

**2020
n.2**

P.A. Persona e Amministrazione

*Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics*

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

P.A. Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

Direttore scientifico

Luca R. Perfetti, Università di Bari "Aldo Moro".

Comitato di direzione

Antonio Barone, Università di Catania; Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Christine Ferrari-Breur, Université Lyon III Jean Moulin (Francia); Francesco Follieri, Libera Università Mediterranea – LUM "Jean Monnet" di Casamassima; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Andrea Maltoni, Università di Ferrara; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Massimo Monteduro, Università del Salento; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria; Ewald Wiederin, Universität Wien (Austria).

Redattori centrali

Marina Roma, Università Bocconi
Donato Vese, Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia.

Comitato di redazione

Filippo Alario; Adrian Bedford; Angelo Bonaiti; Giuseppina Buia, Maximilian Denicolò; Andrea Gemmi, Roberto Franco Greco; Alberto Marcovecchio; Antonio Micello, Chiara Mulinari; Clara Napolitano; Marina Roma; Gloria Sdanganelli.

Comitato internazionale scientifico e di referaggio

Marcos Almeida Cerreda, Universidad de Santiago de Compostela (Spagna); Sandro Amorosino, Università Telematica Internazionale "UniNettuno"; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertonazzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paoloeffisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre; Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University (Delaware, U.S.A.); Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco (Brasile); Francesca Di Lascio, Università di Roma Tre; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli "Federico II"; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale "Luigi Bocconi"; Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Grüner, Università di Roma "Tor Vergata"; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani (Slovenia); Pierdomenico Logroscino, Università di

Bari “Aldo Moro”; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mameli, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana (Colombia); Nino Paolantonio, Università di Roma “Tor Vergata”; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense (Brasile); Sergio Perongini, Università di Salerno; Nicola Pignatelli, Università di Bari “Aldo Moro”; Aristide Police, Università di Roma “Tor Vergata”; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law (Francia); Anikó Raisz, Miskolci Egyetem (Ungheria); Margherita Ramajoli, Università di Milano Bicocca; Renato Rolli, Università della Calabria; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio, Benevento; Stefano S. Scoca, Università per stranieri “Dante Alighieri” di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem (Ungheria); Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tigano, Università di Catania; Simone Torricelli, Università di Firenze; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Andrea Tucci, Università di Foggia; Alberto Urbani, Università “Ca’ Foscari” di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University, Tokyo (Giappone); Dirk Uwer, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg; Freien Universität Berlin; Technischen Universität Berlin (Germania); Diego Vaiano, Università della Tuscia, Viterbo; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile (Cile); Stefano Villamena, Università di Macerata; Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines (Francia); Alberto Zito, Università di Teramo.

Direttore responsabile

Francesca Mineo

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione

prof. Alberto Clini

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza

via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)

Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230

email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Sebastiano Miccoli

Telefono: +39 0722 303223

e-mail: sebastiano.miccoli@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell’Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2610-9050**. Registrazione al Tribunale di Urbino richiesta.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con **Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale**.

SOMMARIO

I – SEZIONE MONOGRAFICA

Premessa.....	p. 11
GUIDO CORSO, Emergenza e organizzazione	p. 13
ALDO SCHIAVELLO, Il costituzionalismo contemporaneo ai tempi del Covid-19	p. 19
GIUSEPPE TROPEA, Emergenza, pandemia, sovranità popolare e diritti della persona. Qualche dubbio sulla lettura biopolitica	p. 39
LUCA R. PERFETTI, Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona	p. 51
FRANCESCO FOLLIERI, Precauzione, prevenzione e legalità nell'emergenza da Covid-19	p. 81
MICHELE TRIMARCHI, Dall'emergenza epidemiologica due indicazioni per la riforma dell'autonomia comunale	p. 91
NICOLA PIGNATELLI, Brevi note sul regionalismo nell'emergenza sanitaria	p. 99
MARIA CRISTINA CAVALLARO, La decisione politica nel tempo dell'emergenza sanitaria	p. 107
FRANCESCO MARONE, L'emergenza Covid tra temporaneità dei poteri d'urgenza e crisi del regionalismo	p. 123
GEROLAMO TACCOGNA, Disciplinare la politica per valorizzare l'amministrazione ?	p. 145
BARBARA MAMELI, Efficienza amministrativa e discrezionalità ai tempi della pandemia	p. 193
FABIO ANGELINI, L'impiego delle risorse del <i>Recovery Fund</i> tra conformità all'ordine giuridico-economico europeo e funzione discorsivo-razionale del diritto pubblico	p. 219
ROSA CALDERAZZI, Emergenza, pandemia ed intervento dell'autorità sull'impresa bancaria	p. 237

MARINA ROMA, Emergenza e decisioni di finanza pubblica: prima e dopo il Covid-19	p. 253
CARLA ACOCELLA, Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico-scientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da Covid-19	p. 269
VIVIANA DI CAPUA, La regolazione del rischio di emergenza e la regolazione del «panico da rischio» nella pandemia Covid-19	p. 301
CLAUDIA MARCHESE, La garanzia dei diritti alla prova della pandemia. Considerazioni comparatistiche sull'intervento statale alla luce del contesto europeo	p. 325
MARIA BALDARI, Potere e incertezza scientifica ai tempi del Covid-19	p. 353
SALVATORE PALUMBO, Le ordinanze in materia di protezione civile, tra potere di urgenza e urgenza di potere	p. 375
RAFFAELLA DAGOSTINO, Emergenza, pandemia, crisi del sapere e funzioni pubbliche necessitate: i diritti fondamentali scientificamente condizionati al tempo del Covid-19	p. 403
MIMMA ROSPI, La digital transformation e l'esercizio di diritti fondamentali e delle libertà personali: compressione o miglioramento?	p. 425
GIULIA PERNICE, Le ordinanze di necessità e di urgenza alla luce del principio di proporzionalità	p. 445
PIERGIUSEPPE PUGGIONI, Potere, libertà e autonomia. Paradossi del pensiero giuridico all'epoca della crisi	p. 455
RICCARDO BIANCHINI, Il costituzionalismo e il paradosso di una ierocrazia medica	p. 475
IRENE ROMANO, Spunti di riflessione sull'applicazione del principio di proporzionalità ai tempi del Covid-19: considerazioni a margine dei decreti cautelari del TAR Campania aventi ad oggetto la sospensione delle attività educative e didattiche in presenza ad opera dell'ordinanza del Presidente della Giunta Regionale n. 79/2020.....	p. 499
ALESSIO LO GIUDICE, L'emergenza permanente e lo Stato di sicurezza nell'era della tecnica	p. 521

II – STUDI

Premessa	p. 541

MASSIMO MONTEDURO, Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una prospettiva ricostruttiva	p. 543

III – OPINIONI E RECENSIONI

ALBERTO ZITO, Il sistema della <i>performance</i> della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione	p. 599

MASSIMILIANO BELLAVISTA, Recensione a Martin P. Golding, <i>Il ragionamento giuridico</i> , a cura di V. Velluzzi e A. Zambon, Soveria Mannelli, Rubettino, 2020 ...	p. 615

RENATO ROLLI, MARIAFRANCESCA D'AMBROSIO, Recensione a E. Caterini, L'intelligenza artificiale "sostenibile" e il processo di socializzazione del diritto civile, ESI, 2020	p. 621

GIULIANO TAGLIANETTI, L'oggettivizzazione del processo amministrativo, tra tendenze legislative e interpretazioni giurisprudenziali	p. 625

DONATO VESE, La strategia italiana per gestire l'emergenza Covid-19 e la sfida della condivisione dei poteri amministrativi	p. 647

ALBERTO FABBRI, L'infermiere di parrocchia. Una "sana" e "avveniristica" collaborazione socio-sanitaria	p. 681

I
SEZIONE MONOGRAFICA

Premessa

La sezione monografica di questo fascicolo della rivista è il frutto di un dibattito ampio, che si è avviato fin dal marzo 2020. A fronte dell'emergere della pandemia, la direzione della Rivista, sulla considerazione che l'emergenza per Covid-19 ponesse in luce profili già largamente presenti nell'ordinamento e non destinati ad essere superati con la fine dell'epidemia, ha avviato al suo interno un intenso confronto, allargato ad un numero non piccolo di studiosi. Da quelle riflessioni sono derivati il *position paper* pubblicato sul fascicolo I/2020 della Rivista, i quattro seminari – che costituiscono i primi quattro prodotti digitali della Rivista –, la *call-for-paper* i cui esiti si trovano riflessi in questo fascicolo. Si tratta di una tappa nel percorso. Il lavoro, infatti, prosegue con i tavoli di ricerca già avviati dalla direzione, preordinati alla continuazione della riflessione nel medio periodo, l'esito delle cui ricerche sarà comunque riflesso dalla Rivista nei prossimi anni.

GUIDO CORSO
Professore emerito di Diritto amministrativo
presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre
guido.corso@uniroma3.it

EMERGENZA E ORGANIZZAZIONE

EMERGENCY AND ORGANIZATION

SINTESI

Il contributo offre una riflessione ad ampio spettro sugli effetti dell'emergenza pandemica sull'ordinamento costituzionale. Si evidenzia anzitutto come i concetti di necessità ed urgenza, o più semplicemente di "crisi", legittimino da sempre l'attribuzione di poteri eccezionali di adozione di determinate decisioni, molto spesso in deroga ai normali meccanismi di funzionamento degli organi collegiali a favore di decisioni monocratiche. Sul piano ordinamentale possono osservarsi due tendenze dovute alle situazioni di crisi: la migrazione delle competenze dal legislativo all'esecutivo, e dalla periferia al centro; tale dinamica collide con l'assetto istituzionale pluralistico del nostro ordinamento costituzionale generando una sovrapposizione di funzioni, a sua volta aggravata dalle distanze politiche tra i vari livelli di governo. L'altra rilevante conseguenza delle misure emergenziali è la compressione dei diritti fondamentali di rango costituzionale, il cui godimento dovrebbe essere oggetto di bilanciamento con altre esigenze collettive (*in primis*, la salute pubblica) nel rigoroso rispetto del nucleo essenziale di tali diritti. L'emergenza fa vacillare anche il rigoso rispetto del principio di riserva di legge: da un lato, con la delegificazione anomala tramite D.P.C.M.; dall'altro lato, con l'inserimento nelle leggi di conversione dei decreti legge di disposizioni non giustificate dall'emergenza, derogando così all'ordinario procedimento legislativo.

ABSTRACT

The essay focuses on the effects of the Covid-19 pandemic on the Italian constitutional order from a broad perspective. First of all, it highlights that the necessity and urgency, or simply the presence of a crisis, justify the exercise of exceptional powers by single authority, which often derogate to the ordinary mechanism followed by collegiate bodies. From a general point of view, the crisis situations cause the transition of the relevant decisions from the legislative power to the executive one, and from the local authorities to the state government; such trends, which are worsen by the political discrepancies between the different administrative levels, contrast with the constitutional order – which protects and supports the local entities – and generates the overlap of competences. Secondly, the emergency decisions often imply an excessive detriment to the fundamental rights protected by the Constitution, whose restriction due to major public interests – such as public health and safety – may not affect the essential core of such rights. Furthermore, the emergency situations tends to limit the supremacy of the rule of law: on one side, through the regulation by Decrees of the President of the Council of Ministers; on the oth-

er side, by including in the conversion law of law decrees legislative dispositions that are not justified by urgency and necessity.

PAROLE CHIAVE: Emergenza – Organizzazione – Crisi – Ordinamento – Diritti fondamentali.

KEYWORDS: Emergency – Organization – Crisis – Legal system – Fundamental rights.

INDICE: 1. Crisi e ordinamento costituzionale. – 2. I risvolti istituzionali e politici dell'emergenza. – 3. Il dialogo Stato-Regioni nella crisi. – 4. Il contenuto mobile dei diritti fondamentali. – 5. L'influenza dell'emergenza sul sistema delle fonti. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Crisi e ordinamento costituzionale

Nell'ambito delle analisi sorte a commento degli effetti della pandemia da Covid-19, il richiamo al concetto di crisi è uno dei più diffusi. È un richiamo da prendere sul serio se si vuole approntare una cornice concettuale di fondo in grado di inquadrare correttamente il rapporto tra le scelte contingenti del decisore politico e la strisciante trasformazione, sul piano materiale, dell'assetto istituzionale ispirato dall'ideale dello Stato di diritto.

L'emergenza altera i normali rapporti tra gli organi, costituzionali e amministrativi, spostando il potere dal legislativo all'esecutivo, dai collegi agli organi monocratici.

La nostra costituzione prende atto di questa dinamica, attribuendo al governo potestà legislativa nei casi (e solo nei casi) di necessità ed urgenza: un potere provvisorio il cui esercizio è subordinato alla conversione del decreto legge da parte del parlamento.

La legislazione amministrativa prevede le ordinanze di necessità e urgenza – competenti sono solo gli organi monocratici – il Presidente del Consiglio (art. 5 d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1), il Ministro della Salute (art. 32 l. 23 dicembre 1978, n. 833), il Presidente della Regione (art. 32 cit.), il Sindaco (art. 54 d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, e art. 32 l. 833/78 cit.). Si potrebbe aggiungere che il principio trova applicazione anche nel processo: per es., è il presidente del TAR che decide sulla domanda cautelare nei casi di estrema gravità e urgenza, sia pure con riserva della conferma dell'ordinanza da parte del collegio (art. 56 c.p.a.).

La ragione è evidente.

L'urgenza non tollera gli indugi che l'ordinario funzionamento di un collegio impone, la *clasa discutidora* che popola le assemblee legislative di cui parla J. Dono Cortes. Richiede una prontezza di decisione che non si può pretendere da un organo in cui più persone dibattono da posizioni avverse, prima che una maggioranza dei suoi componenti decida.

2. I risvolti istituzionali e politici dell'emergenza

Quando la situazione di necessità e urgenza ha carattere nazionale, il potere decisionale, che è attribuito a regime ad autorità regionali e locali, si sposta al centro.

Dal parlamento al governo, dalle regioni e gli enti locali allo Stato.

Questo doppio movimento, dal legislativo all'esecutivo, dalla periferia al centro, deve fare i conti, in Italia, con l'assetto costituzionale; che è fondato su un principio tendenziale di competenze numerate dello Stato, su un riparto di competenze fra lo Stato e regioni fondato sui criteri della materia, delle funzioni e delle finalità: con inevitabile sovrapposizione delle competenze, proprio perché classificate in base a criteri diversi.

Sul problema istituzionale si innesta il problema politico. Quando la giunta regionale ha un colore politico diverso dal colore del governo centrale, e l'amministrazione locale ne ha uno diverso dall'amministrazione regionale, i conflitti insorgono spesso non perché le competenze, almeno parzialmente, si sovrappongono, ma per la semplice ragione dell'esistenza di maggioranze politiche diverse.

Chi ha un potere cerca di esercitarlo, spesso per il solo fatto che dispone di quel potere. Ma la pandemia ha messo in luce un fenomeno opposto: il rifiuto di esercitare il potere quando le misure da adottare sono impopolari e rischiano di far perdere consenso.

Un fenomeno che non è naturalmente limitato all'emergenza.

La preferenza per misure popolari, anche se rovinose (es. spesa pubblica a pioggia) e la riluttanza a prendere misure impopolari, anche se necessarie, caratterizzano le democrazie, e specialmente la democrazia italiana.

Significativa di questa sindrome è la virulenta opposizione dell'associazione degli enti locali (ANCI) alla richiesta contenuta in un D.P.C.M. di anticipare a livello locale l'orario di chiusura degli esercizi commerciali.

Ci si chiede: non è l'ordinamento degli enti locali che attribuisce al sindaco le competenze in materia di orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici (art. 50, co. 7 d. lgs. 267/2000)?

3. Il dialogo Stato-Regioni nella crisi

L'emergenza sottopone a forti tensioni l'assetto dei poteri in un ordinamento pluralistico, federale regionale o semifederale o semiregionale, qual è il nostro.

Lo Stato ha una competenza esclusiva in materia di istruzione (norme generali sull'istruzione, artt. 117, co. secondo, lett. n) Cost.). Ma è pensabile che la Regione o anche il Comune non possa vietare lo svolgimento di lezioni in presenza, in un Comune in cui ci sia un'altissima percentuale di malati? La competenza regionale in materia di salute si incrocia, e si scontra in questi casi con la competenza statale in materia di istruzione.

All'opposto. Una volta che si decide, con una scelta politica di fondo, di indennizzare gli esercizi commerciali ai quali vengono imposte limitazioni delle attività o divieti di attività, è lecito che una regione o un comune agiscano in piena autonomia, allargando il novero degli aventi diritto a un ristoro che lo

Stato andrebbe a garantire e che, a questo scopo, ha calcolato in una certa somma?

Questo non implica che il decisore debba essere unico o che le decisioni prese ai diversi livelli territoriali debbano essere sempre concordate. Significa che chi decide deve tener conto degli effetti della sua decisione sulle decisioni prese da altre autorità: una esigenza di coordinamento che, in una situazione di emergenza, va soddisfatta con modalità informali, al di fuori dei meccanismi istituzionali previsti a regime (ad es., la conferenza Stato-Regioni).

4. Il contenuto mobile dei diritti fondamentali

L'emergenza comporta gravi limitazioni a diritti fondamentali: dal diritto al lavoro alla libertà di iniziativa economica, dalla libertà di circolazione alla libertà di culto e alla stessa libertà di domicilio. Se l'inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.) include il mio diritto di ricevere chi voglio a casa mia, non dà luogo ad una limitazione della libertà domiciliare il divieto di fare feste in famiglia con più di un certo numero di invitati?

Un bilanciamento in questi casi si impone. Un bilanciamento che è previsto da alcune norme della costituzione che riconoscono libertà fondamentali: come l'art. 16 che consente di limitare la libertà di circolazione per motivi di sanità, o l'art. 32 che sottopone i trattamenti sanitari obbligatori a riserva di legge.

Ma anche quando non è indicato uno specifico interesse pubblico come limite di una libertà, il limite è inerente alla coesistenza delle diverse libertà quando l'esercizio di esse può dar luogo a conflitti fra persone che pretendono di esercitare libertà diverse.

Si tratta di ovvietà. La pandemia mette in luce che i diritti e le libertà non hanno un contenuto fisso, e che la misura del loro esercizio può variare secondo le circostanze.

La giurisprudenza costituzionale, traendo una indicazione fornita dal Tribunale costituzionale tedesco, ha enunciato la teoria del "nucleo essenziale" del diritto: quel minimo che non può essere comunque scalfito ed è richiamato dall'art. 117, co. secondo, lett. m) Cost. (*«i livelli essenziali delle prestazioni»*). Anche se l'idea di "prestazione" rimanda alla struttura dei diritti di credito, e quindi dei diritti sociali, un nucleo essenziale è configurabile anche nei diritti di libertà; che si caratterizzano, come tutti i diritti assoluti (il paradigma è la proprietà), non perché qualcosa è dovuto al titolare (una "prestazione"), ma perché questi ha il diritto di stabilire lui quel che può e vuole fare, pretendendo che gli altri non turbino l'esercizio del suo diritto.

5. L'influenza dell'emergenza sul sistema delle fonti

L'emergenza, incidendo sui rapporti tra le competenze amministrative, incide anche sul sistema delle fonti; e comportando una restrizione di diritti di libertà, tira pure in ballo la riserva di legge.

Nel nostro caso il problema è stato risolto con l'adozione di decreti legge che conferiscono al governo il potere di agire a mezzo di decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri; una sorta di delegificazione anomala, anche se imposta in qualche modo dall'emergenza, che comunque va mantenuta entro i limiti stabiliti dal sistema.

Che cosa è successo concretamente?

I D.P.C.M. sono stati qualche volta caricati di contenuti che avrebbero dovuto essere stabiliti dalla legge (il decreto legge); e le leggi di conversione dei decreti legge hanno aggiunto disposizioni che nulla hanno a che fare con la pandemia, e quindi con l'urgenza (per. es., l'allungamento con una quinta "finestra" dei lavori della commissione per l'abilitazione nazionale universitaria).

Si tratta di un abuso che è favorito dalla facoltà riconosciuta alle Camere di emendare il decreto legge da convertire, facoltà che secondo non pochi studiosi contrasta con l'art. 77 Cost.. Un vecchio vizio del sistema che consente alle varie *lobby* di salire sul carro dell'urgenza (con la minaccia, altrimenti, della mancata conversione del decreto legge), soddisfacendo istanze che, quanto meno, meriterebbero di essere valutate nell'ordinario procedimento legislativo, anziché essere soddisfatte di soppiatto da assemblee che, per una parte rilevante dei componenti, del contenuto di tali istanze non si sono rese conto.

6. Considerazioni conclusive

La pandemia non ha stravolto il sistema istituzionale, perché questo offre gli strumenti per affrontare i problemi posti dall'emergenza.

Ci invita, tuttavia, ad una riflessione sulle modalità di funzionamento a regime del sistema; i rapporti tra il Presidente del Consiglio dei Ministri e i singoli Ministri, rapporti che nei governi di coalizione mettono spesso in discussione i poteri di direzione del Premier (art. 95 Cost.); i rapporti tra lo Stato e le regioni nelle *res mixtae* (le competenze concorrenti); i rapporti tra le regioni e gli enti locali; l'assetto delle fonti.

A questa riflessione sono chiamati i giuspubblicisti.

Ma c'è un aspetto politico, o filosofico-politico delle conseguenze della pandemia.

Gli italiani hanno accettato docilmente le drastiche limitazioni alle loro libertà imposte dal governo nella prima fase della pandemia. Resistono invece in modo vigoroso alle limitazioni, anche se più lievi, imposte a singole categorie di persone (i bar, i ristoranti, le palestre, i cinema, i teatri etc.).

Il pubblico accetta restrizioni più gravi perché colpiscono tutti; rifiuta restrizioni più lievi perché le sente inique (perché io sì, e lui no?). Soprattutto quando, come in Italia, le ragioni della discriminazione non vengono giustificate nella comunicazione politica.

Questo ci spiega come regimi totalitari abbiano potuto prosperare, anche godendo di un consenso diffuso, quanto meno per una parte della loro vita.

Schiavi sì, purché lo siamo tutti.

ALDO SCHIAVELLO
Professore ordinario di filosofia del diritto
presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo
aldo.schiavello@unipa.it

IL COSTITUZIONALISMO CONTEMPORANEO AI TEMPI DEL COVID-19*

CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM AT THE TIME OF COVID-19

SINTESI

L'indeterminatezza è una delle caratteristiche salienti del diritto negli stati costituzionali contemporanei. Tale caratteristica mette in crisi le concezioni "oggettualistiche" del diritto che riducono il diritto a un insieme di norme o a un insieme di fatti e corrobora quelle concezioni che considerano il diritto una pratica sociale interpretativa. La costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici accresce la flessibilità del diritto a detrimento della certezza e impone a tutti – legislatori, giudici e individui soggetti al diritto – di assumersi le proprie responsabilità e i rischi che ne conseguono. Il modo in cui il legislatore, a diversi livelli, fronteggia l'attuale pandemia da Covid-19 costituisce un interessante angolo visuale per riflettere sugli effetti – alcuni positivi, altri negativi – prodotti dall'indeterminatezza del diritto contemporaneo.

ABSTRACT

Indeterminacy is one of law's main characteristics in contemporary constitutional States. It challenges the objectualist conceptions of law which reduce law to a system of norms or a set of facts and confirms those conceptions which regard law as an interpretative social practice. Legal systems' constitutionalization increases legal flexibility at the expense of legal certainty; it imposes to legislators, judges and individuals the responsibility and the associated risks of individuating law. The ways in which the legislator, at different levels, faces the Covid-19 current pandemic offer an interesting perspective to analyze the positive and negative effects produced by the indeterminacy of contemporary law.

PAROLE CHIAVE: interpretazione giuridica; vaghezza; certezza; rule of law.

KEYWORDS: legal interpretation; vagueness; certainty; rule of law

INDICE: 1. Che cos'è il costituzionalismo contemporaneo. – 2. Alcuni problemi del costituzionalismo contemporaneo. – 3. L'insostenibile leggerezza dell'incertezza del diritto. – 4. Osservazioni conclusive.

* Questo saggio è la versione riveduta e corretta del mio intervento al seminario "Emergenza, pandemia, sovranità popolare e diritti della persona", organizzato dall'Universitas Mercatorum e da questa Rivista e che si è svolto online il 3 luglio 2020.

1. Che cos'è il costituzionalismo contemporaneo

Il costituzionalismo a cui si fa riferimento in queste pagine esprime il *milieu* culturale dell'età dei diritti¹. Quest'ultima è l'esito di quella che Norberto Bobbio, seguendo la lezione di Immanuel Kant, definisce una rivoluzione copernicana che consiste nel considerare il rapporto tra governanti e governati non più dalla prospettiva dei primi ma da quella dei secondi, a partire dalla consapevolezza della priorità dell'individuo rispetto al potere. Questo radicale mutamento di prospettiva avviene attraverso un processo a tre fasi.

La prima fase è rappresentata dal giusnaturalismo razionalista settecentesco e, in particolare, dal pensiero di John Locke. Per Bobbio, la centralità di Locke in questo processo di affermazione dell'età dei diritti si deve alla sua idea che gli esseri umani in quanto tali sono per natura detentori di diritti che neppure lo stato può sottrarre loro. La seconda fase consiste nella positivizzazione dei diritti a seguito della rivoluzione americana e di quella francese. In questa fase, la maggiore concretezza acquisita dai diritti umani è contro-bilanciata da una perdita in universalità. I diritti non appartengono più all'essere umano in quanto tale ma all'essere umano in quanto cittadino. La terza ed ultima fase – con cui ha inizio l'età dei diritti in senso stretto – è aperta dalla promulgazione nel 1948 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Da questo momento, l'affermazione dei diritti è, al contempo, positiva e universale. È positiva, in quanto la Dichiarazione universale dà il via a «...un processo alla fine del quale i diritti dell'uomo dovrebbero essere non più soltanto proclamati o soltanto idealmente riconosciuti ma effettivamente protetti anche contro lo stesso stato che li ha violati»². È universale perché i destinatari dei diritti sono tutti gli esseri umani e non più soltanto i cittadini di questo o quello stato.

L'età dei diritti e il costituzionalismo contemporaneo segnano un mutamento di paradigma rispetto al modo di concepire lo stato e, più in particolare, la sovranità statale. Se la sovranità è il tratto distintivo dello stato moderno, la crisi della sovranità lo è dello stato contemporaneo³. Se lo stato liberale ottocentesco – lo stato di diritto – riconosce come unici o principali limiti alla sovranità statale le “procedure” che l'autorità legittima deve rispettare per creare diritto valido, lo stato costituzionale aggiunge, ai limiti procedurali, anche limiti “sostanziali”, di “contenuto”, che impediscono che il potere costituito possa fare o decidere tutto ciò che vuole. La crisi della sovranità implica anche una

¹ Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1992. Per una analisi più approfondita, accompagnata da una adeguata bibliografia, mi permetto di rinviare a A. SCHIAVELLO, *Ripensare l'età dei diritti*, Modena, Mucchi, 2016, in particolare pp. 9-18. Mauro Barberis individua tre aspetti del nuovo costituzionalismo. Il primo – che è quello che più approfondisco in questa sede – è il ricorso sistematico ai diritti. Il secondo aspetto è la giudizializzazione (infelice traduzione dall'inglese *judicialization*) e cioè il passaggio di poteri politici da organi politici ad organi giudiziari. L'ultimo aspetto è la crisi della sovranità statale, avvenuta anch'essa attraverso la cessione di potere normativo a organizzazioni e giudici sovranazionali. Cfr. M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, Mucchi, 2012, pp. 13-24.

² N. BOBBIO, ult. cit., p. 23.

³ Cfr. L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

nuova ripartizione del potere normativo tra gli organi dello stato. Si può anche dire che l'età dei diritti segni il passaggio da una concezione del *rule of law* ad un'altra.

Con una certa approssimazione, tutte le concezioni del *rule of law* possono essere ricondotte a due modelli che declinano in modo diverso l'alternativa tra *rule of men* e *rule of law*⁴.

Il primo modello pone l'accento su alcune caratteristiche, prevalentemente formali che, ove presenti, consentono di limitare il potere arbitrario dei governanti. In questa accezione, il *rule of law* sarebbe, al tempo stesso, un modo di organizzare il potere e una garanzia per coloro che a questo potere sono soggetti. Un celebre compendio di questo modello è proposto da Friedrich von Hayek quando difende l'ideale della sovranità della legge: «*messe da parte le questioni tecniche, ciò significa che il governo in tutte le sue azioni è vincolato da norme stabilite e annunciate in anticipo: norme che rendono possibile stabilire con ragionevole certezza in che modo l'autorità userà i suoi poteri coercitivi in determinate circostanze, e che rendono possibile agli individui programmare i propri affari sulla base di tale conoscenza*»⁵.

La versione più nota di questo modello è quella elaborata da Lon Fuller⁶. Secondo questo autore, affinché il diritto possa perseguire il suo scopo deve essere composto da norme: 1) generali; 2) promulgate; 3) tendenzialmente irretroattive; 4) chiare; 5) che non si contraddicano le une con le altre; 6) che non richiedano l'impossibile; 7) che non siano soggette a cambiamenti troppo frequenti o improvvisi. Infine, è necessario che 8) vi sia congruenza tra ciò che il diritto dichiara ed il modo in cui esso viene, di fatto, amministrato. Fuller è convinto che il soddisfacimento di questi otto *desiderata* e, in particolare, l'assenza di contraddizioni e la congruenza abbiano «maggiore affinità» con ciò che è buono piuttosto che con ciò che è malvagio. Herbert Hart, al contrario, osserva che questa concezione del *rule of law* è «*purtroppo compatibile con una grande iniquità*»⁷.

Una concezione del *rule of law* simile a quella di Fuller è proposta da Joseph Raz⁸. A differenza di Fuller, egli nega la coincidenza tra diritto e *rule of law*: un ordinamento giuridico può disattendere in modo radicale le caratteristiche formali individuate da Fuller ed essere, pur sempre, un ordinamento giuridico. Inoltre, la presenza di queste caratteristiche non garantisce – come già osservato da Hart – che il diritto non violi radicalmente alcuni valori morali o che tuteli adeguatamente la dignità degli individui. La funzione primaria del diritto è quella di guidare la condotta umana. Il *rule of law* garantisce che questo compito venga svolto in modo efficiente, che venga arginato l'arbitrio del potere e che,

⁴ Riprendo queste note preliminari sulla nozione di *rule of law* da A. SCHIAVELLO, *Il rule of law secondo Ronald Dworkin. Qualche osservazione critica*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, pp. 109-133.

⁵ F. A. HAYEK, *La via della schiavitù* (1944¹), Milano, Rusconi, 2007, p. 123.

⁶ L. L. FULLER, *La moralità del diritto* (1964; 1969²), Milano, Giuffrè, 1986, cap. 2.

⁷ H. L. A. HART, *Il concetto di diritto* (1961; 1994²), Torino, Einaudi, 2002, p. 241.

⁸ J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 219-223.

come osserva Hayek, venga tutelata la libertà individuale. Così come il coltello serve a tagliare, il diritto serve a dirigere i comportamenti; un coltello affilato taglia meglio di un coltello non affilato e un diritto che rispetta l'ideale del *rule of law* guida meglio i comportamenti rispetto ad un diritto che non lo rispetti⁹. Un coltello affilato, tuttavia, può essere utilizzato per tagliare il pane o la gola di un essere umano e, allo stesso modo, un diritto che rispetti l'ideale del *rule of law* può tutelare i diritti umani e la dignità umana così come calpestarli entrambi.

Il secondo modello di *rule of law* è collegato – almeno originariamente – al *common law* e alla cultura giuridica inglese e, più in particolare, ad autori quali Edward Coke prima e, dopo, Albert Dicey. In base a questo modello, il diritto positivo non si esaurisce nel diritto prodotto dal potere sovrano ma è l'esito dell'equilibrio tra i due elementi della coppia, risalente alla tradizione medievale, *gubernaculum/jurisdictio*. Il *gubernaculum*, che è espressione del potere sovrano, trova un limite insuperabile nella prassi giuridica di riferimento, che è retta da principi i quali, a loro volta, esprimono una vera e propria “ragione giuridica” i cui sacerdoti sono in primo luogo i giudici e, in seconda battuta, i giuristi. Questo modello di *rule of law* presuppone a) l'esistenza di valori e principi espressi dalla prassi giuridica e immutabili (o, almeno, non modificabili al modo della legislazione) e b) una cooperazione tra istituzioni, in particolare tra parlamento e corti¹⁰. È questo il modello di *rule of law* incarnato dall'età dei diritti.

Il primo modello di *rule of law* (che potremmo denominare “illuminista”¹¹) tutela la libertà e l'autonomia in quanto permette agli individui di conoscere *ex ante* quali saranno le conseguenze delle loro azioni. Inoltre, un diritto con queste caratteristiche tratta coloro che sono soggetti alle regole da esseri umani adulti, nel senso che si propone di incidere sul loro comportamento in modo aperto e non surrettizio, lasciando agli individui stessi la scelta di seguire o meno le regole (conoscendo per l'appunto *ex ante* la conseguenza della loro decisione). Il *rule of law* agisce davanti agli occhi degli individui e non dietro le loro spalle (cfr. tuttavia il par. 4, *infra*) (cfr. tuttavia il par. 4, *infra*).

Il secondo modello si propone un duplice obiettivo: quello di limitare il potere normativo degli organi politici in senso stretto, trasferendolo agli organi giurisdizionali, e quello (più aleatorio e discutibile) di incorporare nel diritto alcuni valori morali fondamentali e tendenzialmente condivisi. Tutto ciò impone dei costi evidenti in relazione alla tutela dell'autonomia individuale e della certezza del diritto.

Il costituzionalismo contemporaneo esprime anche una teoria del diritto, una filosofia del diritto e una ideologia del diritto¹².

⁹ J. RAZ, ult. cit., p. 225.

¹⁰ Cfr. G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Il Mulino, Bologna, 2012.

¹¹ Cfr. B. CELANO, *Liberal Multiculturalism, Neutrality and the Rule of Law*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 11, 2011, 559-599.

¹² Cfr. A. SCHIAVELLO, *Il c.d. neocostituzionalismo e la conoscenza del diritto*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 16/1, 2016, 82-97 e la bibliografia ivi indicata. Si veda tuttavia almeno G. PINO, *Prin-*

La teoria del diritto si propone esplicitamente come alternativa rispetto alla teoria del diritto del positivismo giuridico ottocentesco. In particolare, la teoria del diritto del costituzionalismo rifiuta i dogmi dello statalismo, del legicentrismo e del formalismo interpretativo. Inoltre, tale teoria attribuisce un ruolo di primo piano ai principi e tende a distinguere questi ultimi, più o meno nettamente, dalle regole (si pensi, ad esempio, a Ronald Dworkin) e, infine, propone una concezione “sostanzialista” della validità delle norme giuridiche (si pensi, ad esempio, a Luigi Ferrajoli).

La filosofia del diritto del costituzionalismo contemporaneo aspira ad essere una alternativa al giuspositivismo e al giusnaturalismo. I punti salienti di tale concezione del diritto sarebbero *a)* la riproposizione della tesi (giusnaturalista) della connessione necessaria tra diritto e morale; *b)* l'accoglimento della tesi (giuspositivista) secondo cui il termine ‘diritto’ e l'espressione ‘diritto positivo’ sono sinonimi; *c)* l'idea che il diritto è una pratica sociale argomentativa; *d)* la critica al giuspositivismo metodologico e, in particolare, alla netta distinzione tra diritto com'è e diritto come dovrebbe essere e a quella tra descrivere e valutare-prescrivere¹³. Pur non potendo approfondire questo aspetto in questa sede, ho sostenuto altrove che l'aspirazione della filosofia del diritto del costituzionalismo contemporaneo di rappresentare un *tertium genus* rispetto alla coppia giusnaturalismo/giuspositivismo sia destinata ad essere frustrata.

L'ideologia del costituzionalismo contemporaneo coincide con un atteggiamento ideologico e assiologico di adesione morale alla forma di stato incarnata dagli stati costituzionali contemporanei e alla cultura dei diritti. Per dirla con Paolo Comanducci, «il neocostituzionalismo ideologico non si limita a descrivere gli esiti del processo di costituzionalizzazione, ma li valuta positivamente e ne propugna la difesa e l'ampliamento»¹⁴.

Questa breve analisi della teoria, della filosofia e della ideologia del costituzionalismo contemporaneo mostra come la cultura giuridica, sia passata dal modello del giurista come “custode” del diritto al modello del giurista “creatore”¹⁵. In base al primo modello, il giurista è considerato il depositario di un sistema di norme già dato. L'attività principale del giurista custode è quella interpretativa, intesa come attività meccanica che non richiede alcun (o soltanto un minimo) esercizio di discrezionalità. Evidentemente, il giurista-custode è il distillato di scelte ideologiche e politiche relative al modo di intendere il principio

cipi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici, in *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 56, 1, 2011, pp. 965-997.

¹³ Sui limiti del giuspositivismo metodologico mi permetto di rinviare a A. SCHIAVELLO, *La scienza giuridica analitica dalla nascita alla crisi*, in *Ragion Pratica*, 54, 1/2020, 143-163 e ID., *Dalla svolta linguistica alla svolta interpretativa: ermeneutica giuridica e filosofia giusanalitica a confronto*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2020, 45-66.

¹⁴ P. COMANDUCCI, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione meta-teorica*, in T. MAZZARESE (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, 71-94, la citazione è a p. 82.

¹⁵ Riprendo questa modellizzazione da N. BOBBIO *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1ª ed. 1977), Roma-Bari, Laterza 2007, 34 ss.

di legalità, il rapporto tra poteri, l'autorità dello stato e così via. In base al secondo modello, il giurista è considerato a pieno titolo un partecipante alla prassi giuridica e si dà per scontato che egli contribuisca a modificare, integrare e trasformare il sistema giuridico di riferimento. Bobbio sostiene che il giurista creatore distolga la sua attenzione dall'attività interpretativa per dedicarsi, appunto, alla creazione del diritto. Presentare l'interpretazione e la creazione come opzioni rigidamente alternative è tuttavia fuorviante; anche nel caso in cui il giurista si auto-rappresenti o venga rappresentato come creatore del diritto, la sua attività prevalente è sempre quella interpretativa. Ciò che cambia rispetto al primo modello è l'atteggiamento del giurista rispetto all'interpretazione. Il giurista custode adotta un atteggiamento di *self-restraint*, mentre il giurista creatore espande al massimo la propria discrezionalità attraverso il ricorso ai principi, alle norme programmatiche e all'interpretazione costituzionalmente orientata.

Riassumendo, l'età dei diritti è l'esito della rivoluzione copernicana compiuta dall'illuminismo, che ha messo al centro della riflessione politica l'individuo, non considerando più quest'ultimo come la parte del tutto rappresentato dalla società e dallo stato. Dell'illuminismo, l'età dei diritti incorpora anche la fiducia nella ragione ed enfatizza il ruolo di quest'ultima nella costruzione di una cosmopoli di individui che hanno diritto a pari dignità e rispetto. Come arco temporale, l'età dei diritti designa il periodo che va dalla fine della Seconda guerra mondiale ai giorni nostri. Essa intende marcare una radicale rottura rispetto ai totalitarismi e alle atrocità che hanno caratterizzato il periodo antecedente; è espressione della fiducia dell'umanità nella possibilità di un reale progresso morale universale, che presuppone la condivisione di alcuni valori, il rispetto degli individui e dei loro diritti, il rifiuto della guerra come mezzo di risoluzione delle controversie. Hannah Arendt ne *Le origini del totalitarismo*, pubblicato subito dopo la fine della seconda guerra mondiale, individua il limite dei diritti umani, sino a quel momento, nel non garantire effettivamente tutti gli esseri umani ma solo i cittadini di uno stato sovrano. Scrive Arendt: «Anche i nazisti, nella loro opera di sterminio, hanno per prima cosa privato gli ebrei di ogni status giuridico, della cittadinanza di seconda classe, e li hanno isolati dal mondo dei vivi ammassandoli nei ghetti e nei Lager; e, prima di azionare le camere a gas, li hanno offerti al mondo constatando con soddisfazione che nessuno li voleva. In altre parole, è stata creata una condizione di completa assenza di diritti prima di calpestare il diritto alla vita»¹⁶.

Il medesimo punto è sottolineato anche da Primo Levi in *Se questo è un uomo*, quando racconta del suo incontro col dottor Pannwitz, responsabile del reparto di chimica ad Auschwitz. L'aspetto dell'incontro che più colpisce Levi è che non sembra un incontro tra esseri umani ma tra «... due esseri che abitano mezzi diversi» e che si scambiano sguardi «...come attraverso la parete di vetro di un acquario»¹⁷.

¹⁶ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1951), Torino, Einaudi, 2009, 409, corsivo aggiunto.

¹⁷ P. LEVI, *Se questo è un uomo* (1958), in ID. *Se questo è un uomo/La tregua*, Einaudi, Torino, 1992, in particolare 91-97, entrambe le citazioni riportate nel testo sono a p. 95.

L'età dei diritti è la promessa che tutto questo non si verificherà mai più: i diritti umani tutelano la dignità di tutti gli esseri umani; impediscono che alcuni esseri umani possano guardarne altri come attraverso il vetro di un acquario. Il progresso morale promesso dai diritti umani consiste nel rendere le nostre comunità sempre più inclusive.

La fiducia e la scommessa in un futuro migliore sono, senza dubbio, la cifra dell'età dei diritti. Non si tratta tuttavia di una fiducia ingenua, né della fiducia inerte di chi attende la manna dal cielo. E neanche della fiducia impaziente di chi vuole tutto e subito. Sempre Bobbio ci mette in guardia dai facili ottimismo: «*la storia dei diritti dell'uomo, meglio non farsi illusioni, è quella dei tempi lunghi. Del resto, è sempre accaduto che mentre i profeti di sventure annunciano la sciagura che sta per avvenire e invitano a essere vigilanti, i profeti dei tempi felici guardano lontano*»¹⁸.

2. Alcuni problemi del costituzionalismo contemporaneo

Un tassello cruciale dell'età dei diritti è dunque la fiducia nel fatto che i diritti umani rappresentino una tappa importante del progresso morale dell'umanità¹⁹. Tale fiducia che, come si è detto, non è né ingenua né inerte, si fonda sulla convinzione che il riconoscimento dei diritti umani rappresenti uno spartiacque nella storia dell'umanità tra un "prima", caratterizzato da conflitti, atrocità e sopraffazione e un "dopo", in cui vige (deve vigere) la pace e l'armonia tra gli esseri umani.

Un presupposto della fiducia che caratterizza l'età dei diritti è l'idea che una volta che i diritti umani sono stati riconosciuti, il più fosse stato fatto. La questione più difficile da risolvere era trovare un accordo universale su quali diritti dovessero essere riconosciuti. Una volta trovato l'accordo, rimane soltanto il problema, pratico, di proteggerli.

La centralità dell'accordo universale sui diritti umani è testimoniata anche dal fatto che la letteratura filosofico-giuridica e filosofico-politica contemporanea evita consapevolmente di andare alla ricerca di una giustificazione che sia in grado di fondare il consenso universale sui diritti umani. Il timore è che la ricerca di una fondazione filosofica per i diritti umani potrebbe condurre a divisioni radicali e, dunque, potrebbe inficiare l'accordo, faticosamente raggiunto, sui diritti.

