics*, in *The American Naturalist*, 2004, pp. 79-89.

⁵ A.G. RODRIGUEZ MORALEZ - D.K. BONNILLA ALDANA - G.J. BALBIN RAMON - A.A. RABAN - R. SAH - A. PANIZ MONDOLFI - P. PAGLIANO - S. ESPOSITO, *History is repeating itself: probable zoonotic spillover as the cause of 2019 novel Coronavirus Epidemic*, in *Le infezioni in medicina*, 1/2020, pp. 3-5.

⁶ B.A. JONES - D. GRACE - R. KOCK - S. ALONSO - J. RUSHTON - M.Y. SAID - D. MCKEEVER - F. MUTUA - J. YOUNG - J. MCDERMOTT - D.U. PFIFFER, *Zoonosis emergence linked to agricultural intensification and environmental change in Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 21/2013, pp. 8399-8404.

⁷ Si veda il rapporto di R.M. BEYER - A. MANICA - C. MORA, *Shifts in global bat diversity suggest a possible role of climate change in the emergence of Sars-Cov-1 and Sars-Cov-2*, in *Science of the Total Environment*, 2021, che ha rilevato come "spill-overs of CoVs and other zoonoses to humans have been shown to be closely linked to an increase in contact with pathogen-carrying wildlife, driven by the expansion and intensification of agriculture, hunting, and infrastructural development".

che alterano strutturalmente gli ecosistemi in forme tali da rappresentare terreno di coltura per lo sviluppo e la diffusione di pandemie, come quella ancora in corso⁸. Ciò impone il bisogno di un'adeguata riflessione sul rapporto tra Uomo e Natura, al fine di comprendere le radici antropologiche e filosofiche dei tentativi di dominio del primo sulla seconda e prospettare un paradigma tale da favorire lo sviluppo di una quanto mai necessaria sensibilità ecologica.

2. Uomo e Natura: l'ecosofia di Arne Næss

Il pervasivo intervento dell'uomo sull'ambiente non è che il riflesso di un atteggiamento di dominio in virtù del quale l'essere umano si erge a "*misura di tutte le cose*"⁹, forte di un'asserita superiorità ontologica che riduce la natura a campo di dominio per il soddisfacimento delle proprie pretese. Non a caso nei dibattiti sulla questione ecologica si è più volte ricorso al termine Antropocene per indicare "*l'epoca geologica nella quale l'impatto dell'uomo sull'ambiente si rivela non solo decisivo e violento, ma tale da mettere in gioco la continuità della vita sul nostro pianeta*"¹⁰.

La pretesa moderna di spiegare la realtà fenomenica secondo modelli matematici e l'affermazione dell'esistenza umana come sistema di rapporti di produzione, improntati al mito del progresso illimitato hanno scavato un profondo abisso tra l'infinita aspirazione umana e la limitatezza del finito offerta dalla natura¹¹. L'uomo si è posto quale criterio fondativo della natura, trasformata in mero correlato della propria attività ordinatrice e ridotta a materia inerte, campo dell'illimitato agire umano e di manifestazione della propria volontà di potenza¹². In tal modo si

⁸ S. BELARDINELLI, *Le pandemie del terzo millennio? Saranno causate dall'uomo*, in *micromega.net*, 3 giugno 2021.

⁹ A.C. AMATO MANGIAMELI, *Natur@. Dimensioni della Biogiuridica*, Torino, 2021, pp. 26-27.

¹⁰ F. D'AGOSTINO, *Bioetica. Questioni di confine*, Roma, 2019, p. 53.

¹¹ Emblematica in tal senso è la celebre *inversione metafisica* compiuta da Cartesio con cui la natura è stata ridotta a estensione intellegibile di un soggetto puramente pensante (R. DESCARTES, *Meditazioni metafisiche*, Roma, 2008, pp. 117-145).

¹² In particolare, "*Cartesio e soprattutto Kant hanno svincolato la coscienza o il soggetto da ciò che appare, facendone la condizione dell'apparire*,

è determinata l'impossibilità di porre un freno alla *hybris* umana, giacché ogni possibile limite diviene “*un limite di volontà, non di ragione, un limite dettato dalla paura, non dal senso di rispetto del reale*”¹³.

L'esperienza dei disastri ambientali causati dal pervasivo intervento dell'uomo sulla biosfera ha, quindi, imposto la necessità di rielaborare i termini del rapporto con la natura e la formulazione di una nuova etica ambientale, fondata sul riconoscimento dell'interrelazione tra uomo e natura¹⁴. Secondo il movimento ecologista, il superamento dell'imperante antropocentrismo non può, infatti, che passare dal riconoscimento dell'unità sistematica dell'uomo con l'intera biosfera tanto sotto il profilo biologico quanto sotto quello filosofico.

Emblematica su tutte è la posizione espressa dal filosofo norvegese Arne Næss, la cui *Deep Ecology*¹⁵ ricerca una *implessità* tra ambientalismo, ecologia e biologia¹⁶. L'ecologia profonda, tramite il rifiuto della concezione *dell'uomo nell'ambiente*, mira alla comprensione degli organismi come nodi intrecciati della *rete biosferica*, superando la tradizionale impostazione del *man-in-environment* in favore della più ampia prospettiva della *total-field image*¹⁷. Una simile comprensione della realtà può avvenire solo attraverso un'indagine profonda della stessa in modo da evidenziare l'insufficienza dell'approccio delle moderne scienze naturali le quali, tentando di esprimere la natura mediante vuote formule matematiche e teoremi, non riescono a coglierne l'essenza fondamentale ma ne forniscono solo delle rappresentazioni astratte¹⁸.

L'*ecosofia*¹⁹ di Næss si fonda in sostanza su due assunti fondamentali: il principio dell'eguaglianza biocentrica di tutti gli

e l'atto del collegamento diventa il fondamento del collegato” (L. VANZAGO, Merleau-Ponty, Roma, 2012, p. 34).

¹³ F. D'AGOSTINO, *Per una filosofia dell'ecologia*, in ID., *Diritto e secolarizzazione. Pagine di filosofia giuridica e politica*, Milano, 1982, p. 181.

¹⁴ A. LEOPOLD, *Pensare come una montagna*, Prato, 2019, p. 211.

¹⁵ Per la proposta in otto punti dell'ecologia profonda, si v. A. NÆSS, *Introduzione all'ecologia*, Pisa, 2015, p. 46.

¹⁶ F. D'AGOSTINO, *Bioetica*, cit., p. 50.

¹⁷ A. NÆSS, *The Shallow and the Deep, Long-Rage Ecology Movement. A summary*, in *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy*, 1973, p. 95.

¹⁸ A. NÆSS, *Introduzione all'ecologia*, cit., p. 19.

¹⁹ “*By an ecosophy I mean a philosophy of ecological harmony or equilibrium. A philosophy as a kind of sofia wisdom, is openly normative, it contains both norms, rules, postulates, value priority announcements and hypotheses*

esseri della biosfera in ragione di un identico valore intrinseco e quello dell'auto-realizzazione degli esseri²⁰.

La sua riflessione filosofica è fortemente influenzata dalla visione della natura di Baruch Spinoza e dalla prassi della non-violenza di Gandhi. Dal primo in particolare, Næss mutua la propria concezione di natura, concepandola non nei termini meccanicistici del razionalismo moderno ma come *Deus sive Natura* che si esprime simultaneamente come *natura-naturans* e come *natura-naturata*. Le due manifestazioni non si pongono in opposizione, bensì rappresentano un'infinita unità creativa che rende possibile la struttura temporale del mondo e la pluralità degli esseri, finiti e al contempo creativi, che ne sono espressione²¹. Attraverso l'immanentismo spinoziano, Næss giunge a definire la natura come un Tutto omnicomprensivo interrelato, infinitamente creante e creato, in cui ogni essere ne è un termine relazionale dotato di intrinseca dignità ed eguale diritto all'esistenza²².

Si propone così il paradigma ontologico della *gestalt* per superare il tradizionale dualismo soggetto/oggetto: nessun essere è dotato di una propria autonoma esistenza (secondo l'adagio buddhista *sarvam dharmam nihsvsbhavam*) ma esiste in quanto organismo correlato ad una struttura indivisibile che esprime una totalità auto-contenuta e auto-sufficiente²³. Solo mediante l'esperienza di questa unità, ogni essere giunge all'auto-realizzazione di sé. Questo va inteso non come semplice *ego* ma come *sé ecologico*, un sé allargato che attraverso l'esperienza *spontanea* e

concerning the state of affairs in our universe" (A. NÆSS, *The Shallow and the Deep*, cit., p. 99).

²⁰ A.C. AMATO MANGIAMELI, *Natur@*, cit., p. 33.

²¹ A. NÆSS, *Introduzione all'ecologia*, cit., p. 146.

²² In ciò si rinviene, secondo Næss, il punto di tangenza tra l'ecologia profonda e l'ipotesi "Gaia" di James Lovelock, per cui l'intera biosfera con le sue forme di vita e le proprie attività fisicochimiche viene identificata con un unico grande organismo che si autoregola e stabilisce le condizioni materiali necessarie per la propria sopravvivenza, cui attribuisce il nome di Gaia (J. LOVELOCK, *Gaia. Nuove idee sull'ecologia*, Torino, 2011).

²³ "La parte «in sé» è solo un'astrazione. Geneticamente, viene spiegata tenendo conto di un portatore di un'altra esperienza spontanea, una rete totale di interrelazioni con limiti indefiniti. Ciò che facciamo è chiarificare relazioni astratte tra esperienze spontanee. Introducendo una distinzione – contenuto concreto/struttura astratta: le esperienze spontanee sono i contenuti concreti e, le strutture astratte, le loro interrelazioni" (A. NÆSS, *Introduzione all'ecologia*, cit., p. 167).

l'agire pratico si identifica con tutta la vita e abbraccia l'intera natura²⁴.

L'uomo giunge così al riconoscimento della propria essenza, del suo essere non come singola unità ma come *organismo relazionale* in rapporto panpsichico con l'*ecosfera*, progredendo attraverso varie forme di gioia alla piena realizzazione di sé e dell'intera natura²⁵. Si può parlare in questo senso di una priorità dell'ontologia sull'etica, giacché solo attraverso l'auto-realizzazione gioiosa e l'identificazione con la natura, l'uomo potrà riconoscere l'eguale diritto di tutti gli esseri alla vita e, di conseguenza, agire per *inclinazione* e non per dovere a tutela dell'ambiente, ponendo in essere atti *belli* e non solo *morali*²⁶.

E così, nel tentativo di superare l'era dell'Antropocene e di risvegliare una coscienza ecologica, si cerca di riaffermare il “*valore morale intrinseco della natura, che, al pari dell'uomo, richiede di essere trattata per quel che è, e cioè una dimensione fondamentale, al contempo plurale (animale, vegetale, minerale) e dipendente (tutto dipende da tutto), che non può legittimare forme di appropriazione, trasformazione e manipolazioni radicali*”²⁷.

3. Un paradigma per uno sviluppo post-pandemico sostenibile

Da quanto premesso, emerge l'importanza della formulazione di un'etica ambientale che fornisca i principi per uno sviluppo sostenibile e per la prevenzione di disastri ambientali, incidenti sulla vita umana quale la pandemia ancora in corso. Sotto il profilo filosofico, di primaria importanza è l'impostazione di un corretto paradigma ontologico dal quale muovere²⁸.

Se l'approccio antropocentrico è foriero di un atteggiamento che libera la piena volontà di potenza umana ed è incapace di porvi freno, la prospettiva ecosofica di cui si è detto, pur nel suo pregevole intento, rischia di ricadere nell'indifferentismo

²⁴ A. NÆSS, *Gestalt Thinking and Buddhism*, in A. DRENGSON - B. DEVALL, *The Ecology of Wisdom. Writings by Arne Naess*, Berkeley, 2010, p. 210.

²⁵ A. NÆSS, *Introduzione all'ecologia*, cit., pp. 92-93.

²⁶ *Id.* pp. 100-102.

²⁷ A.C. AMATO MANGIAMELI, *Natur@*, cit., pp. 25-26.

²⁸ M. MERLEAU-PONTY, *La Natura. Lezioni al Collège de France*, Milano, 1996, p. 199.

assiologico. Il punto critico dell'ecologia profonda è rappresentato proprio dal tentativo di sublimazione del dualismo soggetto/oggetto in un paradigma olistico in cui la specificità umana sembra sfumare fino a dissolversi.

Pertanto, si ritiene necessario tentare di ridefinire il rapporto dell'uomo con la natura attraverso un'impostazione in grado di tenere insieme i due termini della relazione, evitando la prevaricazione dell'uno sull'altro o la confusione dei due. Ciò può passare solo dal riconoscimento della specificità umana all'interno dell'ordine naturale e dall'affermazione dell'intrinseco valore della natura per sé stessa e per l'uomo, ridefinendo i termini dell'avversato dualismo.

In primo luogo, l'uomo non può esser concepito solo come *res cogitans*; la sua attività intellettuale si sviluppa attraverso un corpo che non è mero meccanismo in cui *discende* la coscienza ma centro d'intersezione della vita biologica e di quella vita spirituale, attraverso cui l'uomo assume consapevolezza di sé e del mondo²⁹. Attraverso il corpo si rende possibile l'interazione con la realtà nelle forme del movimento e della percezione, con cui si proietta se stessi nel mondo e si introietta il mondo in sé³⁰. Questo processo fenomenologico, mediato dalla corporeità ci rende, quindi, parte della natura e ci pone in connessione col mondo secondo un legame indissolubile e inviolabile che pur mantiene una distinzione tra soggetto e oggetto³¹.

Al contempo, la natura pre-soggettiva deve assumere una nuova dignità, nella sua imprescindibilità non solo biologica per la vita ma in quanto via ontologica per il disvelamento dell'essere³². L'interazione con la natura, lungi dall'essere una mera attività sensoriale è la manifestazione di quella vocazione metafisica per la ricerca di sé che caratterizza l'uomo rispetto agli altri esseri viventi³³. Affinché questa aspirazione alla trascendenza non si traduca però in un vortice solipsistico nel quale l'uomo, compresa la sua specificità, si ponga al di sopra della natura per dominarla³⁴, diviene fondamentale riconoscere quest'ultima

²⁹ M. SCHELER, *La posizione dell'uomo nel cosmo*, Roma, 1997, p. 180.

³⁰ M. MERLEAU-PONTY, *La Natura*, cit., p. 305.

³¹ A proposito della distinzione tra l'"ontologia" della *gestalt* e la "psicologia" della *gestalt*, si veda A. NÆSS, *Introduzione all'ecologia*, cit., p. 181.

³² M. MERLEAU-PONTY, *La Natura*, cit., pp. 384-385.

³³ M. SCHELER, *La posizione dell'uomo nel cosmo*, cit., p. 159 e p. 186.

³⁴ *Id.* p. 167.

come imprescindibile via di accesso alla trascendenza, rigettando l'idea di una spiritualità insita esclusivamente nell'uomo.

Sotto questo profilo, l'ontologia cristiana offre una visione d'insieme dell'uomo e della natura come comuni partecipi della *creaturalità*³⁵, fornendo le riflessioni necessarie per lo sviluppo di un'etica della cura. Nella prospettiva creazionista, infatti, la natura viene generata da un originario atto d'amore divino che la muove teleologicamente e le dona una sua *autonoma* dignità. A sua volta l'uomo, creato a immagine e somiglianza di Dio, è posto in una natura che è testimonianza del divino ma si caratterizza rispetto ad essa per la sua apertura alla trascendenza. Perciò il rapporto tra natura e uomo permette a quest'ultimo di intuire il divino e di entrarvi in comunicazione³⁶, nella misura in cui questa è riflesso dell'infinita bontà e sapienza divina. Tuttavia, il peccato originale preclude questa relazionalità e chiude l'uomo in se stesso; questi, smarrendo la propria via e trascurando la *datità* della natura, si abbandona così al dominio e al volontarismo, cercando di oltrepassare in ogni modo il limite posto alla sua azione³⁷.

La natura, quindi, richiede non di essere manipolata indiscriminatamente bensì curata e custodita nell'ottica di una mutualità reciproca. Infatti, se la cura dell'uomo porta a compimento il moto instillato da Dio nella natura, quest'ultima è una via per l'apertura alla trascendenza divina che consente di realizzare una comunione universale³⁸.

Il riconoscimento di questa co-implicazione diviene quindi la radice per lo sviluppo delle virtù ecologiche, proprie di un antropocentrismo del *servizio*³⁹. In tale ottica deve affermarsi tanto un primato dell'uomo *nell'ordine* della natura per le sue peculiarità, quanto l'imprescindibilità della stessa quale *bene comune* insuscettibile di appropriazione e di scambio. La tutela di un tale bene richiede, quindi, una reciproca limitazione dei diritti soggettivi affinché la sua protezione possa dirsi effettiva⁴⁰, giacché solo una piena responsabilità reciproca tra i consociati verso la natura può consentire una fruizione consapevole e rispettosa

³⁵ F. D'AGOSTINO, *Per una filosofia dell'ecologia*, cit., p. 186.

³⁶ FRANCESCO, *Laudato si'*. *Lettera Enciclica sulla cura della casa comune*, Città del Vaticano, 2015, p. 75.

³⁷ *Id.* p. 63.

³⁸ *Id.* pp. 70-72.

³⁹ F. D'AGOSTINO, *Bioetica*, cit., p. 56.

⁴⁰ A.C. AMATO MANGIAMELI, *Natur@*, cit., p. 68.

dell'ambiente, che sia al contempo in grado di evitare o prevenire catastrofi naturali.

Uomo e Ambiente si co-implicano e l'etica della cura deve orientare e limitare l'azione umana, non solo nell'ottica della salubrità dello spazio cui apparteniamo ma anche in funzione di un pieno sviluppo della persona umana secondo il *suum cuique* che il diritto deve assicurare. Ecco quindi che la questione ambientale *strictu sensu* si collega alla lotta alla povertà, alla dignità del lavoro e più in generale alla tutela della dignità umana e dell'eguaglianza⁴¹, nella consapevolezza che l'interdipendenza dei sistemi biotici e abiotici si traduce inevitabilmente in una questione di pace e giustizia⁴².

Proprio tale consapevolezza caratterizza i recenti interventi normativi in materia ambientale. Si pensi, infatti, all'Agenda 2030, adottata dai Capi di Stato in occasione del *summit* delle Nazioni Unite sullo Sviluppo sostenibile, i cui 17 obiettivi testimoniano la consapevolezza dello stretto legame sussistente tra la tutela dell'ambiente e lo sviluppo di nuove forme di benessere individuale e sociale⁴³. Per la sua attuazione l'Unione Europea ha adottato l'*European Green Deal*⁴⁴ in cui un ruolo di primo piano assume il *Circular Economy Action Plan*⁴⁵. Non solo, proprio per far fronte ai danni causati dalla pandemia, con il *NextGenerationEU* e con il Quadro finanziario pluriennale 2021-2027⁴⁶ sono stati stanziati circa 420 miliardi per la lotta ai cambiamenti climatici e lo sfruttamento delle risorse naturali, nell'ottica dello sviluppo di forme di economia circolare.

Ma affinché sia avvertito come effettivamente vincolante il *corpus* normativo, sempre più attento alla tematica ambientale,

⁴¹ Non a caso il primo principio della *Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo*, adottata all'esito della Conferenza delle Nazioni Unite di Rio de Janeiro del 1992, afferma espressamente che "gli esseri umani sono al centro delle preoccupazioni relative allo sviluppo sostenibile. Essi hanno diritto ad una vita sana e produttiva in armonia con la natura".

⁴² FRANCESCO, *Op. cit.*, p. 85.

⁴³ Il testo integrale della risoluzione è disponibile su: www.unric.org/it/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/Agenda-2030-Onu-italia.pdf.

⁴⁴ Disponibile su: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/45cc30f6-cd57-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-170854112>.

⁴⁵ Disponibile su: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/45cc30f6-cd57-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-170854112>.

⁴⁶ Approvati rispettivamente con: Regolamento (UE) 2020/2094; Regolamento (UE) 2020/2093.

diviene imprescindibile l'elaborazione di un nuovo orizzonte etico ai fini di una vera e propria rivoluzione del paradigma dell'*homo oeconomicus*. Solo con la consapevolezza di un rapporto indissolubile tra uomo e natura, basato non su una tensione ontologica quanto piuttosto su una "*affinità analogica*"⁴⁷, potranno essere adottate delle efficaci misure di contrasto alla dilagante crisi ambientale, tali da permettere una ripresa e una crescita post-pandemica improntata allo sviluppo sostenibile.

⁴⁷ A.C. AMATO MANGIAMELI, *Natur@*, cit., p. 71.

LA PRESUNTA COMPLICITÀ DI OMS E REPUBBLICA POPOLARE CINESE NELLA DIFFUSIONE DI COVID-19*

CHIARA VENTURINI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli obblighi internazionali. – 3. L’ipotesica *shared responsibility*. – 4. Conclusioni.

Abstract: This paper analyses the possibility of configuring a shared responsibility between WHO and China for the spread of the Covid-19 pandemic. As with article 16 of DASRIWA, the subjective element is still an issue in article 14 of DARIO. However, if the evidence of “knowledge” and “intent” is not available, the due diligence principle may come into play.

1. Introduzione

Il presente breve lavoro ha il fine di indagare la possibile configurabilità di una responsabilità condivisa tra Cina e Organizzazione mondiale della sanità (da qui OMS) nella diffusione del virus Covid-19. La questione solleverebbe molteplici aspetti da approfondire (tra cui chi e con che modalità potrebbe invocare la corresponsabilità di Cina e OMS); in questa sede si limita l’indagine alla possibilità di qualificare come complici le condotte dello Stato cinese e dell’OMS, sulla base delle evidenze sino ad oggi raccolte.

La notorietà del susseguirsi di eventi risalenti allo scoppio della pandemia impone una trattazione sintetica degli stessi, meramente funzionale ad individuare le violazioni dei vari obblighi

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

internazionali compiute dai due soggetti al centro della presente analisi.

In data 31 dicembre 2019 la Cina riferiva all'OMS casi di polmonite dovuti alla diffusione di un nuovo Coronavirus nella provincia di Wuhan. Dal 20 gennaio in poi l'OMS provvedeva alla formulazione di rapporti settimanali¹ concernenti le notizie che la Cina trasmetteva circa il nuovo agente patogeno, le vittime e la diffusione della malattia. Il 23 gennaio 2020 si riuniva per la prima volta l'*Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*², in seno al quale le opinioni restavano discordanti circa il rischio sanitario rappresentato dall'agente patogeno. Il 31 gennaio 2020 il Direttore generale dell'OMS dichiarava "the outbreak is a public health emergency of international concern", e due casi di polmonite interstiziale da 2019-nCoV si registravano anche in Italia. Per l'intero mese di febbraio ciascuno Stato provvedeva all'adozione di misure di contenimento del virus, senza che si registrasse alcuna attività da parte dell'OMS, se non quella di monitoraggio e scambio di informazioni tra un Paese e l'altro. Il 9 marzo il Direttore generale rilasciava una dichiarazione in cui sosteneva che l'allora epidemia di Covid-19 potesse essere mitigata e contenuta³. L'11 marzo l'OMS dichiarava lo stato di pandemia. Nei giorni immediatamente successivi i rapporti registravano l'adozione di misure da parte dell'OMS volte a rendere disponibili i dispositivi di protezione, sia per il personale sanitario che per la popolazione civile, e alla diffusione di linee guida⁴.

Dai fatti qui brevemente riassunti emergono due elementi fondamentali per questa analisi. In primo luogo, la conformità agli obblighi di prevenzione delle misure adottate dall'OMS per

¹ Cfr. il primo rapporto dell'OMS del gennaio 2020, disponibile sul sito.

² Il comunicato più recente del Comitato è disponibile su: [www.who.int/news/item/15-07-2021-statement-on-the-eighth-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(covid-19\)-pandemic](http://www.who.int/news/item/15-07-2021-statement-on-the-eighth-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(covid-19)-pandemic).

³ Cfr. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 9 March 2020*, disponibile su: www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---9-march-2020.

⁴ Su tutti, P. ACCONCI, *Responses of International Organizations to the Health Emergency Due to the Covid-19: A First Impression*, in *Riv. dir. intern.*, 2/2020, pp. 415-452.

contenere la malattia. In secondo luogo, la mancata tempestività dell'azione cinese per individuazione e contenimento dell'agente patogeno. Fonti⁵ riportano che, sul territorio della Repubblica Popolare Cinese, i contagi da Coronavirus risalissero a settimane prima rispetto alla fine di dicembre 2019: pare che nel mese di novembre si siano registrati i primi pazienti e tra dicembre e gennaio i casi fossero circa 425. A ciò si aggiunga il rifiuto di collaborare con le squadre di esperti inviate dall'OMS, sia ad inizio pandemia, che in tempi più recenti⁶. Anche a distanza di circa un anno, la condotta cinese rimane opaca circa l'adempimento degli obblighi di tutela della salute che vincolano i soggetti della comunità internazionale. Tuttavia, una commissione di inchiesta⁷ in seno alle Nazioni Unite non è ancora stata istituita ed ogni accertamento sulla diffusione del virus è nelle mani degli Stati e dell'OMS stessa.

2. Gli obblighi internazionali

Nello studio della responsabilità dei soggetti di diritto internazionale, non si può prescindere da un'analisi degli obblighi che gravano sui medesimi. La responsabilità sorge, infatti, laddove vi sia una violazione da parte di un soggetto di diritto internazionale di un obbligo sancito da una norma internazionale (art. 2 *Draft Articles on State Responsibility* 2001, anche DASRIWA).

Nel caso in esame la soggettività degli enti è fuor di dubbio⁸; pertanto occorre concentrarsi sulla natura degli obblighi per comprendere se effettivamente Cina e OMS li abbiano violati.

⁵ Rapporto congiunto, *WHO-convened Global Study of Origins of SARS-CoV-2: China Part. Joint WHO-China Study. 14 January-10 February 2021*.

⁶ Nel luglio 2021 la Repubblica Popolare Cinese sembra aver rifiutato una ispezione da parte del WHO, nel rispetto del Regolamento sanitario del 2005 (www.repubblica.it/esteri/2021/07/22/news/oms_cina_pechino_seconda_indagine_coronavirus_covid_respinta-311259294/).

⁷ M.A. BECKER, *Do We Need an International Commission of Inquiry for COVID-19? Part I*, in *ejiltalk.org*, 18 maggio 2020.

⁸ CIG, *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte, avis consultatif, Advis. Opin.*, 20 dicembre 1980, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 73, par. 37, in cui la Corte afferma che l'OMS ha esattamente i medesimi poteri di uno Stato in quanto soggetto di diritto internazionale.

Per quanto concerne la Cina, lo Stato è membro dell'OMS dal 1946 e non ha apposto alcuna riserva ai Regolamenti sanitari aggiornati nel 2005. La dottrina⁹ si è già profusamente pronunciata sulle violazioni degli stessi e particolare attenzione è stata riservata all'art. 6 dei Regolamenti. Detta norma impone un obbligo di notifica all'OMS: "Each State Party shall notify WHO, by the most efficient means of communication available, by way of the National IHR Focal Point, and within 24 hours of assessment of public health information, of all events which may constitute a public health emergency of international concern within its territory in accordance with the decision instrument, as well as any health measure implemented in response to those events". Stando alle varie ricostruzioni, il governo cinese sembrerebbe aver comunicato la presenza di casi di polmonite interstiziale da Covid-19 a distanza di oltre 24 ore dal primo registrato, contravvenendo a quanto disposto. Lo Stato avrebbe violato un obbligo di condotta, tenendo un comportamento negligente.

Ciò posto, quello che rileva in questa sede non è tanto la violazione di un obbligo procedurale, idoneo ad impedire che la salute e la vita degli individui siano messi in pericolo, quanto, piuttosto, la violazione degli obblighi derivanti dall'art. 2 dei Regolamenti sanitari del 2005¹⁰. Ciò perché se si vuole ipotizzare una responsabilità a titolo congiunto, essa potrebbe configurarsi solo nella cooperazione per la diffusione della malattia. La disposizione prevede infatti: "The purpose and scope of these Regulations are to prevent, protect against, control and provide a public health response to the international spread of disease in ways that are commensurate with and restricted to public health risks". A ciò si aggiunga anche l'art. 3, secondo il quale "the implementation of these Regulations shall be guided by the goal of their

⁹ F. MARRELLA, *La Cina deve risarcire i danni transnazionali da Covid-19? Orizzonti ad oriente*, in *sidiblog.org*, 17 maggio 2020; G. BAI, *La Cina allo scoppio dell'epidemia. Riflessioni sul rispetto degli obblighi internazionali di notifica e di due diligence in materia sanitaria*, in *sidiblog.org*, 23 agosto 2020.

¹⁰ Sul punto si è già soffermata altra dottrina qualificando l'illecito come una violazione di una norma di *due diligence*. Cfr. F. MARRELLA, *Op. cit.*; G. BAI, *Op. cit.*; A. COCO - T. DE SOUZA DIAS, *Part I, II, III: Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak*, in *ejiltalk.org*, 27 marzo 2020. In tema di cooperazione tra Stati, R. MOUSTAFA ESSAWY, *The Legal Duty to Cooperate amid COVID-19: A Missed Opportunity?*, in *ejiltalk.org*, 22 aprile 2020.

universal application for the protection of all people of the world from the international spread of disease”.

I Regolamenti sanitari rappresentano pertanto fonti di obblighi di condotta, da considerarsi adempiuti se lo Stato pone in essere il comportamento da essi enunciato, non essendo rilevante ai fini della responsabilità il raggiungimento o meno dell’obiettivo.

Sul punto si è pronunciata parte della dottrina¹¹, che ha approfondito la categoria degli obblighi di condotta rinvenendovi due diverse *species*. Da un lato, quelli che prescrivono l’adozione di determinati mezzi; dall’altro, obblighi di condotta che, per essere adempiuti, richiedono solo che il soggetto compia uno sforzo (tangibile e valutabile) nella direzione del bene protetto. Pare, quindi, che la categoria degli obblighi di *due diligence* possa essere ricondotta a questo secondo insieme. Conseguentemente, con la prova di aver rispettato gli standard richiesti per la tutela del bene protetto dalla norma, il soggetto è esente da responsabilità.

Applicando quanto sopra al caso in esame, sembra si possa escludere che la Cina abbia adottato una condotta atta a prevenire la diffusione del virus, ponendo in essere qualunque azione idonea al contenimento di Sars-CoV-2¹². La Repubblica Popolare Cinese sembrerebbe aver omesso di trasmettere per tempo le informazioni relative alla scoperta di un nuovo agente patogeno; ha trasmesso informazioni errate circa la possibilità di un salto di specie dello stesso; ha negato l’ingresso ad un *team* di esperti a supporto inviato dall’OMS; ed avrebbe adottato misure di contenimento inadeguate alla limitazione della diffusione della polmonite. Una condotta più diligente ed allineata agli standard imposti dai Regolamenti sanitari del 2005, avrebbe forse contribuito al

¹¹ A. MARCHESI, *Obblighi di condotta e obblighi di risultato: contributo allo studio degli obblighi internazionali*, Milano, 2003; R. PISILLO MAZZESCHI, *Due diligence e responsabilità internazionale degli Stati*, Milano, 1989.

¹² Dal rapporto congiunto Cina-OMS citato, l’ipotesi della fuga del virus da un laboratorio risulta estremamente improbabile, al contrario le ipotesi di una trasmissione tramite ospite intermedio o della trasmissione tramite catena del freddo sembrano più probabili (pp. 111-120).

contenimento dell'agente patogeno e limitato il numero di vittime e di danni¹³.

Per quanto riguarda l'OMS, i fatti sembrano in prima battuta dimostrare che anche l'organizzazione ha giocato un ruolo nella diffusione della pandemia. È necessario chiedersi se a ciò corrisponda una responsabilità dell'organizzazione.

Ebbene, il ricordato art. 1 della Costituzione dell'OMS prevede che "the objective of the World Health Organization shall be the attainment by all peoples of the highest possible level of health". Ne deriva che l'organizzazione è tenuta statutariamente ad indirizzare la propria azione verso la tutela del diritto alla salute con l'adozione di ogni strumento possibile, nel rispetto dei Regolamenti sanitari del 2005.

Dai fatti emerge una particolare negligenza quantomeno nelle tempistiche per l'attivazione delle procedure di contenimento: il 31 dicembre 2019 l'OMS riceveva notizia della presenza di un virus non conosciuto e solo l'11 marzo, dichiarava lo stato di pandemia. Seguiva l'adozione di linee guida cui gli individui avrebbero dovuto volontariamente conformarsi. Risulta criticabile¹⁴ la scelta di adottare atti non vincolanti, a fronte della possibilità di adottare misure vincolanti per tutti gli Stati membri, Cina compresa. La condotta dell'OMS pare tutt'altro che diligente e non conforme al ruolo di guida che essa detiene da Stato.

3. L'ipotetica *shared responsibility*

È quindi opportuno interrogarsi sulla possibilità di riconoscere i due enti responsabili a titolo congiunto per la diffusione

¹³ Il diritto alla salute è previsto anche in fonti di diritto pattizio in materia di diritti umani. Per ragioni di brevità non è possibile approfondire in questa sede le conseguenze delle violazioni di tali obblighi di prevenzione.

¹⁴ P. ACCONCI, *Responses of International Organizations to the Health Emergency due To the Covid-19*, cit.; EAD., *L'effettività delle risposte normative dell'OMS alla diffusione del covid-19 durante la prima ondata del contagio*, in *Quaderni di SIDI Blog*, 2020, pp. 105 ss.

del virus, in virtù della mancata adozione di misure contenitive adeguate¹⁵.

La complicità tra uno Stato ed un'organizzazione internazionale è codificata all'art. 14 e all'art. 58 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali del 2011 (anche DARIO). Le due norme differiscono in ragione dell'ente che fornisce aiuto o assistenza: da un canto l'organizzazione agevola uno Stato nell'illecito; dall'altro, lo Stato assiste l'organizzazione. Per la fattispecie in esame, la disposizione rilevante risulta l'art. 14 che regola il primo caso di collaborazione. Per integrare la fattispecie, è necessaria non solo l'agevolazione dell'altrui condotta (causalità agevolatrice), ma anche la consapevolezza delle circostanze dell'illecito altrui e la volontà di contribuirvi.

In altre parole, l'OMS sarebbe responsabile per complicità se si riuscisse a provare che, consapevole della condotta illecita cinese, avesse omesso di adottare misure vincolanti ed idonee a mitigare gli effetti profondamente dannosi della pandemia per agevolare la Cina nella diffusione di Sars-CoV-2. Ad oggi, nessuna evidenza depone in tal senso.

Il caso in esame è un'ulteriore dimostrazione pratica della problematicità della fattispecie della complicità: la prova dell'integrazione dell'elemento soggettivo è estremamente complessa. Le critiche¹⁶ che la dottrina ha riservato all'art. 16 del *Draft articles on State Responsibility* del 2001 valgono anche per

¹⁵ Ragioni di spazio impongono di sorvolare sulla distinzione che in diritto internazionale si opera tra le due forme di responsabilità, per un approfondimento si rimanda a G. PUMA, *Complicità di Stati nell'illecito internazionale*, Torino, 2018 e A. NOLLKAEMPER - D. JACOBS - J.N.M. SCHECHINGER (a cura di), *Distribution of Responsibilities in International Law*, Cambridge, 2015; A. NOLLKAEMPER - I. PLAKOKEFALOS (a cura di), *Principles of shared responsibility in international law: an appraisal of the state of the art (Ser. Studies on shared responsibility in international law)*, Cambridge, 2014.

¹⁶ Sul punto profusamente J. CRAWFORD, *Second report on State Responsibility*, 1999, UN Doc. n. A/CN.4/498 e Add. 4, p. 49, par. 179: "the complicit state may not in fact desire the illegal result, and instead be animated by some other motive – in such a case, it is argued, even if the assisting state knew of the use to which the aid was put but did not intend the outcome, it could not be held complicit"; ID., *State Responsibility: The General Part*, cit., p. 408; G. PUMA, *Op. cit.*, pp. 101 ss.; P. PALCHETTI, *State Responsibility for Complicity in Genocide*, in P. GAETA (a cura di), *The UN Genocide Convention: A Commentary*, 2009, pp. 380 ss. e in particolare p. 389.

l'art. 14 del DARIO, dato che quest'ultimo è il risultato di un'applicazione analogica dei principi dell'uno all'altra fattispecie¹⁷.

La disposizione in esame prevede che l'elemento soggettivo della complicità consta di due condizioni: la conoscenza delle circostanze illecite (espressamente codificata) e l'intenzione di agevolare l'altrui condotta per mezzo della propria (elemento che compare solo nel testo del commentario ad entrambi i Progetti¹⁸). Le posizioni degli studiosi in materia si sono consolidate sul ritenere l'*intent* elemento necessario ai fini dell'integrazione della fattispecie, nonostante il mancato richiamo espresso¹⁹.

Orbene, nel caso dell'OMS non esistono prove a supporto della sussistenza dell'intento di agevolare la Cina²⁰. Al contrario, l'organizzazione avrebbe più volte tentato di inviare *team* di esperti sul territorio cinese per comprendere l'eziologia dell'agente patogeno ed arginarne la diffusione, scontrandosi con il rifiuto di Pechino. Inoltre, l'OMS ha adottato alcune misure che, se seguite, avrebbero potuto limitare i danni di Covid-19. Ne consegue l'impossibilità di sussumere i fatti nell'art. 14 DARIO.

Tuttavia, se si decidesse di discostarsi dall'opinione maggioritaria che ritiene l'intento elemento fondamentale della fattispecie, l'esito potrebbe rivelarsi differente. Se si ritenesse di escludere la necessità di provare l'intenzione dell'OMS di agevolare la Cina nella diffusione del virus, in quanto elemento non espressamente previsto dall'art. 14 DARIO, la complicità sarebbe integrata grazie alla presenza del *knowledge of the circumstances*.

L'organizzazione internazionale ricopre un ruolo di guida per la tutela del bene salute. Ciò implicherebbe un dovere di conoscenza e di vigilanza circa le altrui condotte in tema di tutela

¹⁷ Sull'applicazione analogica dei principi della responsabilità statale alle organizzazioni internazionali si veda G. PUMA, *Op. cit.*, pp. 46 e 47.

¹⁸ ILC, *Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries*. 2011, art. 14, par. 4.

¹⁹ P. PUSTORINO, *Diritto internazionale e complicità fra Stati: considerazioni sull'elemento soggettivo dell'illecito*, in *Riv. dir. intern.*, 3/2020, pp. 657-689, in particolare p. 678, in cui sostiene che consapevolezza ed intento siano componenti di un unico elemento soggettivo da valutare nel suo insieme. Del resto, l'accertamento dell'intenzione di coadiuvare l'illecito altrui presuppone la conoscenza della condotta lesiva. Cfr. G. PUMA, *Op. cit.*, p. 112.

²⁰ Secondo la dottrina la consapevolezza potrebbe essere desunta da qualsivoglia azione o comportamento concludente del presunto complice.

della salute, oltre al possesso di competenze adeguate alla riduzione dei rischi sanitari²¹. Secondo la teoria della *constructive knowledge*, l'elemento soggettivo dell'art. 14 DARIO potrebbe dirsi integrato in tutte quelle situazioni in cui un soggetto avrebbe dovuto avere contezza di star collaborando all'altrui illecito in ragione del ruolo che ricopre. Questa lettura emersa dalla giurisprudenza in tema di *extraordinary renditions*²² farebbe gravare sul complice la responsabilità per non aver evitato un illecito prevedibile²³.

Nonostante utile ai fini dell'invocazione della responsabilità, detta ricostruzione non convince. In primo luogo, la stessa Commissione di diritto internazionale ha respinto la *constructive knowledge* nei lavori del Progetto sulla responsabilità degli Stati, asserendo che conoscenza ed intenzione costituiscono un unico elemento soggettivo. Ne consegue che l'uno si presume in ragione dell'altro²⁴. In secondo luogo, dai fatti emerge la volontà di limitare il diffondersi del contagio, che porterebbe ad escludere del tutto l'intento di cooperare alla diffusione del virus, così come pure l'accettazione del rischio che il contagio si diffondesse. Difatti, l'OMS non ha ommesso di agire per mitigare la pandemia: essa ha scelto di non adottare atti vincolanti, nella piena discrezionalità di cui gode.

Poiché quello previsto dalla normativa rilevante è un obbligo di condotta e non di risultato, l'OMS non può dirsi del tutto inadempiente²⁵, ma solo negligente²⁶: essa, con la sua condotta,

²¹ Sulla presunzione di conoscenza che si applica per gli illeciti gravi si veda G. PUMA, *Op. cit.*, pp. 147 ss.

²² C. eur. dir. uomo, 13 dicembre 2012, *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ricorso n. 39630/09.

²³ Non sembra possa parlarsi di *wilful blindness* nel caso dell'OMS, poiché l'attività di monitoraggio sembra quantomeno essere stata eseguita efficacemente.

²⁴ Da qui la superfluità dell'esplicitazione dell'intento nel testo della regola: cfr. *Statement at the 1518th meeting of the International Law Commission*, in *YILC*, vol. I, 1978, p. 237, par. 38.

²⁵ P. ACCONCI, *L'effettività delle risposte normative dell'OMS alla diffusione del covid-19 durante la prima ondata del contagio*, cit.

²⁶ Gli obblighi di *due diligence* quali obblighi di condotta sono da ritenersi disattesi quando l'illecito altrui era prevedibile, ma si è ommesso di adoperarsi con i mezzi adeguati a evitare che l'illecito si verificasse. Questo è quanto avvenuto nel caso di specie. Per l'invocazione della responsabilità in questo caso, l'accertamento della conoscenza dell'illecito altrui e l'intenzione di volerlo

fornisce un apporto causale rilevante per la condotta della Cina²⁷. Tuttavia, la fattispecie non può essere sussunta nell'art. 14 del DARIO per mancata integrazione dell'elemento soggettivo della complicità.

4. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui esposto, sembra potersi concludere che ciascun ente è, eventualmente, da ritenere responsabile separatamente per essere venuto meno ad un dovere di diligenza: la mancata adozione di condotte idonee a “prevent, protect against, control and provide a public health response to the international spread of disease in ways that are commensurate with and restricted to public health risks”²⁸. Altri titoli di responsabilità sembrano da escludersi, e ciò vale anche per una responsabilità a titolo congiunto. Difatti, se da un canto l'inefficiente azione dell'OMS sembra avere agevolato la condotta cinese, dall'altro non può affermarsi che l'organizzazione abbia omesso di agire. La responsabilità che deriva da tale negligenza potrà essere invocata nelle sedi opportune, separatamente da quella dello Stato cinese, già destinatario di numerosi ricorsi da parte di privati e Stati²⁹.

Quanto sin qui esposto rispecchia l'attuale stato dell'arte. Non è da escludere che future inchieste ricostruiscano

agevolare non devono essere integrati, ma è sufficiente il mancato rispetto di uno standard di comportamento dettato dalla norma e dal carattere oggettivo, cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *Op. cit.*

²⁷ G. BAJ, *Obblighi di notifica e due diligence in materia sanitaria: ipotesi di responsabilità per illecito internazionale nelle prime settimane della pandemia di Covid-19*, in *Quaderni di SIDI Blog*, 2020, pp. 131 ss.

²⁸ *International Health Regulations 2005*, art. 2.

²⁹ Cfr. United States District Court for the Eastern District of Missouri - Southeastern Division, 21 aprile 2020, *The State of Missouri v. the People's Republic of China and others*, case: 1:20-cv-00099; United States District Court for the Southern District of Mississippi - Southern Division, 5 dicembre 2020, *The State of Mississippi v. the People's Republic of China*, case 1:20-cv-00168-lg-rhw; United States District Court for the Southern District of Florida - Miami Division, 13 marzo 2020, *Logan Alters and others v. People's Republic of China*; C.I. KEITNER, *To Litigate a Pandemic: Cases in the United States Against China and the Chinese Communist Party and Foreign Sovereign*

diversamente i fatti, facendo emergere una differente configurazione delle responsabilità degli enti coinvolti.

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI
OSPEDALIERI *EX D. LG. 231/2001 E*
L'INCIDENZA DELL'EMERGENZA COVID-19*

VALERIA APICELLA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I soggetti. La natura giuridica degli enti ospedalieri. – 2.1. Enti pubblici economici o non economici? – 3. Un nuovo quadro normativo. Verso una responsabilizzazione pluridimensionale degli enti pubblici. – 4. L'emergenza sanitaria: una *chance* di riallocazione di risorse e responsabilità.

Abstract: The paper examines the influence of the health emergency due to Coronavirus on the role and the extension of the administrative liability of hospital institutions, where a crime – expressly and previously included in the legislative decree n. 231/2001 – has been committed by their top management or medical staff. Hospital institutions could be found responsible of manslaughter and serious and very serious negligent assault, committed in violation of the rules protecting health and safety at work, only if they can be considered as economic public bodies and because of their “organization fault”. Is it possible to foresee a different allocation of responsibilities between medical staff and institutions as well as a renewed regulatory framework?

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Introduzione

La pandemia da Covid-19 ha alterato alcuni equilibri, ma, al contempo, ha forse gettato le basi per correggere alcuni squilibri.

Fino ad ora, la polarizzazione della responsabilità penale sul medico ha costituito una delle principali cause della c.d. medicina difensiva.

L'emergenza sanitaria in atto sembra fornire una nuova linfa vitale al d. lg. 8 giugno 2001, n. 231, a vent'anni dalla sua entrata in vigore, nonché un'occasione per riportare in equilibrio la responsabilità del personale sanitario, attraverso una diversa ripartizione della responsabilità medica, non più individualistica e tendente verso il basso (medici e operatori sanitari), ma collettiva e protesa verso l'alto, sulla falsariga di quanto avviene sul piano civile, in cui l'ente e il personale sanitario sono chiamati a rispondere solidalmente del danno cagionato al paziente *ex art. 2055 c.c.*

In sintesi, sembrano ormai maturi i tempi per una "*personalizzazione della responsabilità*"¹, non solo per le persone fisiche, ma anche per le persone giuridiche.

2. I soggetti. La natura giuridica degli enti ospedalieri

Il primo passaggio da compiere consiste nella delimitazione dei confini soggettivi della responsabilità da reato dell'ente e, quindi, nell'individuazione dei soggetti (persone giuridiche e fisiche) che sin da subito sono stati coinvolti, se non travolti, dall'emergenza sanitaria.

Vengono in rilievo i nosocomi pubblici e privati, le residenze sanitarie assistenziali, le aziende sanitarie locali (nel prosieguo, le "a.s.l.") e i medici di base, nonché il personale sanitario operante all'interno di tali strutture.

¹ C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *sistemapenale.it*, 30 marzo 2020, par. 4.

La possibilità di configurare la responsabilità dell'ente ospedaliero, accanto a quella della persona fisica, dipende dalla sua natura giuridica.

A tal proposito, l'art. 1, comma 2, d. lg. n. 231/2001 include nel suo raggio applicativo soggettivo gli enti dotati di personalità giuridica, le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica.

Tuttavia, il successivo comma 3 esclude espressamente lo Stato, gli enti pubblici territoriali (Regioni, Province e Comuni), gli "*altri enti pubblici non economici*" e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

L'individuazione dei confini interni di queste ultime due categorie di enti non è affatto agevole e costituisce ancora oggetto di dibattito da parte di dottrina e giurisprudenza.

In realtà, la legge delega conteneva un diverso criterio identificativo delle persone giuridiche.

Ai sensi dell'art. 11, comma 2, legge 29 settembre 2000, n. 300, "*ai fini del comma 1, per «persone giuridiche» si intendono gli enti forniti di personalità giuridica, eccettuati lo Stato e gli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri*"². Il d. lg. n. 231/2001, invece, ha escluso tra i suoi destinatari gli enti pubblici non economici, includendovi, implicitamente, gli enti pubblici economici, che, però, non esauriscono l'intera categoria degli enti pubblici non esercenti pubblici poteri³.

2.1. *Enti pubblici economici o non economici?*

Secondo la Relazione ministeriale al d. lg. n. 231/2001, non rientrano nella nozione di enti pubblici esercenti pubblici poteri gli enti che erogano un pubblico servizio, tra cui le aziende ospedaliere. Come si è anticipato, tuttavia, il criterio discrezionale dell'esercizio di pubblici poteri previsto dal legislatore delegante

² La legittimazione all'esercizio di pubblici poteri può essere anche conferita a un ente costituito in forma societaria. È il caso degli enti concessionari di un pubblico servizio. V. S. GRINDATTO, *La responsabilità da reato di una società azionaria svolgente attività ospedaliera*, in *Giur. it.*, 1/2011, pp. 163 ss.

³ E. PAVANELLO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico*, Padova, 2011, p. 22.

all'art. 11, comma 2, l. n. 300/2000, è stato disatteso dal legislatore delegato.

Pertanto, i criteri guida per l'interprete, ai fini della delimitazione dei confini della responsabilità amministrativa da reato dell'ente ospedaliero, restano quelli dello svolgimento di funzioni di rilievo costituzionale e dell'inquadramento nella categoria degli enti pubblici non economici.

Lo svolgimento di funzioni di rilievo costituzionale, di per sé, non consente di escludere le strutture sanitarie dall'ambito applicativo del d. lg. n. 231/2001, dal momento che ciò finirebbe per tagliare fuori *“un numero pressoché illimitato di enti operanti non solo nel settore sanitario, ma in quello dell'informazione, della sicurezza antinfortunistica e dell'igiene del lavoro, della tutela ambientale e del patrimonio storico e artistico, dell'istruzione, della ricerca scientifica (...) e via enumerando valori (e non «funzioni») di rango costituzionale”*⁴.

Occorre infatti aver riguardo ad un insieme di indici, tra cui, la natura pubblicistica o privatistica dell'ente, la forma giuridica prescelta in fase di costituzione o di successiva trasformazione, l'eventuale svolgimento di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un profitto e alla divisione degli utili.

Quanto alla natura giuridica, la giurisprudenza ha affermato che *“la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina in discorso, dovendo altresì concorrere la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica”*⁵.

Quanto alla forma giuridica e all'attività svolta, la scelta a favore della società per azioni costituirebbe, a parere della giurisprudenza sopra menzionata, indice presuntivo dello svolgimento di attività economica e della sussistenza della finalità di profitto in capo all'ente⁶.

⁴ Cass. pen., sez. II, 21 luglio 2010 (ud. 9 luglio 2010), n. 28699, con nota di O. DI GIOVINE, *Sanità e ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, in *Cass. pen.*, 5/2011, pp. 1889 ss.

⁵ Cass. pen., sez. II, 21 luglio 2010, n. 28699, cit.; Cass. pen., 10 gennaio 2011 (ud. 26 ottobre 2010), n. 234, in *C.E.D. Cass.*, n. 248795.

⁶ Cass. pen., sez. VI, 22 novembre 2011 (ud. 28 settembre 2011), n. 43108, in *C.E.D. Cass.*, n. 250846; Cass. pen., sez. II, 21 luglio 2010, n. 28699, cit., secondo cui *“ogni società, proprio in quanto tale, è costituita pur sempre per l'esercizio di un'attività economica al fine di dividerne gli utili (v. art. 2247*

Invece, nel caso in cui l'ente eserciti un pubblico servizio, si è sostenuto che l'applicazione delle sanzioni di cui al d. lg. n. 231/2001 finirebbe per ricadere indirettamente sui cittadini, traducendosi o in un aggravio di costi o comunque in un disservizio⁷.

Ma l'argomento è stato tendenzialmente superato, tenendo conto dell'ampliamento dei reati presupposto (non più limitati ai reati contro la P.A.) e dell'art. 15 d. lg. n. 231/2001, che consente, (*inter alia*) in caso di svolgimento di un pubblico servizio da parte dell'ente, di sostituire la sanzione interdittiva con la nomina di un commissario giudiziale.

Con specifico riferimento alle a.s.l., va precisato che si tratta di enti dotati di personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale (art. 3, comma 1-*bis*, d. lg. 30 dicembre 1992, n. 502). L'espressa attribuzione da parte del legislatore di una personalità giuridica di diritto pubblico⁸ sembrerebbe far propendere per la qualificazione pubblicistica di tale ente, che rientrerebbe tra gli enti pubblici non economici esclusi dal d. lg. n. 231/2001.

Dall'altro lato, l'attribuzione per legge dell'autonomia imprenditoriale, nonché la natura privatistica dell'atto aziendale che ne regola l'organizzazione e il funzionamento sarebbero indicative della natura di ente pubblico economico, come ha sostenuto una parte della giurisprudenza (civile e amministrativa)⁹ e della dottrina¹⁰.

Va osservato, al proposito, che il ricorso agli strumenti e agli schemi di diritto privato ben può riscontrarsi anche da parte di

c.c.), a prescindere da quella che sarà – poi – la destinazione degli utili medesimi, se realizzati [...] né si può qualificare come di rilievo costituzionale la funzione di una s.p.a., che è pur sempre quella di realizzare un utile economico". Contra, O. DI GIOVINE, Sanità e ambito applicativo, cit., p. 1894.

⁷ Relazione ministeriale al d. lg. 231/2001, pp. 6-7.

⁸ Cass. civ., sez. un., 19 aprile 2021, n. 10244, in Rv. 661047-01.

⁹ Cass. civ., sez. V, ordd. 15 febbraio 2019, nn. 4589, 4591, 4592, 4593; TAR Toscana, sez. II, 17 settembre 2003, n. 5101; TAR Calabria - Catanzaro, sez. II, 17 gennaio 2001, n. 37.