La rimozione sistematica della questione del fondamento dei diritti dell'uomo è rivendicata da più parti come la strategia da seguire.

Jacques Maritain, nell'introduzione ad un volume sui diritti umani patrocinato dall'Unesco nell'occasione della promulgazione della Dichiarazione universale e pubblicata originariamente nel 1949, nota con ottimismo come esponenti di ideologie radicalmente contrapposte siano d'accordo sui diritti umani,

¹⁸ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 269.

¹⁹ Anche in quest'occasione mi permetto di rinviare, per una analisi più approfondita, accompagnata da un adeguato apparato bibliografico, a A. SCHIAVELLO, *Ripensare l'età dei diritti*, cit., in particolare 22-32.

ma solo a condizione di non domandarsi il perché. I diritti umani sono espressione di una convergenza pratica delle più diverse ideologie e delle più svariate tradizioni spirituali. E non è possibile, e neppure opportuno, sperare in qualcosa di più di questa convergenza pratica²⁰.

Se l'osservazione di Maritain può essere considerata come una espressione di entusiasmo per la conclusione del conflitto mondiale e per l'imminente promulgazione della Dichiarazione universale, più difficile appare applicare la medesima chiave di lettura all'osservazione analoga di Bobbio – tratta da una relazione sul tema del fondamento dei diritti tenuta a un Convegno nel 1964 – che «il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quelli di giustificarli, quanto quelli di proteggerli. È un problema non filosofico ma politico»²¹.

A trent'anni di distanza dalla riflessione di Bobbio, Richard Rorty ripercorre il medesimo sentiero. Egli riprende dal filosofo argentino Eduardo Rabossi l'espressione “cultura dei diritti umani” – espressione che ricorda da vicino la bobbiana “età dei diritti” – e afferma che questa cultura è «un evento nuovo e positivo del mondo del dopo-olocausto». Nel medesimo saggio, citando Rabossi, Rorty osserva che «il mondo è cambiato, e che il fenomeno dei diritti umani rende superata e irrilevante la ricerca del loro fondamento filosofico»²².

Il desiderio di mettere tra parentesi il problema del fondamento filosofico dei diritti è comprensibile; soddisfare questo desiderio, tuttavia, è illusorio. Jeanne Hersch osserva in modo acuto che «il rispetto e la violazione delle esigenze poste dai diritti umani ha implicazioni così dirette e concrete sulla vita degli esseri umani che una digressione filosofica in proposito può risultare inutile o persino inaccettabile, quasi indecente [...]. Tuttavia la ‘digressione filosofica’ s'impone se vogliamo cercare di comprendere perché, nonostante il riconoscimento quasi universale, i diritti umani continuano ad essere violati in mille modi, sotto gli occhi di tutti, un po' ovunque nel nostro pianeta»²³. Vari argomenti possono essere addotti a sostegno di questa conclusione. Senza alcuna pretesa di esaustività, mi limito ad elencare alcuni tra gli argomenti che considero preminenti.

Innanzitutto, il linguaggio dei diritti è indeterminato; di conseguenza, l'attività interpretativa volta a individuare il significato o il contenuto dei diritti è caratterizzata da una discrezionalità molto ampia. Decidere di attribuire a una disposizione che esprime un diritto un significato piuttosto che un altro richiede che ci si impegni in un'attività di tipo argomentativo-giustificativa che difficilmente può eludere la questione filosofica del fondamento.

In secondo luogo, i diritti sono molti e, nel corso degli anni, con il proliferare delle dichiarazioni dei diritti, sono divenuti sempre di più. Ciò implica la

²⁰ Cfr. J. MARITAIN, *Introduction*, in Aa.Vv., *Human Rights. Comments and Interpretations* (1949), Westport, Greenwood Press, 1973, 9-17.

²¹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 16, corsivi dell'autore.

²² R. RORTY, *Diritti umani, razionalità e sentimento* (1993), in S. SHUTE e S. HURLEY (a cura di), *I diritti umani. Oxford Amnesty Lectures*, Milano, Garzanti, 1994, 128-151, la citazione è a p. 132.

²³ J. HERSCH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Milano, Bruno Mondadori, 2008, 59-60. Riprendo questa citazione da B. PASTORE, *La concretezza dei diritti umani*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, vol. 2, n. 1, 2014, 59-71 (la citazione è a p. 59).

possibilità di antinomie (se non in astratto, almeno in concreto) tra i diritti rivendicati da individui diversi. La molteplicità dei diritti produce dei problemi: quale diritto deve prevalere (a seguito di un bilanciamento)? Qual è il corretto contemperamento (ove possibile) dei diritti in conflitto? Anche in questo caso, il problema del fondamento è ineludibile. La proliferazione dei diritti contribuisce anche a esplicitare quella che, seguendo l'analisi recente di Gustavo Zagrebelsky, potremmo chiamare l'ambivalenza dei diritti²⁴. I diritti, mettendo al centro l'individuo e la sua superiorità assiologica rispetto al potere, sono strumenti di cambiamento della società. Il potere, al contrario, gradisce lo *status quo*. Rivendicare un diritto significa dunque proporre un cambiamento sociale (si pensi ad esempio a Rosa Parks). L'ambivalenza dei diritti dipende proprio dal tipo di cambiamento che, attraverso di essi, si vuole produrre. Se vengono branditi dagli oppressi, i diritti saranno strumenti di emancipazione e di giustizia; al contrario, se sono rivendicati dagli oppressori si risolvono in pretesti della prepotenza dei forti e contribuiranno ad acuire la disuguaglianza sociale. La connotazione emotiva favorevole correlata al linguaggio dei diritti²⁵ ci fa illudere che essi non possano che essere strumenti di emancipazione; questa è, tuttavia, solo un'illusione e questo inizio di terzo millennio non perde occasione per rammentarcelo.

In terzo luogo, un altro aspetto al quale non sempre si tributa l'attenzione che merita è che tutelare i diritti – tutti i diritti, sia quelli di libertà sia quelli sociali – costa. Per usare le parole di un fortunato libro dal significativo titolo *Il costo dei diritti*: «I diritti [...] non sono un regalo del cielo, né un frutto della natura; non si impongono da sé e non si possono garantire in modo affidabile se lo stato è senza soldi o troppo debole; non necessariamente producono egoismo e irresponsabilità; non implicano affatto che ciascuno possa tutelare la propria libertà senza la collaborazione altrui, e non danno luogo a pretese irrefutabili»²⁶. Dworkin sostiene che i diritti siano carte vincenti nelle mani dei cittadini i quali possono servirsene anche contro il benessere collettivo, lo stato ed il governo. Questo è vero solo molto parzialmente. L'esercizio di ogni diritto da parte dei cittadini presuppone che lo stato abbia previsto delle politiche di spesa che garantiscano la loro tutela.

Il fatto che i diritti costino impone di compiere delle scelte e queste ultime richiedono di essere giustificate. La giustificazione di scelte politiche inerenti alla tutela dei diritti (o, meglio, alla tutela di un diritto a discapito di un altro) è, almeno in una certa misura, interna al “linguaggio dei diritti” e, dunque, presuppone un'attività interpretativa volta alla determinazione del contenuto dei diritti, una qualche forma di bilanciamento o contemperamento e così via. Per le ragioni viste in precedenza, ciò chiama in causa la questione del fondamento.

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017, 93-97.

²⁵ F. POGGI, *Brevi osservazioni sulla retorica dei diritti*, in *Ragion pratica*, 31, 2008, 365-373.

²⁶ S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (1999), Bologna, Il Mulino, 2000, 231. Più in generale sulla questione delle garanzie dei diritti cfr. T. GRECO, *La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, vol. 2, n. 1, 2014, 135-150.

In quarto luogo, una questione collegata indirettamente al problema del fondamento filosofico dei diritti riguarda la complessa relazione tra diritti e democrazia. Innanzitutto va presa sul serio la tesi non priva di una sua plausibilità che il proliferare delle carte di diritti, il conseguente aumento del numero e dell'importanza dei diritti e il ruolo di custode di tali diritti attribuito prevalentemente alla giurisdizione, siano, in ultima analisi, anti-democratici (ovviamente intendendo 'democrazia' come 'democrazia procedurale' e non come 'democrazia dialogica o deliberativa') perché riducono, al limite anche fino a farlo scomparire, l'ambito delle materie oggetto di una scelta discrezionale da parte della maggioranza. Anna Pintore, ad esempio, critica proprio la tendenza "oggi molto diffusa" «...a fare dei diritti uno strumento insaziabile, divoratore della democrazia, dello spazio politico e, alla fin dei conti, della stessa autonomia morale da cui li facciamo scaturire»²⁷. Questo tuttavia è solo un aspetto del problema e, peraltro, non è l'aspetto più grave. Se a ciò si aggiunge che il disaccordo etico sui diritti è strutturale (così come, più in generale, il disaccordo sulla giustizia, sulla politica e sul diritto)²⁸, allora la convinzione che i diritti delimitino un ambito sottratto alla decisione si presenta come una finzione pericolosa nella misura in cui decisioni prese a maggioranza (o da una "aristocrazia" giurisdizionale) vengono "travestite" da mero riconoscimento di diritti preesistenti.

Infine, una sfida particolarmente impegnativa all'idea rassicurante che esiste un consenso universale sui diritti umani è quella che proviene dal pluralismo e dal multiculturalismo. Il pluralismo evoca l'idea di incommensurabilità. Il fatto che vi siano opinioni divergenti sul bene, di per sé, non produce incomunicabilità né, *a fortiori*, una incomunicabilità assoluta. In molti casi, le diverse posizioni sono tra loro comparabili – ad esempio, sulla base di un linguaggio comune, come potrebbe essere il linguaggio dei diritti – e, talvolta, l'esito di questa comparazione consente di stabilire che una tra le due posizioni è corretta, mentre l'altra è scorretta perché, ad esempio, si tratta di una posizione incoerente o fondata su presupposti di fatto falsi. Tuttavia, a me sembra che una società genuinamente pluralista è, direi concettualmente, una società in cui si danno istanze di divergenze genuine, divergenze cioè non componibili razionalmente. Per dirla con Amy Gutmann, il pluralismo implica che «...su molte [...] questioni di giustizia sociale, la nostra migliore buona volontà nel riflettere sulle conside-

²⁷ Cfr. A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Roma-Bari, Laterza, 2001, 179-200, la citazione è a p. 179, corsivo dell'autrice. L'espressione 'diritti insaziabili' è ripresa da A. J. SEBOK, *The Insatiable Constitution*, in *Southern California Law Review*, 70, 1996-1997, 417-471. Cfr. anche L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, Einaudi, 2014, 19-26. Sui complessi rapporti tra diritti fondamentali e democrazia – in una prospettiva parzialmente diversa da quella presentata qui – si veda anche M. BOVERO, *Diritti deboli, democrazie fragili. Sullo spirito del nostro tempo*, in *Diritto & questioni pubbliche*, XVI-2016, 11-21.

²⁸ Questa tesi è argomentata in modo convincente da Jeremy Waldron. Cfr. J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* (1999), trad. it. a cura di A. PINTORE, Milano, Giuffrè, 2001; ID., *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999; ID., *The Irrelevance of Moral Objectivity*, in R. P. GEORGE (edited by), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992, 158-187.

razioni più rilevanti non ci porta che a riconoscere l'esistenza di dissensi morali non conciliabili. Un dissenso morale fondamentale è un conflitto fra due posizioni morali ponderate che al momento non è componibile ragionando sulle considerazioni rilevanti²⁹. Questa conclusione vale, a maggior ragione, in relazione alle società multiculturali, che sono caratterizzate dalla presenza di più entità culturali (vale a dire di più universi simbolici che conferiscono significato ai piani di vita di ciascuno di noi) che aspirano a conservare la loro identità di origine e a partecipare alla vita politica comune. È proprio la natura originaria delle culture a rendere il problema dell'incommensurabilità ancora più centrale di quanto esso non sia in relazione al pluralismo.

Prendere il pluralismo sul serio richiede la disponibilità ad affrontare i conflitti in un certo modo. In breve, è possibile distinguere due diversi modi di gestire il conflitto: l'argomentazione e la negoziazione. Argomentare significa impegnarsi in una discussione in cui l'unica cosa che conta è la forza degli argomenti. In un contesto argomentativo, la soluzione che prevale è quella sostenuta dall'argomento migliore, dalla ragione più forte.

In un contesto negoziale si rinuncia (per ragioni diverse) a ricercare la soluzione giusta e si procede per concessioni reciproche sino a pervenire ad un accomodamento che soddisfi, sia pure non completamente, tutte le parti in causa. La negoziazione non è una strada facile, né è possibile stabilire confini certi e *a priori* tra ciò che si può negoziare e ciò che non è negoziabile. Per alcuni, un determinato compromesso rappresenterà una intollerabile violazione di qualche diritto fondamentale e/o di qualche principio inderogabile di uno stato democratico. Per altri sarà invece ammissibile e opportuno. Se è certamente vero che non è affatto facile stabilire cosa si possa negoziare e sino a che punto sia lecito derogare dalle proprie convinzioni personali per andare incontro a quelle altrui (anche a quelle di chi è intollerante), tuttavia, prendere sul serio pluralismo e multiculturalismo impone di non rifiutare *a priori* il modello della negoziazione. Il pluralismo impone talvolta di accontentarsi di un accomodamento tollerabile, di un mero *modus vivendi*, che è qualcosa di molto diverso dalla concordanza universale su alcuni valori fondamentali promessa dalla cultura dei diritti. A conclusioni simili perviene Massimo Luciani quando scrive che: «occorre rifuggire [...] i rischi di un costituzionalismo irenico che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare ad un costituzionalismo polemico che si misuri con il potere»³⁰. Anche in questo caso tuttavia si mette di fatto in questione la cultura dei diritti che ambisce ad addomesticare e a limitare il potere piuttosto che ad attribuire a quest'ultimo il compito di ponderare e bilanciare e, in definitiva, di accomodare le cose, come sempre, a proprio piacimento.

Le questioni e i problemi ai quali si è accennato in questo paragrafo minano la fiducia che caratterizza l'età dei diritti. Si deve ricordare, tuttavia, ri-

²⁹ A. GUTMANN, *La sfida del multiculturalismo all'etica politica*, in *Teoria politica*, 3, 1993, 3-40, la citazione è alle pp. 25-26.

³⁰ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1643-1668, la citazione è a p. 1668, corsivi dell'autore.

prendendo le parole di Bobbio, che «*la storia dei diritti umani è quella dei tempi lunghi*». Il monito di Bobbio ci aiuta a non cedere alla tentazione di decretare con troppa fretta e superficialità la fine dell'età dei diritti. Piuttosto, è il caso di domandarsi se il discorso dei diritti possenga o meno le risorse per superare gli ostacoli che incontra sul suo cammino recuperando così il proprio ruolo di *signum prognosticum* del progresso morale dell'umanità.

Pur non ambendo ad essere annoverato tra i “profeti di sventura”, temo che la forza propulsiva della cultura dei diritti sia agli sgoccioli; ormai, infatti, il linguaggio dei diritti è l'idioletto attraverso il quale avanzare pretese e rivendicazioni nell'arena pubblica se si desidera che le une e le altre abbiano delle *chance* di essere accolte. Non è forse troppo azzardato sostenere che l'uso retorico e spregiudicato del linguaggio dei diritti al fine di incrementare la forza delle proprie rivendicazioni politiche sia uno degli esiti pressoché inevitabili della costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici. È indicativo al riguardo che John Rawls, autore la cui influenza sul dibattito filosofico-politico contemporaneo difficilmente può essere sovrastimata, consideri la ragione pubblica – che non è altro che il “distillato” della cultura dei diritti – non come uno “sbarramento” ma, piuttosto, come un “linguaggio comune” o come un “traduttore” degli argomenti e delle ragioni che vengono presentati nel dibattito pubblico. La ragione pubblica richiede cioè che la discussione pubblica sugli elementi costituzionali essenziali e sulle questioni di giustizia fondamentale venga condotta entro i limiti della concezione politica della giustizia, ma non presuppone che vi sia un'unica concezione politica della giustizia condivisa da tutti.

La costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici contemporanei nonché la cultura giuridica e l'ideologia che caratterizzano il costituzionalismo contemporaneo sono un presupposto che non può essere rimosso da una riflessione sugli strumenti giuridici che vengono adottati per fare fronte all'emergenza prodotta dalla pandemia da Covid-19. Nei paragrafi che seguono presento qualche argomento a sostegno di questa affermazione.

3. L'insostenibile leggerezza dell'incertezza del diritto³¹

A costo di apparire cinici, si deve ammettere che la pandemia in corso ha assicurato anche ai giuristi il loro quarto d'ora di celebrità. Dopo rappresentanti delle istituzioni, virologi e epidemiologi, i giuristi sono i più rappresentati sui giornali e nei *talk show* televisivi. Legittimità o meno delle limitazioni delle libertà costituzionali, idoneità degli strumenti normativi adottati, conflitti di competenza tra stato, regioni e enti locali, distinzione tra stato di emergenza e stato di eccezione, per citare solo le principali questioni su cui gli esperti di diritto hanno incrociato le lame.

³¹ Riprendo le osservazioni contenute in questo paragrafo da A. SCHIAVELLO, “*La grida canta chiaro*”...o forse no. *Qualche osservazione a partire da un esercizio di interpretazione giuridica*, in *Lo Stato*, VIII, 14, 2020, 367-384.

Non dovrebbe stupire che rispetto a ognuna di queste questioni le opinioni siano divergenti e, talvolta, radicalmente contrastanti. Se anche virologi ed epidemiologi si dividono pressoché su tutto, non si vede perché i giuristi dovrebbero fare eccezione. Eppure, non v'è dubbio che l'incertezza della scienza giuridica destabilizzi l'opinione pubblica quanto, e forse più, delle divisioni interne alla scienza medica. I non addetti ai lavori si aspettano che il diritto sia certo e non tollerano che i suoi sacerdoti si accapiglino intorno a esso. Rispetto al turbamento causato dalla babele delle opinioni giuridiche, l'atteggiamento più frequente è quello di tentare di riacquistare un certo grado di serenità attraverso l'elezione di un autorevole giurista a propria ed esclusiva *bouche de la loi*. È una tecnica che funziona abbastanza bene: ciascuno troverà facilmente un qualificato sostegno alle proprie personali convinzioni e preferenze.

In linea con questo anelito alla certezza del diritto è anche l'insofferenza verso prescrizioni normative ritenute poco chiare e indeterminate. Tra queste, l'art. 1, co. 1, l. f del DPCM del 10 aprile 2020, da tempo non più in vigore, recita: «[...] è consentito svolgere individualmente attività motoria in prossimità della propria abitazione, purché comunque nel rispetto della distanza di almeno un metro da ogni altra persona» (enfasi aggiunta). Evidentemente, ciò che in questa disposizione ha destabilizzato corridori, camminatori, ciclisti, associazioni sportive, cacciatori di untori e così via è l'uso dell'espressione 'in prossimità'.

Eppure, il fatto che le disposizioni giuridiche ammettano sovente più di una interpretazione non è certo una novità. Il linguaggio giuridico, come tutti i linguaggi naturali, contiene termini e sintagmi generali e questi ultimi producono dubbi interpretativi di varia natura. Come osserva Hart³², non soltanto il linguaggio giuridico presenta una "struttura aperta" – non è sempre univoco e certo – ma è anche opportuno che sia così per due ragioni. La prima ragione è collegata alla nostra relativa non conoscenza dei fatti: il legislatore non è in grado di prevedere con precisione quello che avverrà in futuro. La seconda ragione dipende dalla relativa indeterminatezza dei nostri scopi: la *ratio legis* è spesso di difficile individuazione, vaga e composita e il compito di precisarla ed esplicitarla non può che essere affidato all'interprete. Solo attraverso la parziale apertura e indeterminatezza del linguaggio giuridico è possibile contemperare l'esigenza di certezza del diritto da un lato e quella della flessibilità dall'altro.

È opportuno a questo punto almeno accennare a una questione che complica il quadro sin qui prospettato. È senz'altro vero che il diritto, per incidere sui comportamenti umani in un modo che sia, al tempo stesso, efficiente e accettabile, debba coniugare certezza e flessibilità. Peraltro, un certo grado di incertezza è connaturato al diritto in quanto pratica interpretativa conflittuale – i diversi attori nell'agone interpretativo in ambito giuridico sono spesso portatori di interessi conflittuali e confliggenti – e non cooperativa: l'obiettivo non è tanto arrivare alla verità quanto difendere la propria posizione. Tuttavia, in una certa misura, questa caratteristica del diritto, vale a dire la sua incertezza, è al-

³² H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 124-154.

meno in parte indipendente dal linguaggio giuridico. Un esempio di Fuller è al riguardo emblematico. Se una norma vieta di dormire alla stazione, è probabile che venga multato il vagabondo che sta sdraiato con un cuscino sotto la testa su una panchina della stazione pur essendo sveglio piuttosto che il distinto signore con bombetta che dorme da seduto in attesa dell'arrivo del treno. E questo esito prescinde, evidentemente, dal significato del verbo 'dormire'. Anche se questo è vero, non si può negare che la parziale apertura del linguaggio giuridico è almeno uno dei modi in cui il diritto contempera le esigenze legate alla certezza e quelle legate alla flessibilità, il caso di cui mi occupo in questo paragrafo è al riguardo emblematico.

Nel nostro caso, dunque, l'indeterminatezza è prodotta dalla vaghezza dell'espressione 'in prossimità'³³. Si ha vaghezza di grado o vaghezza *tout court* quando è complicato stabilire se un significato di un termine si riferisca o meno ad alcuni casi. In altre parole, tale vaghezza consiste nell'impossibilità di delimitare in modo netto il riferimento di un termine o di un sintagma. Quando una persona può definirsi alta? Una persona che raggiunga i due metri e senz'altro alta, così come una persona che arrivi a stento a un metro e sessanta non lo è. Che dire di una persona di un metro e settantacinque? È alta o no? Questi sono i dilemmi prodotti dalla presenza di termini o sintagmi vaghi in questa accezione. Per dirla con Neil MacCormick: «c'è uno spettro che va dal manifestamente semplice all'estremamente complicato, e, scorrendo tale spettro, non è possibile stabilire, se non vagamente, qual è il punto a partire dal quale è ammissibile sollevare dubbi di "rilevanza", di "interpretazione" e di "classificazione" in modo da aprire la strada alla possibilità di utilizzare argomenti consequenzialisti e argomenti di principio o analogici»³⁴.

Se qualcuno corre costeggiando i muri della propria abitazione, rispetta senz'altro i parametri della disposizione contenuta nel DPCM. Tuttavia: di quanto ci si può allontanare dalla propria abitazione senza violare la disposizione in questione? Rispondere a queste domande impone di cimentarsi in una attività interpretativa. Con una certa dose di approssimazione si può affermare che gli argomenti che i giuristi avanzano a sostegno delle loro proposte interpretative sono riconducibili a tre gruppi: 1) l'argomento letterale e quello *a contrario*; 2) gli argomenti sistematici; 3) gli argomenti teleologici. Due considerazioni contribuiscono a spiegare perché le questioni di interpretazione del diritto presentino dei tratti affatto peculiari. La prima è che ciascuno dei tre gruppi di argomenti interpretativi è molto popolato. Nel caso del significato letterale ciò dipende essenzialmente dal fatto che il significato di 'significato letterale' è a sua volta controverso. Il proliferare di argomenti sistematici dipende invece principalmente dalla molteplicità dei potenziali sistemi di riferimento. Infine, l'interpretazione teleologica può essere intesa in senso soggettivo o in senso oggettivo, vale a dire tenendo conto dell'intenzione del legislatore ovvero «...guardando al testo di legge come provvisto di proprie finalità sganciate dal soggetto che ha

³³ T. A. O. ENDICOTT, *Vagueness and Legal Theory*, in *Legal Theory*, 3, 1997, 37-63.

³⁴ N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978; 1994²), Torino, Giappichelli, 2001, 230.

*prodotto il testo stesso*³⁵. La seconda considerazione è che i giuristi non esplicitano quali argomenti interpretativi seguono, né la gerarchia in cui, a loro parere, questi dovrebbero essere disposti³⁶. Le argomentazioni dei giuristi si presentano più o meno così:

Argomentazione A

Secondo le dichiarazioni contenute nei lavori preparatori, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S¹.

ii) Dunque, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S¹.

Argomentazione B

Secondo le regole della lingua italiana, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S².

ii) Dunque, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S².

Queste argomentazioni si presentano come non logicamente cogenti – sono dunque degli entimemi – perché privi di una premessa. Per essere logicamente cogenti, dovrebbe aggiungersi una premessa:

Argomentazione A

Le parole contenute nei testi di legge sono da intendere conformemente al contenuto dei lavori preparatori.

ii) Secondo le dichiarazioni contenute nei lavori preparatori, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S¹.

iii) Dunque, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S¹.

Argomentazione B

Le parole contenute nei testi di legge sono da intendere conformemente alle regole della lingua italiana.

ii) Secondo le regole della lingua italiana, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S².

iii) Dunque, la parola P, contenuta nell'enunciato legislativo F, è da intendere nel significato S².

È opportuno precisare che nelle argomentazioni interpretative effettivamente avanzate da giuristi e giudici, la mancanza di una premessa, pur necessaria da un punto di vista logico, non è un accidente ma una necessità, data la

³⁵ V. VELLUZZI, *Argomenti interpretativi*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, 352-373, la citazione è a p. 362.

³⁶ Seguo qui E. DICCIOTTI, *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*, in *Diritto & questioni pubbliche*, n. 7, 2007, 9-42.

funzione di queste argomentazioni, che è quella – retorica, appunto – di far accettare una tesi, o almeno di mostrarne l'accettabilità. Per dirla ancora una volta con MacCormick: «(...) nei contesti pratici gli argomenti vengono usati per persuadere; essi sono rivolti ad un uditorio determinato con l'intento di convincere quell'uditorio a fare qualche cosa. Gli argomenti quindi sono in una certa misura relativi sia all'uditorio sia alla materia trattata ...»³⁷. Stando così le cose, l'interpretazione in ambito giuridico si presenta come una prassi essenzialmente retorica e persuasiva.

Applicando queste considerazioni alla nostra disposizione, le interpretazioni possibili coprono l'ampio spettro che va da quella più restrittiva che può ricavarsi dall'applicazione (di una tra le possibili accezioni) dell'argomento letterale a quella più estensiva che può essere giustificata attraverso l'uso dell'argomento teleologico.

'In prossimità' esprime un significato chiaro che coincide con il perimetro esterno dell'edificio in cui si abita. I giuristi che hanno sposato questa interpretazione hanno proceduto, il più delle volte, traducendo l'espressione vaga 'in prossimità' con una espressione certa in termini di distanza dalla propria abitazione. Quindi, 'in prossimità' coinciderebbe, di volta in volta, con 'non oltre 150 m', 'non oltre 400 m' o 'non oltre 1 km' e così via. Chi predilige questa interpretazione di solito ritiene anche che sarebbe stato opportuno – in ossequio al valore della certezza del diritto – che il legislatore avesse emanato una direttiva chiara piuttosto che trincerarsi dietro una formula vaga. Anche in questo caso, tuttavia, come i filosofi del linguaggio sanno bene, il paradosso del sorite può trasformarsi un'arma potente nelle mani degli avvocati dei corridori disattenti.

Attraverso una interpretazione teleologica si potrebbe agevolmente individuare la *ratio* della disposizione nella tutela della salute pubblica e, dunque, sostenere che il suo obiettivo sia di evitare che l'attività motoria comprometta il distanziamento sociale. Su queste basi si può argomentare a sostegno di una interpretazione lasca dell'espressione 'in prossimità' che includa qualsiasi distanza che possa essere raggiunta a piedi dagli individui. Questa interpretazione è ad esempio accolta dall'«Ordinanza presidenziale contingibile ed urgente» della Provincia autonoma di Bolzano n. 20/2020 del 13-04-2020, che all'art. 8 recita: «[...] Il requisito della prossimità alla propria abitazione è comunque assolto quando le persone si muovono a piedi».

L'interpretazione restrittiva tutela gli individui dal rischio di incorrere in una sanzione. Di contro, essa potrebbe confliggere con l'obiettivo di garantire il distanziamento sociale. Si immagini, ad esempio, che un edificio sia abitato da una quantità ingente di sportivi; se tutti corressero intorno al palazzo, sarebbe difficile mantenere le distanze e ciò potrebbe favorire il contagio.

L'interpretazione estensiva si affida al senso di responsabilità delle persone e, così facendo, favorisce la presa di coscienza, da parte di tutti, che l'obiettivo che si intende ottenere è quello di garantire il distanziamento sociale. Il perseguimento di tale obiettivo è affidato, in parte, alle autonome valutazioni

³⁷ N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit., 30.

di ciascuno. Propendere per una interpretazione estensiva, tuttavia, espone al rischio di essere sanzionati.

Che fare, dunque? Non c'è un'unica risposta giusta a questa domanda. La preferenza per l'una o l'altra opzione non ci dice soltanto qualcosa sulla nostra propensione al rischio di incorrere in una sanzione ma ci consente di riflettere su modelli di diritto e ideologie giuridiche alternativi.

Prima di tentare di trarre qualche conclusione, è opportuno evitare di fare di tutta l'erba un fascio e riconoscere che vi sono casi di indeterminatezza senz'altro "molesta" e patologica. Ad esempio nella ordinanza del Presidente della Regione siciliana del 27 settembre 2020 si legge che «*nei luoghi aperti al pubblico la mascherina deve essere indossata se si è nel contesto di presenze di più soggetti*». Cosa significa? Perché non scrivere, più semplicemente, che la mascherina va indossata quando non si può mantenere il distanziamento interpersonale (come peraltro è scritto qualche comma più avanti con riguardo all'attività sportiva)? Ancora più esoterica è l'ordinanza del 23 settembre 2020 del Presidente della Liguria; qui si prescrive l'uso della mascherina (*rectius* di "protezioni delle vie respiratorie") nei luoghi pubblici «*ove per le caratteristiche fisiche sia più agevole il formarsi di assembramenti anche di natura spontanea e/o occasionali*». Si badi, non si chiede agli individui di usare le mascherine in caso di assembramento – prescrizione ragionevole e condivisibile – ma di usarle ogniqualvolta ci si trovi in luoghi in cui è possibile ipotizzare che sia *più agevole* che si formino assembramenti.

Perché complicare quello che potrebbe essere semplice? Una prima risposta impone di generalizzare e rilevare che da molti decenni si assiste a uno scadimento del *drafting* normativo a tutti i livelli. È sufficiente leggere una legge promulgata dal parlamento nel secolo scorso (fino agli anni '90, diciamo) e paragonarla a una attuale: anche un occhio non esperto noterà facilmente le differenze. Le ordinanze citate non sarebbero altro che fulgidi esempi di questo decadimento.

Una risposta ulteriore è che l'emergenza, per definizione, impone tempi stretti e la fretta, si sa, è una cattiva consigliera. Parafrasando la massima, cara ai giuristi americani, secondo cui "*hard cases make bad law*", si potrebbe dire che l'emergenza produce diritto scadente. In questo modo sarebbero giustificabili anche gli errori, elementari e fastidiosi, come quello contenuto nella citata ordinanza del Presidente della regione siciliana, dove si legge di "erogazione delle sanzioni" anziché di "irrogazione delle sanzioni". Forse la sostanza non cambia ma, come si insegna sin dal primo anno agli studenti di giurisprudenza, nel caso del diritto la forma è sostanza. Leonardo Sciascia direbbe che "l'italiano non è l'italiano: è il ragionare".

Se l'obiettivo è quello di fronteggiare l'emergenza sarebbe forse meglio prendersi qualche ora per rileggere un testo normativo piuttosto che confondere le persone più del necessario. E sarebbe forse utile anche chiedersi se quel determinato intervento normativo sia effettivamente necessario. Molte ordinanze contengono misure ridondanti rispetto a norme già esistenti e, a dispetto

della massima *repetita iuvant*, la ridondanza in ambito giuridico è un difetto che apre le maglie a dispute interpretative del tutto evitabili.

Ma l'obiettivo è effettivamente quello di fronteggiare l'emergenza? Il sospetto è che l'obiettivo reale sia quello, duplice, di rinvigorire e puntellare l'autorità – il potere carismatico, direbbe Weber – in questo caso del presidente della regione e, al contempo e come corollario, diffondere una sensazione di efficienza e prontezza nell'affrontare e risolvere i problemi. Se questo è vero, l'oscurità e le contorsioni linguistiche che caratterizzano queste ordinanze (ma anche molti DPCM) non sono solo difetti di poco conto ma addirittura favoriscono il raggiungimento degli obiettivi indicati. Le discussioni che si sviluppano intorno ad ogni DPCM e a ogni ordinanza dei presidenti di regione contribuiscono ad accrescere l'importanza di tali atti normativi ed è proprio questo, in ipotesi, il risultato voluto (anche se, certo, perseguito inconsapevolmente). Nel racconto *La questione delle leggi* Kafka immagina un popolo governato da un gruppo di nobili attraverso leggi note soltanto al ristretto manipolo dei nobili che detengono il potere. Ad un certo punto, nel racconto si adombra la possibilità che le leggi non siano soltanto sconosciute al popolo ma addirittura che esse non esistano o, se esistono, coincidono con le decisioni arbitrarie della nobiltà: «*legge è ciò che fa la nobiltà*». Questa constatazione non mina il potere dei nobili ma lo rafforza: «*se l'unica legge visibile e indubitabile che ci è imposta è la nobiltà...noi dovremmo forse privarci di quest'unica legge?*». La questione della indeterminazione molesta o patologica, di cui ho appena fornito qualche esempio, in sedicesimi, la questione delle leggi narrata da Kafka.

4. Osservazioni conclusive

Come fronteggiare un diritto indeterminato? Questa è la domanda rimasta in sospeso. Due sono le possibilità: affrontare questa caratteristica del diritto contemporaneo con lo sguardo rivolto al passato e utilizzando gli strumenti del passato ovvero rassegnarsi al cambiamento, accogliendo la proposta di Dworkin di considerare il diritto una pratica sociale in cui ciascuno è chiamato a contribuire a una impresa interpretativa finalizzata a ridurre la distanza tra diritto reale e diritto ideale.

Il modello illuminista di *rule of law* – che elegge la certezza del diritto a valore preminente – per un verso tratta gli individui da adulti perché non agisce dietro le loro spalle e attribuisce a ciascuno la libertà di decidere se seguire o meno il diritto conoscendo in anticipo le conseguenze delle proprie azioni. Per altro verso, tuttavia, esso rischia di indurre un atteggiamento legalistico, acquiescente e accomodante nei confronti del diritto; tale atteggiamento, erodendo l'autonomia individuale, potrebbe in taluni casi produrre una regressione all'età infantile. Se il diritto è considerato una autorità pratica, allora bisogna fare ciò che esso ci chiede di fare solo per il fatto che ce lo chieda. Indicativa, al riguardo, è la teoria secondo la quale l'obbligo politico sarebbe un obbligo che si fonda su una valutazione comprensiva della giustizia di un ordinamento giuri-

dico. Qualora questa valutazione abbia esito positivo, ciascuno è tenuto a sospendere il giudizio morale sulle singole norme e a obbedire a esse sempre e comunque.

Questo atteggiamento evoca alcune osservazioni di Jerome Frank sul diritto. Nel 1930 Jerome Frank, uno tra i più illustri giuristi statunitensi dell'epoca, pubblica il suo libro più importante, *Law and the Modern Mind*³⁸. Nel primo capitolo, dall'emblematico titolo *The Basic Myth*, egli offre una spiegazione del mito della certezza del diritto in chiave psicoanalitica (i riferimenti a Jean Piaget sono espliciti). Dopo la primissima infanzia, l'illusione di avere un pieno controllo del mondo esterno viene meno. È a questo punto che il bambino considera i propri genitori, e il padre in particolare, come una sorta di scudo in grado di fraporsi fra sé e il caos del mondo esterno. L'onnipotenza che nella prima infanzia il bambino attribuiva a sé stesso adesso è proiettata sui genitori i quali la esercitano in sua vece. Le regole di comportamento stabilite dal padre sono considerate infallibili dal bambino e degne di essere seguite alla lettera. Come ben sanno tutti coloro che sono genitori, anche questa fase ha un termine. I genitori vengono deposti dal loro piedistallo, ma il bambino, poi ragazzo e infine uomo maturo, tranne in rari casi, piuttosto che rinunciare alla rasserenante sensazione di onnipotenza, va alla perenne ricerca di sostituti del padre. Il modo in cui il bambino si relaziona con il padre costituisce il paradigma, il prototipo, dei rapporti successivi. Così il diritto (insieme ad altri fenomeni sociali come la religione) diviene un succedaneo parziale del "padre-giudice infallibile". Evidentemente, per assolvere a questo difficile compito, il diritto deve essere ammantato della stessa perfezione di cui veniva ammantato il padre biologico. Questa, secondo Frank, la spiegazione del mito originario della certezza del diritto.

Noi ci affideremmo al diritto perché questo modo di comportarci ci rassicura e ci mette al riparo dal caos del mondo esterno. Raggiungere l'età adulta significa però decidere con la propria testa e confrontarsi senza paura con la nostra radicale e irriducibile contingenza.

Il diritto contemporaneo e l'ideologia giuridica oggi prevalente sfidano apertamente il mito originario della certezza del diritto. La costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici accresce la flessibilità del diritto a detrimento della certezza e impone a tutti – legislatori, giudici e individui soggetti al diritto – di assumersi le proprie responsabilità e i rischi che ne conseguono.

Pretendere che il diritto ci indichi al millimetro di quanto possiamo allontanarci dalla nostra abitazione non significa soltanto prescindere dalle caratteristiche del diritto contemporaneo ma, a voler dar retta a Frank, è anche indizio di una potenziale regressione all'età infantile.

³⁸ J. FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930), Garden City, New York, Anchor Books Doubleday & C., Inc., 1963.

GIUSEPPE TROPEA

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza, economia e scienze umane dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria
giuseppe.tropea@unirc.it

EMERGENZA, PANDEMIA, SOVRANITÀ POPOLARE E DIRITTI DELLA PERSONA. QUALCHE DUBBIO SULLA LETTURA BIOPOLITICA

EMERGENCY, PANDEMIC, POPULAR SOVEREIGNTY AND RIGHT OF THE PERSON. SOME DOUBTS ON THE BIOPOLITICAL READING

SINTESI

Nel saggio si prendono in esame alcune criticità derivanti dall'uso della c.d. biopolitica da parte del giurista, con particolare riguardo all'analisi dell'impatto del Covid 19 sugli ordinamenti giuridici. In particolare la biopolitica, nella misura in cui implica una radicale incompatibilità con le ricostruzioni giuridiche del potere, impone un ripensamento completo anche delle più o meno recenti critiche della sovranità, e una lettura diffidente della stessa nozione di sussidiarietà c.d. orizzontale. Con riguardo a quest'ultimo aspetto si richiamano i casi del contact tracing digitale e dei c.d. assistenti civici. Questo non significa che non sia possibile tentare una rilettura biopolitica delle tendenze del diritto pubblico degli ultimi decenni, a patto però di cogliere fino in fondo le sfide metodologiche lanciate al giurista da quella linea filosofica, generalmente trascurata dagli studiosi italiani del diritto pubblico.

ABSTRACT

The essay examines some critical issues arising from the use of the so-called biopolitics by the jurist, with particular regard to the analysis of the impact of Covid 19 on legal systems. In particular, the biopolitics, since it implies a radical incompatibility with the juridical reconstruction of power, requires a complete rethinking even of the more or less recent criticisms of sovereignty, and a more inquiring reading of the notion of subsidiarity, the so-called horizontal reading. With regard to the latter aspect, it is important to recall the cases of digital contact tracing and the so-called civic assistants. This does not mean that it is not possible to do a biopolitical reinterpretation of the tendencies of public law of recent decades. On the contrary, it is possible to do that if we understand the methodological challenges highlighted by the jurist in relation to the philosophical line, generally neglected by the Italian scholars of public law.

PAROLE CHIAVE: Biopolitica – sovranità – emergenza – sicurezza – salute – contact tracing digitale – assistenti civici.

KEYWORDS: Biopolitics – sovereignty – emergency – safety – health – digital contact tracing – civic assistants

INDICE: 1. Premessa. – 2. Il portato aporetico della biopolitica. – 3. Crisi della coppia concettuale autorità/libertà. – 4. Covid 19 e piattaforme digitali. – 5. Covid 19 e assistenti civici. – 6. Conclusioni: per una rivalutazione del giurista delle sfide della biopolitica

1. Premessa

Nel position paper che ha dato avvio a questa riflessione¹ si indicano in modo limpido i fuochi del dibattito in tema di sovranità popolare e diritti della persona nell'emergenza pandemica.

Il percorso è lineare, coerente, in un certo senso classico.

Si afferma sostanzialmente che lo Stato moderno è costruito sulla pretesa di disporre del monopolio della capacità giuridica di diritto pubblico e che a tale assetto l'Occidente ha risposto dapprima con la teoria dello Stato di diritto, poi attraverso l'affermazione dei processi democratici e delle tecniche di protezione dei diritti fondamentali.

Nello stesso tempo si osserva che tale strumentario viene strutturalmente messo a repentaglio nei momenti di emergenza, che comprime quotidianamente i diritti fondamentali intorno al lasco limite della necessità. In particolare, la discrezionalità continua ad apparire una realtà giuridica troppo spesso indefinita, tanto che non si è ancora riusciti a superare l'idea di una discrezionalità come mero esercizio di autorità non regolato dal diritto, e quindi *violenza*².

La prospettiva, in linea con la altrettanto classica lettura benvenutiana, viene trovata nella solida idea di rileggere la sovranità (art. 1 Cost.) come funzione popolare esercitata non solo attraverso la rappresentanza, ma radicata prima di tutto nel riconoscimento dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost.), massimizzando il godimento di questi ultimi e le tutela che ne conseguono.

Interessante qui notare come nella call, fra l'altro, si osservi – sempre a titolo di premessa metodologica – «l'impatto dell'emergenza sull'intera vita personale e collettiva, realizzandosi così la ricostruzione biopolitica del potere pubblico».

Vorrei svolgere il mio intervento sul crinale di questi ultimi due aspetti, cercando di segnalare la non scontata compatibilità fra queste prospettive. In particolare, vorrei mettere in luce come l'approccio biopolitico finisca al contrario per confutare le premesse sopra date, o comunque imponga di spostare l'attenzione su altri altrettanto delicati aspetti.

Si tratta semplicemente di un monito metodologico, che forse potrà ingenerare qualche riflessione e indurre a qualche cautela ricostruttiva in coloro

¹ *Forme della sovranità della persona. Emergenze e poteri*, in P.A., *Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, 5 ss.

² L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in P.A., *Persona e amministrazione*, n. 1/2017. *Amplius*, con ampi svolgimenti e aggiornamenti all'emergenza pandemica, ID., *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, Soveria Mannelli, 2020, spec. 92 ss., ove però una più precisa consapevolezza della netta distinzione tra dispositivi giuridici e dispositivi biopolitici.

che cercheranno, sviluppando le intriganti questioni poste dalla call-for papers, di fondare una teoria giuridica sul discorso biopolitico.

2. Il portato aporetico della biopolitica

La prospettiva indicata nella call è ben consapevole della profonda crisi della riflessione liberale, che non ha mai messo in dubbio il principio che il diritto debba essere la forma stessa del potere e che il potere debba esercitarsi nella forma del diritto. Il punto di sorpasso di tale analisi, fatto proprio dalla ricostruzione della call-for-papers, è rappresentato dall'idea che il potere reale sfugga alle regole del diritto, e che lo stesso sistema del diritto non sia che un modo di esercitare la violenza.

Tuttavia questa critica del diritto viene svolta ancora sul postulato che il potere debba svolgersi secondo un diritto fondamentale, dunque secondo una concezione ancora tutto sommato *giuridica* del potere.

La ricostruzione biopolitica classica mette in crisi tale premesse. La sovranità intesa come *limitazione*, come *prelievo*, non è considerata la forma principale del potere, ma solo uno degli elementi fra altri che hanno funzione di incitazione, di rafforzamento, di controllo, di sorveglianza, di maggiorazione e di organizzazione delle forze che sottomette: un potere, insomma, destinato a produrre delle forze, a farle crescere e ad ordinarle piuttosto che a bloccarle, a piegarle o a distruggerle³. In questo senso la vecchia potenza della morte in cui si simbolizzava il potere sovrano viene ricoperta dall'amministrazione dei corpi e dalla gestione calcolatrice della vita: una biopolitica della *popolazione*, appunto, che soprattutto grazie all'imposizione in età classica di discipline quali la salute pubblica, dopo le grandi epidemie del XIV e XVII secolo e i rischi biologici corsi, si è imposta, mettendo al centro del sistema reticolare di potere la *norma* al posto della *legge*⁴.

Questo aspetto costituisce la cifra dei famosi corsi al Collège de France di Foucault che vanno dal 1970 al 1984, che presentano uno scarto importante rispetto alla precedente fase volta all'analisi delle mere forme di disciplinamento. Per restare al tema dell'epidemia, vi è una netta differenza fra il trattamento della lebbra nel Medioevo, caratterizzato dal meccanismo escludente della sovranità, quello della peste nel XVI e XVII secolo, fondato su un tipico sistema disciplinare, e infine quello del vaiolo, che opera invece su meccanismi di sicurezza completamente diversi, portando a un superamento del problema classi-

³ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, Milano, 2011, 120. Cfr. L. BAZZICALUPO, *Biopolitica: la rischiosa ambivalenza del potere produttivo*, in *Contemporanea*, 2009, 549: «Alla struttura trascendente della sovranità risponde una immanenza delle relazioni di potere, alla legge formale una normalizzazione introiettata e condivisa. La biopolitica è il coordinamento strategico di queste relazioni di potere finalizzato a che il vivente produca più forze».

⁴ M. FOUCAULT, *Nascita della clinica. Una archeologia dello sguardo medico*, Torino, 1998, 38: «Non ci potrebbe essere medicina delle epidemie se non affiancata da una polizia». Quest'opera di Foucault è ora richiamata, fra gli altri, da B. HENRI LÉVY, *Il virus che rende folli*, Milano, 2020, 20.

co della sovranità (la sicurezza del principe, *sûreté*)⁵ fino alla centralità della sicurezza della popolazione (*sécurité*), soprattutto nelle città, operando essenzialmente sulle questioni relative alla circolazione⁶.

Agamben ha provato a colmare questa distanza, presentando la sua indagine come “correzione” o “integrazione” di Foucault, e cercando di riportare il biopotere entro i confini di una sovranità intesa al tempo stesso come biopolitica e tanatopolitica⁷. In Agamben vi è un’interpretazione più drammatica della biopolitica, che egli lega alla sovranità, mentre nella linea foucaultiana la biopolitica è decostruzione della sovranità perché oppone alla sovranità il paradigma disciplinante dall’interno e non dall’alto⁸.

Ritengo che la emergenza pandemica, riletta attraverso quest’ottica, come spesso avviene più o meno consapevolmente nei discorsi anche dei nostri giuristi⁹, metta in crisi la lettura del potere come *violenza*, dunque nel suo aspetto esclusivamente sottrattivo, e imponga da un lato una rilettura dell’art. 2 Cost., al cui centro non vi siano tanto i diritti fondamentali quanto i doveri, dall’altro il superamento dell’idea che la valorizzazione della sovranità popolare possa sempre rappresentare una efficace risposta al potere pubblico, poiché il potere reticolare biopolitico è molto più esteso, non semplicemente nel senso del coinvolgimento dei poteri privati di sorveglianza e controllo, ma ben più nel profondo nel farsi istanza di biopotere la stessa popolazione, “corpo docile” che si auto-limita e controlla.

Questo scarto è prefigurato nell’ultima lezione del 5 aprile 1978 al corso al Collège de France¹⁰, dedicata alla “polizia”, nella quale si prefigura la crisi della ragion di stato e l’avvento della “governamentalità liberale” nel corso del XVIII secolo, con l’emergere progressivo della società che si libera dalle costrizioni dello stato, ma non cessa di implicare meccanismi di sicurezza sulla popolazione, anzi – se possibile – ne implica di ben più pervasivi.

⁵ Che secondo Foucault trova in Machiavelli il suo massimo esponente, ma anche l’inizio declinante di questa parabola. In realtà, che il problema della sovranità sia ancora al centro delle più attuali riflessioni sulla crisi epidemiologica lo dimostra il già richiamato lavoro di L.R. PERFETTI, *Il governo dell’arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, cit., passim.

⁶ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, trad. it., Milano, 2005, 20-21, 56-57.

⁷ C. CROSATO, *Critica della sovranità. Foucault e Agamben*, Napoli, 2019.

⁸ C. GALLI, *Vicende della biopolitica*, in *Contemporanea*, 2009, 515.

⁹ Si legga, ad esempio, la recente intervista di F. Francario a F.G. Scoca, D. Sorace e G. Montedoro sul dialogo Habermas-Günter (“Diritti fondamentali: nessun diritto fondamentale vale senza limiti”), in *www.giustiziainsieme.it*, 26 giugno 2020, ove i termini “corpo”, “nuda vita”, etc., ricorrono spesso, e ove G. Montedoro evoca più volte espressamente il pensiero di Foucault, Agamben, Esposito.

¹⁰ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, cit., 240 ss.; costituirà poi l’oggetto specifico dell’intero corso dell’anno successivo: M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005.

3. Crisi della coppia concettuale autorità/libertà

Partirei dalla collaudata coppia concettuale autorità/libertà.

L'emergenza impatta innanzi tutto su tale aspetto. Ne determina probabilmente una rimodulazione nella coppia concettuale, più aggiornata ai tempi che viviamo, solidarietà/individualismo.

A partire dal dibattito, soprattutto iniziale, poi progressivamente mitigato per il cambio di politiche pubbliche degli Usa e della Gran Bretagna, sulla cd. "immunità di gregge"¹¹.

Fra gli effetti dirompenti su tutte le categorie di pensiero sinora consolidate innescati dall'epidemia vi è un meccanismo di avvicinamento fra modelli (per semplificare: occidentale e orientale), in origine diversi, di "società strumentalizzata", sotto alcune unificanti "teste di capitolo": *i*) decidere i propri comportamenti in nome di un bene superiore (es. salute pubblica); *ii*) la pianificazione sostituisce la politica; *iii*) l'uso della pressione sociale per ottenere l'"armonia"; *iv*) l'utopia applicata prodotta dal controllo totale dei mezzi di modifica del comportamento; *v*) la fine dell'individualità, vista come minaccia a "collaborazione", "armonia", "integrazione".

Nel dibattito più strettamente giuridico l'attenzione si è concentrata per lo più sulla portata euristica dell'art. 32 Cost., che configura il diritto alla salute non solo come diritto fondamentale della persona, ma anche come interesse della collettività. In buona sostanza, emergenze e criticità talmente gravi da mettere in pericolo un assetto sociale impongono di disporre in una scala discendente di interessi; esse, inoltre, implicano unità e prontezza di decisione e valorizzazione di doveri e responsabilità. Insomma, si pongono al centro della scena i doveri inderogabili di cui parla l'art. 2 Cost.¹².

Il nostro giudice amministrativo ha riflesso in più occasioni tale posizione, ritenendo che l'interesse privato vada temperato con quello della collettività a prevenire il diffondersi del virus, e che il più delle volte abbia a soccombere rispetto al secondo¹³.

D'altra parte, questo non significa un rilievo indiscriminato a favore dell'interesse collettivo e solidaristico sottostante alla salute pubblica.

4. Covid 19 e piattaforme digitali

Un esempio per tutti, e vengo così al tema dei poteri privati.

Sul punto il Covid 19 ha riaperto di prepotenza i temi del governo delle nuove forme di autorità, delle nuove forme di potere privato chiamate in causa

¹¹ Cfr. G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in www.federalismi.it, paper in Osservatorio Emergenza Covid-19, spec. 12 ss.

¹² F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in www.dirittodelleconomia.it, n. 3/2019.

¹³ Cfr., *ex multis*, Tar Calabria - Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841. Per una ricognizione v. A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in www.dirittiregionali.it, 20 giugno 2020.

nella gestione della crisi: si pensi alle piattaforme digitali, ad esempio nell'ambito sterminato della «produzione» di sapere, accademico e non.

Pertanto, quando si tratta di privacy il diritto alla salute deve essere ponderato con più attenzione, attenendo la prima al nucleo fondamentale della dignità umana¹⁴.

Tuttavia si è ritenuto possibile un intervento sul *contact tracing* digitale¹⁵, purché esso rispetti rigorosamente i seguenti presupposti: deve trattarsi di disciplina di carattere primario, statale, rigorosamente proporzionata. Inoltre i nostri dati debbono confluire in un server di proprietà e gestione rigorosamente pubblica, per evitare che la tracciatura venga utilizzata come merce di scambio in una trattativa con i Google o Facebook di turno¹⁶.

Si evoca qui lo scenario del capitalismo della sorveglianza, fondato sul cd. «surplus comportamentale»¹⁷. Tali strategie vengono descritte con la suggestiva formula «ciclo dell'esproprio», suddiviso in quattro fasi: *incursione*, *assuefazione*, *adattamento* e *reindirizzamento*. Con la prima si «entra» in uno spazio indifeso (il nostro telefono, una pagina web, la strada dove viviamo, etc.); con la seconda sopranza la cause e le inchieste che avanzano col passo lento delle società democratiche; con la terza si mettono in atto adattamenti superficiali che soddisfano le richieste più urgenti di autorità governative o indipendenti; con l'ultima l'azienda mette in atto nuovi metodi, ed espedienti retorici, che ridirigono le operazioni contestate così da farle apparire adeguate agli obblighi legali e sociali.

L'art. 6 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28 è apprezzabile perché ha tenuto conto di molti dei suddetti rilievi, a cominciare proprio dalla fonte del diritto impiegata. Il decreto ha chiarito, inoltre, che i dati personali raccolti dall'applicazione saranno «esclusivamente quelli necessari ad avvisare gli utenti dell'applicazione di rientrare tra i contatti stretti di altri utenti accertati positivi al Covid-19». Così come i dati raccolti non potranno essere utilizzati per finalità diverse, salva la possibilità di utilizzo in forma aggregata o comunque anonima, per soli fini statistici o di ricerca scientifica. Non solo anonimato, ma anche facoltatività dell'installazione, e previsione che la mancata installazione dell'app non comporti alcuna conseguenza pregiudizievole. È quindi imposta la cancellazione dei dati alla data di cessazione dello stato di emergenza, e comunque non oltre il 31 dicembre 2020. Infine si prevede la titolarità pubblica della piattaforma e il coinvolgimento del Garante della privacy da parte del Ministero della salute, ai sensi dell'art. 36, par. 5, Regolamento (UE) 2016/679, nell'adozione delle misure tecniche e organizzative idonee a garantire un livello di sicurezza adeguato ai rischi per i diritti e le libertà degli interessati.

¹⁴ Si v. G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion pratica*, 2012, 75 ss. In giurisprudenza, ad es., Corte cost., sent. 366/1991.

¹⁵ È stata una delle questioni più delicate e dibattute. Mi riferisco, evidentemente, al tracciamento informatico dei «positivi» (ancorché asintomatici), utilizzando una app proposta da una società privata al governo come modalità di uscita *soft* (cd. *mitigation*) dalle durissime regole imposte dall'emergenza epidemiologica.

¹⁶ G. TROPEA, *Il contact tracing digitale e l'epidemia: sindrome cinese?*, in *www.lacostituzione.info*, 9 aprile 2020.

¹⁷ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

In tal modo l'Italia, come molti Paesi occidentali, soprattutto quelli sottoposti a stringenti normative sulla privacy quali il Gdpr, ha preferito ricorrere all'approccio basato sulle interazioni fra cellulari mediante le funzionalità di comunicazione a breve distanza (via Bluetooth), che non usa la geolocalizzazione ma si basa solo sul rilevamento delle interazioni di prossimità fra cellulari.

Senonché in questa diatriba tecnico-filosofica sullo standard da utilizzare si è da poco e prepotentemente inserito un nuovo ed importante *player* costituito dall'insolita alleanza tra Apple e Google: i due giganti tecnologici, che assieme possiedono praticamente il monopolio mondiale sull'ecosistema degli *smartphone*, hanno infatti stabilito di fare fronte comune nella lotta al Coronavirus ed hanno così a tempo di record sviluppato ed offerto ai Governi un loro proprio meccanismo per il tracciamento dei contatti. La situazione, infatti, si è sbloccata quando il nostro Governo, ed altri governi dell'UE, hanno deciso di abbandonare l'idea di una App (pan)europea "governata" dai singoli Stati, a favore dell'infrastruttura tecnologica di marca americana nel frattempo sviluppata e resa disponibile di concerto da Apple e Google (piattaforma A/G), secondo una logica di tipo decentralizzato.

Volendo essere estremamente rispettoso della *privacy* degli utenti, questo sistema si basa esclusivamente sul rilevamento delle interazioni di prossimità e non fa uso di alcuna forma di geolocalizzazione del dispositivo: non a caso il suo scopo è stato definito come *exposure notification* e non più *contact tracing*, proprio per allontanare sin dal nome ogni possibile sospetto di interferenze con le libertà personali e la *privacy*.

D'altra parte restano notevoli perplessità su tale sistema, sia dal punto di vista tecnico, in quanto attualmente non c'è modo di verificare che il dispositivo che invia un RPID anonimo (*Rolling proximity identifier*) sia effettivamente quello che lo ha generato, sia perché questa strategia potrebbe rientrare nei meccanismi sopra decritti di adattamento e reindirizzamento delle corporation. Si pone dunque il problema del "controllo dei controllori", data la difficoltà di vigilare sul fatto che i gestori extraeuropei non utilizzino indebitamente le informazioni a propria disposizione, specie le chiavi di decrittazione dei dati personali pseudonimizzati che transitano e vengono conservati nell'ambito del sistema Immuni¹⁸.

Ecco un primo esempio di come il potere privato sfugga alla prospettiva rassicurante del diritto, si ponga cioè, nel suo farsi *norma* reticolare delle vite e dei corpi, come elemento eccedente rispetto alla prospettiva *violenta*, ma pur sempre limitabile, del diritto, come nella figura del *katechon* paolino¹⁹.

5. Covid 19 e assistenti civici

Altro esempio di come il richiamo alla sovranità popolare possa non essere esaustivo è dato dal modo fuorviante in cui negli ultimi anni il riferimento alla sussidiarietà orizzontale sia stato inteso, foraggiando meccanismi ulteriori di sorveglianza e controllo ispirati da una logica di fondo anche qui biopolitica.

¹⁸ L. TRUCCO, *App Immuni: una storia stran(ier)a e incompiuta*, in www.giustiziainsieme.it, 25 giugno 2020.

¹⁹ M. CACCIARI, *Il potere che frena*, Milano, 2013.

Il tema evoca, in modo più ampio, il ruolo rivestito dai gruppi sociali nella rottura del filo che riconduce il potere all'individuo²⁰: si pensi alla “disindividualizzazione” dei gruppi privati che trascinano quest'ultimo fuori dall'ordinamento generale, all'individuo visto come “partecipante” che, nella misura in cui non assolve alle regole della “democrazia partecipativa” rischia di configurarsi quale cittadino dimezzato, alla crisi della sussidiarietà orizzontale che «da promessa all'individuo di vedersi realizzato anche nelle e contro le formazioni sociali (art. 2 Cost.), è divenuta la mascheratura ideologica di una massiccia cessione di terreno da parte dell'amministrazione pubblica (pur sempre politicamente responsabile) ad operatori privati che, sotto la parvenza del non-profit, accumulano potere lobbistico, oltre che economico»²¹.

La pandemia anche in questo caso ha fornito materiale di indagine, riassumendo e parzialmente riproducendo, in modalità settata sul Covid 19, la vicenda di qualche anno fa delle cd. “ronde” per la sicurezza.

I quotidiani del giorno 26 maggio 2020 hanno dato conto di convulsi confronti all'interno dell'Esecutivo in merito all'emanando bando della Protezione civile per reclutare 60mila assistenti civici, che dovrebbero accompagnare la Fase 2 dell'emergenza Covid 19²². Il Ministro degli Affari regionali, che ha sostenuto il provvedimento d'intesa col Presidente dell'Anci, ha dichiarato che una questione di pubblica sicurezza non c'è mai stata, che sin dal 29 aprile il progetto era stato annunciato in conferenza Stato-Regioni, anche se ha ammesso che gli assistenti civici avrebbero dovuto svolgere un ruolo attivo nel controllo sul cd. “distanziamento sociale”.

Le critiche a tale misura hanno mostrato un nervo scoperto. Ritengo che la parabola delle “ronde”, istituite con legge e con successivo decreto ministeriale una decina di anni or sono, sia istruttiva.

La legge n. 94/2009 aveva, infatti, suscitato una serie di questioni. In generale si era lamentata una grave sottrazione del monopolio legittimo statale della forza e il rischio di politicizzazione delle ronde, con *vulnus* dell'art. 18 Cost. Il successivo d.m. 8 agosto 2009 aveva fugato varie criticità chiarendo, ad esempio, che le associazioni dovessero svolgere attività senza fine di lucro, che non fossero espressione di partiti o movimenti politici, e prevenendo una serie di requisiti personali quali non essere o essere stati sottoposti a misure di prevenzione.

I paletti posti dal d.m. 8 agosto 2009 hanno avuto una conseguenza pratica: l'ineffettività della normativa. In base ai dati diffusi dal Ministero dell'interno, tale disciplina, anche per la difficoltà di attuazione, ha portato ad

²⁰ L. FERRARA, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 32.

²¹ R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in G. Cocco (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010, 95 ss. Per una recente critica al fondamento positivo del principio di sussidiarietà orizzontale, inteso come indebita mascheratura ideologica legittimante un limite inerente al processo politico, che mette in discussione la legittimazione della funzione legislativa ad esprimere gli orientamenti della collettività, v. F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, 3 ss.

²² G. TROPEA, *Il pasticcaccio brutto degli “assistenti civici”*, in *www.lacostituzione.info*, 27 maggio 2020.

un bassissimo numero di richieste di iscrizione negli elenchi istituiti presso le Prefetture.

La parabola delle “ronde” dimostra che il controllo sociale è un tema delicatissimo, che suscita una *bagarre* politica molto accesa anche quando, come nel caso in esame, viene anche solo lontanamente evocato.

Si comprende anche, in questo senso, perché il Ministro degli Interni abbia osservato come l'attività di osservazione e controllo avrebbe semmai necessitato della formalizzazione entro un apposito elenco tenuto e revisionato dal Prefetto, evocando proprio la disciplina in tema di “ronde” (dove è sentito anche il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica).

L'utilizzo dei cittadini volontari con funzione di segnalazione e controllo, inoltre, lungi dall'essere espressione di politiche di promozione del welfare della comunità, avrebbe confermato un'altra radicata tendenza dei nostri tempi: la logica securitario-protettiva di cui il bando (nella versione poi superata) sarebbe stato emanazione si sarebbe di fatto sovrapposta all'implementazione di concreti ed efficaci strumenti di welfare, così duramente messi alla prova dall'emergenza epidemiologica.

A ulteriore conferma dell'assonanza fra vicende, dopo la *bagarre* politica e giuridica il provvedimento è stato ritirato.

Due corollari confermano le premesse date: *i)* la vicenda “eccede” la forza contenitiva del *diritto*, tanto che se pone fuori, letteralmente, perdendo – nella misura in cui tende a farsi *norma* (nel senso foucaultiano del termine) forza propulsiva di innovatività ordinamentale; *ii)* la malintesa idea di sussidiarietà orizzontale è spia ulteriore del meccanismo governamentale che fa del corpo docile meccanismo di controllo e sorveglianza, e piega la sovranità popolare in nuova forma di biopotere. L'economia sociale di mercato, tipico portato dell'ordoliberalismo, si autorappresenta anche qui come *governance*, tecnologia di governo tipica della fase biopolitica avanzata²³. Si è notato, sul punto, che non a caso nell'ultimo Foucault la parola chiave sia «autogoverno»: fine dello stesso biopotere, e sua definitiva sublimazione da politica «sulla vita» in politica «della vita»²⁴.

Chiosando ancora con Foucault: «Ironia di questo dispositivo: ci fa credere che ne va della nostra “liberazione”»²⁵.

6. Conclusioni: per una rivalutazione del giurista delle sfide della biopolitica

A conferma delle aporie cui può condurre il richiamo alla biopolitica può osservarsi come già nel 2013²⁶ gli sviluppi più coerenti di essa conducevano alla

²³ G. COMMISSO, *La governance nell'economia sociale di mercato. Una interpretazione foucaultiana*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, 265 ss. Su tali questioni resta fondamentale la nota opera di K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, 2000, 2° ed.

²⁴ L. BAZZICALUPO, *Biopolitica: la rischiosa ambivalenza del potere produttivo*, cit., 552.

²⁵ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, cit., 142.

seguinte descrizione di contesto: *i)* costruzione, sulla base di un rischio possibile, di uno scenario fittizio, in cui i dati vengono presentati in modo da favorire comportamenti che permettono di governare una situazione estrema; *ii)* adozione della logica del peggio (*worst case scenario*) come regime di razionalità politica; *iii)* organizzazione integrale del corpo del cittadino in modo da rafforzare al massimo l'adesione alle istituzioni di governo, producendo un civismo superlativo in cui gli obblighi imposti vengono presentati come prove di altruismo e il cittadino non ha più un diritto alla salute (*health safety*), ma diventa giuridicamente obbligato alla salute (*biosecurity*).

Riprendendo tale assunto, più di recente si è sostenuto che, al di là della situazione di emergenza legata a un certo virus che potrà in futuro lasciar posto ad un altro, in questione è il disegno di un paradigma di governo la cui efficacia supera di gran lunga quella di tutte le forme di governo che la storia politica dell'occidente abbia finora conosciuto²⁷.

Tale lettura batte in breccia ogni tentativo di impiegare l'art. 2 della nostra Carta fondamentale, sia valorizzando i doveri inderogabili ivi indicati sia ponendo al centro la sovranità popolare, come cardine attorno a cui fare ruotare l'asse della proposta ricostruttiva del giurista dinanzi alla crisi epidemiologica²⁸. Anzi, sembra fare di questi due approcci, invero strutturalmente diversi, un unico desolante portato proprio della biosicurezza.

In questo senso paradossalmente sembra che la ricostruzione di Foucault sia più aporetica di quella di Agamben, nella misura in cui rifugge conciliazioni tra biopolitica e diritto. Se così, l'aggiornamento di Agamben finirebbe per ricondurre entro i margini della sovranità la biopolitica, specialmente tramite la nozione di *razzismo*²⁹, e si riaprirebbe la partita critica all'interno delle categorie giuridiche.

E tuttavia, bisogna fare ulteriori brevi precisazioni.

Prima di tutto l'ultimo Agamben sembra tornare a Foucault, o comunque correggere il tiro, laddove ha più di recente ricostruito un'altra genealogia della biopolitica, che muove dalla nozione «economica» di «governo della Provvidenza» fino a giungere, secolarizzata, allo stato sociale³⁰.

Inoltre, pur a voler recepire l'intero drammatico discorso di Agamben in una prospettiva che guarda a Foucault con le lenti di Schmitt e Benjamin (che è quella che pare maggiormente evocata dai nostri amici), contro questo modo di

²⁶ P. ZYLBERMAN, *Tempêtes microbiennes*, Paris, 2013.

²⁷ G. AGAMBEN, *Biosicurezza e politica*, in www.quodlibet.it; amplius ID., *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Quodlibet, Macerata, 2020.

²⁸ Per un diverso approccio, volto a conciliare positivamente sussidiarietà orizzontale e contrasto all'emergenza pandemica, v. A. BARONE, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in P.A. – *Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, 185 ss.

²⁹ Più che in G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita. I*, Torino, 1995, ciò viene teorizzato in ID., *Quel che resta di Auschwitz (Homo sacer III)*, Torino, 1998.

³⁰ G. TROPEA, *Recensione a Giorgio Agamben, Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo. Homo sacer, II, 2*, Torino, 2009, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 3/2012.

ricostruire la realtà si leva la critica radicale che Luigi Garofalo rivolge ad Agamben, svelando le insidie insite in un approccio biopolitico alle figure giuridiche: a decostruirle sulla base di parametri che non attengono al diritto, ma alla nuda vita dell'uomo, si corre infatti il rischio di una lettura omologante di situazioni tra loro diverse sotto il profilo del diritto³¹.

In questo senso, per concludere, ritengo che l'evocazione della biopolitica possa essere un'arma metodologica micidiale, che, se sviluppata sino in fondo e non semplicemente impiegata per ornamento citazionista, rischia di segare l'albero sul quale si è seduti.

Questo non significa certo che sia impossibile una reinterpretazione in chiave genealogica della sovranità, del potere e di altri concetti fondamentali per il diritto, come già una quarantina di anni or sono chiedeva un giovane Romano Tassone³², purché si tratti appunto di reinterpretazione, che non travi si o alteri i tratti che sotto l'aspetto giuridico contraddistinguono la figura oggetto di indagine³³.

³¹ L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, 2009, 154, segnatamente contro la proposta di Agamben di assimilare l'ebreo durante il periodo nazista all'*homo sacer*.

³² Sottolineando, dopo una critica serrata alle tendenze oggettivanti dell'istituzionalismo di Berti e del positivismo di Kelsen, l'eliminabilità della prospettiva soggettiva nella teoria generale del diritto pubblico, rifondata sull'esperienza storica e sociale. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, *Annali della Facoltà di Economia e commercio dell'Università di Messina*, n. 2/1981.

³³ L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, cit., 155. Una chiave di lettura possibile, in linea col pensiero di Benvenuti e Pastori che ispira gli orientamenti di fondo della call-for-papers, può forse venire oggi da un recupero della tradizione del pensiero istituente, che trova in Hauriou e Santi Romano i suoi ascendenti più noti, e nell'ontologia politica una rielaborazione nel pensiero di Claude Lefort, in opposizione al paradigma destituente heideggeriano (che arriva proprio fino ad Agamben) e costituente deleuziano. Cfr. sul punto R. ESPOSITO, *Pensiero istituente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino, 2020.

LUCA R PERFETTI
Professore ordinario di diritto amministrativo presso
l'Università "Aldo Moro" di Bari
luca.perfetti@belex.com

**SULLO STATUTO COSTITUZIONALE
DELL'EMERGENZA. ANCORA SUL DIRITTO
PUBBLICO COME VIOLENZA O COME FUNZIONE
DEI DIRITTI DELLA PERSONA**

**ON EMERGENCY'S CONSTITUTIONAL STATUS. ONCE
AGAIN ON PUBLIC LAW AS A FUNCTION FOR HUMAN
RIGHTS OR AS EXPRESSION OF VIOLENCE**

SINTESI

L'emergenza pandemica ha reso più visibili processi già largamente in atto e destinati a non venire meno quando la pandemia sia superata. Poteri derogatori, organizzazioni ad hoc, anticipazione dell'emergenza al ricorrere di rischi ordinari e non di stretta necessità, estendersi di spazi di valutazione discrezionale sono tendenze largamente in atto da tempo. Da questo punto di vista, il dibattito sul regime costituzionale dell'emergenza finisce per approdare, da percorsi diversi, alla conclusione che essa si legittimi per via della salvezza dello Stato e dell'ordinamento. A fronte delle tendenze in atto e dei problemi che si manifestano, sembra invece necessario radicare il problema dell'emergenza – in linea con la tradizione del diritto europeo – nella sovranità e, poiché essa appartiene al popolo e la stessa autorità è resa interamente funzionale ai diritti inviolabili, il regime costituzionale dell'emergenza deve essere inteso come funzionale alla salvezza dei diritti fondamentali di fronte a pericoli imminenti e non alla salvezza dello Stato o in generale dell'autorità e del suo potere di comando.

ABSTRACT

Emergency has become, in the past years, all ordinary. Covid-19 emergency revealed more clearly the large use of emergency in the legal system.

The large use of emergency in the past years provide a wide range of legal means, mainly *in via* of exception and derogation. More specifically, Covid-19 emergency implement the various techniques, adding new measures, mainly to anticipate emergency measures based on risks instead of an actual or imminent risk, to appreciate emergency's conditions in a discretionary fashion and with legal provision vague and unsubstantiated into the legislative decrees adopted to cope with the pandemic.

In this critical situation, of derogations from normal human rights standards and alterations in the distribution of functions and powers among the different organs of the State, a discussion on constitutional status of emergency is mandatory.

Italian academic writing during Covid-19 emergency seems unsatisfactory: Literature argued mainly in two – opposite – directions: under a positivistic perspective, Italian Constitution in force grounds emergency, as a way to conserve safety of the State and fundamental principles of the Republic; on the other hand, many scholars recurred to the traditional idea of *ex facto oritur ius* – therefore, facing extreme danger, facts grounds the State with powers either not by Law or under Constitution.

The paper, maintain a positivistic approach and, under express constitutional rules on sovereignty – belonging to persons and recognizing fundamental rights as a component of people's sovereignty – affirm Constitution grounds emergency powers as much as driven to human rights protection.

PAROLE CHIAVE. sovranità – emergenza – Costituzione – diritti umani

KEYWORDS: sovereignty – emergency – Constitution– human rights

INDICE: 1. Esergo – 2. Tre premesse minime. – 3. Tre significativi dispositivi emergenziali. – 4. Sul dibattito circa il fondamento costituzionale dell'emergenza. – 5. Sulle questioni nuove che non possono non porsi e... – 6. (segue) su un (radicalmente) diverso fondamento costituzionale dell'emergenza.

1. Esergo

Questa Rivista, fin dal suo nascere, si è proposta di studiare – con il metodo del rigoroso confronto di opinioni – il profondo mutamento delle categorie costitutive del diritto pubblico che il presente richiede, muovendosi nella prospettiva della Costituzione e, per conseguenza, della ricerca di soluzioni e percorsi che si fondino sulla dimensione normativa della persona rispetto al potere, anche attraverso il ripensamento di concetti fondamentali del nostro sapere disciplinare.

Sembra utile tornare sul problema della qualificazione del potere come funzione del godimento dei diritti della persona ovvero, come irrimediabile violenza non interamente fondata sul diritto, alla luce della gestione della pandemia. Ciò, si badi, non perché in questo caso si sia assistito al dispiegarsi di dispositivi nuovi o di forme più spinte di autoritarismo. La vicenda della pandemia, infatti, non rileva se non perché ha reso massicciamente più evidente ciò che era già facilmente riconoscibile nel sistema anche prima ⁽¹⁾.

In questi termini, i dispositivi giuridici dispiegati nel corso della pandemia hanno certo il doppio merito di rendere evidente ciò che prima non da tutti veniva avvertito e di non trascurabile la discussione circa la relazione tra sovranità, diritti e poteri.

2. Tre premesse minime.

Nella prospettiva indicata in apertura, fin dappprincipio, su questa *Rivista* si è provato a mettere in luce la possibile fragilità dello Stato-di-diritto in senso

¹ Si può in questi termini rinviare a L. R. PERFETTI, *Massnahmenvorschriften and Emergency powers in contemporary Public Law*, in *The Lanyer Quarterly*, X (n. 1/2020), 23.

tradizionale, avvertendosi, invece, la necessità di radicarlo nel ribaltamento dell'idea di sovranità, riconosciuta spettante al popolo (e non all'autorità, allo Stato, al potere pubblico fatto organizzazione) nel suo permanente *trattenersi* nella garanzia dei diritti inviolabili (e nel loro ordinamento), *trasferirsi* a livello sovranazionale in funzione di beni (come la pace) sempre funzionali alla persona umana ed, infine, *delegarsi* all'autorità attraverso la rappresentanza ma sempre nei limiti delle prime due movenze della sovranità; diversamente, non sembra convincente l'idea che il potere pubblico riposi su una base legale, che gli ordini dati dall'autorità si fondino sulla legge. Infatti, se si guarda appena più in profondità, si scoprono con facilità vari elementi che rendono questo riposante convincimento fragile, che ne fanno cogliere la natura di punto di arrivo assai più che non quella di premessa scontata dalla quale partire ⁽²⁾.

Basta indicarne due.

2.1. *Anzitutto*, la libertà e la garanzia che il diritto vi appresta, se per sua natura è inestirpabile dal cuore dell'uomo, è tuttavia fragile nella dinamica dei poteri; ed, infatti, il sistema delle regole, le garanzie che l'ordinamento appresta, sono dispositivi efficaci solo se la reale e concreta domanda di libertà che sorge dalla comunità delle persone nel momento storico dato, influisca davvero sul modo in cui gli ordinamenti funzionano, sull'effettivo azionarsi e dispiegarsi dei dispositivi di potere. In altri termini, la garanzia della libertà, dell'autonomia della persona, dei suoi diritti fondamentali, ove vista nel concreto dell'ordinamento positivo, è il frutto della dialettica attiva tra persona, società e organizzazioni di potere. Da questo punto di vista, ancorché non via sia lo spazio per argomentare adeguatamente ⁽³⁾, non sembra troppo faticoso vedere come il nostro tempo sia caratterizzato da un potere autoritario, dalla crisi della democrazia, da prassi di potere largamente concentrate sui vertici, poco sensibili al sistema delle garanzie, quasi sempre brandendo strumenti emergenziali.

2.2. C'è, però, un *secondo* elemento che deve essere messo in luce adeguatamente – e sul quale maggiormente ci si concentrava su questa *Rivista* affrontando il problema del potere come violenza: la nostra convinzione che il potere pubblico riposi sul precetto della legge è vera solo se si fornisce una definizione giuridicamente pregnante della nozione di interesse pubblico e di potere discrezionale, giacché diversamente – ed in linea con quanto la più parte della letteratura occidentale ritiene – se la discrezionalità è scelta politica o volizione tra opzioni lecite, la decisione frutto di valutazione discrezionale è sempre un atto di autorità privo di disciplina legale e, quindi, violenza dell'autorità. Al contrario, solo una lettura analitica della sovranità per come disciplinata dalla Costituzione consente di fornire un concetto positivo di interesse pubblico e quindi di valutazione discrezionale, sicché questi concetti si sottomettono al diritto, inve-

² Per maggiori considerazioni, si rinvia a L. R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in questa *Rivista*, n. 1/2017, 3.

³ Per una più ampia discussione, si rinvia a L. R. PERFETTI, *Il governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, in pubblicazione, Rubettino, Soveria Mannelli, 2021.

ce di rimanere appannaggio dell'autorità – e della sovranità che ad essa, pur non espressamente, si finisce per continuare ad attribuire.

2.3. Questi elementi non sono meno evidenti nell'esercizio di poteri emergenziali, da sempre da annoverare tra i dispositivi giuridici che a più dura prova costringono le categorie dello Stato-di-diritto. Tuttavia, quel che si vuole premettere è che, se nell'emergenza l'esercizio del potere solo limitatamente collegato alla legge da parte dell'autorità appare più evidente (così come nelle relazioni che un tempo si sarebbero definite di supremazia speciale – e che oggi si trattano nello stesso modo, ed anzi aumentano, senza più qualificarle come tali), se non si ricostruisce la sovranità nel rigoroso schema della lettera della Costituzione, le medesime considerazioni possono essere estese alla fisiologia non emergenziale dell'ordinamento.

3. Tre significativi dispositivi emergenziali

Perché le nostre non sembrino considerazioni “sul” diritto – volendosi limitare, piuttosto, a riflessioni “di” diritto – sembra utile mettere in luce tre dispositivi emergenziali che determinano la fortissima alterazione dello Stato-di-diritto (sempre se non integrato dalla riflessione più sopra richiamata sulla sovranità per come disciplinata dalla Costituzione) il cui meccanismo concettuale non pare così diverso (se non per enfasi ed intensità) da quanto occorre nell'ordinario.

3.1. La determinazione del fatto.

Altra volta è parso utile mettere in luce come, tra le difficoltà che la giurisdizione amministrativa incontra nel suo percorso verso l'effettività (pur continuando a mostrare, a mio avviso, ampie ragioni per ritenerla preferibile a quella del giudice ordinario), sia da annoverarsi anche la resistenza delle corti amministrative ad esercitare un approfondito sindacato sul fatto e sulla ricostruzione che ne faccia l'amministrazione ⁽⁴⁾. L'attrazione della ricostruzione del fatto nella sfera della valutazione discrezionale – frequente in giurisprudenza – sembra alterare la distinzione fondamentale tra verità e potere, sicché l'affermazione del secondo non è in grado di creare la prima.

Tuttavia, proprio nei dispositivi emergenziali questo pericolo appare estremamente evidente, per la complessità del fatto, certo, ma soprattutto per ragione della frequente incertezza scientifica rispetto ad esso ⁽⁵⁾. Attrarre nella

⁴ L. R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 429

⁵ In particolare, il tema del dominio della tecnica sulle decisioni pubbliche assume un rilievo profondo perché pone in luce il paradosso contemporaneo del tramonto del positivismo scientifico collegato allo sviluppo rapidissimo della tecnica e del suo metodo pragmatico. Sulla questione occorre rammentare – per rendere evidente come la questione del potere della tecnica non sia neutrale ed anzi interroghi sovranità popolare e natura incompressibile dei diritti della

valutazione circa il potere (vale a dire nell'area della discrezionalità) la cognizione del fatto, significa legittimare il funzionamento di un dispositivo decisamente autoritario. Nella tempeste dell'emergenza, questo profilo si aggrava per via del ridursi fisiologico della tutela circa l'emergenza (giacché essa non può che condursi per le vie dei giudizi cautelari, nei quali minori possibilità istruttorie si danno al giudice) e della centralità del rischio ⁽⁶⁾.

Da questo punto di vista sembra significativo richiamare alla mente il provvedimento con il quale si è disposta l'emergenza nazionale ⁽⁷⁾.

È il 31 gennaio 2020. L'emergenza nazionale è l'*ἀνάγκη*, la necessità, la forza maggiore. È l'assedio, il terremoto, l'imminente e concreto assalto del pericolo e l'urgenza di mettere in salvo la vita.

Tuttavia, a fronte della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, nella sostanza non accade nulla. Non c'è il nemico alle porte, nessuna epidemia mortale, non terremoti o alluvioni. La vita nel Paese continua perfettamente normale – e senza che la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale si accompagni a misure di precauzione – per più di un mese. Il provvedimento più grave che la convivenza civile possa tollerare è intervenuto senza che un evento di pericolo si presentasse attuale. Si presenterà solo successivamente, con una progressione formidabile e rapida; forse anche per la mancata adozione di misure di precauzione che nelle sei settimane che hanno preceduto il *lockdown* pure potevano essere adottate.

L'elemento che sembra utile mettere in luce in questa sede è quello della trasfigurazione del fatto dal quale scaturiscono i poteri. Poteri non piccoli visto che per ragione della dichiarazione, con semplice atto amministrativo, due organi amministrativi monocratici – il Presidente del Consiglio dei Ministri ed il capo della Protezione Civile – assumono su sé stessi il potere di comprimere libertà personali, di derogare alle leggi, di chiudere in casa l'intera popolazione presente nei confini nazionali.

persona – perché la tecnica è una modalità di relazione, che lega insieme l'essere quale evento (*Ereignis*) e l'esistente umano in quanto singolo esserci (*Dasein*), attraverso la riduzione dell'intero essente *Bestand*, sicché il dominio della tecnica determina che ogni realtà sia resa funzionale alle disposizioni manipolative dettate da chi dispone della tecnica, che potrà abusare indiscriminatamente di ciò che è, nella tendenza a rendere utilizzabile sia il pensiero che ciò a cui si rivolge, sicché la tecnica è una forma di pensiero, creatrice di pensiero ed un modo di stare al mondo, M. HEIDEGGER, *Die Frage nach der Technik e Wissenschaft und Besinnung*, in *Vorträge und Aufsätze*, Klostermann, Frankfurt a.M. 2000, 7-65 (ora trad. it. *La questione della tecnica*, goWare, Firenze 2017).

⁶ U. BECK, *Politik in der Risikogesellschaft - Essays und Analysen*, Berlin, Suhrkamp, 1991; sul tema anche C.S. SUSTEIN, *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, ove si mette in evidenza che negli ordinamenti democratici il bisogno di protezione, legato al consenso elettorale, agisce anche di fronte a bassi livelli di rischiosità: «*a democratic society, following popular views, will embody a form of risk aversion for low-probability risks that might relust in serious harms*» (26).

⁷ Cfr. Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, «*Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*».

Conviene, allora, esaminare le circostanze di fatto che sono assunte dal provvedimento in questione: ci si limita al riferimento alla «*dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell'Organizzazione mondiale della sanità*» del giorno stesso – solamente citata, senza alcuna riflessione circa gli elementi di fatto che determinerebbero il sorgere dell'emergenza; si fa riferimento alle «*raccomandazioni alla comunità internazionale*» affinché siano applicate «*misure adeguate*» e, tuttavia, non si rende affatto ragione delle motivazioni per le quali codeste «*misure adeguate*» debbano consistere nella dichiarazione dello stato di emergenza e non in altri interventi di prevenzione, in ipotesi «*adeguati*», sicché manca la valutazione del fatto, ogni comparazione tra misure ed effetti: più semplicemente non c'è determinazione del fatto, istruttoria, valutazione, trovandosi innanzi ad una semplice petizione di principio. L'altro elemento che emerge immediatamente è la candida ammissione dell'assenza della necessità: la «*delibera*» che dichiara lo stato di emergenza si riferisce solo a “rischi” posti nel futuro. Pur nella brevità del provvedimento, si elencano la «*insorgenza di rischi per la pubblica e privata incolumità connessi ad agenti virali trasmissibili, che stanno interessando anche l'Italia*»; sicché «*tale contesto di rischio*» evoca la realizzazione di «*una compiuta azione di previsione e prevenzione*» - prevenzione e previsione che, per loro natura, evocano eventi probabili ma futuri, non la stringente necessità. L'emergenza nazionale è stata dichiarata a fronte «*del rischio*» sanitario «*connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*». Non della malattia (le «*patologie*»), non dell'assalto della morte. Le «*misure adeguate*» avrebbero dovuto consistere nella prevenzione della diffusione del contagio, nell'isolamento delle aree infettate, nell'intervento straordinario per dotare l'organizzazione sanitaria delle macchine e del personale necessario. Invece, senza valutare alcuna alternativa, senza evidenziare i fatti che legittimavano il sorgere di un potere così straordinario da far derogare a qualunque legge e comprimere qualunque libertà o diritto, si è dichiarata l'emergenza nazionale, in vigenza del quale «*si provvede con ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente*».