¹⁰ M.L. DI BITONTO, *Professione medica e procedimento penale: le novità dopo la legge n. 24/2017*, in *Cass. pen.*, 10/2017, pp. 3800 ss.; M. COLACURCI, *Dai colletti ai camici bianchi? Alcune riflessioni sulla responsabilizzazione dell'ente in ambito sanitario*, in *lalegislazionepenale.eu*, 24 aprile 2020, pp. 5-6.

enti pubblici (art. 1, co. 1-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241) e, perciò, non è dirimente ai fini della qualificazione privatistica dell'ente.

Ai fini dell'individuazione degli enti pubblici economici, gli indici sintomatici sono l'istituzione (e la soppressione) dell'ente mediante legge statale (art. 4, l. 20 marzo 1975, n. 70), la previsione di un regime giuridico derogatorio rispetto a quello ordinario, il finanziamento e il controllo pubblico, l'esercizio di pubblici poteri funzionale al perseguimento di interessi pubblici.

Alla luce di tali indici, va osservato che, ai sensi dell'art. 3, d. lg. n. 502/1992, le a.s.l. perseguono fini istituzionali (comma 1-*bis*), e che sono le Regioni a disciplinare “*forme e modalità per la direzione e il coordinamento delle attività socio-sanitarie a elevata integrazione sanitaria*” (comma 1-*quater*), mentre gli enti locali, su cui gravano i relativi oneri, possono delegare all'a.s.l. la gestione di attività o servizi socio-assistenziali (comma 3).

Secondo una parte della dottrina¹¹, gli enti ospedalieri non potrebbero ritenersi inclusi nel sistema 231 in quanto ancora non si sarebbe completato il processo di privatizzazione, avviato negli anni '90 (che ha trasformato molti enti pubblici economici in S.p.A.), non essendo stato trasferito il relativo controllo in capo ai privati.

Secondo altri, invece, “*se è esatta la qualifica di ente pubblico economico ne deriva che non dovrebbero esservi controindicazioni formali all'applicazione della responsabilità da reato di cui al d.lg. n. 231/2001 alle ASL*”¹².

Data l'incertezza e la mutevolezza della veste giuridica di molti enti – tant'è che si è ormai affermata una nozione funzionale e cangiante di pubblica amministrazione¹³ – è stata da più parti proposta una rivisitazione della disciplina soggettiva di cui al d. lg. n. 231/2001, “*capace di incidere anche in relazione al comparto sanitario*”¹⁴ con un ritorno al sopra menzionato criterio dell'esercizio di pubblici poteri, già indicato dal legislatore delegante del 2000. In tal modo includendovi espressamente anche gli enti pubblici che erogano un pubblico servizio, come le

¹¹ O. DI GIOVINE, *Sanità e ambito applicativo*, cit., p. 1898.

¹² G. FIDELBO, *Enti pubblici e responsabilità da reato*, in *Cass. pen.*, 12/2010, p. 4084.

¹³ Cons. St., sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043.

¹⁴ A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012, p. 366. V. anche G. FIDELBO, *Op. cit.*, p. 4081.

aziende ospedaliere e quelle sanitarie locali¹⁵. Se è vero che la forma giuridica societaria non può di per sé assurgere a indice presuntivo assoluto del perseguimento di finalità lucrative, è anche vero che non sempre l'ente pubblico agisce nel perseguimento esclusivo o prevalente dell'interesse pubblico¹⁶.

3. Un nuovo quadro normativo. Verso una responsabilizzazione pluridimensionale degli enti pubblici

Ai fini di un corretto inquadramento degli enti ospedalieri, occorre tener conto di almeno tre dati normativi particolarmente significativi:

1) il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d. lg. 19 agosto 2016, n. 175) e le linee guida Anac (delibera del 17 giugno 2015, n. 8), che raccomandano alle società controllate dagli enti pubblici l'adozione dei modelli organizzativi di cui al d. lg. n. 231/2001¹⁷;

2) il testo unico sulla salute e sicurezza sul lavoro (d. lg. 9 aprile 2008, n. 81), che si applica a “*tutti i settori di attività, privati e pubblici*”¹⁸, e che rischierebbe di generare una disparità di disciplina difficilmente giustificabile tra strutture sanitarie pubbliche e private¹⁹, se le prime fossero escluse *tout court* dal d. lg. 231/2001;

3) l'ampliamento dei reati presupposto²⁰, sino a ricomprendere i reati colposi (art. 25-*septies*) e l'introduzione della

¹⁵ A. ROIATI, *Op. cit.*, p. 366.

¹⁶ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, p. 44.

¹⁷ R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società pubbliche, alla luce del d.lgs 175/2016*, in H. BONURA - A. RUGHETTI (a cura di), *L'impresa pubblica in Italia e i servizi per i cittadini*, Milano, 2017, p. 39; F. FOGLIA MANZILLO, *A proposito delle linee guida dell'A.n.a.c. sulle società partecipate da enti pubblici: quando la soft law diviene hard law*, in *Rivista231*, 4/2015, p. 180; R. LOMBARDI, *Compliance 231 e misure di risk management: la nouvelle vague della “regolazione responsiva” degli attori pubblici economici*, in *Dir. amm.*, 1/2019, p. 143.

¹⁸ O. DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 3/2009, p. 1347.

¹⁹ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., p. 44.

²⁰ In questo senso, G. FIDELBO, *Op. cit.*, pp. 4079 ss.

sanzione *ad hoc* della revoca dell'accreditamento nell'ipotesi in cui le “*pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*” (artt. 583-*bis* c.p. e 25-*quater*1, d. lg. n. 231/2001) siano commesse all'interno di un ente privato accreditato.

Se l'applicabilità del d. lg. n. 231/2001 alle strutture private ospedaliere costituisce un dato ormai acquisito, l'art. 25-*quater*1 sembra offrire uno spunto interpretativo rilevante nella parte in cui, dopo aver indicato le sanzioni pecuniarie e interdittive applicabili all'ente nella cui struttura è commesso il delitto di cui all'art. 583-*bis* c.p., specifica che la revoca dell'accreditamento si applica solo agli enti privati, dando per assunto che le altre sanzioni invece si applicano anche alle strutture sanitarie pubbliche. Sembra dunque che l'evoluzione normativa sia orientata verso una sempre maggiore *accountability* dell'ente, anche pubblico.

4. L'emergenza sanitaria: una *chance* di riallocazione di risorse e responsabilità

L'emergenza sanitaria ha portato a galla quei *deficit* organizzativi dell'ente ospedaliero che, in realtà, costituiscono un fardello latente, ma di cui sino ad ora si era fatto carico, almeno sul piano sanzionatorio, il solo personale sanitario.

Occorre precisare che le carenze organizzative e strutturali in tanto possono sfociare in una responsabilità della struttura sanitaria, in quanto risultano integrati tutti i presupposti oggettivi e soggettivi previsti dal d. lg. n. 231/2001, tra i quali assume particolare rilievo la c.d. colpa di organizzazione imputabile all'ente.

In particolare, il fatto-reato realizzato nell'interesse o a vantaggio dell'ente – tradotto in termini di risparmio di spesa nei reati colposi²¹ – deve essere incluso nei reati presupposto di cui al d. lg. n. 231/2001 e commesso da un sottoposto o da un apicale

²¹ Cass. pen., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, con nota di R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del “sistema 231”*, in *Le Società*, 2/2015, pp. 219 ss.

(in questo caso, il direttore generale, il direttore sanitario²² o quello amministrativo).

Nel contesto dell'emergenza sanitaria, può venire in rilievo, quale reato presupposto, l'art. 25-*septies*, essendo il direttore generale della struttura sanitaria, tenuto, in qualità di datore di lavoro²³, a adottare le misure necessarie a prevenire il contagio da coronavirus nei luoghi di lavoro (si veda l'art. 42, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 27).

Nell'ipotesi in cui dalla violazione delle norme antinfortunistiche derivino la morte o le lesioni gravi o gravissime, non solo dei lavoratori (medici, infermieri e primario), ma anche dei pazienti²⁴, la struttura sanitaria potrebbe essere chiamata a rispondere *ex art. 25-septies*.

De iure condendo, è stata finanche prospettata, la previsione di una responsabilità diretta dell'ente per un illecito sanitario proprio della persona giuridica²⁵, che prescindendo cioè da quella della persona fisica (apicale o sopposto), come accade anche in altri ordinamenti²⁶.

Per esonerarsi da responsabilità, l'ente può dimostrare di aver adottato e efficacemente attuato un modello 231, che individui e gestisca le aree di rischio, specie biologico, e le misure

²² Per un approfondimento, cfr. G. SOLA, *Responsabilità penale-sanitaria in emergenza Covid-19*, in *Giur. pen.*, 1/2021, par. 8. Sul ruolo della delega in ambito sanitario, cfr. G. FIORINELLI, *La dimensione organizzativa della professione sanitaria tra categorie della responsabilità medica e paradigmi del diritto penale d'impresa*, in *Cass. pen.*, 7/2019, pp. 2573 ss.

²³ A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2020, p. 894.

²⁴ R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus*, in *Sistema penale*, 7/2020, pp. 109-110. L'Autore ipotizza che l'auto-esposizione a pericolo da parte del medico potrebbe operare come causa di esclusione della responsabilità dei vertici, sia riguardo alla morte dei pazienti che alla morte dello stesso personale medico.

²⁵ M. CAPUTO, *Malpractice, carenze organizzative e responsabilità degli enti. Quale ruolo per il diritto penale delle persone giuridiche?*, in *Dir. pen. proc.*, 10/2020, pp. 1359-1360.

²⁶ In Francia le limitazioni alla responsabilità degli enti collettivi sono molto ristrette (v. art. 121-2 del *Code Pénal*). Tra i soggetti di diritto pubblico che possono essere ritenuti responsabili degli illeciti posti in essere nell'esercizio dell'attività rientrano gli stabilimenti pubblici sia di carattere amministrativo sia commerciale e industriale, e quindi, anche gli ospedali pubblici. Cfr. E. PAVANELLO, *Op. cit.*, p. 137.

da seguire, nonché di aver costantemente vigilato sulla sua osservanza attraverso l'organismo di vigilanza.

Ad esso si affianca il Comitato di cui al par. 13 del *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro* del 14 marzo 2020, così come integrato il 24 aprile 2020, a cui è assegnata l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo.

Peraltro, le misure di contenimento del rischio contagio da adottare negli ambienti di lavoro (dal distanziamento sociale, che ha imposto più turnazioni, allo *smart working*) sembrano integrare una delle ipotesi di “*mutamenti nell'organizzazione o nell'attività*” di cui all'art. 7, comma 4, lett. a), d. lg. n. 231/2001, rendendo opportuno un aggiornamento del modello 231, al fine di assicurarne l'efficace attuazione.

La pandemia sembra aver costituito una leva per una spinta verso l'alto delle responsabilità in ambito sanitario²⁷.

Se, fino ad ora, i costi delle carenze strutturali e organizzative sono ricaduti sulla condotta del medico²⁸, con la conseguente imputazione in via esclusiva della responsabilità penale per l'evento dannoso o pericoloso cagionato al paziente, la pandemia ha reso non più tollerabile tale paradosso.

Sembra così possibile traslare il rischio del *deficit* organizzativo su coloro che sono effettivamente chiamati a prevenirlo e ad evitarlo, i vertici²⁹.

In questo modo, si riuscirebbe a contestualizzare e riequilibrare la responsabilità del medico, tenendo conto dell'effettivo

²⁷ R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica*, cit., p. 109. L'Autore ipotizza che essa possa addirittura “salire” dai vertici amministrativi a quelli politici, evidenziandone i difetti organizzativi. *Contra*, C. CUPELLI, in E. ANTONUCCI, *La stolta frontiera del panpenalismo: immaginare responsabilità penali per scelte politiche*, in *Il Foglio*, 12 giugno 2020. C. CUPELLI individua tre ipotesi circoscritte in cui può configurarsi una responsabilità penale del decisore politico: lo sviamento di potere, il “*sovertimento macroscopico dei criteri di ponderazione degli interessi in gioco*” e la trascuratezza macroscopica nella valutazione dei presupposti della decisione.

²⁸ R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica*, cit., p. 102: “*Nelle strutture organizzative sanitarie la tendenza è a scendere, ad arrestare la responsabilità sui livelli più bassi, (...) tanto che le imputazioni rimangono tendenzialmente concentrate sul singolo operatore*”.

²⁹ G. FIORINELLI, *Op. cit.*, pp. 2588-2589.

contesto organizzativo in cui questi opera³⁰, in quei casi estremi in cui la colpa di organizzazione dell'ente alza il livello di *rischio consentito*, sino ad un *rischio non consentito*, perché troppo elevato e distante dalle regole di natura cautelare, precauzionale o disciplinare³¹, previste dal legislatore e dai Protocolli condivisi, che ogni datore di lavoro è chiamato a tradurre e adattare alla struttura organizzativa in cui opera.

Al momento dell'esplosione dell'emergenza, tuttavia, tali regole erano inevitabilmente assenti. Per cui occorre altresì calibrare il giudizio di responsabilità al contesto spazio-temporale in cui si inserisce la condotta del personale sanitario (e dell'ente), distinguendo la prima fase – “*regno della colpa generica*”³² – dalle fasi successive, intrise di regole cautelari.

Almeno nella fase embrionale dell'epidemia sembra piuttosto difficile muovere un rimprovero colposo, data la “*inesigibilità del comportamento doveroso*”³³.

Allo stesso modo, anche in relazione alla responsabilità dell'ente, si dovrebbe tenere conto delle circostanze in cui si è verificato il reato presupposto³⁴, specie se emerge una causa di giustificazione, come lo stato di necessità o l'adempimento del dovere.

L'emergenza sanitaria può così costituire una *chance* di riforma dell'art. 8 d. lg. n. 231/2001?

De iure condendo, l'estensione espressa anche all'ente quantomeno delle scriminanti, dato il loro rilievo oggettivo, consentirebbe di superare le incertezze interpretative relative ai limiti dell'autonomia della responsabilità dell'ente³⁵, in nome del

³⁰ In questa direzione sembra muoversi anche il legislatore (art. 3-bis, d.l. 1 aprile 2021, n. 44, convertito dalla l. 28 maggio 2021, n. 76). Cfr. C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *sistemapenale.it*, 1 giugno 2021.

³¹ M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2020, p. 533.

³² F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *sistemapenale.it*, 26 aprile 2020, par. 2.

³³ M. PELISSERO, *Op. cit.*, p. 537.

³⁴ A. GARGANI, *Op. cit.*, pp. 893-895.

³⁵ E. SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2020, pp. 199-200.

principio di legalità, nonché di scongiurare il rischio che al ritorno all'equilibrio per la responsabilità del medico si contrappongano squilibri sanzionatori per l'ente.

LA INFLUENCIA DE LA PANDEMIA DE COVID-19 SOBRE EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA *

EMANUELE FRATTO ROSI GRIPPAUDO

TABLA DE CONTENIDO: 1. La responsabilidad administrativa. – 2. Las novedades legislativas introducidas por el Decreto Ley 76/2020. – 3. Críticas al Decreto Ley 76/2020. – 4. Conclusiones.

Abstract: This article examines the role that the *responsabilità amministrativa* (administrative liability) plays in the Italian legal system and explores the modifications introduced by *decreto-legge n. 76/2020* (Decree Law no. 76/2020) on its structure. In so doing, it also analyses relevant decisions of the *Corte dei conti* relating to cases in which the afore-mentioned decree finds application. This article argues that Italian decision-makers took advantage of the Covid-19 pandemic to limit the scope of *responsabilità amministrativa* in a way that is not compatible with the Italian legal system. Therefore, this article argues that the reform does not deserve to be confirmed after the end of the emergency period, insofar as it would be appropriate to intervene on the matter through an organic reform.

1. La responsabilidad administrativa

La regulación de la responsabilidad administrativa está contenida en la Ley de Contabilidad del Estado de 1923, en el Decreto del Presidente de la República núm. 3/1957, de 10 de

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

enero, y en la Ley 20/1994, de 14 de enero¹. El juicio de responsabilidad administrativa está regulado en el Decreto Legislativo 174/2016, de 26 de agosto, denominado Código de Justicia Contable². A la luz de la legislación citada, se precisa reconstruir los criterios de imputación de la responsabilidad administrativa. La Procura regional del Tribunal de Cuentas ejerce la acción de responsabilidad administrativa contra al agente público que, en el ejercicio de sus funciones, provoca un daño a la Administración Pública a través de una conducta dolosa o culposa. Desde el punto de vista estructural, esta forma de responsabilidad está compuesta de un elemento objetivo y de un elemento subjetivo.

Por lo que se relata al primero de los dos elementos, basta con explicar los conceptos de agente público y de daño al Erario (*danno erariale*). En el ordenamiento jurídico italiano, son agentes públicos no solo los funcionarios, sino también cualquier otro sujeto que tenga relación de servicio con la Administración Pública. Tal relación existe cuando el sujeto ejerce de forma continuada una determinada actividad en favor de la Administración Pública³. Solo el daño causado en el ejercicio de esta actividad o, al menos, prestado en titularidad de una función pública, se considera daño al Erario. Este tipo de daño puede ser de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial⁴ sufrido por la Administración para la que el agente público presta el servicio o por otra Administración, habida cuenta del principio de unidad

¹ La evolución histórica de la responsabilidad administrativa en el ordenamiento jurídico italiano se trata en las siguientes obras de doctrina: S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Milano, 2003; F.G. COCA - A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Napoli, 2014.

² Véase los artículos 51 a 132.

³ Cfr. Cass. civ., sez. un., 4 dicembre 2009, n. 25494, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Responsabilità contabile*, n. 600. El Tribunal de Cuentas utiliza el concepto de relación de servicio precisado por el Tribunal de Casación. Cfr. C. conti, sez. III app., 7 luglio 2021, n. 323 y C. conti, sez. giur. Abruzzo, 9 luglio 2021, n. 190, ambos en *corteconti.it*.

⁴ Constituye un daño no patrimonial al erario el daño a la imagen de la Administración Pública. Sobre este tema, véase V. VARONE, *Il danno all'immagine*, in A. CANALE - D. CENTRONE - F. FRENÍ - M. SMIROLDO (a cura di), *La Corte dei conti: responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, 2019, pp. 131 ss.

de las finanzas públicas. El daño al Erario puede tener naturaleza directa o indirecta. Se produce un daño al Erario directo cuando el detrimento sufrido por la Administración es consecuencia directa de la conducta del agente público⁵. Por el contrario, se produce un perjuicio patrimonial indirecto cuando la conducta del agente público induce un perjuicio directo a una persona extraña a la Administración, que obtiene en los tribunales una sentencia de condena de la misma Administración a la reparación del daño⁶. Este mecanismo está previsto en el art. 28 de la Constitución italiana, que extiende la responsabilidad del funcionario a la Administración para la que presta su servicio. Esta Administración, si es condenada definitivamente a reparar el daño causado por su empleado a un tercero, puede ejercer la acción de regresión a través del juicio de responsabilidad administrativa.

Por lo que se relata al elemento subjetivo, para que pueda haber responsabilidad administrativa es necesario que el agente público cometa el hecho ilícito por dolo o culpa. La responsabilidad administrativa en caso de daño al Erario fue limitada por el art. 22 del Decreto del Presidente de la República núm. 3/1957 a los únicos casos de dolo o culpa grave. La misma limitación fue introducida con referencia a la responsabilidad administrativa del daño al Erario directo a través del art. 1 de la Ley 20/1994. El dolo es aquel estado subjetivo caracterizado por la conciencia y voluntad de la acción u omisión *contra legem*⁷. Por el contrario, la culpa grave es radicada en una inexcusable y despectiva negligencia en el cumplimiento de las funciones

⁵ Por ejemplo, la sustracción o el desembolso incongruente de una suma de dinero provoca un daño al erario directo. Véase Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2019, n. 17118, in *Foro amm.*, 12/2019, p. 2000.

⁶ Esta forma de responsabilidad fue introducida por el art. 22 del Decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3. Por ejemplo, el error cometido por el médico en la realización de una prestación terapéutica que cause un empeoramiento de la salud del paciente provoca un daño al erario indirecto a la estructura sanitaria, si el paciente obtiene de un juez una condena de la misma estructura sanitaria al resarcimiento del daño sufrido.

⁷ Al respecto, véanse las siguientes sentencias del Tribunal de Cuentas (accesibles en www.corteconti.it): C. conti, sez. giur. Lombardia, 31 ottobre 2018, n. 211; C. conti, sez. giur. Sardegna, 12 giugno 2019, n. 158; C. conti, sez. I app., 22 marzo 2010, n. 198.

públicas⁸. Esta limitación constituye una desigualdad de trato entre los trabajadores del sector público y del sector privado, que también son responsables de los delitos cometidos por culpa leve en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, la norma ha salido victoriosa de un juicio de constitucionalidad⁹. El Tribunal Constitucional ha considerado que el legislador, manteniendo la imputabilidad por falta grave, ha alcanzado un “punto de equilibrio” en el reparto del riesgo entre el funcionario público y el aparato público, de manera que la perspectiva de la responsabilidad se convierta en una razón de estímulo y no de desincentivo.

El art. 52 del Código de Justicia Contable obliga a las administraciones que hayan sufrido un daño al Erario, tanto directo como indirecto, a dar noticia del daño a la Procura regional del Tribunal de Cuentas territorialmente competente mediante una denuncia. Como prevé el artículo 53 del mismo Código, esta denuncia debe contener los siguientes elementos: una exposición precisa y documentada de los hechos ilícitos cometidos; la indicación y, si es posible, la cuantificación de los daños; si se conoce, la identidad de los presuntos responsables. Una vez recibida la noticia de daño, el Procurador Regional inicia la instrucción y, si se dan las circunstancias, ejerce la acción de responsabilidad administrativa. Por regla general, la noticia de daño al Erario puede no estar contenida en una denuncia. Lo esencial es que, como prevé el art. 51 del Código de Justicia Contable, esta noticia tenga las características de la especificidad y de la concreción, es decir, consista en informaciones detalladas y no relativas a hechos hipotéticos. Si la noticia del daño al Erario no tiene estas características y el Procurador Regional inicia la instrucción, cualquier acto de la fase de instrucción o de la fase procesal, que sigue a la fase de instrucción, podrá declararse nulo a instancia de cualquier interesado. Dejando a otros autores la tarea de ilustrar los perfiles procesales del juicio de responsabilidad administrativa¹⁰ y el examen de los particulares

⁸ En este sentido, véase C. conti, sez. giur. Veneto, 26 marzo 2018, n. 41, in *corteconti.it*.

⁹ Cfr. Corte cost., 20 novembre 1998, n. 371, in *Riv. amm.*, 1998, p. 945.

¹⁰ Para un análisis en profundidad de los perfiles procesales del juicio de responsabilidad administrativa, véase A. CANALE - F. FRENI - A. SMIROLDO (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti. Commento sistematico*

instrumentos de que dispone el juez de lo contencioso-contable para detectar y liquidar el daño al Erario¹¹, se procede a evaluar, a continuación, los efectos normativos de la reforma de 2020.

2. Las novedades legislativas introducidas por el Decreto Ley 76/2020

En respuesta a la crisis económica provocada por la pandemia de Covid-19, el Gobierno italiano adoptó el Decreto Ley 76/2020, de 16 de julio, subsiguientemente convertido por el Parlamento en Ley 120/2020, de 11 de septiembre. La intención del legislador era modificar algunas materias del ordenamiento jurídico italiano reputadas como obstáculos al desarrollo económico de la nación. Entre estas materias figura la responsabilidad administrativa, que el Gobierno consideraba que amedrentaba a los funcionarios, hasta el punto de ser una de las principales causas del retraso en la adopción de medidas administrativas. Por lo tanto, el art. 21 del Decreto Ley 76/2020 limita el ámbito de aplicación de la responsabilidad administrativa mediante una modificación de su elemento subjetivo.

El primer párrafo del art. 21 introduce en el art. 1 de la Ley 20/1994 una disposición según la cual la prueba del dolo requiere la demostración de la voluntad del daño. Se trata de una norma introducida por el legislador con la intención de poner fin a una larga discrepancia jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica y la extensión del dolo en el marco de los juicios en materia de contabilidad pública. En cuanto a la naturaleza jurídica, el dolo contable está ahora perfectamente alineado con el dolo penal y

al codice della giustizia contabile (D.Lgs. n. 174/2016, come modificato dal D.Lgs. n. 114/2019), Milano, 2021, pp. 465 ss.

¹¹ Entre estos, son particularmente importantes el poder de reducir los importes cobrados al agente público y la llamada *compensatio lucri cum damno* contable. Sobre la primera cuestión, véase R. CAPUNZO, *La potestà riduttiva dell'addebito erariale: una ipotesi di discrezionalità del giudice contabile*, in D. CROCCO (a cura di), *La Corte dei conti tra tradizione e novità*, Napoli, 2014, pp. 303 ss. Sobre la segunda, véase L. GIAMPAOLINO, *Prime osservazioni sull'ultima riforma della giurisdizione della Corte dei conti: innovazioni in tema di responsabilità amministrativa*, in *Foro amm.*, 11-12/1997, pp. 3328-3361.

ya no puede calificarse de dolo contractual, noción que pertenece al derecho civil¹². Simplificando, para que haya dolo, no basta con que el agente público haya incumplido voluntariamente las obligaciones que se derivan de la relación de servicio con la administración pública. Más bien, es necesario que haya previsto y deseado el *eventus damni* como consecuencia de su acción. En cuanto a la extensión, a pesar de que el texto de la disposición parece limitar la imputación del daño al Erario únicamente a las hipótesis de dolo directo, parte de la doctrina y el propio Tribunal de Cuentas concuerdan en considerar que el concepto de dolo contable también encierra el dolo eventual¹³.

El segundo párrafo del art. 21 excluye la responsabilidad administrativa en los casos en que el agente público haya causado el daño al Erario a través de una conducta activa caracterizada por culpa grave. En cambio, se conserva la responsabilidad administrativa por los daños al Erario que son resultado de una conducta de negligencia del agente público. Esta disposición solo se aplica con referencia a hechos ilícitos cometidos desde la fecha de entrada en vigor del Decreto Ley 76/2020 el 31 de diciembre de 2021. El legislador expuso la *ratio legis* de esta disposición en la exposición de motivos que acompaña al decreto, donde se afirma la voluntad de que los funcionarios públicos corran un mayor riesgo de incurrir en responsabilidad en caso de omisión que en caso de comportamiento activo.

3. Críticas al Decreto Ley 76/2020

La norma contenida en el segundo párrafo del art. 21 ha sido duramente criticada tanto por el Tribunal de Cuentas como por la doctrina. Según los Consejeros de Cuentas, los retrasos en la Administración Pública no se deben a la aprensión de los

¹² Véanse los siguientes escritos: A. BENIGNI, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Riv. C. conti*, 5/2020, pp. 1-6.; G. CREPALDI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il decreto semplificazioni*, in *Resp. civ. prev.*, 1/2021, pp. 23-26.

¹³ Cfr. AA. Vv., *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, in *Riv. C. conti*, 6/2020, pp. 28-42.

dirigentes a ser sometidos a un juicio de responsabilidad administrativa, sino a la confusión legislativa, la insuficiente preparación profesional y la insuficiencia del personal¹⁴. Dicho esto, los jueces de lo contencioso-contable han mencionado que la mayor parte de los daños provocados al Erario son inducidos con culpa grave y que, por lo tanto, ya no son imputables por la Procura regional del Tribunal de Cuentas. Además, los Consejeros de Cuentas han criticado la excepción que permite la punibilidad de los daños al Erario debidos a culpa grave solo por las conductas de omisión. Los jueces de lo contencioso-contable han afirmado que esta norma podría tener como resultado la adopción descontrolada y desenfrenada de medidas administrativas, provocando probables perjuicios a los destinatarios de las mismas y, en consecuencia, un aumento de los procesos contencioso-administrativos.

Estas dos críticas han sido producidas contemporáneamente por la doctrina, que ha suplementado muchas otras críticas. Por razones de brevedad solo se puede examinar la crítica de compatibilidad constitucional, sobre la que convergen la gran mayoría de los autores. Estos últimos consideran que la exclusión, si bien temporal, de la culpa grave de la estructura de responsabilidad administrativa viola al menos tres normas contenidas en la Constitución. En primer lugar, el artículo 3, que expresa el principio de igualdad entre los individuos, se vería perjudicado por un aumento no motivado del umbral de punibilidad de todos los trabajadores públicos, independientemente de sus cualificaciones y de sus funciones¹⁵. En segundo lugar, el artículo 97, que enuncia el principio de imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración Pública, se vería afectado por la superación del punto de equilibrio en el reparto del riesgo entre el funcionario público y el organismo público que la Ley 20/1994 había alcanzado

¹⁴ Cfr. la *Audizione della Corte dei conti sul disegno di legge n. 1883 (decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale")*. Commissione 1a – Affari costituzionali del Senato della Repubblica, in *corteconti.it*.

¹⁵ Cfr. C. PAGLIARIN, *L'elemento soggettivo dell'illecito erariale nel "decreto semplificazioni": ovvero la "diga mobile" della responsabilità*, in *federalismi.it*, 10/2021, 182 ss.

laboriosamente¹⁶. Por último, el artículo 28, que expresa la responsabilidad de los funcionarios, quedaría vaciado de contenido efectivo si no fueran imputables por la Procura contable los hechos ilícitos cometidos con dolo eventual y con falta grave, induciendo una inmunidad sustancial del agente público¹⁷.

A estas críticas hay que añadir una más, que se refiere a la suposición de responsabilidad administrativa por daño al Erario indirecto. Aunque el artículo 22 del Decreto del Presidente de la República núm. 3/1957 imputa la tarea de ejercer la acción de regresión en nombre de la administración afectada al Tribunal de Cuentas, el Tribunal de Casación, que en Italia resuelve los conflictos de jurisdicción, considera que la Administración puede también ejercer una acción por daños y perjuicios contra el agente público ante los tribunales civiles¹⁸. Esta teoría está permitida por el Tribunal de Cuentas, que, en caso de condena civil del agente público, puede ejercer una acción de responsabilidad administrativa por el mismo hecho ilícito limitada a los importes no recuperados por vía civil¹⁹. Por lo tanto, es evidente la inutilidad de la eliminación de la imputabilidad del daño al Erario por culpa grave en la responsabilidad administrativa en un sistema en el cual el daño sufrido por la Administración puede ser requerido sin este límite a través de la vía alternativa de la justicia civil. Además, el juez

¹⁶ Cfr. A. CANALE, *Il d.l. semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativa: i chiaroscuri della riforma*, in *dirittoeconomi.it*, 30 marzo 2021.

¹⁷ Cfr. A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020*, in *Riv. C. conti*, 1/2021, pp. 14-21.

¹⁸ Para una aplicación de la teoría del *doppio binario* ("doble carril") en materia de responsabilidad médica, véase Cass. civ., sez. un., 12 ottobre 2020, n. 21992, in *Resp. civ. prev.*, 1/2021, p. 281. El Tribunal de Casación reconoce dos funciones distintas a la acción de responsabilidad administrativa y a la acción de responsabilidad civil. Mientras que la primera, propuesta por la Procura regional del Tribunal de Cuentas, tiene por objeto perseguir el interés público general en la buena marcha de la Administración Pública, la segunda, ejercida por la administración individual, tendería a la plena reparación del perjuicio, con funciones reparadoras y compensatorias.

¹⁹ Al respecto, véanse las siguientes sentencias del Tribunal de Cuentas (accesibles en: www.corteconti.it): C. conti, sez. giur. Lazio, 9 marzo 2021, n. 175 y C. conti, sez. II app, 15 dicembre 2020, n. 298.

civil no dispone de determinados medios procesales²⁰, de los que dispone el juez de lo contencioso-contable, que le permitan saldar parcialmente el importe de la indemnización. Por consiguiente, el riesgo de no recuperar el daño sufrido ante el Tribunal de Cuentas hará que las administraciones reclamen la reparación de ese daño ante los tribunales civiles y los funcionarios tendrán aún más aprensión en tomar sus decisiones, con el riesgo de aumentar aún más los plazos de la acción administrativa. Por lo tanto, si se quiere lograr al resultado deseado por el legislador, es necesario, al menos, asignar la jurisdicción sobre la reparación del daño al Erario únicamente al Tribunal de Cuentas. De esta manera se pondría fin a una desigualdad de trato que no encuentra comparación en el ordenamiento jurídico italiano y se reduciría efectivamente el riesgo para los funcionarios de afrontar procesos.

4. Conclusiones

A despecho de las buenas intenciones del legislador, la reforma de la responsabilidad administrativa contenida en el art. 21 del Decreto Ley 76/2020 plantea numerosas dudas. Estas dudas se refieren, esencialmente, a la no imputabilidad temporal por culpa grave de los daños al Erario causados por la conducta activa del agente público. Se trata, así, tanto de dudas sobre la constitucionalidad de la norma, que podría estar en contradicción con los artículos 3, 28 y 97 de la Constitución; como de cuestiones respecto a la eficacia real de la norma, que se ve anulada por la posibilidad de que las administraciones ejerzan la acción reparadora contra el agente público ante el juez civil. En definitiva, la mejor solución sería la de no prolongar los efectos del artículo 21, párrafo 2, del Decreto Ley 76/2020 más allá del período de emergencia pandémica y, teniendo en cuenta los temores de los funcionarios, introducir en la Ley 20/1994 una definición de culpa grave que pueda guiar a los Consejeros de Cuentas en el curso de los juicios de responsabilidad administrativa.

²⁰ Véase *supra*, nota 11.

VIOLAZIONE DELLE PRESCRIZIONI
ANTI-COVID: STRATEGIE DI *PUBLIC
ENFORCEMENT* TRA ILLECITO PENALE
E ILLECITO AMMINISTRATIVO.
SPUNTI PER LA COSTRUZIONE DI UN
MODELLO SANZIONATORIO IMPRONTATO AL
CANONE DELLA SCALARITÀ DELL'OFFESA*

COSIMO PEDULLÀ

SOMMARIO: 1. Violazione delle prescrizioni anti-contagio: le strategie di *public enforcement* approntate dal legislatore dell'emergenza per fronteggiare un "rischio ignoto". – 2. La logica della scalarità delle sanzioni perseguita attraverso la linea guida della proporzione: dall'illecito amministrativo all'illecito penale, dalla contravvenzione al delitto. – 3. Il doppio binario dell'*enforcement* penale tra reati comuni e reati propri. – 3.1. L'emergenza nell'emergenza: la responsabilità degli operatori del settore sanitario nei limiti dell'esigibilità di una condotta alternativa. – 4. Prospettive di ripensamento dei settoriali modelli sanzionatori in un'ottica di scalarità e proporzione.

Abstract: The essay aims to examine the public enforcement strategies to face Covid-19. The choice of the criminal defense, instead of the administrative one, underlies criminal policy assessments of particular relevance, above all the principle of *extrema ratio*.

The legislator's action is conceived on a "double track" strategy, which focuses attention, on the one hand, on common offenses related to non-compliance with the prevention measures, and, on

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

the other, on specific offenses to certain professional categories (employers and health professions).

In this way, the punitive system set up by the anti-Covid legislation proves to be a privileged observatory for rethinking the sectoral “types of sanctions” in a logic of offence scalarity and proportionality.

1. Violazione delle prescrizioni anti-contagio: le strategie di *public enforcement* approntate dal legislatore dell'emergenza per fronteggiare un “rischio ignoto”

La pandemia innescata dalla diffusione incontrollata del virus SARS CoV-2 ha avuto ripercussioni, tuttora *in fieri*, su ogni singolo settore della vita privata e pubblica della comunità globale.

Con la propagazione a macchia d'olio del virus e la sua pervicace resistenza al tempo e agli antidoti della scienza, la situazione di originaria, imponderabile, emergenza si è trasformata in una condizione di “fisiologica patologia”.

Senza dubbio il tratto più insidioso della pandemia è rappresentato dall'imprevedibilità di un virus sconosciuto, dalla rapidissima capacità diffusiva e dalla notevole mutabilità.

Anche nella prospettiva del giurista la pandemia si rivela un elemento eccentrico, dalla portata dirompente, tanto che il legislatore si è trovato costretto ad affrontare sfide ignote avvalendosi degli strumenti del diritto pubblico, di disciplina e sanzionatori.

Invero, l'emergenza ha imposto un adattamento delle categorie classiche del diritto punitivo: allorché si sposta il fuoco dell'attenzione dal concetto di “danno” a concetti che anticipano la soglia di allarme ad un momento anteriore, le categorie che vengono in gioco sono il “pericolo” di danno e, prima ancora, il “rischio” di danno.

In particolare, se il danno implica l'effettiva consumazione di una lesione ai danni di un interesse tutelato dall'ordinamento, il pericolo e, *a fortiori*, il rischio di lesione spostano indietro il profilo di rilevanza di determinate condotte attive o omissive, sì da preservare il bene giuridico da ogni possibile fonte di pericolo,

anche potenziale. Come osservato dalla più attenta dottrina¹, infatti, per la conservazione dei beni giuridici può non essere sufficiente la punizione – ovvero la repressione in termini di illecito amministrativo – del danno, effettivo o potenziale, subito dal bene (diritto repressivo), dal momento che potrebbe essere necessaria l’incriminazione della sua “semplice” messa in pericolo (diritto preventivo).

Al pari e più degli illeciti di pericolo, gli illeciti di rischio arretrano ulteriormente la soglia di rilevanza di determinate condotte delle quali, per vero, non si conosce pienamente la reale incidenza sui valori giuridici presidiati. In questo contesto, la tutela del rischio non si fonda su valutazioni consolidate in leggi della scienza e dell’esperienza, ma si giustifica alla luce del principio di precauzione.

Pertanto, negli illeciti di pericolo la valutazione di pericolosità si basa sull’*id quod plerumque accidit*; diversamente, negli illeciti di rischio il contesto di riferimento è caratterizzato da uno stato di incertezza scientifica (questo accade in settori peculiari che si confrontano continuamente con l’incedere dell’innovazione, nei quali il progresso tecnologico è sempre in atto e non è in grado di fornire, allo stato, risposte certe in ordine ai rischi connessi a determinate condotte: si pensi alla materia alimentare)².

In termini generali, può dirsi che gli illeciti di pericolo sono illeciti comuni, a tutela di beni finali, rivolti al cittadino, che sanzionano condotte (perlopiù omissive) illecite in sé, senza alcuna misura di rischio consentito. Al contrario, gli illeciti di rischio sono illeciti propri, rivolti ai titolari di determinate qualifiche o esercenti di attività autorizzate; si iscrivono nella disciplina delle attività consentite, per quanto potenzialmente dannose e quindi da contenere entro un’area di rischio consentito; il presidio penale – previsto a tutela di beni strumentali – è apposto contro condotte realizzate senza un previo controllo delle fonti di rischio.

¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 2017, Padova, p. 201.

² La dicotomia prevenzione/precauzione sintetizza le strategie di tutela del bene giuridico di fronte a fonti di pericolo, rispettivamente, conosciute e potenzialmente produttive di un certo evento dannoso ovvero ignote e rispetto alle quali non si conosce *ex ante* i possibili sviluppi dannosi. Si tratta di espressioni mutuata dal lessico del diritto ambientale (artt. 301 ss., d. lg. 3 aprile 2006, n. 152; art. 191 TFUE).

Gli illeciti di pericolo e specialmente quelli di rischio sono diffusi in settori nei quali esiste una forte osmosi fra diritto amministrativo – che opera in funzione sia di disciplina, sia sanzionatoria – e diritto penale, che interviene quale *extrema ratio* in ipotesi di insufficienza delle tutele amministrative³.

In detti settori, la preservazione dei beni giuridici passa attraverso una efficiente gestione del rischio⁴.

Ebbene, per affrontare una situazione di rischio ignoto che innesca una “triplice crisi” – sanitaria pubblica globale, economica mondiale e politica – il legislatore ha approntato delle strategie, tanto sul piano strettamente procedimentale⁵, quanto sul piano sostanziale.

2. La logica della scalarità delle sanzioni perseguita attraverso la linea guida della proporzione: dall'illecito amministrativo all'illecito penale, dalla contravvenzione al delitto

Le strategie di diritto sostanziale ruotano attorno all'introduzione di prescrizioni volte a contenere il contagio e al conseguente impiego degli strumenti propri del diritto pubblico sanzionatorio, amministrativo e penale, al fine di garantirne l'osservanza.

In termini di “politica legislativa”, la linea guida è rappresentata dalla ricerca del delicato equilibrio fra la necessaria effettività della prescrizione e la tendenziale frammentarietà della sanzione penale⁶.

³ Si tenga presente che, anche a fronte dell'arretramento del diritto penale, l'illecito punitivo amministrativo, nella sua dimensione sostanziale, gode, comunque, di una serie di garanzie riconosciute in ambito CEDU, stante la ricostruzione in chiave anti-formalista operata dalla giurisprudenza di Strasburgo.

⁴ R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza a contrasto del coronavirus: problematiche e prospettive*, in *sistemapenale.it*, 24 aprile 2020, parla di “*emergenza da rischio*”.

⁵ Su tutte, si pensi alla sospensione delle udienze, dei termini per il compimento degli atti processuali nonché del corso della prescrizione ai sensi dell'art. 83, d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

⁶ Invero, la dottrina sempre più di frequente contesta l'abuso dello strumento penalistico, denunciando la degenerazione di un “*diritto penale totale*” che sfocia in un “*panpenalismo come unica risposta dell'attuale legislatore ai fenomeni sociali*” (F. MODUGNO, *Misure di contrasto alla violenza nei confronti degli operatori sanitari*, in *Giur. pen.*, 2020, p. 6. Sul tema, si v. anche V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *questioneigiustizia.it*, 26 marzo 2019; D. PIVA, *Il diritto*

Sul punto, il legislatore dell'emergenza – consapevole che ricorrere sempre e comunque al presidio penale comporta un'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo – nel disegnare il modello sanzionatorio “anti-Covid” ha riaffermato il carattere di *extrema ratio* dell'illecito penale, accantonando quel “populismo penale” che aveva ispirato recenti interventi normativi.

Su questa direttrice, il legislatore ha correttamente graduato le responsabilità in proporzione alla crescente gravità dell'offesa al bene giuridico, modulando tre diversi livelli di offesa: illecito amministrativo punitivo; reato contravvenzionale; delitto.

In particolare, l'art. 4, d.l. 25 marzo 2020, n. 19, dopo aver sgomberato il campo dall'art. 650 c.p.⁷, introduce una sanzione amministrativa per il mancato rispetto delle misure di contenimento, prevedendo altresì una disciplina intertemporale che prescrive, per i fatti anteriori, un contenimento delle sanzioni nella misura minima ridotta alla metà⁸.

La disposizione in commento si apre con una clausola di riserva, che, nella logica della sussidiarietà espressa e in deroga al principio di specialità (artt. 15 c.p. e 9, l. 24 novembre 1981, n. 689), permette di escludere l'illecito amministrativo in nome di quello penale nelle ipotesi in cui il fatto costituisca reato.

Il piano dell'illecito penale si articola, a propria volta, in due sottolivelli, contravvenzionale e delittuoso.

Il primo gradino della scala disvaloriale attiene alla violazione dell'obbligo di quarantena precauzionale: per queste ipotesi, il legislatore ha richiamato l'art. 260, r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, la cui pena è stata opportunamente innalzata, rendendola maggiormente in linea con la gravità del fatto⁹.

penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere, in *Arch. pen.*, 1/2020, discorre di “diritto alluvionale” con conseguenti rischi di ineffettività del sistema).

⁷ Prospettiva inizialmente ipotizzata come possibile conseguenza della violazione delle prescrizioni anti-contagio (invero, il riferimento all'art. 650 c.p. operato dall'art. 3, comma 4, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 era da intendersi come mero richiamo *quoad poenam*) e successivamente correttamente abbandonata, atteso che l'art. 650 c.p. si riferisce alla violazione di prescrizioni poste da provvedimenti individuali e concreti dell'esecutivo.

⁸ È rispettato, così, il principio della *lex mitior*, in linea con la richiamata assimilazione dell'illecito amministrativo punitivo all'illecito penale.

⁹ Sul tema, si segnala la posizione critica di G. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza Covid-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19, in sistemapenale.it*, 26 marzo 2020, il quale traccia un parallelismo fra soggetto in quarantena e paziente sottoposto a t.s.o., con

L'ultimo stadio della progressione illecita è rappresentato dalla dimensione delittuosa, integrata dal reato di epidemia colposa o da altro più grave reato (epidemia dolosa, consumata o tentata, omicidio o lesioni, qualora il contagio riguardi una sola persona e sia escluso il pericolo di ulteriore diffusione).

È evidente che la diversificazione delle conseguenze sanzionatorie dell'inosservanza del divieto di allontanamento in relazione al diverso peso, in termini di pericolo per la salute pubblica, della relativa condotta risponde ad una condivisibile logica di “segmentazione dello stadio di pericolosità della condotta”¹⁰, in un'ottica di progressione sanzionatoria.

3. Il doppio binario dell'*enforcement* penale tra reati comuni e reati propri

Concentrando l'attenzione sugli illeciti che superano la soglia del penalmente rilevante, si nota che il legislatore ha disegnato un “doppio binario punitivo”. Del resto, per fronteggiare l'epidemia sono necessarie due tipologie di misure, destinate ad operare sinergicamente: da un lato, quelle generali, “più lontane dal rischio”; dall'altro, quelle specifiche e particolari, “prossime al rischio”¹¹. In caso di violazione delle prime, si verificano reati comuni; in caso di violazione delle seconde, reati propri.

Fra i reati comuni, a parte quelli sopra citati, un'ipotesi particolarmente problematica è rappresentata dalle conseguenze delle false dichiarazioni rese all'autorità competente al controllo del rispetto delle prescrizioni.

Si tratta del tema delle autodichiarazioni, introdotte nella prima fase dell'emergenza pandemica al fine di attestare la conformità degli spostamenti ai motivi consentiti dalla disciplina emergenziale (esigenze lavorative, di salute o altre situazioni di necessità ed urgenza).

In proposito, la dottrina ha nutrito dubbi sulla percorribilità della strada dei delitti di falso, *in primis* per la “difficoltà di ravvisare gli estremi delle false dichiarazioni del privato «in un atto

conseguente necessità di osservare la doppia riserva, di legge e di giurisdizione, prescritta dall'art. 13 Cost. a fronte di una misura limitativa della libertà personale.

¹⁰ C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *sistemapenale.it*, 30 marzo 2020.

¹¹ R. BARTOLI, *Op. cit.*

*pubblico» e, comunque, su «identità, stato o qualità» della propria persona»¹²; in secondo luogo, in ragione del principio *nemo tenetur se detegere*, la cui operatività permetterebbe di giustificare una dichiarazione mendace nei confronti dell'agente accertatore proprio al fine di evitare una contestazione dalla connotazione afflittiva¹³.*

Di maggiore interesse per il penalista sono i reati propri connessi alla gestione del rischio pandemico, in particolare gli illeciti del datore di lavoro e degli esercenti le professioni sanitarie.

Quanto ai primi, viene in rilievo l'art. 29-*bis*, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, disposizione introdotta per calmierare la preoccupazione del fronte imprenditoriale per l'eventuale responsabilità del datore di lavoro connessa a casi di infezioni da Coronavirus contratte o diffuse nei luoghi lavorativi: si tenga presente, infatti, che le malattie infettive maturate in occasione di lavoro (ad esclusione di quelle inquadrare come malattie professionali) sono considerate infortuni sul lavoro ai fini della relativa assicurazione obbligatoria (art. 42, d.l. n. 18/2020¹⁴).

Ebbene, la norma in commento – nell'operare un tentativo di tipizzazione di regole cautelari che rappresentano l'*ubi consistam* dell'obbligo di garanzia, dai contenuti elastici, posto a carico del datore di lavoro – chiarisce che la parte datoriale adempie l'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. mediante la concreta attuazione 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*” e negli altri protocolli e linee guida.

Al netto delle difficoltà di verificare in concreto, sul piano causale, l'equazione *malattia da Covid-19 = infortunio sul lavoro = responsabilità penale del datore di lavoro*, la disposizione in parola presenta senz'altro dei profili di merito, innescando, oggi, una “*responsabilizzazione ulteriore dei datori di lavoro in ordine alla necessità di attuare e mantenere effettive misure preventive corrispondenti a quelle previste da protocolli*”

¹² G. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *sistemapenale.it*, 16 marzo 2020.

¹³ Nella ricordata logica dell'assimilazione dell'illecito amministrativo all'illecito penale, la garanzia del *nemo tenetur* risulta estensibile anche agli illeciti amministrativi afflittivi. Resta il problema del suo campo di applicazione, se limitato al terreno processuale (artt. 63 e 198 c.p.p.) ovvero se operante già sul piano del diritto sostanziale.

¹⁴ Su cui v. circolare INAIL del 20 aprile 2020.

e linee guida condivisi, che riproducono le best practices del settore” ed operando, domani, “in chiave di possibile esonero della responsabilità datoriale per violazione dell’art. 2087 c.c.”¹⁵.

3.1. L'emergenza nell'emergenza: la responsabilità degli operatori del settore sanitario nei limiti dell'esigibilità di una condotta alternativa

Il secondo nucleo di reati propri ruota attorno agli illeciti ascrivibili alla classe degli esercenti le professioni sanitarie, senza dubbio la categoria più toccata dalla pandemia: medici ed infermieri, inizialmente celebrati come “eroi nazionali”, si ritrovano oggi sovra-esposti al rischio penale¹⁶.

La diffusione incontrollata dell'epidemia, le difficoltà della scienza di individuare cause e rimedi efficaci di fronte ad un “rischio ignoto”, i *deficit* strutturali ed organizzativi, la scarsità delle risorse umane disponibili (circostanze, queste ultime, che hanno portato a far ricorso ad operatori sanitari – compresi i medici specializzandi – anche privi del necessario livello di competenza rispetto al tipo di attività prestata, con conseguente assunzione volontaria del rischio) hanno messo a nudo la drammatica inadeguatezza del sistema sanitario e la profonda iniquità di un ordinamento giuridico che diriga la risposta sanzionatoria proprio nei confronti di coloro i quali sono intervenuti a fronteggiare la pandemia, mettendo da parte le tentazioni della medicina difensiva dell'emergenza in nome di uno straordinario spirito di solidarietà e di servizio per la comunità.

Tralasciando in questa sede i profili di possibile responsabilità dei vertici decisionali e delle strutture sanitarie, si intende concentrare l'attenzione sulle soluzioni percorribili per escludere (quantomeno) le più ingiustificate contestazioni di fatti illeciti in capo agli operatori sanitari.

¹⁵ C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *sistemapenale.it*, 15 giugno 2020, il quale propone di ridimensionare le aspirazioni in termini di non punibilità dell'intervento legislativo, che sarebbe più corretto “*declassare*” da scudo penale a norma di indirizzo, dal valore “*pedagogico*”, quale guida dell'interpretazione giurisprudenziale nei casi complessi di contagio da Covid-19 in ambito lavorativo.

¹⁶ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *sistemapenale.it*, 1° giugno 2021, parla di “*emergenza nell'emergenza*”.

In linea teorica, le strade per circoscrivere l'area del penalmente rilevante sono due.

Il legislatore emergenziale, considerata l'inadeguatezza dell'art. 590-*sexies* c.p., ha optato per una soluzione *ad hoc*: gli artt. 3 e 3-*bis*, d.l. 1 aprile 2021, n. 44 prevedono due norme di "scudo", volte a "proteggere", rispettivamente, (i) il personale sanitario addetto alla vaccinazione dalla possibile contestazione dei reati di omicidio e lesioni personali colposi che trovano causa nella somministrazione del vaccino, a condizione che l'uso dello stesso risulti conforme alle indicazioni ministeriali; (ii) in termini più generali, l'esercente la professione sanitaria, il quale potrà rispondere dei fatti di cui agli artt. 589 e 590 c.p., verificatisi durante lo stato di emergenza epidemiologica e sempreché trovino causa nella situazione emergenziale, nelle sole ipotesi di colpa grave.

L'intervento normativo in commento riveste un notevole valore paradigmatico, dal momento che individua una serie di indici, il cui riscontro dovrebbe guidare l'interprete, all'esito di una valutazione complessiva, ad escludere la gravità della colpa, valorizzando, in particolare, la "*limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate*", la "*scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare*", nonché il "*minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza*".

La soluzione prescelta dal legislatore, consistita in un tentativo di tipizzazione della colpa lieve, ha risolto *per tabulas* una problematica che, a ben vedere, avrebbe potuto essere disinnescata attraverso il ricorso alle categorie generali del diritto penale, ed in particolare alla misura soggettiva della colpa, che fa leva sulla (in)esigibilità in concreto della condotta alternativa lecita doverosa ed omessa dall'agente modello¹⁷.

Ragionare in termini di misura soggettiva della colpa e, quindi, di effettiva rimproverabilità della condotta tenuta dall'autore rispetto a quella dovuta e concretamente esigibile implica, necessariamente, il richiamo alla categoria della inesigibilità, quale *species* da collocare nel *genus* delle scusanti.

¹⁷ Secondo un'altra lettura, potrebbe richiamarsi il perdurante stato di necessità che elimina la possibilità di adempiere secondo le cautele dovute (R. BARTOLI, *Op. cit.*).

Senonché, così come la categoria della misura soggettiva della colpa incontra delle resistenze in sede giurisprudenziale, allo stesso modo dottrina e giurisprudenza maggioritarie concordano nell'escludere l'istituto della inesigibilità quale principio generale dell'ordinamento giuridico.

Al contrario, lungi dal realizzare un intervento strutturale, che avrebbe richiesto uno sforzo di riflessione sistematica probabilmente difficile da concepire in un momento emergenziale, gli artt. 3 e 3-*bis*, d.l. n. 44/2021 hanno concretizzato le categorie dell'inesigibilità e della misura soggettiva della colpa con specifico riferimento ai profili di colpa medica riscontrati nella fase dell'emergenza Covid¹⁸.