Il fatto è del tutto stravolto. Nessuna emergenza era in atto. Non c'era né è stato accertato un “pericolo”, quanto, piuttosto un “rischio”. Tuttavia, a fronte di un “rischio” si è assunta una misura estrema ammessa solo in presenza di un “pericolo” attuale, della *ἀνάγκη*: potrebbe estendersi, c'è il rischio che si estenda, un'influenza particolarmente virulenta, che può dare conseguenze respiratorie in un certa percentuale di casi, tale che il sistema sanitario nazionale potrebbe non essere in grado di farvi fronte. C'è, appunto, un rischio. Un rischio rispetto al quale non ci sono certezze scientifiche.

Si tratta, quindi, della situazione tipica che impone l'esercizio doveroso dei poteri di precauzione, non di quelli d'emergenza. Non è questa la sede per una trattazione estesa – e di precauzione, prevenzione e diritto del rischio si è molto studiato e scritto in questi anni, sicché vi sono molti ottimi studi, ai quali

basterà rinviare ⁽⁸⁾. Neppure è questa la sede per discutere della progressiva affermazione della precauzione come regola, fino a trasformarsi in “diritto della paura” ⁽⁹⁾, tanto che vi è chi ha notato che «*there is no such thing as "ordinary" administrative law*» ⁽¹⁰⁾ – basta rinviare a quegli studi, che peraltro si dovrebbero presumere noti.

Tuttavia, proprio l'estensione della precauzione ⁽¹¹⁾ come strumento ordinario (cui corrisponde l'incertezza scientifica o tecnica ⁽¹²⁾ propria del rischio) avrebbe dovuto far avvertire subito come l'estrema rischiosità insita nel fatto non avrebbe legittimato l'esercizio del sommo tra i poteri d'emergenza (che richiede l'esistenza di un pericolo certo) ⁽¹³⁾. Si tratta di discorsi molto consolidati nel diritto dell'ambiente ⁽¹⁴⁾ o in quello finanziario ⁽¹⁵⁾. La sostanza, è che il fatto che innesca la fattispecie normativa dalla quale deriva l'esercizio dei poteri

⁸ Il tema è ben studiato dalla letteratura italiana, anche con i doverosi riferimenti a quella europea, sicché si può certamente rinviare, anche per ulteriori indicazioni, a F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano Giuffrè, 2006; M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, Cedam, 2012.

⁹ Ovvio il riferimento a C. R. SUNSTEIN, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 (ma, già prima, ID., *Beyond the precautionary principle*, in *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, 38 (2003), e, più recentemente, ID. (ed.), *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*, New York, Dey Street, 2018).

¹⁰ Ci si riferisce a A. VERMEULE, *Our Schmittian Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 122 (2009), 1095; la citazione nel testo è a p. 1139 e prosegue: «*Some accounts of counterterrorism law and policy after 9/11 decry the use of "extraordinary" military institutional forms and devices, such as military commissions and Combatant Status Review Tribunals, and argue that executive and administrative counterterrorism actions should be channeled through the ordinary administrative law. It is sometimes implicit, and sometimes explicit, in these accounts that the ordinary administrative law is less deferential to executive and administrative bodies. For some civil libertarians, military processes operate largely in a legal black hole, while ordinary administrative law embodies the thick rule of law. But these accounts rest on a mistaken premise - that the ordinary administrative law is indeed relatively less deferential to executive or administrative action. That is a plausible view about normal times, when judges reviewing the EPA's latest technical rulemaking or whatnot dial up the intensity of arbitrary and capricious review, review under Chevron and Mead, and so forth. But where judges perceive an emergency, or merely fear thwarting administrative action that might be necessary in an emergency (even if the judges are skeptical that an emergency really exists), the parameters are adjusted downwards; standards of rationality, statutory clarity, evidence, and reasonableness all become more capacious and forgiving. If administrative law itself contains a series of potential grey holes, the operational differences between the military model and the administrative law model are at least smaller than the critics assume, and in times of perceived emergency will tend not to exist at all.*»

¹¹ Sul problema dell'individuazione dei criteri metodologici, di nuovo, A. BARONE, *op. ult. cit.*, 25.

¹² Sulla questione, per utili indicazioni, N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001 – ma anche, successivamente, N. IRTI, *Nicbilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004. Su questi profili, per ulteriori indicazioni, M. PASSALACQUA, *op. ult. cit.*, 23.

¹³ A. BARONE, *op. ult. cit.*, 18-19.

¹⁴ F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *dir econ*, 2002, 217 e, poi, ID., *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; si veda anche, G. MANFREDI, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in *Riv. Quadr. Dir. Ambiente*, 2011, 27.

¹⁵ Per ulteriori indicazioni, M. PASSALACQUA, *op. ult. cit. passim*

previsti dalla norma ha natura radicalmente diversa a seconda che si tratti di eventi rischiosi ovvero pericolosi.

La Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 è espressa nel richiamare un contesto di rischio che richiede prevenzione ⁽¹⁶⁾ e, tuttavia, vi fonda il ricorso all'emergenza («Ritenuto, pertanto, necessario provvedere tempestivamente a porre in essere tutte le iniziative di carattere straordinario»; «Tenuto conto che detta situazione di emergenza»). Naturalmente nulla esclude che una situazione di rischio possa presentare elementi di emergenza, stante l'imminenza del possibile verificarsi dell'evento rischioso e la magnitudine dei suoi effetti. È chiaro che l'esposizione ad un rischio molto grande che possa verificarsi con alta probabilità, impone di agire anche con strumenti emergenziali. Tuttavia, è lo strumento prescelto nel caso di specie ad essere totalmente errato. E siccome si tratta dell'unica norma nell'ordinamento che consente di stravolgere il sistema delle fonti e delle garanzie, non si tratta di un errore di prospettiva di poco conto. Infatti, la Delibera che dichiara lo stato di emergenza lo fa in base alla legislazione in materia di protezione civile, che è prevista per «eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo» che per «ragione della loro intensità o estensione» impongono «immediatezza d'intervento» e con «mezzi e poteri straordinari». Ora, è evidente che non si tratta di rischi, ma di «eventi», accadimenti intervenuti e non prospettici, che hanno una materialità, che connotano un pericolo certo.

La più grande concentrazione di potere che l'ordinamento consenta è stata attivata sulla base di una evidente alterazione del fatto.

Non si tratta di un'alterazione di poco conto: infatti, è agevole comprendere come far coincidere la situazione di emergenza con l'emergere di rischi, anche significativi, abbia la funzione di anticipare la situazione straordinaria alla fase del tutto ordinaria della vita della comunità. Ne deriva che strumenti derogatori ed autoritari, tollerabili nelle situazioni di reale ed attuale emergenza, vengono anticipati ad una fase che non richiede né legittima simili poteri, deroghe, accentramento di poteri, tendenze autoritarie, ovvero, come in un lavoro molto puntuale ed apprezzabile è stato osservato, ricorrere alla «logica dirigista dello Stato di emergenza» ⁽¹⁷⁾, al totalitarismo legittimo della prevenzione dei rischi («*“legitimer” Totalitarismus der Gefahrenabwehr*») ⁽¹⁸⁾. Per non dire del possibile uso

¹⁶ Richiama il tema del rischio, M. CAVINO, Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo, in *Federalismi*, 18 marzo 2020, 4, ove osserva che «i dispositivi normativi vigenti sono stati pensati per emergenze di rilievo nazionale, ma non tali da pregiudicare la sicurezza di tutto il territorio nazionale. Rispetto a un rischio “totale” il Governo ha preferito adottare un apparato normativo accentrato, che consentisse di assumere decisioni unitarie senza “interferenze” territoriali».

¹⁷ P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze “esistenziali”, in *Il diritto dell'economia*, 2020 (fas. 101), 125-166, i quali, a quello che mi consta, unici nel panorama della dottrina che si è occupata dei profili giuridici dell'emergenza da Covid-19, si sono puntualmente occupati del profilo del diritto del rischio, con un lavoro di cui non si può non raccomandare la lettura.

¹⁸ Per questo profilo, U. BECK, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, cit., 103. Si tratta di una ricostruzione che muove dall'idea del rischio come fattore di razionalità sociale (sicché si propone l'idea che la società moderna sia caratterizzata dal rischio come elemento centrale della dialettica sociale, sostituendosi a quello della circolazione ed accumulazione della ricchezza, sicché se ne traggono conclusioni piuttosto estreme (si possono vedere anche ID.,

politico di questi dispositivi; al netto dei giudizi politici (che qui non interessano) sulla gestione della pandemia, è piuttosto chiaro che la costruzione di dispositivi derogatori che si attivano sulla base del semplice rischio e non dell'effettivo pericolo, possono essere evocati rispetto a questioni politicamente controverse come il terrorismo ⁽¹⁹⁾.

3.2. la definizione discrezionale della fattispecie concreta.

L'alterazione del presupposto di fatto non integra da sola la pericolosità del dispositivo autoritario – e di più che discutibile compatibilità con lo statuto costituzionale dell'emergenza – cui s'è dato vita. Infatti, il problema è proprio nella circostanza che il pericolo che legittima il ricorso all'emergenza è un fatto semplice, *l'ἀνάγκη* è un'evidenza oggettiva e non seriamente soggetta a smentita. Semmai, potrà esservi spazio di valutazione rispetto alla maggiore o minore adeguatezza della misura emergenziale per farvi fronte, ma non sulla circostanza che genera l'emergenza.

La pandemia, invece, è un evento che richiede di essere qualificato, che non si presenta come evidenza oggettiva. Quando la pericolosità di un morbo superi la soglia che ne consente la gestione con misure ordinarie è frutto di un apprezzamento (tecnico, a mio modo di vedere, relativo alla capacità dell'organizzazione sanitaria di apprestare cure respiratorie in unità di terapia intensiva) discrezionale. La misura del passaggio dalla situazione di ordinarietà a quella emergenziale consiste solo nella decisione pubblica intorno all'esistenza o meno della crisi che legittima l'emergenza.

Si tratta di un'osservazione non seriamente discutibile, tant'è che le soglie di rilevanza assunte dai diversi Stati occidentali differiscono anche in modo sensibile – così come nel nostro Paese a fronte di parametri simili si sono assunte misure di contenimento diverse, talune straordinarie, altre non. Il caso della pandemia, stante la sua diffusione mondiale, pone ridotti allarmi rispetto alla tenuta libertà e dello Stato-di-diritto (almeno da questo punto di vista). Tuttavia, così come l'assunzione del rischio quale fondamento dell'emergenza costituisce un dispositivo derogatorio ed autoritario estremamente pericoloso, allo stesso modo, riservare ad una valutazione discrezionale dell'autorità la circostanza che legittima l'esercizio di poteri emergenziali non pone affatto al riparo rispetto a suoi ulteriori utilizzi politici, o di discriminazione di minoranze

Politik in der Risikogesellschaft - Essays und Analysen, Berlin, Suhrkamp, 1991 e ID., B. ADAM, J. VAN LOON (eds.), *The Risk Society and Beyond*, Sage, Newbury Park, 2000, ove alcune letture della teoria della società del rischio in materia ambientale e del diritto alla salute, spingendosi su nuovi fattori di rischio, particolarmente in campo tecnologico e genetico; in italiano ID., "Mucca pazza" e la società del rischio globale, in *Iride*, 2/2001, 235.

¹⁹ I riferimenti sono moltissimi; basterà rinviare a L.A. DICKINSON. *Using legal process to fight terrorism: Detentions, military commissions, international tribunals, and the rule of law*, in *S. Cal. L. Rev.*, 75 (2001-2002), 1407; L. N. SADAT, *Terrorism and the Rule of Law*, in *Global Stud. L. Rev.*, 2004, 135; al più diffuso studio di R. L. ABEL, *Law's Wars: The Fate of the Rule of Law in the US 'War on Terror'*, Cambridge University Press, 2018.

(come tipico del terrorismo), o compressione indebita di diritti fondamentali (e basterebbe l'esempio della gestione amministrativa dei migranti).

Pertanto, non si può non osservare come se la decisione circa la sussistenza dell'emergenza è discrezionale, nel perdurare dell'emergenza stessa questa prima valutazione innesca provvedimenti amministrativi con più ampio spettro discrezionale; disciplinare il potere amministrativo in condizioni ordinarie, consentirebbe di definire puntualmente la fattispecie, la finalità d'interesse pubblico, il procedimento per giungere alla decisione, il contenuto del provvedimento. Tutto questo si attenua fortemente con l'emergenza, giacché è utile che il contenuto del provvedimento sia adattabile al caso concreto, il procedimento soffre la compressione tipica dell'urgenza, la finalità di pubblico interesse è necessariamente generica ed innanzi all'incertezza scientifica (come nel caso dell'epidemia da Covid-19), l'efficacia del controllo giurisdizionale viene quasi annullata.

È, quindi, chiaro il secondo innesco del dispositivo autoritario: il fatto generativo dell'emergenza è ben diverso dalla estrema necessità; per conseguenza, non trattandosi di un «evento» ma di un (pur grave) rischio, esso è necessariamente oggetto di una valutazione discrezionale dell'autorità; in questi termini, è evidente come si possa generare emergenza – e, quindi, potere derogatorio e compressione dei diritti e della loro tutela giurisdizionale – a fronte di circostanze estremamente opinabili, rispetto alle quali l'autorità (esercitando valutazioni discrezionali) non solo sarà in grado di innescare dispositivi autoritari derogatori in assenza di fondamento legittimo, ma, ulteriormente, una volta dispiegato un simile potente dispositivo determinerà una contrazione significativa della tutela (e quindi, una ridotta capacità di critica giudiziaria anche quanto alla sussistenza delle condizioni che legittimano il ricorso all'emergenza). Nella prospettiva dello statuto costituzionale dell'emergenza, si tratta di un dispositivo di rottura dello schema costituzionale e, quindi, laddove venisse azionato, di un Colpo-di-Stato.

3.3. la disciplina legislativa eccessivamente elastica se non generica.

Il terzo elemento della complessiva strategia derogatoria è dato proprio dalla legge. Le disposizioni normative che sono state assunte nel periodo della pandemia sono caratterizzate da uno scostamento quasi inaudito rispetto ai caratteri essenziali di norme destinate alla compressione temporanea di diritti fondamentali.

Infatti, già il sistema dato dai decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6 e 25 marzo 2020, n. 19 (ed, assai più limitatamente, 2 marzo 2020, n. 9) dà vita ad un diritto dell'emergenza in buona parte nuovo. Si tratta di un sistema ancora largamente da studiare e non è questa la sede per un suo esame esteso, sicché si confida in più articolati e sedimentati studi.

Volendo però mettere in luce fin da ora alcuni elementi essenziali, si potranno indicare tre percorsi lungo i quali la tecnica utilizzata desta non poche preoccupazioni: il *primo* è quello della estrema elasticità e genericità delle previ-

sioni; il *secondo* della deformalizzazione dell'organizzazione amministrativa rispetto alla sua struttura ordinaria; il *terzo* è quello del rilievo della tecnica.

Quanto al *primo profilo*, il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 presenta previsioni straordinariamente evidenti: all'art. 1, in apertura, si prevede che «*le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica*»; il successivo art. 2 prosegue prevedendo che «*Le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia*» e ciò «*anche fuori dai casi di cui all'articolo 1*». Nella sostanza, e con chiarezza estrema, il legislatore prevede che l'autorità amministrativa possa fare tutto quanto ritenga necessario o utile per evitare la diffusione dell'epidemia. Si tratta di disposizioni del tutto incompatibili con il principio di legalità e lo Stato-di-diritto.

In questo senso basta riferirsi agli insegnamenti della Corte Costituzionale circa la compatibilità dell'emergenza con lo Stato-di-diritto.

La questione – costantemente affermata dalla Corte Costituzionale, ben censita dalla letteratura ⁽²⁰⁾ – è che i poteri di emergenza sono necessariamente sussidiari, *extrema ratio*, possono trovare applicazione solo a fronte dell'insufficienza di quelli ordinari. La giurisprudenza della Corte Costituzionale – sul punto sempre più prudente della dottrina – è chiara nello stabilire che la «*legge che attribuisce all'amministrazione il potere*» non «*può ridursi ad una "delega in bianco"*» ⁽²¹⁾ – ed è evidente la distanza da quest'insegnamento del sistema delle norme emergenziali per Covid-19. Se il principio di legalità va inteso in senso sostanziale – per come chiarito, anche di recente, dalla Corte Costituzionale ⁽²²⁾ – e, quindi, come principio di determinatezza delle norme attributive di potere, il contrasto è ancora più evidente: basterebbe pensare alla formulazione dell'art. 2 del d.l. n. 6 del 2020 («*Le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1*»). Nessuno, peraltro, ignora che sia «*conforme a Costituzione la possibilità che alle autorità amministrative siano affidati i poteri di emissione di provvedimenti diretti ad una generalità di cittadini, emanati per motivi di necessità e di urgenza, con una specifica autorizzazione legislativa che però, anche se non risulti disciplinato il contenuto dell'atto (che rimane, quindi, a contenuto libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata*» ⁽²³⁾, elementi largamente carenti (se non assenti) nella disciplina di cui si discorre. Più ancora, però, la questione è che pur nell'emergenza, come da tempo chiarito dalla Corte Costituzionale ⁽²⁴⁾, i diritti fondamentali – riconosciuti dall'art. 2 Costituzione – debbono esser fatti ogget-

²⁰ Per tutti, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.

²¹ Sul punto Corte Costituzionale, 7 aprile 2011, n. 115; per una rassegna delle decisioni della Corte Costituzionale, oltre alla letteratura già citata al capitolo II, si veda M. BROCCA, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, anche per i necessari rinvii alla dottrina.

²² Da ultimo, Corte Costituzionale, 24 luglio 2019, n. 195

²³ Cfr., Corte Costituzionale, 30 dicembre 1987, n. 167

²⁴ Cfr., Corte Costituzionale, 4 gennaio 1977, n. 4

to di un bilanciamento quanto alla loro componente suscettibile di limitazione e compressione, mentre nel sistema emergenziale per Covid-19 appare del tutto evidente come la salute della collettività abbia compresso qualunque altro diritto senza alcun bilanciamento.

Tutti sanno ⁽²⁵⁾ che i poteri d'emergenza devono essere quanto più limitati nel tempo possibile; che la loro più elastica definizione da parte della legge impone di conservare (o potenziare) il ricorso al giudice da parte degli interessati; che in quanto atipici debbono essere non solo chiari nel fine, ma soprattutto proporzionati quanti ai mezzi – che debbono essere tali da determinare il minor sacrificio possibile dei diritti dei destinatari; che devono contenere una descrizione molto accurata della fattispecie cui si applicano e da cui sorgono; che devono assolutamente evitare di introdurre discriminazioni. In sintesi, essendo necessariamente elastici, debbono essere determinati quanto a tutto il resto.

Il d.l. 6/2020, invece, introduce una dinamica di poteri d'emergenza radicalmente diversa: spetta all'autorità fare tutto ciò che ritiene necessario o anche solo opportuno, sia in ordine alle ipotesi che la legge prevede, ovvero *«anche fuori dai casi»* previsti. È evidente che ci si muove in un territorio del tutto diverso da quello minimo compatibile con lo Stato-di-diritto.

Non è da meno il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che esordisce prevedendo che *«Per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19»* per tutta la durata dell'emergenza nazionale, *«possono»* essere adottate una serie di misure indicate dal decreto. Questa possibilità (questo, potere, quindi) può condurre ad assumere misure *«per periodi predeterminati»* (in coerenza con quanto tutti ritengono necessario perché lo Stato-di-diritto sia salvaguardato) e, tuttavia, questi *«periodi»* sono *«reiterabili e modificabili anche più volte»* e *«con possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione»*. Non si fatica a cogliere la misura della libertà (e, quindi, di potere assoluto) lasciato all'autorità amministrativa, così come sembra evidente il contrasto con il livello minimo di assicurazione dello Stato-di-diritto.

Anche la descrizione delle misure di limitazione delle libertà e dei diritti fondamentali è così elastica da lasciare perplessi. Da un punto di vista teorico generale, è evidente che la formulazione della norma destinata a fronteggiare l'emergenza, fisiologicamente, sarà elastica, meno dettagliata nella descrizione della fattispecie, tale da lasciare uno spazio di discrezionalità adeguato ad adattarsi nell'applicazione. Tuttavia, il testo delle norme che costituiscono i capisaldi di questa sorta di ordinamento dell'emergenza per Covid-19 fa un uso della genericità che sembra incompatibile con il livello minimo della legalità e dello Stato-di-diritto.

Anzitutto, esse sono formulate come una riserva di potere: infatti *«possono essere adottate»* misure concrete (ed esse riguardano, tra l'altro, il divieto di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora, il divieto generalizzato di esercitare il diritto di riunione in luoghi pubblici o aperti al pubblico, la sospen-

²⁵ Cfr. Corte Costituzionale, 7 aprile 2011, n. 115

sione di manifestazioni o iniziative «di qualsiasi natura», la chiusura di strade e aree pubbliche, la «applicazione della misura della quarantena precauzionale», la chiusura dei luoghi di culto, di centri culturali o di aggregazione, la sospensione o la soppressione di servizi di trasporto, automobilistico, ferroviario, aereo, marittimo, di trasporto pubblico locale, la sospensione di tutti i servizi educativi ed attività didattiche, delle attività di vendita e somministrazione al pubblico); tuttavia, si tratta di una potenzialità assoluta, della quale non sono definiti limiti e parametri.

Allo stesso modo, le misure che possono esser adottate sono altrettanto innominate e sovrabbonda la previsione per la quale rispetto all'esercizio di diritti fondamentali il Presidente del Consiglio potrà «limitare», senza alcun parametro se non quello della «adeguatezza».

Si tratta, in sostanza, di una tecnica normativa per la quale tutto ciò che apparirà adeguato a limitare l'espansione del contagio potrà essere ordinato. È evidente come manchi del tutto il livello minimo del principio di legalità; così come è evidente che il parametro fondamentale è quello dell'emergenza e della prevenzione del rischio (testualmente è questo il solo riferimento), mentre manca interamente la considerazione del principio di sussidiarietà o del minimo mezzo: i diritti sono sostanzialmente cancellati, sicché non occorre limitare il potere del capo del Governo affinché la loro compressione avvenga solo per quanto necessario. Anche le teorie di un secolo fa sulla necessità come fonte del diritto avrebbero tollerato l'obiezione per la quale le libertà fondamentali non avrebbero dovuto essere limitate se non nel limite del necessario. Nella legislazione su Covid-19, invece, l'unico parametro è quello dell'adeguatezza della misura alla prevenzione del contagio, sicché non stupisce che questa riserva di potere sia quasi sempre stata utilizzata al suo livello massimo.

Inoltre, sempre se si guarda anche solo a queste norme fondative del sistema, è agevole trovare norme di chiusura che estendono il potere a qualunque diritto il capo del Governo ritenga di comprimere. Ad esempio, dopo aver ossessivamente elencato ogni possibilità di incontro o riunione, la legge prevede che il potere di limitare o vietare si estenda ad «ogni altra forma di riunione» oppure ad «analoghi luoghi di aggregazione»; allo stesso modo, dopo avere elencato tutte le attività economiche possibili, si prevede la possibilità di «sospensione di altre attività d'impresa o professionali», anche «ove comportanti l'esercizio di pubbliche funzioni» per giungere alla «eventuale previsione di esclusioni dalle limitazioni alle attività economiche di cui al presente comma, con verifica caso per caso».

Quanto al *secondo profilo* che si è indicato, l'organizzazione pubblica dell'emergenza importa una radicale alterazione della collegialità del Consiglio dei Ministri e, più in generale, un'alterazione profonda dei modelli organizzativi. L'art. 2 del d.l. 19/2020 è emblematico da questo punto di vista.

Quanto al *terzo profilo* che si è indicato, a fronte dell'incertezza dei dati scientifici (è emblematico in questo senso l'art. 1 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, ove ci si riferisce all'ipotesi in cui «non si conosce la fonte di trasmissione»), si prevede che «le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità» dei provvedimenti da assumere

siano svolte dal Comitato tecnico scientifico istituito dall'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630.

Lo schema è chiaro ed è nel senso che l'*emergenza legittimi sé stessa*: i diritti fondamentali e le libertà sono interamente comprimibili, sono suscettibili di essere sospesi, in ragione dell'emergenza; le misure con le quali si sospendono i diritti fondamentali e libertà sono del tutto atipiche e consegnate alla decisione del Presidente del Consiglio come organo monocratico, in ragione dell'emergenza; l'unico limite che incontrano è quello dell'adeguatezza ad affrontare l'emergenza; l'emergenza deriva esattamente dall'incertezza scientifica rispetto al contagio (se si sapesse come impedirlo e come curare la malattia, non ci sarebbe l'emergenza); la valutazione di adeguatezza e proporzionalità, che riguarda il livello entro il quale l'esercizio dei diritti fondamentali può essere limitato o sospeso e che, quindi, è la massima decisione politica pensabile, è rimessa ad una valutazione tecnica.

3.4. sulla natura eversiva del sistema.

Si è di fronte, quindi, alla creazione di un dispositivo giuridico derogatorio di straordinaria potenza e radicalmente *eversivo*: il presupposto di fatto che attiva i poteri di emergenza previsti dalla legge ordinaria è sostanzialmente assente e lo si costruisce attraverso un'alterazione del presupposto (sostituendo il rischio dell'evento all'evento); la deformalizzazione del fatto assunto dalla fattispecie trasforma quest'ultima in una valutazione discrezionale del Governo, scarsamente (o per nulla) sindacabile; l'avvio della deroga emergenziale innesca uno stato di necessità che regge il consenso rispetto a leggi – palesemente incostituzionali – che prevedono la radicale limitazione di tutte le libertà e diritti fondamentali, senza limiti o garanzie, rimettendole alla completa discrezionalità del capo del Governo alla luce di una valutazione di adeguatezza delle misure a combattere il morbo, rendendo cedibile qualunque diritto fondamentale – anche nella sua componente incompressibile – a fronte del rischio per la salute (sempre considerata come bene pubblico e non della persona).

Tutto ciò impone di guardare al fondamento costituzionale dell'emergenza.

4. Sul dibattito circa il fondamento costituzionale dell'emergenza.

La dottrina giuridica ha immediatamente proposto riflessioni sull'emergenza, molte utilissime e profonde, esaminando anche le esperienze straniere, proponendo analisi comparate⁽²⁶⁾ e soprattutto informando delle misure assunte da altri Paesi europei⁽²⁷⁾ ovvero esterni all'Unione⁽²⁸⁾.

²⁶ Ne sono esempio i lavori con più autori *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 31 marzo 2020, ove i lavori di L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, F. GALLARATI, *Le libertà*

Allo stesso modo, indagini serie ed alle quali volentieri ci si riporta per la discussione, hanno esaminato quali libertà personali fossero state compresse e se con modalità compatibili con la loro disciplina costituzionale.

Ne sono derivati molti ed utilissimi studi relativi al catalogo delle libertà e diritti che le misure d'emergenza hanno conculcati ⁽²⁹⁾ ed alla compatibilità del-

fondamentali alla prova del coronavirus. Prime note sulla gestione dell'emergenza in Francia e Spagna, A. CANEPA, *Lotta al COVID-19 e diritti dei cittadini nella Repubblica Popolare Cinese. Le peculiarità di un ordinamento socialista asiatico*, S. DOMINELLI, *COVID-19: riflessioni di diritto dell'Unione europea*.

Si vedano anche i lavori di più autori, *Il senso di diritti comparati per la crisi: emergenza, protezione dei diritti fondamentali e radici europee*, in *Diritti comparati*, 1 aprile 2020 e *Stato di pericolo e poteri straordinari al governo ungherese*, in *Questione giustizia*, 1 aprile 2020.

²⁷ Sicuramente, su altri Paesi europei, S. BENVENUTI, *Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 «sulla protezione contro il coronavirus»*, in SIDI blog – Forum Covid-19, 7 aprile 2020; S. CERTOMÀ, *Orbán si prende i pieni poteri, in attesa di una risposta europea*, in *Ius in Itinere*, 2 aprile 2020; E. ARANA GARCÍA, *Covid 19 y Derecho Público en España: el virus que desnudó nuestro sistema político, social e institucional*, in *ildirittodelleconomia.it*, 17 maggio 2020; M. A. PRESNO LINERA, *Coronavirus SARS-CoV-2, garantía de derechos fundamentales y límites a los mismos en el Derecho español*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 19 marzo 2020; P. COSTANZO, *Brevi note sulle soluzioni apprestate dalla Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta-online*, n. 1/2020, 17 aprile 2020.

Specificamente sui profili di diritto dell'Unione Europea, I. DE MIGUEL, E. ATIENZA-MACÍAS, *What can we expect from the EU legal framework in a pandemic outbreak?*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 14 marzo 2020; P. DE SENA, *Contrasto al covid-19 e/o demolizione dello stato di diritto? Le misure ungheresi e la Convenzione europea*, in SIDI blog – Forum Covid-19, 7 aprile 2020.

²⁸ Quanto alla situazione in Paesi esterni all'Unione Europea, X. JIANBO, *La tutela dei lavoratori in Cina durante l'epidemia di coronavirus*, in *Apertacotrada*, 11 maggio 2020; P. MAGARÒ, *La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America all'epoca del COVID-19 (uno sguardo d'insieme)*, in *Consulta-online*, n. 1/2020, 21 aprile 2020; F. MENEZES DE ALMEIDA, *Reflexões sobre a pandemia de COVID-19 no contexto do estado direito brasileiro*, in *ildirittodelleconomia.it*, 3 maggio 2020; L. A. NOCERA, *Covid-19: Latin America in Alert to Face the Sanitary Emergence*, in *DPCE-online – Osservatorio Covid 19*, 26 marzo 2020; S. B. SANTOS DIVINO, *The Brazilian government's actions against the Covid-19 (Coronavirus)*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 16 marzo 2020; T. F. TEDESCO, R. DIAS, *La emergencia de salud pública internacional derivada del Coronavirus (Covid-19) y la reacción normativa Brasileña: un panorama a partir de la ley 13.979/2020*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 23 marzo 2020.

²⁹ Principalmente sul problema della garanzia dei diritti fondamentali, senza pretesa di completezza si rinvia a G. MENEGATTO, *Diritto e diritti nell'emergenza: ripartire dalla Costituzione*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 11 marzo 2020; M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 16 marzo 2020; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020; L. POLI, *Epidemie, diritti fondamentali e doveri dell'individuo*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020; R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di Covid-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti regionali – Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 30 marzo 2020; G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Consulta-online*, n. 1/2020, 6 aprile 2020; O. CHESSA, *Cosa non va nel bilanciamento in corso tra libertà individuale e salute pubblica?*, in *LaCostituzione.info*, 12 aprile 2020; A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *Consulta-online*, n. 1/2020, 14 aprile 2020; F. SORRENTINO, *Rifles-*

le misure con la loro disciplina costituzionale ⁽³⁰⁾, anche in relazione all'applicazione del principio di precauzione ⁽³¹⁾.

sioni minime sull'emergenza coronavirus, in *Costituzionalismo.it*, 20 aprile 2020; P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio Costituzionale AIC – Forum “Emergenza COVID-19”*, n. 3/2020, 21 aprile 2020.; G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *aisdue.eu – Post Coronavirus e Diritto dell'Unione*, 30 aprile 2020; A. BURATTI, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in *Diritti comparati*, 1 maggio 2020; V. BALDINI, *Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, 6 maggio 2020.

³⁰ Nel mese di marzo si sono addensati molti interventi, nell'immediatezza dell'applicazione del lockdown: A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 10 marzo 2020; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 14 marzo 2020; E. C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020; A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del COVID-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 18 marzo 2020; P. CARROZZINO, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *LaCostituzione.info*, 19 marzo 2020; G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 20 marzo 2020; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 20 marzo 2020; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali – Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 21 marzo 2020; L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, 23 marzo 2020; V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 23 marzo 2020; U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di “coronavirus” come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 25 marzo 2020; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 26 marzo 2020; F. CERQUOZZI, *“Stato d'emergenza” e Costituzione*, in *Ius in Itinere*, 26 marzo 2020; G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione Giustizia*, 27 marzo 2020; C. ACOCCELLA, *L'epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali. Rileggendo La Peste di Camus*, in *Diritti regionali – Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed Enti locali*, 28 marzo 2020; U. ALLEGRETTI, *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, n. 1/2020, 28 marzo 2020; R. BIN, *Il ritorno dello Stato e l'importanza del Presidente*, in *LaCostituzione.info*, 28 marzo 2020; T. GROPPI, *Le sfide del Coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *Consulta-online*, n.1/2020, 30 marzo 2020; G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, 31 marzo 2020. Successivamente, A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta-online*, n. 1/2020, 6 aprile 2020; F. CINTOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 6 aprile 2020; P. MORI, *Covid-19, misure emergenziali e Stato di diritto*, in *aisdue.eu – Post Coronavirus e Diritto dell'Unione*, 8 aprile 2020; G. TROPEA, *Il contact tracing*

Si tratta di discussioni preziose, rispetto alle quali, tuttavia, mi pare si possa sollevare un'obiezione comune: le libertà ed i diritti fondamentali sono tutti, strutturalmente, sociali, sicché la proibizione della socialità nega radicalmente tutti i diritti fondamentali e le libertà previsti dalla Costituzione.

Ed, ancora, se si guarda bene, la loro dimensione sociale emerge non appena ci si riferisca all'art. 2 Cost. (che costituisce la norma fondamentale non solo del sistema, ma del sistema dei diritti in particolare) evitando di leggerli in una dimensione solamente individualista. Si pensi al domicilio: in una situazione di confinamento nel proprio domicilio non sembrerebbe che la libertà dello stesso sia compressa; tuttavia, sol che si pensi che il domicilio è protetto come luogo nel quale le dimensioni fondamentali della persona si esprimono, e tra queste la coltivazione delle sue relazioni essenziali. Se si è costretti nel proprio domicilio, ma non vi si possono ospitare le persone con le quali si hanno relazioni fondamentali (pur con il necessario sistema di protezione e distanziamento necessario ad evitare il contagio), sembra arduo affermare che la libertà domiciliare non sia stata compressa grandemente. Si tratta di un esempio che consente, con la sua semplicità, di escludere che vi siano libertà o diritti fondamentali che non siano stati conculcati.

4.1. il dibattito dottrinale nell'immediatezza della pandemia

Il problema principale dal nostro punto di vista è quello del fondamento dei poteri di emergenza in Costituzione, che conduce con sé quello della relazione tra emergenza, gerarchia delle fonti del diritto e garanzie dei diritti inviolabili.

Ciò non equivale affatto a trascurare il problema della teoria delle fonti del diritto, per il quale, ad esempio, s'è parlato molto seriamente e con validi argomenti di crisi nella quale «*da tempo, endemicamente, versa il sistema delle fonti non*

digitale e l'epidemia: sindrome cinese?, in *LaCostituzione.info*, 9 aprile 2020; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio Costituzionale AIC – Forum "Emergenza COVID-19"*, n. 3/2020, 28 aprile 2020; M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio Costituzionale AIC – Forum "Emergenza COVID-19"*, n. 3/2020, 28 aprile 2020; A. RUGGERI, *La forma di governo nel tempo dell'emergenza*, in *Consulta-online*, n. 2/2020, 2 maggio 2020.

³¹ A. DONATI, *L'Europa e la crisi del Coronavirus: alla (ri)scoperta del principio di precauzione*, in *BioLaw Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 16 marzo 2020; L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del coronavirus: tra fondatezza scientifica, principio di precauzione e tutela dei diritti*, *ivi*, 18 marzo 2020; T. PENNA, *Il principio di precauzione tra diritto e scienza nell'emergenza da COVID-19*, *ivi*, 20 marzo 2020; C. SILVANO, *Il principio di precauzione nell'attuale emergenza sanitaria*, *ivi*, 20 marzo 2020; T. PASQUINO, *Il principio di precauzione ai tempi del COVID-19 tra "rischio" ed "emergenza"*, *ivi*, 24 marzo 2020

sembra ormai più reversibile»⁽³²⁾; si tratta di posizioni critiche largamente espresse dalla dottrina giuridica⁽³³⁾.

Tuttavia, proprio dalla crisi del sistema delle fonti si trae⁽³⁴⁾ l'idea della necessità di introdurre «una disciplina costituzionale dell'emergenza» (come anche da altri sostenuto)⁽³⁵⁾. La questione del sistema delle fonti finisce, quindi, per involgere il più generale profilo costituzionale dell'emergenza.

Da questo punto di vista si possono registrare orientamenti (anche molto) differenziati.

4.1.1. Un *primo*, e molto significativo, approccio al problema è dato dal ricorso al fatto come fonte del diritto. Quest'interpretazione, poi, si distingue in due orientamenti tra loro piuttosto divergenti.

L'idea di fondo è piuttosto tradizionale e diffusa nelle culture giuridiche europee, anche per ragione della sua sostanziale ascendenza ad alcune letture della dittatura nel diritto romano⁽³⁶⁾.

Si tratta dell'idea per la quale «non si può negare che la necessità “di fatto” assurge a fonte autonoma qualora provvedimenti siano indispensabili per fronteggiare esigenze improvvise e imprevedibili che mettono in discussione l'esistenza stessa dello Stato»⁽³⁷⁾. La necessità, quindi, è fonte autonoma del diritto⁽³⁸⁾ e, tuttavia, non legittima il pie-

³² Così, A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, I, 2020, 212.

³³ In questo senso, G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano*, cit.; A. VENNANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, cit.; V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, Editoriale, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 27 febbraio 2020, 59; denuncia il rischio di una “trasfigurazione” dello Stato costituzionale in “Stato di prevenzione”; M. DE NES, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, cit.; L. A. MAZZAROLLI, “Riserva di legge” e “principio di legalità” in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, cit.; R. DI MARIA, *Il binomio “riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali” in tempo di COVID-19: una questione non soltanto “di principio”*, cit.; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, cit.;

³⁴ Così, A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., 213.

³⁵ La proposta è sostenuta da S. PRISCO, in ID. e F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 24 marzo 2020, 6; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *BiolaW Journal*, Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 14 marzo 2020, lo sostiene attraverso il riferimento ad altri ordinamenti; più limitatamente I.A. NICOTRA, *L'epidemia da covid-19 e il tempo della responsabilità*, in *Diritti Regionali*, Forum su La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali, 1/2020, 23 marzo 2020, 396. All'introduzione di discipline delle assemblee parlamentari nell'emergenza dedica la sua proposta S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *BiolaW Journal*, Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus, 17 marzo 2020.

³⁶ Ovvio il riferimento a C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1921.

³⁷ G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., II.

³⁸ Diffusamente sull'argomento, E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, BUP, 2019; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze*

no potere, ma solo quello di affrontare la necessità, sicché dovrà essere temporaneo e limitato dal rispetto dei principi fondamentali.

Il riferimento diffuso di quest'impostazione è certamente Romano, spesso evocato in questi mesi rispetto alla riflessione sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria del 1908⁽³⁹⁾, ove si sostiene che la necessità sia «*fonte prima e originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono da considerarsi in certo modo derivate*».

In realtà, sembrerebbe più utile richiamarsi al meno ambiguo e precedente studio sulla instaurazione di fatto dell'ordinamento costituzionale⁽⁴⁰⁾, ove si distingue correttamente tra necessità e creazione dell'ordinamento in via di fatto, sicché la prima legittima deroghe solo temporanee e non pone in essere un diverso ordinamento. Nella sostanza, mentre la creazione di fatto di un regime, di un ordinamento, ha sostanza rivoluzionaria – incompatibile con il permanere di una Costituzione –, la necessità consente solo la sospensione temporanea dell'ordinamento, del regime politico e non solo presuppone la sua permanenza, ma si giustifica proprio per la conservazione dello Stato nel momento dell'emergenza.

Sta di fatto che è piuttosto diffusa l'idea che la nostra Costituzione disciplini alcune ipotesi e limiti dell'eccezione, mentre «*in altri tutto avviene fuori da ogni previsione normativa, nel vuoto delle norme*»⁽⁴¹⁾.

Quest'ordine di idee ricorre ad impostazioni molto tradizionali – e piuttosto rischiose – per i quali la necessità della conservazione dello Stato legittima la sospensione dell'ordine, purché temporanea; il diritto dell'emergenza sorge dal fatto, dalla necessità, ed essa legittima la deroga, la sospensione delle garanzie, l'alterazione dell'equilibrio tra i poteri. Tutto cede all'esigenza della salvezza dello Stato (alla *salus rei publicae*).

Si tratta di una spiegazione che – per vero come quella positivista, che costruisce il diritto dell'emergenza sulla base delle norme costituzionali – fatica moltissimo quando si confronta con il contenuto concreto delle misure assunte

libere a funzione normativa, in *Dir. amm.*, 2016, 37; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 377; C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, cit.; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003; F. SATTA, *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990; G.U. RESCIGNO, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Nov.mo dig. it.*, XII, Torino, Utet, 1965, 89

³⁹ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria* (1909), cit.; su questo scritto, in relazione all'emergenza sanitaria G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di Diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 18 marzo 2020.

Non si dovrebbe dimenticare di vedere anche G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377

⁴⁰ S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), anch'esso in ID., *Scritti minori*, cit. I, 131; i riferimenti nel testo sono particolarmente alle pagine 150 e seguenti e non si dovrebbe trascurare la discussione delle tesi di Jellinek immediatamente successiva.

⁴¹ G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., III.

per l'emergenza Covid-19, giacché non solo alcune di esse sono difficilmente compatibili (quanto al loro contenuto, non tanto sul versante della gerarchia delle fonti) con il nostro ordinamento (si pensi anche solo alla straordinaria lunghezza dello stato di emergenza nazionale, ben lontano dalla stretta temporaneità che deve caratterizzare i poteri di emergenza), ma tutte nel loro insieme, nell'intenso fluire di decreti – legge, decreti presidenziali ed ordinanze della Protezione Civile finiscono per dar luogo ad un'*ordinarietà eversiva*, ad sistema parallelo e derogatorio.

Come s'è anticipato, questi approcci divergono nei risultati, perché per alcuni la necessità e l'urgenza sono e restano fonti indispensabili del diritto, destinate ad operare nelle corrispondenti situazioni, per altri, invece, si dovrebbe rapidamente por mano alla Costituzione e introdurre una norma sull'emergenza, ad imitazione di altri ordinamenti. Non è questa la sede per rammentare le ragioni che nel dibattito dei costituenti la fecero escludere, né per richiamare quelle recenti e profonde interpretazioni che smentiscono che la Costituzione presenti un vuoto da questo punto di vista ⁽⁴²⁾.

4.1.2. Più interessante, semmai, è notare come tutte queste interpretazioni si richiamino a fonti espresse – straniere o internazionali – assai preziose perché pongono limiti alla necessità, proteggendo comunque alcune libertà e diritti nella loro dimensione minima.

Tuttavia, si tratta di disposizioni che consentono la deroga alla protezione dei diritti umani fondamentali a fronte di un «*pericolo pubblico che minacci la vita della nazione*» (art. 15, Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) o, per stare alla sintesi della Venice Commission del 1995 (European Commission for Democracy through Law), se «*Public emergency situations involve both derogations from normal human rights standards and alterations in the distribution of functions and powers among the different organs of the State*» tuttavia «*the principal international human rights instruments of our time contain a derogation clause with regard to emergencies*»; sicché «*The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR, Article 15) allows derogation in cases of "war or other public emergency threatening the life of the nation". The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR, Article 4) refers to a "public emergency which threatens the life of the nation", while the American Convention on Human Rights (ACHR, Article 27) refers to a "war, public danger, or other public emergency that threatens the independence or security of a State party"* ».

Secondo queste fonti, le deroghe dovute all'emergenza sono dirette alla conservazione dello Stato o della Nazione.

L'idea che la necessità sia fonte del diritto, quindi, sorge per legittimare il potere dello Stato e si interpreta ancora oggi come deroga ai diritti fondamentali perché lo Stato o la Nazione possano salvare sé stessi.

Non si può non vedere come queste idee colleghino radicalmente (ed in Romano, ad esempio, molto più che dichiaratamente) la sovranità dello Stato con i poteri di necessità ed urgenza; che questi siano limitati dai principi costi-

⁴² M. LUCIANI, *op. ult. cit.*,

tuzionali supremi – a differenza delle impostazioni della prima metà del Novecento – non vale ad alterare lo schema: la sovranità appartiene allo Stato ed il sovrano, per salvare sé stesso, potrà dichiarare lo stato di necessità e sospendere il godimento dei diritti fondamentali delle persone.

4.1.3. All'opposto, v'è chi ha negato che la Costituzione sia priva di un diritto dell'emergenza.

Anticipo subito che queste interpretazioni sono, secondo me, per molti versi assai convincenti. Sono solo due i profili che non convincono.

In primo luogo raggiungono un approdo non diverso da quello indicato precedentemente quanto all'emergenza come strumento diretto alla salvezza dello Stato (esplicitamente: «*il fondamento costituzionale c'è e deve rinvenirsi nei tradizionali principi del primum vivere e della salus rei publicae*») ⁽⁴³⁾. Nella sostanza, sia chi ritiene che l'emergenza si fondi sulla forza del fatto e chi, al contrario, vi trova fondamento e disciplina in Costituzione, giungono comunque alla conclusione che la sua funzione sia quella della salvezza dello Stato e della Nazione.

Per l'altro, queste interpretazioni, ineccepibili quanto alla ricostruzione dell'emergenza in generale e di quella per la gestione del Covid-19, in particolare, non entrano nella concreta valutazione della legittimità dei provvedimenti amministrativi (dichiarazione dello stato di emergenza e l'alluvione dei d.p.c.m. successivi) o dei decreti-legge ⁽⁴⁴⁾.

Il fondamento costituzionale dell'emergenza, quindi, si troverebbe nella necessità, sottesa alla stessa Costituzione, della conservazione dello Stato, dell'ordinamento costituzionale repubblicano stesso e della nazione. Questi «*“valori” immanenti al sistema*» sono stati «*sicuramente e chiaramente positivizzati*» sicché operano come «*veri e propri principi costituzionali*»; essi emergono chiaramente nelle disposizioni circa l'indivisibilità (art. 5 Cost.) e l'unità (art. 87 Cost.) della Repubblica, l'intangibilità dei principi supremi del vigente ordine costituzionale (artt. 7, 10, 11 e 139 Cost.) ⁽⁴⁵⁾ – per altri autori, molto meno convincenti, rileverebbero anche gli artt. 120, co. ii, 77 e 78 Cost. ⁽⁴⁶⁾.

Per queste interpretazioni, in modo del tutto condivisibile, l'idea che il profilo costituzionale del diritto dell'emergenza possa emergere dal fatto – con

⁴³ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 4.

⁴⁴ Quanto all'ineccepibilità dell'argomentazione in ordine alle fonti, intendo riferirmi particolarmente a M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, *passim*.

⁴⁵ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 5.

⁴⁶ Per G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, Jovene, 2016, 38 ci si dovrebbe riferire all'art. 120, co. II, ove l'enunciato «*pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica*» – che, tuttavia, legittima solo l'attribuzione allo Stato del potere sostitutivo; Per F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19*, 13 marzo 2020, il riferimento sarebbe all'art. 77 Cost. – che, tuttavia, legittima solo la decretazione d'urgenza del Governo, strumento così ordinario (ed abusato) che non consente di costruirvi un regime costituzionale dell'emergenza, oltre a non contenere alcun dato letterale sul quale poggiare la tesi – ed all'art. 78 Cost. – riferimento ancor più errato e pericoloso, giacché si riferisce ad una fattispecie del tutto diversa, la dichiarazione di guerra, trascurando il dibattito in assemblea costituente circa questa norma (per il quale, G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, cit., 34).

un richiamo implicito alla norma di chiusura postulata da tutto il positivismo giuridico – contrasta «con il primato della Costituzione e con la sua rigidità: ammettendo la necessità come fonte, la si dovrebbe anteporre alla stessa Costituzione, il che non ha alcun riscontro positivo²⁹, e se mai la Costituzione venisse (pur provvisoriamente) travolta per ragioni emergenziali non potremmo desumere la legittimità dell'evento dalla necessità, ma dovremmo parlare di vera e propria rottura costituzionale» (⁴⁷), vale a dire un Colpo-di-Stato, una violazione della Costituzione aperta e operata dai vertici dello stesso nel tentativo di legittimarsi in via di fatto e, quindi, con un percorso rivoluzionario.

In sostanza, la *Verfassungsdurchbrechung*.

Agendo, quindi, lungo la linea dell'interpretazione dell'emergenza come fondata in Costituzione sulla sua rigidità, conservazione dell'indivisibilità e l'unità della Repubblica, intangibilità dei principi supremi del vigente ordine costituzionale, essa non può che esprimersi attraverso la legge ordinaria – e, per via dell'urgenza, ordinariamente attraverso il decreto-legge – con la conseguenza del divieto di provvedimenti amministrativi eccezionali che abroghino le leggi vigenti, potendole al più – e con seri limiti – derogarvi temporaneamente; le fonti emergenziali quindi, potranno disciplinare alcune fattispecie in modo diverso dall'ordinario ma solo per un tempo definito, entro limiti fissati, sulla base di presupposti prestabiliti e garantendosi il controllo giurisdizionale della deroga. Nel caso del Covid-19, quindi, la fonte normativa primaria esisteva – essendolo il Codice della protezione civile, fonte primaria già stata esaminata dalla Corte costituzionale, sia pure in una sua versione precedente, con la sentenza n. 418 del 1992 (⁴⁸) –, sicché la gerarchia delle fonti e la Costituzione sono formalmente rispettate.

4.1.4. La più parte degli interpreti, invece, si è collocata lungo l'arco che va dalla compatibilità o al contrasto tra emergenza e Costituzione.

Su un versante, va segnalata la linea interpretativa che evoca lo stato di eccezione – dalle prese di posizione ideologiche agambeniane, ai giudizi più motivati o problematici che pure evocano lo stato di eccezione smittano quando non lo stato di guerra (⁴⁹); con tutta evidenza, si tratta di posizioni che tutte enfatizzano i pericoli per l'ordinamento costituzionale e che, tuttavia, non

⁴⁷ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 5.

⁴⁸ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 6.

⁴⁹ Evocano espressamente lo Stato di eccezione A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, cit; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2020, 2; R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*, in *Biola Journal, Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 20 marzo 2020; G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid19*, cit.; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, cit.; T. EPIDENDIO, *Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in *Giustizia insieme*, 30 marzo 2020 (per il quale si tratterebbe, però, di eccezione in "senso debole"); C. ZUCCELLI, *Lo "stato di eccezione" e i pericoli per la Costituzione che finisce violata*, in *lIDubbio*, 4 aprile 2020; M. OLIVETTI, *Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avvenire*, 11 marzo 2020. M. AINIS, *Il bisticcio del potere*, in *La Repubblica*, 3 marzo 2020, invece, evoca lo stato di guerra.

lo risolvono: infatti, o ci si è trovati innanzi all'utilizzazione dell'eccezione in senso shmittiano o alla diffusa utilizzazione del potere biopolitico, ed allora il diritto è semplicemente travolto come strumento di garanzia e ci si colloca in un ambito di pura forza, sicché la Costituzione è violata in modo irreparabile, l'esercizio del potere è rivoluzionario ed il Colpo-di-Stato perpetrato; oppure si riterrà che l'ordinamento costituzionale abbia retto, ed allora l'insieme di queste evocazioni non porta lontano.

Sul versante opposto, invece, vanno considerate le strenue difese della legittimità costituzionale delle misure d'emergenza – con diversità di accenti e, soprattutto, con argomentazioni che vanno dalla puntigliosa analisi, all'affermazione quasi immotivata⁵⁰).

Una linea interpretativa intermedia, ed utilissima, si è rivolta all'esame di singoli provvedimenti ovvero della compatibilità tra le misure decisorie assunte, il loro rango nella teoria delle fonti e la protezione costituzionale delle singole libertà, attraverso l'esegesi delle singole norme.

5. Sulle questioni nuove che non possono non porsi e...

L'intero dibattito che si è sommariamente richiamato è certamente prezioso.

Tuttavia, le questioni che si pongono al diritto pubblico sono in parte nuove e non sembra sufficiente affrontarle con strumenti, pur raffinati, che non sono adeguati a governarle.

L'emergenza pandemica è solo un'occasione, un singolo evento; può essere esorcizzato e limitato ad una circostanza singola e transeunte, ovvero avvertito come semplice acceleratore ed evidenziatore di tendenze dell'ordinamento largamente presenti anche prima e destinate a non tramontare quando il contagio sarà contenuto e sconfitto. Propendo chiaramente per la seconda lettura ed intendo argomentare questa posizione, per brevità, con riferimento ad alcuni profili soltanto.

5.1. L'emergenza come fatto non straordinario dell'ordinamento.

Se si esamina l'evoluzione del nostro ordinamento dall'inizio del nuovo millennio, non può non apparire come l'emergenza sia una cifra costante. Quasi tutte le più rilevanti questioni economiche del Paese sono state affrontate

⁵⁰ In questo senso, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Biola Journal, Forum su Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020 (ma prima ancora, ID., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit.); U. ALLEGRETTI, *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?*, cit.; ID., *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, cit.; pur con un giudizio più articolato A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali, Forum su La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 1/2020, 4 aprile 2020.

con leggi-provvedimento, derogatorie, limitative della tutela, emergenziali. Crisi bancarie, di aziende strategiche, limitazioni all'afflusso dei capitali stranieri, grandi opere, crisi ambientali, hanno sempre dato luogo a discipline legislative *ad hoc*, emergenziali e derogatorie. La stessa cosa può dirsi di vari altri settori dell'ordinamento, dalla gestione dei flussi migratori alla gestione dei rifiuti, dalla sanità alle misure di sostegno del reddito. Si tratta di un elenco lungo e articolato, che non vale la pena di declamare qui.

5.2. L'emergenza come fattore dell'organizzazione pubblica.

Non soltanto si è costantemente evocata l'emergenza a fronte di processi socialmente o economicamente rilevanti, ma questa tendenza dell'ordinamento ha condotto con sé una trasformazione organizzativa.

Si è da molte parti criticato l'uso eccessivo dei d.p.c.m. e la concentrazione di potere in capo al Presidente del consiglio dei ministri nella gestione della pandemia.

Tuttavia, non si può nascondere come negli ultimi anni sia stato estesissimo il ricorso ad organizzazioni pubbliche temporanee – anche nella forma di società di capitali in dominio pubblico (basti l'esempio di Expo2015) – ovvero al modello dei commissari straordinari. Quest'ultimo, è stato utilizzato massicciamente, che tragicamente crollasse un ponte autostradale o che vi fosse un evento internazionale da organizzare.

In tutti questi casi si sono create organizzazioni monocratiche, assistite da vastissimi poteri derogatori, alterando la fisionomia ordinaria dell'organizzazione pubblica che – efficiente o meno che sia – è assistita da definizione di competenze e controlli che assicurano (o almeno sono disciplinate perché assicurino) garanzia di imparzialità e protezione dei diritti. Il modello commissariale, invece, così diffuso ed enfatizzato, travolge la stessa funzione di garanzia dell'organizzazione pubblica.

A questo va aggiunto il sistema delle agenzie, che frequentemente assommano funzioni disordinatamente attribuite e tra loro contraddittorie quanto ai modelli organizzativi (giacché il disegno organizzativo dovrebbe differenziarsi a seconda che si debba vigilare, regolare, esercitare amministrazione attiva o erogare servizi, mentre è sempre più frequente che tutte queste – differenti – funzioni si assommino in organismi *ad hoc*, indipendentemente dal loro modello organizzativo); non di rado, poi, codesti soggetti (si pensi solo al caso di Anac) sono depositari di poteri di *soft law* o *soft regulation* destinati ad alterare ancor più sia la legalità sostanziale che i modelli organizzativi sia del soggetto che li esercita che di quelli che ne debbano tenere conto.

Si tratta di elementi che erano presenti massicciamente nell'ordinamento prima della pandemia e che non sembrano destinati a scomparire solo per ragione del suo superamento sul piano sanitario.

5.3. Emergenza e deroga

I dispositivi derogatori – della legalità e dei diritti – che si sono avvertiti nella gestione della pandemia sono solo molto parzialmente nuovi (e determinati più dall'improvvisazione che da un vero disegno eversivo). Tuttavia, in questo ventennio di larghissimo ricorso all'emergenza, i dispositivi giuridici che si sono andati consolidando sono molti e pericolosissimi. La gestione dei flussi migratori – soprattutto nel corso della prima parte di questa Legislatura –, l'ossessione della sicurezza e dell'ordine pubblico, la realizzazione di opere ed eventi, sono stati i terreni sui quali si sono largamente sperimentati dispositivi giuridici ed organizzazioni derogatori che in parte sono stati messi in opera anche nel corso della pandemia.

L'intero problema dell'ordinamento derogatorio, della supremazia speciale, dei dispositivi di cui lo Stato sovrano dispone per derogare alla legalità, per ridurre la tutela, per comprimere i diritti sono scomparsi dall'orizzonte culturale del pubblicista che, quindi, solo molto raramente ha avvertito il potenziale eversivo delle previsioni che di volta in volta venivano introdotte nell'ordinamento.

5.4. Emergenza, autoritarismo e contrazione della democrazia.

La ridotta sensibilità rispetto a quanto progressivamente si affermava è pari alla scarsa attenzione verso il costante affermarsi di tendenze autoritarie.

Ai vertici istituzionali della Repubblica (con particolare evidenza nella prima parte della Legislatura in essere) si è andata insediando la ricerca di risultati di brevissimo periodo, che richiede strumenti giuridici che travoltano organizzazioni, procedure e garanzie.

Il sistema delle autonomie sociali e locali mostra una debolezza inconsueta.

La partecipazione democratica è in fortissima contrazione in tutte le democrazie occidentali.

Il rapidissimo trasferimento di ricchezza e la sua concentrazione (sicché oltre il 50% della ricchezza del mondo è controllato da circa l'1% della popolazione), per un lato dimostra la radicale debolezza delle autorità nazionali (rispetto al mercato, al potere finanziario e tecnologico), per l'altro fa emergere una domanda di autoritarismo come forma di protezione (Brexit, presidenza Trump, nazionalismi e populismi europei ne sono solo evidenti manifestazioni).

In questo contesto non è difficile leggere nella legislazione frequenti previsioni di semplificazione (della valutazione degli interessi), accentramenti di potere (con ulteriore indebolirsi del sistema delle autonomie), riduzione delle garanzie e limitazioni del diritto di agire in giudizio avvertiti come contrastanti con l'efficienza, intervento regolatorio pubblico che trascura regimi e travolge categorie (basterebbe rivolgere il pensiero alle norme in materia di società partecipate da enti pubblici o alla disciplina di appalti e concessioni). Tutto questo quando non si interviene con normative semplicemente incompatibili con la Costituzione, come – solo per stare ad eventi recenti – per i vari “decreti sicu-

rezza” o in materia di immigrazione. Sicurezza e ordine pubblico sono clausole generali introdotte con una tale generosità da destare estrema inquietudine. Solo l'assenza di eventi terroristici ha evitato l'introduzione di misure che altri Paesi, pur di antica tradizione democratica, hanno invece massicciamente applicato – confermando che crisi della democrazia e della rappresentanza, delle autonomie sociali ed istituzionali, dello Stato-di-diritto e del sistema delle garanzie, non sono questione nazionale, ma tendenza largamente diffusa.

La giurisprudenza, per lato suo, fa sempre più ricorso alla clausola di pubblico interesse in una versione quasi esoterica e sempre a protezione del potere pubblico, della sua scarsa sindacabilità e notevole capacità di deformare istituti giuridici e comprimere diritti. Per altro verso, vengono qualificate come manifestazioni di potere discrezionale semplici valutazioni tecniche, la sola ricorrenza di un principio è occasione per travolgere l'applicazione di regole puntuali e legittimare soluzioni immergendo l'intera fattispecie in un denso liquido discrezionale.

5.5. Emergenza, tecnica e tecnologia

Si è fatto cenno in apertura all'anticipazione dell'emergenza al momento del rischio, con il risultato (essendo il secondo del tutto ordinario e fisiologico nella vita associata) di rendere l'emergenza anch'essa del tutto ordinaria. Il progresso della tecnica, per lato suo, rafforza significativamente le tendenze autoritarie (per via della concentrazione dei dati, della capacità di influenza ed omologazione del pensiero, dei sistemi cognitivi utilizzati, della ormai largamente censita capacità di influenzare i vertici istituzionali degli Stati e fornire loro strumenti di controllo largamente autoritari) e moltiplica i profili di rischio e, quindi, di ricorso all'emergenza, lungo sequenze e dispositivi che debbono essere assolutamente approfonditi.

Questi problemi e queste tendenze erano largamente riconoscibili prima della pandemia e non sono destinati a tramontare a fronte del venire meno del rischio di contagio.

5.6. Emergenza, autoritarismo, deroga come problemi ordinari.

Fin dal già citato saggio di apertura del primo fascicolo di questa *Rivista*, si è cercato di porre in luce come segmenti non irrilevanti dell'ordinamento evidenziassero elementi eversivi facilmente riconoscibili – che venivano trascurati solo perché, diversamente da quanto è avvenuto con la pandemia, i dispositivi giuridici che vi si utilizzavano non colpivano la generalità delle persone. Si è anche provato ad evidenziare come le interpretazioni correnti del potere discrezionale contenessero lo stesso potenziale derogatorio.

Sembra, quindi, necessario affrontare il problema del fondamento costituzionale dell'emergenza direttamente sul versante che fonda e regge l'ordinamento, cercando elementi destinati a reggere all'impatto dell'emergenza

permanente – ovvero, al fatto che «*La tradizione degli oppressi ci insegna che lo "stato di emergenza" in cui viviamo è la regola*»⁽⁵¹⁾.

La permanenza dell'emergenza, della tentazione derogatoria, dell'espansione dell'autoritarismo ove non operino adeguatamente i contrappesi delle autonomie sociali e della partecipazione popolare, richiedono di fondare lo statuto costituzionale dell'emergenza direttamente nel tema della sovranità; e di farlo sulla base dello regime costituzionale della sovranità stessa, per come emerge con chiarezza dal dato letterale della Costituzione.

Altrimenti, sembra fisiologico subire – senza governare con il diritto – i problemi della fondazione mitica del potere⁽⁵²⁾ o del momento costituente⁽⁵³⁾, della sua legittimità⁽⁵⁴⁾, dell'attrazione alla sfera pubblica dell'autonomia personale e sociale, per venire restituita solo attraverso la legge. Ma nel momento di crisi la sovranità statale, la natura originaria e violenta del potere riemergono come forza – resa selvaggia proprio dal tentativo di negarla ed esorcizzarla. In questa prospettiva, se non si opera direttamente sul versante della sovranità, la sua natura di potere che si manifesta soltanto nei momenti di crisi (o dissoluzione) dell'ordinamento, sembra destinata ad esprimersi come pura decisione,

⁵¹ W. BENJAMIN, *Über den Begriff der Geschichte*, in *Neue Rundschau*, Vol 61, S. Fischer, Frankfurt 1950, cit., p. 560 (trad. it., *Tesi di filosofia della storia*, Milano, Nemesis, 2012, che – come noto – afferma che «*La tradizione degli oppressi ci insegna che lo "stato di emergenza" in cui viviamo è la regola. Dobbiamo giungere a un concetto di storia che corrisponda a questo fatto. Avremo allora di fronte, come nostro compito, la creazione del vero stato di emergenza; e ciò migliorerà la nostra posizione nella lotta contro il fascismo. La sua fortuna consiste, non da ultimo, in ciò che i suoi avversari lo combattono in nome del progresso come di una legge storica. Lo stupore perché le cose che viviamo sono "ancora" possibili nel ventesimo secolo è tutt'altro che filosofico. Non è all'inizio di nessuna conoscenza, se non di quella che l'idea di storia da cui proviene non sta più in piedi*»). In argomento, tra gli altri, D. GENTILI, *Il tempo della storia. Le tesi "sul concetto di storia" di Walter Benjamin*, Napoli, Guida, 2002 e M. LÖWY, *Fire Alarm. Reading Walter Benjamin's 'On the Concept of History'*, London, Verso, 2004 (trad. it., *Segnalatore d'incendio. Una lettura delle tesi Sul concetto di storia di Walter Benjamin*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004).

⁵² Sulla questione, si debbono leggere le due riflessioni di J. DERRIDA, *Force de Loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Galilée, Paris, 1994 (trad. it, Torino, Bollati Boringhieri, 2003) secondo il quale il diritto e in particolare lo stato di diritto si fonda sulla forza, senza la quale viene meno il vincolo politico della comunità, impregiudicato il fatto che la forza stessa possa accedere in qualche modo alla giustizia. Anche se nel momento in cui la forza si trasforma in norma essa è permanentemente presente eh si rivela al momento della trasgressione della regola.

In sintesi, «*Dato che l'origine dell'autorità, la posizione della legge, per definizione, in definitiva possono solo basarsi su se stesse, esse sono a loro volta una violenza senza fondamento. Il che non vuol dire che siano ingiuste in sé, nel senso "illegali" o "illegittime"*» (61). In questo percorso la polizia sintetizza la violenza fondatrice dell'ordinamento con quella conservatrice (mettendosi così in atto una pratica di "traduzione", attraverso la quale si recupera nella riflessione su W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt* (1920), anche la riflessione benjaminiana di *Die Aufgabe des Uebersetzers* (1923), ora in *Gesammelte Schriften*, vol. IV/1, 9, Frankfurt/Main 1972 e *Über Sprache überhaupt und über die Sprache des Menschen*, *ivi*, vol. II/1, 140, ora entrambi in trad. it. *Angelus Novus*, Einaudi, Torino, 1962).

⁵³ A. NEGRI, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Milano, Sugarco, 1992.

⁵⁴ La questione della relazione tra legittimità e legalità è molto autorevolmente discussa e non si può entrare nel merito di essa in questa sede; basteranno i riferimenti a W. BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt* (1920), *cit.*; C. SCHMITT, *Legalität Und Legitimität*, München, Duncker & Humblot, 1932 (ora in trad.it., Bologna, Mulino, 2018); H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Leipzig, Deuticke, 1960 (trad. it. Einaudi, Torino, 1990).

volontà di assicurare la sopravvivenza dello Stato contro i suoi nemici ⁽⁵⁵⁾. La sovranità, in questa prospettiva, continua ad esprimersi come capacità di derogare e decidere dello «*stato di eccezione*» ⁽⁵⁶⁾.

Più ancora, sulla base dei fattori che si sono appena elencati (e di altri che non si fatica a vedere), l'evocazione di un potere che si collocherebbe in uno spazio che non è ancora giuridico pur essendolo già in parte (il *Nóμος*) non sembra più tanto destinato a richiamare l'atto di forza, primitivo e sacrale, della prima occupazione dello spazio (*Landnahme*), dell'appropriazione, divisione e sfruttamento della terra, della localizzazione (*ordnung und ortung*) – nesso che collega giustizia e diritto.

Piuttosto, il tema che sembra porsi oggi con forza è quello del potere *senza* il diritto, della biopolitica e della tecnologia come elementi di ordinamento della società e della convivenza a prescindere dal diritto (e, quindi, senza diritti).

Non si tratta del *Nóμος* in quanto contrapposto al *Gesetz*. Piuttosto è la forza del mero fatto, della decisione pura, del potere senza diritto, chiamato – semmai – a ratificare l'esercizio dell'atto di potere secondo forme tradizionali e, tuttavia, svuotate di qualunque contenuto politico, tutto interamente assorbito dalla *ἀνάγκη*, da una forza che si legittima nella necessità (di evitare il contagio, di realizzare un evento, di accelerare l'esecuzione delle opere pubbliche, di ricostruire un ponte, di recuperare un disastro ambientale, di salvare l'operatività di una banca, di impedire l'acquisizione di un'impresa strategica da parte di investitori stranieri, e via enumerando); una legittimazione che porta con sé quella del «*legitimer*» *Totalitarismus der Gefahrenabwehr* ⁽⁵⁷⁾.

6. (segue) su un (radicalmente) diverso fondamento costituzionale dell'emergenza.

Una volta che si sia collocato il problema dell'emergenza nell'ambito di quello della sovranità, anche il suo regime (di diritto positivo) costituzionale cambia interamente prospettiva: così come la sovranità appartiene al popolo e non allo Stato, il regime costituzionale dell'emergenza è funzionale alla garanzia della salvezza dei diritti fondamentali della persona di fronte al pericolo e non di quella dello Stato.

Il testo della Costituzione è chiaro nell'affermare che la sovranità non spetti allo Stato o all'ordinamento positivo dello Stato, ma al popolo.

⁵⁵ Ovvio il richiamo a C. Schmitt; non potendosi in questa sede occupare adeguatamente del tema, ci si limita al rinvio alle opere raccolte in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'* (a cura di G. Miglio e P. Schiera), Bologna, il Mulino, 1972.

⁵⁶ C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum europaeum*, Greven, Colonia 1950 (trad. it. Adelphi, Milano, 1991).

⁵⁷ U. BECK, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Baden-Baden, Suhrkamp, 2003.

Il testo della Costituzione è chiaro nello stabilire che i diritti fondamentali sono “riconosciuti”, che esistono indipendentemente dalla Costituzione, sicché si trattengono permanentemente nella sovranità.

Il testo della Costituzione è chiaro nel prevedere che la sovranità possa subire limitazioni per assicurare «*la pace e la giustizia fra le Nazioni*».

La sovranità appartiene al popolo, si trattiene permanentemente nell'ordine (sovrano e giuridico) dei diritti inviolabili – quanto alla loro dimensione incompressibile, si rappresenta nelle istituzioni repubblicane – la cui funzione, quindi, in quanto organizzazione della comunità delle persone sovrane, è quella di assicurare la massimizzazione del godimento dei diritti nella loro componente non incompressibile – si limita, in funzione solidaristica, a garanzia della pace e della giustizia.

Lo statuto costituzionale dell'emergenza, quindi, mi appare del tutto diverso ed anzi opposto a quello che è stato prospettato: *l'emergenza non è una condizione giuridica particolare* nella quale i diritti possono essere compressi per la salvezza dello Stato, della Nazione, dell'ordinamento. Ciò mi sembra incompatibile con la struttura della Costituzione e con la sua descrizione dell'appartenere e manifestarsi della sovranità.

Piuttosto, *l'emergenza è funzionale al permanere e garantirsi dei diritti fondamentali* nella loro dimensione essenziale – e se non lo è, diviene rottura costituzionale.

Nella crisi della costruzione giuridica dello Stato sovrano e della sua legge come sistemi di garanzia, gli elementi costruttivi perché il diritto possa governare l'emergenza e garantire la dimensione giuridica incompressibile delle persone, andranno cercati – di fronte alla trasformazione in atto da tempo – dove l'ordinamento positivo indica che siano, vale a dire nel permanente trattenersi della sovranità nelle persone e nei loro diritti fondamentali, nel potere subire limitazioni solo in funzione solidaristica – vale a dire diretta a far sì che questa dimensione fondamentale dei diritti possa essere goduta anche da chi ne viene privato – e nella rappresentanza nelle istituzioni della Repubblica come strumento ed organizzazione funzionale all'effettività e generale, pacifica e razionale fruizione di quegli stessi diritti.

Radicalmente, quindi, la natura derogatoria dei dispositivi emergenziali deve essere contestata perché contraria al regime costituzionale della stessa emergenza, che esiste ed è preordinato alla salvezza dei diritti fondamentali e non dell'organizzazione dell'autorità.

FRANCESCO FOLLIERI
Professore associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di
Scienze Giuridiche e dell'Impresa
della LUM "Giuseppe Degennaro" di Casamassima (BA)
follieri@lum.it

PRECAUZIONE, PREVENZIONE E LEGALITÀ NELL'EMERGENZA DA COVID-19

PRECAUTION, PREVENTION AND RULE OF LAW DURING THE COVID-19 EMERGENCY

SINTESI

Nella gestione dell'epidemia da Covid 19, il nostro Paese ha fatto massiccio ricorso a misure emergenziali, ossia atipiche e sottratte al principio di legalità sostanziale, ma frequentemente fondate sul rischio sanitario. Si tratta di misure precauzionali atipiche?

Ordinariamente le misure precauzionali sono tipiche, mentre le misure preventive, fondate sul pericolo, sono misure atipiche – laddove, in senso giuridico, il rischio è un evento dannoso futuro, ma incerto per via dell'assenza di conoscenze scientifiche, mentre il pericolo è un evento futuro, relativamente imminente e sufficientemente probabile, alla luce dell'esperienza e delle conoscenze tecnico-scientifiche. Le misure precauzionali non possono essere atipiche, perché derogano alla ragionevolezza/proporzionalità della decisione: delle premesse di quella decisione non si può determinare la verità e non si è in grado di formulare previsioni sufficientemente affidabili per valutare l'impatto delle misure sugli interessi (e di conseguenza non si può valutare il bilanciamento tra questi e l'idoneità e la necessità delle misure adottate).

L'epidemia da Covid-19 è tuttavia un pericolo, in senso giuridico, non un rischio: conosciamo a sufficienza le modalità di trasmissione del virus e le misure idonee a fermarne l'avanzata. Sicché le misure di gestione della pandemia sono misure di prevenzione, non precauzionali, ma non solo per questo sicuramente legittime. Le misure di prevenzione possono essere adottate rispetto ad un evento imprevedibile. Almeno la seconda ondata era prevedibile. Sicché essa doveva essere gestita sulla base di misure ordinarie, soggette al principio di legalità.

ABSTRACT

In managing the Covid-19 pandemic, Italy has massively issued atypical emergency measures, not compliant with Rule of Law measures. While the grounds for such decisions are often attributed to sanitary risk, are they precautionary measures?

Usually, precautionary measures are typical, as opposed to preventive measures, which are atypical. Preventive measures are justified by danger, not risk, where 'risk', in the strict legal sense, is a harmful but uncertain future event, whose uncertainty depends on lack of knowledge about it, and 'danger' is a relatively imminent and reasonably likely future event based on experience

and scientific knowledge. Precautionary measures are not atypical since they cannot be reasonable/proportionate decisions: it is impossible to evaluate the truth of the assumptions on which they are based or to assess their impact on the interests involved (and thus it is not possible to balance such interests and the proportionality of the measure).

Nonetheless, in the strict legal sense, the Covid-19 pandemic is a danger, not a risk: enough is known of how the virus spreads and how to slow down or stop the spread. Thus, the administrative measures to manage the Covid-19 pandemic are preventive, not precautionary measures. However, this conclusion cannot guarantee by itself that those measures are lawful. Preventive measures can be issued in the event of an unforeseeable danger. And at least the second wave of the virus was predictable. Consequently, at least this should have been handled using ordinary measures, that is to say under the Rule of Law.

PAROLE CHIAVE: rischio – pericolo – pandemia – legalità

KEYWORDS: risk – danger – pandemic – Rule of Law

INDICE: 1. Emergenza e precauzione nella gestione della pandemia da Covid-19 - 2. Precauzione e prevenzione - 3. Misure di contenimento del contagio come misure preventive e l'abuso dell'emergenza.

1. Emergenza e precauzione nella gestione della pandemia da Covid-19.

La reazione giuridica alla pandemia da Covid-19 sta facendo larghissimo uso dei poteri “d'emergenza”: dalla dichiarazione dello stato di emergenza nazionale¹, alle ordinanze contingibili ed urgenti del Ministro della Salute, dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci. La maggior parte di questi poteri ha una lunga tradizione nel nostro Paese. I poteri di ordinanza, infatti, sono una “valvola di sfogo” del nostro sistema di diritto amministrativo da lunghissimo tempo, contro la rigidità del principio di legalità sostanziale²: tramite questi poteri la pubblica amministrazione reagisce ad imprevedibili necessità, cioè a quelle situazioni nelle quali il legislatore non è in grado di prefigurare gli effetti (o la

¹ Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020.

² Sul principio di legalità, cfr. R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, IX, 1994, 86 e s., ove si distinguono tre modi di conformità alla legge imposti dal principio di legalità e, dunque, tre *species* del principio di legalità: il principio di preferenza della legge, per il quale è conforme alla legge l'atto con essa compatibile (cioè che non la contraddice); il principio di legalità formale, per il quale è conforme alla legge l'atto da essa espressamente autorizzato; il principio di legalità sostanziale, per il quale è conforme alla legge l'atto che presenta la forma e il contenuto da essa imposti. Sulla questione anche G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014, 17 e s., il quale connette tale impostazione alla dicotomia tra primato (o preferenza) della legge (*Vorrang des Gesetzes*) e riserva di legge (*Vorbehalt des Gesetzes*). Sul diverso contenuto del principio di legalità inteso come *Vorrang des Gesetzes* o *Vorbehalt des Gesetzes*, cfr. fra gli altri, C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Paris, 1982, I, 463; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 30 e ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 27 e ss.

gamma di effetti) del potere, ma che esigono un tempestivo intervento della p.a.³; sicché il legislatore può derogare alla canone di tipicità del potere amministrativo⁴, nel bilanciamento tra il principio di legalità, da un lato, e l'efficacia dell'azione amministrativa e i valori/interessi di volta in volta minacciati dall'evento imprevedibile, dall'altro⁵.

Nel corso dell'emergenza che stiamo vivendo, tuttavia, i poteri di emergenza sono stati esercitati o addirittura il legislatore ha espressamente permesso all'amministrazione di esercitarli in relazione al "rischio"⁶: lo ha fatto la delibera del Consiglio dei Ministri di dichiarazione dello stato di emergenza⁷, lo prevede oggi il d.l. n. 19/2020 nel disciplinare i poteri del Presidente del Consiglio, delle Regioni e dei Comuni⁸. Ciò ha inevitabilmente favorito l'evocazione della precauzione, quale criterio ispiratore delle misure emergenziali adottate.

Questa situazione lascia emergere il dubbio sul se sia corretto ricostruire queste misure emergenziali come misure precauzionali e dunque giustificate dal rischio e se è costituzionalmente legittimo attribuire all'amministrazione (anche ai suoi rami più "alti", come il Presidente del Consiglio o il Consiglio dei Mini-

³ Cfr. per tutti sul potere d'ordinanza, R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990.

⁴ Sulla riconducibilità della tipicità del potere al principio di legalità, cfr. M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 25 e s.

⁵ Questa affermazione presuppone la distinzione tra legalità come principio (nei confronti del legislatore) e come regola (nei confronti dell'amministrazione) e impiega la legalità come principio. Il tema ci porterebbe tuttavia molto lontano e non può essere affrontato nel breve volgere di questo scritto.

⁶ Così l'art. 3, co. 2, d.l. n. 19/2020 (prima modificato e poi abrogato) per i poteri di ordinanza dei Sindaci, ma ancora oggi l'art. 3, co. 1, d.l. n. 19/2020 (che sembra fare riferimento ai poteri di ordinanza dei Presidenti delle Regioni *ex art. 32 della legge n. 833/1978*); più di recente l'art. 1, co. 2 bis, del DPCM 13 ottobre 2020, introdotto con 18 ottobre 2020, che prevede la chiusura di talune strade o piazze (ancorché non sia specificato né quale sia l'organo competente, né quale sia il potere da esercitare in quella direzione, dall'interpretazione datane dal Presidente del Consiglio durante la conferenza stampa di presentazione del contenuto del DPCM del 18 ottobre 2020 pare che si tratti dei poteri di ordinanza contingibile ed urgente dei Sindaci).

⁷ Il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei Ministri ha dichiarato lo stato di emergenza nazionale «considerata l'attuale situazione di diffusa crisi internazionale determinata dalla insorgenza di rischi per la pubblica e privata incolumità connessi ad agenti virali trasmissibili, che stanno interessando anche l'Italia» e «ritenuto che tale contesto di rischio, soprattutto con riferimento alla necessità di realizzare una compiuta azione di previsione e prevenzione, impone l'assunzione immediata di iniziative di carattere straordinario ed urgente, per fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la collettività presente sul territorio nazionale» (enfasi aggiunta).

⁸ Cfr. l'art. 1, co. 1, d.l. n. 19/2020, che funzionalizza le misure emergenziali adottate con DPCM a «contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19», e l'art. 3, co. 1, d.l. n. 19/2020, in base al quale «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle attualmente vigenti» (enfasi aggiunta).

stri) poteri emergenziali e dunque atipici per ragioni precauzionali, cioè per fronteggiare un rischio.

2. Precauzione e prevenzione.

Come ho già sostenuto altrove, “rischio” nella prospettiva giuridica (diverso è per la sociologia e per l'economia, ad esempio) è un evento potenzialmente dannoso e gravato da incertezza, per via dell'assenza di conoscenze scientifiche⁹: incertezza sulla sua dannosità (non si sa quanto sia dannoso, non si sa in taluni casi se sia dannoso – ad es., il caso degli OGM), incertezza sul se, sul come, sul quando e sul perché si verificherà. In un contesto di questo genere, cioè nell'assenza di conoscenza (*Nicht-Wissen*)¹⁰, la ragionevolezza e la proporzionalità falliscono e, anzi, ci impedirebbero di agire. La decisione ragionevole/proporzionata è quella fondata su premesse di fatto vere, che ha “dato voce” a tutti gli interessi in gioco, frutto di un bilanciamento equilibrato fra questi interessi (nel senso che l'importanza della soddisfazione dell'interesse preferito è almeno pari alla gravità del pregiudizio imposto all'interesse sacrificato), che adotta una misura idonea a perseguire il fine e necessaria (ossia fra quelle idonee, sceglie la misura meno gravosa per gli interessi sacrificati)¹¹. In un contesto di elevata incertezza scientifica, delle premesse non si può determinare la verità e non si è in grado di formulare previsioni sufficientemente affidabili per valutare l'impatto delle misure sugli interessi (e di conseguenza non si può valutare il bilanciamento tra questi e l'idoneità e la necessità delle misure adottate)¹².

La precauzione “supplisce” al fallimento della ragionevolezza e della proporzionalità e impone di decidere anche in un contesto di incertezza scientifica, quando l'evento dannoso potrebbe riguardare la salute e l'ambiente. Detto altrimenti, la precauzione deroga alla ragionevolezza: le decisioni precauzionali sono decisioni, a stretto rigore, irragionevoli (o sproporzionate), perché adottano misure senza una sufficiente conoscenza dei fatti e delle loro conseguenze¹³. In sostanza, la decisione sull'esistenza di un rischio (in)accettabile è un bilanciamento fra noto ed ignoto, tra rischi possibili e vantaggi potenziali¹⁴:

⁹ Sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (I parte)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1498 ss. (per le nozioni economiche e sociologiche di ‘rischio’) 1501 ss. (per la nozione giuridica di ‘rischio’), anche per le opportune citazioni bibliografiche.

¹⁰ Per citare le parole di U. DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstat*, Tübingen, 1994, 30.

¹¹ Sulla nozione e i criteri della valutazione di ragionevolezza, nonché sulla sua relazione con proporzionalità e razionalità, sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, 295 ss., nonché 446 ss.

¹² Per la compiuta esposizione di questa tesi, sia consentito nuovamente rinviare a F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (II parte)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 93 ss.

¹³ Cfr. ancora, se si vuole, F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (II parte)*, loc. cit.

¹⁴ U. DI FABIO, *Risikosentscheidungen*, cit., 453.

chi decide sul rischio deve valutare “se il gioco vale la candela”, azzarda¹⁵. Del resto, se le misure di gestione del rischio garantissero le stesse “possibilità di ragionevolezza” delle decisioni di altro genere, non vi sarebbe ragione per imporre che siano provvisorie, pronte al ripensamento, mai irreversibili: non vi sarebbe necessità di apprestare cautele ulteriori rispetto a quelle generalmente previste in caso di “errore” dell'amministrazione (l'autotutela “ordinaria”)¹⁶.

Rischio e precauzione non permettono di esercitare poteri atipici. Ciò che permette l'esercizio dei poteri atipici, dei poteri di emergenza, è il pericolo, ossia un evento futuro (anzi, imminente), la cui dannosità è sufficientemente certa, sulla base di conoscenze scientifiche tali da formulare previsioni affidabili (anche se tali conoscenze e tali previsioni possono rivelarsi inesatte, come quasi tutte le conoscenze e tutte le previsioni riguardanti la realtà materiale)¹⁷. I poteri atipici sono espressione della prevenzione del pericolo (*Gefahrenabwehr*), non della precauzione rispetto al rischio (*Risikovorsorge*).

Tale conclusione è abbastanza pacifica in dottrina (specie in quella tedesca, che ha coniato la distinzione tra precauzione e prevenzione)¹⁸ e trova ri-

¹⁵ Sulla connessione fra rischio e azzardo, cfr. W. SOFSKY, *Das Prinzip Sicherheit*, Frankfurt a.M., 2005, trad. it. a cura di U. GANDINI, *Rischio e sicurezza*, Torino, 2005, 16.

¹⁶ Cfr. E. SCHMIDT ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin-Heidelberg, 2006, 163; W. HOFFMANN RIEM, *Risiko- und Innovationsrecht im Verbund*, in *Die Verwaltung*, 2005, 168; P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Napoli, 2013, 56.

¹⁷ Sia consentito rinviare ancora una volta a F. FOLLIERI, *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare (I parte)*, cit., 1503 ss.

¹⁸ La dogmatica tedesca è molto attenta alla distinzione tra *Risiko* e *Gefahr*, proprio a questo scopo. Inoltre essa tende a definire in maniera estremamente restrittiva il *Gefahr*, per legittimare l'esercizio di poteri atipici solo quando strettamente necessario. Il più celebre esempio giurisprudenziale di quest'impostazione è il *Kreuzberg Urteil* del 14 giugno 1882. Il *Preussische Obergerverwaltungsgericht* era chiamato a decidere della legittimità di un'ordinanza di polizia ai sensi del par. 10, II 17 ALR che stabiliva un limite massimo di altezza delle edificazioni intorno al monumento commemorativo delle guerre di liberazione contro Napoleone eretto a Berlino (nel distretto di Kreuzberg), onde evitare di occludere la visuale verso il monumento al fine di tener vivo il sentimento patriottico. Il Tribunale afferma che mantenere la visuale su un monumento non ha nulla a che vedere con il pericolo. Su questo arresto, cfr. U. DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstat*, Tübingen, 1994, 30 e ss.; P.M. HUBER, *Risk Decisions in German Constitutional and Administrative Law*, in <https://epub.ub.uni-muenchen.de/13872/1/riskdecisions.pdf>, già in G.R. WOODMAN, D. KLIP - PEL (a cura di), *Risk and Law*, Cavendish, 2009, 3; P. SAVONA, *Il governo del rischio*, cit., 29 e s.