4. Prospettive di ripensamento dei settoriali modelli sanzionatori in un'ottica di scalarità e proporzione

Come visto, per fronteggiare l'esplosione del Covid-19 il legislatore ha operato sinergicamente in una duplice direzione, *ex post* ed *ex ante*.

In precedenza, sono stati richiamati i rimedi introdotti dal legislatore per mitigare la responsabilità penale di coloro che si sono trovati e tuttora si trovano a fronteggiare situazioni di rischio inedito.

Parallelamente, il legislatore è stato chiamato a predisporre un microsistema sanzionatorio che, valorizzando i principi di offensività in astratto e di proporzionalità delle scelte sanzionatorie¹⁹, individui *ex ante* i fatti meritevoli di punizione e le conseguenti modalità sanzionatorie.

A ben vedere, lo schema punitivo apprestato dal legislatore emergenziale per garantire l'effettività delle prescrizioni anti-

¹⁸ Secondo P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, in *sistemapenale.it*, 1° giugno 2021, lo scudo penale potrebbe svolgere una "funzione di richiamo alla valutazione delle situazioni emergenziali con gli occhi della colpa grave, già spalancati dalla giurisprudenza indipendentemente dalla natura dell'emergenza, epidemica o no".

¹⁹ La proporzione è un valore che investe non solo il *quantum* della pena, ma che condiziona, prima ancora, *an* e *quomodo* della responsabilità penale, dialogando con il principio di offensività ed opportunità dell'intervento penale (V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in Treccani. *Il libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, p. 104; N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino, 2020).

contagio potrà rappresentare, per il futuro, un importante punto di riferimento per ripensare, in chiave razionalizzante, i vari sistemi di parte speciale del diritto punitivo, amministrativo e penale.

In un'ottica sistemica di costruzione di un microcosmo sanzionatorio improntato al canone della proporzione, l'idea guida è rappresentata dalla scalarità della sanzione quale reazione crescente ed adeguata rispetto alla progressione dell'offesa.

In questa direzione, sulla scia delle proposte di riorganizzazione degli illeciti in materia agroalimentare²⁰, anche il sistema sanzionatorio confezionato dal legislatore dell'emergenza si ispira alla logica della progressione criminosa, differenziando la reazione ordinamentale (illecito amministrativo, contravvenzione, delitto) secondo più livelli di offensività e perseguendo, in tal modo, l'esigenza di equilibrio sanzionatorio.

L'esperienza della legislazione anti-Covid, imposta per fronteggiare in modo tempestivo una situazione drammaticamente inedita, potrebbe rappresentare, *de iure condendo*, una solida base di partenza per ripensare, in una prospettiva rinnovata, i settoriali "tipi sanzionatori" in una logica di scalarità della progressione offensiva e di proporzione della conseguente reazione punitiva.

²⁰ Si fa riferimento al d.d.l. recante "Nuove norme in materia di illeciti agro-alimentari", approvato dal CdM in data 25.2.20, che riprende le linee guida elaborate dalla Commissione per l'elaborazione di proposte di intervento sulla riforma dei reati in materia agroalimentare presieduta dal dott. Gian Carlo Caselli (nelle quali si prevede che la scalarità tra reati *extra codicem* e delitti codicistici operi secondo un livello ascendente di offensività, che muove dalle condotte al dettaglio colpose, previste come illeciti amministrativi, alle condotte al dettaglio dolose, quali illeciti contravvenzionali, sino alle condotte all'ingrosso, contravvenzionali se colpose e delittuose se commesse con dolo).

IL CONTAGIO SUI LUOGHI DI LAVORO: IL RUOLO DEI DATI EPIDEMIOLOGICI AI FINI DELL'ACCERTAMENTO DEL NESSO CAUSALE*

DIANA TENENBAUM

SOMMARIO: 1. Premessa: il difficile accertamento della causalità nell'attuale contesto emergenziale. – 2. La teoria dell'accertamento alternativo: il modello Masera - Zirulia. – 3. L'utilizzo delle indagini epidemiologiche nel contesto emergenziale: opinioni favorevoli e contrarie. – 4. Conclusioni e prospettive future.

Abstract: The spread of Covid-19 revealed limits in proving the causal nexus of the conditional theory; specifically referring to the difficulty in proving the individual causal link between the disease onset and the occurrence of the infection in order to charge the employer with manslaughter or negligence for not having taken precautions aimed at containing the virus. It should thus be provable that the victim effectively contracted the virus during the working time but, given the quick spread of the virus and its ubiquitous presence, this would be very difficult if not even impossible. In this situation, one could suggest using the controversial theories that focus on the epidemiological data, which could prove the excess of mortality due to exposure to a certain risk factor. If, according to reliable epidemiological studies, an increase of Covid-19 cases in a specific working environment is evident, it could be inferred that the correlation between non-compliance with given protective procedures and the excess of work-related mortality is proven. Therefore, epidemiology would make it possible to introduce a new concept of causality

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

based on the relationship between a risk factor and the increase of the incidence of a disease in a plurality of individuals.

1. Premessa: il difficile accertamento della causalità nell'attuale contesto emergenziale

L'emergenza sanitaria che ha colpito il nostro Paese ha portato il mondo giuridico a confrontarsi con le tradizionali categorie dogmatiche per vagliare la loro utilizzabilità in un contesto così straordinario.

Sul versante penalistico uno dei terreni sui quali si concentrerà l'attenzione degli interpreti sarà quello della responsabilità dei datori di lavoro per i reati di omicidio e lesioni colpose a causa della mancata adozione di misure cautelari volte al contenimento del virus¹.

Prima ancora della colpa, sarà necessario procedere ad una verifica del nesso causale, non potendosi prescindere “*dall'accertamento che la condotta dell'agente abbia avuto efficacia causale non su una serie di eventi genericamente verificatisi ma sull'evento specifico individuato e concretamente verificatosi*”².

¹ Il contagio da Coronavirus in occasione di lavoro è stato qualificato come infortunio con l'art. 42, comma 2, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modifiche dalla l. 24 aprile 2020, n. 27. Tale qualificazione è stata ribadita da una circolare INAIL del 20/05/2020. In relazione a tale scelta legislativa si vedano, tra tutti, C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *sistemapenale.it*, 15 maggio 2020; S. DOVERE, *Le misure anti-Covid 19 nei luoghi di lavoro: dalla (sicura) emergenza sanitaria alla (temuta) emergenza sanzionatoria*, in *Labour and Law Issues*, 1/2020.

² C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012, p. 214. Per quanto riguarda la causalità in generale si vedano, *ex multis*, M. DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2011, pp. 494 ss.; R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010; G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 5/2005, pp. 7 ss.; M. RIVERDITI, *Omicidio e lesioni colpose*, in L. MIANI - F. TOFFOLETTO (a cura di), *I reati sul lavoro*, Torino, 2019, pp. 65 ss.

Tuttavia, l'enorme ed incontrollata diffusione del Covid-19 renderà alquanto difficile, se non impossibile, provare la causalità in base ai criteri della sentenza *Franzese*³.

In tal senso, l'ubiquità del virus ostacolerà la prova che il contagio del lavoratore sia avvenuto durante l'attività lavorativa e non altrove⁴.

Inoltre la mancanza di leggi scientifiche certe sulle modalità di diffusione del virus e sulla sua invasività impedirà di accertare, almeno nella prima fase della pandemia, che l'eventuale decesso di un paziente affetto da Covid-19 sia effettivamente dovuto al solo contagio e non a patologie pregresse⁵.

Il nesso causale sarebbe pertanto accertabile solo nei casi in cui il soggetto contagiato si trovasse in un ambiente lavorativo chiuso o avesse diminuito al massimo le occasioni di contatto con l'esterno⁶.

³ Ci si riferisce a Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, *Franzese*, su cui ancora oggi si basa l'accertamento del nesso causale. Tra i numerosi commenti a tale sentenza si vedano, tra tutti: F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2002, pp. 767 ss.; R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 4/2003, pp. 1175 ss.

⁴ In questo senso si sono espressi D. AMATO, *Contagio da Covid-19 in occasione di lavoro e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 6/2020; M. RIVERDITI - L. AMERIO, *Covid-19 e infortuni sul lavoro: risvolti penalistici*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 3/2020; D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *lalegislazionepenale.eu*, 10 maggio 2020; C. CUPELLI, *Op. cit.*

⁵ Così L. GESTRI, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 e il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?*, in *Sistema penale*, 6/2020, pp. 271 ss.; C. DI CARLUCCIO, *SARS-CoV2 e contagio del lavoratore. Note sulla malattia-infortunio*, in *judicium.it*, 22 giugno 2020; A. MERENDA, *L'accertamento della responsabilità penale del datore di lavoro*, in A. MERENDA - M. MANGIA - M. DAVI (a cura di), *Le responsabilità penali del datore di lavoro e Covid-19*, Torino, 2020, pp. 49-50.

⁶ O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *sistemapenale.it*, 22 giugno 2020; V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *Arch. pen.*, 1/2020, pp. 1-6. Va segnalata l'opinione contraria di M. SCOLETTA, per il quale la causalità individuale potrebbe essere accertata senza particolari problemi, in caso di condotta colposa, in presenza di un focolaio. Infatti, l'esistenza di un *cluster* consentirebbe di

A fronte di questi ostacoli appare lecito domandarsi se siano utilizzabili quelle teorie, elaborate nell'ambito dell'esposizione a sostanze tossiche, che propongono di utilizzare i dati epidemiologici per la prova della causalità individuale, essendoci delle similitudini con l'attuale situazione emergenziale.

Si pensi alla multifattorialità delle malattie asbesto-correlate che impedisce, in molti casi, di accertare che il singolo lavoratore abbia contratto la patologia a causa dell'esposizione alla sostanza tossica, così come l'ubiquità del virus potrebbe impedire di accertare che il contagio sia avvenuto sul luogo di lavoro.

Anche per quanto riguarda la presenza di leggi scientifiche certe, rispetto alle patologie lungo-latenti ancora oggi è discusso se la prolungata esposizione alla sostanza acceleri o meno il decorso della patologia⁷. Allo stesso modo, in relazione al Covid-19, mancano studi scientifici condivisi sulle modalità del contagio o sull'individuazione dei soggetti maggiormente esposti.

2. La teoria dell'accertamento alternativo: il modello Maserà-Zirulia⁸

Le difficoltà appena tracciate hanno portato alcuni autori a valorizzare gli studi epidemiologici per accertare il nesso causale nei reati di omicidio e lesioni colpose.

Lo scopo degli studi epidemiologici è “*individuare relazioni eziologiche a partire dal confronto tra l'incidenza di una determinata patologia nella popolazione esposta al fattore di rischio di cui si indaga l'efficacia causale, con l'incidenza della stessa patologia in una popolazione non esposta a quel fattore*”⁹.

accertare il nesso causale nella misura in cui tutti i casi si sono concentrati all'interno di un luogo di lavoro ristretto. In questo senso si è espresso l'autore durante il *webinar Covid-19 e sicurezza sul lavoro*, organizzato da *Sistema penale* in data 26 giugno 2020.

⁷ Per un'analisi più approfondita si vedano, tra tutti, R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2020; S. TORDINI CAGLI, *Esposizione ad amianto, leggi scientifiche ed accertamento del nesso causale: ancora nessuna certezza*, in *Arch. pen.*, 1/2018; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018.

⁸ Tale espressione è stata utilizzata da O. DI GIOVINE, *Coronavirus*, cit.

⁹ S. ZIRULIA, *I riflessi del danno ambientale sulla salute umana. Criticità e prospettive della prova epidemiologica*, in *Dir. pen. con.*, 1/2018, p. 214.

Più precisamente, l'epidemiologia mette a confronto coorti di soggetti, una delle quali è esposta al fattore di rischio ed un'altra che invece non lo è. All'esito di tale confronto sarà possibile affermare che l'esposizione a tale fattore ha cagionato un aumento di mortalità (o morbilità a seconda dei casi) nella popolazione di riferimento; essendo certo un eccesso di mortalità in quella determinata coorte, è altrettanto certo che una percentuale di persone è morta in ragione dell'esposizione¹⁰.

In questo modo si può concludere “*che una quota di soggetti che ha contratto quella patologia non si sarebbe ammalata in mancanza di quell'esposizione*”, anche se non si può indicare con certezza chi ha contratto la malattia a causa dell'esposizione e chi invece si sarebbe ammalato ugualmente¹¹.

A differenza della teoria dell'aumento del rischio, la struttura dell'imputazione causale rimarrebbe quella bifasica elaborata dalla sentenza *Franzese*: “*ciò che cambia è che oggetto del giudizio controfattuale non è più il singolo evento-morte, ma l'aumento di mortalità nella popolazione, cui l'accertamento alternativo permette di dare autonomo rilievo in sede penale*”¹². Ciò che conta è che ci sia un'affidabile indagine epidemiologica che correli l'esposizione ad un fattore di rischio all'aumento di una determinata patologia¹³.

La tesi in questione risulta, per ora, minoritaria in dottrina ed è stata utilizzata in giurisprudenza unicamente per la contestazione di reati di pericolo, nei quali conta solo “*il numero di chi,*

L'Autore spiega dettagliatamente in cosa consistono gli studi epidemiologici sulla base dei diversi testi scientifici di riferimento.

¹⁰ L. MASERA, *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, in *Dir. pen. con.*, 3/2014, p. 357. Masera aveva già proposto la sua teoria nella monografia *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007.

¹¹ L. MASERA, *Evidenza epidemiologica*, cit., p. 358.

¹² *Ibid.*

¹³ In relazione a questo aspetto, S. ZIRULIA, *I riflessi del danno ambientale*, cit., p. 228, ritiene che l'utilizzo dei dati epidemiologici ai fini dell'accertamento del nesso causale sia ammissibile, ma solo a condizione che vengano condotti studi epidemiologici *ad hoc* che rappresentino “*come una fotografia, l'eccesso di malattie e/o morti nella popolazione osservata, e possa[no] restituire un'attendibile misura del «numero attribuibile» di eventi lesivi*”.

*da una certa massa, ha subito danno, ma non la lesione individuale in quanto tale*¹⁴.

Il mancato accoglimento di siffatta teoria nell'ambito dei reati di evento si deve a più critiche¹⁵.

Innanzitutto, si sostituirebbe *“l'accertamento della causalità con riferimento al singolo evento dannoso con l'accertamento, ritenuto del tutto equivalente, del nesso di causa rispetto a una quota di mortalità eccedente a quella fisiologica per una certa patologia”*¹⁶.

Il nostro ordinamento non sarebbe inoltre indifferente all'identità personale della vittima, da cui, al contrario, il modello suesposto prescinde del tutto.

Altri autori contestano, infine, la stessa attendibilità degli studi epidemiologici, incapaci di garantire lo standard di affidabilità dell'oltre ogni ragionevole dubbio richiesto in sede penale¹⁷.

Non sono peraltro mancate opinioni favorevoli all'impiego dei dati epidemiologici, gli unici in grado di spiegare *“perché, in una data popolazione, si sia verificata un'autentica valanga di*

¹⁴ M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Enc. dir. Annali*, Milano, 2010, pp. 703 ss. In generale, per quanto riguarda il rapporto tra dati epidemiologici e reati di pericolo e le critiche nell'utilizzo di tali reati si veda: L. MASERA, *Ancora sulla qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica. Perché anche nella società del rischio è legittimo il ricorso al diritto penale d'evento*, in *questionegiustizia.it*, 10 marzo 2017; ID., *La malattia professionale e il diritto penale*, in *archiviopdc.dirittopenaleuomo.org*, 10 novembre 2011; S. ZIRULIA, *I riflessi del danno ambientale*, cit., pp. 224 ss.;

¹⁵ Lo stesso L. MASERA, *Evidenza epidemiologica*, cit., pp. 358 ss. analizza le varie critiche mosse alla sua teoria illustrata nella precedente monografia del 2007.

¹⁶ P. ASTORINA, *Causalità e fragilità epistemica: spunti per una riflessione sul valore normativo e politico criminale dei limiti del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2017, p. 448 ss.

¹⁷ Si sono espressi in questo senso C. BRUSCO, *Op. cit.*; A. GARGANI, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale tra diritto e prospettive di riforma*, in *lalegislationepenale.eu*, 4 aprile 2016; C.E. PALIERO, *Causalità ipotetica tra diritto penale e medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2015, p. 1515; F. BARTOLI, *Op. cit.*, pp. 66-70; A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale*, Torino, 2008, pp. 358 ss.; C. PERINI, *Il concetto di rischio nella società penale*, Milano, 2010, pp. 486-497.

*eventi patologici che normalmente non si verificano in assenza di esposizione ad un certo fattore di rischio*¹⁸.

Attraverso i dati epidemiologici, dunque, non verrebbe riproposto il criterio dell'aumento del rischio, ma si riuscirebbe ad attribuire all'imputato un certo numero di morti e di ammalati, pari agli eccessi rispetto ai valori attesi in una popolazione non esposta al fattore di rischio¹⁹.

3. L'utilizzo delle indagini epidemiologiche nel contesto emergenziale: opinioni favorevoli e contrarie

Il tema dell'utilizzo delle indagini epidemiologiche si ripropone nell'attuale contesto pandemico, essendo remota la possibilità di accertare la causalità individuale secondo i tradizionali criteri condizionalistici.

Una prima parte della dottrina, pur condividendo l'uso dell'epidemiologia nel diritto penale, ritiene comunque impossibile il suo impiego a causa di una totale *"incertezza del dato numerico relativo alla classe dei non esposti allo specifico rischio Covid-19, incertezza suscettibile di inficiare le condizioni di validità dell'indagine"*²⁰.

In particolare sarebbe impossibile, soprattutto per i primi mesi della pandemia, fare un valido confronto tra la popolazione dei non esposti e quella degli esposti: la rilevazione del virus mediante tampone veniva effettuata solo quando la malattia si manifestava, senza prendere in considerazione un numero,

¹⁸ F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a 10 anni dalla sentenza Franzese. Relazione all'incontro dibattito svoltosi presso la Corte di Cassazione il 28 novembre 2012*, in *Dir. pen. con.*, 3/2013, p. 397. Per Viganò le conclusioni di Maserà sono attendibili, ma l'Autore ritiene che il medesimo risultato si sarebbe potuto raggiungere anche in base *"alla semplice considerazione che le norme in materia di omicidio e lesioni personali non impongono, di per sé, l'identificazione della vittima ma richiedono semplicemente che sia raggiunta la prova della causazione della morte o di una malattia in capo a una o più persone"*. In senso favorevole si è espressa anche O. DI GIOVINE, *La causalità tra scienza e giurisprudenza*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/2016, pp. 42-43.

¹⁹ F. VIGANÒ, *Op. cit.*, p. 398.

²⁰ O. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in *lalegislationepenale.eu*, 27 gennaio 2021.

probabilmente considerevole, di soggetti positivi al virus ancorché asintomatici o paucisintomatici. Da ciò deriverebbe che il rischio sopportato dalla coorte dei non esposti “*potrebbe essere anche di molto superiore rispetto a quella degli «esposti», con la conseguenza di falsare in eccesso l’individuazione del rischio relativo e di quello attribuibile e di ritenere accertata la causalità generale e particolare anche senza raggiungere la soglia dell’«al di là di ogni ragionevole dubbio»*”²¹.

Il nesso causale sarebbe allora accertabile solo nei casi in cui le circostanze di fatto permetteranno di affermare con un elevato grado di probabilità che il contagio non si sia verificato fuori dal luogo di lavoro, il che potrebbe accadere in caso di persone che hanno lavorato in un ambiente ad alto rischio di contagio e, per questo, si siano messe in autoisolamento²².

Un’altra parte della dottrina ha mostrato maggiori aperture verso i dati epidemiologici, partendo dalla constatazione dell’impossibilità di dimostrare altrimenti la causazione del singolo contagio.

In quest’ottica è stata auspicata la rinuncia alla “prova particolaristica” per accontentarsi “*di un evento naturalistico plurale e collettivo spiegato da evidenze scientifiche solide*”²³.

In ogni caso, il modello basato sulle indagini epidemiologiche sarebbe utilizzabile quantomeno in presenza di un focolaio, essendo possibile dimostrare un eccesso di incidenza della patologia Covid-19 in quel determinato luogo di lavoro e, di conseguenza, la correlazione tra l’inosservanza dei protocolli di prevenzione da parte del datore di lavoro e l’eccesso di morbilità²⁴.

²¹ M.G. MARZANO, *Brevi note sulla prova della causalità nel contagio da Covid-19*, in *Cass. pen.*, 9/2020, p. 3115.

²² *Id.* p. 3116.

²³ V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *Arch. pen.*, 1/2020, p. 6.

²⁴ V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempo di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell’ente per contagio da coronavirus*, in *Dir. pen. con.*, 2/2020, pp. 16 ss. Nello stesso senso si è espressa G.R. MINELLI, *Il rischio epidemico nei luoghi di lavoro tra responsabilità penale delle persone fisiche e profili di corporate liability*, in *AmbienteDiritto*, 3/2020, pp. 14 ss. Anche L. MASERA, nella sua relazione *I profili causali del contagio sui luoghi di lavoro*, durante il webinar del 26 giugno 2020, disponibile su: www.sistemapenale.it/it/webinar/webinar-26-giugno-2020-covid-sicurezza-sul-lavoro-sistema-penale-universita-milano-dipartimento-

Lo stesso discorso potrebbe essere fatto anche quando, pur non essendoci un focolaio, le persone contagiate si trovavano tutte all'interno di strutture sanitarie. Le possibili vittime sarebbero gli operatori sanitari o i pazienti che, per ragioni di lavoro o di salute, “*trascorrono molto tempo all'interno di ambienti che potrebbero favorire la circolazione del virus*”²⁵.

4. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*

A distanza di poco più di un anno da quando è stata dichiarata la pandemia²⁶ è ormai chiaro il suo impatto dirimpente in ogni ambito della collettività: sanitario, economico-finanziario, ma anche giuridico.

L'incontrollata diffusione del virus su tutto il territorio nazionale aprirà nuovi scenari, del tutto inesplorati, in relazione ai quali le tradizionali categorie giuridiche rischiano di rivelare limiti ed inefficienze.

È proprio in quest'ottica che l'utilizzo delle indagini epidemiologiche potrebbe rivelare le sue potenzialità, dando voce a tutte quelle morti che, anche in un contesto così eccezionale, si sarebbero potute evitare. Si pensi agli operatori sanitari deceduti o che hanno contratto il virus durante i turni massacranti a cui sono stati sottoposti²⁷ o a tutti gli altri lavoratori che, a causa della mancata adozione delle misure di sicurezza, sono andati incontro alla stessa sorte.

beccaria, ha riproposto la possibilità di adottare il modello fondato sulla conoscenza epidemiologica ogniqualvolta non sia possibile accertare in altro modo il nesso causale in presenza di un focolaio. In questo caso, la prova di un aumento di moralità potrebbe essere sufficiente per imputare gli eventi anche a titolo di omicidio o lesioni. L'Autore ha altresì proposto di dare rilevanza all'eccesso di mortalità ai fini della contestazione del reato di epidemia.

²⁵ D. PAGANI, *Responsabilità penali da rischi di contagio del Covid-19 nelle strutture sanitarie*, in *Arch. pen.*, 5/2020, p. 8. L'Autore fa l'esempio di alcune misure organizzative che potrebbero favorire la circolazione del virus, come lo spostamento all'interno della struttura sanitaria di pazienti Covid-19 positivi, riunendoli in spazi condivisi con altri pazienti sani ma a rischio.

²⁶ Il riferimento è all'OMS, che l'11 marzo 2020 ha dichiarato la pandemia.

²⁷ Secondo la FNOMCeO i medici deceduti durante l'emergenza sanitaria, in data 22 luglio 2021, ammontano a 360.

In questo senso, le criticità che sono state sollevate sembrano in parte superabili alla luce dello sviluppo che ha avuto la pandemia e dei notevoli passi in avanti che sono stati fatti a livello scientifico.

Anche rispetto all'attendibilità degli studi epidemiologici non sembra azzardato ritenere che la comparazione tra più coorti sia fattibile. Nonostante infatti, ad oggi, non sia possibile effettuare tamponi "a tappeto", non si può non considerare che il numero di soggetti che attualmente viene controllato è cospicuo, sicuramente molto più alto da quando è iniziata la pandemia, ed anche le occasioni di poter fare un tampone sono aumentate considerevolmente.

Ora, è sicuramente vero che tutta la popolazione è esposta al contagio, ma è altrettanto vero che nelle stesse operazioni di *contact tracing* i soggetti che sono venuti a contatto con persone positive sono trattati diversamente, essendo sottoposti a tampone e a misure restrittive, quali l'isolamento fiduciario o l'obbligo di quarantena.

Il confronto tra più coorti sarebbe poi ancora più facile in presenza di un focolaio: è seriamente ipotizzabile che, se in un luogo di lavoro tutto il personale si è contagiato, il contagio sia avvenuto per ognuno in un luogo diverso da quello lavorativo e non sul luogo di lavoro in cui non sono state adottate misure di sicurezza adeguate?

Ad ogni modo, ciò che è certo è che un numero di persone che frequenta lo stesso ambiente ha contratto il virus e quindi, in quel contesto, si è registrato un eccesso di morbilità. Né sembra possibile presumere che la platea di soggetti "non tamponati" sia tutta contagiata ma senza sintomi, potendo essere vero anche il contrario. Anzi, in assenza di dati scientifici di segno opposto, si dovrebbe concludere per la non positività dei soggetti che non sono sottoposti a controlli sanitari.

Il confronto tra i soggetti non esposti e quelli esposti appare allora, in questi termini, quantomeno prospettabile.

In ogni caso le riflessioni appena svolte lasciano spazio ad un'ulteriore considerazione.

Anche a voler ritenere non percorribile la strada dei dati epidemiologici nel contesto straordinario che stiamo vivendo, non c'è dubbio che l'emergenza sanitaria abbia evidenziato alcuni limiti della teoria condizionalistica, non sempre in grado di far

fronte ai problemi che pone il rapporto tra sapere giuridico e sapere scientifico.

Si potrebbe quindi pensare di accogliere, in una prospettiva post-pandemica, le conclusioni a cui il “modello Masera-Zirulia” era già giunto con riferimento alle sostanze tossiche, per valutarne l'utilizzabilità nei casi in cui i consueti criteri condizionalistici risultano insufficienti, vuoi per la multifattorialità di un certo evento patologico, vuoi per la diffusività del fenomeno nocivo. Il tutto a condizione di accettare che, accanto alla tradizionale nozione di causa, l'epidemiologia ha introdotto “*una nuova nozione di causa, che riguarda i rapporti tra un fattore di rischio e l'aumento dell'incidenza di una patologia in una pluralità di soggetti*”²⁸.

L'utilizzo di siffatto modello allontanerebbe, forse, l'interprete da un rigido accertamento della causalità individuale, ma lo avvicinerebbe al “*common sense che dovrebbe sempre intravedersi dietro a qualsiasi costruzione giuridica, anche la più raffinata*”²⁹.

²⁸ L. MASERA, *Evidenza epidemiologica*, cit., p. 362.

²⁹ F. VIGANÒ, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 397.

IL RISCHIO COVID NEI LUOGHI DI LAVORO: L'IMPUTABILITÀ AL DATORE DEL CONTAGIO DEL DIPENDENTE*

BIANCA BALLINI

SOMMARIO: 1. Un nuovo fattore di rischio negli ambienti lavorativi: il ruolo del datore di lavoro. – 2. La *probatio diabolica* della causalità materiale. – 3. L'inadeguatezza del modello del reato colposo di evento.

Abstract: After the spread of the Sars-CoV-2 virus, the risks associated with work activities have expanded. In order to prevent contagions in workplaces, the legislature has approved measures to be implemented by employers. As a result, the question has arisen as to whether the employer can be charged for employee infection caused by violation of these measures.

Given the duty to protect the physical integrity of workers from the Covid-19 risk, and thus the possibility of charging the employer for the infection and any resulting death, the main debate has focused on the scope of the duty of prevention relevant to fault.

However, the impossibility of establishing that the infection was contracted in the workplace rather than elsewhere would suggest that only the violation of anticovid measures should be sanctioned, rather than charging the crime of homicide or injury for negligently failing to prevent the infection.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Un nuovo fattore di rischio negli ambienti lavorativi: il ruolo del datore di lavoro

Con il diffondersi del virus Sars-CoV-2 si è ampliato anche il quadro dei fattori di rischio connessi all'esercizio delle attività lavorative. Trattandosi di un rischio biologico ubiquitario, non vi è attività lavorativa che se ne sia sottratta.

Fin da subito, è sorto il dubbio se i datori di lavoro fossero chiamati a gestire il nuovo rischio nella cornice della normativa posta a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, con conseguente applicabilità delle fattispecie di omicidio e lesioni colposi in ipotesi di infezioni contratte dai dipendenti.

La questione ha assunto ampia risonanza quando, ai fini dell'assicurazione INAIL, il legislatore dell'emergenza ha espressamente qualificato il contagio da Covid-19 come infortunio sul lavoro (art. 42, co. 2, d.l. 17 marzo 2020, n. 18). Da più parti se ne è infatti dedotta l'avvenuta riconduzione del contagio da Covid-19 tra i rischi professionali, rispetto ai quali grava sul datore di lavoro una posizione di garanzia a tutela dell'integrità fisica dei suoi dipendenti. A ben vedere, però, la norma non ha innovato alcunché sul fronte penalistico, essendo già da tempo pacifico che può costituire infortunio sul lavoro anche l'azione di agenti virali¹, non occorrendo dunque una espressa qualificazione legislativa in tal senso.

Per altro verso, ci si è però chiesti se, visti l'ubiquità del nuovo virus e lo scenario emergenziale che gli fa da sfondo, anche la prevenzione dei contagi sui luoghi di lavoro non fosse appannaggio degli attori pubblici chiamati a contenerne la circolazione su tutto il territorio nazionale.

In effetti, il legislatore dell'emergenza è intervenuto in tale ambito, dapprima raccomandando una serie di cautele da rispettare negli ambienti lavorativi (art. 1, n. 7, DPCM 11 marzo 2020) e, successivamente, recependo con DPCM alcuni Protocolli condivisi con cui le Parti sociali hanno individuato le misure di contrasto e di contenimento della diffusione del virus negli ambienti di lavoro².

¹ Cfr. sul tema R. RIVERSO, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in *questionegiustizia.it*, 19 maggio 2020, il quale rammenta l'orientamento della giurisprudenza di legittimità sul punto.

² L'ultimo Protocollo – che ha sostituito, aggiornandoli, i precedenti del 14 marzo e 24 aprile 2020 – è stato sottoscritto in data 6 aprile 2021.

A taluni è così parso che della gestione del rischio Covid-19 sui luoghi di lavoro, quale rischio generico³, si fosse fatto direttamente carico il legislatore dell'emergenza, provvedendo a valutarlo e ad individuare le misure più idonee a contenerlo in luogo dei datori di lavoro, quali soggetti normalmente destinatari di obblighi di pari contenuto nell'ambito antinfortunistico.

Il che, tradotto sul piano delle categorie penalistiche, sarebbe equivalso a teorizzare l'insussistenza di una posizione di garanzia in capo al datore di lavoro per le infezioni da Covid-19 contratte dal dipendente. La violazione delle misure anticontagio, da cui fosse conseguita l'infezione e, di qui, l'eventuale malattia o morte del lavoratore, sarebbe stata comunque punita con le sanzioni previste dalla normativa emergenziale posta a presidio, più in generale, del rispetto di tutte le misure anticontagio, anziché con le temute fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 589 e 590 c.p.

In senso opposto, però, si è subito osservato che il rischio Covid-19 può anche costituire un rischio professionale, essendo il contagio pur sempre imputabile al contatto tra persone (lavoratori e terzi, come ad esempio clienti o fornitori) all'interno dell'ambiente di lavoro, e dunque attenendo la relativa gestione all'organizzazione dell'attività lavorativa⁴. Ciò sembrerebbe confermato dall'art. 42, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, che, come anticipato, ha qualificato l'infezione da Covid-19 come infortunio sul lavoro⁵. D'altro canto, le misure previste dalla normativa emergenziale non mirano soltanto alla tutela della salute pubblica, in quanto minacciata dalla eventuale fuoriuscita dall'ambiente di lavoro di vettori di contagio che accentuino la diffusione

³ Ossia, il rischio non legato alle competenze settoriali di natura tecnica, alla conoscenza delle procedure da adottare nelle singole lavorazioni o all'utilizzazione di speciali tecniche o nell'uso di determinate macchine; così Cass. pen., sez. IV, 19 agosto 2005, n. 31296, in materia di rischio c.d. interferenziale. I Protocolli destinati ad applicarsi nei luoghi di lavoro non sanitari definiscono il Covid-19 "un rischio biologico generico, per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione"; così, da ultimo, il *Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID-19 negli ambienti di lavoro*, consultabile su www.lavoro.gov.it.

⁴ G. DE FALCO, *La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in giustiziasieme.it, 22 aprile 2020.

⁵ V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, in *Lav. giur.*, 4/2020, p. 332.

del virus, ma, prima ancora, alla tutela dei lavoratori, chiamati ad esporsi al rischio nella prestazione della loro opera⁶.

In ogni caso, il sistema antinfortunistico risultante dal combinato disposto dell'art. 2087 c.c. e del d. lg. 9 aprile 2008, n. 81 sembra tuttavia gravare il datore di lavoro di una posizione di garanzia in relazione ad ogni genere di rischio presente nell'ambiente di lavoro, sia esso endogeno, quindi strettamente professionale, ovvero esogeno. Lo si ricava da talune disposizioni ivi contenute, che espressamente riferiscono il sistema di prevenzione a tutti i rischi presenti sul luogo di lavoro, indipendentemente dalla loro fonte. Si pensi all'art. 3, che riconduce nel campo applicativo del d. lg. 81/2008 "*tutte le tipologie di rischio*"; oppure, ancora, all'art. 28, co. 2, lett. a), che assume, quale criterio per la perimetrazione dei rischi rilevanti, quello spazio-temporale della sussistenza del rischio "*durante l'attività lavorativa*". In questo senso deporrebbe altresì l'art. 2087 c.c., che, imprimendo alla posizione di garanzia del datore la direzione finalistica della tutela dell'integrità fisica del lavoratore, declina il contenuto dell'obbligo di sicurezza nell'adozione di ogni misura strumentale ad assicurarne la tutela contro ogni rischio, quand'anche non classificato all'interno del d. lg. 81/2008.

Sul datore-garante grava così un obbligo di intervento diretto nella gestione del rischio Covid-19, che non si esaurisce nella mera adozione delle misure confezionate dalla normativa emergenziale, ma che, ai sensi del d. lg. 81/2008, si estende all'obbligo di previa valutazione dell'effettiva consistenza del rischio in considerazione delle specificità del tipo di lavorazione e dell'ambiente di lavoro, cui a sua volta consegue l'ulteriore obbligo di aggiornare il DVR, individuando le specifiche misure in concreto idonee a fronteggiarlo. In quest'ottica, le misure previste dalla normativa emergenziale, segnatamente quelle contenute nei Protocolli, costituirebbero condizioni di cautela plasmate secondo le più aggiornate conoscenze scientifiche⁷, che si inseriscono nella cornice generale tracciata dal sistema antinfortunistico, facilitando il compito del datore nella individuazione delle misure più idonee a scongiurare la lesione dell'integrità fisica dei lavoratori.

⁶ S. DOVERE, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in *giustiziainsieme.it*, 4 maggio 2020.

⁷ G. DE FALCO, *Op. cit.*

Come detto, dall'applicabilità del sistema delineato dal d. lg. 81/2008 derivano pregnanti conseguenze sul piano della responsabilità penale.

Per un verso, la mancata osservanza delle misure anticontagio nei luoghi di lavoro ricadrebbe nel raggio operativo delle figure contravvenzionali previste dal d. lg. 81/2008, anziché andare incontro alle sanzioni amministrative previste dalla normativa emergenziale⁸.

Per altro verso, come anzidetto, la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al datore apre le porte ad una responsabilità penale *ex art. 40, cpv., c.p.* per la morte o le lesioni del dipendente in conseguenza dell'infezione, la quale dunque non discende dalla qualificazione giuridica dell'infezione come infortunio sul lavoro operata dall'art. 42, co. 2, d.l. 18/2020, bensì dalle ordinarie regole che governano l'illecito penale omissivo.

2. La *probatio diabolica* della causalità materiale

È sufficiente però spostarsi sul successivo piano della causalità materiale per avvedersi che la possibilità di ascrivere al datore di lavoro l'infezione da Covid-19 del lavoratore, che si fonda sulla sussistenza di una posizione di garanzia, è, allo stato delle attuali conoscenze scientifiche, mera speculazione teorica.

Ai fini dell'assicurazione INAIL, la prova che l'infezione da Covid-19 sia stata contratta proprio durante la prestazione dell'attività lavorativa può essere fornita anche attraverso presunzioni semplici, bastando in tal senso che il fatto ignoto (ossia il momento specifico in cui il fattore patogeno è penetrato nell'organismo) possa essere desunto dal fatto noto (la prestazione dell'attività lavorativa) come conseguenza ragionevole, probabile e verosimile, secondo un criterio di normalità⁹.

Tutt'altro *standard* probatorio è richiesto in ambito penalistico, in virtù del quale la prova della contrazione del virus all'interno del luogo di lavoro avrà scarse *chance* di essere raggiunta. Infatti, il carattere ubiquitario del nuovo virus, unitamente ai suoi

⁸ L. GESTRI, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?*, in *Sistema penale*, 6/2020, p. 282.

⁹ Così la circolare INAIL del 22 maggio 2020, disponibile su: www.inail.it.

apprezzabili tempi di incubazione e alla presenza di soggetti asintomatici, mettono fuori gioco il modello di accertamento causale inaugurato dalla nota sentenza Franzese, essendo nel più dei casi impossibile escludere con elevata probabilità logica l'incidenza di serie causali alternative a quelle ascrivibili alle violazioni delle norme cautelari da parte del datore¹⁰, ossia escludere che il virus sia stato contratto altrove.

A nulla vale, poi, cercare un appiglio nell'epidemiologia. Infatti, non soltanto essa – come pacifico – non può essere impiegata ai fini dell'accertamento della causalità individuale¹¹, ma in tale specifico ambito non verrà in soccorso neppure per la spiegazione della causalità generale.

Al riguardo, si è osservato che il metodo epidemiologico sarebbe fallimentare nello specifico contesto in questione. Gli studi epidemiologici misurano lo scarto tra l'incidenza della patologia sul bacino dei soggetti “non esposti” e quella, invece, sui soggetti “esposti”. Il differenziale così ottenuto consentirebbe di individuare il *numero* di eventi causalmente riconducibili al fattore di rischio, ossia l'aumento dell'incidenza di determinate patologie nella popolazione degli esposti. Si è ritenuto che ciò, tuttavia, non sarebbe possibile nel caso del Covid-19, poiché il dato relativo ai contagi effettivi nella popolazione sarebbe falsato dalla presenza di soggetti asintomatici e paucisintomatici, rimanendo così imperscrutabile il rischio relativo nella coorte dei soggetti non esposti¹².

Il vero inconveniente su questo piano sembra però essere un altro.

Nel processo penale, l'evidenza epidemiologica può, al più, venire in soccorso nella fase c.d. generalizzante¹³, nella misura in cui consente di ravvisare una relazione causale tra l'esposizione ad un dato agente patogeno e l'aumento dell'incidenza di

¹⁰ A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2020, p. 441; O. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da Sars-CoV-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovraderminazioni causali e trappole cognitive*, in *lalegislationepenale.eu*, 27 gennaio 2021, p. 5.

¹¹ Come noto, sostenuta in passato da dottrina poi rimasta minoritaria, cfr. L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Milano, 2007.

¹² O. DI GIOVINE, *Op cit.*, p. 7.

¹³ Per una esauriente ricognizione della tematica, cfr. L. MASERA, *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale. Alla ricerca della qualificazione penalistica di una nuova categoria epistemologica*, in *Dir. pen. con.*, 3-4/2014, pp. 343 ss.

una determinata patologia nella popolazione dei soggetti esposti. Nei casi emblematici di morti da amianto, ad esempio, il dato epidemiologico mostra come all'esposizione ad una sostanza tossica corrisponda un aumento di mortalità tra i soggetti esposti, rispetto al tasso di mortalità dei non esposti per la medesima patologia. Ciò significa che l'esposizione a quell'agente patogeno ha aumentato il rischio di contrarre la malattia, pur non consentendo di accertare nello specifico chi, tra i soggetti esposti, si sia ammalato proprio a causa dell'esposizione, anziché per via di altri fattori causali.

Ebbene, nel caso delle infezioni da Covid-19, ciò che non si conosce e che costituisce il *thema probandum* è, prima ancora, la circostanza della esposizione dei lavoratori al fattore di rischio proprio in occasione della prestazione lavorativa.

E neanche si potrebbe inferire dall'aumento dei contagi in un dato ambiente lavorativo che l'esposizione al virus sia avvenuta proprio all'interno di quest'ultimo. Infatti, l'aumento dell'incidenza della patologia tra i lavoratori di una stessa azienda potrebbe essere una circostanza del tutto casuale – come nel caso di più lavoratori che abbiano contratto ciascuno autonomamente il virus *aliunde* – oppure potrebbe derivare dal fatto che il virus sia circolato sì nella compagine lavorativa, ma al di fuori della sfera di controllo del datore, come ad esempio in una cena tra colleghi oppure nel caso di utilizzo, da parte dei lavoratori, di un medesimo mezzo di trasporto per recarsi sul luogo di lavoro.

3. L'inadeguatezza del modello del reato colposo di evento

I limiti probatori che si appuntano sul nesso di causalità materiale dovrebbero bastare a sedare i timori di eccessi punitivi sul piano dell'accertamento della colpa. E ciò, per l'evidente ragione che la causalità della colpa postula logicamente la sussistenza della causalità materiale.

Cionondimeno, il dibattito mediatico e dottrinale sviluppatosi sulla materia si è focalizzato sì tanto sul perimetro dell'obbligo di diligenza rilevante ai fini dell'imputazione colposa da indurre il legislatore ad occuparsi *ex professo* della questione. Questi ha così introdotto l'art. 29-*bis*, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, a mente del quale il rispetto dei Protocolli d'intesa recepiti con DPCM vale quale adempimento dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c.

Orbene, si tratta di una norma che ha quale principale interlocutore la giurisprudenza, segnatamente le sue applicazioni distorsive. Essa infatti mira evidentemente ad arginare quell'orientamento che, ravvisando nell'art. 2087 c.c. la fonte di regole cautelari non scritte¹⁴, aggiuntive rispetto a quelle codificate nella normativa antinfortunistica, rinviene la cautela in concreto violata tra quelle che si rivelino efficaci *ex post*, tramite il ricorso alla figura dell'agente modello, sul presupposto che quelle osservate abbiano fallito nell'impedire l'evento dannoso¹⁵.

Di recente, i rapporti tra colpa generica e colpa specifica sono stati ripercorsi e puntualizzati in una significativa pronuncia della Corte di cassazione¹⁶. La Corte non ha disconosciuto l'operatività della colpa generica pur in presenza di discipline cautelari positivate. Nondimeno, ha precisato che, in ossequio all'istanza di determinatezza, la presunzione di esaustività di queste ultime rende legittimo l'affidamento del loro destinatario in ordine alla sufficienza della loro osservanza, a meno che non fosse conoscibile il contrario, per essere stata smentita, dal consenso sociale di riferimento, l'efficacia preventiva della cautela codificata. Solo in quest'ultimo caso è possibile pretendere dal destinatario del precetto penale un comportamento cautelare che vada oltre l'osservanza delle regole codificate.

Rispetto a ciò, l'art. 29-*bis* cit. ribadisce l'ovvio, poiché positivizza quella presunzione di esaustività già implicita nella stessa codificazione delle misure cautelari all'interno dei protocolli condivisi. Anzi. La statuizione è così perentoria da apparire quasi come un'assolutizzazione di quella presunzione, altrimenti relativa, precludendo cioè alla colpa generica ogni residuo ed eventuale margine di operatività. Anche in questo senso, però, la norma risulterebbe ugualmente non necessaria, poiché è verosimile che l'eventuale necessità di superare in futuro le attuali misure protocollari sfocerà nella stipulazione di nuovi protocolli condivisi, ossia nella positivizzazione di nuove cautele.

Ciò detto, pare superfluo diffondersi oltre sul punto, poiché, come si diceva, le problematiche connesse all'elemento

¹⁴ Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 24 gennaio 2014, n. 1477.

¹⁵ Sul problematico impiego, più in generale, dell'agente modello nella individuazione giudiziale delle modalità dell'intervento diligente, cfr. F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Giust. pen.*, 11/2012, pp. 579 ss.

¹⁶ Cass. pen., sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, pp. 428 ss.

soggettivo restano allo stato assorbite in quelle poste dall'acceramento dell'effettivo decorso causale.

L'acquisita consapevolezza in ordine all'impossibilità di accertare in tale ambito la causalità materiale non significa auspicare una rinuncia *tout court* alla tutela penale, bensì, quantomeno, un abbandono del paradigma del reato colposo di evento.

La prevenzione nei luoghi di lavoro attraverso la repressione penale non poggia esclusivamente sulle fattispecie di omicidio e di lesioni, le quali costituiscono invero solo la punta dell'*iceberg* della tutela penale della salute e sicurezza dei lavoratori. Se non è possibile conoscere lo specifico decorso causale che ha condotto alla contrazione del virus, allora non resta che ripiegare sull'anticipazione della tutela offerta dal modello dell'illecito di pericolo astratto. In tal modo, l'effettività delle misure anticontagio sarebbe garantita dalla punibilità della loro mera violazione, senza doversi addentrare sul terreno scivoloso dei concreti sviluppi di quest'ultima.

Certo è che, considerate le lacune scientifiche in ordine al nuovo virus e all'efficacia impeditiva delle misure di contenimento imposte (es. obbligo di indossare mascherine, obbligo di distanziamento interpersonale), la punizione della loro mera inosservanza finisce per poggiare su basi precauzionali: ciò, in ossequio al principio di offensività e di *extrema ratio* del diritto penale, dovrebbe suggerire di optare per la comminazione di sanzioni amministrative piuttosto che penali, quand'anche di natura contravvenzionale.

E in effetti, nella normativa emergenziale, le misure anticontagio, incluse quelle da adottare nei luoghi di lavoro, sono presidiate da sanzioni amministrative (art. 4, d.l. 25 marzo 2020, n. 19). Senonché, in virtù della clausola di sussidiarietà ivi prevista, esse possono trovare applicazione a meno che il fatto non costituisca reato, e dunque, nello specifico ambito in questione, allorché non si configurino le fattispecie contravvenzionali che costellano il d. lg. 81/2008 o la figura delittuosa di cui all'art. 437 c.p.

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO A SEGUITO DELL'EMERGENZA SANITARIA *

MARTA BERNARDINI

SOMMARIO: 1. La colpa professionale medica alla prova dell'emergenza pandemica. – 2. L'inadeguatezza dell'art. 590 *sexies* c.p. a fronteggiare l'emergenza sanitaria. – 3. La valorizzazione della misura soggettiva della colpa. – 4. Il futuro della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria – 4.1. ...(segue) verso la colpa per l'organizzazione?

Abstract: The present contribution aims to understand what the responsibilities of health professionals are and what the prospects are for the future, since the global spread of Sars-Cov-2 infections has challenged the resilience of the health system.

1. La colpa professionale medica alla prova dell'emergenza pandemica

Le circostanze emergenziali dovute alla pandemia di Sars-CoV-2 hanno aumentato il rischio per gli operatori sanitari di incorrere in contenzioso legale, ci si è chiesti, dunque, se l'attuale disciplina della responsabilità medica fosse idonea a fronteggiare tale rischio¹.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

¹ Tra i primi commentatori del diritto penale dell'emergenza epidemiologica, G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in *Sistema penale*, 5/2020, pp. 5 ss.; C. CUPELLI, *Emergenza covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *sistemapenale.it*, 30 marzo 2020; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, ivi, 24 aprile 2020; D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, ivi, 28 aprile 2020; F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, ivi, 26 aprile 2020; A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova del*

L'elevato e rapido numero dei contagi insieme alla diffusione esponenziale della malattia hanno messo a dura prova il Sistema Sanitario Nazionale, sottoposto ad una pressione considerevole.

Si è reso necessario procedere alla riorganizzazione delle strutture sanitarie, l'inadeguatezza delle risorse ha reso drammatico il lavoro svolto dagli esercenti la professione sanitaria che, con farmaci e strumentazioni non sufficienti, si sono trovati dinanzi alla necessità di scegliere chi curare e chi no.

Ulteriore elemento di rilievo ai fini di questa riflessione concerne il trattamento dell'infezione derivante dal virus nella fase terapeutica, difatti i medici hanno affrontato l'emergenza sanitaria in una condizione di totale incertezza scientifica.

Pertanto, in una fase iniziale si è reso necessario procedere per tentativi e alla somministrazione delle cc.dd. terapie di supporto attraverso l'impiego dei farmaci cc.dd. *off label*². Per "farmaci *off label*" si intende la somministrazione di terapie regolarmente registrate, ma per finalità e impieghi differenti rispetto a quanto previsto nella scheda tecnica.

Chiaramente il trattamento *off label* è per questi motivi oggetto di dibattito in dottrina, in quanto, sebbene al limite del consentito, si pongono problemi tra la libertà terapeutica e la sicurezza delle cure del paziente³.

Covid-19, in *Dir. pen. proc.*, 4/2020, pp. 441 ss.; G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura Italia")*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 4/2020; L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *discrimen.it*, 25 maggio 2020; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2020, pp. 887 ss.; E. GROSSO, *Oltre l'emergenza: riparare il sistema dei diritti costituzionali sconvolto dalla pandemia*, *ivi*, pp. 881 ss.; C. CUPELLI, *La gestione dell'emergenza Covid-19 e il rischio penale per gli operatori sanitari*, in A. POLICE - C. CUPELLI (a cura di), *Le sanzioni: poteri, procedimenti e garanzie nel diritto pubblico*, Milano, 2020, pp. 61 ss.; S. CANESTRARI, *Riflessioni su come limitare il "rischio penale" dei sanitari al tempo del Covid-19*, in *The Future Of Science And Ethics*, 5/2020, pp. 27 ss.

² M. POSTORINO - J. GIAMMATTEO - G. PETRONI - M. PALLOCCI - M. TREGLIA - L. SEBASTIANELLI - A. BIAGI - V.M. RAPISARDA - L.T. MARSELLA, *Il consenso informato e i farmaci off-label durante l'emergenza COVID-19*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2020, pp. 915 ss.

³ Per un approfondimento, P. PIRAS, *La responsabilità del medico per le prescrizioni off label*, in *Cass. pen.*, 5/2009, pp. 1963 ss.; F. POLI - A. CICOGNANI - V. CASTIGLIONE, *Responsabilità del medico e uso off-label dei farmaci dopo la legge di riforma Balduzzi*, in *Riv. it. med. leg.*, 4/2014, pp. 1155 ss.

In considerazione della maggiore esposizione all'errore sanitario che l'emergenza sanitaria ha determinato, è sorto il timore che il grande numero di decessi possa condurre i familiari delle vittime ad individuare nei sanitari i primi colpevoli, trasformando così la visione dei medici da *eroi* a *capri espiatori*.

L'elevato numero di denunce nei confronti dei medici potrebbe determinare il passaggio *dall'emergenza sanitaria all'emergenza giudiziaria*, con gravi ripercussioni anche dal punto di vista della sicurezza delle cure, in considerazione di inevitabili atteggiamenti difensivi, dietro i quali potrebbero celarsi gli operatori sanitari, in modo tale da evitare l'esposizione giudiziaria del proprio operato (come ad esempio evitare di intervenire su un paziente attraverso cure non validate o per la poca esperienza professionale specifica).

2. L'inadeguatezza dell'art. 590 *sexies* c.p. a fronteggiare l'emergenza sanitaria e le norme temporanee

La necessità di proteggere gli operatori sanitari dal rischio penale (così come determinato dall'emergenza sanitaria) conduce, inevitabilmente, a riprendere la riflessione sulla disciplina della responsabilità medica, al fine di comprendere se la disciplina della legge Gelli-Bianchi – così come interpretata dalle Sezioni Unite della Cassazione – sia idonea a fronteggiare condizioni di criticità.

Prendendo le mosse dal margine di operatività dell'art. 590 *sexies* c.p., l'area di non punibilità colposa degli esercenti la professione sanitaria, è stata da ultimo ridefinita dalla sentenza Mariotti delle Sezioni Unite, a seguito della quale le ipotesi di responsabilità colposa per la morte o le lesioni del paziente sono così riassumibili: 1) se l'evento si è verificato per colpa derivante da una condotta negligente ovvero imprudente (a prescindere dal grado della colpa); 2) se l'evento si è verificato per colpa da imperizia allorquando il caso concreto non sia regolato dalle raccomandazioni contenute nelle linee guida accreditate ovvero dalle buone pratiche clinico-assistenziali (anche in caso di colpa lieve); 3) se l'evento è determinato da colpa per imperizia nella fase di individuazione delle linee guida adeguate al caso concreto; 4) se l'evento si è verificato per colpa da imperizia grave nella fase dell'esecuzione delle linee guida o buone pratiche adeguate alle specificità del caso concreto.

Appare del tutto evidente che l'area di non punibilità circoscritta dall'art. 590 *sexies* c.p. è del tutto inadeguata, rispetto alle circostanze emergenziali, a rispondere all'avvertita necessità di proteggere i sanitari attraverso uno *scudo penale*.