In questo contesto, ‘pericolo’ è la situazione nella quale un danno a beni pubblici o privati giuridicamente rilevanti è relativamente imminente e sufficientemente probabile, secondo l'esperienza o le conoscenze tecniche e scientifiche – cfr. C. CALLIESS, *Rechtsstat und Umweltschutz*, Tübingen, 2001, p. 155; P.M. HUBER, *Risk Decisions in German Constitutional and Administrative Law*, cit., 4. Entrambi gli autori citano una sentenza del *Bundesverwaltungsgericht* del 26.2.1974 - I C 31.72 (*BVerwGE*, 45, 51): “Lage, in der bei ungehindertem Ablauf des Geschehens ein Zustand oder ein Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für das bzw. die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit (oder Ordnung) führen können”.

Non è necessario che il danno sia immediato: è sufficiente che non si tratti di un futuro remoto — M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, München, 1998, II ed., 166 e ss.; A. GRAGNANI, *Il prin-*

scontro nel diritto interno, positivo e vivente: ad es., l'art. 54 del TUEL permette al Sindaco di adottare ordinanze a contenuto atipico, in casi imprevedibili ed urgenti «al fine di prevenire e di eliminare *gravi pericoli* che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana»¹⁹; la giurisprudenza legittima l'esercizio del potere di ordinanza del Ministro della Salute, dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci *ex art.* 32 legge n. 833/1978 in casi di gravi ed imprevedibili pericoli per la salute pubblica²⁰. Il nostro ordinamento cioè permette al legislatore di derogare al canone di tipicità dei provvedimenti amministrativi (diretta emanazione del principio di legalità, sotto il suo capo sostanziale), cioè gli consente di attribuire un potere senza predeterminarne gli effetti, e permette all'amministrazione la deroga a qualunque normativa di rango primario solo per evitare un evento futuro, ma sufficientemente certo nella dannosità e nella probabilità – ossia in un contesto di conoscenza sufficientemente affidabile. Solo il pericolo legittima i poteri di emergenza.

3. Misure di contenimento del contagio come misure preventive e l'abuso dell'emergenza.

Se la pandemia che stiamo affrontando fosse un 'rischio' in senso giuridico, se i poteri emergenziali per far fronte al contagio fossero stati attribuiti o esercitati in forza della precauzione, tali poteri sarebbero stati attribuiti o esercitati in maniera gravemente illegittima e contraria all'essenza dello Stato di diritto: lo Stato di diritto si fonda sulla ragionevolezza²¹; sicché la precauzione (che

cipio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 17.

E non è necessario che il danno sia certo: è sufficiente che sia ragionevolmente probabile, secondo il test di proporzionalità inversa – maggiore è il danno, minore è il livello di probabilità richiesto per giustificare la decisione e viceversa. Cfr. sul punto U. DI FABIO, *Risikoen-scheidungen im Rechtsstat*, cit., 103 ss.; C. CALLIESS, *Rechtsstat und Umweltstaat*, loc. ult. cit.; M. BRENNER - A. NEHRIG, *Das Risiko im öffentlichem Recht*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 2003, 1025; A. SCHERZBERG, *Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, 2004, 220 ss.; P.M. HUBER, *Risk Decisions in German Constitutional and Administrative Law*, loc. ult. cit. Su tutti questi profili e per altri riferimenti ad autori tedeschi, si veda P. SAVONA, *Il governo del rischio*, cit., 29 ss.

¹⁹ Così il comma 4 dell'art. 54 cit.

²⁰ A mero titolo d'esempio, Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2013 n. 6264.

²¹ Quale fattore di legittimazione obiettiva delle decisioni pubbliche. Per utilizzare le parole di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 253, anche «laddove il riconoscimento e la legittimazione giuridico-politici della decisione autoritaria riposino essenzialmente sulla positiva valenza della qualificazione soggettiva del decidente pubblica amministrazione, non vi è né vi può essere luogo ad un sindacato che colga l'*intus* della decisione stessa, ma il riscontro giurisdizionale deve arrestarsi alla rilevazione della razionalità ed adeguatezza del provvedimento». Sulla lettura di tale impostazione nell'ottica della legittimazione dei pubblici poteri, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, 2007, vol. I, 259 ss.; ID., *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in

alla ragionevolezza deroga) è in grado di giustificare solo le decisioni in cui l'ordinamento eccezionalmente la ammette. D'altro canto, in una situazione di rischio, cioè di un evento potenzialmente dannoso e affetto da grave incertezza scientifica, sono incostituzionali le compressioni di taluni diritti fondamentali attualmente compressi: per citare l'illegittimità costituzionale più evidente, l'art. 17 Cost. prevede che la libertà di riunione possa essere limitata solo «per *comprovati* motivi di sicurezza o di incolumità pubblica», ossia laddove la minaccia sia sufficientemente certa.

Né tali criticità possono essere superate sostenendo che ormai il legislatore ha tipizzato le misure di contenimento del contagio con l'elenco contenuto nell'art. 1 del d.l. n. 19/2020 (convertito con legge n. 35/2020) e ha disciplinato il procedimento per la loro adozione da parte del Presidente del Consiglio (art. 2), sostenendo che cioè il legislatore ha ormai riportato sotto l'egida del principio di legalità tali misure. L'elenco delle misure è infatti talmente vasto (composto da 28, articolati punti) e le singole voci dell'elenco talmente vaghe da non essere in grado di limitare effettivamente la sfera degli effetti che i provvedimenti di contenimento del contagio possono produrre. Il procedimento poi riguarda solo l'adozione dei DPCM, non quello per l'adozione delle ordinanze del Ministro della Salute, dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci. Ed anche per i DPCM la disciplina del procedimento è largamente derogabile, qualora il Presidente del Consiglio decida che il procedimento non possa essere seguito per ragioni di urgenza²². D'altro canto, a livello regionale e locale, anche con il d.l. n. 19/2020 è rimasta inalterata la configurazione dei poteri per contrastare l'epidemia: si tratta di poteri di ordinanza, sebbene tramite l'esercizio di tali poteri si possano introdurre solo misure ulteriormente restrittive rispetto ai DPCM e "limitate" (se così si può dire) a quelle elencate all'art. 1 del d.l.n. 19/2020.

Se il rischio e la precauzione fossero i pilastri di tale impianto, dunque, saremmo ancora dinanzi ad un gravissimo attentato allo Stato di diritto.

Il ripetuto impiego del periodo ipotetico lascia trasparire che chi scrive sia di diverso avviso: in senso giuridico, il virus che stiamo affrontando è un pericolo, non un rischio. Sebbene non siano ancora disponibili cure e vaccini (dunque manchi una parte della conoscenza scientifica del virus o, per meglio dire, dei rimedi contro di esso), conosciamo con sufficiente certezza la sua letalità, le conseguenze che il diffondersi del contagio ha sul servizio sanitario nazionale, quali sono le fasce della popolazione più in pericolo, come si evolve la curva del contagio e così via. E lo sappiamo praticamente dall'inizio dell'emergenza. Sicché non stiamo discutendo di misure precauzionali, cioè di

Dir. amm., 2013, 567 ss., nonché G. CORSO, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, 426 ss.

²² Deroga cui abbiamo assistito anche in occasione del DPCM del 13 ottobre scorso, per il quale le Camere non sono state sentite preventivamente, come previsto invece dal d.l. n. 19/2020, ma successivamente.

Risikovorsorge, ma di misure di prevenzione, di *Gefahrenabwehr*²³. Ciò permette di superare il dubbio sulla legittimità dell'impianto di fondo, ma non ogni dubbio sulla legittimità delle misure adottate.

In primo luogo, le misure di prevenzione possono essere prese in relazione ad un evento dannoso ragionevolmente certo: esse devono essere sottoposte al sindacato di proporzionalità inversa, maggiore è la dannosità dell'evento, minore deve essere la sua probabilità per giustificare la misura²⁴.

In secondo luogo, l'evento dannoso cui pongono rimedio deve essere contingibile, ossia imprevedibile: l'imprevedibilità legittima il legislatore ad una così rilevante compressione del principio di legalità e di conseguenza l'amministrazione ad adottare misure atipiche.

In terzo luogo, la misura adottata deve essere ragionevole/proporzionata, ossia fondata su premesse di fatto vere, che ha "dato voce" a tutti gli interessi in gioco, frutto di un bilanciamento equilibrato fra questi interessi (nel senso che l'importanza della soddisfazione dell'interesse preferito è almeno pari alla gravità del pregiudizio imposto all'interesse sacrificato), che adotta una misura idonea a perseguire il fine e necessaria (ossia fra quelle idonee, sceglie la misura meno gravosa per gli interessi sacrificati).

Infine, le misure di prevenzione devono essere temporanee, come la nostra giurisprudenza afferma da tempo, annullando le ordinanze contingibili ed urgenti *sine die*²⁵: la deroga al canone di tipicità dei provvedimenti amministrativi impone che tali strumenti non possano divenire ordinari.

Sulla proporzionalità (inversa e non) delle misure di contenimento della pandemia finora adottate nel nostro Paese si potrebbe discutere a lungo e sotto molti profili. Ad esempio, confrontando la reazione alla prima e alla seconda ondata, potrebbe sorgere il dubbio che almeno in uno dei due casi l'amministrazione abbia reagito in maniera sproporzionata: alla prima ondata, con contagi più contenuti e più circoscritti territorialmente, si è reagito con un *lockdown* completo e nazionale; alla seconda ondata, con contagi più numerosi e più diffusi sul territorio nazionale, si è reagito con misure differenziate su base

²³ Questo sembra infatti l'impianto concettuale in cui si sta muovendo la dogmatica, ossia sia la dottrina sia la giurisprudenza, tedesca: cfr. la lettura che ne dà G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, osservatorio in *Federalismi.it*, 78 ss.

Del resto, la legge tedesca sulle infezioni, la *Infektionsschutzgesetz* (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen* del 20 luglio 2000) non fa mai riferimento alla *Risikovorsorge*, o al rischio: prevede (oltre a poteri "ordinari") solo poteri di prevenzione, ossia di *Gefahrenabwehr*. Cfr. P. HÄBERLE, H.J. LUTZ, *Infektionsschutzgesetz. Kommentar*, München, 2020. È appena il caso di rilevare che nessuno dei *Länder*, ad eccezione della Baviera, ha dichiarato lo stato di emergenza e che il ricorso ai poteri di ordinanza è stato piuttosto limitato: cfr. quanto rilevato da J. WOELK, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das!"*, in *DPCE Online*, 2020/2, 1713 ss., part. 1740 ss.

²⁴ Cfr. gli autori già citati *supra*, nt. 18.

²⁵ Da ultimo, TAR Umbria, Sez. I, 12 febbraio 2020 n. 64, con cospicui riferimenti giurisprudenziali.

regionale²⁶. Sembra facile trarne un *aut – aut*: o la prima reazione è stata esagerata, cioè non necessaria e perciò sproporzionata; o la seconda reazione è inidonea e perciò sproporzionata.

La temporaneità delle misure, formalmente assicurata dalla durata massima, prima di trenta, ora di 50 giorni dei DPCM prevista all'art. 1, co. 1, d.l. n. 19/2020²⁷, è stata di fatto vanificata dalla reiterazione delle misure, sia a livello nazionale, sia a livello locale²⁸.

La contingibilità è poi venuta meno da molto tempo. Se a marzo siamo stati colti di sorpresa, di certo la seconda ondata non era imprevedibile. Secondo uno schema troppo ricorrente nel nostro Paese, siamo stati colti di sorpresa da un evento prevedibile: i difetti dell'“ordinaria amministrazione” creano i presupposti dell'emergenza (dallo smaltimento dei rifiuti in alcune Regioni alla pandemia, passando per l'Expo). La prevedibilità (almeno) della seconda ondata avrebbe dovuto escludere il ricorso a strumenti emergenziali e riportare la gestione dell'epidemia entro i canoni ordinari della legalità sostanziale: cioè ripristinare la centralità della legge e del Parlamento. Pur con il pericolo di una posizione troppo netta, credo che ora si stia abusando anche delle misure preventive, cioè dell'emergenza.

Nell'emergenza, una delle forme dello stato di eccezione²⁹, si annida il pericolo dell'autoritarismo. A noi giuristi spetta il compito di vigilare sull'abuso dell'emergenza.

²⁶ Come ha fatto la Germania fin dall'inizio della pandemia: cfr. G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, cit., E. WOELK, *La gestione della pandemia da parte della Germania: “Wir schaffen das!”*, cit.

²⁷ La modifica della durata massima a cinquanta giorni è stata introdotta all'art. 1, co. 1, d.l. n. 19/2020, dall'art. 1, co. 1, n. 158/2020.

²⁸ Si prenda ad esempio l'ordinanza del Presidente della Regione Puglia n. 413/2020 di “disciplina” della frequenza delle scuole di ogni ordine e grado, reiterata con l'ordinanza n. 444/2020.

²⁹ Cfr. C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1929 (vol. 55, n. 2), 161 ss., trad. it. a cura di A. CARACCILOLO, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981; ID., *Verfassungslehre*, München-Leipzig, 1928, trad.it. a cura di A. CARACCILOLO, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984.

MICHELE TRIMARCHI

Professore associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di
Giurisprudenza dell'Università degli studi di Foggia
michele.trimarchi.35@alice.it; michele.trimarchi@unifg.it

DALL'EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA DUE INDICAZIONI PER LA RIFORMA DELL'AUTONOMIA COMUNALE¹

COVID-19 AND THE REFORM OF LOCAL GOVERNMENT IN ITALY

SINTESI

La risposta amministrativa alla pandemia da covid-19 ha reso manifesta l'inadeguatezza del sistema del governo locale articolato in un elevatissimo numero di comuni con dimensioni spesso molto ridotte. Sotto altro profilo, la risposta comunale alla pandemia si è caratterizzata per l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti di dubbia compatibilità con la legalità costituzionale. Riflettendo su questi elementi, l'articolo individua rapidamente alcune possibili prospettive di riforma dell'autonomia comunale in Italia.

ABSTRACT

The administrative response to covid-19 has shown the inadequacy of the local government system organised into an inordinate number of municipalities, many of which are very small. Another aspect that has emerged is the municipal response to the pandemic, marked by the adoption of municipal ordinances of doubtful compatibility with constitutional lawfulness. Reflecting on these elements, this article quickly identifies some possible prospects for reforming municipal autonomy in Italy.

PAROLE CHIAVE: emergenza epidemiologica, geografia comunale, potere di ordinanza

KEYWORDS: epidemiological emergency, administrative geography, municipal ordinance

INDICE: 1. Premessa. – 2. Autonomia comunale e adeguata estensione territoriale del Comune. – 3. Potere di ordinanza dei Sindaci e legalità costituzionale. – 4. Per concludere

¹ Testo rivisto dell'intervento tenuto al Webinar "*Emergenza, pandemia e loro dimensioni organizzative, tra crisi del regionalismo e dell'organizzazione sanitaria*" del 26 giugno 2020, organizzato dalla Rivista PA - Persona e Amministrazione. Dal momento che le presenti riflessioni si inscrivono nel contesto di un progetto di ricerca *in itinere*, avviato dalla Rivista PA - Persona e Amministrazione col *Position paper* "Forme della sovranità della persona emergenze e poteri", rinvenibile all'indirizzo <http://ojs.uniurb.it/index.php/pea>, si è scelto di mantenere nello scritto il tono colloquiale dell'intervento orale.

1. Premessa

Nell'ambito di coloro che hanno partecipato al dibattito promosso dalla Rivista PA – Persona e amministrazione, ho assunto una posizione prudente rispetto all'incidenza della pandemia, e della conseguente normazione, sulle categorie del diritto pubblico. Sono propenso a ritenere che si tratti di un diritto dell'emergenza, che si giustifica sulla base di un principio di necessità. E, partendo da questo presupposto, sono indotto a considerare ingenuo il tentativo di trarre dall'esperienza che ci è toccato vivere soverchi insegnamenti per il tempo che verrà.

Un sistema giuridico in equilibrio, come quello che auspicabilmente dovrà ristabilirsi, è cosa radicalmente diversa da un sistema sottoposto allo *stress* di una emergenza come quella in atto. E, se qualcosa dell'equilibrio precedente dovremo lasciarci alle spalle, sarebbe bene non farlo sulla scorta delle decisioni che si sono imposte durante l'emergenza; o, peggio, sulla scorta dell'emozione. Non posso fare qui gli esempi, ma credo che chi pensa di migliorare le democrazie liberali traendo spunto da valori che sono buoni per l'emergenza contribuisca in realtà a smontare un edificio che purtroppo è già pericolante.

Quindi, se della pandemia si vuol cogliere l'impatto sul sistema giuridico, a mio parere l'impostazione proficua non è quella di chi ricava una morale da ciò che è accaduto, morale che rischia d'esser facile quanto fallace, bensì quella di chi coglie l'occasione per riflettere su questioni che si rendono più facilmente visibili proprio in momenti eccezionali, quando la dimensione fattuale si impone con evidenza al sistema normativo.

In questa chiave la congiuntura è propizia per riprendere questioni grandi e piccole che sono un po' ai margini del dibattito giuridico.

Tra le questioni grandi alludo, per esempio, alla legittimazione politica dell'ordinamento giuridico, una tema che i giuristi tendono ad eludere perché adottano per mestiere il punto di vista interno all'ordinamento, o comunque a non affrontare nella sua radicalità, ma che probabilmente meriterebbe di essere ripreso per le ripercussioni che ha sul regime degli atti giuridici.

Tra le questioni piccole c'è quella di cui parlerò, che però è piccola dal punto vista dell'impegno teorico, almeno nel modo in cui la affronterò, ma è grande sotto il profilo dell'incidenza sulle dimensioni organizzative della repubblica. Si tratta di due aspetti che riguardano l'autonomia comunale.

2. Autonomia comunale e adeguata estensione territoriale del Comune

Riportiamo le lancette al 21 febbraio 2020 e posizioniamoci nella bassa lodigiana, tra l'Adda e il Po. Lo Stato ancora non aveva percepito la gravità del problema, interverrà il 23 con l'istituzione della prima zona rossa. Ma proprio il 21 febbraio i Sindaci dei Comuni della bassa lodigiana, Comuni di tutte le dimensioni, anche piccolissimi, emettevano le prime ordinanze. Altre ordinanze le emetteranno i Comuni limitrofi alla zona rossa, dopo il 23 marzo.

Osservare le ordinanze comunali adottate prima dell'intervento dello Stato è molto prezioso: si vedono tutti gli enormi pregi dell'autonomia locale, in termini di prossimità alle esigenze specifiche del territorio e prontezza nella risposta (elementi su cui si fonda l'affermazione del principio di sussidiarietà verticale nella distribuzione delle funzioni amministrative, art. 118 Cost.), ma emerge anche un grosso difetto del nostro sistema istituzionale, se si considera che, per effetto delle ordinanze, sorgevano regimi giuridici differenti in pochissimi chilometri quadrati, il che non ha affatto giovato alla prima gestione dell'emergenza.

La crisi evidenzia che l'autonomia, per poter essere correttamente esplicata, richiede una adeguata estensione territoriale del Comune e, più in generale, una organizzazione dell'istituzione locale, anche nella sua capacità di raccordo con gli altri soggetti pubblici e privati, che non è posseduta dai Comuni di troppo piccole dimensioni.

L'ordinamento italiano conta 7954 Comuni, dei quali quasi il 70 per cento ha meno di 5 mila abitanti, circa 2 mila ne hanno meno di 1000. La gestione dell'emergenza dimostra plasticamente che questo panorama istituzionale non è sostenibile. In primo luogo per chi abbia a cuore le sorti e il funzionamento dell'autonomia locale: tornerò a breve sul punto.

La storia delle misure varate negli anni per il riordino comunale è una storia di resistenza da parte della politica e della burocrazia locale e anche regionale.

Dal 1990 al 2010 la legge nazionale ha messo a disposizione dei Comuni diversi schemi di cooperazione, pensati in un primo tempo come un ponte per arrivare alle fusioni. Ai Comuni è stata data facoltà di avvalersi di queste soluzioni organizzative ma gli interessi locali hanno quasi sempre impedito l'esercizio delle facoltà, anche perché gli incentivi statali allo svolgimento associato di funzioni sono sempre stati minori degli incentivi impliciti nel mantenimento dello status quo.

Quando dal 2010 lo Stato si è accorto della necessità di introdurre elementi di obbligatorietà (obbligo per i comuni con meno di 5000 abitanti di esercitare in forma associata le funzioni fondamentali, poi esteso a tutte le funzioni dei comuni inferiori a mille abitanti, come previsto dal dl 95/2012), le Regioni hanno avviato una raffica di procedimenti davanti alla Corte costituzionale ritenendo violata la propria autonomia sotto il profilo del riparto delle competenze legislative con lo Stato. La Corte, ora con argomenti condivisibili ora più dubbi, si è erta a scudo di questi elementi di obbligatorietà, che comunque sono poca cosa rispetto al riordino del sistema municipale che sarebbe necessario.

Al di là del problema del riparto di competenze normative, che probabilmente non può essere risolto esautorando del tutto le Regioni, riflettere sul comportamento delle istituzioni locali al tempo dell'emergenza potrebbe forse aiutare a maturare la consapevolezza della necessità di superare le resistenze opposte dalla politica e dalla burocrazia locale al riordino comunale.

E qui tornerei brevemente sul senso dell'autonomia. Per una discutibile interpretazione, basata sull'anteposizione del momento organizzativo a quello funzionale, l'implementazione del principio autonomistico sarebbe tanto maggiore quanto maggiore è il numero delle porzioni in cui il territorio nazionale è suddiviso, con la moltiplicazione delle relative istituzioni. In realtà, la consistenza dell'autonomia dell'ente locale si misura in primo luogo sulla qualità della sua capacità decisionale, commisurata agli obiettivi di benessere della collettività di riferimento. D'altra parte, se in un ordinamento retto dal principio di legalità si vuol riconoscere un qualche significato giuridico all'incipit dell'art. 118 Cost., dove è scritto enfaticamente che le funzioni amministrative sono esercitate dai Comuni, si deve ritenere che la Costituzione con questa disposizione individua nei Comuni le unità amministrative fondamentali all'interno del territorio della Nazione. Ma se così è, l'attuale geografia del potere locale entra in contrasto proprio con l'art. 118, visto che Comuni troppo piccoli non sono capaci di esprimere effettivamente quell'autonomia di cui sono solo formalmente dotati e che rappresenta una condizione imprescindibile per riconoscere in essi appunto le unità amministrative fondamentali cui allude l'art. 118. Per questo il riordino territoriale è amico dell'autonomia comunale.

3. Potere di ordinanza dei Sindaci e legalità costituzionale

La seconda questione che vorrei affrontare riguarda i limiti del potere di ordinanza dei Sindaci.

Durante la fase acuta dell'emergenza se ne è fatto largo uso. Quasi sempre si è fatto ricorso alle ordinanze previste dall'art. 50 TUEL, quelle che il Sindaco adotta come rappresentante della comunità locale, e non alle ordinanze dell'art. 54 TUEL, che il sindaco adotta come ufficiale del governo. La ragione è chiara, se si considera che l'art. 54 prevede controlli statali sulle ordinanze che il 50 non prevede.

Lo Stato è in pochi giorni passato da una normativa che quasi incentivava i sindaci (dei comuni esterni alla prima zona rossa) ad adottare con ordinanza ogni misura necessaria a prevenire il contagio ad una normativa che fondamentalmente sterilizzava il potere sindacale, dichiarando inefficaci le misure locali in contrasto con quelle statali (art. 35 del dl. 2 marzo 2020, n. 9, previsione ribadita dall'art. 3, comma 2, del d.l. 19 del 25 marzo). Infine, nella fase 2 è stato consentito ai Sindaci di adottare ordinanze per vietare l'ingresso alle specifiche zone in cui non sia possibile evitare assembramenti o assicurare la distanza di un metro.

Nei giorni dell'emergenza si è molto discusso sul senso di questi limiti, ora più ora meno stringenti, posti al potere di ordinanza sindacale; e sul loro andamento oscillante. L'esercizio del potere di ordinanza durante l'emergenza ha però fatto emergere pure una questione di ben più ampia portata, di notevole interesse anche per il domani, che è quella dei limiti costituzionali al potere di ordinanza.

Quando si parla di Costituzione e potere di ordinanza l'attenzione è sempre concentrata sulla compatibilità col principio di legalità sostanziale della norma di legge che attribuisce all'amministrazione il potere di adottare ordinanze.

Si trascura un altro aspetto del problema: quello dei limiti costituzionali all'esercizio del potere da parte del Sindaco. Le ordinanze contingibili e urgenti possono in taluni casi derogare anche alla legge, ma non si può pensare che ciò consenta ai Sindaci di violare la legalità costituzionale.

Questo aspetto del problema è meritoriamente emerso in un parere reso dal Consiglio di Stato su richiesta del Ministero dell'interno nell'ambito del procedimento per l'annullamento governativo di una ordinanza del Sindaco di Messina che aveva disposto il divieto di transito sullo Stretto, salva sua autorizzazione da conseguire con la registrazione su una apposita piattaforma telematica.

Dal parere (o dalla mia interpretazione del parere, che non è perfettamente fedele) emerge che le restrizioni introdotte dai Sindaci in aggiunta a quelle poste dallo Stato, pure quando finalizzate a tutelare un bene costituzionale (nel caso la salute), sono illegittime se implicano la limitazione di altri diritti o libertà fondamentali a presidio delle quali la Costituzione pone precise riserve di legge.

Così, ad esempio, l'ordinanza sindacale non può alterare l'equilibrio posto dallo Stato e limitare ulteriormente la libertà di circolazione perché ciò si pone in contrasto con la riserva di legge di cui all'art 16 Cost., non può imporre prestazioni personali o patrimoniali ai cittadini (violerebbe la riserva prevista dell'art. 23) e non può nemmeno assoggettare l'esercizio di una determinata libertà ad una autorizzazione (perché ciò significherebbe istituire un potere amministrativo non previsto per legge, in violazione dell'art. 97).

Insomma, l'ordinanza, benché possa andare in deroga alla legge, deve muoversi entro il quadro costituzionale, e pertanto il Sindaco non può introdurre quelle limitazioni ai diritti e alle libertà che la costituzione consente soltanto alla legge. Un ulteriore limite viene dalla garanzia costituzionale dell'autonomia comunale: e comporta che l'ordinanza sindacale non può neppure indirettamente produrre effetti sul territorio di altri comuni, poiché anch'essi dotati di autonomia costituzionalmente garantita.

In conclusione, la forza normativa della ordinanza trova un limite nella *Drittwirkung* dei diritti fondamentali costituzionali, di cui in altri ambiti si abusa a discapito della mediazione legislativa.

Naturalmente, tutto ciò pone il problema di come garantire la legalità costituzionale del potere di ordinanza. Nel caso dell'ordinanza del Sindaco di Messina è stato rispolverato l'art. 138 TUEL, che prevede il potere del Governo, a tutela dell'ordinamento, di annullare in qualunque tempo gli atti degli enti locali viziati da illegittimità. L'annullamento è disposto, "*sentito il Consiglio di Stato*", con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno,

Si tratta però di una norma controversa. La necessità, avvertita oggi più che mai, che lo Stato abbia a propria disposizione uno strumento a tutela dell'unità dell'ordinamento non deve farci dimenticare che, secondo la prevalente dottrina, l'annullamento governativo degli atti degli enti locali è incompatibile con il quadro costituzionale dopo la riforma del titolo V che ha consacrato il carattere costituzionale dell'autonomia locale. La Corte costituzionale non ha avuto modo di pronunciarsi sul punto, ma in una sentenza del 1989 aveva dichiarato illegittimo il potere del Governo di intervenire sulle regioni perché in contrasto appunto con l'autonomia costituzionalmente garantita di queste ultime. È difficile ritenere che, salvo un ripensamento generale della materia, sia invece costituzionalmente legittimo l'annullamento degli atti comunali, una volta che pure l'autonomia locale ha avuto il riconoscimento costituzionale.

L'esperienza del contrasto alla diffusione della pandemia fornisce quindi una seconda indicazione per la riforma del diritto degli enti locali. Per promuovere la diffusione di una maggiore sensibilità costituzionale presso gli amministratori locali, e comunque per garantire l'unità della Repubblica sul terreno dei diritti fondamentali, è essenziale che lo Stato possieda uno strumento in grado di riportare nell'alveo della legalità costituzionale eventuali episodi di esercizio arbitrario del potere di ordinanza. Difficilmente questo strumento può essere individuato nell'annullamento straordinario previsto dall'art. 138 TUEL, in quanto è assai discutibile la compatibilità di tale potere con la garanzia costituzionale dell'autonomia locale. Quindi, se si vuol evitare che il controllo dello Stato sugli enti locali sbocchi in un sistematico ricorso alla giurisdizione amministrativa da parte del primo, occorrerebbe che il legislatore prevedesse strumenti di controllo della legalità costituzionale compatibili con l'autonomia locale; in tal senso, si potrebbe pensare a una disposizione che imponesse allo Stato di attivare un procedimento in contraddittorio con l'ente locale, in modo da consentire a quest'ultimo di far valere le proprie ragioni a difesa del provvedimento assunto, e se del caso modificarlo, fermo restando comunque il potere di annullamento dello Stato, che a tal punto potrebbe essere esercitato solo come *extrema ratio*. In questo modo si renderebbe anche meglio controllabile dal giudice amministrativo l'eventuale annullamento governativo, che nell'attuale assetto è pressoché insindacabile.

4. Per concludere

L'esperienza maturata nel contrasto alla diffusione della pandemia conferma che l'autonomia comunale è una risorsa importante per la gestione delle emergenze (in termini di prontezza della risposta, anche in attesa dell'intervento dei livelli territoriali superiori), ma segnala altresì l'urgenza: di un riordino istituzionale, attraverso la riduzione del numero dei Comuni o comunque la diffusione degli obblighi di gestione associata delle funzioni; di una maggiore sensibilità costituzionale da parte dei Sindaci nell'utilizzo degli stru-

menti emergenziali, accompagnata dalla predisposizione di strumenti adeguati per un controllo statale che sia rispettoso dell'autonomia comunale ma anche in grado di garantire l'unità della Repubblica sul terreno dei diritti fondamentali.

* * *

Il 18 ottobre del 2020 il Presidente del Consiglio dei Ministri, nel corso della conferenza stampa in cui annunciava un decreto contenente nuove misure anti-contagio, espressamente affermava che i Sindaci avrebbero potuto adottare misure più restrittive secondo le esigenze dei rispettivi territori, ad esempio vietando l'accesso o la sosta in determinate strade o piazze dei Comuni dopo le 21.

L'annuncio ha immediatamente sollevato gravi perplessità tra le istituzioni locali: un po' perché i Sindaci non volevano assumere la responsabilità politica di misure impopolari, peraltro dopo aver rivendicato a più riprese una maggiore autonomia nella gestione dell'emergenza; un po', questa volta esattamente, poiché si è subito osservato che riconoscere ai Sindaci il potere annunciato avrebbe potuto determinare l'insorgenza di regimi notevolmente differenziati in zone contigue, caratterizzate da una sostanziale unitarietà dell'insediamento urbanistico: il che è di per sé irrazionale nell'ottica dell'ordinanza gestione dell'emergenza, e lo è ancor di più se si considera il rischio di aumentare la frequenza del transito di persone dal territorio governato dal Sindaco più "severo" al territorio governato da Sindaco più "liberale".

Le critiche hanno indotto il Presidente del Consiglio dei Ministri a modificare la norma, prevedendo che *"delle strade o piazze dei centri urbani [...] può essere disposta la chiusura al pubblico [...]"* (art. 1, comma 2-bis, d.p.c.m. 13 ottobre 2020, introdotto dall'art. 1, d.p.c.m. 18 ottobre 2020). Tale formulazione, vigente al momento in cui si scrive (24 ottobre 2020), si espone a gravi rilievi di legittimità e, comunque, è destinata a rimanere largamente inattuata, se non a determinare conflitti istituzionali e massima confusione tra i diversi livelli di governo, poiché non fornisce alcuna indicazione sul criterio di attribuzione della competenza ad adottare atti di notevole impatto sulle libertà costituzionali.

Certamente più chiara e razionale era la soluzione originaria, quella di riconoscere ai Sindaci un maggior potere di gestione del territorio comunale. Ma sarebbe stato necessario: imporre ai Sindaci di piccoli e medi comuni confinanti, o comunque costituenti un'unica area urbana, di concertare le misure, esercitando in modo unitario, o comunque coordinato, il potere loro attribuito; conferire questo potere non attraverso un atto secondario, ma con legge o atto ad essa equiparato, in modo da soddisfare, o comunque violare il meno possibile, le riserve previste dalla Costituzione a tutela delle libertà individuali.

Il protrarsi dell'emergenza con la c.d. "seconda ondata" del virus ripropone all'attenzione i temi qui sopra individuati.

NICOLA PIGNATELLI
Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico
Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”
nicola.pignatelli@uniba.it

BREVI NOTE SUL REGIONALISMO NELL'EMERGENZA SANITARIA¹

SOME CONSIDERATIONS ON REGIONALISM DURING THE HEALTH EMERGENCY

SINTESI

Il presente sintetico contributo rappresenta la versione scritta dell'intervento dell'Autore nel *webinar* del 26.6.2020 organizzato dalla Rivista sul tema “*Emergenza, pandemia e loro dimensioni organizzative tra crisi del regionalismo e dell'organizzazione sanitaria*”. Il lavoro è costituito da un primo paragrafo che contiene 5 riflessioni generali sul regionalismo, generate dalla situazione emergenziale, con particolare riferimento all'ambito sanitario. Nel secondo paragrafo l'Autore mette in evidenza l'esigenza di ragionare di autonomia superando la ideologia del regionalismo differenziato. Nel terzo paragrafo si riflette sulla prospettiva del regionalismo. Nel quarto paragrafo l'Autore richiama le riforme costituzionali attese.

ABSTRACT

This contribution represents the written version of the author's contribution during the webinar of 26.6.2020 organised by this journal on the theme of “*Emergency, pandemic and their organisational dimensions between crises of regionalism and health organisation*”. The essay consists of a first section containing five general reflections on regionalism, generated by emergency situations, with particular reference to the health sector. In the second section, the author highlights the need to think about autonomy by overcoming the ideology of differentiated regionalism. The third section reflects on the perspective of regionalism. In the fourth section, the author reviews the expected constitutional reforms.

PAROLE CHIAVE: Regioni – Autonomia – Diritti – Regionalismo – Emergenza – Covid-19

KEYWORDS: Regions – Autonomy – Rights – Regionalism – Emergency – Covid-19

¹ Il presente contributo rappresenta la versione scritta dell'intervento dell'Autore nel *webinar* del 26.6.2020 organizzato dalla Rivista sul tema “*Emergenza, pandemia e loro dimensioni organizzative tra crisi del regionalismo e dell'organizzazione sanitaria*”.

INDICE: 1. 5 osservazioni sul regionalismo nell'emergenza. – 2. Il regionalismo al di là del regionalismo differenziato. - 3. Il regionalismo al di là dell'emergenza. - 4. Una nota conclusiva sulle riforme attese.

1. 5 osservazioni sul regionalismo nell'emergenza

La situazione emergenziale induce a formulare alcune osservazioni generali, al di là della pandemia.

I) L'emergenza ha palesato in questi mesi, in modo violento, la intima connessione tra la I e la II Parte della Costituzione; la inscindibile relazione tra la organizzazione dei poteri pubblici e la tutela dei diritti, confermando tutta l'attualità definitoria dell'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, secondo cui la Costituzione è un testo fondamentale che separa i poteri e garantisce i diritti (*"ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione"*).

La pandemia² ha quindi drammatizzato le tensioni tra le due dimensioni e più specificatamente le tensioni tra Stato regionale e Stato sociale, tra autonomia costituzionale e uguaglianza³, soprattutto in relazione al diritto alla salute⁴.

Peraltro tale tensione si è consumata non su un piano meramente *personalista* ma su un piano *collettivista*⁵.

In realtà le categorie costituzionali del dibattito collettivista erano state anticipate, in tempi non sospetti, dalla decisione della Corte costituzionale n. 5/2018, in materia di vaccinazioni obbligatorie.

II) In secondo luogo la situazione emergenziale ha riproposto la problematica della relazione giuridica tra *autonomia regionale* e *persona*⁶, dimostrando tutta la insufficienza della ideologia del regionalismo come limite al potere (centrale), mero veicolo quindi di un indirizzo politico alternativo, nonché contestualmente tutto il bisogno costituzionale di un regionalismo per la persona, preordinato teleologicamente all'attuazione dei diritti costituzionali⁷, posto non soltanto che il dovere solidaristico (art. 2 Cost.) è da imputare anche in capo

² Sul tema in generale cfr. F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020.

³ Cfr. sul tema da ultimo F.F. PAGANO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in www.biodiritto.org, marzo 2020, 1 ss.

⁴ Cfr. di recente C. CIARDO, *Il Servizio Sanitario Nazionale alla prova dell'emergenza Covid-19: il rischio di una sanità disuguale*, in www.biodiritto.org, marzo 2020, 1 ss.; F. ALAGNA, *Emergenza Coronavirus: verso una tutela globale della salute?*, in www.dirittiregionali.it, n. 1/2020, 353 ss.

⁵ Cfr. in tal senso, in modo assai efficace, M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, 1 ss.

⁶ Cfr. A. MORELLI, *Le relazioni istituzionali*, n. 3/2019, 116; E. GIANFRANCESCO, *Dimensione garantistica e dimensione collaborativa nel disegno costituzionale dei rapporti tra Stato e Regioni*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2019; più in generale cfr. più in generale A. D'ATENA, *Tra Autonomia e centralismo*, Torino, 2016.

⁷ Cfr. in tal senso G. DI COSIMO, *Le Regioni a difesa dei diritti fondamentali*, in *Le Regioni*, 2018, 813 ss.

agli Enti territoriali ma anche che l'art. 5 della Costituzione, nella difficile ricerca del punto di equilibrio tra unità ed autonomia, non è altro che la declinazione territoriale del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.).

III) Quale regionalismo ci consegna la pandemia? L'emergenza ha dimostrato i limiti del regionalismo "garantista" (fondato sulla separazione delle competenze e sulla rigidità del riparto di funzioni), la debolezza del regionalismo "cooperativo" (in assenza di una Camera delle autonomie e in carenza di costituzionalizzazione della Conferenza Stato-Regioni), la pericolosità del regionalismo "competitivo" (accentuato peraltro dalle recenti vicende elettorali regionali), soprattutto per la tenuta degli elementi unificanti del sistema sanitario nazionale.

IV) Inoltre una questione di metodo. Dobbiamo chiederci se le tensioni a cui abbiamo assistito e stiamo assistendo impongano una *riforma* o una *attuazione* del Titolo V della II Parte della Costituzione.

In modo pragmatico ritengo che, in attesa delle riforme, sia necessaria l'attuazione.

Le inattuazioni da colmare sono ancora molteplici. Si pensi principalmente alle vicende relative al principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.) o alla mancata determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, 2° comma, let. m), quale elemento certamente dotato di una forza unificante (soprattutto nella dimensione concorrente del diritto alla salute *ex* art. 117, 3° comma, Cost.).

V) Il dibattito sul regionalismo deve essere depurato da quello sul regionalismo differenziato.

È abnorme come nei mesi precedenti all'emergenza il *regionalismo differenziato* sia stato fatto coincidere in modo assorbente con il *regionalismo*, come se l'autonomia regionale si risolva in via esclusiva nell'art. 116, 3° comma, Cost. e come se il regionalismo differenziato possa superare le criticità strutturali derivanti dalle inattuazioni del Titolo V.

In questa retorica regionalista si annida un'alterazione ideologica, una sorta di reazione scomposta alla crisi storica del regionalismo, caratterizzata da un tentativo di scaricare sul regionalismo differenziato tutte le aspettative di risoluzione della stessa crisi.

In realtà, per drammatica ironia della sorte, le tre Regioni, che hanno coinciso con la iniziale c.d. zona gialla, erano le stesse Regioni (Lombardia, Veneto, Emilia-Romagna) che invocavano maggiore autonomia in materia di gestione del personale sanitario, di governo delle aziende sanitarie, di legittimazione negoziale con l'AIFA, ecc⁸.

Questi mesi impongono quindi una riflessione sul regionalismo, al netto del regionalismo differenziato⁹.

⁸ Come osserva C. BUZZACHI, *Coronavirus e territori: il regionalismo differenziato coincide con la zona "gialla"*, in www.lacostituzione.info, marzo 2020, 1 ss. Più in generale sul tema cfr. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in www.rivistaaiic.it, 2/2019, a ss.

⁹ Sul tema cfr., da ultimo, il numero monografico della Rivista del Gruppo di Pisa n. 2/2020: A. LO CALZO, G. SEGESE, C. SICCARDI (a cura di), *Autonomie territoriali e forme di diffe-*

Tale affermazione peraltro è del tutto compatibile con la consapevolezza di una inevitabile esigenza di differenziazione territoriale, anche innanzi alla pandemia¹⁰.

La “geografia del potere”, come “problema costituzionale”, diventa così il crocevia di tenuta dell’ordinamento costituzionale¹¹.

2. Il regionalismo al di là del regionalismo differenziato

Emerge così la necessità sistemica di evitare un “uso congiunturale dell’autonomia”¹², un uso ideologico del regionalismo, soprattutto in questo momento storico.

Tra la fine degli anni ’90 e l’inizio degli anni 2000 potevano dirsi regionalisti in molti; la riforma del Titolo V costituiva una opzione ideologica, largamente condivisa, in quel momento storico.

Progressivamente abbiamo assistito, invece, ad una sorta di torsione centralista, spesso altrettanto ideologica.

Si pensi in via esemplificativa agli sviluppi della giurisprudenza costituzionale, che ha elaborato il principio di chiamata in sussidiarietà delle competenze legislative (Corte cost. n. 303/2003) o il criterio di prevalenza, quale grimaldello di attrazione di competenze regionali, arrivando peraltro a dilatare le competenze legislative statali *ex art. 117, 2° comma, Cost.* e quindi a comprimere la dimensione competenziale residuale delle Regioni *ex art. 117, 4° comma, Cost.*, in nome della crisi economica; significativa è apparsa peraltro la diffusa critica nei confronti della classe politica regionale, dovuta in parte a difficoltà rappresentative (sia del sistema degli Enti locali sia del sistema produttivo) e in parte alla delegittimazione politica derivante dalle vicende giudiziarie (in sede penale e amministrativo-contabile) conseguenti alla gestione dei contributi ai gruppi consiliari¹³.

renziamento. *Ordinamenti a confronto*, in *www.gruppodipisa.it*; cfr. anche, *ex plurimis*, L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2019; G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell’art. 116, comma 3, Cost.*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, 1 ss.;

¹⁰ Cfr. l’analisi di M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *www.biodiritto.org*, marzo 2020, 1 ss.

¹¹ G. FALCON, *Tre livelli della “geografia del potere” come problema costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2019, 1 ss.; A. MORELLI, *Le relazioni istituzionali*, n. 3/2019, 1 ss.