L'assenza di evidenze scientifiche condivise ha fatto vacillare il sistema della *medicina delle linee guida*, così come predisposto dal sistema di accreditamento delle linee guida e buone pratiche clinico - assistenziali di cui all'art. 5 della legge Gelli-Bianco.

A ben vedere, sin dall'introduzione dell'intervento legislativo si è obiettato che le istanze del progresso scientifico potessero essere molto più celeri rispetto al processo di accreditamento delle linee guida, tanto che a distanza di anni dall'emanazione della legge Gelli-Bianco il completamento del lavoro è ancora lontano.

Difatti, l'assenza di linee guida o buone pratiche clinico assistenziali nel contrasto al virus già di per sé è elemento idoneo ad escludere l'applicabilità della non punibilità di cui all'art. 590 *sexies* c.p., seppur nella realtà nei fatti si tratta di un dato che ha aumentato enormemente le occasioni di commettere errori⁴.

Inoltre, per sopperire alle carenze soggettive è stato necessario l'ausilio anche di specialisti di differenti branche della medicina, che in condizioni di normalità sarebbero rimproverabili a titolo di colpa in quanto si tratterebbe di un'assunzione volontaria del rischio, riconducibile alla violazione di regole cautelari di natura prudenziale.

Quest'ultimo aspetto apre la strada alla riflessione su un'altra questione dibattuta con riferimento alla non punibilità dell'esercente la professione sanitaria alle sole ipotesi di imperizia, escludendo le diverse forme della colpa (negligenza e imprudenza).

Infatti, l'eventuale accertamento della responsabilità deve tener conto – nell'ambito di un'attività sperimentale come quella che si è delineata nel contrasto alla diffusione del virus – del fatto che i professionisti qualificati si sono confrontati con regole cautelari che sfuggono ai criteri della prevedibilità ed evitabilità dell'evento.

⁴ Sul punto L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *discrimen.it*, 25 maggio 2020. Secondo l'A. "il sistema di accreditamento in questione non è esente, a sua volta, da forti riserve critiche proprio per l'irriducibile mutevolezza dell'istituto, destinato a cambiare fisionomia proprio in rapporto a contesti di incertezza scientifica come quello che ci interessa".

Dunque, anche l'accertamento di condotte imperite dovrà fondarsi necessariamente su un giudizio *ex post*, sulla base di elementi che non erano conoscibili da parte dell'esercente la professione sanitaria e che, in parte, restano non noti.

Anzi, al di là delle questioni inerenti alla difficoltà di delimitare il confine tra imperizia, negligenza e imprudenza, in un contesto caratterizzato dalla pandemia potrebbero essere più consistenti non tanto gli errori compiuti nel trattamento della malattia, quanto piuttosto dalle contingenze. Si pensi alla maggiore esposizione all'errore dovuta a turni di lavoro massacranti seppur necessari a fronteggiare l'epidemia, allo stress, all'urgenza e alla fatica fisica e psicologica.

In considerazione dell'inadeguatezza dell'art. 590 *sexies* c.p. a proteggere gli esercenti sanitari dal rischio penale, si è reso necessario un intervento normativo *ad hoc*, dapprima limitatamente all'ipotesi di non punibilità dei vaccinatori, attraverso l'art. 3 del d.l. 1 aprile 2021, n. 44. Successivamente, in fase di conversione (l. 28 maggio 2021, n. 76), è stato introdotto l'art. 3 *bis*, a mente del quale durante lo stato di emergenza pandemica *“i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave”*. Al secondo comma, poi, si specificano i fattori utili ad individuare il grado della colpa. A tal proposito, *“il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza”*⁵.

⁵ Per un approfondimento sulla normativa di emergenza, si veda C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *sistemapenale.it*, 1 giugno 2021; P. PIRAS, *La non punibilità per gli eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, *ivi*, 21 aprile 2021; F. FURIA, *Lo “scudo penale” alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in *Arch. pen.*, 1/2021.

3. La valorizzazione della misura soggettiva della colpa

La prospettiva accolta in questa breve riflessione non permette di approfondire in modo specifico la normativa di emergenza. Difatti, l'obiettivo che ci si è proposti in questa sede è quello di tentare di individuare quali siano i lasciti della pandemia in materia di responsabilità sanitaria, al fine di avanzare ipotesi sul futuro della responsabilità medica.

Ciò premesso, non ci può esimere dalla considerazione secondo cui i fattori emergenziali e contestuali incidenti sul caso concreto, che sono posti quali criteri necessari al discernimento tra le ipotesi di colpa lieve e di colpa grave, senza dubbio potrebbero essere dei riferimenti fondamentali non solo avendo riguardo alle norme emergenziali, ma anche nell'ottica di un ripensamento della materia.

Ciò attraverso la valorizzazione dei fattori contestuali e delle circostanze di emergenza che porterebbero alla valorizzazione della misura soggettiva della colpa⁶, per cui l'art. 3 *bis* della l. 28 maggio 2021, n. 76, in tal senso, potrebbe rappresentare un punto di partenza.

Difatti, la misura oggettiva della colpa attiene agli aspetti relativi all'inosservanza cautelare, l'accertamento, in questa fase, è volto alla verifica dell'adeguamento dell'esercente la professione sanitaria agli standard obiettivi di diligenza, nonché alla verifica della causalità della colpa.

Diversamente, la misura soggettiva della colpa attiene ad una successiva e differente fase dell'accertamento della colpevolezza, ci si riferisce al momento in cui la violazione delle regole cautelari viene valutata alla luce del potere in capo al soggetto di adeguarvisi.

Si tratta, dunque, di disporre l'indagine della colpevolezza sul piano della prevedibilità e dell'esigibilità del comportamento dovuto⁷.

Tuttavia, il nostro sistema penale sembra caratterizzarsi per una cultura oggettivistica – a dispetto della misura soggettiva

⁶ C. CUPELLI, *La responsabilità penale nella medicina d'emergenza: presupposti, limiti, novità*, in L. PRINCIPATO (a cura di), *Medicina d'emergenza. Responsabilità e principi*, Torino, 2017, pp. 50 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, pp. 1723 ss.

⁷ Così Cass. pen., sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8844; Cass. pen., sez. IV, 17 novembre 2011, n. 1843; Cass. pen., sez. IV, 7 febbraio 2008, n. 12361.

della colpa – sia nell’ambito teorico che in quello pratico. A conferma di ciò, si pensi alla “*resistenza giurisprudenziale alla misura soggettiva*”⁸, individuabile nelle motivazioni delle sentenze che sono incentrate prevalentemente sulla misura oggettiva, piuttosto che su profili individualizzanti della colpevolezza, “*preferendo più tranquillizzanti opzioni sistematiche di stampo oggettivo, pure a fronte di fattori di significato indubbiamente soggettivo e individualizzante*”⁹.

I fattori d’inesigibilità possono, in determinate circostanze, incidere sulla misura soggettiva della colpa, con effetti determinanti sulla commisurazione della pena ovvero sull’effetto scusante.

Senza dubbio, una delle ragioni di tale resistenza potrebbe essere individuata nella difficoltà di standardizzazione dei diversi fattori di incapacità ovvero inesigibilità.

Si tratta, infatti, di circostanze individualizzanti che si presentano contestualmente al momento della cura e che, sebbene astrattamente prevedibili, incidono *nel mondo dell’agente concreto*, con delle caratteristiche che attengono al giudizio di responsabilità¹⁰.

Emblematiche, in tal senso, le ricadute dell’emergenza sanitaria sull’operato dei medici, i quali hanno affrontato situazioni non solo di urgenza, ma anche di imprevedibilità circa i rischi specifici che ne possono derivare. Ciò ha determinato una pressione psicologica che può aver indotto uno stato di estrema agitazione, in considerazione della drammaticità del momento storico e della necessità di dover prendere delle decisioni tra scelte potenzialmente in grado di determinare in ogni caso conseguenze sfavorevoli ovvero incerte. Ancora, si pensi all’inesperienza o alle minori capacità del personale sanitario che, sebbene non specializzato, abbia messo a disposizione dell’organizzazione il proprio lavoro.

Tale quadro potrebbe aver determinato anche dei rischi ulteriori dovuti a differenti modelli organizzativi nei diversi reparti ospedalieri, per cui ad esempio un medico che accorre in aiuto nei reparti di terapia intensiva, pneumologia o malattie infettive potrebbe incorrere in errore senza sapere di essere tenuto ad una

⁸ Sul punto C. CUPELLI, *La gestione dell’emergenza Covid-19 e il rischio penale per gli operatori sanitari*, cit., pp. 65 ss.

⁹ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale. Misura soggettiva e colpa grave*, cit., p. 1740.

¹⁰ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, pp. 565 ss.

determinata condotta, in virtù del breve tempo a disposizione necessario ad adeguarsi alla regola di condotta ovvero al modello organizzativo.

4. Il futuro della responsabilità penale dell' esercente la professione sanitaria

Dunque, se si dovesse pensare l'emergenza sanitaria quale banco di prova della tenuta dell'attuale disciplina della responsabilità medica, sembra che tale prova non possa ritenersi superata.

A dire il vero sembra che l'emergenza pandemica abbia enfatizzato i dubbi che – in parte – la dottrina e la giurisprudenza hanno evidenziato sin dall'emanazione della l. 8 marzo 2017, n. 24. Lo stesso spirito che ha mosso il legislatore ad intervenire nel 2017, individuabile nella necessità di assicurare gli operatori sanitari sul rischio di incorrere in un contenzioso legale, garantendo la sicurezza delle cure, sembra essere stato tradito.

Infatti, l'inadeguatezza della disciplina introdotta dalla legge Gelli-Bianco a fronteggiare le circostanze emergenziali ha reso macroscopici i suoi punti deboli.

Volgendo uno sguardo al futuro si ritiene necessario un ripensamento della responsabilità professionale medica, a partire non solo dall'importante lavoro ermeneutico svolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ma anche dalle criticità emerse durante l'emergenza sanitaria.

In particolare, nonostante lo sforzo interpretativo delle Sezioni Unite, è necessario ripensare la questione attinente al grado della colpa, non solo prevedendo a livello legislativo l'esclusione di responsabilità in caso di colpa lieve, ma anche attraverso uno sforzo definitorio della colpa grave.

Per quanto attiene alle forme della colpa pare opportuno compiere un passo indietro, attraverso l'adesione al modello interpretativo dell'ultima giurisprudenza sulla precedente legge Balduzzi (art. 3 del d.l. 158/2012), al fine di poter estendere i confini dell'esclusione della punibilità anche alle ipotesi di negligenza e imprudenza.

Inoltre, a maggior ragione a seguito della pandemia, sembra necessaria una de-oggettivizzazione del sistema penale, attraverso la valorizzazione dei fattori individualizzanti nell'accertamento della colpevolezza e, quindi, un adeguato ripensamento della misura soggettiva della colpa.

4.1. ...*(segue)* verso la colpa per l'organizzazione?

Sebbene, come si è visto, il vigente sistema della responsabilità medica necessiti di un processo di valorizzazione della misura soggettiva della colpa, si ritiene che in realtà il contesto attuale richieda uno sforzo ulteriore. Infatti, tra i fattori contestuali potenzialmente idonei ad incidere sul giudizio di colpevolezza attraverso la rivitalizzazione della misura soggettiva, non si rinvencono solamente circostanze che attengono alla possibilità di osservare la diligenza dovuta da parte del singolo operatore.

Sembra, al contrario, rilevante fare riferimento anche al legame che intercorre tra l'evento infausto ed i moduli organizzativi, in questo senso la responsabilità del singolo medico andrebbe inserita all'interno di una più estesa *responsabilità sanitaria*.

Tale concezione, di più ampio respiro, si riferisce non solo all'accertamento della responsabilità con riferimento alla condotta del sanitario, ma tiene conto anche delle circostanze riguardanti l'addebito eventualmente mosso alla struttura sanitaria per le carenze organizzative, tali da rendere la prestazione dell'esercente la professione sanitaria inesigibile, in quanto costretto ad operare al di fuori delle condizioni necessarie a conformarsi alla condotta astrattamente doverosa.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui il medico individui la necessità e l'urgenza di trasferire il paziente in un reparto specifico, ma sia ostacolato dall'irrazionale disposizione e organizzazione della struttura sanitaria per la carenza di mezzi o per l'assenza di linee guida sul punto¹¹.

In questi casi difficilmente si può sostenere che l'esito infausto sia eziologicamente connesso ai soli profili di colpevolezza del medico, occorre, invece, focalizzarsi sull'accertamento delle cause che concernono l'organizzazione della struttura sanitaria, quali l'insufficienza delle risorse a disposizione, strumenti diagnostici assenti o non in linea con i progressi effettuati dalla scienza nonché carenze di risorse umane.

Ciò si traduce nell'obbligo di una corretta organizzazione della struttura sanitaria, che comprenda: l'esatta ripartizione dei compiti all'interno del personale sanitario, l'emanazione di

¹¹ Cass. pen., sez. IV, 7 ottobre 2014, n. 46336.

direttive e linee guida inerenti ai sistemi di controllo periodico in merito alla corretta esecuzione delle stesse e la tempestiva gestione delle urgenze.

Si pone l'esigenza di accertare i profili di colpevolezza dell'esercente una professione sanitaria con riferimento al contesto in cui esercita, da cui deriva la problematica inerente all'individuazione dei soggetti apicali penalmente responsabili nei casi di *malpractice*.

In realtà la tendenza giurisprudenziale è quella di concentrare le imputazioni in capo al singolo operatore sanitario, difatti nella prassi non si rinvencono riferimenti ad ipotesi di colpevolezza imputabile alla struttura sanitaria per non aver adempiuto all'obbligo della corretta organizzazione.

Si delinea, in tal modo, una ritrosia – a ben vedere riscontrabile in termini più generali nel diritto penale – ad ampliare gli ambiti di rilevanza penale alla sfera gestoria o amministrativa.

Per quanto riguarda i limiti di responsabilità dei vertici ospedalieri e delle Aziende Sanitarie locali, il d. lg. 502/1992 ha reso l'Unità Sanitaria Locale un'azienda dotata di personalità giuridica pubblica e di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale e tecnica, sebbene dipendente dalla regione.

Al vertice dell'Azienda vi è il Direttore Generale, coadiuvato dal Direttore Sanitario e dal Direttore Amministrativo. L'individuazione di tali figure consente di attribuire la responsabilità penale nel caso in cui l'evento sia dipeso “*da carenze strutturali od organizzative chiaramente attribuibili a queste figure, al cui operato sembrerebbero applicabili i criteri della responsabilità di équipe*”¹².

Al fine di poter garantire l'obbligo della corretta organizzazione è necessario riconoscere in capo ai vertici della direzione ospedaliera la possibilità di ricorrere alla funzione della delega, sulla base di criteri incentrati sulla competenza del delegato in basi ai vari settori di pertinenza. Si consideri che il dirigente, operando attraverso il sistema della delega, non è del tutto *libero* dalla posizione di garanzia, piuttosto si assiste al mutamento della sua destinazione, dal momento che diviene un obbligo di

¹² C. LORÈ - P. MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di strutture sanitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 3/1998, p. 409; M. MAGNANTI - F. CAROLEO GRIMALDI, *Responsabilità medica e disfunzioni organizzative: la Casazione gira il “conto” alle Direzioni delle A.O.*, in *www.fimeuc.org*, 11 aprile 2015.

vigilanza e controllo su quanto operato da colui che è stato delegato.

Nel caso in cui ci si trovi in presenza di funzioni non delegabili, la responsabilità penale ricade in capo al direttore generale; diversamente, quando ci si riferisce a funzioni che possono essere delegate risponde penalmente colui al quale la funzione è stata delegata, fermo restando l'obbligo di controllo del direttore generale, tenendo conto delle circostanze in cui egli stesso opera¹³.

Da tempo la dottrina discute della possibilità di prevedere una responsabilità *manageriale* nell'ambito sanitario, al fine di operare in chiave di deresponsabilizzazione per l'esercente la professione sanitaria, nei casi in cui sia evidente il nesso tra l'evento infausto e i modelli organizzativi.

Tuttavia, un approccio diretto al riconoscimento della responsabilità dei dirigenti, nel rispetto del principio di colpevolezza, sembra permanere su un piano teorico.

In questo senso, in una prospettiva futura, si ritiene che il passaggio da *law in the books* e *law in action* potrebbe essere uno dei lasciti della pandemia. L'emergenza sanitaria ha fatto emergere in modo drammatico i problemi relativi alla scarsità delle risorse e all'assenza di protocolli di emergenza, che hanno determinato la necessità di riorganizzare i reparti ospedalieri. Dette circostanze hanno condotto i medici ad intraprendere delle scelte drammatiche, ma eventuali profili di responsabilità potrebbero esulare dalle singole competenze, riguardano piuttosto aspetti organizzativi¹⁴.

¹³ Cass. pen., sez. V, 16 aprile 2008, n. 87.

¹⁴ G.M. CALETTI, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario*, cit., p. 20; L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *discrimen.it*, 25 maggio 2020.

IL DELITTO DI EPIDEMIA AI TEMPI DEL CORONAVIRUS*

STEFANIA TREDICI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il delitto di epidemia. – 2.1. Il soggetto attivo. – 2.2. La condotta e la configurabilità del delitto in forma omissiva. – 2.3. L'evento e il nesso causale. – 2.4. L'elemento soggettivo. – 3. Conclusioni.

Abstract: The contribution examines the possibility of challenging the crime of epidemics for those who, despite being aware of having (potentially) contracted the Covid-19 virus, have relations with third parties, in disregard of the precautionary rules imposed at the government level. We will proceed to an analysis of the constituent elements of the cases referred to in art. 438 and 452 of the Criminal Code, in order to outline the scope of application and to highlight the intrinsic limits and the possibility of subsuming the indicated conduct in these provisions. Therefore, special attention will be paid to the critical issues connected to ascertaining the etiological link between the conduct and the verification of the harmful event for a plurality of subjects. Furthermore, on the basis of the analysis of the literal data of the provision, it will be assessed whether this case is also contestable in an omissive form or whether the precise description of the methods of implementation of the conduct precludes this solution.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Introduzione

L'emergenza pandemica ha conferito rinnovata centralità al delitto di epidemia che è sempre stato oggetto di esigua applicazione nella prassi, in ragione della particolare rarità con la quale il fenomeno epidemico si è manifestato in Italia.

Occorre, tuttavia, valutare se tale figura criminosa possa effettivamente venire in rilievo, alla luce di una disamina degli elementi strutturali necessari ad integrarla, con riguardo ai casi in cui soggetti consapevoli di essere positivi al Coronavirus intrattengano rapporti con terzi.

Il delitto in esame, infatti, è stato oggetto di “*un'implicita limitazione interpretativa*”¹, specie con riguardo all'individuazione del novero dei soggetti attivi e dell'elemento materiale.

Oltretutto, la primigenia configurazione di tale reato non appare più adeguata alle emergenti istanze sovranazionali, avuto riguardo alla circostanza che la dimensione globale del fenomeno pandemico involge la tutela non solo dell'incolumità e della salute pubblica, ma anche i beni giuridici della vita, dell'incolumità individuale, dell'economia pubblica e della sicurezza nazionale, rendendo ineludibile una riconfigurazione, in chiave plurioffensiva, del delitto di cui all'art. 438 c.p.

2. Il delitto di epidemia

Il delitto di epidemia, disciplinato al Titolo VI e annoverato tra i delitti di comune pericolo mediante frode, introduce le norme poste a tutela dell'incolumità pubblica.

Il carattere della pervasività del contagio e della intrinseca attitudine ad infettare un numero indeterminabile di individui, strutturalmente richiesti per integrare tale fattispecie, riflette la scelta di porre l'incriminazione a presidio della salute pubblica. Peraltro, la connotazione in termini pubblicistici del bene giuridico tutelato incide in maniera determinante sulla perimetrazione del fatto tipico, atteso che la dimensione superindividuale della tutela esige che, tanto sul piano qualitativo che quantitativo, il

¹ Così E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common but differentiated responsibility*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2020, p. 184.

fatto lesivo attinga un numero cospicuo ed indeterminabile di individui².

Sulla scorta di tali considerazioni, infatti, la giurisprudenza ha ripetutamente escluso che i contagi, pur volontari, da HIV, HBV e HCV integrassero il delitto di epidemia e tale constatazione contribuisce a spiegare la sporadica applicazione di tale fattispecie nella prassi nonché i frequenti esiti assolutori cui si è pervenuti³.

A differenza delle patologie dapprima citate, risulta indubbio che la malattia da Coronavirus possa essere considerata, sul piano dimensionale, un'epidemia, per i caratteri di contagiosità e capacità di ulteriore diffusione che la connotano, potendo, dunque, astrattamente integrare le fattispecie di cui all'art. 438 o 452 c.p.

2.1. *Il soggetto attivo*

Sebbene la disposizione incrimini “*chiunque cagiona un'epidemia*”, si è ritenuto per lungo tempo che il delitto in esame fosse a soggettività ristretta, in ragione della precisazione che il contagio deve avvenire “*mediante la diffusione di germi patogeni*”.

Tale locuzione è stata oggetto di plurime ricostruzioni.

Un'interpretazione più risalente del dettato normativo esigeva, infatti, che la diffusione della patologia avvenisse ad opera di un agente che avesse il possesso materiale di tali germi⁴, escludendo conseguentemente che il mero contagiato, in sé vettore virale, potesse considerarsi soggetto attivo del delitto⁵.

² Sul punto A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005, p. 339, precisa che “*il pericolo per la salute pubblica funge da macro-requisito, tendenzialmente paralizzante, così impegnativo per l'accertamento giudiziale da rendere le fattispecie difficilmente applicabili*”.

³ Si veda N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, in *Cass. pen.*, 12/2003, p. 3946.

⁴ R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus. Fra la “trincea” del personale sanitario e il “da remoto” dei vertici politico-amministrativi*, in *Sistema penale*, 7/2020.

⁵ Tale ricostruzione individuava quale unico soggetto attivo del delitto chi professionalmente, concorrendo allo sviluppo della scienza (medici o ricercatori), venga in possesso di germi (*in vitro*).

Tale opzione interpretativa è stata superata dalla più recente giurisprudenza⁶, che ha evidenziato che tale ermeneusi non rinviene alcuna validazione nel dettato letterale della norma, che non esplicita la necessità che sussista la predetta relazione di alterità tra i germi patogeni e il soggetto che se ne serve per diffondere un'epidemia.

In tal modo, si ammette che i patogeni possano essere propagati anche da un soggetto contagiato o, come nel caso del Covid-19, anche da un portatore asintomatico durante la fase di incubazione del virus. Il legislatore, infatti, non ha effettuato alcuna selezione soggettiva né la condotta appare realizzabile esclusivamente dal personale sanitario, rendendosi così possibile una reinterpretazione della norma, sotto il profilo del soggetto attivo, più aderente alle nuove modalità diffusive dell'attuale pandemia.

2.2. *La condotta e la configurabilità del delitto in forma omissiva*

Come anticipato, la disposizione nell'effettuare una perimetro accurata del fatto tipico richiede espressamente che l'epidemia sia cagionata “*mediante la diffusione di germi patogeni*”, potenzialmente latori di una patologia infettiva.

La specifica individuazione delle modalità attuative della condotta ha indotto la dottrina a ritenere che il legislatore abbia voluto configurare un reato a forma vincolata, integrabile mediante una condotta commissiva consistente nell'inoculazione o nella diffusione di microorganismi infettivi.

Coerentemente a tale ricostruzione, la giurisprudenza ha ritenuto che il delitto di epidemia non fosse configurabile in forma omissiva, stante l'incompatibilità dell'art. 40 cpv. – che consente la conversione in forma omissiva dei soli delitti a forma libera e causalmente orientati – con fattispecie che individuano specifici requisiti modali di realizzazione della condotta offensiva⁷.

⁶ Cass. pen., sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014.

⁷ Cass. pen., sez. IV, 4 marzo 2021, n. 20416, ha ribadito che “*in tema di delitto di epidemia colposa, non è configurabile la responsabilità a titolo di omissione in quanto l'art. 438 c.p., con la locuzione «mediante la diffusione di germi patogeni», richiede una condotta commissiva a forma vincolata, incompatibile con il disposto dell'art. 40, comma 2, c.p., riferibile esclusivamente alla fattispecie a forma libera*”.

Tale conclusione è stata, tuttavia, oggetto di progressiva rivisitazione, anche alla luce delle nuove esigenze di tutela penale emerse nell'odierno contesto emergenziale.

Numerose Procure della Repubblica hanno, infatti, avviato delle indagini per diffusione colposa del virus, mediante condotta omissiva impropria, in varie strutture nosocomiali e nelle RSA. Le condotte contestate si sostanziano, variamente, nella mancata esecuzione di tempestivi test diagnostici per rilevare la positività al Covid-19 o nella mancata predisposizione, ad opera dei vertici sanitari, delle misure precauzionali necessarie ad evitare il propagarsi dell'infezione nelle strutture ospedaliere.

Sul piano dogmatico, la configurazione in forma omissiva di tale delitto transita per una necessaria riqualificazione del reato di epidemia in fattispecie a forma libera e a mezzo vincolato.

Parte della dottrina ha osservato che l'individuazione del mezzo di diffusione del contagio (i germi patogeni) non comporterebbe altresì una definizione delle scansioni modali della condotta, che in sé rimarrebbe libera, ammettendosi qualunque forma di trasmissione diretta (per contatto o via aerea) o indiretta (mediante il contatto con superfici o tessuti infetti)⁸.

Come chiarito da una recente pronuncia di legittimità⁹, in sostanza, la disposizione non opera una selezione delle condotte diffusive penalmente rilevanti, ma si limita a richiedere che l'agente cagioni un'epidemia "*mediante la diffusione di germi patogeni*", senza precisare ulteriormente in che modo debba avvenire tale diffusione. L'art. 438 c.p., dunque, sarebbe privo della clausola modale che tipicamente connota la condotta dei reati a forma vincolata e, quindi, suscettibile di realizzazione in forma omissiva¹⁰.

Tale conclusione potrebbe essere avvalorata, oltre che dal dato letterale, altresì, da considerazioni sistematiche e di politica criminale.

Invero, numerosi delitti contro la pubblica incolumità, in ragione della rilevanza dei beni giuridici presidiati, si presentano a forma libera, in guisa da garantire completa tutela avverso

⁸ Cfr. M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2020, p. 525.

⁹ Cass. pen., sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014.

¹⁰ Favorevole ad una ricostruzione in termini omissivi P. PIRAS, *Sulla configurabilità dell'epidemia colposa omissiva*, in *sistemapenale.it*, 8 luglio 2020, nonché E. PERROTTA, *Op. cit.*

qualunque forma di aggressione. Oltretutto, l'odierno contesto epidemiologico sembra render tale soluzione necessitata, specie per le forme di diffusione realizzate in strutture nosocomiali. Il contagio realizzato in forma omissiva nello svolgimento dell'attività sanitaria andrebbe, infatti, altrimenti sanzionato mediante il ricorso a fattispecie poste a tutela dell'incolumità individuale (omicidio e lesioni), pretermettendo, proprio in ambito medico-scientifico, il profilo di tutela super individuale della salute pubblica. Soluzione che si porrebbe, peraltro, in antitesi con la stessa *ratio* storica dell'art. 438 c.p., introdotto dal Codice Rocco proprio per prevenire un uso distorto della scienza medica, che producendo colture di germi patogeni non le usi con finalità di ricerca, ma di indebita diffusione.

2.3. *L'evento e il nesso causale*

Preliminarmente, è necessario definire in maniera puntuale l'evento *epidemia*, che nella dimensione prettamente giuridico-normativa viene inteso in un'accezione più ristretta rispetto a quella emergente dalla speculare definizione scientifica, atteso che il legislatore ha reputato meritevoli di sanzione non tutte le epidemie, ma solo quelle che rinvergono la propria genesi nella diffusione di germi patogeni.

Di peculiare capacità descrittiva è una recente pronuncia di legittimità, che ha individuato l'evento tipico del delitto in una *“malattia contagiosa che, per la sua spiccata diffusività, si presenta in grado di infettare, nel medesimo tempo e nello stesso luogo, una moltitudine di destinatari, recando con sé, in ragione della capacità di ulteriore espansione e di agevole propagazione, il pericolo di contaminare una porzione ancor più vasta di popolazione”*¹¹.

Gli elementi qualificanti del fenomeno possono, dunque, individuarsi nella contagiosità della patologia, che interessa nel medesimo tempo e luogo un rilevante numero di soggetti, nella capacità di ulteriore diffusione e, infine, nell'incontrollabilità della propagazione sul territorio. L'elemento indefettibile del pericolo di ulteriore trasmissione e di propagazione esterna del patogeno ad un numero indeterminato di individui vale ad escludere

¹¹ Cass. pen., sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014.

dall'incriminazione la diffusione di una patologia entro focolai o c.d. *cluster* epidemici.

In tali casi, l'agente responsabile del contagio risponderà dei delitti di lesioni ed omicidio, posti a tutela dell'incolumità individuale (anche plurima), proprio in ragione del numero circoscritto dei soggetti attinti dalla patologia.

Il delitto di epidemia è tradizionalmente considerato un reato di evento, che presenta contestualmente una componente di danno e di pericolo. Il profilo dannoso emerge in rapporto alla manifestazione della malattia in un numero considerevole ed indeterminato di soggetti (c.d. *infettati primari*), mentre l'evento di pericolo è rappresentato dall'attitudine della patologia a propagarsi ulteriormente (c.d. *infettati secondari*).

È in rapporto a ciascuno di tali eventi che dovrà essere accertato il nesso di correlazione eziologica con la condotta del reo.

La prova della contribuzione causale alla verifica del delitto di epidemia rappresenta, in effetti, l'aspetto che solleva maggiori criticità in sede processuale.

Istanze di semplificazione probatoria potrebbero indurre a ritenere che, trattandosi di delitto a tutela della salute pubblica, per accertare l'evento a dimensione collettiva sarebbe sufficiente ricorrere agli studi epidemiologici e alla teoria dell'accertamento alternativo¹². La spiegazione causale potrebbe fondarsi sul riscontrato aumento dei contagi, in un'area delimitata, in difetto di misure di contenimento.

Oltretutto, i problemi relativi all'accertamento della causalità individuale correlati alla natura multifattoriale della patologia, non rilevarebbero nel caso del Covid-19, la cui eziopatogenesi discende unicamente dal contatto con il Coronavirus¹³. Non dimeno, persistono notevoli incertezze scientifiche in ordine alle effettive modalità di contagio, alla necessaria durata del contatto infettivo e alle distanze di sicurezza da mantenere, che incidono

¹² Secondo tale teoria, si potrebbe pervenire, al di là di ogni ragionevole dubbio, alla prova del nesso causale quando è accertato che la condotta del reo ha aumentato l'incidenza di una patologia all'interno di una determinata popolazione, anche ove sia impossibile indicare i singoli decessi discendenti dalla condotta medesima. Sul punto ampiamente L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007.

¹³ M.F. CARRIERO, *L'(in)adeguatezza funzionale del delitto di epidemia al cospetto del Covid-19*, in *Arch. pen.*, 3/2020.

considerevolmente sulla spiegazione causale dell'evento lesivo¹⁴.

Pertanto, sebbene si tratti di una patologia monofattoriale quanto all'agente patogeno, molteplici sono i potenziali canali di trasmissione, con la conseguente difficoltà di pervenire, al di là di ogni ragionevole dubbio, alla ricostruzione del nesso causale tra condotta del singolo e diffusione della patologia.

Deve, inoltre, distinguersi tra la condotta dell'agente che inneschi la diffusione della patologia da quella che si inserisca in un contesto epidemico già manifestatosi.

Nel primo caso, occorrerà dimostrare l'intervenuto contagio di un numero rilevante di individui e il pericolo concreto di un'ulteriore propagazione della patologia; nel secondo, non rilevando il momento di innesco della malattia, occorrerà aver riguardo all'ulteriore diffusione del morbo, in termini di causazione di nuovi contagi e di pericolo concreto di ulteriori infezioni¹⁵.

Evidentemente la ricostruzione della catena di trasmissione del virus appare tanto più complessa quanto più è estesa la rete dei contatti pericolosi.

Per tale ragione, si è affermato che l'accertamento del nesso eziologico presenta profili di minore complessità nelle strutture ospedaliere o assistenziali, come le RSA, ove il contesto spaziale circoscritto e il minor numero di persone coinvolte consentirebbe di dimostrare più agevolmente la correlazione causale tra la mancata adozione delle misure precauzionali e l'insorgenza della patologia tra gli ospiti della struttura¹⁶.

Parte della dottrina, al fine di agevolare la ricostruzione causale dei contagi ha adombrato la possibilità di ricorrere alle *app* sviluppate per consentire un tracciamento della patologia¹⁷. Tale soluzione non sembra, tuttavia, seriamente percorribile, atteso

¹⁴ V. VALENTINI, *Profili penale della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *Arch. pen.*, 1/2020, osserva che in tali condizioni di incertezza è impossibile escludere il concorso di serie causali alternative.

¹⁵ Occorre scongiurare il rischio che la fattispecie sia trasformata da reato di evento a reato di pericolo, svolgendo un giudizio controfattuale teso a verificare cosa sarebbe accaduto se la condotta attiva non fosse stata tenuta o se il garante avesse tenuto la condotta doverosa omessa.

¹⁶ M. PELISSERO, *Op. cit.*, osserva che anche in questi casi occorrerebbe escludere l'intervento di decorsi causali alternativi, operazione non agevole in ragione della molteplicità dei canali di trasmissione virale. In senso contrario L. AGOSTINI, *Pandemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, in *Sistema penale*, 4/2020, p. 249.

¹⁷ L. AGOSTINI, *Op. cit.*, pp. 229 ss.

che il decreto-legge che disciplina tale strumento ha statuito che le informazioni acquisite possano essere utilizzate esclusivamente per fini sanitari, implicitamente escludendo un possibile impiego probatorio di tali dati in sede processuale.

2.4. *L'elemento soggettivo*

Il delitto di epidemia è sanzionato nella sua duplice variante, dolosa e colposa, rispettivamente dagli artt. 438 e 452 del codice penale.

L'elemento subiettivo doloso si concretizza nella volontà dell'azione (diffusione dei germi) e dell'evento (epidemia), sull'assunto implicito che l'agente abbia contezza della natura patogena dei germi diffusi.

In ragione del rilievo quasi solo teorico della fattispecie dolosa e della maggiore rilevanza che, nel contesto pandemico, acquisisce la corrispondente figura colposa, si concentrerà prevalentemente l'attenzione su tali forme di contagio¹⁸.

Occorre preliminarmente considerare che la violazione delle regole cautelari va valutata *ex ante* e tale accertamento dovrà essere, dunque, diversamente modulato in funzione del diverso grado di conoscenze scientifiche acquisite nel corso degli ultimi mesi sul Coronavirus, sulle sue modalità di trasmissione e sui necessari interventi terapeutici.

Idealmente dovrebbe distinguersi tra una forma di colpa *comune* di chi, contagiato, diffonda germi patogeni, non osservando le misure precauzionali imposte, e una colpa *speciale o professionale* da contagio in ambito sanitario.

Ci si soffermerà sulla prima ipotesi delineata, rispetto alla quale la mera conoscibilità del rischio epidemico, unitamente alla mancata volontà di diffondere la patologia integrerebbe l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 452 c.p.

Tuttavia, per effettuare una contestazione colposa, è, in primo luogo, necessario pervenire all'individuazione di specifiche regole cautelari dirette a prevenire il verificarsi dell'evento lesivo. In tal senso, è indubbio che i numerosi DPCM che prescrivono l'osservanza di misure di contenimento, quali l'obbligo di indossare mascherine o il rispetto di talune prescrizioni

¹⁸ Per una approfondita distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nella diffusione epidemica del Covid-19, v. E. PERROTTA, *Op. cit.*, pp. 211 ss.

igieniche, abbiano natura cautelare e siano agevolmente conoscibili dalla collettività. Nondimeno, la persistente incertezza scientifica comporta un'inevitabile costruzione elastica di tali norme, che impone al giudicante di integrare il giudizio di prevedibilità e prevenibilità dell'evento¹⁹.

Ulteriori profili di complessità dell'accertamento si annidano, inoltre, nel giudizio paracausale sulla colpa. Occorre, infatti, verificare che la regola cautelare violata sia diretta proprio a prevenire l'evento in concreto verificatosi, poiché il rimprovero colposo andrebbe escluso ove si appurasse che il comportamento alternativo lecito non sarebbe valso a scongiurare il verificarsi dell'evento lesivo.

Tuttavia, trattandosi di un virus nuovo ad elevato tasso di contagiosità, è difficile accertare che se le regole cautelari esigibili fossero state rispettate non si sarebbe verificata la diffusione del patogeno. Infatti, se è evidente che chi viola la quarantena obbligatoria intrattenendo rapporti con terzi, tenga una condotta negligente ed imprudente, non è altrettanto certo che coloro che sono successivamente venuti a contatto con l'agente, e siano poi risultati positivi al Covid-19, non abbiano contratto la patologia attraverso diversi canali di trasmissione.

Sul piano della prevedibilità non appaiono sempre chiaramente intuibili le conseguenze correlate al contatto con un soggetto infetto, potendo la patologia manifestarsi in forma paucisintomatica, asintomatica e, in taluni casi, persino letale.

Almeno per il personale sanitario, infine, non deve essere tralasciato il profilo relativo all'esigibilità della condotta rispettosa delle regole cautelari. Le prime fasi della pandemia si sono connotate per un contesto di assoluta emergenza, in cui in difetto delle necessarie conoscenze e risorse, il personale medico ha dovuto prestare assistenza a migliaia di pazienti. In queste circostanze, anche ove si fornisse prova del nesso di causalità e degli altri profili della colpa, risulterebbe arduo muovere un rimprovero colposo in ragione dell'inesigibilità del comportamento doveroso²⁰.

¹⁹ M. PELISSERO, *Op. cit.*, osserva che in tal modo non potrebbe parlarsi a rigore di colpa specifica, ma al più generica, con la conseguente difficoltà di individuare la regola cautelare esigibile da un agente modello.

²⁰ Preso atto di tale circostanza, il legislatore ha introdotto nell'art. 3 *bis* della legge di conversione (l. 28 maggio 2021, n. 76) del d.l. 1 aprile 2021, n. 44, uno scudo penale per tutti i sanitari, in relazione ai delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p. correlati alla diffusione del Covid-19, precisando che “*ai fini*

3. Conclusioni e prospettive

Alla luce delle precedenti considerazioni, può ammettersi che il delitto di epidemia sia configurabile nelle fattispecie colpose descritte solo a condizione di ammettere una riconfigurazione in chiave estensiva di taluni elementi costitutivi del delitto.

Deve accogliersi, in primo luogo, un'interpretazione lata del novero dei soggetti attivi, superando la tralatticia tesi dell'alterità soggettiva tra latore del contagio e germi patogeni, ed accedere ad una nozione naturalistica del macroevento epidemico, in guida da accertare rispetto ad esso un nesso causale, comprovato su base epidemiologica, che attesti una correlazione tra condotta e anomalo incremento dei contagi in un dato territorio. Infine, sul versante dell'elemento soggettivo, occorrerebbe accogliere una nozione più sfumata di prevedibilità ed evitabilità dell'evento.

Alternativamente, l'unico effettivo presidio penale posto a contrasto di condotte diffusive negligenti appare essere il neo introdotto art. 4 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che prevede a carico di chi violi la quarantena obbligatoria²¹, la sanzione prevista dall'art. 260 del r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, in misura incrementata.

*della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da Sars-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza". Per maggiori approfondimenti v. C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in *sistemapenale.it*, 30 marzo 2020.*

²¹ Si tratta di una fattispecie di reato proprio, punibile a titolo di dolo o di colpa, non configurabile in forma tentata. Sono, inoltre, escluse la recidiva e la possibilità di oblazione. Così L. AGOSTINI, *Op. cit.*, p. 231.

SEZIONE QUARTA

LA PANDEMIA ENTRA NEL PROCESSO

COVID-19 E PRESCRIZIONE. DALLE DECISIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE ALLE PIÙ RECENTI RIFORME*

ILARIA GIUGNI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un primo approdo: la sentenza n. 278 del 2020. – 2.1. La soluzione prospettata: la riconduzione della nuova causa di sospensione ad una norma preesistente (l'art. 159 c.p.). – 2.2. Prove di tenuta del *dictum* all'ipotesi normativa di specie. – 3. Un'ulteriore tappa: la sentenza n. 140 del 2021. – 4. Spunti conclusivi: decisioni della Corte e recenti interventi di riforma.

Abstract: The paper examines the decisions of the Italian Constitutional Court concerning the constitutionality of temporary rules extending statutes of limitation in pending trials during Covid-19 pandemic. In so doing, it considers the possible impact of the solutions adopted in response to the pandemic emergency on the future of statute of limitation.

1. Premessa

L'avvento dell'emergenza sanitaria da Covid-19 ha prodotto rilevanti conseguenze anche sulla giustizia penale, ponendo, da un lato, la pressante esigenza di fare fronte, sul piano contingente, ai risvolti processuali della pandemia, ed offrendo, dall'altro, l'opportunità di ripensare, sul piano sistematico, il settore della giurisdizione penale¹.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

¹ Così G. CANZIO, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in *sistemapenale.it*, 25 agosto 2021.

Questa duplice esigenza – di aggiustamento *pro tempore* e di riforma organica – ha investito anche uno dei più discussi istituti dell'ordinamento penale, la prescrizione. Durante la prima fase dell'emergenza pandemica, per evitare il rischio di possibili contagi anche nelle aule di giustizia, è stato previsto, con il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, il rinvio d'ufficio dei processi in corso (art. 83, co. 1) con conseguente sospensione del corso della prescrizione (art. 83, co. 4) sino al 15 aprile, termine poi prorogato all'11 maggio. Al fine di consentire una misurata ripresa dell'attività giudiziaria, in una seconda fase, si è poi previsto che i capi degli uffici giudiziari adottassero le opportune misure per la fissazione e la trattazione delle udienze (art. 83, co. 6), potendo altresì, salvo ipotesi eccezionali, decretare il rinvio delle udienze a data successiva al 30 giugno 2020 (art. 83, co. 7, lett. g), con sospensione del corso della prescrizione pendente il rinvio (art. 83, co. 9).

Entrambe le previsioni – sospensione della prescrizione legata al rinvio generalizzato dei processi pendenti *ex* art. 83, co. 4, e stasi conseguente al differimento discrezionale sulla scorta delle linee guida fissate dai capi degli uffici giudiziari *ex* art. 83, co. 9 – sono state sottoposte al vaglio della Corte costituzionale, che si è pronunciata sulla loro compatibilità a Costituzione nelle sentenze nn. 278 del 2020 e 140 del 2021, salvando, come meglio si vedrà in prosieguo, soltanto il primo meccanismo e rispedendo invece al mittente il secondo.

Una breve analisi delle osservazioni rese dalla Corte costituzionale in queste due pronunce – maturate esse stesse nel contesto della epidemia da Covid-19 e per questo non sempre pienamente coerenti dal punto di vista argomentativo o in linea con la precedente giurisprudenza costituzionale – offrirà l'occasione per verificare la possibile onda lunga della pandemia sul versante della giustizia penale, valutando l'eventuale sopravvivenza delle soluzioni *extra ordinem* all'emergenza stessa² e la possibile influenza di queste ultime sui provvedimenti legislativi avvenire.

² Paventa questo rischio M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, pp. 140 ss.

2. Un primo approdo: la sentenza n. 278 del 2020

Come anticipato, la prima pronuncia resa dalla Corte, la n. 278 del 2020, aveva ad oggetto l'art. 83, co. 4, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18. I giudici *a quibus* – i Tribunali ordinari di Roma, Siena e Spoleto – ne mettevano in dubbio la legittimità costituzionale, obiettando che la sospensione del corso della prescrizione nei processi in corso al momento dell'avvento della pandemia e, dunque, aventi all'evidenza ad oggetto fatti commessi prima dell'intervenuta modifica legislativa, avrebbe leso gli artt. 25, co. 2, e 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 7 CEDU e 49 della Carta di Nizza, comportando l'applicazione retroattiva di una norma sfavorevole al reo.

Nell'affrontare la questione prospettata, ricostruito il complesso quadro dei provvedimenti avvicendatisi all'inizio della pandemia (par. 6), la sentenza muove dall'analisi di *ratio*, natura e statuto di garanzia della prescrizione (parr. 7-12). *In primis*, si traccia la linea di confine dell'intervento della Corte stessa in materia: la determinazione del tempo necessario a prescrivere il reato rientra nello spazio di discrezionalità attribuito dalla Carta al Parlamento. La Corte può unicamente censurarne le scelte se manifestamente irragionevoli o sproporzionate rispetto al disvalore della fattispecie presa in considerazione. È al legislatore, e non alla Corte, che spetta individuare il più opportuno bilanciamento fra i contrapposti interessi in gioco: l'esigenza di reprimere i fatti penalmente rilevanti commessi e approntare una adeguata tutela alle vittime del reato, da un lato, e “*l'interesse dell'imputato ad andare esente da responsabilità penale per effetto del decorso del tempo*”, dall'altro (par. 7). Ragioni, quelle dell'imputato, ricondotte dalla Corte “*all'interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato (...) l'allarme della coscienza comune*”, al diritto all'oblio e, più in generale, ad un “*affievolimento progressivo dell'interesse della comunità alla punizione del comportamento penalmente illecito*” (par. 7), dimenticando di valorizzare le implicazioni del decorso del tempo rispetto al diritto dell'imputato

di difendersi provando e alle funzioni della pena di cui agli artt. 24 e 27, co. 3, Cost.³

Delineata, dunque, sia pur non esaustivamente la *ratio* della prescrizione, la Corte ne ribadisce la natura di causa di estinzione del reato e, dunque, di istituto di diritto sostanziale, riconducibile al principio di legalità penale. Garanzia, quest'ultima, che si afferma dare “*corpo e contenuto a un diritto fondamentale della persona accusata di aver commesso un reato, diritto che (...) non è comprimibile non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti*”, rappresentando un “*valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali*”.

Ciononostante, a parere della Corte, occorre “*circoscrivere la portata di tale principio con riguardo all'istituto della prescrizione dei reati*”. Non v'è dubbio, infatti, secondo i giudici costituzionali, che il profilo sostanziale dell'istituto, e, dunque, lo statuto di garanzia della legalità, involga non solo “*la dimensione diacronica della punibilità*”, la determinazione, cioè, della durata tabellare del tempo necessario a prescrivere il reato, ma anche le vicende del processo nel quale esso si colloca e dei cui snodi può risentire. D'altra parte, però, si osserva, “*anche le regole del processo possono avere un'incidenza sulla disciplina della prescrizione*” (par. 12) con la conseguenza che “*non è mai prevedibile ex ante l'esatto termine finale in cui si compie e opera la prescrizione, termine che può essere raggiunto in un arco temporale variabile e dipendente da fattori plurimi e in concreto non predeterminabili*”.

2.1. *La soluzione prospettata: la riconduzione della nuova causa di sospensione ad una norma preesistente (l'art. 159 c.p.)*

Il *deus ex machina* che consente alla Corte di tenere assieme tali premesse difficilmente conciliabili – estensione del principio di legalità anche alla proiezione processuale della prescrizione vs impossibilità di predeterminare in concreto il tempo necessario ad estinguere il reato per decorso del tempo – si rinviene, a questo

³ *Amplius* sulla *ratio* garantistica della prescrizione, F. GIUNTA - D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, pp. 28 ss.

punto, nell'art. 159 c.p., *recte* in una lettura inusitata, “*a tassatività attenuata*”⁴, della norma codicistica che detta la disciplina di carattere generale della sospensione della prescrizione (par. 13).

Messa fra parentesi la disposizione emergenziale, all'evidenza successiva alla commissione dei fatti ai quali s'intendeva applicarla, la Corte ricorre all'art. 159 c.p., valorizzandone una asserita “*funzione di cerniera*”. La norma, si osserva, avrebbe una natura bifronte, contenendo, ad un tempo, una causa generale di sospensione del corso della prescrizione (prima parte del co. 1 che stabilisce che “*il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale (...) è imposta da una particolare disposizione di legge*”) e un catalogo di ulteriori casi di sospensione (ipotesi previste dai nn. 1-3-ter del co. 1). L'art. 159 c.p., secondo la Corte, risulterebbe pienamente conforme al canone della precisione linguistica anche nel suo segmento di causa generale di sospensione, “*avendo un contenuto sufficientemente preciso e determinato, aperto all'integrazione di altre più specifiche disposizioni di legge, le quali devono comunque rispettare (...) il principio della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) e quello di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3, primo comma, Cost.)*”. La regola generale prevista dalla prima parte dell'art. 159 c.p., dunque, avvertirebbe l'imputato, senza margini di ambiguità e confusione, circa gli effetti di ogni stasi processuale sulla possibile estinzione del reato per decorso del tempo: “*se il procedimento o il processo saranno sospesi in ragione dell'applicazione di una disposizione di legge che ciò preveda, lo sarà anche il decorso del termine di prescrizione*”.

Inoltre, la regola secca fissata dall'art. 159 c.p. – stasi del processo uguale sospensione della prescrizione – non sarebbe, secondo la Corte, l'unica garanzia di cui l'imputato può avvalersi per tutelare le proprie ragioni dinnanzi allo scorrere del tempo. Sul piano generale, infatti, si aggiungerebbero la determinazione tabellare dei termini di prescrizione del reato; la riserva di legge quanto alla individuazione delle cause di sospensione del processo o del procedimento cui quella della prescrizione è

⁴ Così C. CUPELLI, *La sospensione della prescrizione, tra regole dell'emergenza e principi costituzionali: i chiaroscuri della sentenza n. 278 del 2020*, in *Giur. cost.*, 6/2020, p. 3246.

collegata; l'art. 11 delle cc.dd. preleggi, che, stabilendo che la legge non dispone che per l'avvenire, impone di applicare le nuove cause di sospensione coniate dal legislatore solo a partire dalla loro entrata in vigore. Rispetto ad eventuali neointrodotte ipotesi sospensive, peraltro, al divieto di applicazione retroattiva *ex art. 11 delle cc.dd. preleggi* si sommerebbe anche una “*verifica di conformità sia al canone della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.), sia al principio di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3, primo comma, Cost.)*” (par. 14).

2.2. Prove di tenuta del dictum all'ipotesi normativa di specie

Con un'inversione rispetto allo statuto di garanzia indicato in premessa, e, cioè, all'estensione *sic et simpliciter* del principio di legalità e di tutti i suoi corollari all'intera disciplina della prescrizione, la Corte costituzionale si cimenta, nelle battute seguenti, con una verifica a ritroso dell'ammissibilità della norma oggetto di giudizio, vagliandone dapprima la compatibilità con i principi costituzionali *ex artt. 3 e 111 Cost.* e, successivamente, la riconducibilità all'art. 159 c.p.

Quanto al primo aspetto, a parere della Corte, nulla da obiettare dal momento che “*la breve durata della sospensione del decorso della prescrizione è pienamente compatibile con il canone della ragionevole durata del processo*”, e che, “*sul piano della ragionevolezza e proporzionalità, la misura è giustificata dalla finalità di tutela del bene della salute collettiva (art. 32, primo comma, Cost.) per contenere il rischio di contagio da COVID-19 in un eccezionale momento di emergenza sanitaria*” (par. 14).

Rispetto al legame fra l'art. 83, co. 4, d.l. n. 18 del 2020 e il co. 1 dell'art. 159 c.p., invece, la Corte, in linea con la giurisprudenza di legittimità, afferma che una lettura sistematica della disposizione emergenziale permetta di qualificarla come ipotesi di sospensione del processo, visto che i diversi commi che la compongono prevedono ad un tempo il rinvio delle udienze, la sospensione dei termini processuali e di quelli di prescrizione. D'altra parte, si osserva, la stessa soluzione era già stata sostenuta quanto alla sospensione dei processi prevista in via eccezionale per fare fronte ad altre situazioni di emergenza, quali ad esempio

eventi sismici (par. 15); così come non può ritenersi superflua l'espressa previsione, al co. 4 dell'art. 83, della sospensione anche del decorso della prescrizione in ragione della riconducibilità alla disciplina generale codicistica, dal momento che essa assolve una precisa funzione esplicativa *“perché fissa, in modo espresso e quindi in termini maggiormente chiari, compatibili con il rispetto del principio di eguaglianza, la collocazione della disposizione nell'alveo della causa generale di sospensione contenuta nell'art. 159, primo comma, cod. pen.”* (par. 16).

La Corte conclude, dunque, per l'infondatezza della questione di legittimità sollevata per violazione dell'art. 25, co. 2, Cost. affermando che *“il principio di legalità è rispettato perché la sospensione del corso della prescrizione di cui alla disposizione censurata, essendo riconducibile alla fattispecie della «particolare disposizione di legge» di cui al primo comma dell'art. 159 cod. pen., può dirsi essere anteriore alle condotte contestate agli imputati nei giudizi a quibus”*.

Così aggirata la verifica dell'avvenuta lesione del divieto di irretroattività in ordine all'applicazione di una disposizione peggiorativa evidentemente successiva alla commissione dei fatti, la Corte si limita a regolare una questione di diritto intertemporale che finisce per apparire assai meno rilevante. Anche quanto alla scansione temporale degli effetti del d.l. n. 18 del 2020, che, entrato in vigore il 17 marzo 2020, ha previsto la sospensione della prescrizione già a far data dal 9 marzo, viene esclusa ogni violazione del principio di irretroattività, evidenziandone la continuità normativa con il precedente d.l. n. 11 del 2020, adottato l'8 marzo e in vigore dal giorno successivo, di cui, nonostante l'abrogazione, erano stati fatti salvi gli effetti.