¹² Così in modo assai lucido A. MORELLI, *Le relazioni istituzionali*, n. 3/2019, 116.

¹³ Sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *La Corte costituzionale “in” politica regionale: autonomia costituzionale regionale vs. sindacato (giurisdizionale e amministrativo) della Corte dei conti*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Giappichelli, Torino, 2017, 331-338.

Tuttavia questa torsione centralista si è arrestata con il fallimento della riforma costituzionale del 2016, che aveva tentato di recepire e intercettare quello spirito anti-regionalista progressivamente emerso¹⁴.

A seguito di tale fallimento abbiamo assistito ad una sorta di nuova reazione regionalista, ad un rafforzamento ideologico delle ragioni dell'autonomia, che si è incanalato, in modo oltranzista, verso il regionalismo differenziato, tentando dopo 19 anni il disgelo di una disposizione costituzionale (art. 116, 3° comma, Cost.).

Non può negarsi però come la via del regionalismo differenziato sia stata caratterizzata da molteplici criticità:

i) si è tentato di trasformare una disposizione *eccezionale* in una soluzione *generale* per il sistema, rivendicando, sotto il profilo quantitativo, un numero abnorme di materie, in violazione della stessa *ratio* sottesa all'art. 116, 3° comma, Cost. (che parla non di "maggiore autonomia", come rivendicato, ma di "condizioni particolari di autonomia") nonché più in generale in violazione del principio di proporzionalità;

ii) inoltre sembra *carente la motivazione* stessa sottesa alle singole richieste di autonomia differenziata.

L'autonomia, in generale, può essere identitaria (ossia fondata su ragioni extra-giuridiche), decisionale (ossia fondata sull'esigenza di soddisfare interessi pubblici specifici) o funzionale (ossia fondata sull'esigenza di maggiore efficienza dell'azione pubblica).

Nel caso del regionalismo differenziato sembra mancare una espressa individuazione delle ragioni legittimanti, risultando quindi carente un parametro di valutazione della congruità e sostenibilità della stessa pretesa;

iii) peraltro emerge una prospettiva limitata, posto che l'oggetto della rivendicazione non sembra essere quello del trasferimento di *funzioni legislative* (in armonia con lo spirito dell'art. 116, 3° comma, Cost.) ma quello del trasferimento di *funzioni amministrative*, con un conseguente rischio di frammentazione delle funzioni e di amministrativizzazione delle Regioni; un rischio di neo-centralismo regionale, pericoloso anche per l'autonomia degli Enti locali;

iiii) si aggiunga anche il rischio sistemico che l'art. 116, 3° comma, Cost. si sostituisca all'art. 118 Cost.¹⁵, generando così una divaricazione, poco sostenibile, tra funzioni amministrative non modificabili-allocabili con legge ordinaria (quelle di cui all'art. 116, 3° comma, Cost.) e funzioni amministrative modificabili-allocabili con legge ordinaria (quelle di cui all'art. 118 Cost.);

iiii) più in generale, dietro il regionalismo differenziato, si annida il rischio di una alterazione del quadro costituzionale con la nascita di un terzo ge-

¹⁴ Per una ricostruzione storica cfr. G. ROLLA, *L'evoluzione dello Stato regionale in Italia: tra crisi del regionalismo omogeneo e aspirazioni a un'autonomia asimmetrica dei territori*, in *Le Regioni*, 2019, 141 ss.

¹⁵ Cfr. M. CARLI, *Il regionalismo differenziato come sostituto del principio di sussidiarietà*, in *www.federalismi.it*, 2019, 1 ss.

nere (oltre alle Regioni a Statuto ordinario e a Statuto speciale), quello delle Regioni a regime differenziato¹⁶.

3. Il regionalismo al di là dell'emergenza

La pericolosità dell'uso ideologico del regionalismo impone quindi a maggior ragione di tornare a ricercare il punto di equilibrio tra unità e differenziazione.

Pizzorusso ha sempre sostenuto, in sintesi, che la differenziazione è un esito ineludibile del regionalismo, per quanto il vero problema rimanga quello della individuazione dei limiti¹⁷.

In primo luogo è quindi necessario evitare la esasperazione del regionalismo e a maggior ragione la “secessione dei ricchi”¹⁸, dovendo rimanere fermo il legame di solidarietà tra la Repubblica e le popolazioni regionali (Corte cost. n. 118/2015) nonché dovendo prendersi coscienza, quanto al residuo fiscale, che l'equilibrio tra il prelievo fiscale su un certo territorio e l'impegno di tale prelievo sul medesimo territorio, non costituisce un principio costituzionale (Corte cost. n. 69/2016).

Analogamente appare necessario superare alcune abnormi categorie come quella dei “confini regionali”¹⁹ (evocati nella vicenda campana), della “sovranità regionale” e dei “popoli regionali” (evocati nelle vicende referendarie della Lombardia e del Veneto; Corte cost. nn. 365/2017 e 381/2018).

Più in generale dovranno essere superate alcune distorsioni dell'emergenza, da cui è emerso uno Stato *forte* con la persona, nella limitazione dei diritti, ma *debole* con le Regioni.

Si pensi in via sintomatica, e a mero titolo esemplificativo, alla impugnazione del Governo innanzi al giudice amministrativo di provvedimenti delle Regioni, in luogo dell'esercizio del potere sostitutivo *ex art.* 120 Cost.²⁰, alla previsione normativa legittimante per le Regioni misure maggiormente restrittive rispetto a quelle statali (art. 3 d.l. n. 19/2020), che si pone in antinomia con l'idea che soltanto lo Stato rappresenta la sede idonea ad individuare il punto di bilanciamento tra gli interessi, non derogabile né in *peius* né in *melius*²¹, nonché

¹⁶ A. PIRAINO, *Regionalismo differenziato: attuazione o cambiamento costituzionale?*, in *www.dirittiregionali.it*, n. 2/2019, 1 ss.

¹⁷ Più di recente cfr. R. BIFULCO, *Differenziazione e asimmetrie nella teoria federale contemporanea*, in *www.dirittiregionali.it*, n. 1/2020, 139 ss.

¹⁸ M.C. GUERRA, *Autonomia regionale differenziata: verso la secessione dei ricchi?*, in *Le Regioni*, 2019, 413 ss.

¹⁹ Cfr. A. D'ALOIA, *L'art. 120 Cost., la libertà di circolazione e l'insostenibile ipotesi delle ordinanze regionali di chiusura dei 'propri confini'*, in *www.dirittifondamentali.it*, aprile 2020, 1 ss.

²⁰ Cfr. G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: il caso Marche*, in *www.biodiritto.org*, marzo 2020, 1 ss.

²¹ Così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *www.giurcost.org*, aprile 2020, 18 ss.

alla rivendicazione della Regione Sicilia relative al vetusto art. 31 dello Statuto regionale in materia di ordine pubblico²².

Soprattutto in materia sanitaria, il dibattito sul regionalismo, depurato da categorie ideologiche e debolezze statali, impone di riflettere su una dimensione organizzativa funzionalizzata alla tutela dei diritti.

Le condizioni costituzionali per una funzionalizzazione dell'organizzazione rispetto alla tutela della persona, in ambito sanitario, sono principalmente tre:

1) l'attuazione dell'art. 117, 2° comma, let. m), in seno al quale sono riconducibili anche gli "standard organizzativi"²³;

2) la valorizzazione dell'art. 117, 3° comma, Cost., come dimensione concorrente della tutela della salute, in seno alla quale sono riconducibili non solo profili assistenziali ma anche profili organizzativi;

3) il superamento del ruolo prevalente dello Stato come controllore della spesa pubblica e dei rientri, esercitato attraverso la materia del coordinamento della finanza pubblica ex art. 117, 2° comma, Cost.;

Fermi questi presupposti, e più in generale la strutturazione del servizio sanitario regionale nei limiti del servizio sanitario nazionale, può ritenersi sostenibile il tavolo del regionalismo differenziato.

Tuttavia lo stesso art. 116, 3° comma, Cost. impone di verificare gli ambiti in cui le Regioni hanno operato con efficacia, scaricando su di esse l'onere di provare la innovatività delle proposte e la strumentalità di tali proposte rispetto alla tutela della persona, quale elemento indisponibile per l'autonomia.

4. Una nota conclusiva sulle riforme attese

La situazione emergenziale, oltre ad aver messo a nudo i limiti e le patologie del nostro regionalismo, ha confermato l'esigenza di alcune riforme.

In primo luogo rimane ferma l'esigenza di una *Camera delle autonomie*, che garantisca la partecipazione delle Regioni ai processi decisionali; soltanto il superamento del bicameralismo paritario e la creazione di una seconda Camera può generare la sede istituzionale di sintesi tra unità ed autonomia; la stessa Corte costituzionale ha affermato in modo espresso la "perdurante assenza" di un meccanismo di collaborazione legislativa (Corte cost. n. 6/2004; 7/2016).

In secondo luogo le vicende di questi mesi dimostrano la inadeguatezza dell'attuale disciplina della *Conferenza Stato-Regioni*²⁴. Si dovrà tornare a riflettere non soltanto sulla opzione della costituzionalizzazione di tale organo ma anche

²² Cfr. A. MORELLI, *Quel che resta della specialità nello Stato di emergenza (e non solo). La proposta di attuazione dell'art. 31 dello Statuto siciliano*, in *www.dirittiregionali.it*, n. 1/2020, 543 ss.

²³ Cfr. M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M. C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, 13 ss.; D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2018 ss.

²⁴ Da ultimo cfr. sul tema A. PAIANO, *Forme di raccordo fra Stato e autonomie territoriali: il principio di leale collaborazione e il sistema delle Conferenze*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020.

sul superamento di alcuni evidenti limiti funzionali, relativi alla poca trasparenza dell'attività, alla scarsa procedimentalizzazione, alla debolezza in essi delle Assemblee legislative rispetto agli Esecutivi, alla debolezza giuridica delle intese.

Più in generale il *principio di leale collaborazione* necessita di una svolta.

Nell'attuale quadro costituzionale risulta soltanto evocato nell'art. 120 Cost. e comunque di natura debole, perché di matrice giurisprudenziale.

Pertanto nella giurisprudenza costituzionale è stato utilizzato prevalentemente in relazione alle funzioni amministrative, essendo del tutto eccezionali ed isolati i casi in cui tale principio ha assunto un rilievo rispetto alle funzioni legislative (Corte cost. n. n. 251/2016); è stato peraltro utilizzato principalmente come limite alle chiamate in sussidiarietà dello Stato, divenendo così una sorta di strumento compensativo legittimante paradossalmente la erosione di competenze regionali.

Oggi il principio di leale collaborazione deve diventare, invece, un principio organizzativo e non meramente funzionale, per quanto indispensabile anche sotto quest'ultimo profilo come metodo di raccordo tra i livelli di governo²⁵.

Soltanto in questa prospettiva potrà trovare soddisfazione il bisogno costituzionale, emerso nell'emergenza in modo dirompente, di individuare elementi unificanti per la tutela della salute.

Il coinvolgimento delle Regioni nei processi decisionali potrà quindi portare alla migliore determinazione dei livelli essenziali (art. 117, 2° comma, let. m) nonché dei principi generali in materia di tutela della salute (art. 117, 3° comma, Cost.), non soltanto in relazione ai profili assistenziali ma anche a quelli di organizzazione sanitaria, di dirigenza sanitaria, di accreditamento delle strutture, di organizzazione del servizio farmaceutico, ecc.

In conclusione è davvero necessario tornarsi a chiedere “quale è lo Stato delle Regioni?”²⁶ o più semplicemente “dove si va?”²⁷.

²⁵ F. SEVERA, *Sui raccordi tra livelli di governo in tempi di emergenza*, in www.biodiritto.org, marzo 2020, 1 ss.

²⁶ F. CORTESE, *Qual è lo Stato delle Regioni?*, in *Le Regioni*, n. 1/2019, 1 ss.

²⁷ R. BIN, *Le Regioni dopo le elezioni: dove si va?*, in www.lacostituzione.info, 2020, 1 ss.

MARIA CRISTINA CAVALLARO
Professore ordinario di Diritto amministrativo presso
l'Università degli Studi di Palermo
mariacristina.cavallaro@unipa.it

LA DECISIONE POLITICA NEL TEMPO DELL'EMERGENZA SANITARIA

THE POLITICAL DECISION DURING THE HEALTH EMERGENCY

SINTESI

Nell'articolo si affronta il problema della natura giuridica dei d.P.C.M. adottati dal Governo sin dall'inizio dell'emergenza sanitaria, avendo riguardo anche al ruolo della valutazione tecnico-scientifica come presupposto delle decisioni politiche. In questa prospettiva, si affronta anche la questione del sindacato del giudice amministrativo sugli atti del Governo, per verificarne la idoneità a garantire la c.d. "tenuta del sistema".

ABSTRACT

The article deals with the problem of the legal nature of the d.P.C.M., the act enacted by the government after the declaration of the health emergency. In particular, the paper aims at investigating the debate around the technical requirements in the political decision and the judicial review on the administrative measure, in order to verify their compliance with the Constitution.

PAROLE CHIAVE: decisione politica, presupposto tecnico scientifico, sindacato giudiziario, giudice amministrativo

KEYWORDS: political decision, technical requirements, judicial review, administrative judge.

INDICE: 1. Il rapporto tra politica e amministrazione nell'emergenza sanitaria – 2. Le ordinanze di necessità: il ruolo della tecnica e l'*autorestrizione* del giudice – 3. Brevi considerazioni conclusive: la "tenuta del sistema"

Il caso d'eccezione rende palese nel modo più chiaro l'essenza dell'autorità statale. Qui la decisione si distingue dalla norma giuridica e (per formulare un paradosso) l'autorità dimostra di non avere bisogno di diritto per creare diritto.

C. Schmitt, *Le categorie del politico*,
trad. it. P. Schiera, Bologna, 1972, p. 40.

1. Il rapporto tra politica e amministrazione nell'emergenza sanitaria

L'emergenza sanitaria ha prodotto effetti evidenti nel tessuto sociale, economico e politico del paese. Sotto il profilo sociale ed economico, la pandemia ha modificato le abitudini e gli stili di vita dei singoli, ha esposto a dura

prova alcune categorie professionali, ha impoverito economicamente non poche fasce della popolazione e rischia di impoverire culturalmente un'intera generazione di studenti. Sul piano politico, l'impatto è stato altrettanto dirompente: al di là degli effetti sugli equilibri tra le diverse forze politiche, di maggioranza e di opposizione, la pandemia ha investito i rapporti tra governo e parlamento, imponendo una rinnovata attenzione sul sistema delle fonti in generale; mentre la riflessione sulle specifiche misure di intervento da adottare ha aperto nuovi scenari sotto il profilo del dialogo tra Stato e regioni, nonché con riferimento al ruolo delle singole autonomie locali.

Nell'esaminare il contesto nel quale si colloca il profluvio di interventi disposti ai diversi livelli di governo per contenere l'emergenza sanitaria, il dato su cui vorrei soffermare l'attenzione è quello di un diverso assetto nei rapporti tra politica e amministrazione.

A far data dagli anni Novanta, la spinta riformatrice è stata orientata nella direzione di una separazione (o distinzione) tra politica e amministrazione, secondo un modello che tende a recuperare l'idea kelseniana di una necessaria «spolitizzazione» dell'amministrazione, che per Kelsen è funzionale alla garanzia del principio di legalità ed è legata all'esigenza di assicurare «un'eliminazione degli influssi politici esercitati sull'esecuzione della legge»¹. Lungo la traiettoria così individuata, il disegno ambizioso che si è tentato di perseguire è quello di un ammodernamento delle strutture organizzative della pubblica amministrazione, il cui vertice decisionale è stato affidato alla dirigenza, mentre alla politica è rimasto il compito di individuare gli indirizzi e gli obiettivi da realizzare.

Senza entrare nel merito della bontà delle scelte adottate dal legislatore in questi anni e, soprattutto, senza volere valutare la coerenza delle stesse con quell'idea kelseniana di cui prima si diceva, si vuole invece sottolineare come, nel tempo dell'emergenza sanitaria e sin dal momento della Dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020², sia progressivamente affiorato il recupero di uno spazio significativo del decisore politico, il quale si è manifestato propenso ad affermare il proprio ruolo a tutti i livelli di governo: dalla sede centrale alla dimensione più ridotta delle autonomie locali.

Si consideri che, all'inizio della pandemia, la fonte normativa di riferimento, attraverso la quale governare l'emergenza sanitaria, è stata rinvenuta nel d. lgs. n. 1 del 2018, in materia di protezione civile (noto, infatti, come Codice di protezione civile). Tant'è che la ricordata Dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, adottata dal Consiglio dei ministri su proposta del Presidente del Consiglio, ai sensi dell'art. 24 del menzionato decreto legislativo, rimandava espressamente al successivo art. 25, secondo cui «per il coordinamento

¹ H. KELSEN, *La democrazia*, trad. it. G. Gavazzi, Bologna, 1955, p. 117.

² Si tratta della Delibera del Consiglio dei Ministri, "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili", pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 2 febbraio 2020, n. 26, prorogata con analoga Delibera del 29 luglio e poi del 7 ottobre: quest'ultima dispone lo stato di emergenza nazionale sino al 31 gennaio 2021.

dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile», che ai sensi dell'art. 5 sono adottate dal Capo dipartimento della protezione civile.

Ma, forse, è apparsa sin da subito evidente la difficoltà di ricondurre la vicenda pandemica agli eventi calamitosi prefigurati nel d. lgs. n. 1/2018 e la conseguente difficoltà di mantenere fermi gli strumenti di intervento ivi previsti. Per cui, nella consapevolezza della necessità di un maggiore livello di coordinamento delle attività da porre in essere e, probabilmente, nella consapevolezza della necessità di una assunzione della responsabilità politica degli interventi da attuare, in luogo dell'ordinanza di protezione civile, il Governo ha adottato il primo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri (d.P.C.M. del 23 febbraio 2020), con il quale sono state disposte le prime misure necessarie per il contenimento del contagio, sia pure con esclusivo riferimento ad alcuni comuni della Lombardia e del Veneto.

In altri termini, l'organo politico ha assunto direttamente una decisione, che avrebbe potuto adottare “per il tramite” dell'organo di direzione amministrativa: con ciò spostando quasi simbolicamente il baricentro dell'azione politica e amministrativa e accentrando su di sé la titolarità del potere, al fine di assicurare una più coerente gestione dell'emergenza.

Nonostante la provenienza dell'atto dal vertice di indirizzo politico, siamo comunque dinanzi a una decisione politico-amministrativa, che non concede spazio a una qualificazione in termini di “atto politico”, in quanto tale potenzialmente sottratto al sindacato giudiziario. Com'è noto, l'insindacabilità dell'atto politico risale all'art. 31 del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054 (testo unico sul Consiglio di Stato) e oggi ha trovato conferma all'art. 7 del codice del processo amministrativo: la sua origine si ritiene legata al principio della separazione dei poteri, che avrebbe dovuto limitare ogni ingerenza del potere giudiziario nei confronti degli atti di governo. Nel tempo, tuttavia, la giurisprudenza amministrativa ha contribuito a delimitare la categoria in esame, chiarendo che l'atto politico si qualifica come atto *libero nei fini* ed è «connotato da due elementi, uno soggettivo (dovendo provenire da organo preposto all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica) e l'altro oggettivo (dovendo riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione)»³. Con la conseguenza di ammettere l'insindacabilità dell'atto politico solo nel caso in cui lo stesso, per la genericità dei suoi contenuti e per la finalità di cura e selezione di un interesse pubblico astrattamente considerato, sia idoneo a ledere le situazioni soggettive degli interessati: ammettendo, per questa via, il sindacato giurisdizionale sull'atto politico tutte le volte in cui si riscontri la lesione specifica di una situazione giuridica soggettiva⁴. L'effetto così assicurato è quello di

³ Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1397.

⁴ Ed è evidente che in tal caso la sindacabilità dell'atto è intrinsecamente legata alla riconosciuta sussistenza di una legittimazione processuale all'impugnazione dello stesso: A. ROMANO TASSONE, «Atto politico» e interesse pubblico, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, cit., che svolge la considerazione sim-

salvaguardare la legittimità costituzionale dell'antico art. 31 T.U. Cons. Stato e dell'odierno art. 7 c.p.a., consentendo l'impugnazione e il sindacato dell'atto politico tutte le volte in cui, nel pieno rispetto dell'art. 113 Cost., sia necessario assicurare la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi contro gli atti del pubblico potere⁵.

Così stando le cose, il decreto del Presidente del Consiglio di cui si ragiona e i successivi decreti adottati nel corso dell'emergenza sanitaria, ma, a mio avviso, anche la ricordata Dichiarazione dello stato di emergenza, da cui si origina l'intervento successivo del Governo, non possono essere qualificati come atti politici in senso stretto, poiché non ne condividono l'essenza, non essendo liberi nel fine. In ogni caso sono atti destinati a incidere sensibilmente sulle posizioni dei singoli e per ciò stesso deve esserne assicurato il sindacato giudiziario.

Sono pertanto atti amministrativi, finalizzati alla cura di un interesse pubblico, destinati a produrre effetti in capo ai destinatari, ma che sono assunti da un organo politico. E, per quanto la veste formalmente assunta sia quella del d.P.C.M., dal punto di vista sostanziale si tratta di atti che non entrano nel sistema delle fonti, anche in considerazione della loro breve durata: dunque non potrebbero essere qualificati come atti normativi.

In alcune sentenze se ne ipotizza la natura di atti amministrativi generali⁶. Cioè atti che, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, condividono con gli atti normativi la nota della generalità, in quan-

metrica, secondo cui «sembra possibile che questa tendenza alla rivalutazione delle ragioni politiche che possono essere poste a base della decisione del governo si estrinsechi, sotto il profilo della non impugnabilità della decisione stessa, nella contrazione dell'area della legittimazione attiva al ricorso, anziché nell'espansione degli atti non sindacabili», p. 318.

⁵ Nel dibattito si collocano anche due significative pronunce della Corte costituzionale, che confermano i termini della questione appena posti: il monito della Corte costituzionale deve essere interpretato nel senso che, pur dovendosi riconoscere che l'attività di governo, in quanto essenzialmente politica, sia libera nel fine, nondimeno la stessa deve svolgersi all'interno del quadro costituzionale e di diritto positivo, rimanendo soggetta al principio di legalità soprattutto nell'ipotesi in cui incrocia i diritti e le libertà fondamentali. Da un lato, infatti, il giudice delle leggi ha affermato la natura politica (e conseguente insindacabilità) della decisione con la quale il Governo ha rifiutato l'avvio delle trattative per la stipula di un'intesa, ai sensi dell'art. 8 Cost., con l'Unione degli atei e agnostici razionalisti (UAAR), precisando tuttavia che la «valutazione riservata al Governo è strettamente riferita e confinata (...) alla decisione se avviare le trattative in parola», sicché «l'atto di diniego di cui si ragiona non può produrre, nell'ordinamento giuridico, effetti ulteriori rispetto a quelli cui è preordinato», nel senso che «non determina ulteriori conseguenze negative, diverse dal mancato avvio del negoziato, sulla sfera giuridica dell'associazione richiedente, in virtù dei principi espressi agli artt. 3, 8, 19 e 20 Cost.», Corte cost., 10 marzo 2016, n. 52. Mentre, in altra pronuncia la Corte si è occupata della vicenda relativa alla nomina degli assessori della Giunta regionale della Campania, in violazione dei vincoli statutari scaturenti dalla disciplina sulla parità di genere, affermando in tal caso la piena sindacabilità dell'atto di nomina: «quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto», Corte cost. 5 aprile 2012, n. 81.

⁶ Tar Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841.

to sono destinati a una pluralità di soggetti (il più delle volte non determinabili *ex ante*, ma spesso individuabili *ex post*). Diversamente dagli atti normativi, però, gli atti generali non presentano il requisito dell'astrattezza, giacché, come nel caso di specie, hanno un contenuto di tipo provvedimentale, avente ad oggetto delle misure specifiche e concrete finalizzate a regolare una «vicenda determinata», conclusa la quale vengono meno anche i relativi effetti⁷.

Riprendendo quanto osservato in apertura, in merito alla circostanza che alla Dichiarazione dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, sarebbe naturalmente seguita un'ordinanza di protezione civile, ai sensi dell'art. 25 del d. lgs. n. 1 del 2018, è possibile ipotizzare che gli atti in questione siano riconducibili alla categoria delle ordinanze di necessità. È vero che il decreto legge n. 19 del 2020 ha poi espressamente previsto il potere di intervento del Governo nelle forme decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri: con ciò superando, in un certo senso, la disciplina del Codice di protezione civile e riconducendo, al tempo stesso, il potere di intervento per fronteggiare l'emergenza sanitaria nel perimetro del principio di legalità (dal momento che il primo decreto legge, n. 6 del 2020 è stato sin da subito ritenuto eccessivamente vago e impreciso, circa la definizione delle «ulteriori misure di contenimento» da adottare da parte delle «autorità competenti»)⁸. Ciò non toglie che, nonostante la veste formale dell'atto, lo stesso possa essere ricondotto, quanto alla sua essenza, alla categoria delle ordinanze di necessità.

Ne viene fuori che, nel complesso, la gestione dell'emergenza sanitaria è stata affidata a una sequenza di atti⁹, qualificabili appunto come ordinanze di

⁷ In tal senso Cons. Stato, Ad. plen., 26 marzo 2012, n. 9, secondo cui «al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale, il requisito della indeterminabilità dei destinatari, rilevando che è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti». In argomento v. M. RAMAJOLI – B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. Amm.*, 2013, 53.

⁸ L'art. 2 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, prevedeva con formula alquanto generica che «Le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1»; viceversa l'art. 1 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, definisce nel dettaglio le «misure da adottare per evitare la diffusione del COVID-19», mentre il successivo art. 3 disciplina, sia pure in termini generali, una procedura essenziale per l'adozione delle stesse misure con uno o più d.P.C.M., prevedendo che gli stessi debbano essere adottati «su proposta del Ministro della salute, sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri competenti per materia, nonché i presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale».

⁹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020 parla di «catena normativa», che a partire dalla Costituzione giunge sino alle ordinanze sindacali.

necessità, adottati a diversi livelli di governo ed espressione di un potere politico-amministrativo, che gode anche di una legittimazione democratica: cosicché il decisore politico, dal governo centrale alle autonomie locali, passando attraverso le funzioni affidate alle regioni, non limita il proprio intervento alla definizione dell'attività di indirizzo, ma recupera uno spazio di azione per la cura concreta dell'interesse pubblico.

2. Le ordinanze di necessità: il ruolo della tecnica e l'*autorestrizione* del giudice

La categoria delle ordinanze di necessità è estremamente varia e ampia, in ragione della pluralità dei soggetti titolari del relativo potere e dei presupposti in presenza dei quali il potere di ordinanza può essere esercitato¹⁰.

Nel tentativo di trattarne le caratteristiche in termini unitari e, dunque, senza alcuna pretesa di esaustività, si può qui richiamare l'orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale, secondo cui, nella misura in cui il contenuto di tali ordinanze è destinato a derogare le disposizioni di legge e poiché le stesse si pongono al di fuori del principio di tipicità del provvedimento, la loro ammissibilità è stata riconosciuta, sin dagli anni Cinquanta, a condizione che il relativo potere trovi comunque fondamento nella legge e le medesime ordinanze non siano in contrasto con gli stessi principi generali; inoltre devono essere accuratamente motivate e devono avere una durata limitata nel tempo; deve, infine, esserne assicurata un'adeguata pubblicità¹¹.

Sul punto, pur cogliendo la suggestione della costruzione di Santi Romano, per il quale la necessità «non ha legge, ma fa legge»¹², si deve escludere che essa, in quanto posta a fondamento di tali atti, sia da intendersi come fonte del diritto, dovendosi invece riconoscere che il fondamento delle ordinanze in discorso sia comunque da rinvenirsi nella legge, mentre la 'necessità' rimane come presupposto delle stesse, richiamato dalla legge medesima.

In ogni caso è fuori di dubbio l'arretramento del principio di legalità a fronte di un altrettanto evidente effetto limitativo delle libertà dei singoli. Cui si deve aggiungere il potenziale pregiudizio del "principio di autonomia", che la Costituzione mira a realizzare attraverso «il più ampio decentramento» prefigurato dall'art. 5, ma che rischia di essere compromesso in considerazione del

¹⁰ Sull'argomento si veda G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33.

¹¹ In tal senso, Corte Cost., 2 luglio 1956, n. 8, che così riassume «i canoni» a cui devono ispirarsi le ordinanze in discorso: «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principii dell'ordinamento giuridico».

¹² S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1909, che poi aggiunge «la necessità di può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa le altre sono a considerarsi in certo modo derivate», 260.

marcato trasferimento di poteri che la normativa dell'emergenza concentra in capo al Governo¹³.

Per questo motivo, la provenienza politica dell'ordinanza di necessità non preclude il sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo: anzi, direi quasi che tale sindacato tende a compensare l'effetto potenzialmente pregiudizievole delle ordinanze di necessità, offrendo ai destinatari uno strumento di tutela immediato. E aggiungo che, soprattutto nel periodo considerato, ancora segnato dalla condizione emergenziale nella quale ci troviamo, in fatto e in diritto, il sindacato di legittimità sulle ordinanze di necessità esercitato dal giudice amministrativo può e deve costituire una garanzia di "tenuta del sistema", nella misura in cui consente la verifica del corretto esercizio del potere di ordinanza offrendo una sponda alle esigenze di tutela dei privati, nonché a garanzia del già richiamato principio di autonomia.

E tuttavia, tale sindacato sconta, nelle ipotesi considerate, non poche difficoltà.

Innanzitutto, con specifico riguardo ai d.P.C.M., non pare che gli stessi siano stati oggetto di impugnazione diretta¹⁴; viceversa sono state impugnate le ordinanze regionali e/o comunali che introducevano deroghe ulteriormente limitative o al contrario misure espansive, rispetto ai divieti e alle limitazioni contenute nei predetti d.P.C.M. Sicché il giudice amministrativo solo indirettamente si è pronunciato sulla legittimità dei d.P.C.M., dovendo considerare al

¹³ Sulla necessità che l'attribuzione del potere avvenga nel rispetto del principio di autonomia, si veda la recente sentenza della Corte costituzionale, 20 giugno 2019, n. 195, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma 1, del d.l. n. 113 del 2018, convertito, con modificazioni, nella legge n. 132 del 2018, che ha introdotto il comma 7 bis dell'art. 143 del T.U.E.L. in materia di scioglimento dei consigli comunali. La norma censurata, secondo la Corte, introduce «un potere prefettizio sostitutivo extra ordinem, ampiamente discrezionale, sulla base di presupposti generici e assai poco definiti, e per di più non mirati specificamente al contrasto della criminalità organizzata; ossia complessivamente in termini tali da non essere compatibili con l'autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali territoriali»; infatti, precisa il giudice delle leggi, «la garanzia costituzionale di autonomia degli enti locali territoriali (Comuni, Province e Città metropolitane) richiede non solo che i presupposti di tali poteri sostitutivi, incidenti nell'attività dell'ente, siano sufficientemente determinati dalla legge, ma anche che l'eventuale sostituzione a organi dell'ente rispetti il canone dell'art. 120, secondo comma, Cost., integrato dalla norma di attuazione di cui all'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), sull'assunzione a livello governativo della responsabilità per l'esercizio di tali poteri».

¹⁴ Va ricordata, al riguardo, la sentenza del Giudice di pace di Frosinone, 27 luglio 2020, n. 516, chiamato a pronunciarsi su una sanzione irrogata per la violazione del divieto di spostarsi in conseguenza della emergenza sanitaria: nella specie, il giudice ha annullato la sanzione impugnata «per illegittimità del DPCM adottato in data 31.01.2020 ed invocato nel verbale opposto per violazione dell'art. 13 cost.», sostenendo il conseguente dovere dello stesso giudice di pace, quale giudice ordinario, «di disapplicare il medesimo DPCM ai sensi dell'art. 5 della legge n. 2248 del 1865 All. E.».

contempo l'incidenza delle misure adottate sull'assetto complessivo dei rapporti tra Stato, regioni ed autonomie locali¹⁵.

Va poi sottolineato come la limitata efficacia temporale delle ordinanze di necessità implica che le stesse siano sottoposte al sindacato giudiziario in sede cautelare, che, molto spesso, viene esercitato nelle forme della tutela monocratica: e la tutela cautelare per definizione è una tutela sommaria, rispetto alla quale, il giudice amministrativo assai spesso ha confermato la legittimità degli atti impugnati, in quanto, per la loro breve durata, sono apparsi idonei a pregiudicare le situazioni soggettive dei privati. In questi termini si sono espressi, ad esempio, il Tar Campania e il Tar Puglia in merito all'impugnazione delle rispettive ordinanze regionali sulla chiusura delle scuole: nelle vicende considerate il giudice amministrativo ha riconosciuto preliminarmente la necessità di un «contemperamento del diritto alla salute con il diritto allo studio» che «nella attuale situazione epidemiologica vede prevalere il primo sul secondo (comunque parzialmente soddisfatto attraverso la didattica a distanza)», ma ha poi precisato che, in considerazione della limitata efficacia temporale del provvedimento impugnato, «le prioritarie esigenze di tutela della salute possano giustificare un temporaneo sacrificio sul piano organizzativo delle famiglie coinvolte»¹⁶.

Accanto a questi primi profili di difficoltà, intrinsecamente legati alla natura sommaria della tutela cautelare, a sua volta giustificata dalla temporaneità della misura disposta con l'ordinanza di necessità, ma ugualmente idonei, nella loro evidenza, a scoraggiare l'accesso alla tutela giudiziaria da parte degli interessati, si aggiungono ulteriori rilievi. Riconducibili, stavolta, alle modalità at-

¹⁵ La mancata impugnazione in via diretta potrebbe essere interpretata come il segno della natura normativa dei d.P.C.M. in esame, sostenuta in alcune sentenze, tra cui ad esempio Tar Puglia, Bari, sez. III, 22 maggio 2020, n. 733. Infatti, se considerati come atti normativi, i d.P.C.M. non potrebbero essere immediatamente impugnabili, perché contenenti disposizioni generali, ma soprattutto astratte, per ciò stesso non immediatamente lesive e, appunto, non impugnabili dai singoli cittadini. Ciò non toglie che, in ogni caso, l'interesse all'impugnazione potrebbe comunque sorgere, come in parte è avvenuto, da parte delle amministrazioni regionali e/o locali nella misura in cui le disposizioni contenute negli stessi d.P.C.M. possano ledere il principio di autonomia.

¹⁶ Tar Puglia, Lecce, sez. II, 6 novembre 2020, n. 695. In senso analogo, Tar Campania, sez. V, 9 novembre 2020, n. 2025, secondo cui «la durata temporanea della misura regionale, disposta fino al 14 novembre p.v., esclude l'emergenza di un pregiudizio “di estrema gravità e urgenza”, presupposto per la concessione dell'invocata tutela monocratica»; e aggiunge che «la lamentata compromissione degli altri diritti involti non sembra affatto assoluta, purché le attività scolastiche siano effettivamente assicurate con metodiche alternative rispetto alla didattica in presenza, e tenuto conto della non dimostrata impossibilità di contemperare le attività lavorative degli esercenti la potestà genitoriale con l'assistenza familiare nei confronti dei figli minori». Si deve precisare che, in senso opposto alla ricordata sentenza del Tar Puglia, Lecce, si è pronunciato il Tar Puglia, Bari, sez. III, 6 novembre 2020, n. 680, che invece, sulla medesima ordinanza ha accolto il ricorso, ritenendo che «dalla motivazione del provvedimento impugnato non emergono ragioni particolari per le quali la Regione Puglia non debba allinearsi alle decisioni nazionali in materia di istruzione» e concludendo nel senso che «come dedotto dai ricorrenti, vi sono in Puglia molte scuole e molti studenti non sufficientemente attrezzati per la didattica digitale a distanza, di guisa che l'esecuzione del provvedimento impugnato si traduce in una sostanziale interruzione delle attività didattiche e dei servizi all'utenza scolastica».

traverso cui si esprime il sindacato giudiziario rispetto ad atti della pubblica autorità che, come le ordinanze in esame, sono espressione di un potere altamente discrezionale, caratterizzato soprattutto da un elevato grado di discrezionalità tecnica.

In termini generali, il sindacato sulla scelta discrezionale è un sindacato di legittimità volto ad accertare che la scelta sia compiuta nel rispetto dei principi che regolano il potere, per legge attribuito all'amministrazione. Qui, il limite deriva dal fatto che il potere discrezionale è un potere riservato all'amministrazione e il giudice deve limitarsi a verificarne il corretto esercizio, ossia la conformità alla legge. Se poi l'atto amministrativo è adottato sulla base di un presupposto tecnico-scientifico, sia esso un accertamento a esito certo, ovvero una valutazione a esito incerto, il presupposto stesso può divenire oggetto del sindacato da parte del giudice amministrativo: nelle forme del sindacato debole o estrinseco, ovvero forte o intrinseco, sino ad arrivare alla possibilità, per lo stesso giudice, di nominare un consulente tecnico d'ufficio.

Più in dettaglio, la stessa giurisprudenza ha chiarito che in caso di "sindacato debole" «il giudice amministrativo non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve soltanto stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della conformità a parametri tecnici che nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato»¹⁷. Viceversa, il "sindacato forte" tende «ad essere utilizzato in quelle materie dove, di contro, il grado di opinabilità delle scelte tecniche è limitato», consentendo al giudice di formulare «una valutazione negativa sull'operato dell'amministrazione senza con ciò arbitrariamente sostituire il proprio parere tecnico a quello dell'organo titolare della funzione amministrativa oggetto di contestazione»¹⁸. Precisando, infine che «la possibilità di procedere ad una consulenza tecnica d'ufficio non può estendersi sino a determinare e legittimare una sostituzione del giudice alle valutazioni compiute dall'amministrazione»¹⁹.

In altri termini, il giudizio sulla "correttezza" della soluzione adottata dall'amministrazione, presuppone che all'interno del procedimento amministrativo che conduce all'adozione del provvedimento sia assicurata la valutazione di tutti gli elementi, i presupposti e gli interessi su cui la decisione finale si fonda: per cui la "correttezza" della decisione, evocata dalla giurisprudenza, altro non è che la sua ragionevolezza, intesa come coerenza della decisione medesima con gli esiti dell'istruttoria procedimentale. Ma nel caso in cui, dall'esame delle attività procedimentali emerga l'insufficienza degli elementi e dei presupposti raccolti dall'amministrazione per assumere la relativa decisione, «la verità va cercata dal giudice»: il quale potrà anche ricorrere alla consulenza tecnica d'ufficio, «se ritiene che gli elementi accertati dall'amministrazione non siano sufficienti», senza con ciò sostituirsi all'amministrazione, ma valutando gli esiti

¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2014, n. 505.

¹⁸ Tar Toscana, sez. II, 30 maggio 2013, n. 891.

¹⁹ Cons. Stato, sez. II, 18 febbraio 2020, n. 1244.

degli elementi raccolti «in contraddittorio» con la decisione dell'amministrazione sottoposta al suo esame²⁰.

È possibile cioè che il giudice si limiti a verificare la coerenza dell'istruttoria e dei presupposti di natura tecnica e scientifica che in essa vengono in rilievo rispetto alla decisione finale, ovvero che, laddove ritenga l'insufficienza dell'istruttoria e dei relativi elementi di natura tecnica, ne arricchisca la portata attraverso il ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio. In ogni caso, il presupposto di natura tecnica è necessario per fondare correttamente il sindacato giudiziario: in termini di mero giudizio di ragionevolezza, per verificare la coerenza della decisione finale, fino alla possibilità di integrare i contenuti delle valutazioni tecniche e scientifiche, attraverso il ricorso alla consulenza tecnica, per valutarne comunque la congruenza con il provvedimento adottato.

Ammettere che il giudice possa indagare le valutazioni tecniche dell'amministrazione, attraverso un controllo di ragionevolezza, o un controllo più specifico e penetrante per il tramite di una consulenza, per poi valutare se la scelta finale sia con esse coerente, significa rimanere nel quadro del nostro sistema costituzionale e processuale. Ed è innegabile che, nel rispetto del confine tracciato dalla giurisprudenza in merito al sindacato sulle scelte di discrezionalità tecnica, anche nel caso in cui lo stesso sia limitato alla verifica dei parametri della proporzionalità e della ragionevolezza, cioè secondo un modello di sindacato debole, il giudice mantiene comunque un notevole “controllo” sulla decisione amministrativa.

Con buona probabilità, è per questo che in alcuni casi lo stesso giudice si “chiama fuori” da un sindacato che potrebbe svolgere, ritenendo di non potere sostituirsi all'amministrazione nella valutazione della scelta di discrezionalità tecnica: si tratta di una evenienza già colta dalla dottrina che ha parlato di *auto-restrizione* del giudice, e che ancor più si mostra evidente «allorché sia in discussione il “merito” delle scelte e delle opzioni degli apparati politico-amministrativi e pertanto il profilo strategico dell'indirizzo politico»²¹.

Nel caso della sequenza dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e delle ordinanze di necessità che da quasi un anno condizionano il quotidiano andamento di tutte le attività economiche e sociali del Paese, quello appena considerato è forse l'aspetto più significativo, che costituisce il maggior limite a un pieno sindacato giudiziario capace di offrire adeguate risposte alle istanze di tutela e capace, per ciò stesso, di costituire un elemento fondamentale per compensare l'autorità del potere a garanzia delle libertà dei singoli, contribuendo ad assicurare la complessiva “tenuta del sistema”.

Tutto ciò avendo anche presente che le premesse appena tratteggiate, in merito al sindacato del giudice amministrativo sulle scelte di discrezionalità tecnica dell'amministrazione, si misurano, sempre nel caso di specie, con una ulteriore difficoltà, che si salda con la peculiarità degli atti in esame. Si tratta

²⁰ F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 973.

²¹ R. FERRARA, *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm. TAR* 2010, 3179.

cioè di atti nei quali il presupposto tecnico scientifico da valutare è quello della sussistenza di una condizione di necessità e urgenza, connessa all'emergenza pandemica, rispetto alla quale si deve provvedere: ed è un presupposto che non sempre risulta ben articolato e motivato. Anzi, via via che sale il livello di governo e dunque il livello della decisione politica, il presupposto stesso diviene più sfumato, se non del tutto assente.

Così, per fare un esempio, se le ordinanze sindacali di chiusura di alcune zone cittadine per limitare gli "assembramenti" provano ad ancorare la decisione su dati scientifici ed epidemiologici di trasmissione del virus e il giudice, per parte sua, ha annullato provvedimenti non sufficientemente motivati²², la richiamata Dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio del 2020 rinvia genericamente alla stessa Dichiarazione già fatta dall'Organizzazione mondiale della sanità, il 30 gennaio del 2020, e all'attuale «situazione di diffusa crisi internazionale determinata dalla insorgenza di rischi per la pubblica e privata incolumità connessi ad agenti virali trasmissibili».