3. Un'ulteriore tappa: la sentenza n. 140 del 2021

Qualche mese più tardi, la Corte costituzionale è tornata a vagliare le ricadute dell'emergenza sanitaria sull'istituto della prescrizione, pronunciandosi, con la sentenza n. 140 del 2021, sulla legittimità della sospensione della prescrizione legata alla misura introdotta al fine di consentire, in una seconda fase della epidemia, una lenta ripresa delle attività processuali (*i.e.* il possibile differimento delle udienze sulla scorta delle linee

organizzative fissate dai capi degli uffici giudiziari con conseguente sospensione del corso della prescrizione)⁵.

In questo caso, i giudici *a quibus* lamentavano un possibile *vulnus* ad un diverso corollario della legalità penale, ritenendo difficilmente compatibile con il principio della precisione linguistica la scelta di fondare la sospensione del corso della prescrizione su un potere discrezionale del capo dell'ufficio giudiziario non ancorato a saldi presupposti di legge, cui si aggiungeva una asserita lesione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* quanto alle possibili ricadute di un potere non sufficientemente imbrigliato sul piano della parità di trattamento.

Decisiva, nell'*iter* argomentativo della Corte, la doglianza relativa al canone della sufficiente precisione linguistica, ritenuta fondata ed assorbente i profili di legittimità costituzionale formulati sul piano della uguaglianza/ragionevolezza.

La pronuncia, infatti, muove dalla natura sostanziale della prescrizione e dalla riconduzione dell'istituto al principio di legalità, considerato "*caposaldo del complessivo sistema punitivo*" e suscettivo di estensione – a scapito della regola del *tempus regit actum* – anche alle norme processuali ove determinino ricadute sul tempo necessario a prescrivere il reato (par. 12). In quest'ultimo caso, si precisa, una nuova norma dovrebbe caratterizzarsi come "*sufficientemente determinata*" e "*non retroattiva*" (par. 13).

Tanto premesso sul piano generale, tali coordinate vengono applicate al caso di specie. Sul punto, osserva la Corte, non può dubitarsi che il primo dei due requisiti enumerati – la sufficiente determinatezza – manchi alla norma oggetto di scrutinio (art. 83, co. 9, d.l. n. 18 del 2020): presupposti, contenuto e finalità della misura organizzativa del dirigente dell'ufficio, cui consegue l'effetto *in malam partem*, sono solo genericamente fissati dalla legge, venendo poi completati "*solo al momento dell'adozione del provvedimento di rinvio del processo*". Differimento, peraltro, solamente eventuale dal momento che spetta al giudice del processo interpretare le linee fissate dal capo dell'ufficio, disapplicabili in caso d'urgenza.

⁵ In argomento, D. PIERANTONI, *Irretroattività penale e sospensione della prescrizione del reato: la Corte costituzionale salva la normativa Covid-19*, in *Consulta OnLine*, 2/2021, pp. 554 ss.

La soluzione escogitata dal legislatore per far ripartire il settore della giustizia penale non supera, quindi, il vaglio di costituzionalità.

4. Spunti conclusivi

Come evidenziato in apertura, l'avvento della pandemia da Covid-19 ha riverberato i suoi effetti anche sull'istituto della prescrizione, determinando un allungamento dei tempi di estinzione del reato per decorso del tempo nei processi pendenti, a mezzo di una sospensione generalizzata in una prima fase e di una solamente discrezionale in una seconda fase.

La misura messa in campo dal legislatore per eliminare, nei primi mesi, ogni occasione di contagio nelle aule di giustizia è stata giudicata dalla Corte costituzionale benevolmente. Con passaggi argomentativi non sempre condivisibili e piani⁶, si è consentita l'applicazione retroattiva di una norma sfavorevole al reo, inferendone la preesistenza ai fatti commessi dall'asserito collegamento con una norma generale sulla sospensione della prescrizione, l'art. 159 c.p.⁷.

⁶ Ha osservato come la sentenza n. 278 del 2020 si prestasse ad una lettura secondo "diversi livelli di plausibilità" R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid. Considerazioni a margine di Corte cost., sent. 23 dicembre 2020, n. 278*, in *sistemapenale.it*, 8 febbraio 2021, p. 2.

⁷ Così facendo, ritiene che la Corte costituzionale abbia operato uno "spacchettamento (con contestuale snaturamento) dell'articolo 159 c.p." G.M. FLICK, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1/2021, p. 55. Sempre in una prospettiva critica, osserva come l'art. 159 c.p., così come declinato dalla Corte, risponda perfettamente allo schema della norma penale in bianco L. STORTONI, *La legge penale è "ragionevolmente" retroattiva*, in *penaledp.it*, 4 gennaio 2021 (contra G. L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, in *sistemapenale.it*, 26 dicembre 2020. L'Autore sostiene che l'art. 159 c.p. sia un'ipotesi sospensiva descritta attraverso un elemento normativo, che non si incorpora alla legge penale rimanendo sottoposto al regime processuale).

Per una lettura della sentenza n. 278 del 2020 dal punto di vista processualpenalistico, si rinvia invece, *ex multis*, a O. MAZZA, *La legalità estinta (per prescrizione) e lo squilibrio dei valori costituzionali*, in *Arch. pen.*, 3/2020; I.

Le perplessità e le preoccupazioni circa i possibili cedimenti nella declinazione dei principi fondamentali in tema di prescrizione intravedibili nella sentenza n. 278 del 2020, tuttavia, sono state in parte messe a tacere dalla successiva pronuncia n. 140 del 2021. In essa, infatti, la Corte sembra aver ribadito, anche in questa materia, la necessità di regole precise e predeterminate di matrice legislativa, in linea con quanto affermato sulla natura tassativa della fattispecie in una decisione di poco precedente, la n. 98 del 2021⁸.

Eppure, se è vero che la sentenza n. 140 del 2021 pare aver corretto il tiro rispetto alla precedente decisione, assai discussa anche in seno alla stessa Corte⁹, non può escludersi per il futuro il rischio di un possibile annacquamento dello statuto di garanzia della prescrizione. Gli sviamenti rinvenibili nella recente giurisprudenza costituzionale, infatti, riflettono all'unisono le stonature che hanno caratterizzato i più recenti interventi legislativi in materia. Non v'è dubbio che l'istituto sia, nelle intenzioni del legislatore, sempre più sacrificabile, come dimostrano le innovazioni proposte dapprima più timidamente con la riforma Orlando¹⁰, e più vigorosamente poi con la legge c.d. Spazzacorrotti¹¹.

D'altra parte, l'antifona non pare essere molto cambiata una volta superata la fase più acuta dell'emergenza pandemica: la

PICCOLO, *La sospensione emergenziale della prescrizione tra legalità e ragionevolezza*, in *Arch. pen.*, 1/2021.

⁸ C. cost., 14 maggio 2021, n. 98, con nota di L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *discrimen.it*, 16 luglio 2021.

⁹ Che la gestazione della sentenza n. 278 del 2020 sia stata accompagnata da un vivace dibattito all'interno della Corte è dimostrato dalla mancata coincidenza fra *relatore* e *redattore* della pronuncia.

¹⁰ La l. 23 giugno 2017, n. 103, aveva previsto un allungamento dei termini di prescrizione mediante l'introduzione di due periodi di sospensione, di massimo 18 mesi ciascuno, rispettivamente fra il deposito della sentenza di prime cure e la pronuncia del dispositivo di secondo grado e fra il deposito della sentenza di secondo grado e la pronuncia del dispositivo della sentenza definitiva, con recupero del tempo ai fini del calcolo del *quantum* temporale necessario a prescrivere il reato nel caso di sopravvenuta sentenza di proscioglimento.

¹¹ La l. 9 gennaio 2019, n. 3, aveva modificato l'art. 159 c.p., prevedendo che, a partire dal primo gennaio 2020, la sentenza di primo grado – di condanna o di proscioglimento – sospendesse il corso della prescrizione fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio.

proposta di riforma Cartabia conferma la regola fissata dalla l. c.d. Spazzacorrotti – abolizione della prescrizione dopo la sentenza di primo grado, sia essa di assoluzione o di condanna – dandole una più adeguata collocazione nell’art. 161 c.p., rubricato “*cessazione del corso della prescrizione*”¹², e accompagnandola con la previsione di una nuova sanzione di tipo processuale, l’*improcedibilità*, nei successivi gradi di giudizio (nuovo art. 344-bis c.p.p. – “*Improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione*”), ove siano sforati i rigidi termini di durata delle impugnazioni fissati dalla legge Pinto per la ragionevole durata del processo (due anni per l’appello, un anno per il giudizio in Cassazione e due per quello eventuale di rinvio)¹³.

Certamente quest’ultimo correttivo proposto dalla Ministra Cartabia mira a recuperare le garanzie elise dalla legge c.d. Spazzacorrotti. Eppure, la strada perseguita non sembra pienamente soddisfacente, passando per una sorta di sdoppiamento (della natura) della garanzia approntata per la tutela dell’imputato dinanzi allo scorrere del tempo¹⁴. Nulla di nuovo, però, sotto il sole: tanto la sfiducia nei confronti della prescrizione, quanto i tentativi di ridimensionare la centralità dell’istituto non sembrano potersi imputare all’avvento della pandemia, ma avere radici ben più salde e profonde.

¹² Nonostante la l. n. 3 del 2019 avesse collocato l’innovazione introdotta all’art. 159 c.p. fra le *cause di sospensione della prescrizione*, di fatto ne decretava l’abolizione dopo la pronuncia della sentenza di prime cure, dettando una nuova regola sul suo corso.

¹³ In argomento, G. CANZIO, *Op. cit.*; F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *sistemapenale.it*, 5 settembre 2021, pp. 15 ss.; G.L. GATTA, *Prescrizione del reato e riforma della giustizia penale: gli emendamenti approvati dal Governo su proposta della Ministra Cartabia*, ivi, 10 luglio 2021; criticamente D. PULITANÒ, *Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa*, ivi, 19 luglio 2021.

¹⁴ Osserva come la distinzione introdotta tra prescrizione del reato e c.d. prescrizione del processo rischi di contraddire la tesi della natura sostanziale dell’istituto, e come un cammino di revisione del suo statuto giuridico e di garanzia, di fatto, sia già stato avviato, F. PALAZZO, *Op. cit.*, pp. 17-18.

IL DIALOGO FRA CORTI SULLE IPOTESI DI SOSPENSIONE DELLA PRESCRIZIONE DI ORIGINE PANDEMICA. GLI EFFETTI NEL TEMPO DI UNA EMERGENZA *TEMPORANEA* *

ANNAMARIA CIAMARRA

SOMMARIO: 1. La sospensione della prescrizione nei procedimenti dinanzi la Corte di Cassazione e la soluzione delle Sezioni Unite – Sentenza n. 5292 del 26 novembre 2020. – 2. La soluzione delle Sezioni Unite all’indomani dell’intervento della Consulta. – 3. I riflessi della sentenza delle Sezioni Unite sulle fasi processuali diverse dal grado di legittimità. – 4. L’illegittimità costituzionale della sospensione “facoltativa”. – 5. *Quid iuris* per gli effetti intertemporali della declaratoria di incostituzionalità della ipotesi sospensiva facoltativa? – 6. Riflessioni conclusive.

Abstract: From the dialogue between the Courts on the subject of the suspension of the statute of limitations due to the Covid-19 pandemic, it is possible to outline a common protectionist *ratio*, inspired by the protection of the accused, with respect to which the interest of the State in punishment recedes and the need to respect the principle of legality in all its forms prevails. In order to protect individual rights, the intangibility of the judgement also recedes when the non-relevance of the statute of limitations has been determined by the application of the norm declared unconstitutional.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. La sospensione della prescrizione nei procedimenti dinanzi la Corte di Cassazione – Sentenza n. 5292 del 26 novembre 2020

Con la sentenza del 26 novembre 2020 (dep. 10 febbraio 2021), n. 5292, il Supremo consesso della Corte di cassazione definisce la questione, rimessa dalla Prima sezione penale, relativa al perimetro di operatività della disciplina della sospensione della prescrizione del reato introdotta in seguito all'emergenza Covid-19. La pronuncia, in particolare, delinea la portata applicativa del comma 3-bis dell'art. 83, decreto-legge 17 marzo 2020, n. 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”*), convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, che dispone: *“Nei procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di cassazione e pervenuti alla cancelleria della Corte nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020 il decorso del termine di prescrizione è sospeso sino alla data dell'udienza fissata per la trattazione e, in ogni caso, non oltre il 31 dicembre 2020”*.

L'ordinanza di rimessione aveva sottoposto alle Sezioni Unite la questione di diritto relativa alla latitudine della norma evocata e, in particolare, al *“se la sospensione della prescrizione di cui all'art. 83, comma 3-bis, d.l. n. 18 del 2020, conv. in l. n. 27 del 2020, operi con riferimento ai soli procedimenti che, tra quelli pendenti dinanzi alla Corte di cassazione, siano pervenuti alla cancelleria della stessa nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020, ovvero, invece, con riferimento a tutti i procedimenti comunque pendenti in detto periodo, anche se non pervenuti alla cancelleria tra le date suddette”*.

Tale ordinanza è stata deliberata nell'ambito di un procedimento relativo alla condanna alla pena dell'ammenda per la contravvenzione del porto di coltello a serramanico (art. 4, commi 2 e 3, l. 18 aprile 1975, n. 110): l'imputato aveva proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza di condanna di primo grado e l'udienza di trattazione veniva fissata – dato l'imminente decorrere della prescrizione (il reato, consumato il 18 aprile 2015, si sarebbe prescritto il 18 aprile 2020) dalla Prima sezione della Corte di cassazione per il 20 marzo 2020. L'emergenza sanitaria determinata dalla pandemia del virus Covid-19 ha imposto il rinvio dell'udienza dapprima al 4 maggio 2020 e, successivamente, al 22 settembre 2020. Nelle more, il ricorso veniva restituito, il

17 luglio 2020, all'Ufficio per l'esame preliminare dei ricorsi presso la Prima sezione per il nuovo calcolo del termine di prescrizione e, in quella sede, la stessa Prima sezione, preso atto dei diversi orientamenti delineatisi nella giurisprudenza di legittimità riguardo all'esatta portata dell'art. 83, comma 3-*bis*, del decreto citato (c.d. Cura Italia), sottoponeva la questione alle Sezioni Unite.

2. La soluzione delle Sezioni Unite all'indomani dell'intervento della Consulta

In tema di prescrizione, il giudice delle leggi è intervenuto, una prima volta¹, in ordine al diverso ma connesso profilo relativo all'ambito di applicabilità dell'art. 83, comma 4, d.l. n. 18/2020, che è stato ritenuto costituzionalmente conforme all'art. 25, comma 2, Cost. nella parte in cui ha comportato per 64 giorni (dal 9 marzo all'11 maggio 2020, in corrispondenza del primo *lockdown* nazionale) la sospensione della prescrizione del reato in relazione a fatti commessi prima della sua entrata in vigore².

La soluzione ermeneutica della Consulta, che ha ritenuto costituzionalmente conforme l'applicazione delle ipotesi sospensive della prescrizione (riconducibili alla regola generale espressa nell'art. 159, comma 1, c.p., che attraverso un automatismo ancora la sospensione del termine di prescrizione del reato alla sospensione del procedimento penale "*imposta da una particolare disposizione di legge*"³) connesse al Covid ai fatti commessi prima della entrata in vigore della norma censurata, viene implicitamente sposata anche dalla sentenza delle Sezioni Unite in esame, che, nell'affrontare la questione, ha dato atto della genesi delle disposizioni, ricostruendo le possibili interpretazioni registrate nella recente giurisprudenza di legittimità.

Secondo un primo orientamento, inaugurato dalla sentenza Lungaro⁴, la sospensione del corso della prescrizione nel

¹ C. cost., 18 novembre 2020, n. 278.

² F. PAOLANTONIO - L. SPINA, *Il punto sulla sospensione della prescrizione nella legislazione di emergenza*, in *penaledp.it*, 15 giugno 2021.

³ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, X ed., Milano, 2021, p. 132.

⁴ Cass. pen., sez. V, 14 luglio 2020, n. 25222; Cass. pen., sez. III, 13 novembre 2020, n. 25808, *Pianeta*; Cass. pen., sez. V, 17 settembre 2020, n. 26215, *Aloi*.

giudizio di legittimità, prevista dall'art. 83, comma 3-bis, “*si applica ove sussistono «congiuntamente» le condizioni per cui il procedimento sia pervenuto nella cancelleria della Cassazione nel periodo tra il 9 marzo e il 30 giugno 2020 e sia rimasto pendente nel medesimo periodo in quanto non ancora definito*”.

Tale assunto si fonda su una pluralità di argomentazioni. In primo luogo, si valorizza l'argomento letterale, ed in particolar modo la congiunzione “e”, utilizzata dal legislatore per collegare le locuzioni “*nei procedimenti innanzi alla Corte di cassazione*” e “*pervenuti alla cancelleria della Corte nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020*”. In secondo luogo, si evidenzia l'autonomia concettuale del requisito della “pervenienza” rispetto a quello della “pendenza”, in tal modo evitandosi il rischio di una *interpretatio abrogans* del primo. In terzo luogo, si richiama il carattere eccezionale e di sfavore della norma, insuscettibile di estensione analogica o di interpretazione estensiva ai ricorsi pervenuti a Piazza Cavour prima del 9 marzo 2020. Una quarta argomentazione valorizza la *voluntas legis*, ravvisata nella esigenza di escludere l'operatività della sospensione rispetto ai ricorsi pervenuti ma già definiti ai sensi dei commi 3 e 9 dell'articolo in esame.

Alla luce di siffatte argomentazioni, dunque, l'orientamento largamente maggioritario aveva affermato come la sospensione della prescrizione del comma 3-bis trovasse applicazione esclusivamente nei casi in cui sussistessero, congiuntamente, i seguenti elementi: da un lato, il ricorso sarebbe dovuto pervenire nella cancelleria della Corte di cassazione nel periodo compreso tra il 9 marzo ed il 30 Giugno 2020, e dall'altro lato, il procedimento sarebbe dovuto rimanere pendente nel periodo appena considerato, in quanto non ancora definito.

Il Supremo consesso ha dato altresì conto di altre pronunce⁵ della giurisprudenza di legittimità che, pur non contrastando con il primo orientamento testé delineato, non fanno applicazione dell'art 83, comma 3-bis, “*apparentemente recependo in maniera implicita la tesi secondo cui il requisito della «pendenza» deve coesistere con quello della «pervenienza» entro il periodo emergenziale*”. In tal modo reputando che la sospensione della

⁵ Cass. pen., sez. V, 15 settembre 2020, n. 29967; Cass. pen., sez. V, 9 luglio 2020, n. 25944; Cass. pen., sez. V, 13 luglio 2020, n. 30434; Cass. pen., sez. II, 11 settembre 2020, n. 26590; Cass. pen., sez. II, 16 luglio 2020, n. 25980; Cass. pen., sez. I, 30 ottobre 2020, n. 31013.

decorrenza dei termini trovi applicazione nell'ambito di tutti i procedimenti pendenti in cassazione.

Alla luce di tali premesse, le Sezioni Unite dettano il principio di diritto secondo cui *“la sospensione della prescrizione di cui all’art. 83 comma 3 bis D.L. n. 18 del 2020, conv. nella L. n. 27 del 2020 opera esclusivamente con riferimento ai procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di Cassazione e che siano pervenuti alla cancelleria della stessa nel periodo dal 9 Marzo al 30 Giugno 2020”*.

La Corte di cassazione ha sposato, quindi, l'indirizzo sostenuto dal primo orientamento per una pluralità di argomentazioni.

In primo luogo, è stato valorizzato il dato testuale fondato su una interpretazione letterale, in quanto è *“da escludersi che il testo della norma si presti a letture diverse da quella fatta propria dalla giurisprudenza citata. La sua formulazione è inequivocabile nel cumulare il requisito della pendenza del procedimento a quello dell’essere lo stesso pervenuto alla cancelleria della Corte tra il 9 Marzo e il 30 Giugno 2020, posto che i sintagmi che li esprimono sono collegati dalla congiunzione «e» in evidente funzione copulativa”*.

In secondo luogo, è stata valorizzata la *ratio* sottesa alla normativa emergenziale, che ha indotto il legislatore a limitare la sospensione della prescrizione ai soli procedimenti per i quali non sussistessero le condizioni per la trattazione ai sensi delle disposizioni di cui all’art 83, commi 1, 2, 6 e 7.

In terzo luogo, è stato valorizzato l’argomento sistematico in quanto la necessità di introdurre una causa di sospensione della prescrizione è stata giustificata dall’esigenza di un bilanciamento di interessi fra il sacrificio dei diritti individuali, da un lato e, dall’altro, l’esigenza di contenere e predeterminare gli effetti delle misure volte a contenere l’emergenza pandemica.

Risulta, infine, decisivo l’argomento *a contrario*, poiché, se si aderisse alla opposta interpretazione che prefigura l’estensione dell’ambito di operatività della norma, *“dovrebbe sospendersi il corso della prescrizione anche ai procedimenti pervenuti ben prima del 9 Marzo in cui sia stata fissata udienza per una data successiva al 30 Giugno 2020 e questa sia poi stata regolarmente celebrata. Il che renderebbe difficilmente giustificabile sul piano della ragionevolezza l’intervento normativo, risultando evidente che in tale ipotesi – tutt’altro che residuale ovviamente – l’emergenza pandemica non ha avuto alcun concreto riflesso sui tempi della decisione del procedimento”*.

Le argomentazioni e la soluzione offerta dalle Sezioni unite forniscono plurimi spunti di riflessione. La questione relativa alla disciplina della sospensione del processo – e conseguentemente anche del corso della prescrizione – involge, invero, tematiche di ampio respiro, che attengono alla natura giuridica della prescrizione, al rapporto con il principio di legalità, alla formulazione dell'art 159 c.p. e agli effetti intertemporali che derivano dalla normativa emergenziale.

3. I riflessi della sentenza delle Sezioni Unite sulle fasi processuali diverse dal grado di legittimità

Un primo aspetto da analizzare involge i possibili riflessi sulla disciplina della sospensione emergenziale della prescrizione nelle altre fasi del procedimento o del processo penale, in quanto, come rilevato, il quesito ermeneutico posto all'attenzione delle Sezioni Unite ha riguardato esclusivamente il giudizio di legittimità e non già le altre fasi del processo.

Con riferimento all'applicazione dell'art. 83, comma 4, distingue, invece, il giudizio di legittimità rispetto alle altre fasi processuali: *“Sul punto è opportuno aggiungere, a scanso di equivoci, che la sospensione dei termini di prescrizione nelle altre fasi del procedimento o del processo non è altrettanto necessariamente legata alla sopravvenuta impossibilità di celebrare un'udienza, posto che il citato secondo comma dell'art. 83 sospende, senza distinzione, «tutti i termini procedurali» purché, come detto, gli stessi decorrano nell'intervallo temporale considerato da tale disposizione e siano tali nel senso indicato dal primo comma dell'art. 172 cod. proc. pen. Ed in proposito va in particolare sottolineato come rimangano sospesi anche i termini per proporre qualsiasi tipo di impugnazione, compreso, ovviamente, il ricorso per cassazione”*⁶.

In tal modo, le Sezioni Unite delineano un assetto interpretativo destinato a regolare l'incidenza della prescrizione non solo sui procedimenti di legittimità in corso, ma a determinarne la durata anche nella fase del merito⁷: l'applicazione della sospensione della prescrizione di cui all'art. 83, comma 4, d.l. 18/2020

⁶ Cass., sez. un., 26 novembre 2020, n. 5292, *Sanna*.

⁷ G. GATTA, *Le Sezioni unite, dopo la Consulta, sulla sospensione emergenziale della prescrizione del reato: circoscritto l'ambito di applicabilità della disciplina*, in *sistemapenale.it*, 11 febbraio 2021.

(fase 1 dei rinvii, dal 9 marzo all'11 maggio 2020, per un totale di 64 giorni) è applicabile nel giudizio di Cassazione soltanto nei casi in cui sia stata fissata un'udienza nell'anzidetto periodo, mentre, per le altre fasi processuali, la sospensione opera ogniqualvolta vi sia stata un'effettiva sospensione dei termini processuali, senza la necessità che vi sia stata la fissazione dell'udienza nel lasso temporale considerato.

Alla luce della giurisprudenza in esame, è ragionevole sostenere che la sospensione della prescrizione del reato debba operare solo in relazione ai procedimenti nei quali vi sia stata un'effettiva sospensione di un qualche termine, ossia una concreta incidenza della disciplina emergenziale nella progressione processuale.

A tanto consegue il rischio dell'operatività di una di disciplina della sospensione della prescrizione eterogenea a seconda della fase processuale, in quanto in Cassazione, a differenza degli altri gradi di giudizio, la sospensione opera, come cristallizzato dalle Sezioni Unite, "solo" se il ricorso sia prevenuto nella finestra temporale che va dal 9 marzo al 30 giugno 2020⁸.

4. L'illegittimità costituzionale della sospensione "facoltativa"

Un ulteriore aspetto rilevante attiene all'ipotesi di sospensione legata al rinvio facoltativo delle udienze disposto con provvedimento del capo dell'ufficio giudiziario ai sensi dell'articolo 83, comma 9, del d.l. n. 18 del 2020, secondo cui la sospensione del corso della prescrizione può operare "*per il tempo in cui i procedimenti penali sono rinviati ai sensi del precedente comma 7, lettera g), e in ogni caso, non oltre il 30 giugno 2020*". Questa disposizione prevede(va) l'applicazione della sospensione della prescrizione dal 12 maggio al 30 giugno 2020 e presuppone(va) la fissazione di un'udienza nel periodo considerato: questa ipotesi di sospensione, al contrario di quelle da ultimo considerate, si proiettava in tutte le fasi del procedimento penale e non solo nel grado di legittimità. In relazione a questa causa di sospensione, dunque, il problema relativo alla diversificazione della disciplina in base alle fasi processuali del giudizio non si è posto, in quanto l'articolo 83, comma 9, ha introdotto la sospensione

⁸ *Ibid.*

della prescrizione attraverso il rinvio alle misure organizzative demandate all'iniziativa dei capi degli uffici in ogni fase del giudizio.

La norma in esame (che non è stata coinvolta dalla sentenza 23 dicembre 2020, n. 278, della Consulta, incentrata sul comma 4 dell'art. 83) è stata, invece, oggetto della declaratoria di incostituzionalità pronunciata dalla Corte costituzionale con la recente sentenza del 6 luglio 2021, n. 140⁹.

Il giudice delle leggi – dopo aver richiamato l'impianto motivazionale della sentenza n. 278 del 2020 ed il quadro normativo in cui si colloca la norma censurata – ha individuato il profilo di illegittimità nel contrasto con il principio di legalità cristallizzato dall'art. 25 Cost. e, in particolare, con riguardo alla sufficiente determinatezza della fattispecie sospensiva, dalla quale consegue il congelamento del termine di prescrizione dei reati nel periodo dal 12 maggio al 30 giugno 2020.

Per l'importanza della questione, l'ordinanza della Consulta è stata corredata da un comunicato stampa ufficiale¹⁰ in cui si legge che nella normativa emergenziale di cui al comma 9 dell'art. 83 è stata ravvisata la violazione del citato principio *“perché il rinvio delle udienze, cui si ricollega la sospensione della prescrizione, costituisce il contenuto soltanto eventuale di una misura organizzativa che il capo dell'ufficio giudiziario può adottare, quale facoltà solo genericamente delimitata dalla legge quanto ai suoi presupposti e alle finalità da perseguire”*.

Le argomentazioni su cui si fonda la declaratoria di illegittimità sono plurime.

In primo luogo, la Consulta giustifica la già menzionata conclusione in virtù della natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, come già ribadito nella sentenza 278 del 2020¹¹: il carattere sostanziale – e non già processuale – dell'istituto involge la necessaria applicazione dei principi di legalità, di irretroattività e dei loro corollari, quali la precisione e la determinatezza, in

⁹ Le ordinanze di rimessione n. 133, n. 152, n. 159 e n. 165 del 2020 dei Tribunali ordinari di Paola, Spoleto, Roma e Crotone sollevano questioni di legittimità costituzionale della norma citata per una pluralità di violazioni costituzionali e convenzionali.

¹⁰ Ufficio Stampa della Corte costituzionale, comunicato del 6 luglio 2021.

¹¹ R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid. Considerazioni a margine di Corte cost., sent. 23 dicembre 2020, n. 278, in sistemapenale.it*, 8 febbraio 2021.

quanto “*la persona incolpata di un reato deve poter avere previa consapevolezza della disciplina della prescrizione concernente sia la definizione della fattispecie legale, sia la sua «dimensione temporale»; quest’ultima risultante dalla (ben precisa) durata tabellare della prescrizione (art. 157 cod. pen.) e dalla (possibile) incidenza su di essa di regole processuali, quali quelle dell’interruzione e della sospensione (amplius, sentenza n. 278 del 2020). Ciò comporta (...) la predeterminazione per legge del termine entro il quale sarà possibile l’accertamento nel processo, con carattere di definitività, della responsabilità penale*”.

In secondo luogo, la Consulta delinea un parallelismo fra la struttura del comma 4 dell’art. 83 e del comma 9 del medesimo articolo: la prima disposizione “*ancora la sospensione del termine di prescrizione a presupposti compiutamente definiti nei precedenti commi 1 e 2, talché la fattispecie è sufficientemente determinata per legge*”, mentre la seconda “*fa riferimento al precedente comma 7, lettera g), che contiene un rinvio alle «misure organizzative» che i capi degli uffici giudiziari – in ragione della generale previsione del comma 6 del medesimo art. 83 – sono facoltizzati ad adottare per contrastare l’emergenza epidemiologica da COVID-19*”. Alla luce di tali differenze, normative e strutturali, la Consulta sottolinea che la previsione del rinvio delle udienze, cui si ricollega la sospensione del decorso della prescrizione, rappresenta una facoltà che risulta “*solo genericamente delimitata dalla legge quanto ai suoi presupposti e alle finalità da perseguire*”. Tale previsione normativa, la cui natura sostanziale non è messa in discussione dal collegamento ad una norma processuale, è idonea a produrre effetti in *malam partem* per l’imputato poiché estende il termine entro il quale la fattispecie estintiva della punibilità si realizza, e, pertanto, deve rispettare il dogma inderogabile della legalità: è monopolio del legislatore prevedere con sufficiente determinatezza gli elementi costitutivi del reato e la relativa punibilità, così da assicurarne un sufficiente grado di conoscenza o di conoscibilità.

La Corte costituzionale conclude ribadendo che la norma censurata “*nel prevedere una fattispecie di sospensione del termine di prescrizione, rinvia a una regola processuale, recante la sospensione del processo, il cui contenuto è definito integralmente dalle misure organizzative del capo dell’ufficio giudiziario, così esibendo un radicale deficit di determinatezza, per legge, della fattispecie, con conseguente lesione del principio di*

legalità limitatamente alla ricaduta di tale regola sul decorso della prescrizione”.

5. Quid iuris per gli effetti intertemporali della declaratoria di incostituzionalità della ipotesi sospensiva facoltativa?

La declaratoria di incostituzionalità operata dalla sentenza n. 140 del 2021, annoverabile fra le cc.dd. sentenze *in bonam partem* in quanto produce conseguenze favorevoli per l'imputato, pone il tema dell'efficacia intertemporale della pronuncia. In chiave prospettica, è utile interrogarsi sulla qualificazione della sentenza in esame e sui possibili rimedi a tutela dell'imputato nel caso della applicazione, del procedimento a suo carico, della normativa emergenziale illegittima.

A ben guardare, la sentenza in esame incide sull'*an* della rilevanza penale del fatto criminoso poiché la prescrizione, quale elemento che esclude la punibilità, è una causa di estinzione del reato: in questa prospettiva, la causa di sospensione dichiarata illegittima può essere considerata come un elemento che attiene alla dimensione temporale della fattispecie legale ed incide, quindi, sull'applicazione concreta di quest'ultima.

Conseguentemente, gli effetti intertemporali relativi a siffatta declaratoria di illegittimità costituzionale non possono che essere quelli previsti dall'art. 30, comma 3, l. 11 marzo 1953, n. 87, e dall'art. 136 Cost., dai quali si ricava che nessun giudice può applicare, a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, la legge dichiarata incostituzionale a fatti che si siano verificati in qualsiasi tempo.

A tanto segue che il computo del termine di prescrizione non può tenere in alcuna considerazione il periodo di sospensione, eventualmente considerato, ai sensi della disposizione dichiarata incostituzionale. In quest'ottica, il rimedio a tutela dell'imputato al quale sia stata applicata questa causa di sospensione del processo – e anche del corso della prescrizione – è duplice: se non si è formato il giudicato di condanna, trova applicazione al caso concreto la decisione espressa dalla sentenza costituzionale, per cui il giudice è tenuto a rilevare anche d'ufficio *ex art. 129 c.p.p.* l'avvenuta declaratoria di incostituzionalità.

Nel caso in cui, invece, sia intervenuta *medio tempore* una condanna per un reato che non sia stato dichiarato prescritto in

virtù della disposizione censurata, sembra esperibile il rimedio restitutorio previsto dall'art. 673, comma 1, c.p.p., ai sensi del quale il giudice dell'esecuzione deve revocare la sentenza di condanna o il decreto penale¹². Può, invero, trovare applicazione, per identità di *ratio*, il principio, già affermato dalla giurisprudenza di legittimità¹³ in riferimento agli effetti della sentenza della Corte cost. n. 52 del 2016, secondo il quale il giudice dell'esecuzione, adito con istanza di revoca della sentenza definitiva di condanna, ha il potere-dovere di dichiarare l'estinzione per prescrizione del reato, ritenuto non prescritto in virtù dell'applicazione della norma dichiarata incostituzionale, da cui deriva l'illegalità della pena inflitta ed il necessario rilievo della causa estintiva, non ravvisata e valutata dal giudice della cognizione, non essendo precluso detto intervento *in executivis* dal giudicato.

6. Riflessioni conclusive

Alla luce di questa breve disamina della giurisprudenza succedutasi in ordine al delicato profilo della sospensione emergenziale della prescrizione, appare chiaro che le pronunce siano ispirate tutte dalla medesima *ratio* garantista, a tutela dell'imputato: la prescrizione è un istituto che rappresenta il frutto di un delicato bilanciamento di interessi¹⁴, in quanto le scelte di politica criminale legate alla gravità dei reati, le valutazioni in ordine all'affievolimento progressivo dell'interesse della collettività alla punizione del comportamento penalmente rilevante e la determinazione del tempo di estinzione del reato sono decisioni che ricadono nel monopolio del legislatore¹⁵. Dalla *ratio* sottesa all'istituto della prescrizione, e alla sospensione della stessa, si evince come le sentenze in esame siano tutte orientate dall'esigenza di limitare la discrezionalità dell'interprete, in quanto il principio di legalità è rispettato ogniqualvolta la disciplina della sospensione del processo e del corso della prescrizione trovi “*una descrizione*

¹² G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, X ed., Milano, 2021, p. 157.

¹³ Cass. pen., sez. III, 25 marzo 2019, n. 12916; Cass. pen., 10 dicembre 2018, n. 55015; Cass. pen., 8 luglio 2017, n. 38691; Cass. pen., 16 novembre 2017, n. 52438.

¹⁴ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Bologna, 2019, p. 764.

chiara e precisa nella medesima disposizione che la prevede (art. 159 cod. pen.), oppure, ferma restando la riconducibilità alla disposizione codicistica, essa è integrata dal richiamo a una «particolare disposizione di legge»”.

IL PROCESSO CARTOLARE IN CASSAZIONE. PER UNA TEORIA DELL'ORALITÀ UTILE*

GIULIA DI PARDO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Aspetti di luce: possibilità di sistematizzazione. – 3. Aspetti di ombra: limiti e contraddizioni. – 4. Ipotesi di intervento nell'era *post-pandemica*. – 5. Conclusioni.

Abstract: The essay takes into consideration the theme of the adversarial hearing during the pandemic period and moves to a consideration of the twofold question of (a) the limits and possibilities of simplified written proceedings without an oral hearing before the Supreme Court and (b) whether the system adopted during the pandemic could be implemented further on. By intertwining what emerges at the theoretical level and what occurs in terms of current law, it can be stated that solutions cannot depend on purely philosophical or political options but rather demand full awareness of the implications and consequences of such solutions on Supreme Court judgments.

1. Introduzione

Emerge dalla legislazione pandemica di questo periodo emergenziale una crisi tutta nuova ma non per questo meno impellente, nonché di particolare attualità: da un anno a questa parte il modello processuale – tanto in campo civile quanto in quello penale – nell'ambito del giudizio di legittimità, è profondamente mutato. E seppur a prima vista potrebbe apparire questione di poco conto, la possibile stabilizzazione del c.d. contraddittorio scritto (o cartolare) – in prospettiva sistemica o altrimenti *de iure*

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

condendo – della legislazione emergenziale è in grado di coinvolgere principi fondamentali del nostro ordinamento, costituzionali e convenzionali: il giusto processo, il contraddittorio, il diritto alla difesa. Inoltre, coinvolge diritti logicamente e giuridicamente correlati con questo possibile diverso rito: il diritto o meno della parte ad ottenere la trattazione orale, nonché la possibilità di assicurare la massima producibilità degli atti. Sebbene alcuni sostengano che il processo di legittimità sia per sua natura un processo cartolare, non può mancarsi di notare che la regolamentazione eccezionale del contraddittorio scritto vive all'interno di leggi emergenziali e al di fuori del codice di procedura penale. Basterebbe questo rilievo per denotarne la dissimmetria rispetto all'ortodossia processuale. Vero è che forse bisognerebbe dare un diverso significato all'oralità in Cassazione, oralità indubbiamente essenziale e necessaria perché funzionale al ragionamento induttivo che caratterizza il processo di legittimità. Il presente contributo si concentrerà, allora, sul verificare la praticabilità di un contraddittorio prevalentemente cartolare presso la Corte di Cassazione.

In altri termini, occorrerà rispondere al quesito se sia percorribile a regime la scelta compiuta dal legislatore dell'emergenza sanitaria: rendere tale procedimento – quello cartolarizzato – la regola, derogabile solamente ad istanza della parte che richiede la discussione orale. Ponendoci così un interrogativo teorico altrettanto pregnante: in che limiti si può rinunciare al principio di oralità – e *a fortiori* di pubblicità – in Cassazione?

Nello specifico, il contraddittorio cartolare, che inevitabilmente include il tema del significato della discussione orale in Cassazione, viene introdotto quale prima novità emergenziale immediatamente a ridosso dell'improvvisa comparsa del Covid-19, riferendosi inizialmente solo al giudizio di legittimità per poi essere esteso al giudizio di appello. Dando così vita sul piano procedimentale ad un *tertium genus*, quello del rito camerale non partecipato, al di fuori del perimetro dell'art. 611 c.p.p., durante il quale la *quaestio iuris* “*si inaridisce nella cartolarità delle argomentazioni*”¹. A questo rito ha poi fatto da *pendant* la camera di consiglio a distanza.

¹ G. SPANGHER, *Covid-19: nel disastro si vede chiaro*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 1/2020, pp. 9 ss.

Si cercherà allora di proporre possibili risposte al complesso quesito circa la possibilità di derivare dalla crisi pandemica – che ha rappresentato *ex se* la condizione per legittimare in via eccezionale forme peculiari di approccio all’attività giurisdizionale – un metodo estendibile al futuro prossimo, facendo di questa esperienza, per così dire, sistema.

2. Aspetti di luce: possibilità di sistematizzazione

Il tessuto normativo a cui si è brevemente fatto riferimento potrebbe indurre a pensare ad una “rivoluzione copernicana” nel giudizio di legittimità penale, analogamente a quanto realizzato nell’ambito di quello civile con la legge 25 ottobre 2016, n. 197, dove il rito camerale è diventato rito ordinario mentre il rito orale viene riservato soltanto alle cause di particolare rilevanza o comunque di valenza nomofilattica.

Tuttavia, nell’affrontare questo delicatissimo tema, non appare metodologicamente corretto ripercorrere in modo specifico l’esegesi delle singole norme, frutto di decreti-legge poi modificati, implementati da protocolli locali, da provvedimenti amministrativi geograficamente diversificati; fonti spurie in eterno divenire che inevitabilmente allontanano dalla priorità di un esame specifico. È necessario, invece, cogliere le linee di tendenza e le linee sistematiche dalle quali emerge questa (potenziale) “controriforma” del processo penale².

In estrema sintesi, può dirsi che per i giudizi pendenti in Cassazione, l’art. 23, comma 8, d.l. 137/2020 (convertito nella legge 18 dicembre 2020, n. 176), prevedeva, quale regola ordinaria e generale, che i procedimenti da trattarsi nelle forme della camera di consiglio partecipata (art. 127 c.p.p.) e in pubblica udienza (art. 614 c.p.p.) si dovessero svolgere senza l’intervento delle parti e del Procuratore Generale, salvo che una delle suddette parti facesse richiesta di discussione orale. La richiesta orale necessitava di essere formulata per iscritto entro il termine “libero”

² Si fa in particolare riferimento al comma 8 (e 8-bis) dell’art. 23 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, che ha dettato specifiche regole per il procedimento di legittimità, per la trattazione dei ricorsi e per il procedimento in camera di consiglio.

di venticinque giorni dall'udienza e di essere inviata, mediante p.e.c., in cancelleria.

Nel caso in cui non venisse esercitata l'opzione per la discussione orale, era necessario procedere con le forme dell'udienza non partecipata, affidando il contraddittorio tra le parti allo scambio delle rispettive richieste formulate per iscritto, secondo il meccanismo già sperimentato nel vigore dell'art. 83, comma 12-ter, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18³.

Preliminarmente occorre sottolineare che il processo di legittimità è per sua natura un processo cartolare. Nell'affrontare gli aspetti di luce di un'eventuale stabilizzazione del rito cartolare di legittimità penale occorrerà interrogarsi sulla compatibilità del rito cartolare con i diritti fondamentali che vengono in rilievo nei giudizi di legittimità: il diritto di difesa, il diritto al contraddittorio, il principio di pubblicità delle udienze. Senza dimenticare il diritto alla ragionevole durata del processo e il principio di economia processuale⁴. Dunque, occorre *prima facie* affrontare le criticità del rito cartolare rispetto ai diritti fondamentali; nonché il diritto o meno della parte ad ottenere la trattazione orale. In altri termini, se "la scelta dell'oralità" debba essere rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, ovvero si possa immaginare come diritto perfetto della parte.

Un altro tema collegato è certamente quello relativo alla possibilità di assicurare la massima producibilità degli atti, in quanto alla valorizzazione del processo scritto deve necessariamente corrispondere anche la massima possibilità di ostensione degli atti ad opera delle parti.

Il tema centrale resta però l'oralità, il tipo di contraddittorio che in Cassazione deve essere – in vario modo – rispettato. Se non è possibile immaginare un "distopico" scenario di totale eliminazione dell'oralità, può ben ipotizzarsi un giudizio di Cassazione in cui l'oralità – per così dire – riceva una limitazione nella sua esplicazione all'interno delle varie procedure possibili nel rito dinanzi alla Corte di Cassazione. Di conseguenza differenziando anche il tipo di contraddittorio che risulti più adatto a

³ Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo, 87R/20, *Le novità per il giudizio penale in Cassazione introdotte dal d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 in tema di emergenza epidemiologica da Covid-19*, 2 novembre 2020, p. 4.

⁴ V. GREVI, *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia oggettiva del «giusto processo» penale*, in *Cass. pen.*, 10/2003, pp. 3204 ss.

questo tipo di oralità: contraddittorio cartolare, ovvero contraddittorio con oralità piena (che la Cassazione conosce nelle varie forme processuali e procedurali: *i.e.*, artt. 127; 614; 611 c.p.p.).

È possibile riprendere una provocazione⁵ relativa al principio di oralità in Cassazione: tracciando così una *summa divisio* tra un'oralità "utile" e una oralità che utile non è. Nei giudizi di fronte alla Suprema Corte non conta la parola persuasiva, bensì le ragioni del ricorso scritto ed eventualmente le ragioni della sentenza impugnata. Ragioni che, all'evidenza, non possono mutare se pronunciate a voce davanti al collegio della Corte di Cassazione.

Ne deriva che l'oralità è evidentemente inutile nel processo di Cassazione, quantomeno nei casi in cui il ricorrente ripeta a voce ciò che ha già scritto nel ricorso. Per correggere queste distorsioni sarebbe quindi auspicabile una valorizzazione del rito camerale non partecipato, tale da assicurare un'effettiva e razionale selezione delle discussioni orali; è necessario modificare le prassi della magistratura e dell'avvocatura in modo da trasformare l'oralità in utile confronto. Questo se vuole evitarsi di svuotare completamente di significato il principio dell'oralità nel processo di Cassazione, limitandolo ad un mero guscio vuoto. Per fare ciò, potrebbe ipotizzarsi una limitazione dell'oralità, *in primis* sviluppando sistemi di riduzione delle discussioni orali tramite un impianto normativo fondato su una *ratio* di semplificazione e razionalizzazione. Non escludere, quindi, l'oralità; ma limitarla. Raggiungere un vero e proprio "tasso di utilità" dell'oralità in Cassazione.

La legislazione pandemica ha ridotto l'oralità e ha sostanzialmente optato per un procedimento a contraddittorio cartolare, in via prevalente. In altri termini, la regola stabilita dalla legislazione – naturalmente transitoria – della pandemia è stata quella di trasformare i procedimenti in udienza pubblica e quelli in udienza camerale partecipata in procedimenti (di regola) cartolari, ovvero basati su scritti. Dunque: cartolarizzazione dell'udienza; "remotizzazione" dell'udienza e primi passi avanti

⁵ G. FIDELBO, *Processo "scritto" e limiti all'oralità in Cassazione*, in *Sistema Penale*, 3/2021, p. 1.

per quanto riguarda il processo penale telematico anche in Cassazione⁶.

Le note positive di questi interventi non possono essere sottovalutate: le disposizioni emergenziali hanno consentito la possibilità di contenere il rischio contagio e di assicurare allo stesso tempo la celebrazione dei processi in Cassazione, evitando sospensioni e rallentamenti (ulteriori) della giustizia. Hanno permesso, inoltre, di mettere in discussione le forme stesse di gestione del giudizio di Cassazione, proprio attraverso la valorizzazione della procedura camerale e del contraddittorio cartolare.

3. Aspetti di ombra: limiti e contraddizioni

La stessa idea di associare il termine contraddittorio con l'aggettivazione cartolare introduce, se riferita al processo penale, quello che potrebbe definirsi un "ossimoro ontologico", una palese contrapposizione logica, nella misura in cui il concetto di contraddittorio si sviluppa tramite un contatto diretto con il giudice della decisione. Al contrario, nella trattazione cartolare il contraddittorio è affidato in via esclusiva allo scritto ed è mediato e indiretto. Il contraddittorio è, anzi, necessario alla Cassazione: è essenziale e necessario perché funzionale al ragionamento induttivo che caratterizza questo tipo di processo. Ragionamento induttivo che deve caratterizzare questo giudizio, basato su una probabilità comparativa: cioè su ipotesi e contro-ipotesi; prove e controprove; argomenti e contro-argomenti⁷. Il *punctum dolens* resta però invariato: verificare la praticabilità di un contraddittorio *prevalentemente cartolare* in Corte di Cassazione. È davvero un'ipotesi che stride con il nostro giudizio, un'ipotesi totalmente avulsa dal significato del contraddittorio? Oppure si tratta di una via percorribile? Esiste invero nel nostro ordinamento un rito

⁶ È bene dissociarsi dalla – erronea – identificazione tra "telematico" e "cartolare". Nella letteratura del 2020 è apparsa questa sovrapposizione confusa, che manca di distinguere due fenomeni profondamente diversi. Per "telematico" si intende il percorso di telematizzazione del processo, l'implementazione di modalità di discussione e decisione a distanza. Per cartolare si intende, invece, il contraddittorio scritto che si svolge mediante il deposito di atti delle parti.

⁷ Sul punto v. G. FIDELBO, *Op. cit.*, p. 4.

caratterizzato da un contraddittorio cartolare: il rito previsto dall'art. 611 c.p.p., che è interamente scritto e privo di oralità.

Se è vero che dopo la riforma del 1999 il c.d. giusto processo fondato sul contraddittorio è stato costituzionalizzato (art. 111, commi 4 e 5, Cost.)⁸; accanto a questo contraddittorio, che riguarda principalmente la decisione sulla formazione della prova – fondamentale nella decisione di merito – esiste anche un contraddittorio “non probatorio”, un contraddittorio di carattere argomentativo che ha come significato minimo quello di “dire e contraddire”. Il “contraddittorio argomentativo”, dunque, *ex art.* 111, co. 2, Cost., tipico del giudizio di Cassazione⁹. E questo tipo di contraddittorio non riguarda la formazione della prova, bensì è funzionale al ragionamento induttivo. Rispetto a tale contraddittorio argomentativo, la Corte di Cassazione conosce tre formule decisorie: il contraddittorio orale in pubblica udienza, il contraddittorio orale in camera di consiglio partecipata e il contraddittorio scritto in camera di consiglio non partecipata. E, come sopra già evidenziato, il legislatore dell'emergenza privilegia quest'ultimo. Ma è un modello, quello del contraddittorio cartolare come rito camerale non partecipata, che trova una giustificazione anche nella necessità di avere a disposizione uno strumento processuale agile e capace di incidere efficacemente sull'enorme contenzioso della Corte di Cassazione. Un modello processuale, dunque, in grado di assicurare maggiore efficienza – e produttività – alla Cassazione, intesa come funzionale ai tempi per la migliore decisione.

In questo contesto non possono non essere richiamate le considerazioni del Consiglio di Stato quali monito per il legislatore a non dilatare eccessivamente le procedure camerale, in quanto il contraddittorio orale dovrebbe essere considerato la regola, mentre quello scritto un'eccezione. Si tratta delle puntualizzazioni svolte dalla VI Sezione, contenenti alcune affermazioni di ampio respiro, ancorate a principi costituzionali e sovranazionali, che, *expressis verbis*, attengono anche alla materia penale e non solo

⁸ E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1-2/2003, pp. 93 ss.

⁹ Cfr. G. FIDELBO, *Op. cit.*, p. 4.

a quella amministrativa, sottoposta all'attenzione del Consiglio¹⁰.

Il supremo organo amministrativo ha utilizzato un termine dal grande potere evocativo, quello del “*contraddittorio coatto*”. Il Consiglio di Stato ha operato un parallelo con il processo penale, affermando che “*il processo amministrativo, a differenza del processo penale, non è improntato al principio di oralità delle dichiarazioni e del contraddittorio in senso forte (come diritto dell'accusato di confrontarsi de visu con l'accusatore)*”.

Riconoscendo, quindi, la primazia dei principi fondamentali (giusto processo, contraddittorio, oralità, diritto alla difesa) anche in ambito amministrativo, l'ordinanza esalta il ruolo del “*contraddittorio in senso forte*” nel processo penale, che viene considerato insopprimibile. Il Collegio ricorda che l'accusato ha il diritto di confrontarsi con il suo accusatore *de visu* e non tramite uno schermo o per iscritto¹¹.

Agli occhi del Consiglio di Stato, dunque, appare davvero impossibile pensare di imporre legislativamente un processo penale “coatto” (parafrasando qui questa espressione), nella consapevolezza che l'oralità e il contraddittorio “forte” siano invece cardini ineludibili del processo penale stesso, dove anche la tutela costituzionale accordata alla difesa non potrebbe giungere a prevedere in via generale la smaterializzazione della figura e del ruolo dell'Avvocato mediante la sua cartolarizzazione o la smaterializzazione in via telematica¹².

Gli elementi di maggiore criticità verso il rito cartolare in Cassazione appaiono, dunque, la mancanza di pubblicità; un sacrificio intollerabile del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza; nonché una strutturazione alternativa rispetto alla sistematica del processo penale disegnato dal legislatore del 1988 e rispetto ai principi del giusto processo¹³.

¹⁰ Cons. St., sez. VI, ord. 21 aprile 2020, n. 2539.

¹¹ A. MARANDOLA, *Il contraddittorio cartolare “coatto” non è conforme a Costituzione*, nota a Cons. St., sez. VI, ord. 21 aprile 2020, n. 2539, in *Giur. it.*, 6/2020, p. 1236.

¹² A. GALLETTI - F. GALLUZZO, *Anche per il Consiglio di Stato sono insopprimibili i principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 1/2020, pp. 133 ss.

¹³ Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. III, 26 ottobre 1999, *Maini c. Francia*, par. 35.

4. Ipotesi di intervento nell'era *post-pandemica*

In che termini dovrebbe porsi la differenziazione tra “immediatezza mediata” e vera e propria cartolarizzazione del contraddittorio?

La stessa Cassazione, nella sua massima espressione a Sezioni Unite¹⁴, ha avuto modo di individuare nel rito camerale non partecipato un procedimento caratterizzato da semplificazione, flessibilità, idoneo tuttavia ad apportare apprezzabili vantaggi in termini di efficienza per sfuggire a una situazione definita come un vero e proprio “assedio della Corte di Cassazione”. Purtroppo, al di là delle motivazioni alla base della motivazione, la sentenza *Maresca* consapevole di optare a favore di un modello debole di contraddittorio – nel delicato settore dei sequestri – si pose il problema della compatibilità di questo rito camerale non partecipato con la Costituzione; nonché con la disciplina e con la giurisprudenza della Corte EDU¹⁵.

Come individuare, allora, il momento utile dell'oralità dibattimentale? Prendendo spunto dal confronto dialettico-argomentativo tipico dei procedimenti dinnanzi ad altre Corti europee, si potrebbe ipotizzare un sistema in cui il procedimento cartolarizzato sia la regola, derogabile solamente ad istanza della parte che chiede la discussione orale. Ma soprattutto un sistema volto a valorizzare ciò che qui definiamo “*momento utile dell'oralità dibattimentale*”.

Ciò non vuol dire replicare pedissequamente lo schema dell'art. 23, co. 8, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137. Si possono invero immaginare varie possibili alternative, anche attraverso sistemi organizzativi interni. Occorre cioè prospettare una *oralità a geometria variabile*, lasciando ferma l'oralità laddove è presente una caratterizzazione nomofilattica del ricorso, dove si

¹⁴ Cass. pen., sez. un., 17 dicembre 2015, n. 51207, in *Cass. pen.*, 4/2016, p. 1396.

¹⁵ Come noto, la decisione *Maresca* ha ricevuto una smentita dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, che è intervenuta modificando l'art. 325 c.p.p. e, di fatto, ripristinando la procedura camerale partecipata anche per i sequestri decisi ai sensi dell'art. 325 c.p.p.

verifica l'esigenza seria di un confronto dialettico su argomenti giuridici di particolare rilievo.

Ma volendo rimanere aderenti allo schema del legislatore dell'emergenza, l'aspetto più criticabile è forse riscontrabile nella totale assenza del giudice nella scelta della procedura. Ipotizzando allora un sistema che preveda un maggior coinvolgimento del giudice, si può prospettare:

1. La possibilità per le parti private e per il PG di motivare le loro istanze, da sottoporre poi alla valutazione del giudice.
2. Nell'accogliere la prima ipotesi occorrerà affrontare il problema direttamente consequenziale: ovverosia quali debbano essere i presupposti per cui potrà essere richiesta – e ottenuta – l'oralità.
3. Si potrebbe ulteriormente ipotizzare di lasciare la scelta alla libertà delle parti, insindacabile, quantomeno circa richieste di discussione in relazione a ricorsi in materia di libertà personale.
4. I presupposti appena indicati potrebbero essere inoltre inseriti in una disposizione normativa di *soft law*. Si potrebbe in particolare prospettare la possibilità di un decreto del Primo Presidente che individui le categorie rilevanti. Tale decreto potrebbe costruire un vero e proprio decalogo¹⁶: le istanze di ammissione all'udienza a contraddittorio pieno potrebbero presentarsi solo per uno dei motivi indicati nel decreto.

4. Conclusioni

Autorevole dottrina ha efficacemente affermato che in Italia non c'è nulla di più definitivo del provvisorio e nulla di più provvisorio del definitivo¹⁷. Ed è per questo motivo che non si ha qui la presunzione di fornire una risposta definitiva al problema prospettato. Di fronte ad un fenomeno già ben presente nel processo penale, la pandemia ha accelerato cambiamenti che già iniziavano a prospettarsi, ma che si pensavano lenti e progressivi. Tali

¹⁶ G. FIDELBO, *Op. cit.*, p. 11, lo definisce una sorta di "editto".

¹⁷ Cfr. *Giustizia all'angolo: 7 domande sulla fase 2 e sul dopo. Dialogo con l'Avv. Prof. Oliviero Mazza - CP di Brescia*, in *dirittodidifesa.eu*, 28 giugno 2020.

cambiamenti richiedono invece un impegno immediato alla luce di nuove prospettive: occorre lavorare sul prossimo futuro.

E se è vero che, come alcuni in dottrina affermano, il processo è paragonabile ad un “mercato delle idee”, questa figura non può che tradursi nell’idea di uno scambio e di una coltivazione delle idee in contraddittorio. Ebbene, il giusto processo, il contraddittorio, il diritto alla difesa passano anche da questioni che possono sembrare di basso profilo o di poco momento (o, nel nostro caso, meramente contingenti e naturalmente limitate nel tempo).

Occorre tornare ad interrogarsi sulla questione della ragionevole durata del processo in Cassazione anche alla luce della modernità, delle nuove tecnologie e delle nuove esigenze¹⁸. Se mancherà questa riflessione doverosa, che ha implicazioni tecniche non surrogabili dalle valutazioni del legislatore, rischieremo ancora di addivenire a soluzioni estemporanee ma scoordinate, foriere di ulteriori problemi interpretativi, nonché fonte diretta o indiretta di ulteriori ritardi nell’amministrazione della giustizia.

Questa speranza non può restare un’illusione, ma deve sollecitare le riflessioni della dottrina, dell’avvocatura e della magistratura; nel tentativo di superare il clima asfittico in cui ormai vivono gli attori del sistema giudiziario.

Ma questa prospettiva deve anche porsi l’obiettivo di non disperdere il patrimonio applicativo delle normative adottate nella fase “acuta” dell’emergenza epidemiologica e, anzi, di valorizzarlo con l’introduzione in via sperimentale di istituti sulla cui attuazione si sono avuti riscontri positivi.

Il quesito resta dunque aperto: ad emergenza definitivamente conclusa, quale potrebbe essere il vantaggio di proseguire sulla strada del giudizio di legittimità cartolare e dell’abbandono sostanziale del contraddittorio orale dinanzi alla Corte di Cassazione? E qual è invece il prezzo da pagare sul piano della tenuta dei principi costituzionali, ma anche su quello della cultura del processo accusatorio? La sfida sarà allora tentare di accertare se – con il massimo rispetto del sistema delle garanzie – vi siano delle compatibilità con forme procedurali più snelle.

¹⁸ P. FERRUA, *Il sacrificio dell’oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen. web*, 2/2019.

Ma a Costituzione e sistema processuale invariati le torsioni operate sull'onda dell'emergenza non sembrano completamente giustificabili. Per accettarle e addirittura proiettarle nel futuro bisognerebbe avere il coraggio di cambiare le regole del gioco e capire se ne valga davvero la pena.

SEZIONE QUINTA

OLTRE LA PANDEMIA.
UNO SGUARDO VERSO IL FUTURO

IL NUOVO RUOLO DELLO STATO NELL'ECONOMIA: INNOVAZIONE E INFRASTRUTTURE SOCIALI*

GIOVANNI PENNETTA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La domanda pubblica come leva d'innovazione. – 3. Il partenariato per l'innovazione. – 4. L'innovazione nelle infrastrutture sociali.

Abstract: the analysis of the essay will start from the moderate propensity of the Italian state for innovation and the corresponding low expenditure on research and development. In this perspective, the state model we are aiming for is the one initially reconstructed by Mazzucato and defined as an “innovative state”. The state objective of stimulating innovation can only be carried out through public clients. The essay will therefore examine the relaunch of social issues through innovative public tender procedures such as the public procurement for innovation. The challenge is very topical considering the scarce use of the new tender procedures but it is the only way to professionalize public demand as a driver of innovation and research, especially in the sectors that most they have and will need it: social infrastructures.

1. Introduzione

Il progressivo mutamento della forma di Stato rispetto al modello di Stato sociale o di *Welfare State* che si è sviluppato nelle democrazie occidentali negli ultimi decenni ha aperto il dibattito

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

circa il nuovo ruolo dello Stato come propulsore per l'innovazione tecnologica¹.

Questo è il motivo per il quale negli ultimi anni si è iniziato a parlare di “Stato innovatore”², intendendosi quella particolare forma di Stato che assolve alla funzione fondamentale di promuovere la ricerca che conduce allo sviluppo tecnologico, non raggiungibile autonomamente da parte dei privati a causa della mancanza di capitali o di propensione al rischio. L'origine di tale teoria è naturalmente la critica al finanziamento di ricerca alle imprese private per arrivare ad un modello di ricerca pubblica autofinanziato.

Quando parliamo di innovazione facciamo riferimento ad una precisa strategia regolatoria in grado di ottimizzare la salute, la sicurezza, la sostenibilità ambientale e la coesione sociale³. L'innovazione va dunque intesa come la trasformazione delle conoscenze in un prodotto (bene o servizio) o processo, manifatturiero o distributivo, nuovo o significativamente migliorato⁴.

2. La domanda pubblica come leva di innovazione

Il percorso di innovazione è reso più profittevole se calato in un “sistema di innovazione” composto da elementi sociali,

¹ M.E. COMBA, *La domanda pubblica come leva per l'innovazione: le potenzialità degli appalti innovativi per le Anchor Institution*, in *federalismi.it*, 4/2019, pp. 46 ss.

² M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, II ed., Bari, 2018 (I ed. *The Entrepreneurial State. Debunking Public vs. Private Sector Myths*, 2013). Prima ancora, a cavallo del 2008, nella dottrina italiana si parlava di “Stato salvatore”, v. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2008, pp. 1083 ss.

³ Sul punto v. N.A. ASHFORD - C. AYERS - R. F. STONE, *Using Regulation to Change the Market for Innovation*, in *Harvard Environmental Law Review*, 2/1985, pp. 419-466.

⁴ C. EDQUIST - N.S. VONORTAS - J.M. ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, *Introduction*, in C. EDQUIST - N.S. VONORTAS - J.M. ZABALA-ITURRIAGAGOITIA - J. EDLER (a cura di), *Public Procurement for Innovation*, Cheltenham, 2015, pp. 1-2. Gli Autori definiscono due tipi di innovazione: l'innovazione radicale e l'innovazione incrementale; la prima comporta l'introduzione all'interno di un mercato di un prodotto o di un servizio totalmente nuovo e prima inesistente (il classico esempio è internet); la seconda, invece, comporta il miglioramento di un prodotto o di un servizio già esistente.

politici, organizzativi e istituzionali⁵. Tutti tali elementi devono trovare il loro riscontro applicativo nelle politiche di domanda pubblica, unico luogo effettivamente deputato alla promozione dell'innovazione attraverso l'intervento pubblico⁶.

Come accennato inizialmente, l'obiettivo della teoria dello "Stato innovatore" è quello di creare una domanda pubblica di R&S che funga efficacemente da traino per l'innovazione nel campo tecnologico, ambientale e sociale. Per fare ciò, secondo la Mazzucato è necessario cambiare la prospettiva dell'intervento pubblico dal lato dell'offerta a quello della domanda. Il passaggio fondamentale per stimolare la ricerca privata è passare dall'intervento pubblico dal lato dell'offerta (che si concretizza attraverso finanziamenti pubblici rivolti a offrire prodotti di ricerca innovativi sul mercato) al lato della domanda (che si concretizza attraverso commesse pubbliche di tecnologie che richiedono innovazione). In questa prospettiva anche il principio di addizionalità, che nell'impostazione dell'intervento pubblico dal lato dell'offerta trova scarsa applicazione, verrebbe garantito in quanto l'impresa privata sarebbe incentivata a svolgere l'attività di ricerca per ottenere la commessa.

Dal punto di vista più strettamente giuridico, invece, il percorso di innovazione tecnologica può avvenire attraverso differenti forme di appalti pubblici innovativi, il cui minimo comun denominatore deve necessariamente essere il reperimento di un bene o di un servizio – frutto di una procedura innovativa – non presente sul mercato, ma che può esserlo in un tempo ragionevole. Alcuni tra i motivi per i quali ricorrere agli appalti innovativi sono stati specificati dalla Commissione europea e consistono nella garanzia di servizi pubblici di migliore qualità ad un prezzo ottimale, nel fronteggiare le nuove esigenze di mercato, nella modernizzazione dei servizi pubblici, nella promozione di

⁵ G. SIRILLI, voce *Innovazione tecnologica*, in *Enc. Treccani*, Roma, 2008 (edizione online), par. 1.

⁶ Basti pensare all'invenzione della ferrovia che ha portato al secondo ciclo di rivoluzione industriale nella seconda metà del XIX secolo, alla quale è poi seguita l'elettrificazione con la successiva introduzione del motore a combustione interna che ha caratterizzato la terza rivoluzione industriale. Si pensi ancora alla catena di montaggio che, nei primi decenni del XX secolo, ha avviato la quarta rivoluzione industriale; sino ad arrivare ai nostri giorni, con la quinta rivoluzione industriale caratterizzata dall'introduzione della tecnologia dell'informazione e della comunicazione.

start-up e PMI innovative, nonché nello stimolo per i mercati innovativi⁷. Questa è d'altronde la direzione seguita dal PNRR nella Componente 2 della Missione 1 avente ad oggetto l'innovazione come leva di competitività del Paese⁸.

3. Il partenariato per l'innovazione

Dunque, ciò che è necessario è una efficace collaborazione tra soggetti pubblici e privati per la promozione dell'innovazione, sia essa di natura tecnologica o sociale. L'utilità della collaborazione tra il pubblico e il privato⁹ – nel superamento della logica contrappositiva – non è questione affatto nuova alla letteratura giuridica, che a lungo si è interrogata sulla figura del partenariato pubblico-privato¹⁰.

Molto spesso le pubbliche amministrazioni ricorrono al PPP in ragione di proprie carenze di bilancio sebbene non vada sottovalutato il fatto che tali forme contrattuali consentono, da un lato,

⁷ Sul punto vedi più diffusamente: comunicazione della Commissione europea C(2018) 3051, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, 15 maggio 2018.

⁸ Sul PNRR non sono mancate opinioni critiche. V. A. POLICE, *Next Generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Atti del Convegno AIPDA*, 28 aprile 2021, disponibile su: www.aipda.it/wp-content/uploads/2021/07/Atti-del-Convegno-AIPDA-Next-Generation.pdf.

⁹ F. MASTRAGOSTINO, *Premessa*, in ID. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, pp. XVII-XVIII.

¹⁰ M.P. CHITI, *Partenariato pubblico-privato*, in M. CLARICH - G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; ID., *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, in *Giustamm*, 10/2008; B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico privato: un quadro generale*, in *giustamm.it*, 11 giugno 2010; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; M. P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in ID. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni - finanza di progetto - società miste - fondazioni*, Napoli, 2009, p. 5; G.F. CARTEI - M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015; M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. CARTEI - M. RICCHI (a cura di), *Op. cit.*; G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urbanistica e appalti*, 8/2011.

la realizzazione di economie che racchiudono al loro interno tutte le fasi di un progetto, da quella genetica fino a quella dello sfruttamento finale, dall'altro, garantiscono – attraverso la collaborazione tra pubblico e privato – la piena manifestazione del principio di sussidiarietà orizzontale sancito dell'art. 118 Cost.¹¹. Tale collaborazione innesca dei vantaggi per la pubblica amministrazione non solo di natura microeconomica ma altresì in termini di efficienza gestionale poiché il suddetto consente la fruizione delle capacità e abilità tecnico-professionali degli operatori privati facendo ricadere in capo a questi ultimi il c.d. “rischio d'impresa”.

L'esperienza più recente del nostro Paese ha visto politiche pubbliche che hanno cercato di dare supporto alla ricerca e allo sviluppo delle imprese nonché alla creazione di *start-up* innovative ma che si sono scontrate con una scarsa domanda di innovazione dovuta, in parte prevalente, alla stagnazione del sistema produttivo non in grado di incentivare l'innovazione¹². Per tale motivo il legislatore europeo ha spostato l'attenzione dalla libertà di concorrenza e parità di trattamento tra gli aspiranti aggiudicatari, ad una crescita intelligente e sostenibile, valorizzando gli aspetti della sostenibilità ambientale, dell'inclusione sociale e della promozione dell'innovazione tecnologica.

Seguendo tale linea, il vigente codice dei contratti pubblici disciplina gli appalti pre-commerciali all'art. 158, comma 2¹³,

¹¹ V. BONIFANTI, *Il partenariato pubblico privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 22 luglio 2016. L'Autrice sostiene che “*tale cooperazione è funzionale alla realizzazione di effetti positivi per la collettività che permetta alle amministrazioni di servirsi di uno strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche tale da consentire un'azione pubblica efficace ed efficiente per il tramite di risorse private*”.

¹² V. rapporto alla Commissione europea dal titolo *Public Procurement for Research and Innovation*, prodotto dal gruppo di esperti *Developing procurement practices favourable to R&D and innovation*, Bruxelles-Lussemburgo, settembre 2005, p. 21; R. CIPPITANI, *Ammissibilità delle varianti e differenza con le soluzioni migliorative – Il commento*, nota a T.A.R. Puglia - Lecce, sez. III, 2 ottobre 2017, n. 1557, in *Urbanistica e appalti*, 1/2018, p. 109.

¹³ V. in tal senso L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, II ed., Assago, 2017, pp. 1310 ss.; S. PAPA, *Gli appalti precommerciali: un particolare approccio all'aggiudicazione degli appalti di ricerca e sviluppo*, in *Giustamm*, 3/2017.

con l'obiettivo di coniugare gli aspetti relativi alla conoscenza con quelli legati all'innovazione¹⁴.

Il primo aspetto che caratterizza la procedura è il fatto che il committente è chiamato ad uno sforzo di maggiore complessità programmatoria, identificando le proprie esigenze e coinvolgendo diverse realtà multiattoriali (interni ed esterni, prestatori e utenti, titolari di funzioni e portatori di interessi). Il secondo elemento caratteristico sta nel fatto che l'amministrazione rinuncia all'esclusività dell'utilizzo dei risultati raggiunti, rinunciando, così, allo schema classico dell'esclusività del *know-how*; questo stimola le imprese protagoniste dell'innovazione a co-finanziare le linee di ricerca¹⁵. Il modello è inoltre connotato da una spiccata flessibilità in quanto non descrive l'oggetto richiesto con stringenti specifiche tecniche ma apre, addirittura senza esclusività, il dominio delle prestazioni in un'ottica di indirizzo di standardizzazione aperta. Senza dubbio anche la procedura è caratterizzata da una forte innovatività in quanto le fasi (i bandi multistadi), riducendo i passaggi da una fase all'altra, privilegiano il merito tecnico e la qualità.

Il partenariato per l'innovazione, invece, è previsto dall'art. 65 del d. lg. n. 50 del 2016¹⁶ per l'acquisto di prodotti, servizi o lavori innovativi non presenti sul mercato¹⁷. A differenza dell'appalto pre-commerciale il partenariato per l'innovazione

¹⁴ M. NULLI, *Gli appalti precommerciali*, in www.osservatorioappalti.univr.it.

¹⁵ Non particolarmente prolifica è stata la letteratura sul tema, come d'altronde il suo impiego da parte delle stazioni appaltanti. Basti qui ricordare M. NULLI, *Op. cit.*; F. MOLINARI, *Living Labs and Pre-Commercial Public Procurement: A Marriage of Interest?*, paper presentato alla 1^a *International EIBURSTAIPS Conference sulla Innovation in the public sector and the development of e-services*, Università di Urbino, 19-20 aprile 2012, disponibile su: www.econ.uniurb.it/Eiburs-TAIPS_Conference_2012/. Fra i contributi presenti nella letteratura internazionale, si vedano, principalmente: J. EDLER - L. GEORGHIOU, *Public procurement and innovation – Resurrecting the demand side*, in *Research Policy*, 7/2007, pp. 949-963.

¹⁶ S. BIGAZZI, *Le innovazioni del partenariato per l'innovazione*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, pp. 215-239; G. F. LICATA, *Partenariati e innovazione*, *ivi*, pp. 419-445.

¹⁷ D. IELO, *L'agenda digitale: dalle parole ai fatti. Sanità, scuola, ricerca start up, smart city, infrastrutture, appalti, anticorruzione, radiotelevisione*, Torino, 2015, pp. 147 ss.

comprende lo sviluppo di prodotti, servizi o lavori innovativi e il loro successivo acquisto. Quindi, mentre negli appalti pre-commerciali l'amministrazione stimola un'attività di ricerca e sviluppo che potrebbe condurre alla produzione di soluzioni innovative, nel partenariato per l'innovazione si prevede fin dall'inizio la concreta realizzazione del prodotto¹⁸.

Ciò che caratterizza il partenariato per l'innovazione è che qualsiasi operatore può formulare una domanda di partecipazione in risposta ad un bando di gara e l'Amministrazione aggiudicatrice può decidere di instaurare il partenariato con uno o più operatori che conducono attività di ricerca e sviluppo separate. La deroga all'unico affidatario è giustificabile alla luce della complessità e delle esigenze di promozione dell'innovazione presenti. La struttura è poi divisa in fasi che seguono il processo di ricerca e sviluppo che nel raggiungimento di obiettivi intermedi sostanziano una rateizzazione del pagamento¹⁹. Dette fasi sono liberamente gestibili dall'amministrazione proprio in ragione della complessità delle aree e delle materie oggetto della presente procedura di gara all'interno della quale una minore rigidità contribuisce a forme di interazione – tra amministrazione aggiudicatrice e aggiudicatari – più proficua²⁰.

Venendo al paragone tra i due istituti, l'appalto pre-commerciale si distingue dal partenariato per l'innovazione in quanto mentre quest'ultimo dà vita ad una forma strutturata e si pone nel solco di una strategia di lungo termine riguardando nella sua generalità lavori, beni e servizi di natura innovativa, l'appalto pre-

¹⁸ Cfr. L.R. PERFETTI (a cura di), *Op. cit.*, pp. 645-647.

¹⁹ S. FANTINI, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Urbanistica e appalti*, 8-9/2016, p. 955; v. anche R. PROIETTI, *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, in *Corr. giur.*, 8-9/2016, p. 1041.

²⁰ H.C. CASAVOLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici – Le procedure di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2016, p. 436. In tal senso v. anche R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 5/2016, p. 503. È bene riflettere sul fatto che l'innovazione sottesa a tali strumenti di aggiudicazione porta con sé l'inevitabile necessità di assicurare stazioni appaltanti competenti e specializzate, che padroneggino gli strumenti e siano in grado di governare le procedure, non solo in un'ottica di resistenza all'operatore economico privato ma anche di proficua collaborazione con esso, in considerazione del fatto che solo una conoscenza approfondita delle procedure può soddisfare la sfida di competitività che l'innovazione in ambito giuridico richiede.

commerciale non determina forme strutturate, è circoscritto ai servizi e abbraccia un arco temporale ridotto alla luce di una funzione sicuramente più specifica, non riguardando la fase di commercializzazione dei relativi prodotti, che, invece, rientra a pieno titolo nelle possibilità e nella filosofia del partenariato per l'innovazione²¹. In sostanza, mentre negli appalti pre-commerciali l'amministrazione stimola un'attività di ricerca e sviluppo che dovrebbe auspicabilmente portare ad esiti sostenibili sul mercato, nel partenariato per l'innovazione si prevede fin dall'inizio la concreta realizzazione del prodotto.

Da quanto detto è quindi possibile sintetizzare che la materia dell'innovazione è fortemente collegata alla contrattualistica pubblica e i due esempi analizzati ne sono la dimostrazione.

Il passaggio dall'appalto pre-commerciale al partenariato per l'innovazione costituisce quindi il cambiamento di prospettiva auspicato dalla Mazzucato, da un intervento pubblico di stimolo all'innovazione dal lato dell'offerta a un intervento pubblico dal lato della domanda²².

5. L'innovazione nelle infrastrutture sociali

L'innovazione in settori ad elevato potenziale di sviluppo, come quelli delle infrastrutture sociali, è un elemento chiave e di ciò è consapevole il legislatore che nella Missione 5 del PNRR ha stanziato 11,17 miliardi per le infrastrutture sociali. Tuttavia, come dimostrato da attenta dottrina estera, l'innovazione non può essere lasciata libera di esprimersi autonomamente in codesti settori poiché, perché essa abbia una reale ricaduta positiva sulla collettività, necessita di una regolazione da parte del potere pubblico. Secondo le teorie di Frischmann, infatti, le infrastrutture sociali devono essere gestite in una maniera aperta e accessibile²³, secondo un efficace modello gestionale ibrido attrattivo

²¹ *Ibidem*. L'Autrice conclude affermando che non si può pensare al breve periodo (appalto pre-commerciale) senza considerare gli effetti nel medio-lungo periodo (partenariato per l'innovazione).

²² M. NULLI, *Op. cit.*

²³ B. FRISCHMANN, *An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management*, in *Minnesota Law Review*, 2005, p. 956.

per il nuovo privato che investa in esso tramite le innovazioni tecnologiche²⁴.

La strada dei PPP è stata dimostrata essere la via più proficua per il miglioramento e l'investimento nelle infrastrutture sia strategiche che sociali, sia nei paesi in via di sviluppo (come l'Albania, la Croazia, la Bosnia, ecc.)²⁵ sia in sistemi economici più solidi e formati. Con finanziamenti pubblici limitati per costruire o mantenere le criticità presenti nelle infrastrutture necessarie a sostenere lo sviluppo economico, i PPP potrebbero servire come catalizzatore per lo sviluppo economico permettendo allo Stato e al settore privato di meglio allocare i rischi²⁶.

La materia dell'innovazione è fortemente collegata alla contrattualistica pubblica ma, affinché il modello di partenariato sia completo e possa essere in grado di raggiungere risultati profittevoli, deve esser accompagnata – soprattutto nelle infrastrutture sociali – da un'altra particolare componente, quella sociale. Nel prisma della sussidiarietà orizzontale²⁷, la componente sociale è il canale che può condurre ad uno nuovo modello di infrastrutture sociali innovative più attrattivo per il capitale privato.

È ormai noto come negli ultimi decenni, grazie alle innovazioni istituzionali, economiche e sociali ispirate dai principi costituzionali della collaborazione civica, comunanza di interessi e sussidiarietà orizzontale, nelle nostre città si sono sviluppate forme di partenariato fra amministrazioni e società civile, che hanno stimolato forme inedite di sviluppo sostenibile²⁸. In questa prospettiva l'art. 118 Cost. deve essere letto nell'ottica di una clausola che contribuisce a fondare il principio generale della

²⁴ G. N. MANDEL, *When to Open Infrastructure Access*, in *Ecology Law Quarterly*, 2/2008, pp. 205 ss.

²⁵ Cfr. V. PENDOVSKA - A. MAKSIMOVSKA - E. NESHOVSKA KJOSEVA, *Public-Private Partnership as an Alternative Source for Financing Public Needs: Experiences from South Eastern European Countries*, in *Iustinianus Primus Law Review*, 1/2018.

²⁶ L'esempio del proficuo utilizzo nell'esperienza statunitense è testimoniato all'interno di T. HAIRSTON, *The Future of Economic Development: Using Health Care as an Economic Driver, Public-Private Partnerships as a Platform to Further Development, and Minority Participation as a Path Forward in a More Diverse Mississippi*, in *Mississippi College Law Review*, 2/2017.

²⁷ Sul principio di sussidiarietà orizzontale v., *ex multis*, V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2004.

²⁸ V. P. CHIRULLI - C. IAIONE, *La Co-Città*, Napoli, 2018.

collaborazione civica per l'interesse generale e, quindi, per i beni comuni, considerati non unicamente come quelli classicamente intesi ma potendosi allargare il concetto di *commons* anche alle infrastrutture necessarie al soddisfacimento dell'interesse generale, di cui le infrastrutture sociali sono la più eloquente rappresentazione²⁹.

L'approccio al tema proviene dalla crescente attenzione che soprattutto nel contesto europeo è stata riconosciuta al rafforzamento dell'intervento infrastrutturale nelle politiche di coesione economica, sociale e territoriale in chiave solidaristico-redistributiva. Tale obiettivo è promosso dalla Commissione europea attraverso il *Social Investment Package*³⁰ che mirava ad una migliore allocazione delle risorse e un'architettura sociale rinnovata³¹. Così, l'orientamento della Commissione è stato quello di investire risorse in servizi e infrastrutture, piuttosto che in trasferimenti economici, incentivando l'incremento degli investimenti sociali all'interno dei cc.dd. *enabling services*. L'obiettivo è quello di favorire la massima partecipazione nella società e nell'economia³², dove i servizi sociali vengono intesi quali fattori di promozione socioeconomica individuale e collettiva³³.

²⁹ Sia consentito richiamare C. IAIONE, *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, in G. ARENA - C. IAIONE (a cura di), *L'età della condivisione*, Roma, 2015.

³⁰ Comunicazione della Commissione europea COM (2013)83, *Towards Social Investment for Growth and Cohesion – including implementing the European Social Fund 2014-2020*, 20 febbraio 2013.

³¹ M. DRVENTIC, *Governance of the European Union's social policy: state of play of the European 2020 strategy and social investment package in European Union and Republic of Croatia*, intervento alla 22^a *International Scientific Conference on Economic and Social Development – “The Legal Challenges of Modern World”*, Spalato, 29-30 giugno 2017.

³² V.E. INNOCENTI, *Recenti indicazioni dall'Europa per una modernizzazione dei sistemi di welfare nazionali*, in *Diritto e Società*, 1/2014, pp. 103-113. L'Autrice valorizza il principio di attivazione sociale in una prospettiva che intende i diritti sociali non come un mero “corrispettivo” erogato dalle istituzioni al cittadino, che frusterebbe il riconoscimento della dignità e della libertà della persona, ma in un'ottica relazionale bilaterale tra istituzioni e persona, dove la partecipazione e la valorizzazione del contributo individuale sono funzionali al riconoscimento di prestazioni e benefici.

³³ Questa era già la posizione di F. PIZZOLATO, *Il sistema di protezione sociale nel processo di integrazione europea*, Milano, 2002, pp. 13 ss.

La strategia di “*un capitalismo europeo dal volto umano*”³⁴ è raggiungibile attraverso un approccio sinergico tra l’innovazione tecnologica e le prospettive di inclusione e collaborazione sociale. Esse devono sviluppare un nuovo paradigma di infrastrutture sociali in grado di attrarre, da un lato, maggiore capitale privato grazie alla forte spinta in innovazione e ricerca e, dall’altro, di rispettare le direttive dell’Unione Europea in tema di coesione sociale e sviluppo sostenibile.

³⁴ L. GOMEZ, *European Commission initiatives to promote social concern on the market: a counterbalance to fiscal discipline?*, in *Romanian Journal of European Affairs*, 1/2014.

IL RECUPERO DELLA CENTRALITÀ DELLA BUROCRAZIA QUALE SNODO DELLA RICOSTRUZIONE POST-PANDEMICA*

SIMONA TERRACCIANO

SOMMARIO: 1. Il contesto pandemico e l'esigenza di riforma della pubblica amministrazione. – 2. La centralità del capitale umano nella attuazione del PNRR e l'emergenza formativa. – 3. Tra promozione della formazione interna e reclutamento di nuove competenze esterne. – 4. Conclusioni.

Abstract: Within the framework of the Italian National Recovery and Resilience Plan, the paper discusses the continuous and specialized training of public employees as a tool to ensure the effectiveness and efficiency of the Italian public administration.

1. Il contesto pandemico e l'esigenza di riforma della pubblica amministrazione

La pandemia da Covid-19 si è abbattuta sul tessuto ordinamentale determinando nuove sfide e, al contempo, intensificando problematiche radicate nel sistema, tra le quali la disorganicità, la stratificazione e la iperproduzione normativa, l'inefficienza della pubblica amministrazione, la frammentazione dei centri di decisione politica, nonché la difficoltà di coordinamento tra i diversi livelli decisionali¹.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

¹ Si legge nel considerando n. 15 del Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, che “*la crisi Covid-19 ha inoltre messo*

In particolare, l'esigenza di compiere scelte rapide, efficaci, coordinate, trasparenti, responsabili, proporzionate e flessibili, percepita in maniera più intensa in un contesto emergenziale aggravato da una tendenziale incertezza degli scenari futuri, rende evidente l'urgenza di riflettere su quale possa essere il ruolo della burocrazia nel contesto della ricostruzione post-pandemica e quali linee di azione stia elaborando il legislatore in tal senso².

In effetti, la tendenza normativa contemporanea oscilla tra interventi volti, per un verso, a favorire una "amministrazione per legge", che determina una compressione della discrezionalità amministrativa e una limitazione della responsabilità nelle scelte concrete, e, per altro verso, a promuovere misure di semplificazione per consentire all'amministrazione di operare delle scelte ed evitare una paralisi dell'azione amministrativa³.

Le numerose implicazioni di tali problematiche paiono essere colte dal legislatore della ripresa post-pandemica, il quale pone tra gli ambiziosi obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) l'innovazione della pubblica amministrazione al fine di renderla *capable, competent, simple, connected and smart*, attraverso il ripensamento delle procedure di reclutamento del personale, il potenziamento delle competenze degli

in luce l'importanza delle riforme e degli investimenti nella sanità e della resilienza economica, sociale e istituzionale, al fine di aumentare, tra l'altro, la preparazione alle crisi e la capacità di risposta alle crisi, in particolare migliorando la continuità delle attività e del servizio pubblico, l'accessibilità e la capacità dei sistemi sanitari e di assistenza, l'efficacia della pubblica amministrazione e dei sistemi nazionali, anche riducendo al minimo gli oneri amministrativi, e l'efficacia dei sistemi giudiziari, nonché la prevenzione delle frodi e la vigilanza antiriciclaggio".

² Per una proposta di "riforma amministrativa" che ponga le basi per un cambiamento epocale e duraturo nel tempo della pubblica amministrazione, F. FRACCHIA - F. GOISIS - M. OCCHIENA - M. ALLENA - P. PANTALONE - S. VERNILE, *La transizione amministrativa*, in *Forum - Next Generation EU*, www.aipda.it, 12 marzo 2021.

³ A. SANDULLI, *Le riforme necessarie per migliorare la pubblica amministrazione*, in *open.luiss.it*, 20 giugno 2020, mette in luce i rischi di una estensione eccessiva delle misure di semplificazione ed elabora un decalogo di temi sui quali sarebbe necessario intervenire, tra i quali la ricostituzione dei corpi tecnici delle pubbliche amministrazioni, la valorizzazione della Scuola Nazionale dell'Amministrazione, il reclutamento centralizzato e la valorizzazione del prestigio sociale del dipendente pubblico.

apparati amministrativi, la semplificazione amministrativa e i processi di digitalizzazione⁴.

D'altronde, l'esigenza di riformare la pubblica amministrazione è apparsa sin da subito di preminente rilievo anche a livello europeo, dal momento che lo stesso legislatore europeo ha ritenuto che uno dei criteri per valutare l'efficacia dei Piani nazionali per la ripresa e la resilienza – anche al fine di determinare il contributo finanziario da assegnare a ciascuno Stato membro – fosse l'impatto duraturo del Piano sullo Stato membro interessato, da parametrare in relazione agli effetti che le riforme proposte avrebbero generato sul cambiamento strutturale dell'amministrazione⁵.

Così, in sede europea, la dimensione dell'efficacia del PNRR appare parametrata al cambiamento strutturale della pubblica amministrazione, la quale risulta, al contempo, soggetto attuatore e oggetto di riforma, assumendo un ruolo assolutamente centrale nella ricostruzione post-pandemica.

In considerazione del quadro di riferimento tracciato, alcune specifiche linee di intervento – tra le quali l'utilizzo di competenze interne alle amministrazioni attraverso un affrancamento dalla logica degli incarichi esterni e la promozione di una formazione continua e specializzata dei dipendenti pubblici – paiono costituire delle opportunità fondamentali per valorizzare un

⁴ Tra i primi interventi normativi attuativi del PNRR, si veda il c.d. Decreto Reclutamento, ossia il d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modifiche dalla l. 6 agosto 2021, n. 113, recante “*Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia*”, di cui si tratterà nei seguenti paragrafi.

⁵ Si vedano, sul punto, l'art. 19 e l'allegato V al citato Regolamento (UE) 2021/241. Sulla riforma della pubblica amministrazione come condizione del Programma *Next Generation EU* (NGEU), S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La riforma della pubblica amministrazione nel quadro del “Recovery Fund”*, in *orizzontideldirittopub.com*, 27 marzo 2021.

Peraltro, l'esigenza di riformare la PA era già stata manifestata a livello europeo nel par. 24 della raccomandazione del Consiglio *sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia*, 20 maggio 2020, ove si specificava che “*un'amministrazione pubblica efficace è cruciale per garantire che le misure adottate per affrontare l'emergenza e sostenere la ripresa economica non siano rallentate nella loro attuazione*” e, in ragione di ciò, raccomandava all'Italia “*di migliorare il funzionamento della pubblica amministrazione*”.

recupero della centralità del ruolo burocrazia, contribuendo a creare, in un'ottica di lungo periodo, un'amministrazione realmente efficiente a servizio e a beneficio della intera comunità e, in un'ottica di breve-medio periodo, un'amministrazione capace di attuare in modo tempestivo ed efficace le numerose riforme previste dal legislatore⁶.

2. La centralità del capitale umano nella attuazione del PNRR e l'emergenza formativa

La assoluta rilevanza del capitale umano per il successo del PNRR discende dalla circostanza che la pubblica amministrazione dovrà attuare, nell'ambito delle sei *Mission* del PNRR, le riforme settoriali, consistenti in innovazioni normative relative a specifici ambiti di intervento o attività economiche. Oltre al ruolo attuativo, la pubblica amministrazione è essa stessa oggetto di una riforma orizzontale di interesse trasversale a tutte le Missioni del Piano, ossia di una riforma consistente in una innovazione strutturale dell'ordinamento, idonea a migliorare l'equità, l'efficienza e la competitività del Paese.

Si crea, in tal modo, un circolo virtuoso in cui il buon esito del processo riformatore del soggetto attuatore è destinato a condizionare positivamente anche l'esecuzione delle riforme settoriali, alle quali è legato, in definitiva, il successo del PNRR. La riforma orizzontale della PA si fonda principalmente su quattro assi: accesso, buona amministrazione, competenze e digitalizzazione⁷.

In particolare, per quanto attiene alle *competenze*, l'obiettivo dichiarato nel PNRR è quello di fornire alle amministrazioni la

⁶ In questa linea anche F. PATRONI GRIFFI, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa per l'anno 2020 del Presidente del Consiglio di Stato*, Roma, 2 febbraio 2021, p. 12, secondo cui "al diritto pubblico verrà chiesto un importante contributo per la ricostruzione, ma, allo stesso tempo, i giuristi avranno un'occasione per ricostruire il diritto pubblico, intervento quantomeno (...) sul piano dell'amministrazione, con il superamento dei suoi problemi endogeni: nuovi investimenti, un adeguato ricambio generazionale, il rilancio di un approccio tecnico ed economico e non più solo legalistico, una intensa opera di formazione".

⁷ Cfr. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), in www.governo.it, 25 aprile 2021, pp. 44-51.

capacità di una pianificazione strategica delle risorse umane, mediante la individuazione dei profili professionali da allocare in base alle effettive esigenze di organico di ciascuna amministrazione, nonché quello di creare percorsi formativi differenziati, altamente specializzati, e di incrementare la cultura tecnico-gestionale degli amministratori, al fine di promuovere un atteggiamento proattivo e stimolante per la transizione digitale e per il recupero dell'etica, del prestigio e dello spirito di missione del *civil servant*.

In considerazione di tali obiettivi, si ritiene sia fondamentale agire sui percorsi di formazione e di accrescimento delle competenze interne alle pubbliche amministrazioni. Ciò sia in quanto, come osservato in dottrina, “*il principale fattore di miglioramento dei rendimenti amministrativi dovrebbe essere proprio il suo capitale umano, per evitare di incorrere nell'errore di considerare il processo riformatore normativo più importante del cambiamento delle persone*”⁸, sia in quanto non sono affatto da sottovalutare la concreta esperienza⁹ e la conoscenza di prassi e meccanismi di funzionamento, più o meno utili o efficienti, acquisite dai singoli, che costituiscono un patrimonio conoscitivo da valorizzare e da sfruttare in combinazione con l'incremento della specializzazione e delle competenze tecniche¹⁰.

⁸ Così, M. RAMAJOLI, *La Scuola Nazionale dell'Amministrazione agente interno dell'innovazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2021, p. 451, che richiama anche S. BATTINI, *Premessa*, in *Formare la PA. Rapporto SNA 2017-2020*, Roma, 2021, pp. 11 ss.

⁹ In passato, addirittura, l'esperienza era considerata l'unico modo per accrescere il livello professionale, come riporta S. SEPE, *Formazione e riforma della pubblica amministrazione: quali modelli e quali prospettive?*, in *Pol. dir.*, 1993, pp. 13 ss., secondo cui, dall'unità d'Italia fino alla fine dell'Ottocento, “*l'unica «scuola» utile a migliorare il livello professionale era ritenuta l'esperienza. Il lavoro si imparava sul (posto di) lavoro. Tale concezione era perfettamente coerente con il fatto che il corpo burocratico era fortemente omogeneo al suo interno e profondamente inserito nelle élites del paese. I gruppi dirigenti amministrativi emergevano per socializzazione dall'interno dei ceti dominanti*”.

¹⁰ Valorizza il profilo dell'esperienza S. BATTINI, *Op. cit.*, p. 11, secondo cui “*raramente la burocrazia partecipa attivamente, su un piano di parità, allo sforzo di accrescimento delle conoscenze sull'amministrazione, ad esempio agendo, come invece potrebbe e dovrebbe, da setaccio, separando le idee utili da quelle che si rivelano, sul terreno dell'esperienza, astratte o impraticabili*”.

D'altronde, accanto alla finalità principale della formazione, consistente nell'aumento delle capacità del funzionario per l'esercizio delle competenze attribuite, si pone anche la finalità di arricchire l'apparato amministrativo in cui il singolo funzionario è inserito, inducendo un cambiamento complessivo dell'ambiente di appartenenza¹¹.

Per garantire l'efficacia della formazione, inoltre, il piano teorico e quello empirico dovrebbero essere costantemente integrati, in modo tale che l'apprendimento di un modello teorico possa essere concretamente applicato ed eventualmente perfezionato nella pratica mediante l'esperienza.

Anche a voler tralasciare per un momento l'urgenza determinata dalla pandemia e dalle riforme previste dal PNRR, sembrerebbe ragionevole e doveroso investire sulla formazione continua della macchina pubblica a fronte della disorganicità e della rapidità di mutamento delle regole nell'ordinamento, nonché della rivoluzione tecnologica cui si assiste nel mondo contemporaneo.

Tuttavia, l'analisi dei dati mostra una tendenza opposta e non rassicurante, che si potrebbe definire come un'*emergenza formativa*, generata dal progressivo taglio delle spese di istruzione e formazione dei dipendenti pubblici e dalla limitata percentuale di dipendenti pubblici che svolge corsi per accrescere le proprie competenze digitali. In particolare, nel 2019, l'investimento complessivo sulla formazione dei dipendenti pubblici è stato di 163,7 milioni di euro – 110 milioni in meno rispetto a 10 anni fa – che corrispondono a una media di 1,2 giorni di formazione l'anno per dipendente. Inoltre, in merito ai contenuti, la formazione è soprattutto su competenze tecnico specialistiche (45,2% dei partecipanti) e giuridico-normative (30,9%), mentre solo una minoranza di dipendenti ha svolto corsi per accrescere competenze digitali (5%) o di *project management* (2,3%)¹².

¹¹ Tali riflessioni, ancora attuali, sono state espone già da tempo da S. CASSESE, *A che serve la formazione dei dipendenti pubblici*, in *Pol. dir.*, 1989, pp. 432 ss.; di recente, L. SALTARI, *La formazione e la selezione dei dirigenti pubblici nell'ordinamento statale, negli ordinamenti regionali e negli altri Stati*, in B.G. MATTARELLA (a cura di), *La dirigenza dello Stato e il ruolo della Scuola superiore della pubblica amministrazione*, Roma, 2009, pp. 29 ss.

¹² I dati emergono dalla ricerca sul lavoro pubblico del FORUM PA, presentata nel giugno 2021, disponibile sul portale *forumpa.it*, fondata sulla raccolta dei dati ISAT e dei dati della Ragioneria Generale dello Stato. Inoltre, con riferimento alle modalità di erogazione dei contenuti, si legge nel *Censimento*

Alla luce di tali dati, sarebbe auspicabile – anche in ragione della flessibilità e della rapidità richiesta nella attuazione delle riforme del PNRR – un investimento quantitativo maggiore nella formazione dei dipendenti pubblici e, in un’ottica qualitativa, la promozione di corsi volti ad incrementare le competenze digitali, nonché a stimolare conoscenze trasversali e intersettoriali¹³.

3. Tra promozione della formazione interna e reclutamento di nuove competenze esterne

A fronte delle necessità di incrementare le competenze tecniche e valorizzare il capitale umano alle dipendenze della PA e, al contempo, di assicurare la rapida ed efficace attuazione delle riforme settoriali del PNRR, il legislatore italiano sembra essersi indirizzato verso due direzioni principali, in parte contrapposte: da un lato, si propone il miglioramento delle capacità e delle competenze dei dipendenti pubblici mediante la valorizzazione della formazione promossa da soggetti come la Scuola Nazionale dell’Amministrazione (SNA), le Università e gli enti di ricerca nazionali; dall’altro, si favoriscono meccanismi per consentire alle Amministrazioni titolari di intervento nell’ambito del PNRR di conferire incarichi dirigenziali a soggetti esterni

Permanente delle Istituzioni pubbliche 2017 del 17 dicembre 2019, reperibile sul sito istituzionale dell’ISTAT, che “la quasi totalità delle attività di formazione viene svolta attraverso una sola e unica modalità di erogazione (monomodale), principalmente rappresentata dalla tradizionale tipologia del corso in aula (73,2% nei due anni), seguita dalla partecipazione a convegni e conferenze (9,7%, in leggera flessione rispetto all’11,9%), particolarmente diffusa presso gli enti locali (Comuni, Province e Città metropolitane, Comunità montane e unioni di comuni)”.

¹³ Sul tema della digitalizzazione della PA, senza pretese di esaustività, cfr. G. PESCE, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Napoli, 2018; F. NOTARI, *Il percorso della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche: ambiti normativi mobili e nuovi modelli di governance*, in *Giorn. dir. amm.*, 17/2020, pp. 21-31; D. DONATI, *La strada da fare. Appunti per l’amministrazione dopo la pandemia*, in *Dir. pubbl.*, 1/2021, pp. 127-154; E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, pp. 363-391; R.C. PERIN - D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell’Amministrazione Pubblica Digitale*, Torino, 2020.

all'Amministrazione e di reclutare esperti esterni per supportare le amministrazioni nella realizzazione dei progetti del PNRR¹⁴.

Con riferimento al primo profilo, il Decreto Reclutamento¹⁵ ha accresciuto il ruolo della SNA, quale istituzione di alta formazione e ricerca, la cui finalità è quella di “*sostenere e promuovere il processo di innovazione e riforma della pubblica amministrazione con l'obiettivo generale di fare della pubblica amministrazione un fattore di competitività del sistema economico e produttivo italiano*”¹⁶, aggiungendo che la stessa sarà chiamata a “*promuovere e sostenere, durante l'intero percorso di carriera, la qualificazione, la riqualificazione, la crescita e l'aggiornamento professionale del personale che opera negli uffici di cui all'articolo 14, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165*”¹⁷.

Si ritiene che tale riconoscimento debba essere accolto con favore in considerazione sia della molteplicità di corsi di formazione continua e permanente proposti, suddivisi nelle aree tematiche del *management* pubblico, della digitalizzazione e innovazione della PA, della economia, finanza e statistica e della internazionalizzazione ed Unione Europea¹⁸, sia dei metodi di formazione utilizzati, che compendiano nozioni tecniche e capacità umane, con un'attenzione anche all'approccio comportamentale,

¹⁴ Ci si riferisce alle misure previste nel Decreto Reclutamento, sulla assunzione di esperti per gli enti locali, sull'affidamento di incarichi di collaborazione, sul portale del reclutamento e sui contratti a tempo determinato per i profili di alta specializzazione.

¹⁵ Cfr. art. 5 del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modifiche dalla l. 6 agosto 2021, n. 113.

¹⁶ Art. 2 del d. lg. 1 dicembre 2009, n. 178, recante “*Riorganizzazione della Scuola superiore della pubblica amministrazione (SSPA), a norma dell'articolo 24 della legge 18 giugno 2009, n. 69*”.

¹⁷ Cfr. art. 5, co. 1, lett. a) del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modifiche dalla l. 6 agosto 2021, n. 113.

¹⁸ Per un approfondimento sui dati e sul Piano delle Attività Formative (PAF) della SNA, si legga E. ESPA, *Caratteristiche e obiettivi della formazione continua*, in *Formare la PA. Rapporto SNA 2017-2020*, Roma, 2021, pp. 23-29, il quale evidenzia che sarebbe importante coinvolgere un numero maggiore di amministrazioni e intercettare con maggiore precisione l'offerta formativa in base ai fabbisogni formativi espressi dalle amministrazioni.

fondato sulla psicologia cognitiva e sociale¹⁹, nell'ottica di superare un atteggiamento della PA che “*combina insieme subalterità e chiusura autoreferenziale verso il mondo esterno, o, meglio, verso mondi esterni che interloquiscono con essa*”²⁰.

In merito al secondo profilo, il legislatore ha autorizzato le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2, del d. lg. 30 marzo 2001, n. 165 “*impegnate nell'attuazione del Pnrr*” a derogare, fino a raddoppiarli, i limiti percentuali attualmente previsti dalla legge per l'attribuzione di incarichi dirigenziali a soggetti esterni, ai sensi dell'art. 19, co. 6, del d. lg. 30 marzo 2001, n. 165, stabilendo che tale deroga sia consentita solo in quanto funzionale alla copertura delle posizioni dirigenziali vacanti relative a compiti strettamente funzionali all'attuazione degli interventi del PNRR²¹.

In alternativa, le stesse amministrazioni sono state autorizzate a conferire, sempre in deroga ai limiti percentuali di cui all'art. 19, co. 6, del d. lg. 30 marzo 2001, n. 165, gli incarichi dirigenziali di cui all'art. 8, co. 1, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77²². Tale ultima disposizione, disciplinando la *governance* del PNRR, ha previsto che le amministrazioni centrali titolari di interventi previsti dal PNRR, al fine di coordinare le attività di gestione, di monitorare, di rendicontare e controllare gli interventi previsti, possano scegliere se individuare, tra quelle esistenti, una struttura di livello dirigenziale generale ovvero se istituire una apposita unità di missione di livello dirigenziale generale fino al completamento del PNRR, articolata in un massimo di tre uffici dirigenziali di livello non generale.

L'ampliamento delle quote di incarichi dirigenziali conferibili all'esterno della PA, seppur limitata a poche posizioni

¹⁹ In questi termini, M. RAMAJOLI, *Op. cit.*, p. 455. In tema anche M. PARRELLA, *Formare la Pubblica Amministrazione: il Rapporto SNA 2017-2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2021, pp. 457-462.

²⁰ In questi termini S. BATTINI, *Op. cit.*, pp. 11-12, che parla di subalterità culturale rispetto al mondo degli esperti, degli accademici e degli studiosi, nonché rispetto alla politica, che va oltre il doveroso rispetto dell'indirizzo politico, rispetto ai giudici e ai corpi di controllo e, infine, rispetto alla società nel suo complesso.

²¹ Cfr. art. 1, co. 15, del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modifiche dalla l. 6 agosto 2021, n. 113.

²² Cfr. art. 8 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modifiche dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

connesse all'attuazione del PNRR e un periodo temporale ristretto, pare mostrare un *favor* del legislatore verso la individuazione di professionalità esterne del settore privato, in parziale contrapposizione con le scelte di accrescere le competenze interne alla PA e di disporre la cessazione dell'efficacia delle percentuali che limitano l'attribuzione di incarichi dirigenziali a dipendenti delle amministrazioni pubbliche appartenenti a ruoli di altre amministrazioni, in modo da favorire la mobilità interna tra amministrazioni²³.

Fermo restando che il conferimento di incarichi a soggetti esterni dovrebbe restare una ipotesi eccezionale dettata dalla necessità di acquisire competenze non rinvenibili nei ruoli dirigenziali delle amministrazioni²⁴, nel rispetto del fondamentale principio del concorso pubblico, si potrebbe anche rilevare, come osservato in dottrina, che *“se è più facile conferire incarichi dirigenziali a dirigenti di altre amministrazioni, le amministrazioni possono trovare più facilmente all'esterno (in altre amministrazioni) le competenze mancanti al loro interno, quindi il ricorso ai dirigenti non di ruolo si giustifica ancora di meno”*²⁵.

4. Conclusioni

In via conclusiva, le linee di tendenza legislativa sinteticamente esposte paiono contemperare esigenze diverse ma contestuali: la consapevolezza che l'accrescimento delle competenze interne alla PA sia un processo necessario, ma di più lunga realizzazione, pare spingere il legislatore a far ricorso ad un mercato

²³ Cfr. art. 3, co. 3-*bis* e 3-*ter*, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modifiche dalla l. 6 agosto 2021, n. 113. In particolare, tali commi sono stati inseriti dal Senato in sede di conversione e sopprimono i limiti percentuali che erano previsti dall'art. 19, comma 5-*bis*, del d. lg. 30 marzo 2001, n. 165 – che si commisuravano rispetto al totale della dotazione organica dei dirigenti di prima fascia ovvero di seconda fascia (dell'amministrazione) – per il conferimento di incarichi a dirigenti appartenenti ai ruoli di altre pubbliche amministrazioni ovvero dipendenti da organi costituzionali.

²⁴ In tema, C. conti, sez. reg. contr. per il Lazio, 5 dicembre 2018, n. 71/2018/PREV e, ivi, il richiamo ad altra giurisprudenza sul conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni alla PA.

²⁵ B.G. MATTARELLA, *I dirigenti esterni e lo sguardo assai corto*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2021, pp. 426-427.

esterno alla macchina amministrativa per assicurare il reclutamento di profili professionali altamente tecnici e specializzati in grado di eseguire con celerità ed efficacia i complessi progetti attuativi del PNRR.

Tale scelta appare un ragionevole compromesso tra le stringenti tempistiche per l'attuazione del PNRR e la necessità di investire sulla formazione del capitale umano alle dipendenze della PA, al fine di creare nel medio-lungo periodo un'amministrazione al passo con la trasformazione digitale in atto e di recuperare l'immagine di una burocrazia forte, efficiente, capace e innovativa anche allo sguardo della società civile.

LA TRANSIZIONE AL DIGITALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: CRITICITÀ PRESENTI E SCENARI FUTURI*

PIETRO CUTAIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'emergenza pandemica e il decreto semplificazioni. – 3. La digitalizzazione della PA nel Piano nazionale di ripresa e resilienza. – 4. Considerazioni conclusive.

Abstract: The paper aims to examine the path that the Italian public administration has followed so far in terms of digital transition, analysing its phases and the main results achieved. More specifically, the essay seeks to identify the impacts of the pandemic on administrative activity and the impulse that it has given to the digitalisation process, so as to outline its future prospects and highlight any criticalities. The analysis focuses not just on the measures adopted by the Italian administration to manage the crisis and their evaluation, but also on the innovations that have been introduced and the challenges that the Italian administrative law will have to face in the nearest future.

1. Introduzione

L'evoluzione tecnologica degli ultimi decenni ha provocato mutamenti significativi nella società, determinando modifiche nelle relazioni e la genesi di nuovi modelli di governo. Risulta mutato sensibilmente anche il volto della pubblica amministrazione¹ che, grazie ai recenti sviluppi della tecnologia, ha

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

¹ Sulla digitalizzazione della pubblica amministrazione italiana si rinvia a F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inform.*, 2/2015, pp. 227-273; B. CAROTTI, *Il correttivo al Codice dell'amministrazione digitale: una meta-riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2018,

conosciuto una rapida evoluzione nel senso della digitalizzazione² ormai concordemente riconosciuta come necessaria per rispondere efficacemente alle moderne esigenze dalla collettività³.

Nel processo di trasformazione digitale degli ultimi anni, l'amministrazione italiana ha compiuto notevoli progressi sotto diversi profili⁴. Quello della digitalizzazione resta però uno dei versanti sul quale il sistema amministrativo italiano ha

pp. 131-142; E. CARLONI, *Digitalizzazione pubblica e differenziazione regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2018, pp. 698-705; G. PESCE, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Napoli, 2018; A. MASUCCI, *Digitalizzazione dell'amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Dir. pubbl.*, 1/2019, pp. 117-151; J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2019, pp. 619-641; F. FAINI, *Il volto dell'amministrazione digitale nel quadro della rinnovata fisionomia dei diritti in rete*, in *Dir. inform.*, 4-5/2019, pp. 1099-1120; F. NOTARI, *Il percorso della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche: ambiti normativi mobili e nuovi modelli di governance*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2020, pp. 21-31; P. PIRAS, *Il tortuoso cammino verso un'amministrazione nativa digitale*, in *Dir. inform.*, 1/2020, pp. 43-65; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2/2020, pp. 305-328; M. CISTARO - C.C. GIARDINA, *Il responsabile per la transazione al digitale: nomina, ruolo, funzioni e compiti*, Milano, 2020; A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2020, pp. 366-375; P. CLARIZIA, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2020, pp. 768-781; A.G. OROFINO - G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 7/2020, pp. 1738-1748; C.C. GIARDINA, *Il Piano triennale per l'informatica nella PA 2020-2022*, in *Azienditalia*, 12/2020, pp. 1924-1930; P. CLARIZIA - G. SGUEO, *Lo stato digitale nel PNRR: la digitalizzazione come necessità trasversale*, in *www.irpa.eu*, 1 giugno 2021; P. FALLETTA, *Le linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2021, pp. 163-171; I. MACRÌ, *Gli strumenti per il dialogo dell'amministrazione digitale*, in *Azienditalia*, 5/2021, pp. 856-863; G. NAPOLITANO, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2021, pp. 145-150; G. SGUEO, *Tre idee di design per l'amministrazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2021, pp. 19-29; ID., *La democrazia digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2/2021, pp. 262-268; I. MACRÌ, *CAD: alcuni profili di miglioramento*, in *Azienditalia*, 7/2021, pp. 1240-1247 e B. SUSIO, *La sfida della transizione digitale: le condizioni di successo per gli enti pubblici*, in *Azienditalia*, 7/2021, pp. 1236-1238.

² Per "digitalizzazione", ai fini del presente contributo, si intende il processo che incide sulla modernizzazione delle modalità di funzionamento delle amministrazioni. Più precisamente, per dirla con autorevole dottrina, ci si riferisce "all'adozione estesa e integrata delle tecnologie informatiche nello svolgimento delle funzioni e nell'erogazione dei servizi delle amministrazioni pubbliche" (F. FAINI, *Op. cit.*, p. 1100).

³ F. FAINI, *Op. cit.*, p. 1099.

⁴ Come riconosciuto anche in letteratura (cfr. F. NOTARI, *Op. cit.*, p. 1).

tradizionalmente mostrato, nel suo complesso, un considerevole ritardo rispetto ad altre esperienze comparate⁵, presentando notevoli difficoltà nel *tenere il passo* con l'evoluzione che caratterizza il contesto sociale e tecnologico contemporaneo⁶.

Peraltro, l'ordinamento europeo, che in tema di nuove tecnologie procede più speditamente di quanto non avvenga a livello nazionale, ha definito nel tempo nette linee di standardizzazione che, proiettandosi sugli Stati membri, hanno inevitabilmente ridimensionato le implicazioni derivanti dai riparti delle competenze all'interno delle singole realtà nazionali⁷.

Che l'amministrazione digitale italiana non costituisca un compiuto modello di riferimento organizzativo è dimostrato dalla sostanziale – e perdurante – eterogeneità delle fonti. Il Codice dell'amministrazione digitale (CAD)⁸, che costituisce il *corpus* normativo oggi più consistente per la disciplina della materia, è (stato) infatti oggetto di una stratificazione normativa confusa, dovuta a continue manipolazioni successive.

L'attuale condizione del CAD, aggravata dalle modifiche succedutesi negli anni sotto la spinta di esigenze pubblicistiche eterogenee, risulta dal sovrapporsi di disposizioni che finiscono spesso per ribadire principi già affermati, con la conseguenza di indebolirli piuttosto che di rafforzarli, ovvero per estenderne l'ambito di applicazione, che muta di volta in volta non solo nella

⁵ Per un confronto in materia con l'ordinamento tedesco si rinvia al significativo contributo di H.W. STREICHER, *Digitale Transformation in der öffentlichen Verwaltung*, Berlino, 2020.

⁶ Cfr. al riguardo: Camera dei deputati, Commissione parlamentare di inchiesta sul livello di digitalizzazione e innovazione delle pubbliche amministrazioni e sugli investimenti complessivi riguardanti il settore delle tecnologie e della comunicazione, *Relazione sull'attività svolta. La digitalizzazione della pubblica amministrazione italiana: analisi degli errori e valutazione delle priorità, dall'efficacia degli strumenti all'importanza del capitale umano*, approvata nella seduta del 26 ottobre 2017; Corte dei conti, Sezione delle autonomie, *Referto al Parlamento sullo stato di attuazione del piano triennale per l'informatica 2017-2019 negli enti territoriali*, vol. I, deliberazione n. 15/SEZAUT/2020/VSGO; Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, *Relazione 2020 al Parlamento e al Governo sui livelli e la qualità dei servizi offerti dalle Pubbliche amministrazioni centrali e locali alle imprese e ai cittadini*, approvata nella seduta del 25 marzo 2021.

⁷ E. CARLONI, *Op. cit.*, p. 699.

⁸ Si tratta del d. lg. 7 marzo 2005, n. 82, da ultimo modificato dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77.

dimensione temporale, ma anche con riferimento ad aspetti complementari relativi a una medesima tematica⁹.

2. L'emergenza pandemica e il decreto semplificazioni

Che la recente pandemia abbia rappresentato un'occasione irripetibile per superare le ritrosie culturali che fino ad ora hanno ostacolato il processo di digitalizzazione della P.A. è innegabile. Secondo molti, infatti, essa avrebbe fatto emergere una nuova sensibilità circa la necessità di una maggiore digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche e delle imprese private¹⁰.

I primi passi avanti in tal senso sono stati compiuti con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76¹¹, che ha introdotto, anche se in modo frammentario, una pluralità di misure volte ad imporre alle pubbliche amministrazioni l'erogazione di servizi pubblici a distanza. Gli interventi sono stati dettati dall'esigenza dei privati di fruire di determinati servizi pubblici anche in presenza delle restrizioni disposte dal Governo, al fine di ridurre gli spostamenti, gli assembramenti e, più in generale, i possibili contatti fisici¹². Significativamente, la maggior parte delle modifiche introdotte sono apparse finalizzate ad attuare il principio del *digital first*¹³.

Fra le numerose sezioni del decreto spicca in particolare il Titolo III, dedicato alle “*Misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione dell'amministrazione digitale*”. La maggior parte degli interventi ivi previsti hanno modificato, abrogato o

⁹ I. MACRÌ, *CAD: alcuni profili di miglioramento*, cit., 7/2021, p. 3.

¹⁰ Sono di questa idea, fra gli altri, P. CLARIZIA, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, cit., p. 780; G. NAPOLITANO, *Op. cit.*, p. 150; G. SGUEO, *Tre idee di design per l'amministrazione digitale*, cit., p. 22.

¹¹ Si tratta del c.d. decreto semplificazioni, convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, e recante “*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*”.

¹² P. CLARIZIA, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, cit., p. 768.

¹³ In base al principio del *digital first*, il digitale rappresenta il canale principale per lo svolgimento dell'attività amministrativa, distinguendosi dalla “esclusività digitale” (o *digital only*), per cui l'organizzazione delle funzioni e l'erogazione dei servizi devono essere progettati ed erogati per consentire, entro un dato termine, il passaggio verso la forma digitale in via esclusiva (G. PESCE, *Op. cit.*, p. 52).

sostituito disposizioni del CAD¹⁴. Si è dunque trattato di una corposa operazione di rinnovamento, che si è inserita però nel tumultuoso susseguirsi di norme primarie, le cui continue modifiche hanno contribuito ad ostacolare il percorso intrapreso, trascurando di lasciare alle amministrazioni il necessario tempo di adattamento¹⁵. In ogni caso, è possibile individuare, all'interno delle misure introdotte, quattro distinte direttrici: (i) l'accesso ai servizi in rete delle pubbliche amministrazioni; (ii) le infrastrutture e le piattaforme digitali; (iii) il coordinamento della trasformazione digitale; (iv) le misure puntuali di semplificazione¹⁶.

Con il decreto è stata anzitutto estesa e attuata la disciplina sul diritto di accesso digitale, inteso quale diritto dei privati di fruire il più possibile di servizi pubblici *online*, senza tuttavia imporre il progressivo *switch off* (dell'opzione analogica in favore di quella digitale). Il decreto, al riguardo, ha imposto alle amministrazioni pubbliche – intese in senso restrittivo¹⁷ – di garantire l'erogazione di tutti i servizi anche in modalità digitale, anche tramite *smartphone* e *tablet*. È stato poi introdotto il c.d. principio di semplificazione mnemonica, imponendo alle amministrazioni di consentire l'accesso ai propri servizi in rete esclusivamente tramite gli strumenti di identificazione digitale già disponibili, quali l'ormai noto Sistema pubblico d'identità digitale (SPID) e la carta d'identità elettronica (CIE).

Con il d.l. n. 76/2020 è stato inoltre attribuito un rilievo primario, ai fini della trasformazione digitale delle amministrazioni, alla realizzazione di piattaforme che garantiscano l'interoperabilità dei dati in possesso di soggetti pubblici e alla razionalizzazione delle infrastrutture digitali del paese. Il nuovo art. 50-ter CAD, ad esempio, oltre a estendere anche alle autorità amministrative indipendenti l'obbligo di condividere il patrimonio informativo detenuto, ha espressamente confermato le novità

¹⁴ Il decreto semplificazioni ha interessato oltre il venti per cento delle disposizioni del Codice (P. CLARIZIA, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, cit., p. 769).

¹⁵ B. CAROTTI, *Op. cit.*, pp. 131 ss.

¹⁶ Per un'analisi sulla struttura del decreto si rinvia a P. CLARIZIA, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, cit., pp. 769 ss.

¹⁷ L'ambito d'applicazione di tale obbligo è circoscritto esclusivamente ai soggetti di cui all'art. 2, co. 2, lett. a, CAD: “*le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, [...] ivi comprese le autorità di sistema portuale, nonché alle autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione*”.

introdotte con il d.l. 19 maggio 2020, n. 34, in ordine al superamento della fase di sperimentazione della Piattaforma digitale nazionale dei dati (PDND), all'affidamento in via definitiva della sua gestione alla Presidenza del Consiglio dei ministri e all'ampliamento dell'ambito d'applicazione della PDND anche ai gestori di servizi pubblici e alle società in controllo pubblico.

Il nuovo articolo, in particolare, definisce la PDND come *“un’infrastruttura tecnologica che rende possibile l’interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi dati delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di servizi pubblici”* (co. 2), al dichiarato fine di *“favorire la conoscenza e l’utilizzo del patrimonio informativo detenuto dalle amministrazioni per finalità istituzionali, nonché la condivisione di dati ai fini della semplificazione degli adempimenti amministrativi dei cittadini e delle imprese”* (co. 1).

Con il decreto sono state poi introdotte molteplici misure volte a garantire il coordinamento informatico e l'efficacia della trasformazione digitale delle amministrazioni. Ad esempio, è stata trasferita alla Presidenza del Consiglio la funzione di coordinamento informatico delle amministrazioni statali, regionali e locali, originariamente attribuita all'Agenzia per l'Italia digitale (AGID), con la finalità di progettare e monitorare l'evoluzione strategica del sistema informativo della pubblica amministrazione. È stata poi istituita, nell'ambito del Ministero dell'interno, un'apposita direzione centrale, alla quale è stata attribuita la funzione di assicurare *“la funzionalità delle attività di innovazione tecnologica e digitalizzazione, nonché dei sistemi informativi del Ministero dell'interno e delle Prefetture-UTG”* (art. 31, co. 3, d.l. n. 76/2020). Un ulteriore intervento rilevante riguarda il nuovo Difensore civico per il digitale, istituito presso l'AGID¹⁸.

¹⁸ Il Difensore civico svolge una duplice funzione: da un lato raccoglie le segnalazioni relative alle presunte violazioni del CAD o di ogni altra norma in materia di digitalizzazione ed innovazione (art. 17, co. 1-*quater*, CAD); dall'altro, in caso di contestazione sulla dichiarazione di accessibilità o di esito insoddisfacente del monitoraggio, decide in merito alla corretta attuazione della legge sulla accessibilità agli strumenti informatici per le persone con disabilità, disponendo eventuali misure correttive in caso di reclami di utenti relativi a dichiarazioni di accessibilità (art. 3-*quinqies*, legge n. 4/2004).

3. La digitalizzazione della PA nel Piano nazionale di ripresa e resilienza

La digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche ha assunto un ruolo ancora più significativo nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)¹⁹, il quale sembra rappresentare lo strumento per un'accelerazione definitiva della transizione digitale del Paese, essendo previsti in un unico atto di pianificazione molteplici iniziative e progetti, significative riforme legislative, l'allocazione di ingenti investimenti e il reclutamento straordinario di risorse con competenze digitali.

Il Piano, a differenza di quanto accaduto in passato, sembra porsi in linea di continuità con le precedenti politiche in materia di transizione digitale, raccordandosi con le molteplici iniziative introdotte dal d.l. n. 76/2020. La continuità delle politiche di transizione digitale, auspicata da tutti gli operatori del settore, rappresenta un'importante novità, in quanto le continue modifiche del quadro regolatorio e delle iniziative in materia hanno rappresentato finora un freno al percorso di digitalizzazione della sfera pubblica²⁰.

Per quanto riguarda l'attuazione del Piano, è previsto che il punto di contatto con la Commissione europea e il coordinamento delle iniziative siano centralizzati presso il Ministero dell'economia e delle finanze, mentre presso la Presidenza del Consiglio dei ministri è prevista l'istituzione di un'apposita cabina di regia, con il compito di verificare l'avanzamento del Piano, monitorare l'efficacia delle iniziative, assicurare la cooperazione e attivare poteri sostitutivi in caso di criticità²¹.

Sorprende che nel Piano, oltre a non essere state specificate le articolazioni amministrative cui spetta la concreta realizzazione degli interventi, manchino riferimenti alla necessità di centralizzare la *governance* delle politiche di digitalizzazione del Paese e di ridurre la complessità, la frammentarietà e l'eterogeneità delle fonti in materia di digitalizzazione, attraverso una razionalizzazione delle norme primarie – che dovrebbero limitarsi

¹⁹ Il 30 aprile 2021, il Governo ha ufficialmente trasmesso il testo del PNRR alla Commissione europea, la quale, in data 22 giugno 2021, ha espresso al riguardo una valutazione globalmente positiva. Il 13 luglio 2021, il PNRR italiano è stato definitivamente approvato con decisione di esecuzione del Consiglio, che ha recepito la proposta di decisione della Commissione europea.

²⁰ P. CLARIZIA - G. SGUEO, *Op. cit.*

²¹ *Ibid.*

a definire principi e obiettivi, demandando alle fonti secondarie la definizione delle regole tecniche.

Al riguardo è stato infatti osservato come il successo del Piano, per lo meno ai fini di un'effettiva transizione digitale, sia subordinato alla chiara identificazione delle amministrazioni competenti a individuare e ad attuare gli interventi previsti (oltre che all'individuazione delle modalità di realizzazione degli stessi), nonché all'efficacia dell'intervento di semplificazione normativa e organizzativa²².

Occorre infine segnalare che il d.l. 1 marzo 2021, n. 22, recante "*Disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri*", è intervenuto anche sulle funzioni del Governo in materia di innovazione tecnologica e transizione digitale (art. 8), prevedendo che il Presidente del Consiglio promuova, indirizzi e coordini l'azione del Governo nelle seguenti materie: innovazione tecnologica; attuazione dell'agenda digitale italiana ed europea; strategia italiana per la banda ultralarga; digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni e delle imprese; trasformazione, crescita e transizione digitale del Paese, in ambito pubblico e privato; accesso dei servizi in rete; connettività; infrastrutture digitali materiali e immateriali; strategia nazionale dei dati pubblici. Il decreto prevede anche l'istituzione, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, del Comitato interministeriale per la transizione digitale (CITD), con il compito di assicurare, nelle materie di cui all'art. 5, co. 3, lett. b-*bis*, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il coordinamento e il monitoraggio dell'attuazione delle iniziative di innovazione tecnologica e transizione digitale delle pubbliche amministrazioni competenti in via ordinaria²³.

4. Considerazioni conclusive

Con il decreto semplificazioni si è tentato di imprimere alla trasformazione digitale della pubblica amministrazione italiana un'accelerazione significativa in relazione alle esigenze rese più urgenti dalla recedente emergenza sanitaria, quali l'erogazione di

²² *Ibid.*

²³ Per un'analisi chiara e approfondita sulle novità introdotte dal decreto in tema di organizzazione amministrativa cfr. V. BONTEMPI, *Il riordino dell'amministrazione centrale ad opera del Governo Draghi (d.l. n. 22/2021)*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2021, pp. 463-471.

vari servizi pubblici da remoto. In tale prospettiva, il legislatore sembra aver assunto un approccio che alcuni hanno definito “*pragmatico*”²⁴: mentre le restrizioni introdotte dal Governo hanno reso più urgente la necessità dei privati di fruire dei servizi pubblici e di entrare in contatto con gli uffici pubblici a distanza, l’esigenza delle stesse amministrazioni di reperire le informazioni e le infrastrutture indispensabili per esercitare le proprie funzioni è emersa in modo più accentuato.

In altre parole, la crisi sanitaria ha rappresentato lo stimolo che ha consentito di superare le resistenze, prevalentemente interne alla stessa amministrazione, che finora hanno rallentato la trasformazione digitale, nonostante le molteplici riforme adottate in tal senso.

Sullo sfondo persistono però problemi in ordine alla carenza di un’effettiva semplificazione normativa, organizzativa e tecnologica delle amministrazioni pubbliche: *in primis*, non si è colta l’occasione per ridurre la complessità, la frammentarietà e l’eterogeneità delle fonti in materia di digitalizzazione, nonché per effettuare un’attività di razionalizzazione delle norme primarie. *In secundis*, quella recentemente introdotta rappresenta una riforma “posticipata”, *c’est à dire* condizionata all’adozione di numerosi atti attuativi da parte di amministrazioni diverse, con procedimenti che il più delle volte risultano articolati e complessi²⁵.

Inoltre, la *governance* del processo di transizione digitale continua a essere suddivisa tra più soggetti, con conseguente sovrapposizione di competenze e assenza di una chiara definizione delle responsabilità di ciascun ufficio coinvolto.

È stato poi giustamente evidenziato che, se la frantumazione delle fonti primarie e il massivo uso di norme attuative non costituiscono *ex se* una violazione del principio di legalità²⁶ (riguardando piuttosto il profilo sostanziale, relativo alla qualità e alla chiarezza della regolazione), la sovrapposizione di norme legislative, appartenenti a plessi normativi diversi, e i continui adeguamenti della *governance* imposti da ampie riforme, segna

²⁴ P. CLARIZIA, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, cit., p. 780.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Più correttamente, della riserva relativa di legge in materia di organizzazione amministrativa dei pubblici uffici che, ai sensi dell’art. 97 Cost., consente di limitare gli effetti della normazione primaria alla definizione degli obiettivi cui è preposta l’amministrazione, restando quest’ultima libera di disporre dei mezzi per la loro attuazione concreta.

dalla necessità di garantire una consistente riduzione della spesa pubblica, hanno finora impedito una piena realizzazione dei veri obiettivi della digitalizzazione dell'amministrazione²⁷.

Si può concludere che le principali difficoltà di attuazione dei processi di digitalizzazione amministrativa derivano tanto dal sistema ordinamentale nel suo complesso quanto da fattori esogeni, che hanno segnato i più recenti percorsi delle economie della crisi. Si pensi ad esempio alle differenze strutturali e dimensionali delle singole amministrazioni, cui si è cercato di porre rimedio prevedendo nel Codice forme di aggregazione e di gestione condivisa delle risorse digitali, ovvero alle persistenti disuguaglianze che dipendono principalmente da fattori culturali, sociali, economici e geografici (c.d. *digital divide*)²⁸.

D'altra parte, l'uscita dall'emergenza sanitaria, così come il successo del PNRR, dipendono dalla nostra capacità di affrontare adeguatamente anche tali problemi, nella consapevolezza che non pochi di essi hanno a che fare con le norme che disciplinano l'azione e l'organizzazione degli apparati pubblici e, dunque, con il diritto amministrativo²⁹.

²⁷ F. CARDARELLI, *Op. cit.*, p. 247.

²⁸ *Id.* p. 248; il *digital divide* configura il divario tra chi accede, fruisce e utilizza le tecnologie informatiche e chi ne è escluso, in modo parziale o totale. Le motivazioni di esclusione possono essere diverse: geografiche e infrastrutturali (aree remote e rurali, assenza di infrastrutture), culturali, anagrafiche, economiche o inerenti a disabilità.

²⁹ Per una riflessione attuale e attenta sul ruolo del diritto amministrativo italiano nella fase di ripresa post pandemica si rinvia a G. NAPOLITANO, *Op. cit.*

L'INFORMATIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA NELLA RIPRESA POST-PANDEMICA FRA DIRITTI DIGITALI E REINGEGNERIZZAZIONE DEI PROCEDIMENTI*

GABRIELE DAMMICCO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La centralità dei “diritti digitali” nel quadro normativo attuale. – 3. Per un diverso approccio da parte del legislatore.

Abstract: The aim of the following paper is to highlight the fact that the Italian legislation aims at enacting the s.c. “*e-government*” by conferring *digital rights* to citizens and enterprises. However, this method is not very effective in practice. In order to improve the use of digital instrument by the Italian Public Administration and to meet the challenge of the recovery following Covid-19 pandemic, it is desirable a new approach focused on the drastic reshaping of administrative procedures.

1. Introduzione

L'emergenza pandemica ha dimostrato la necessità di imprimere un più deciso impulso all'utilizzo dello strumento informatico nell'esercizio dell'attività amministrativa.

Il processo di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione è invero iniziato da tempo¹. A livello normativo, il suo

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

¹ Già nel 1979 Massimo Severo Giannini aveva colto che “*i sistemi informativi non servono più alle amministrazioni per fatti di gestione interna ma servono proprio per amministrare, si proiettano cioè sempre più verso*

avvio si riconduce all'adozione del d. lg. 12 febbraio 1993, n. 39, che ha indicato per la prima volta l'atto amministrativo informatico come modo ordinario d'esercizio della funzione amministrativa². Una tappa fondamentale di tale processo è rappresentata, poi, dall'adozione nel 2005 del Codice dell'Amministrazione Digitale (anche noto come "CAD")³.

In un momento storico, quale quello dell'emergenza pandemica, in cui è stata imposta una decisa limitazione agli spostamenti delle persone al fine "*di contrastare e contenere*" la diffusione del virus Sars-CoV-2⁴, è stato evidente come l'ulteriore sviluppo di tale processo fosse assolutamente necessario ed improrogabile per assicurare la salvaguardia della salute pubblica e per garantire la fruizione di servizi primari⁵ da parte della collettività. In tale contesto, così, il mezzo informatico ha finito per rappresentare il principale – se non addirittura l'unico – strumento che ha permesso ai cittadini di fruire di servizi pubblici essenziali, quali per esempio l'istruzione, sia di base che universitaria⁶.

Nell'attuale contesto della pianificazione della ripresa *post*-crisi economica causata dal Covid-19, la digitalizzazione assume un ulteriore, fondamentale ruolo.

Come noto, infatti, in risposta alla pandemia il Consiglio Europeo ha approvato il c.d. *Next Generation EU*, un ambizioso pacchetto di investimenti volto a riparare i danni immediati causati dalla pandemia di Covid-19 e a sostenere le economie degli Stati membri nel difficile percorso di ripresa. Per l'accesso alle risorse contenute nel principale programma elaborato a livello

l'esterno": v. M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro it.*, 5/1979, pp. 289 ss.

² R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2/2020, p. 305; P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *federalismi.it*, 7/2021, p. 187.

³ D. lg. 7 marzo 2005, n. 82.

⁴ V. art. 1, DPCM 8 marzo 2020, e art. 1, DPCM 9 marzo 2020.

⁵ A.F. SPAGNUOLO - E. SORRENTINO, *Alcune riflessioni in materia di trasformazione digitale come misura di semplificazione*, in *federalismi.it*, 8/2021, p. 275; cfr. anche P. CLARIZIA, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2020, p. 768.

⁶ S. D'ANCONA - P. PROVENZANO, *Gli strumenti della carta della cittadinanza digitale*, in R. CAVALLO PERIN - D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020, p. 225.

europeo, ossia il Dispositivo per la ripresa e resilienza (RRF)⁷, è previsto che gli Stati membri preparino piani nazionali per la ripresa e la resilienza, sottoposti alla valutazione della Commissione europea, in cui sia definito il programma di riforme e investimenti a livello nazionale. Il contributo alla transizione digitale è indicato quale direttrice fondamentale e “*condizione preliminare ai fini di una valutazione positiva*” dei piani⁸.

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza elaborato dal Governo italiano, in ossequio alle indicazioni e ai criteri individuati a livello europeo, dedica una specifica missione proprio alla digitalizzazione. Quest'ultima viene indicata quale “*necessità trasversale*” in particolare nel settore “*delle procedure amministrative*”, contribuendo a garantire “*un'offerta di servizi sempre più efficienti e facilmente accessibili*” per i cittadini⁹.

Lo sviluppo dell'impiego delle tecnologie dell'informazione (o ICT) nell'Amministrazione ha così anche una funzione essenziale nel rilancio della competitività del Paese a livello internazionale; da un punto di vista strettamente pratico, poi, ciò rappresenta una condizione essenziale per poter accedere alle risorse economiche stanziata a livello europeo.

Tutto quanto sopra considerato, è legittimo attendersi l'apertura, a breve, di un'intensa stagione di riforme tesa a promuovere un sempre maggiore impiego di tali tecnologie nell'esercizio dell'attività amministrativa.

È a questo punto utile valutare quali misure paiono più efficaci a tale fine, anche operando un confronto con il metodo finora impiegato dal legislatore per attuare il processo di informatizzazione della Pubblica Amministrazione, anche noto come “*e-government*”¹⁰.

⁷ Cfr. Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021.

⁸ Cfr. le conclusioni del Consiglio europeo adottate nelle riunioni straordinarie del 17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020 – EUCO 10/20.

⁹ Cfr. *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, trasmesso alla Commissione europea in data 30 aprile 2021 e approvato definitivamente dal Consiglio ECOFIN il 13 luglio 2021.

¹⁰ Per la definizione del concetto cfr. M. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *MediaLaws*, 2/2018, p. 2; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2019, pp. 1149 ss.

2. La centralità dei “diritti digitali” nel quadro normativo attuale

L’idea presupposta alle riforme che si sono susseguite finora è che attraverso il semplice riconoscimento di cc.dd. “diritti digitali” degli utenti, lasciando in secondo piano la dimensione dell’informazione e dell’organizzazione amministrativa, possa di per sé realizzarsi il processo di transizione digitale dell’Amministrazione¹¹. Tali diritti compongono la “cittadinanza digitale”, concetto invero di difficile definizione e piuttosto evanescente nei confini¹².

L’approccio descritto informa tutto il quadro normativo sulla digitalizzazione amministrativa e risulta con evidenza dall’analisi di una serie di disposizioni che occupano una posizione centrale nel sistema. Basti pensare all’art. 1, l. 7 agosto 2015, n. 124, il quale afferma il “diritto” di cittadini e imprese “di accedere a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale, nonché al fine di garantire la semplificazione nell’accesso ai servizi alla persona, riducendo la necessità dell’accesso fisico agli uffici pubblici” (comma 1). Si ricorda inoltre come il CAD contenga un’apposita Sezione II dedicata alla “Carta della cittadinanza digitale”: fra le norme ivi contenute pare opportuno richiamare l’art. 3, il quale afferma che “chiunque ha il diritto di usare, in modo accessibile ed efficace, le soluzioni e gli strumenti” disciplinati dal Codice nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, i gestori di servizi pubblici e le società a controllo pubblico “anche ai fini dell’esercizio dei diritti di accesso e della partecipazione al procedimento amministrativo, fermi restando i diritti delle minoranze linguistiche riconosciute” (comma 1). La norma è strettamente connessa¹³ con il successivo art. 7, concernente i servizi *online*, il quale prevede che chiunque ha diritto di fruire dei servizi erogati dai medesimi

¹¹ In questi termini S. CIVITARESE MATTEUCCI - L. TORCHIA, *La tecnificazione dell’amministrazione*, in L. FERRARA - D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana. Studi*, vol. IV, Firenze, 2016, p. 13.

¹² P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in *federalismi.it*, 2/2018, p. 2; analoga espressione è utilizzata da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, p. 384.

¹³ S. D’ANCONA - P. PROVENZANO, *Op. cit.*, p. 227.

soggetti “*in forma digitale e in modo integrato, tramite gli strumenti telematici messi a disposizione dalle pubbliche amministrazioni (...) anche attraverso dispositivi mobili*” (comma 1). Si richiama per completezza anche il testo del successivo art. 8, il quale sottolinea l'importanza della promozione di “*iniziative volte a favorire la diffusione della cultura digitale tra i cittadini*”.

Fra le nuove norme in materia di digitalizzazione amministrativa introdotte nel contesto della pandemia, merita di essere menzionato innanzitutto l'art. 239 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34¹⁴, il quale prevede l'istituzione di un fondo “*destinato alla copertura delle spese per interventi (...) a favore (...) della diffusione dell'identità digitale, del domicilio digitale e delle firme elettroniche, della realizzazione e dell'erogazione di servizi in rete*” e “*dell'accesso ai servizi*” (comma 1). Di particolare rilievo anche le disposizioni contenute nel successivo d.l. 16 luglio 2020, n. 76¹⁵, il quale, pur avendo il merito di tentare di imprimere alla trasformazione digitale un'accelerazione significativa¹⁶, pare comunque avere quale obiettivo principale quello di agevolare l'accesso ai servizi in rete da parte di imprese e cittadini¹⁷. Esemplificative di tale nuova tendenza sono le misure volte a erogare la prestazione di servizi tramite dispositivi mobili, il domicilio digitale, l'*app* IO, la presentazione d'istanze e dichiarazioni per via digitale¹⁸. In linea generale, le recenti riforme si sono limitate a novellare disposizioni vigenti (perlopiù contenute nel CAD)¹⁹, sostanzialmente contribuendo a rendere più complesso un quadro normativo già frutto di una stratificazione normativa confusa e oggetto di continue manipolazioni²⁰.

Non può da ultimo non essere ricordato come in Italia abbia avuto luogo un ampio dibattito circa l'opportunità di considerare l'accesso ad *internet* quale diritto fondamentale²¹, dunque

¹⁴ Convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77.

¹⁵ Convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

¹⁶ P. CLARIZIA, *Il decreto n. 76/2020 per la semplificazione e l'innovazione digitale: la pandemia riuscirà dove tutti hanno fallito?*, in www.irpa.eu, 8 dicembre 2020.

¹⁷ A.F. SPAGNUOLO - E. SORRENTINO, *Op. cit.*, p. 278.

¹⁸ P. CLARIZIA, *La digitalizzazione*, cit., p. 768.

¹⁹ P. CLARIZIA, *Il decreto n. 76/2020*, cit.

²⁰ F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inform.*, 2/2015, pp. 227 ss.

²¹ S. RODOTÀ, *Op. cit.*, pp. 130 ss.

meritevole di essere annoverato fra quelli costituzionalmente tutelati, in una norma appositamente dedicata²² ovvero operando una modifica all'art. 21 Cost.²³.

In questi termini, tuttavia, tale approccio rischia di risultare insufficiente a conseguire i prefissati obiettivi di sviluppo digitale dell'attività amministrativa.

Il complessivo miglioramento dell'accessibilità dei servizi pubblici *online*, che può avere quale possibile effetto indiretto anche quello di avvicinare una più larga parte della popolazione all'uso di *internet*²⁴, pare un obiettivo senz'altro importante, in quanto a sua volta utile a superare – o perlomeno a ridurre – il *digital divide*, ossia il divario digitale, che attualmente costituisce uno dei maggiori freni alla diffusione delle tecnologie nel mondo produttivo e nella società²⁵.

A ben vedere, in realtà, il superamento delle condizioni di disegualianza sostanziale derivanti dal *digital divide* costituisce una precondizione di effettività dell'esercizio dei diritti digitali nei confronti dell'amministrazione²⁶; ne consegue che qualsiasi intervento normativo in materia di digitalizzazione non può dirsi completo se all'affermazione dell'esistenza di diritti digitali non si accompagnano misure volte a garantirne effettività e tutela in concreto.

Il principale limite dell'impostazione finora seguita attiene proprio alla coercibilità dei diritti digitali. A tal proposito, con parere del 7 febbraio 2005 il Consiglio di Stato ha precisato che le disposizioni contenute nella Sezione II del CAD affermano diritti non azionabili, come nel caso dell'art. 3, ovvero si limitano a rappresentare dichiarazioni di intenti e mancano di precettività,

²² In questo senso la proposta del Prof. Rodotà di introdurre in Costituzione l'art. 21-*bis*, avanzata per la prima volta il 29 novembre 2010 nel corso della 3^a edizione italiana dell'*Internet Governance Forum*.

²³ Così G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2011, pp. 4 ss.

²⁴ M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'Amministrazione e del Processo*, in *Foro amm.*, 10/2016, pp. 2535 ss.

²⁵ In questi termini si esprime la Commissione europea nella comunicazione del 19 maggio 2010 sulla *Agenda digitale europea*, COM(2010) 245.

²⁶ F. CARDARELLI, *Op. cit.*; G. D'IPPOLITO, *Il diritto di accesso ad Internet in Italia: dal 21(-bis) al 34-bis*, in *Media Laws*, 1/2021, p. 85.

come nel caso dell'art. 8²⁷. Il successivo parere del 30 gennaio 2006 ha ribadito tale considerazione analizzando il testo allora vigente dell'art. 3, comma 1, del CAD. La norma infatti riconosceva il diritto all'uso del mezzo informatico nei confronti delle amministrazioni regionali e locali soltanto “*nei limiti delle risorse tecnologiche disponibili*”. Il Consiglio di Stato ha così affermato che “*la situazione soggettiva tutelata*” non fosse “*un diritto soggettivo in senso proprio*” in quanto non “*tutelata nella sua pienezza allorché non vi siano le necessarie risorse*”; del resto, non “*sarebbe costituzionalmente consentito differenziare la situazione soggettiva in relazione alla diversa amministrazione (statale o meno) cui il cittadino o l'impresa chiede l'uso delle tecnologie*”²⁸.

Nemmeno più di recente si sono verificati significativi mutamenti in ordine alla tutela dei diritti digitali, come evidenziato in dottrina²⁹. Nonostante sia stato espunto il riferimento all'opponibilità dei limiti tecnologici e l'enfasi posta dal legislatore sull'espressione “diritti”, infatti, il Codice non pare riconoscere diritti in senso stretto, effettivamente esigibili: singoli individui non potrebbero, per esempio, agire per ottenere l'annullamento di atti in quanto assunti non in modalità digitale³⁰. Il CAD parrebbe al più riconoscere meri interessi strumentali rispetto a posizioni giuridiche qualificate³¹; per altra tesi, le disposizioni del CAD sui diritti digitali costituirebbero addirittura norme di principio, volte a rendere esplicito un diritto di libertà informatica comunque già deducibile dal tessuto dei principi costituzionali³².

²⁷ Cfr. Cons. St., sez. cons. atti normativi, parere n. 11995/04 (ad. 7 febbraio 2005).

²⁸ Cfr. Cons. St., sez. cons. atti normativi, parere n. 31/06 (ad. 30 gennaio 2006); cfr. anche D. DE GRAZIA, *Informatizzazione e semplificazione dell'attività amministrativa nel nuovo codice dell'amministrazione digitale*, in *Dir. pubbl.*, 2/2011, pp. 611 ss.

²⁹ In questo senso F. CARDARELLI, *Op. cit.*

³⁰ S. CIVITARESE MATTEUCCI - L. TORCHIA, *Op. cit.*, p. 23; sull'inesigibilità dei diritti digitali cfr. C. BERTOLINO, *Il diritto di accesso alla rete internet nell'«era dell'accesso»*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, tomo I, Genova, 2020, pp. 79 ss.

³¹ S. D'ANCONA - P. PROVENZANO, *Op. cit.*, p. 228; in questo senso F. CARDARELLI, *Op. cit.*

³² Cfr. E. D'ORLANDO, *Profili costituzionali dell'amministrazione Digitale*, in *Dir. inform.*, 2/2011, pp. 213 ss.; T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. inform.*, 3/2003, pp. 487 ss.; più di recente e sul tema della

Nella prassi applicativa accade così che le stesse amministrazioni considerino i principi e i diritti digitali quali dichiarazioni di intenti prive di reali sanzioni³³ e non quale vincolo effettivo per l'esercizio della propria attività.

Scendendo al dettaglio delle singole disposizioni, poi, si consideri l'esempio degli artt. 7 e 8 del CAD. Il primo pare assumere all'atto pratico scarso rilievo, in quanto presuppone l'erogazione di servizi direttamente da parte di amministrazioni o da gestori di pubblici servizi. Tale situazione, tuttavia, si configura assai raramente: per accedere a un gran numero di servizi i cittadini sono infatti ancora costretti a rivolgersi a mediatori specializzati che si rapportano con l'amministrazione. Avvocati e notai, per esempio, sono ancora oggi chiamati a svolgere attività quali ispezioni ipotecarie e visure catastali³⁴. Quanto alla seconda norma citata, invece, devono purtroppo registrarsi risultati deludenti rispetto alla sua concreta attuazione. Dalla stessa, infatti, non sono derivate iniziative volte a coinvolgere effettivamente "minori e (...) categorie a rischio di esclusione" nella diffusione della cultura digitale³⁵.

3. Per un diverso approccio da parte del legislatore

Alla luce delle considerazioni appena esposte, emerge con chiarezza come nella prospettiva del rilancio della competitività del Paese a seguito della pandemia, si renda necessario un deciso cambio di passo da parte del legislatore.

Risulta innanzitutto urgente lo sviluppo di programmi di incentivazione alla formazione ed all'alfabetizzazione informatica, pure programmaticamente prevista dall'art. 8 del CAD appena citato, nonché, soprattutto, la promozione di investimenti per la

deducibilità dei diritti digitali dalle norme costituzionali cfr. M. R. ALLEGRI, *Il diritto di accesso a Internet: profili costituzionali*, in *MediaLaws*, 1/2021, p. 75; C. BERTOLINO, *Op. cit.*, p. 90; P. COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. CARETTI (a cura di), *L'informazione: il percorso di una libertà*, vol. II, Firenze, 2013, 9 ss.

³³ F. FAINI, *Il volto dell'amministrazione digitale nel quadro della rinnovata fisionomia dei diritti in rete*, in *Dir. inform.*, 4/2019, pp. 1099 ss.

³⁴ In questi termini S. D'ANCONA - P. PROVENZANO, *Op. cit.*, p. 228.

³⁵ C. BERTOLINO, *Op. cit.*, p. 90; M. MARTINES, *Op. cit.*, p. 8.

realizzazione di efficienti infrastrutture di rete, quali la larga banda³⁶. Al contempo, tuttavia, occorre un radicale mutamento di approccio: ciò che si auspica, in definitiva, è il superamento della convinzione per cui “*spostare l’attenzione dal processo di digitalizzazione ai diritti digitali dei cittadini*”³⁷ possa automaticamente innescare i processi innovativi in questione e rendere effettivo l’*e-government*³⁸, e che l’attenzione sia piuttosto concentrata sul ripensamento di aspetti procedurali e organizzativi dell’azione amministrativa. In vista delle prossime riforme attuative del PNRR, paiono necessari, in sostanza, interventi di profonda riorganizzazione delle strutture e reingegnerizzazione delle procedure³⁹.

Con il concetto di reingegnerizzazione si intende il processo consistente nell’eliminazione, grazie all’utilizzo delle ICT, di passaggi inutili e tra gli utenti e le amministrazioni, riportando su queste ultime l’onere della raccolta delle informazioni in possesso del settore pubblico, nonché di duplicazioni di attività e di controlli⁴⁰.

In quanto in grado di modificare il rapporto tra i cittadini e l’amministrazione in termini di efficienza, con un notevole contributo di velocità e affidabilità⁴¹, non può non notarsi come la digitalizzazione dell’azione amministrativa rappresenti un valido

³⁶ F. CARDARELLI, *Op. cit.*

³⁷ Cfr. la *Relazione illustrativa* allo schema di d. lg. 26 agosto 2016, n. 179; cfr. sul tema C. LEONE, *Il principio “digital first”: obblighi e diritti in capo all’amministrazione e a tutela del cittadino. Note a margine dell’art. 1 della legge 124 del 2015*, in *Giustamm*, 6/2016, p. 2.

³⁸ S. CIVITARESE MATTEUCCI - L. TORCHIA, *Op. cit.*, p. 22.

³⁹ L. TORCHIA, *L’amministrazione presa sul serio e l’attuazione del PNRR*, in *astrid*, rassegna n. 6/2021; nello stesso senso A. SANDULLI, *Lo «stato digitale» pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2021, pp. 513 ss.; M. CARDONE - D. FOÀ, *La valorizzazione del patrimonio informativo nell’ambito delle strategie di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione*, in *Munus*, 3/2020, p. 592; A.G. OROFINO, *La semplificazione digitale*, in *Dir. econ.*, 3/2019, p. 99; C. M. ARPAIA - P. FERRO - W. GIUZIO - G. IVALDI - D. MONACELLI, *L’e-Government in Italia: situazione attuale, problemi e prospettive*, in *Questioni di Economia e Finanza*, 25 febbraio 2016, pp. 6 ss.

⁴⁰ C. M. ARPAIA - P. FERRO - W. GIUZIO - G. IVALDI - D. MONACELLI, *Op. cit.*, p. 7; M.L. MADDALENA, *Op. cit.*, p. 2537.

⁴¹ J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali, in Isti-tuzioni del Federalismo*, 3/2019, pp. 619 ss.

strumento di attuazione dei principi costituzionali dell'amministrazione: l'uso di tali tecnologie a supporto dell'attività delle pubbliche amministrazioni rappresenta, cioè, un elemento importante nell'ottica dell'implementazione sia del dettato dell'art. 97 Cost., sotto il profilo di una maggiore imparzialità e del buon andamento, sia del diritto a una buona amministrazione statuito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dei suoi numerosi corollari⁴².

Innanzitutto, appare prioritario un diverso atteggiamento nei confronti del mezzo informatico. Occorre in particolare che si consumi definitivamente la transizione dall'informatica c.d. "documentaria", in cui la telematica è impiegata per la sola raccolta, l'organizzazione e la comunicazione in modalità digitale di dati già contenuti all'interno di un supporto cartaceo, ad un modello di informatica c.d. "metadocumentaria", nella quale gli strumenti informatici consentono la riproduzione automatica dei processi logici tipici della mente umana⁴³. Altrettanto importante è il conseguimento della massima condivisione dei dati delle amministrazioni grazie alla piena interazione dei sistemi informatici⁴⁴:

⁴² D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. CAVALLO PERIN - D.U. GALETTA (a cura di), *Op.cit.*, p. 114; Id., *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3/2020, p. 503; F. PATRONI GRIFFI, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, p. 481; G. MARCHIANÒ, *La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. econ.*, 3/2020, pp. 229 ss.; M. C. CAVALLARO - G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, 16/2019, pp. 1 ss.; in giurisprudenza cfr. Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in cui si afferma significativamente che in presenza di "procedure seriali o standardizzate (...) l'assenza di intervento umano (...) e l'affidamento di tale attività a un efficiente elaboratore elettronico appaiono come doverose declinazioni dell'art. 97 Cost. coerenti con l'attuale evoluzione tecnologica".

⁴³ Cfr. M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione «invisibile» nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in L. FERRARA - D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, pp. 156 ss.; D.U. GALETTA, *Algoritmi*, cit., p. 513; A.G. OROFINO, *Op. cit.*, p. 103 ss.

⁴⁴ A. SANDULLI, *Op. cit.*, pp. 513 ss.; S. D'ANCONA, *Trattamento e scambio di dati e documenti tra pubbliche amministrazioni, utilizzo delle nuove*

non è un caso che il PNRR italiano individui proprio nella “*interoperabilità*” uno degli assi portanti della missione “*Digitalizzazione*”⁴⁵.

Anche in un settore quale quello della contrattualistica pubblica, spesso indicato quale cruciale per la ripartenza del Paese nel contesto dell'emergenza pandemica⁴⁶ in quanto vero e proprio “*volano*” della crescita economica⁴⁷, le ICT possono incidere in maniera significativa. Il servizio gare digitalizzato potrebbe in larga parte essere svolto da centrali d'acquisto qualificate e specializzate che operino con sistemi dinamici di acquisizione della pubblica amministrazione (c.d. SdaPA), ai sensi dell'art. 55 del d. lg. 18 aprile 2016, n. 50. Pare opportuno citare, inoltre, la metodologia *Building Information Modeling* (c.d. BIM)⁴⁸ che, nella sua integrazione con la tecnologia *blockchain*, risulta essere una delle innovazioni più promettenti nel settore dei lavori pubblici, basandosi sull'impiego di un modello informativo standardizzato in formato digitale per ciascun edificio, a disposizione di tutti gli interessati durante il suo intero ciclo di vita⁴⁹.

La ripresa potrebbe, infine, costituire l'occasione per elaborare modalità organizzative e procedurali innovative. I progetti inseriti nel PNRR possono infatti fungere da veri e propri laboratori, nei quali possono essere sperimentate nuove soluzioni, senza il rischio di dispersioni nell'ampio e frammentato sistema amministrativo. I risultati migliori potrebbero essere successivamente diffusi via via a tutto l'universo amministrativo. Al

tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale e diritto europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3/2018, p. 587 ss.

⁴⁵ Cfr. *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, p. 82 ss.

⁴⁶ Cfr. G. DELLA CANANEA - M. DUGATO - A. POLICE - M. RENNA, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*, in *Il Foglio*, 5 aprile 2020.

⁴⁷ L'espressione è utilizzata, per es., nella *Relazione illustrativa* allegata al d.l. n. 76/2020; cfr. anche la segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 22 marzo 2021, rif. n. S4143, recante *Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021*.

⁴⁸ Cfr. d.m. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 1 dicembre 2017, n. 560.

⁴⁹ G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN - D.U. GALETTA (a cura di), *Op. cit.*, pp. 321 ss.

contempo, si potrebbe costruire *ex novo* una piattaforma dedicata al PNRR, sperimentando strumenti e modalità innovative di raccolta e circolazione di informazioni e dati, di definizione dei processi decisionali, di condivisione dei sistemi di analisi, progettazione, monitoraggio e rendicontazione fra tutte le amministrazioni coinvolte nell'attuazione del PNRR⁵⁰.

Non è purtroppo questa la sede per analizzare nel dettaglio tutte le proposte che sono state formulate. L'auspicio è, comunque, che il legislatore raccolga l'invito proveniente dagli esperti del settore e riesca ad imprimere la tanto invocata svolta allo sviluppo dell'informatizzazione dell'attività amministrativa, che appare quanto mai urgente nel contesto della ripresa *post-pandemica*.

⁵⁰ L. TORCHIA, *Op. cit.*

IL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE, TRA NORMATIVA EMERGENZIALE ED ESIGENZE DI RIFORMA DEL SERVIZIO*

ANNA PAIANO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina attuale del trasporto pubblico locale. – 3. Le difficoltà del settore prima della pandemia. – 4. La normativa emergenziale e le relative criticità. – 5. Dal TPL alla mobilità integrata, intelligente e sostenibile.

Abstract: The regulatory framework of the public transport service is incoherent and outdated. Furthermore, the management of the service does not comply with efficiency and cost-effectiveness standards. During the Covid-19 crisis, the service has been reorganized to contain the negative effects of the pandemic on the economic side, but also to ensure high standards of safety and quality of the same one. The paper, after analyzing the public transport legislation and the difficulties related to the management of the service, will focus on the emergency discipline and its critical issues to understand what the most effective way for a renewal of the sector is.

1. Introduzione

La disciplina attuale del trasporto pubblico locale (“TPL”) risale al 1997 ed è stata oggetto di reiterati interventi di adeguamento al rinnovato contesto ordinamentale, tanto che ancora oggi non è possibile contare su di un quadro normativo di riferimento stabile e certo.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

Sul lato fattuale, il settore dei trasporti non ha mai trovato lo slancio sufficiente ad avviare una liberalizzazione e la gestione del servizio non risulta conforme a canoni di buon andamento, con i bilanci delle imprese affidatarie costantemente in perdita.

L'ondata pandemica da Covid-19 ha imposto un ripensamento del servizio, con criticità sia di carattere economico, che di natura organizzativa.

L'elaborato, dopo aver analizzato la normativa in materia di TPL e le difficoltà legate alla gestione del servizio, si soffermerà sulla disciplina emergenziale e le relative criticità, allo scopo di capire quale sia la strada più efficace da intraprendere per un rinnovamento del settore.

2. La disciplina attuale del trasporto pubblico locale

La normativa europea in materia di TPL è contenuta nel Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007¹.

Esso non manifesta una scelta netta a favore della liberalizzazione, ma opta per un regime di “*concorrenza regolamentata*”², in base al quale le autorità competenti possono scegliere liberamente i propri gestori, ferma restando la discrezionalità degli Stati membri sul “*se*” consentire modalità di aggiudicazione diverse dalla gara³.

I rapporti tra l'ente affidante e il gestore sono rimessi ad un apposito contratto di servizio⁴. Il Regolamento ne fissa il

¹ Come modificato dal Reg. (UE) 2016/2338, del 14 dicembre 2016. Sul percorso che ha accompagnato il nuovo Regolamento, C. IAIONE, *La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni*, Napoli, 2008, pp. 31 ss.

² Considerando n. 4 e 5, Reg. (CE) n. 1370/2007. Cfr. CABIANCA, *Profili evolutivi della modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di “paradigma”?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 5-6/2010, p. 602; G. CAIA, *Il trasporto pubblico locale come paradigma del servizio pubblico (disciplina attuale ed esigenze di riordino)*, in *Osservatorio AIC*, 3/2018, pp. 333 ss.

³ Art. 5, Reg. (CE) n. 1370/2007.

⁴ Art. 3, Reg. (CE) n. 1370/2007.

contenuto minimo, lasciando alle autorità competenti la definizione degli obblighi di servizio pubblico⁵.

A livello nazionale, l'ultima disciplina compiuta in tema di TPL risale al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, il c.d. decreto Burlando⁶.

Esso perseguiva principalmente lo scopo di liberalizzare il settore⁷, superando gli assetti monopolistici preesistenti⁸. L'affidamento del servizio a terzi, tuttavia, è rimasto modalità residuale di gestione e, nei rari casi in cui sono state espletate le procedure concorsuali, il servizio è stato spesso riaffidato al gestore uscente⁹.

A tale risultato hanno contribuito non solo le modifiche normative successive, e in particolare l'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99¹⁰, ma anche la giurisprudenza interna, che nel settore del TPL considera l'*in house providing* modalità ordinaria di gestione "*perfettamente alternativa al ricorso al mercato*"¹¹, per la

⁵ Art. 4, Reg. (CE) n. 1370/2007.

⁶ Sulla riforma del 1997, N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte speciale*, vol. II, Milano, 2003, pp. 2272 ss.; A. CLARONI, *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Trento*, 2011, pp. 28 ss.

⁷ M. BIANCO - P. SESTITO, *I servizi pubblici locali*, Bologna, 2010, pp. 48 ss.; M. ALDERIGHI - G. SPARACINO, *Le gare e i contratti di servizio nel trasporto pubblico locale*, in *Economia dei Servizi*, 1/2008, pp. 99 ss.

⁸ Art. 18, comma 2, lett. a), d. lg. n. 422/1997; T.F. GIUPPONI, *Le frontiere del trasporto pubblico locale, tra competenze normative e situazioni giuridiche soggettive. Verso un "diritto alla mobilità"?*, in E. CASTORINA (a cura di), *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, Napoli, 2016, pp. 893 ss.

⁹ C. INGRATOCCI, *Il trasporto pubblico locale*, in F. BASSAN (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, Torino, pp. 285 ss.; A. BOITANI - C. CAMBINI, *Le gare per i servizi di trasporto locale in Europa e in Italia: molto rumore per nulla?*, in *Economia e politica industriale*, 2004, pp. 65 ss.

¹⁰ Si tenga conto anche dell'evoluzione normativa che ha riguardato il settore dei servizi pubblici locali. Sul punto, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5/2012, pp. 723 ss.

¹¹ In questo senso, Cons. St., sez. V, 6 luglio 2020, n. 4310; TAR Lazio, sez. II, 7 febbraio 2020, n. 1680. Cfr. R. STEFFENONI, *Il modulo organizzativo dell'in house providing fa eccezione per il servizio di trasporto pubblico locale*,

quale non è richiesto un onere motivazionale analogo a quello previsto dall'art. 192 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50¹².

Con l'obiettivo di recuperare margini di concorrenza, il legislatore è intervenuto dapprima disponendo alcune limitazioni all'affidamento diretto¹³, poi affidando a incentivi e disincentivi di carattere finanziario la scelta del modello di gestione.

Nello specifico, il decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50 ha previsto per le regioni la riduzione, in ciascun anno, delle risorse del Fondo nazionale TPL¹⁴, qualora i servizi di trasporto non risultino affidati con procedure di evidenza pubblica¹⁵. Sono stabilite, al contempo, alcune eccezioni a tale meccanismo di penalizzazione¹⁶.

Quanto ai rapporti tra ente locale e soggetto gestore, il d. lg. n. 422/1997 si segnala per la previsione del criterio dei costi standard per la determinazione delle compensazioni economiche alle imprese¹⁷. Esso stabilisce, inoltre, i principi di piena corrispondenza fra oneri per servizi e risorse disponibili, al netto dei proventi tariffari¹⁸, e di progressivo incremento del rapporto tra ricavi da traffico e costi operativi in misura pari almeno al 35 per cento¹⁹.

In materia di compensazioni è poi intervenuto il citato d.l. n. 50/2017. Questo demanda a un decreto interministeriale l'eventuale ridefinizione della percentuale del rapporto fra ricavi e

in *lamministrativista.it*, 29 luglio 2020; M.F. TROPEA, *Affidamento in house del servizio di trasporto pubblico locale: sulla auspicata straordinarietà del ricorso a tale procedura*, in *Nuove Autonomie*, 2/2021, pp. 415 ss.

¹² Sulla base del combinato disposto degli artt. 18, comma 1, lett. a), d. lg. n. 50/2016 e 5, par. 2, Reg. (CE) n. 1370/2007.

¹³ Art. 4-bis, decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78; art. 3-bis, comma 4, decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138.

¹⁴ Art. 16-bis, decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95.

¹⁵ Art. 27, comma 2, lett. d), d.l. n. 50/2017.

¹⁶ U. IZZO - U. NUCARA, *L'in house è modalità ordinaria per il trasporto pubblico locale*, in *Azienditalia*, 11/2020, pp. 1801 ss.

¹⁷ Art. 17, comma 1, d. lg. n. 422/1997. Cfr. AA.VV., *Un modello per la determinazione del costo standard nei servizi di trasporto pubblico locale su autobus in Italia*, in *Economia e politica industriale*, 4/2014, pp. 181-213.

¹⁸ Art. 19, comma 1, d. lg. n. 422/1997.

¹⁹ Art. 19, comma 5, d. lg. n. 422/1997.

costi, al fine di tener conto del livello della domanda di trasporto e delle condizioni economiche e sociali²⁰.

Esso, peraltro, ha introdotto misure volte a dare impulso agli investimenti e a promuovere la sostenibilità e l'uso delle tecnologie nei servizi²¹. Infine, esso ha previsto disposizioni innovative in materia di lotta all'evasione tariffaria e particolari forme di tutela per l'utenza, con l'obiettivo di realizzare una maggiore trasparenza sulla qualità dei servizi²².

3. Le difficoltà del settore prima della pandemia

Il funzionamento del TPL è influenzato da vari fattori, quali le modalità di affidamento del servizio, l'efficienza della gestione, le caratteristiche del contratto di servizio e le risorse destinate alla sua fornitura.

Quanto alle modalità di gestione, i servizi di trasporto sono spesso oggetto di affidamenti *in house* e si connotano per una limitata apertura del mercato alla concorrenza²³, con connotati patologici sotto il profilo dell'accumularsi di perdite di bilancio e di debiti²⁴.

Ciò comporta una gestione del servizio non improntata a criteri di efficienza ed economicità, con un'entità di sussidi statali e compensazioni fra le più elevate a livello europeo²⁵ e una bassa propensione agli investimenti per rinnovare le reti e il parco veicolare e ampliare l'offerta di servizi per i clienti.

²⁰ Art. 27, comma 8-ter, lett. a), d.l. n. 50/2017.

²¹ Art. 27, commi 11-bis, 11-ter e 11-quinquies, d.l. n. 50/2017.

²² Art. 48, comma 9 ss., d.l. n. 50/2017.

²³ F. MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Diritto dei trasporti*, 1/2013, p. 83; G.L. ALBANO - A. HEIMLER - M. PONTI, *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale*, in *Mercato concorrenza regole*, 1/2014, pp. 117 ss.

²⁴ AGCM, Indagine conoscitiva IC47, *Condizioni concorrenziali nei mercati del trasporto pubblico locale*, 1° giugno 2016, pp. 28 ss.; G. CAIA, *Economicità ed efficienza nei servizi pubblici di trasporto regionale e locale*, in *federalismi.it*, 20/2018, p. 2; L.R. PERFETTI, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, in *Munus*, 1/2015, pp. 130 ss.

²⁵ P. CARAPPELLA - M. PONTI - F. RAMELLA, *I sussidi nel trasporto pubblico locale*, in *osservatoriocpi.unicatt.it*, 13 agosto 2018.

Inoltre, il livello delle tariffe risulta tra i più bassi in Europa, non solo in termini nominali, ma anche in relazione al reddito disponibile²⁶. Ciò in quanto esse sono determinate in base a valutazioni di carattere sociale, piuttosto che di natura economica. Per contro, gli introiti tariffari costituiscono una voce di bilancio fondamentale per ridurre la dipendenza dalla contribuzione pubblica, che attualmente costituisce la principale fonte di finanziamento del settore.

La gestione non efficiente del trasporto si riverbera, in ultima analisi, sulla qualità del medesimo, determinando un basso livello di soddisfazione dell'utenza²⁷. Questa si accompagna, in un circolo vizioso, a una bassa domanda e/o un'alta evasione, che rendono il servizio poco remunerativo, con ulteriori riflessi sulla situazione economico-finanziaria dei gestori e sull'attrattività di tale mercato per gli operatori esterni²⁸.

Parallelamente, si registra un incremento dell'uso dei mezzi privati, dovuto alla scarsa competitività nei tempi di percorrenza e alla scarsa affidabilità/regolarità dei mezzi pubblici, con conseguenze negative sul traffico urbano.

Tale stato di fatto, unitamente ad un quadro normativo incoerente e indefinito, ha contribuito ad aggravare la situazione del trasporto pubblico in Italia, rendendo non più rimandabile un intervento di riforma²⁹. Su un contesto di tal fatta, poi, si è innescata l'emergenza sanitaria.

²⁶ ASSTRA - IFEL, *Le aziende di TPL: alla ricerca della giusta rotta*, 2019, pp. 27 ss.

²⁷ S. MOCETTI - G. ROMA, *Il trasporto pubblico locale: passato, presente e futuro*, in *Questioni di Economia e Finanza*, aprile 2021, p. 13; A. CANDIDO, *Verso quale trasporto pubblico locale? Il diritto sociale alla mobilità*, in *federalismi.it*, 23/2016, p. 3; in generale, cfr. T.F. GIUPPONI, *Trasporto pubblico locale e diritti dei cittadini-utenti: il contributo della giurisprudenza costituzionale*, in F. ROVERSI MONACO - G. CAIA (a cura di), *Il trasporto pubblico locale. Situazione ordinamentale e prospettive*, vol. II, Napoli, 2018, pp. 29 ss.

²⁸ E. BOSCOLO, *Il finanziamento statale del trasporto pubblico locale tra spesa storica e costi standard*, in F. ROVERSI MONACO - G. CAIA (a cura di), *Il trasporto pubblico locale. Principi generali e disciplina di settore*, vol. I, Napoli, 2018, p. 196.

²⁹ Si segnala la recente istituzione della Commissione di studio *Riforma del TPL*, di cui al Decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti 4 gennaio 2021, n. 2.

4. La normativa emergenziale e le relative criticità

A partire dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, il legislatore, in un'ottica di gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, ha limitato la libertà di spostamento prevista dall'art. 16 Cost., oltre che numerose altre libertà costituzionalmente garantite³⁰.

Anche il servizio di trasporto pubblico è stato riorganizzato con lo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus, attraverso il distanziamento sociale e il contenimento dei flussi di passeggeri, nonché la previsione di interventi straordinari di sanificazione dei mezzi³¹. Ogni misura introdotta è stata altresì ispirata dall'esigenza di evitare che il servizio venisse compresso nel suo nucleo minimo irrinunciabile³².

Ciò ha avuto un impatto dirompente sulla gestione e sulla fruizione del servizio di trasporto: dal lato degli utenti si è registrata una contrazione della domanda; dal lato del gestore una riduzione dei ricavi e dell'offerta³³.

Nella fase post-emergenziale, è prevedibile un incremento della domanda di mobilità, con la necessità di prevedere un aumento delle corse e una variazione degli orari, e di garantire una maggiore integrazione del TPL con mezzi di trasporto alternativi.

³⁰ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2020, pp. 457 ss.; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 6/2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, pp. 110 ss.

³¹ Tali misure sono state attuate con una complessa serie di norme secondarie. Si ricordano, ad es., DPCM 1° marzo 2020; DPCM 4 marzo 2020; DPCM 8 marzo 2020; DPCM 10 aprile 2020; ecc.

³² Cfr. art. 1, comma 2, decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19. Nello stesso senso, cfr. DPCM 10 aprile 2020; DPCM 7 agosto 2020; DPCM 13 ottobre 2020; ecc.

³³ Cfr. ISFORT, *17° rapporto sulla mobilità degli italiani. Tra gestione del presente e strategie per il futuro*, 25 novembre 2020, p. 3; ASSTRA, *COVID-19. Gli impatti sulle imprese di trasporto pubblico locale e scenari futuri*, marzo 2020, p. 3; MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI, *Osservatorio sulle tendenze di mobilità durante l'emergenza sanitaria del COVID-19 (periodo gennaio-dicembre 2020)*, 2021, pp. 4-44; G. GALLI - R. PALOMBA - F. PAUDICE, *Effetti del lockdown sulla mobilità delle persone nei diversi paesi*, in *osservatoriocpi.unicatt.it*, 25 aprile 2020.

La mera disponibilità di maggiori risorse, infatti, non basta a risolvere tutti i problemi legati all'adattamento dell'offerta alle nuove esigenze di mobilità.

Basti pensare alle tempistiche necessarie per la realizzazione di interventi infrastrutturali e per la riprogrammazione dei servizi, alla difficoltà di reperire sul mercato mezzi e personale, ai limiti derivanti dalla morfologia del territorio, ai vincoli regolatori (e cioè la diversa disciplina applicabile alle aziende di trasporto, pubbliche e private, di linea e non), alla necessità di rispettare il contenuto dei contratti di servizio³⁴.

Quanto al profilo economico, come anzidetto, la crisi epidemiologica è intervenuta su un contesto già di per sé difficile. L'imposizione di nuovi oneri in capo ai gestori ha comportato anche un aumento dei costi di servizio il quale, congiuntamente alla riduzione dei ricavi, ha reso la gestione del servizio insostenibile.

Da qui l'introduzione di misure di carattere economico e finanziario per contrastare gli effetti negativi dell'emergenza.

A titolo esemplificativo, il decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto "rilancio") ha istituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti un apposito Fondo³⁵ destinato a compensare le imprese di trasporto per la riduzione dei ricavi, ma anche a coprire gli oneri derivanti dall'adozione delle misure di contenimento del contagio.

Il decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104 ha previsto ulteriori misure economiche, strutturate in modo tale da evitare sovracompenzazioni, tenendo conto dei minori costi di esercizio derivanti dagli ammortizzatori sociali e di quelli aggiuntivi sostenuti in conseguenza dell'emergenza.

Un ulteriore Fondo è stato istituito dal decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73 al fine di consentire una più efficace distribuzione dei passeggeri, nonché di realizzare un più idoneo raccordo tra

³⁴ Cfr. CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME, *Stato del trasporto pubblico locale e regionale con riferimento all'emergenza sanitaria da COVID-19*, 13 gennaio 2021, p. 2.

³⁵ Incrementato più volte nel corso della pandemia (cfr. d.l. n. 104/2020; d.l. n. 149/2020; d.l. n. 41/2021). Cfr. M. CARRER, *Il trasporto pubblico locale nella pandemia. Annotazioni giuridiche sui primi interventi normativi*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, pp. 330 ss.

gli orari di inizio e termine delle attività economiche, lavorative e didattiche e gli orari dei servizi di TPL.

In prospettiva futura, il disavanzo delle aziende non potrà continuare ad essere coperto, per lo meno non *in toto*, da sovvenzioni pubbliche. Ciò in quanto si aggraverebbero ulteriormente i problemi di debito pubblico, in un momento in cui lo stesso bilancio statale è in sofferenza, sopportando minori entrate fiscali e maggiori spese. Peraltro, il ricorso ai fondi pubblici ha l'effetto di tamponare tali situazioni, senza però costituirne il rimedio.

Nemmeno le misure introdotte per incentivare la mobilità alternativa e sostenibile rappresentano una soluzione definitiva³⁶. Ad esempio, il d.l. n. 34/2020 citato ha previsto un "bonus mobilità" per l'acquisto di biciclette e veicoli a propulsione elettrica. Mezzi come la bicicletta o il monopattino, tuttavia, non sono in grado di catturare segmenti di mercato paragonabili a quelli del trasporto pubblico³⁷, che resta la spina dorsale della mobilità. Si può pensare, tutt'al più, che nella fase post-emergenziale la micromobilità registri una crescita. Essa, però, non potrà essere una soluzione nel lungo periodo, valida per tutte le categorie di utenti e praticabile per le lunghe distanze.

A ciò si aggiunge che il timore nell'uso dei mezzi pubblici (alimentato dall'idea che essi possano rappresentare veicolo di contagio³⁸) determinerà un ulteriore incremento dell'uso dell'auto personale come mezzo ordinario di trasporto³⁹, con tutte le inevitabili ricadute in termini di congestionamento del traffico e di calo degli introiti per le aziende di TPL.

³⁶ ISFORT, *Op. cit.*, p. 4.

³⁷ M. CARRER, *Op. cit.*, p. 337.

³⁸ Cfr. PWC, *Una nuova normalità per il sistema dei trasporti. Le priorità di azione per una mobilità sostenibile e sicura nella fase post-COVID-19*, disponibile su: www.pwc.com/it/it/about-us/Italia2021/doc/Italia2021-laMobilita-una-nuova-normalita-C3%A0-per-il-sistema-dei-trasporti.pdf, pp. 3-4; ISFORT, *Op. cit.*, p. 6.

³⁹ R. PALOMBA, *Fine del lockdown e ripresa della mobilità*, in *osservatoriociopi.unicatt.it*, 17 luglio 2020; E. BOSCOLO, *Op. cit.*, p. 167; P. CHIRULLI, *Servizi pubblici "deregolamentati"? Il caso del trasporto pubblico locale*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. III, *Problemi e prospettive*, Bologna, 2019, p. 410.

5. Dal TPL alla mobilità integrata, intelligente e sostenibile

Il sistema dei trasporti è messo a dura prova dalla crisi pandemica, non solo per la propria sostenibilità economica, ma soprattutto per la garanzia del diritto alla mobilità dei cittadini⁴⁰. Il legislatore è tenuto ad affrontarla con capacità di innovazione e pianificazione, favorendo soluzioni di cui i cittadini possano beneficiare nel lungo termine⁴¹.

Le misure introdotte nel contesto emergenziale, se pensate nell'ottica di una riforma complessiva, non paiono sufficienti a dare l'avvio a quel processo di rinnovamento del TPL che risulta indispensabile per la ripresa economica e per la coesione sociale e territoriale.

Il disegno di riforma, infatti, dovrebbe coinvolgere non solo il trasporto pubblico locale in senso stretto, ma il sistema della mobilità complessivamente inteso. Ciò, in linea con le più recenti tendenze a livello europeo⁴² e secondo un quadro di strategie già portato avanti da qualche anno dal legislatore⁴³, e rivitalizzato con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza⁴⁴.

Appare fondamentale, in tal senso, aggiornare la cornice normativa/regolatoria di riferimento in modo tale che tenga conto dell'evoluzione tecnologica, dell'intermodalità e delle nuove

⁴⁰ A. CANDIDO, *La governance del trasporto pubblico locale in Italia: quali prospettive?*, in L. AMMANNATI - A. CANEPA (a cura di), *Politiche per un trasporto sostenibile. Governance, multimodalità, fiscalità*, Napoli, 2017, pp. 88 ss.

⁴¹ PWC, *Op. cit.*, pp. 5-6; T. BONETTI, *Il trasporto pubblico locale nel prisma della mobilità sostenibile*, in *Dir. amm.*, 3/2020, pp. 563 ss.

⁴² Comunicazione della Commissione europea COM(2020) 789, *Sustainable and Smart Mobility Strategy – putting European transport on track for the future*, 9 dicembre 2020.

⁴³ ISFORT, *Op. cit.*, pp. 16 ss.; CAMERA DEI DEPUTATI - SERVIZIO STUDI, *La mobilità sostenibile*, 4 agosto 2021; L. MARFOLI, *Mobilità sostenibile e trasporto intermodale*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 2013, pp. 199 ss.

⁴⁴ A. COSTA, *La strada per la mobilità sostenibile e il trasporto pubblico locale*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 marzo 2021.

forme di mobilità⁴⁵. Si dovrebbe passare, cioè, da un diritto ai trasporti a un vero e proprio diritto alla mobilità⁴⁶.

Per fare ciò si dovrebbero sfruttare, da un lato, le possibilità offerte dai Sistemi Intelligenti di Trasporto (ITS)⁴⁷ e dalla cosiddetta *Mobility-as-a-Service* (MaaS)⁴⁸, dall'altro lato, le prospettive di diffusione di mezzi di trasporto alternativi, sostenibili ed ecologici.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alle tecnologie che favoriscono l'integrazione e la condivisione di informazioni fra sistemi e di cui, almeno in parte, già si conoscono gli usi.

Ancora, si pensi ai servizi *on demand*, o comunque a quelli in cui il concetto di "linea" sia sfumato e disaggregato, sia dal punto di vista spaziale, che da quello temporale⁴⁹, ai servizi di trasporto non di linea e alla mobilità privata. Infine, si pensi alla *sharing mobility*⁵⁰, alla micromobilità e alla mobilità sostenibile (elettrica, ibrida, a metano e a idrogeno).

⁴⁵ I. PANICCIA, *Substitution or integration between traditional public transport and platform-based forms of mobility. Implications for economic regulation*, in *Network Industries Quarterly*, 3/2020, pp. 17 ss.; MINISTERO DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA, *Clima, energia, mobilità sostenibile*, all. al *Programma nazionale per la ricerca 2021 – 2027*, novembre 2020.

⁴⁶ Per un confronto con la legge francese sulla mobilità, cfr. C. POLETO, *Loi d'orientation des mobilités: du droit au transport au droit à la mobilité*, in *Droit administratif*, 11/2020, pp. 17 ss.

⁴⁷ Cfr. d.m. 12 febbraio 2014, n. 44, recante il "*Piano di azione nazionale sui sistemi intelligenti di trasporto (ITS)*"; AA.VV., *Innovazioni tecnologiche e governo della mobilità. Rapporto 2018*, Santarcangelo di Romagna, 2018, pp. 11 ss.; D. CERINI - A. PISANI TEDESCO (a cura di), *Smart mobility, smart cars e intelligenza artificiale: responsabilità e prospettive*, Torino, 2019.

⁴⁸ SCUOLA NAZIONALE DELL'AMMINISTRAZIONE, *Sviluppo sostenibile e COVID-19 – Mobilità sostenibile*, ottobre 2020, p. 6; OSSERVATORIO NAZIONALE SULLE POLITICHE DEL TPL, *Relazione al Parlamento – anno 2017*, pp. 51-53; per un approfondimento, cfr. TTS ITALIA, *Linee Guida per lo sviluppo dei servizi MaaS in Italia*, luglio 2021, disponibile su: www.ttsitalia.it/wp-content/uploads/2021/07/Linee-guida-per-lo-sviluppo-dei-servizi-MaaS-in-Italia_web.pdf.

⁴⁹ R. BORNDÖRFER - M. GRÖTSCHER - M.E. PFETSCH, *Models for Line Planning in Public Transport*, in M. HICKMAN - P. MIRCHANDANI - S. VOB (a cura di), *Computer-aided Systems in Public Transport*, Berlino-Heidelberg, 2008, pp. 363-378.

⁵⁰ FONDAZIONE PER LO SVILUPPO SOSTENIBILE, *4° rapporto nazionale sulla sharing mobility*, 2020.

Lo sfruttamento degli strumenti descritti consentirebbe alle aziende di trasporto di proporre modelli di offerta di servizi innovativi, più flessibili e funzionali alle esigenze di mobilità del cittadino⁵¹.

I servizi di TPL, in conclusione, difficilmente potranno essere immaginati senza una forte integrazione e un intenso coordinamento con le nuove forme di mobilità, più intelligenti e sostenibili⁵².

⁵¹ ISFORT, *Op. cit.*, p. 5.

⁵² Per altri scenari post-crisi, cfr. EUROPEAN PARLIAMENT - TRANSPORT AND TOURISM COMMITTEE, *COVID-19 and urban mobility: impacts and perspectives*, settembre 2020.

L'IMPATTO DELL'EMERGENZA PANDEMICA SUGLI STRUMENTI DELLA SANITÀ DIGITALE: *STATUS QUO*, PROSPETTIVE, RISCHI*

FRANCESCA MORGANTI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sanità digitale: tentativi di definizione. – 3. L'impatto dell'emergenza pandemica sulla sanità digitale. – 4. Digitalizzazione e diritti.

Abstract: When the COVID-19 pandemic hit, the so-called digitalization of the Italian National Health Service was already in progress. Nonetheless, with interpersonal distance a necessity, there came a new-found need to keep guaranteeing ordinary care in extraordinary circumstances, and to reach the same number of people as before – or even more – without endangering them or the health workforce. The reality of social distancing gave novel impulse to the re-regulation of telemedicine services (via brand-new national guidelines); an increasing need for fast-traveling information pushed lawmakers to reform the Electronic Health Record (EHR), in order to make it more comprehensive and easier to access, and altogether more useful; controversial contact-tracing apps were initially implemented (albeit soon forgotten). This paper focuses on the impact of the aforementioned measures – and other similar ones – on constitutionally protected rights, and specifically on the right to health, comprising both freedoms (chiefly, the freedom to control one's health) and entitlements (first and foremost, to health care and health-related services), and the right to privacy.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio in forma anonima.

1. Introduzione

Il 17 marzo 2021, in audizione dinanzi alle Commissioni 12^a (Igiene e sanità) del Senato e XII (Affari sociali) della Camera, il Ministro della salute Roberto Speranza ha presentato il suo “*piano nazionale di ricostruzione per la salute*”, strutturato in cinque assi. Di questi, il quarto – non meno importante degli altri – coincideva con “*interventi per una massiccia digitalizzazione e per un uso capillare delle nuove tecnologie*”, ritenute “*necessarie per attivare nuove e più efficienti modalità di erogazione dei servizi sanitari*”¹.

L'emergenza pandemica aveva messo in luce – e continua a farlo – molte delle fragilità del Servizio sanitario nazionale. La risposta delle istituzioni, con tutte le incertezze e le (inevitabili) incoerenze del caso, ruotava e ruota attorno a due nozioni-chiave, solo apparentemente in contrasto: la prossimità e la distanza.

Nel presente pandemico, potenziare i servizi assistenziali territoriali (prossimità)² e costruire relazioni “digitali” tra sanitari e pazienti (distanza) è fondamentale per garantire la continuità di cura. Occorre chiedersi, tuttavia, quali e quante misure emergenziali finiranno per diventare permanenti, e cosa ciò comporterà per le persone (e per i loro diritti) in un auspicato futuro *post*-pandemico.

2. Sanità digitale: tentativi di definizione

Il lento e controverso processo di (parziale) digitalizzazione del Servizio sanitario nazionale, è bene premetterlo, aveva avuto inizio ben prima della crisi sanitaria in atto – se di “crisi” può ancora parlarsi, e non di una quotidianità che si ridisegna.

¹ Il resoconto stenografico dell'audizione è reperibile sul sito *web* della Camera dei deputati, alla sezione Lavori > Resoconti > Resoconti delle audizioni.

² È questo, non a caso, il primo punto del “*piano nazionale di ricostruzione per la salute*”: il “*potenziamento dei servizi assistenziali territoriali, per consentire una effettiva esigibilità dei LEA (Livelli essenziali di assistenza), da parte di tutte le persone, indipendentemente dalla regione di residenza*”.

L'emergenza pandemica, tuttavia, ha reso improcrastinabile ciò che era stato a lungo rimandato: la necessità di limitare i contatti umani ha dato nuovo impulso alla telemedicina; l'importanza di una rapida circolazione delle informazioni e di un'efficace comunicazione – non solo *entro*, ma anche *tra* sistemi sanitari – ha spinto a promuovere e “semplificare” il ricorso a numerosi strumenti della sanità digitale, dalla cartella clinica elettronica al c.d. fascicolo sanitario elettronico (FSE); l'esigenza di tenere traccia del contagio ha portato allo sviluppo di controverse applicazioni *ad hoc*, ben presto accantonate.

Si è fatto sommariamente cenno, appunto, a “strumenti” della sanità digitale (ordinari, come la telemedicina e il fascicolo sanitario elettronico, e straordinari, *i.e.* legati al contesto emergenziale, come le applicazioni di *contact tracing*), lasciando indefinita la macro-categoria che li contiene. Sarà bene, prima di continuare, provare a mettere un po' d'ordine.

Quella di “sanità digitale” è nozione sfuggente, dai contorni tutt'altro che netti: può esservi ricondotta ogni applicazione delle cc.dd. tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC, o anche ICT, dall'inglese *information and communications technology/technologies*) al settore sanitario, o quasi³.

Digitalizzare i servizi sanitari equivale a “tecnologizzarli”, e dunque a promuovere l'impiego di tecnologie (*anche* digitali) per archiviare, trasmettere ed elaborare i dati e le informazioni rilevanti. È questo il vantaggio della sanità digitale, e nel contempo il suo *punctum dolens*: si fonda sulla circolazione e sul

³ Già nel 2005, con la risoluzione WHA58.28, l'Assemblea mondiale della sanità, organo legislativo dell'OMS, definiva la sanità digitale, in inglese *eHealth*, come “the cost-effective and secure use of information and communications technologies in support of health and health-related fields, including health-care services, health surveillance, health literature, and health education, knowledge and research” (WHA58/2005/REC/1, p. 109). Talvolta, è bene precisarlo, si distingue ulteriormente tra *eHealth* e *digital health*, trattando quest'ultimo come “termine ombrello” e includendovi, oltre all'*eHealth* – nella definizione che se ne è appena data – nozioni e aree d'interesse emergenti, dalla genomica, che si basa sulla bioinformatica, alle applicazioni medico-sanitarie dell'intelligenza artificiale (un simile approccio si rinviene, ad esempio, nelle Linee guida dell'OMS contenenti *Recommendations on digital interventions for health system strengthening*, pubblicate nel 2019).

trattamento automatizzato o semi-automatizzato di una mole notevole di dati, e di dati “personalissimi”.

Questi dati avranno la forma di testi, immagini, suoni: informazioni sul paziente e sulla sua storia, riproduzioni fotografiche del corpo o di sue parti, conversazioni simultanee o in più tempi, luci, colori, voci.

D'altronde, la sanità digitale è un *puzzle*, e si compone di tasselli diversissimi. Tra questi, senza alcuna pretesa di esaustività: la telemedicina, consistente in “una modalità di erogazione di servizi di assistenza sanitaria, tramite il ricorso a tecnologie innovative, (...) in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) non si trovano nella stessa località”⁴, della quale rappresentano specificazioni, a titolo di esempio, la televisita, il telemonitoraggio di parametri vitali (registrati presso il paziente e trasmessi ad apposita postazione per l'interpretazione), la teleassistenza da parte di professionisti sanitari diversi dal medico (*e.g.*, infermieri, fisioterapisti, logopedisti); il c.d. fascicolo sanitario elettronico, sul quale si tornerà *infra*; l'impiego di sistemi centralizzati e informatizzati per la prenotazione delle prestazioni sanitarie; la ricetta elettronica (c.d. *ePrescription*); e ancora, per spingersi oltre il quotidiano, le molteplici applicazioni dell'intelligenza artificiale – settore delle TIC che ha l'obiettivo “di imitare con tecnologie informatiche alcuni aspetti dell'intelligenza umana, per sviluppare «prodotti informatici o macchine» in grado sia di interagire e di apprendere dall'ambiente esterno, sia di assumere decisioni con crescenti gradi di autonomia”⁵ – alla pratica sanitaria, ad esempio nella medicina c.d. personalizzata, *i.e.* calibrata sull'individuo-paziente, o nella chirurgia robotica.

⁴ Secondo la definizione contenuta a p. 10 del documento *Telemedicina – Linee di indirizzo nazionali*, sul quale la Conferenza Stato-Regioni ha sancito intesa in data 20 febbraio 2014 e che ha rappresentato, sino al recente aggiornamento (v. *infra*, par. 3), “il riferimento unitario nazionale per la implementazione di servizi di Telemedicina” (così l'art. 1 dell'Intesa).

⁵ Si v. il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) e del Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita (CNBBSV) su *Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici*, del 29 maggio 2020, che include la definizione citata a p. 5.

3. L'impatto dell'emergenza pandemica sulla sanità digitale

Da lungo tempo si parla e si parlava di sanità digitale, e di telemedicina in particolar modo⁶, ma la *Mappatura delle esperienze di telemedicina sul territorio nell'anno 2018*⁷, realizzata da un sottogruppo della cabina di regia del Nuovo sistema informativo sanitario (NSIS) e dal Centro nazionale per la telemedicina e le nuove tecnologie assistenziali dell'Istituto superiore di sanità (ISS), ha offerto un quadro frammentato, figlio del regionalismo sanitario e non solo: i servizi di telemedicina, poco sorprendentemente, non erano e non sono uniformemente distribuiti sul territorio (o tra gli ambiti specialistici), e spesso non godono di finanziamento dedicato.

Al principio dell'emergenza pandemica, quando la distanza (anche) tra medico e paziente si è fatta necessità, il sistema tele-sanitario ha mostrato tutta la sua inadeguatezza: le esperienze di telemedicina erano relativamente rare, la loro implementazione fondata su linee di indirizzo datate⁸.

Sono intervenuti, dapprima, due rapporti dell'ISS: il primo contenente *Indicazioni ad interim per servizi assistenziali di telemedicina durante l'emergenza sanitaria COVID-19*, dell'aprile 2020; il secondo recante *Indicazioni ad interim per servizi sanitari di telemedicina in pediatria durante e oltre la pandemia COVID-19*, pubblicato in ottobre e inteso, quantomeno programmaticamente, a costruire modelli operativi in grado di sopravvivere all'emergenza.

Nel mese di dicembre, poi, sono state approvate nuove linee di indirizzo nazionali, anche stavolta in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano⁹. “*La pandemia Covid-19 ha reso*

⁶ Ripercorre le principali tappe che hanno portato (all'emersione del problema nel dibattito pubblico, e poi) all'approvazione delle *Linee di indirizzo nazionali* del 2014, fino a poco tempo fa “*l'unico riferimento normativo specifico per il settore [della telemedicina] nel nostro ordinamento giuridico*”, C. BOTRUGNO, *Un diritto per la telemedicina: analisi di un complesso normativo in formazione*, in *Pol. dir.*, 4/2014, pp. 639 ss.

⁷ Reperibile online, presso il portale eHealth – *Sanità digitale* del Ministero della Salute.

⁸ V. *supra*, nt. 4 e nt. 6.

⁹ Ci si riferisce alle *Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina*, elaborate dal Centro nazionale per la telemedicina e le nuove

indispensabile ripensare l'organizzazione del SSN", si legge nella Premessa, ma "questa situazione di indubbia criticità rappresenta anche un'opportunità unica per favorire l'attivazione degli strumenti di sanità digitale"¹⁰.

Nel frattempo, il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 ("Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19"), convertito con modificazioni in l. 18 dicembre 2020, n. 176, aveva riconosciuto alle farmacie che operano in comuni o centri abitati con meno di 3000 abitanti, al fine di "favorire l'accesso a prestazioni di telemedicina da parte dei cittadini dei piccoli centri urbani", un contributo "sotto forma di credito d'imposta nella misura del 50 per cento, fino a un importo massimo di 3.000 euro per ciascun soggetto beneficiario (...), delle spese per l'acquisto e il noleggio, nell'anno 2021, di apparecchiature necessarie per l'effettuazione di prestazioni di telemedicina" (art. 19-septies, comma 1); di lì a poco, la l. 30 dicembre 2020, n. 178 ("Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023"), avrebbe impegnato le Regioni a destinare alla telemedicina una quota pari allo 0,5% dello stanziamento complessivo per l'edilizia sanitaria operato dall'art. 1, comma 442, della medesima legge – stanziamento pari a 2 miliardi di euro – al fine di "salvaguardare i livelli di assistenza anche mediante la telemedicina" (art. 1, comma 444). E non è tutto.

Il legislatore – *rectius*: il Governo, con il beneplacito del legislatore – era già intervenuto su un altro fondamentale strumento della sanità digitale, il c.d. fascicolo sanitario elettronico (FSE).

È opportuno fare una premessa: digitalizzare i servizi sanitari equivale a spostarne una parte nello spazio virtuale (si pensi, in ambito di telemedicina, alla televisita, nel corso della quale "il professionista interagisce a distanza in tempo reale con il paziente"¹¹), ma non esclusivamente. Digitalizzare i servizi sanitari

tecnologie assistenziali dell'Istituto superiore di sanità – su mandato del Ministero della salute – e approvate dalla Conferenza Stato-Regioni in data 17 dicembre 2020.

¹⁰ Così a p. 2 del documento.

¹¹ Secondo la definizione contenuta nelle recenti *Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina*, a p. 5.

vuol dire anche servirsi delle nuove tecnologie – in continua evoluzione – per potenziare la parte restante, quella che rimane “in presenza”, migliorando la qualità del servizio offerto e nel contempo abbattendone i costi.

Il fascicolo sanitario elettronico non è una prestazione: è un aggregato di dati, e in particolare “*dei dati e documenti digitali di tipo sanitario e sociosanitario generati da eventi clinici presenti e trascorsi, riguardanti l’assistito*” (così l’art. 12, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, recante “*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*”, convertito con modificazioni in l. 17 dicembre 2012, n. 221). È un archivio digitale che raccoglie la storia clinica (e non solo) della persona-paziente, rendendola facilmente accessibile, all’occorrenza, ai sanitari che debbano occuparsene – e all’interessato stesso, che può ritagliarsi “*un ruolo attivo nel processo di cura, esercitando la facoltà di «coltivare» un subset di dati, parte del database amministrato dal titolare del trattamento, che contiene le informazioni relative al proprio stato di salute, con potenzialità davvero innovative*”¹².

Il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (“*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19*”), convertito con modificazioni in l. 17 luglio 2020, n. 77, è intervenuto massicciamente sulla disciplina del fascicolo sanitario elettronico, nel chiaro intento di “*accelerare e potenziare gli indiscutibili vantaggi derivanti da un più celere scambio d’informazioni*”¹³, a maggior ragione in periodo di emergenza: in particolare, è stato ampliato il novero di dati destinati a confluire nell’FSE, includendovi quelli “*riferiti (...) alle prestazioni erogate al di fuori del Servizio sanitario nazionale*” (così il novellato art. 12, comma 1, d.l. n. 179/2012), e, con l’abrogazione del comma 3-bis del medesimo art. 12, d.l. n. 179/2012,

¹² Così P. GUARDA, *I dati sanitari*, in V. CUFFARO - R. D’ORAZIO - V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 617, riferendosi al c.d. *Personal Health Record (PHR)*, in italiano *breviter* “*taccuino*”, sezione dell’FSE che “*permette ai pazienti di immagazzinare, gestire e condividere in forma elettronica le informazioni di carattere socio-sanitario che li riguardano*” (id. p. 618).

¹³ E. SORRENTINO - A.F. SPAGNUOLO, *La sanità digitale in emergenza Covid-19. Uno sguardo al fascicolo sanitario elettronico*, in *federalismi.it - Osservatorio di diritto sanitario*, 30/2020, p. 243.

l'alimentazione dell'FSE (*i.e.*, l'inserimento nello stesso di dati e documenti *nuovi*, riferiti ad eventi clinici *nuovi*) è stata svincolata dal consenso dell'interessato, fino a quel momento necessario – e che rimane necessario perché i soggetti astrattamente legittimati possano effettivamente consultare il fascicolo, salvi i casi di “*emergenza sanitaria*” (art. 12, comma 5, d.l. n. 179/2012).

Accelerare, semplificare, rimuovere ostacoli alla circolazione delle informazioni: sono obiettivi comprensibili e condivisibili, tanto più in pieno stato d'emergenza. Trattandosi di un'emergenza “lunga”, tuttavia, e destinata a lasciare degli strascichi¹⁴, è bene interrogarsi sin d'ora sull'appropriatezza delle misure adottate, e sull'impatto che queste potranno avere – e che hanno già – sulle persone e sui loro diritti.

4. Digitalizzazione e diritti

Emergono due esigenze contrapposte: lasciare che i dati circolino – anzi, incoraggiarne la circolazione – e garantire le persone cui pertengono.

Nel corso dell'emergenza, a livello globale, i dati e l'informatica hanno avuto un ruolo cruciale: per tenere traccia del contagio, per accelerare lo sviluppo dei vaccini, nella pratica clinica¹⁵.

Quando si parla di dati, e di impatto della circolazione e del trattamento dei dati sulla dotazione di diritti di ciascuno, il pensiero va subito alla *privacy*. Quale che sia la loro forma, i dati sono, in estrema sintesi, informazioni: informazioni che si è costretti a dare – a trasmettere, non a cedere – per avere accesso a sempre più servizi, e sempre più essenziali.

Eppure, come visto, i dati non si limitano a togliere. I dati danno: ordine, salute, futuro.

Una più estesa digitalizzazione dei servizi sanitari li “avvicinerà” a chi spesso ne rimane estromesso – per ragioni geografiche, ad esempio, o socio-economiche. Renderà agevolmente

¹⁴ Il pensiero va all'*emergency pudding* di Yuval Noah Harari.

¹⁵ Cfr., *ex multis*, F. PICCIALLI - V. SCHIANO DI COLA - F. GIAMPAOLO - S. CUOMO, *The role of Artificial Intelligence in fighting the COVID-19 pandemic*, in *Information Systems Frontiers*, 6/2021, pp. 1467 ss.

accessibile ai sanitari la storia clinica (e non solo) dei pazienti, consentendo loro di prendere decisioni più consapevoli e calibrate. A lungo andare, sottrarrà compiti e responsabilità agli attori umani, redistribuendoli tra dispositivi e intelligenze artificiali: a parere di molti, toglierà a soggetti fallibili per dare a sistemi, se non infallibili, complessivamente più affidabili¹⁶.

Tralasciando le questioni più controverse – su tutte: è nel nostro interesse che l'intelligenza artificiale rimpiazzhi quella umana? – può senz'altro constatarsi come la digitalizzazione dei servizi, e dei servizi sanitari in particolare, sia in grado, a certe condizioni, di “potenziare” determinati diritti, o meglio: di garantirne una più piena attuazione.

Il diritto alla salute, *in primis* come diritto a prestazioni – e dunque come “*pretesa a ricevere prestazioni positive per la tutela della salute*”¹⁷ – sarà più effettivamente garantito, sul piano sostanziale, se aumenteranno e miglioreranno i servizi erogati, se si faranno più capillari, se riusciranno a raggiungere tutti e a tener conto delle particolari esigenze di ciascuno.

Certo, la fattispecie complessa “diritto alla salute” consta anche di una dimensione di libertà, e nella c.d. libertà di salute “è immanente il diritto di esprimere il consenso – e quindi, specularmente, l'eventuale dissenso – ai percorsi terapeutici proposti”¹⁸.

Ebbene: quando entra in gioco la tecnologia, il consenso tende a farsi “*consapevolmente disinformato*”¹⁹. Sopraffatto dalla complessità delle questioni sottopostegli, l'uomo comune sentirà – o dissenterà – per ragioni casuali o contingenti, anche in

¹⁶ Così Daniel Kahneman, psicologo e Premio Nobel per l'economia, in una recente intervista al *Guardian*, pubblicata il 16 maggio 2021 sul sito *web* del quotidiano britannico: “There is going to be massive disruption. The technology is developing very rapidly, possibly exponentially. But people are linear. When linear people are faced with exponential change, they're not going to be able to adapt to that very easily. So clearly, something is coming... And clearly AI is going to win [against human intelligence]. It's not even close. How people are going to adjust to this is a fascinating problem – but one for my children and grandchildren, not me”.

¹⁷ D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, III ed., Torino, 2018, p. 69.

¹⁸ *Id.* p. 132.

¹⁹ C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, spec./2019, p. 107.

base alla fiducia che ripone nella tecnologia *come concetto astratto*.

Emerge, in particolare, la “*difficoltà di una comprensibile ed esauriente informativa data dal medico al paziente (difficoltà sia di comunicazione del medico che di ricezione del paziente) nel momento in cui ci si avvale di trattamenti che fanno uso dell’IA*”²⁰, difficoltà accresciuta dalla c.d. opacità degli algoritmi, e dunque dall’impossibilità – *anche per il medico* – di ricostruire i passaggi attraverso i quali la macchina, sulla scorta delle indicazioni date “a monte” dall’uomo, elabora i dati immessi e produce classificazioni (c.d. *black box effect*, o effetto “scatola nera”)²¹.

Potrebbe essere arrivato il momento, allora, di ripensare la centralità del consenso nella pratica medica, o quantomeno la sua necessarietà-e-sufficienza²², e di predisporre strumenti *obiettivamente* in grado di tutelare il paziente, anche dagli esiti (potenzialmente) discriminatori del processo decisionale algoritmico: si parla molto della loro “neutralità”, ma i sistemi di IA rimangono alla mercè dell’uomo, che li disegna e immette i dati di partenza, e indirettamente influenza gli esiti dell’elaborazione²³. Una sanità più accessibile, tutto considerato, non è necessariamente più equa.

Possono identificarsi, brevemente, alcuni altri rischi della digitalizzazione: che si svilisca e si disumanizzi il rapporto medico-

²⁰ Evidenziata a p. 14 del parere del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) e del Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita (CNBBSV) di cui *supra*, in nt. 5.

²¹ Gli algoritmi hanno come *input* dati, e come *output* classificazioni. Si parla di “opacità” degli algoritmi – *rectius*, di “opacità” dei sistemi basati su algoritmi – per sottolineare il “*fatto che chi riceve l’output raramente ha un senso concreto di come quella classificazione sia stata prodotta e, a volte, non sa neanche quale fosse la natura del database di partenza*” (M. MAZZOTTI, *Per una sociologia degli algoritmi*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 3-4/2015, p. 472).

²² Come è accaduto e accade nella macro-materia “protezione dei dati personali”, sanitari e non, dove il consenso significa sempre meno, e serve sempre a meno.

²³ Cfr., *ex multis*, J. ZOU - L. SCHIEBINGER, *Design AI so that it’s fair*, in *Nature*, vol. 559, 2018, pp. 324 ss., che spiegano molto bene come i limiti del *data set* iniziale, anche in termini di rappresentatività (dei generi, delle etnie, etc.), possano ripercuotersi sull’accuratezza e sull’adattività delle classificazioni e delle predizioni “partorite” dall’algoritmo.

paziente; che si creino delle sacche di de-responsabilità, attenuandosi il legame tra medico stesso e agire medico; che si lascino indietro coloro che non hanno accesso alla tecnologia, per condizione o per scelta.

La riservatezza passa, tutto sommato, in secondo piano: la segretezza è sempre più un'illusione, così come la libertà del consenso, o l'idea che i dati non siano moneta. Conviene concentrarsi sull'uso che dei dati si fa, e sulle conseguenze della loro manipolazione.

In fondo, la “protezione dei dati personali” è un mezzo, non un fine: non proteggiamo i dati per proteggere i dati, ma le persone. Piuttosto che frenare la circolazione dei dati – ammesso che sia possibile, o auspicabile – sarebbe il caso di mitigarne le ripercussioni, lavorando “a monte”: vale a dire, creando davvero le condizioni perché i dati non siano usati male, o usati *contro*²⁴.

²⁴ Nelle parole di C. BOCK, *Preserve personal freedom in networked societies*, in *Nature*, vol. 537, 2016, p. 9: “We must remember that data protection is a means to an end, rather than a goal in itself. We do not protect data because the data would take harm; rather, we seek to protect the rights and well-being of individuals who might be harmed by certain uses of their data”.

APPENDICE

ATTIVITÀ DIDATTICHE DEL DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

A.A. 2020/2021

Prof. Roberto Rampioni, *Diritto penale. Scienza dei limiti del potere punitivo (Lezione magistrale)*

Prof.ssa Monica Stronati, *I poveri e la questione sociale nell'Italia liberale*

Prof. Andrea Buratti, *I diritti fondamentali nella tradizione costituzionale americana*

Prof. Luigi Daniele, Prof. Aristide Police, Prof. Bruno Sassani, *La “querelle” sulla definizione dei “motivi inerenti alla giurisdizione” ai sensi dell’art. 111, comma 8, Cost. davanti alla Corte UE (ordinanza Cass., S.U., 7 settembre 2020, n. 18592)*

Prof. Rainer Arnold, *Il diritto all’oblio e il BvFG tra Grundgesetz e Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*

Prof. Umberto Leanza, Prof.ssa Ida Caracciolo, *La recrudescenza del lungo contrasto tra Grecia e Turchia sugli spazi marini*

Prof. Riccardo Villata, Prof. Bruno Sassani, Prof. Aristide Police, *La legittimazione generale ad agire degli enti rappresentativi e l’art. 81 c.p.c. nella concezione del Consiglio di Stato (A.P. n. 6/2020 e dintorni)*

Prof. Federico Fabbrini, Prof. Gianluigi Tosato, Prof.ssa Eleanor Spaventa, Dott. Tommaso Andria, Dott. Pierluigi D'Elia, Dott. Maurizio Canfora, *Brexit: "finale di partita"*

Prof.ssa Daria De Pretis, *Il cammino europeo della Corte costituzionale: alla ricerca di un'armonia (Lezione magistrale)*

Prof. Daniele Coduti, Dott. Marco Di Folco, Prof.ssa Donatella Morana, *Nuove prospettive della partecipazione democratica*

Prof. Daniele Edigati, *Conservare la virtù. La lotta ai "discoli" negli ordinamenti repubblicani d'Antico Regime*

Prof. Raffaello Lupi, *Cosa ricercano gli studi giuridici? Suggerimenti per giovani studiosi tra rigore metodologico, originalità, innovazione, internazionalizzazione e interdisciplinarietà (Lezione magistrale)*

Prof. Emanuel Castellarin, Prof. Roberto Baratta, Prof. Roberto Cisotta, *Chi ha paura del "nuovo" Meccanismo europeo di stabilità (MES)?*

Prof. Luigi Daniele, Prof. Massimo Papa, Prof. Enrico Gabrielli, *Conversazione sui Racconti ascarelliani di Mario Stella Richter jr*

Prof.ssa Elisabetta Rosafio, *I servizi tecnico-nautici tra monopolio e regole di concorrenza*

Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli, *Nuovi orizzonti della semplificazione amministrativa*

Prof. Cristiano Cupelli, *La perdurante attualità dell'abuso d'ufficio*

Prof. Giacinto Della Cananea, Prof. Claudio Franchini, Prof. Luigi Fiorentino, Prof. Raffaello Lupi, Prof. Nino Paolantonio, Prof. Lorenzo Saltari, *I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*

Prof. Raffaello Lupi, *L'analisi delle funzioni pubbliche con concetti privatistici: premesse generali ed inconvenienti nel diritto tributario*

Prof.ssa Agata C. Amato Mangiameli, *Diritto Filosofia Medicina. Iatròs philòsophos isòtheos*

Dott.ssa Ada Famiglietti, *L'esame della persona offesa e del testimone vulnerabile: casi e forme dell'assunzione*

Prof. Alessandro Dani, *Profili storici della cittadinanza – I: Dall'età comunale alla fine dell'Antico regime*

Prof. Marco Fioravanti, *Profili storici della cittadinanza – II: Dalla Rivoluzione ai Codici*

Prof. Claudio Brandão, Prof.ssa C. Amato Mangiameli, Dott.ssa Maria Novella Campagnoli, *Corruzione e diritti umani*

Prof. Enzo Cannizzaro, *La sovranità oltre lo Stato (Lezione magistrale)*

Prof.ssa Chiara Amalfitano, Prof. Cristiano Cupelli, Prof. Luigi Daniele, Prof. Nicola Lupo, Prof. Roberto Mastroianni, *Cosa resta del caso Taricco? Scenari e prospettive*

Prof.ssa Elda Turco Bulgherini, *Profili evolutivi delle gestioni aeroportuali*

Prof. Francesco Cherubini, Prof. Luigi Daniele, Prof. Paolo Morozzo Della Rocca, Prof.ssa Ornella Feraci, *Il ricongiungimento familiare: profili civilistici, internazionalprivatistici e eurounitari*

Prof. Roberto Rampioni, *La corruzione per l'esercizio della funzione nei recenti arresti giurisprudenziali*

Prof. Guido Castelnuovo, *Dante, Bartolo e la questione della nobiltà*

Dott.ssa Luisa Marin, *L'interconnessione tra azione della Unione europea e azione degli Stati membri in materia di immigrazione*

Prof. Andrea Buratti, *Teorie e tecniche del bilanciamento dei diritti fondamentali*

Prof. Luigi Daniele, Prof.ssa Serena Forlati, Prof.ssa Micaela Frulli, Prof.ssa Alessandra Gianelli, Prof. Edoardo Greppi, *Il processo di Norimberga a 75 anni dalla sua celebrazione: il lascito per il diritto internazionale*

Prof. Massimo Papa, Prof. Luigi Daniele, Prof. Nino Paolantonio, Prof. Claudio Franchini, Prof. Giacinto Della Cananea, Prof.ssa Enrica Morlicchio, Prof. Giovanni Tria, Prof. Vincenzo Ricciuto, *Welfare del futuro e nuovi scenari della povertà*

Prof. Nicola Lupo, *I regolamenti parlamentari dopo la pandemia (e dopo la riduzione del numero dei parlamentari) (Lezione magistrale)*

Dott. Massimiliano Puglia, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE: c'è qualcosa di nuovo oggi nell'aria, anzi di antico...*

Dott. Raffaele Pittella, *Gli archivi statali tra età moderna e contemporanea: da cittadella del potere ad arsenali della democrazia*

Prof. Orazio Schillaci, Prof.ssa Agata C. Amato Mangiameli, Prof. Claudio Franchini, Prof. Luigi Daniele, Prof. Massimo Papa, Prof.ssa Federica Mucci, Prof. Alessandro Dani, *Giornata Mondiale per la diversità culturale, per il dialogo e per lo sviluppo*

Prof.ssa Chiara Bologna, *The Least Dangerous Branch: il rapporto tra politica e Corte suprema negli Stati Uniti*

Prof. Cristiano Cupelli, Prof. Pierpaolo Dell'Anno, Prof. Luigi Tonino Marsella, *Medicina e diritto penale. Presentazione tesi di dottorato Marta Bernardini*

Prof. Antonio D'Atena, *Prospettive del regionalismo italiano*

Prof. Roberto Cisotta, *Si può limitare ciò che è fondamentale? – La Corte di giustizia e le limitazioni ai diritti garantiti dalla Carta di Nizza*

Prof. Massimo Meccarelli, *I diritti tra il paradigma dell'uguaglianza e il problema della diversità. Una prospettiva storico-giuridica*

Prof. Oreste Pollicino, *Tutela della libertà di espressione e della privacy in rete: il nodo di poteri privati digitali che esercitano funzioni para-costituzionali*

Prof.ssa Roberta Greco, *Il diritto all'acqua negli arbitrati internazionali in materia di investimenti*

Prof. Adolfo Scalfati, Prof. Cristiano Cupelli, Prof.ssa Rosa Maria Geraci, *Intelligenza artificiale e giustizia penale. Presentazione tesi di dottorato Giorgia Padua*

Prof. Orazio Schillaci, Prof. Venerando Marano, Prof. Luigi Daniele, Prof. Massimo Papa, Prof. Francesco Saverio Marini, Prof. Cristiano Cupelli, Prof. Francesco Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*

Prof.ssa Patrizia De Pasquale, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento dell'Unione europea tra passato e presente*