Più in generale, ai sensi dell'art. 2 del d.l. n. 19 del 2020, tutte le misure adottate con d.P.C.M., per ciò che attiene ai profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, devono essere assunte «sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo dipartimento di protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630». E in effetti, la parte motiva dei diversi d.P.C.M., oltre a un generico riferimento a «l'evolversi della situazione epidemiologica e il carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia e l'incremento dei casi sul territorio nazionale», nonché alle «dimensioni sovranazionali del fenomeno epidemico» e al coinvolgimento «di più ambiti sul territorio nazionale», contiene anche un formale rinvio ai verbali delle sedute del Comitato tecnico scientifico. Ma, com'è noto, i verbali del Comitato, per un lungo periodo di tempo, sono stati soggetti a segreto e, quindi, tra l'altro, potenzialmente sottratti al sindacato giudiziario²³.

Il Consiglio di Stato ha provato a chiarire che i verbali in discorso, di cui era stata chiesta l'ostensione in sede giudiziaria, sono atti procedimentali di natura tecnica, necessariamente prodromici rispetto alla adozione dei d.P.C.M. Precisando in particolare che si tratta di atti che hanno costituito il presupposto «per l'adozione di misure volte a comprimere fortemente diritti individuali dei cittadini», ma non presentano «elementi di speciale segretezza da opporre agli stessi cittadini», dovendo invece essere assicurati «alla generale regola di trasparenza e conoscibilità da parte dei cittadini»²⁴.

²² Si veda ad esempio Tar Puglia, sez. III, n. 733 del 2020, cit., che ha annullato un'ordinanza sindacale del comune di Peschici, in quanto, non solo era assente ogni indicazione di efficacia temporale della misura adottata, ma si faceva altresì riferimento a «una generica affermazione di perdurante rischio sanitario, non accompagnata da rilevazione di dati epidemiologici a supporto».

²³ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2019, 1825.

²⁴ Cons. Stato, sez. III, 31 luglio 2020, n. 4574, che in realtà, chiamato a pronunciarsi in sede di appello sulla sospensione della esecutività della sentenza del Tar Puglia che ordinava l'esibizione dei verbali, trattandosi di un giudizio cautelare di tipo monocratico, ha preferito rinviare la decisione argomentando la necessità di una pronuncia collegiale, che garantisse il

Con la conseguenza che, a far data dal 5 agosto 2020, il Governo ha deciso di desecretare i verbali. Ma, quello che non viene precisato è che la pubblicazione dei verbali, con i relativi allegati, avviene dopo quarantacinque giorni dalla seduta del Comitato tecnico scientifico. Cioè, presumibilmente, dopo che il relativo d.P.C.M., che ha come presupposto le valutazioni tecnico-scientifiche formulate dal Comitato, ha esaurito i propri effetti.

Il rischio è che, anche ad ammettere la possibilità di un sindacato giudiziario pieno sugli atti di cui si discute, che non incontra, cioè, quelle forme di “autorestrizione” da parte dello stesso giudice riscontrate dalla dottrina, mancherebbe comunque un pezzo del ragionamento su cui si fonda la decisione politico-amministrativa da sottoporre a sindacato: vale a dire la valutazione tecnico scientifica, che costituisce il presupposto su cui verificare la correttezza, la coerenza, la ragionevolezza e dunque la legittimità della decisione medesima. Così, ad esempio, nel giudizio promosso dalla Presidenza del Consiglio per l'annullamento dell'ordinanza della regione Calabria del 29 aprile 2020, che consentiva l'apertura dei bar e ristoranti (purché svolgessero il servizio ai tavoli all'aperto), introducendo una misura ampliativa rispetto al d.P.C.M. del 26 aprile 2020 (che invece fino al 16 maggio 2020 inibiva la riapertura dei servizi di ristorazione), il Tar Calabria, non avendo a disposizione dati di natura tecnico-scientifica, ha annullato l'ordinanza regionale osservando che «il rischio epidemiologico, legato alla capacità di replicazione del virus» e «alla capacità di risposta del sistema sanitario regionale» è «fatto notorio»²⁵.

Ma qui si appunta un'altra considerazione, alla quale in parte s'è già fatto un cenno, che rimanda a una riflessione più ampia, dove vengono in rilievo le modalità attraverso cui il giudice amministrativo può formulare un sindacato di legittimità sugli atti del Governo, nonché delle correlate implicazioni che il sindacato medesimo può sprigionare.

Il giudice amministrativo è il giudice della legittimità degli atti amministrativi: aggiungerei che è il giudice del potere discrezionale²⁶. Il limite che egli incontra rispetto al sindacato sulla decisione amministrativa attiene al merito della scelta compiuta dall'amministrazione. Si tratta di una implicazione del principio della separazione dei poteri e della legittimazione democratica di cui è investito il decisore politico, il quale assume anche la responsabilità politica della decisione adottata, e di cui invece è sguarnito il giudice: il quale, per converso, in quanto reclutato per mezzo di un concorso, è sottratto a ogni forma di legittimazione democratica e alla relativa responsabilità dinanzi agli altri poteri dello Stato²⁷.

contraddittorio sul punto. Ma, prima dell'udienza collegiale, fissata nel mese di settembre, i verbali sono stati pubblicati.

²⁵ Tar Calabria, n. 841 del 2020, cit.

²⁶ M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni*, Padova, 2018, in particolare p. 188 ss.

²⁷ «Se il giudice potesse sindacare il merito amministrativo, ossia il contenuto della scelta, finirebbe col compiere egli stesso la scelta, vestirebbe i panni dell'amministratore: la barriera che separa la giurisdizione dall'amministrazione verrebbe infranta. L'inammissibilità del sindacato giudiziario del merito dipende anche da un difetto di legittimazione dei giudici. Esprimere

Se, come visto, la difficoltà del sindacato sulle scelte discrezionali è legata, tra l'altro, all'incertezza circa l'esatta distinzione tra l'inopportunità della scelta (valutazione preclusa al giudice) e illegittimità della stessa (che consente l'annullamento della conseguente decisione), rispetto agli atti del Governo è ancora più difficile mantenere il profilo della distinzione. Anche perché, in questo caso, la valutazione circa l'opportunità della scelta coinvolge altro genere di considerazioni, che si muovono su un diverso piano, giacché la scelta abbraccia una visione strategica complessiva, espressione di quell'unità di indirizzo politico che la Costituzione riserva al titolare del potere esecutivo²⁸.

In termini più espliciti, il sindacato sugli atti che, in generale, sono espressione di un potere politico amministrativo, dove l'opportunità della scelta si mescola e si confonde con valutazioni che pertengono all'unità dell'indirizzo politico, esprime una complessità rispetto alla quale, ancora una volta, il giudice tende a “chiamarsi fuori”, anche e soprattutto in considerazione della responsabilità politica che quella scelta implica e della quale, come detto, si fa carico il vertice politico. E allora, viene da chiedersi: nell'ipotesi già ricordata del giudizio sulle ordinanze regionali di Puglia e Campania, sulla chiusura delle scuole, il giudice non ha annullato le ordinanze impugnate perché ne ha riconosciuto la legittimità, oppure perché, ribaltando il senso del noto brocardo che appartiene alla tradizione francese, “juger l'administration c'est encore administrer”²⁹?

3. Brevi considerazioni conclusive: la “tenuta del sistema”

Le considerazioni svolte manifestano la difficoltà di trovare il giusto punto di equilibrio tra l'esigenza di fronteggiare l'emergenza sanitaria, attraverso misure specifiche, assunte dal decisore politico, che incidono inevitabilmente

un giudizio di merito è proprio del legislatore o della pubblica amministrazione (che attraverso il governo risponde al parlamento): presuppone un'investitura della quale i giudici, reclutati per concorso e non responsabili di fronte agli altri due poteri, sono spogli», G. CORSO – M.C. CAVALLARO, *Il sindacato giurisdizionale della Corte dei Conti sull'atto amministrativo*, in *Nuove aut.* 2009, 17.

²⁸ Così, R. FERRARA, *op. cit.*

²⁹ L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, ricordano che la formulazione della massima si deve a Henrion de Pansey, «altissimo magistrato francese», presidente della Corte di Cassazione in epoca napoleonica, che scrive intorno ai primi anni del 1800; precisano poi che essa «razionalizza a posteriori l'esclusione del giudice dalla sfera amministrativa facendo leva sul fatto che l'amministrazione è un potere costituzionale pariordinato a quello giudiziario e ha quindi diritto di godere di una perfetta autosufficienza funzionale nell'ambito della propria sfera», p. 284. Nel parlare di ribaltamento del noto brocardo a proposito del sindacato del giudice amministrativo sugli atti del Governo, si intende dire che, in questo caso, non è l'amministrazione a “rivendicare” la «perfetta autosufficienza funzionale nell'ambito della propria sfera», ma è il giudice a non potere assumere la “responsabilità” della decisione politico-amministrativa: dunque il giudice non può giudicare l'amministrazione, annullandone le decisioni, perché finirebbe con il dovere assumere le conseguenze della decisione di annullamento.

sulla vita e sulle libertà dei singoli, e la garanzia di un sindacato di legittimità sulle misure considerate, che nell'offrire uno strumento di tutela immediato per proteggere il diritto di difesa dei privati, come pure il principio di autonomia degli enti territoriali minori, possa concorrere ad assicurare la complessiva "tenuta del sistema".

Nell'ambito del sindacato di legittimità sulla discrezionalità in generale, e sulla discrezionalità tecnica in particolare, la complessità della valutazione del presupposto tecnico scientifico su cui si fonda la decisione risente anche una sorta di "autorestrizione" che lo stesso giudice amministrativo si impone e che è ancora più evidente nei riguardi degli atti del Governo.

Con la conseguenza che, nei casi richiamati, vale a dire con riguardo alle ordinanze adottate per fronteggiare l'emergenza pandemica, la difficoltà di un sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo è duplice. Perché è strutturalmente correlata alla natura politica del soggetto titolare del potere di ordinanza ed è intimamente connessa alla difficoltà dello stesso giudice di esercitare un sindacato autentico sul presupposto tecnico su cui si fonda la decisione, dal momento che, lo stesso presupposto, nelle ordinanze di che trattasi, è troppo spesso semplicemente evocato e non compiutamente esplicitato.

In tal modo, l'idea di fondo di una complessiva "tenuta del sistema", fondata sulla possibilità che la limitazione delle libertà individuali disposta con una decisione politico-amministrativa sia soggetta al pragmatico sindacato di legittimità del giudice amministrativo, con ciò garantendo che l'esercizio del potere si mantenga nel perimetro del principio di legalità, rischia di franare di fronte alle difficoltà dello stesso sindacato. E il passo verso lo "stato di eccezione" prefigurato da Schmitt, ma più volte evocato nel corso di questa vicenda pandemica, potrebbe essere assai breve³⁰.

La questione, nei termini che si sono rappresentati, è in parte affrontata nella già richiamata sentenza del Tar Calabria, avente a oggetto il giudizio di annullamento instaurato dalla Presidenza del Consiglio contro il provvedimento emanato dal Presidente della Regione Calabria, sulla riapertura anticipata rispetto al resto del territorio nazionale, di bar e ristoranti.

Qui, il giudice amministrativo ha affermato, in primo luogo, la propria giurisdizione, escludendo che sulla questione fosse necessario il ricorso alla Corte costituzionale per conflitto di attribuzione tra Stato e regioni, argomentando alla stregua della natura amministrativa dell'ordinanza regionale, riconducibile nel quadro della disciplina dettata dall'art. 32 l. n. 833 del 1978. In particolare, il giudice riconosce che nel caso di specie si è in presenza di un «esercizio di potere amministrativo, sul quale il sindacato giurisdizionale è naturalmente attribuito al giudice della funzione pubblica, cioè il giudice amministrativo»³¹.

³⁰ C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, trad. it. P. Schiera, Bologna, 1972, p. 40. Il riferimento è a G. AGAMBEN, *L'invenzione di un'epidemia*, in *Quodlibet*, 26 febbraio 2020.

³¹ Anche se poi si ammette la possibilità che, «se pure si opinasse che nel caso di specie fosse attivabile, da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il conflitto di attribuzione d'innanzi alla Corte costituzionale, ciò non esclude che sia legittimamente esperibile anche la

Ma, soprattutto, le successive osservazioni svolte consentono di ancorare il sindacato del giudice amministrativo alla verifica della legittimità del potere esercitato dal vertice politico amministrativo, nel rispetto del principio di legalità, che costituisce l'essenza della giurisdizione amministrativa, intesa come «istituzione di controllo che garantisce la legalità dell'esecuzione»³².

Chiarisce infatti il collegio che «non è compito del giudice amministrativo sostituirsi alle amministrazioni e, dunque, stabilire quale contenuto debbano avere, all'esito del bilanciamento tra i molteplici interessi pubblici o privati in gioco, i provvedimenti amministrativi», precisando che il divieto di sostituzione del giudice, che opera sempre in via generale, assume una connotazione più marcata quando, come nel caso di specie, il provvedimento sottoposto al sindacato «sia stato adottato dal vertice politico-amministrativo, dotato di legittimazione democratica in quanto eletto a suffragio universale, di una delle Autonomie da cui la Repubblica è formata»; e a maggior ragione quando l'impugnazione del provvedimento sia promossa dall'organo di vertice del potere esecutivo, «anch'esso dotato di legittimazione democratica in quanto sostenuto dalla fiducia delle Camere».

È in questa prospettiva, che il giudice amministrativo colloca il sindacato di legittimità, qualificandolo come una sorta di funzione di tipo «tecnico» e ancorandolo saldamente alla legge, in quanto finalizzato «a verificare la conformità del provvedimento oggetto di attenzione al modello legale»³³. Il Tar precisa poi che «è la legge a predeterminare il contenuto della restrizione alla libertà di iniziativa economica, demandando ad un atto amministrativo la commisurazione dell'estensione di tale limitazione» e per ciò stesso esclude che si possa affermare che nel caso di specie siano stati attribuiti all'amministrazione centrale dello Stato poteri sostitutivi non previsti dalla Costituzione, ritenendo anzi che il fondamento del potere, che il d. l. n. 19 del 2020 accentra nelle mani del Governo, sia da rinvenirsi nell'art. 120, comma 2 Cost., secondo cui il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso «di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica». E conclude nel senso dell'illegittimità dell'ordinanza del Presidente della Regione Calabria, poiché «spetta al Presidente del Consiglio dei Ministri individuare le misure necessarie a contrastare la diffusione del virus, mentre alle Regioni è dato intervenire solo nei limiti delineati dall'art. 3, comma 1 d.l. n. 19 del 2020», cioè con «misure ulteriormente restrittive» rispetto a quelle disposte dal Governo.

Riprodotta in questi termini, il ragionamento del giudice amministrativo è pienamente condivisibile, in quanto interpreta in modo autentico la funzione

via del ricorso d'innanzi al giudice amministrativo»: sul punto cfr. F.F. PAGANO - A. SAITTA - F. SAITTA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Osservatorio Aic*, 3/2020.

³² H. KELSEN, *La democrazia*, cit., p. 115.

³³ Con ciò, tuttavia, scivolando inevitabilmente verso una pronuncia che risolve un potenziale conflitto di attribuzioni.

della giurisdizione amministrativa, finalizzata al controllo sul corretto esercizio del pubblico potere, a garanzia del principio di legalità. Si tratta di un percorso argomentativo coerente con l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale in merito alla sindacabilità dell'atto politico, laddove il giudice delle leggi chiarisce che «nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate»³⁴.

E, per rimanere con Kelsen, «il destino della democrazia moderna dipende in sommo grado da un'organizzazione sistematica di tutte queste istituzioni di controllo. La democrazia senza controllo è, a lungo andare, impossibile. Essa infatti, senza quell'autolimitazione che rappresenta il principio della legalità, si autodistrugge»³⁵.

³⁴ Corte cost. n. 81 del 2012, cit.

³⁵ H. Kelsen, *La democrazia*, cit., p. 116.

FRANCESCO MARONE
Professore ordinario di diritto costituzionale
presso il dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università
degli Studi Suor Orsola Benincasa
francesco.marone@unisob.na.it

L'EMERGENZA COVID TRA TEMPORANEITÀ DEI POTERI D'URGENZA E CRISI DEL REGIONALISMO

THE COVID EMERGENCY BETWEEN THE TEMPORARINESS OF EMERGENCY POWERS AND THE CRISIS OF REGIONALISM

SINTESI

L'emergenza da Covid-19 ha posto il dibattito attorno ai poteri d'urgenza al centro dell'attenzione.

Il presente contributo è volto a fornire una ricostruzione critica dei poteri emergenziali attivati per fare fronte all'emergenza sanitaria in atto, focalizzandosi – da un lato – sul rapporto tra l'impianto emergenziale creato nel contesto dell'emergenza da Covid-19 e la normativa generale in materia di protezione civile e – dall'altro lato – sul ruolo rivestito dalla Regioni nella gestione dell'emergenza da Covid-19.

A tal fine, lo studio parte, innanzitutto, da una ricostruzione dei poteri d'urgenza, in generale, e della normativa in materia di protezione civile, in particolare, al fine di evidenziare le caratteristiche, i presupposti ed limiti dei poteri d'urgenza nell'ordinamento italiano.

A tale inquadramento generale segue l'analisi del rapporto tra la normativa dell'emergenza Covid-19 e la normativa prevista in materia di protezione civile. In particolare, il contributo pone il quesito circa la necessità e legittimità della scelta di prevedere una disciplina speciale e derogatoria rispetto a quella già prevista in materia di protezione civile per fare fronte all'emergenza da Covid-19. A tal riguardo, il contributo giunge alla conclusione che la decisione di adottare una disciplina speciale per fronteggiare la pandemia sembra condivisibile, oltre che legittima e forse anche necessaria.

Dopo questa prima conclusione, lo studio si concentra sul ruolo riconosciuto alle Regioni nell'ambito della gestione dell'emergenza da Covid-19 ponendo, in particolare, il quesito se il riconoscimento di una quota di potere emergenziale alle regioni fosse una soluzione costituzionalmente necessaria. A riguardo si giunge alla conclusione che tale scelta fosse più che altro motivata da ragioni sia giuridiche che politiche.

ABSTRACT

During the Covid-19 pandemic the debate concerning emergency powers has become crucial.

The purpose of the article is to provide a critical reconstruction of the emergency powers used to face the current health emergency. In particular the paper focuses – on the one hand – on the relation between the emergency legisla-

tion enacted to face the Covid-19 pandemic and the general legislation on civil protection and – on the other hand – on the role of the Italian Regions within the framework of Covid-19 emergency management.

First of all, the articles analyses, in general, the emergency powers and, in particular, the Italian legislation on civil protection in order to outline their legal nature, characteristics and limitations within the Italian legal system.

Such general analysis is followed by the analysis of the relationship between the emergency legislation enacted to face the Covid-19 pandemic and the general legislation on civil protection. In particular, the paper questions the necessity and legitimacy of a Covid-19 legislation derogating from the legislation already provided in the field of civil protection. However, in this regard the article concludes that such derogation might be considered acceptable as well as necessary and legitimate.

After this first conclusion the article shifts its focus on the role of the Regions within the management of the Covid-19 pandemic and on the question whether the attribution of certain powers to the regions was necessary under the Italian constitution. In this respect, the article draws the conclusion that such decision was rather due to a mix of legal and political reasons.

PAROLE CHIAVE: poteri d'urgenza – regionalismo – protezione civile – temporaneità – Covid-19

KEYWORDS: emergency powers – regionalism – civil protection – temporariness – Covid-19

INDICE: 1. Considerazioni introduttive su poteri d'urgenza e garanzia dei diritti. – 1.2. Segue: la disciplina organica della protezione civile. – 1.3. Segue: poteri d'urgenza e protezione civile nella giurisprudenza costituzionale. – 2. Il quadro normativo dell'emergenza Covid: una deroga necessaria alla disciplina generale della protezione civile?. – 3. La necessaria temporaneità dei poteri d'urgenza come fondamento della loro legittimità. – 4. Il ruolo riconosciuto alle regioni tra vincoli costituzionali ed esigenze politiche. – 5. Conclusioni. – 5.2. Segue: la prospettiva di un nuovo futuro per l'Italia in Europa.

1. Considerazioni introduttive su poteri d'urgenza e garanzia dei diritti

L'emergenza Covid ha inevitabilmente ravvivato il dibattito sui poteri d'urgenza.

Da un lato ci si chiede se sia legittimo l'impianto speciale che si è deciso di dare ai poteri emergenziali per fronteggiare questa specifica circostanza, sottraendola almeno in parte alla disciplina generale dettata dalla legge sulla protezione civile.

Dall'altro, la concorrenza, e in molti casi la sovrapposizione, di interventi statali e regionali ha riaperto la discussione sul regionalismo italiano e sui suoi limiti, evidenziando ancora una volta le contraddizioni di una stagione riformatrice che il sistema non sembra ancora essere riuscito ad assorbire.

In queste note si affronteranno entrambe le questioni, a cominciare dal quadro normativo che disciplina il potere di contrasto alla pandemia. A tal fine appare utile ricostruire, sia pur sinteticamente, il contesto giuridico nel quale le

vicende che osserviamo si sono andate a collocare, ossia quello generale del fondamento e della disciplina dei poteri d'urgenza.

La discussione sul fondamento e i limiti dei poteri d'urgenza attraversa tutta la storia del diritto pubblico, almeno a partire dalla teorizzazione della necessità come fonte del diritto con la quale Santi Romano giustificava la legittimità dei poteri esercitati per far fronte al terremoto di Messina del 1908¹.

Questa impostazione autoritaria, di epoca liberale, della necessità come fondamento del potere è evidentemente incompatibile con i caratteri dello Stato democratico-costituzionale, che mette al vertice della piramide delle fonti la Costituzione, rigida e immodificabile, se non nei limiti e nelle forme da essa stessa fissati².

Si tratta, naturalmente, di una tematica molto ampia che non è possibile affrontare compiutamente in questa sede, per cui ci si limita a tracciarne le linee salienti.

L'evoluzione storica dei poteri d'urgenza si è mossa, da un lato, nella direzione di conformare sempre più la normativa al fine di evitare l'insorgere di situazioni emergenziali, dall'altro nel senso di limitare i poteri attivabili in situazioni di urgenza, attraverso una progressiva tipizzazione delle modalità d'intervento e l'individuazione (soprattutto in via giurisprudenziale) di limiti di esercizio.

Sotto il primo profilo vengono utilizzati strumenti ordinari e strumenti straordinari tipizzati, al fine di scongiurare il verificarsi di eventi caratterizzati

¹ S. ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1909, 220 ss. Sulla necessità nel sistema delle fonti, A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, 2018, 159. Le origini storiche delle ordinanze emergenziali sono ricostruite da E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti del diritto*, Bologna, 2019. In generale sui poteri d'urgenza, si veda anche M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Scritti*, Milano, 2002; U. GARGIULO, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; M. SCUDIERO, *In tema di ordinanze prefettizie ex art. 2 t.u.l.p.s. e libertà costituzionali*, in *Foro pen.*, 1962, 105; V. ANGIOLINI, *Necessità ed urgenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità: le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990.

² M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, www.giurcost.org, 11 aprile 2020, 4, il quale, con specifico riferimento alla legittimità dei provvedimenti adottati per fronteggiare il Covid, afferma che: «La Costituzione, non la necessità, fonda i provvedimenti in questione: essi si radicano nel diritto costituzionale positivo, non nella pericolosa idea che la necessità sia essa stessa fonte, come vorrebbe (per riprendere le parole di Francesco Racioppi) "quella nuova «ragion di Stato» che l'imperfetto costituzionalismo germanico ci raccomanda col nome pomposo di «diritto di necessità»". Idea che è radicalmente incompatibile con il primato della Costituzione e con la sua rigidità: ammettendo la necessità come fonte, la si dovrebbe anteporre alla stessa Costituzione, il che non ha alcun riscontro positivo, se mai la Costituzione venisse (pur provvisoriamente) travolta per ragioni emergenziali non potremmo desumere la legittimità dell'evento dalla necessità, ma dovremmo parlare di vera e propria rottura costituzionale, intesa come consapevole rimozione della forza normativa di alcune disposizioni costituzionali da parte delle istituzioni di vertice (la *Verfassungsdurchbrechung* nel senso di Jacopi e di Schmitt), destinata a legittimarsi (se vi riuscisse!) in virtù del fatto, non della piena applicazione di una (pretesa) fonte del diritto». Nel senso di ritenere che «la necessità "di fatto" assurge a fonte autonoma qualora provvedimenti siano indispensabili per fronteggiare esigenze improvvise e imprevedibili che mettono in discussione l'esistenza stessa dello Stato e della comunità di riferimento», si veda G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020.

dall'urgenza di intervenire, di modo che si giunga a prevenire la necessità di dover provvedere attraverso l'utilizzo di poteri eccezionali e derogatori per far fronte a situazioni emergenziali³.

Per quanto attiene al profilo della limitazione dei poteri d'urgenza attraverso la tipizzazione degli strumenti d'intervento e l'elaborazione giurisprudenziale di *test* di giudizio per valutarne la legittimità, questi sono più direttamente connessi all'oggetto di queste note, per cui se ne indicano brevemente gli elementi caratterizzanti.

Al di là del generale limite del rispetto dei principi generali dell'ordinamento⁴, la giurisprudenza amministrativa ha individuato una serie di criteri alla stregua dei quali valutare la legittimità dell'esercizio dei poteri emergenziali. Tra questi parametri, che finiscono per costituire il limite esterno della legittimità dell'azione amministrativa di tipo emergenziale, vi è anzitutto il requisito dell'urgenza, in ordine al quale si pone principalmente il problema della definizione del preciso significato dei termini contingibilità e urgenza; la residualità della misura, intesa come inadeguatezza degli strumenti ordinari a far fronte alla situazione⁵; la temporaneità, ovvero la limitazione temporale degli effetti prodotti dall'esercizio dei poteri d'urgenza.

³ M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 654 ss., il quale sottolinea, con riferimento generale all'utilizzo di poteri d'urgenza in funzione preventiva, che «il fattore che ha inciso in maniera più profonda ed ampia sulla stessa concezione dell'esercizio dei poteri d'urgenza è l'introduzione, nell'ordinamento italiano, del principio di precauzione. Il principio di precauzione, per cui l'incertezza scientifica sulle conseguenze di una determinata attività o intervento, "in caso di rischio di danno grave o irreparabile non deve servire da pretesto per rinviare l'adozione di misure adeguate ed efficienti anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale" (si tratta del 15° principio della Dichiarazione di Rio), costituisce una delle linee guida della politica ambientale comunitaria, per effetto della quale è venuto a costituire uno dei capisaldi della tutela dell'ambiente italiana».

⁴ La Corte costituzionale ha individuato la Costituzione e i principi generali dell'ordinamento, quali limiti generali al potere d'urgenza, a partire dalla sentenza 20 giugno 1956, n. 8. Si vedano a commento di tale decisione G. TREVES, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità ed urgenza*, in *Giur. cost.*, 1956, 994; V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. it.*, 1956, I, 863. La successiva sentenza 23 maggio 1961, n. 26 affermava che i provvedimenti d'urgenza non possono mai essere in contrasto con i principi generali dell'ordinamento, «dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria». In commento alla sentenza si vedano V. CRISAFULLI, *Il ritorno dell'art. 2 della legge della legge di P.S. dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 886; C. LAVAGNA, *Sulla illegittimità dell'art. 2 T.u.p.s. come testo legislativo*, *ivi*, 898;

⁵ Con riferimento al criterio della residualità della misura d'urgenza, M. GNES, *op cit.*, 673, sottolinea condivisibilmente come da questo principio possa ricavarsi la distinzione tra gli atti d'ordinanza e quelli d'urgenza: «i primi, infatti data la loro capacità derogatoria, possono essere usati solo come ultima risorsa, quando cioè non sono disponibili altri rimedi. In questo consiste, appunto, la loro funzione di "valvola di sicurezza" dell'ordinamento: si tratta di strumenti che, pur se il loro utilizzo viene sempre più delimitato, comportano ampi poteri derogatori, che l'ordinamento può tollerare solo quando non vi siano, o non siano sufficienti, gli strumenti esistenti, sia ordinari, sia d'urgenza tipizzati. Ciò spiega perché, da un lato, ne venga prevista un'applicazione più vasta e generalizzata (come è avvenuto con i poteri d'ordinanza del sindaco, ove è stata eliminata l'individuazione dell'ambito per materie), mentre, dall'altro, il loro utilizzo viene sempre più delimitato e circoscritto, anche con l'applicazione del principio di residualità». In generale sul concetto

Tra tutti i criteri di giudizio elaborati dalla giurisprudenza per valutare il corretto esercizio dei poteri di urgenza, quello che assume maggior rilievo è il principio di proporzionalità, alla stregua del quale la discrezionalità dell'amministrazione deve essere orientata ad individuare la soluzione più adatta alla situazione da fronteggiare. Si tratta di un principio che assume una valenza ben più ampia di quella di eventuale articolazione della figura sintomatica dell'eccesso di potere, giungendo a svolgere la funzione più generale di parametro di valutazione dell'azione amministrativa, in sostituzione del principio di legalità, il cui rispetto, nel quadro dell'esercizio dei poteri d'urgenza, è assicurato soltanto sul piano formale⁶.

Del principio di proporzionalità la dottrina ha individuato tre elementi caratterizzanti: l'idoneità, la necessità e l'adeguatezza⁷.

Il concetto di idoneità impone che si valuti il rapporto che intercorre tra il fine che si vuole perseguire e i mezzi prescelti, affinché questi ultimi siano idonei a soddisfare le finalità che ci si è posti.

La necessità della misura comporta che si utilizzi la soluzione meno pregiudizievole per gli altri interessi in gioco, ovvero che l'azione amministrativa sia orientata a bilanciare il pubblico interesse che persegue con tutti gli altri interessi coinvolti con esso incompatibili.

Con riferimento all'adeguatezza, la giurisprudenza amministrativa ha precisato che questa comporta che ci sia proporzionalità tra situazione concreta da fronteggiare, contenuto dell'atto e finalità di interesse pubblico da perseguire.

Come detto, la questione generale dell'evoluzione dei poteri d'urgenza è ben più complessa di quanto lo scopo limitato di questo lavoro consenta di indagare, ma il quadro dei principali criteri elaborati dalla giurisprudenza per vagliare la legittimità dell'esercizio dei poteri d'urgenza consente comunque di cogliere il significato dell'introduzione nell'ordinamento di una legislazione organica sulla protezione civile.

1.2. Segue: la disciplina organica della protezione civile

La legge del 1992 è stata definita come «*il tentativo più ambizioso [...] per razionalizzare le procedure di intervento in casi di eventi eccezionali che hanno leso o mettono*

di urgenza in diritto pubblico si veda L. GIANNITI, P. STELLA RICHTER, *Urgenza (diritto pubblico)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1992, *ad vocem*.

⁶ Sul punto, per tutti, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 2019, 89, secondo il quale: «*Le ordinanze in questione operano in definitiva una deroga al principio di tipicità degli atti amministrativi, in base al quale la norma attributiva del potere deve definirne in modo sufficientemente preciso presupposti e contenuti, e sollevano dunque [...] un problema di compatibilità con il principio di legalità inteso in senso sostanziale*».

⁷ A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 1035, che ha definito il principio di proporzionalità un concetto «*unitario ma scomponibile*».

in pericolo la sicurezza e l'incolumità di persone e cose, tenendo conto nello stesso tempo dei principi e criteri enunciati in materia di ordinanze di necessità e urgenza dalla Corte costituzionale e dai giudici comuni»⁸.

La struttura complessiva della disciplina della protezione civile, quale emerge dalla legge istitutiva e dai successivi interventi legislativi fino alla codificazione del 2018, sembra coerente con le linee di sviluppo della giurisprudenza sui poteri d'urgenza. Da un lato, si individuano forme di previsione e prevenzione degli eventi calamitosi e, dall'altro, vengono tipizzati casi e modalità degli interventi di soccorso.

Vengono definite le situazioni che possono dar luogo all'utilizzo di poteri straordinari derogatori e viene definito un procedimento da seguire per dichiarare lo stato di emergenza e attivare i relativi poteri.

In estrema sintesi, per quanto interessa ai limitati fini del presente lavoro, dinanzi a situazioni talmente gravi da richiedere interventi straordinari, è possibile che il Consiglio dei Ministri decida di accentrare tutti i poteri necessari per far fronte all'emergenza, utilizzando, là dove necessario in rapporto alla situazione, ordinanze in deroga a tutte le disposizioni vigenti, purché nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento.

È evidente il tentativo del legislatore, in coerenza con le linee evolutive dei poteri di urgenza di cui si è detto, di tipizzare e limitare casi e modalità dell'intervento straordinario.

Se ne ricava una linea evolutiva che, ferma restando la necessità e la legittimità del ricorso a ordinanze libere di fronte a situazioni di urgenza imprevedibili, si muove nel senso di limitarne e tipizzarne l'utilizzo, al fine di mitigarne, per quanto possibile, il carattere *extra ordinem*.

1.3. Segue: poteri d'urgenza e protezione civile nella giurisprudenza costituzionale

Sul tema dei poteri emergenziali non sono mancati interventi della Corte costituzionale che hanno contribuito significativamente a conformare le linee applicative della disciplina legislativa in argomento.

Già molto tempo prima dell'approvazione della legge n. 225 del 1992, la Corte costituzionale aveva avuto modo di soffermarsi sul rapporto tra l'emergenza e l'ordinario assetto delle competenze, sottolineando, nel decidere una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la legge n. 996 del 1970 (Norme sul soccorso e l'assistenza alle popolazioni colpite da calamità – protezione civile) che «*in presenza di calamità che abbiano malauguratamente ad assumere più vaste proporzioni, direttamente o indirettamente coinvolgendo la collettività nazionale, l'esigenza di assicurare – nel corso della fase operativa, successivamente, cioè, al verificarsi*

⁸ G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 2186.

dell'evento – effettiva unità di indirizzo e di azione non può non prevalere – legittimamente – su ogni altra considerazione, pur se rispettabile»⁹.

La straordinarietà dell'evento calamitoso, dunque, giustifica un accentramento di poteri in capo al Governo e il conseguente asservimento degli organi regionali e locali al potere direttivo degli organi centrali, poiché l'esigenza di garantire unità di indirizzo all'azione seguente l'evento emergenziale prevale anche sul rispetto delle competenze regionali.

La Corte ha, inoltre, avuto modo di precisare, seppur in un contesto affatto diverso dalla protezione civile, che l'emergenza quale clausola giustificativa della deroga al normale funzionamento dell'ordinamento giuridico, è accettabile in quanto caratterizzata dalla temporaneità¹⁰.

Affermata, poi, la legittimità della deroga al potere regionale anche nell'esaminare la legge sulla protezione civile¹¹, la Corte si è successivamente soffermata sulla struttura dei poteri d'ordinanza previsti da quella disciplina organica¹². In particolare, è stato ritenuto che si tratta di un potere che, proprio in ragione della sua intrinseca eccezionalità, non può «incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e la norma di cui si consente la temporanea sospensione. L'"emergenza" non legittima il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale, e il richiamo a una finalità di interesse generale – "pur di precipuo e stringente rilievo" – non dà fondamento, di per sé, a misure che vulnerino tale sfera di interessi, garantita a livello costituzionale (sent. n. 307 del 1983, considerato in diritto n. 3). L'esercizio del potere di ordinanza deve quindi risultare circoscritto per non compromettere il nucleo essenziale delle attribuzioni regionali». Più chiaramente, la Corte vuole dire, quanto al rapporto tra l'intervento d'emergenza e le competenze regionali, che queste possono essere sacrificate purché nel rispetto del principio di leale collaborazione, declinato nel senso di assicurare alle regioni il maggior coinvolgimento possibile compatibilmente con la situazione da affrontare.

Con l'ulteriore precisazione che gli interventi in deroga possono essere autorizzati soltanto dallo Stato e che questa previsione deve considerarsi prin-

⁹ Corte costituzionale, 28 dicembre 1971, n. 208, in *Giur. cost.*, 1971, 2328, con nota di F. MERUSI, *Le catastrofi «ripartite»*. Il passo citato nel testo continua nel senso di ritenere che «in presenza di catastrofi che commuovono la pubblica opinione, anche internazionale, reclamando la massima concentrazione di energie umane e di mezzi materiali, ivi compresi quelli di cui soltanto lo Stato è in grado di disporre, non vi è più luogo a sottili dosaggi di poteri ed a complicazioni di procedure, che potrebbero ritardare, se non addirittura compromettere, la tempestività e l'efficacia del soccorso, cui tutti devono animosamente cooperare, nell'adempimento di quei "doveri inderogabili di solidarietà...sociale" che l'art. 2 Cost. ha solennemente posto a base dell'ordinamento vigente e che non concernono i soli individui, ma incombono del pari sui gruppi organizzati e gli enti di qualsiasi specie».

¹⁰ Corte costituzionale, 1 febbraio 1982, n. 15, là dove si afferma che «l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo». La sentenza è commentata in *Giur. cost.*, 1982, 85 ss., da L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15?*; A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*; G. BATTAGLINI, *Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice*.

¹¹ Corte costituzionale, 9 novembre 1992, n. 418.

¹² Corte costituzionale, 14 aprile 1995, n. 127.

cipio fondamentale della materia della protezione civile¹³, anche a seguito della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione¹⁴; ed inoltre che le regioni non possono vanificare gli effetti di un atto emergenziale statale adottandone altro di segno contrario o addirittura sospendendone esplicitamente l'efficacia¹⁵.

Dunque, i primi elementi utili per il presente lavoro, che emergono dalla giurisprudenza costituzionale sono due: la legittima concentrazione del potere al livello centrale, in caso di emergenza di rilievo nazionale, con il limite del rispetto del principio di leale collaborazione finalizzato a limitare al minimo necessario la compressione dell'autonomia regionale; la temporaneità dell'emergenza quale titolo legittimante l'utilizzo di poteri *extra ordinem*, poiché l'urgenza protratta a tempo indeterminato trasforma *de facto* un potere straordinario in ordinario, mettendone in discussione la legittimità. Entrambi i profili sono venuti in rilievo nella gestione dell'emergenza Covid e, come vedremo, presentano aspetti critici, per cui è bene fissarli come punti di riferimento dell'analisi.

A conclusione di questo breve *excursus*, può dirsi che, alla vigilia della pandemia da Covid-19, il quadro normativo relativo ai poteri d'urgenza si presentava ben strutturato sulla base di due direttrici fondamentali: la tendenziale tipizzazione delle ipotesi di ricorso a tali poteri e la limitazione degli stessi. Sotto quest'ultimo aspetto, pur nel riconoscimento del carattere necessariamente aperto del potere d'ordinanza, in quanto tale sfuggente a un'applicazione stretta del principio di legalità sostanziale, la giurisprudenza ha messo a punto test di giudizio efficaci per bilanciare potere *extra ordinem* e tutela dei diritti, primo fra tutti il principio di proporzionalità.

2. Il quadro normativo dell'emergenza Covid: una deroga necessaria alla disciplina generale della protezione civile?

In questo quadro generale, si inserisce l'emergenza Covid.

Il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei Ministri ha dichiarato lo stato d'emergenza ai sensi degli articoli 7, comma 1, lett. c), e 24, comma 1, del d.lgs. 1/2018. Si tratta, in particolare, della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale che, a norma dell'art. 25 del medesimo d.lgs. 1/2018, concentra tutti i poteri di intervento in capo alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

¹³ Corte costituzionale, 16 ottobre 2003, n. 327, commentata in *Giur. cost.*, 2003, 3979 da E. DI BENEDETTO, *Decretazione d'urgenza in materie di competenza regionale. Spunti di riflessione*.

¹⁴ Corte costituzionale, 22 febbraio 2006, n. 82.

¹⁵ Corte costituzionale, 14 luglio 2006, n. 284, a commento della quale sia consentito rinviare a F. MARONE, *Temporaneità dei poteri d'urgenza e competenze regionali*, in *Giur. cost.* 2007, 2265. Già in precedenza, con la sentenza 28 giugno 2004, n. 198, la Corte costituzionale aveva chiarito, con riferimento alla sospensione degli effetti di una legge statale, che le leggi regionali non possono vanificare gli effetti di un atto statale sospendendone l'efficacia, ma devono impugnarlo dinanzi alla Corte, là dove siano ravvisabili vizi di legittimità.

Tale dichiarazione seguiva il *Public Health Emergency of International Concern* con cui, il 30 gennaio, l'Organizzazione Mondiale della Sanità aveva dichiarato il focolaio internazionale di Covid-19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale. Allora, la dichiarazione dello stato di emergenza aveva un valore precauzionale, essendo ancora una fase nella quale il virus non sembrava riguardare l'Italia, ma si presentava come un problema lontano.

Dal momento della dichiarazione dello stato d'emergenza *ex artt. 7 e 24* del d.lgs. 1/2018, qualora si fosse reso necessario intervenire tempestivamente per contrastare il diffondersi dell'epidemia sul territorio nazionale, il Governo avrebbe potuto far fronte a ogni esigenza attraverso ordinanze «*in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea*».

Invece, quando nella seconda metà di febbraio si è capito che il virus era arrivato anche in Italia, il Governo ha scelto una diversa soluzione. Anziché esercitare i soli poteri d'urgenza tipizzati nel Codice della protezione civile, già formalmente attivati con la deliberazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio, ha approvato un decreto legge (23 febbraio 2020, n. 6) che definisce un quadro normativo speciale per la sola emergenza Covid, in deroga alla disciplina generale.

Tale decreto è stato, poi, sostituito dal n. 19 del 25 marzo che, come successivamente integrato e modificato da altri (il principale dei quali, ai nostri fini, è il n. 33 del 16 maggio), è attualmente vigente e definisce un complesso quadro nel quale il ruolo centrale viene attribuito ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, con poteri più limitati e circoscritti per il Ministro della salute e per le regioni¹⁶.

Ma era necessaria una disciplina speciale? Perché non si sono ritenuti sufficienti gli strumenti previsti dalla disciplina della protezione civile?

Va preliminarmente chiarito che non vi è stata alcuna rottura costituzionale in nome della necessità come fondamento del potere d'urgenza, né una situazione paragonabile allo stato di guerra di cui all'art. 78 della Costituzione¹⁷. Il fondamento del potere esercitato dal Governo sta pienamente nel solco della Costituzione, essendo difficile sostenere che, nella fattispecie, non ricorresse un caso straordinario di necessità e d'urgenza che, a norma dell'art. 77 Cost., legittima la normazione primaria di provenienza governativa¹⁸. C'è, al più, un tema di durata della straordinarietà della situazione di fatto posta a fondamento del potere urgente, che ci porremo tra un attimo.

¹⁶ Per la ricostruzione del quadro normativo relativo all'emergenza Covid si veda M. GNES, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, in *Giornale dir. amm.*, 2020, 3, 282.

¹⁷ Nel senso di una saldatura degli articoli 77 e 78 a fondamento del d.l. 19/2020, F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*. In senso opposto F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *federalismi.it*, 22 aprile 2020.

¹⁸ Per una ricostruzione ampia nel senso della legittimità del quadro dei poteri nell'emergenza Covid si veda M. LUCIANI, *op. cit.*

Prima è interessante provare a comprendere la *ratio* della scelta del Governo. Ci sono forse, come vedremo, anche ragioni politiche, legate alla distribuzione della responsabilità delle scelte tra i diversi livelli territoriali di governo, ma ciò che qui interessa è indagare le possibili ragioni giuridiche di tale scelta.

La risposta risiede probabilmente, almeno in parte, nel rispetto del limite che la riserva di legge rappresenta per un potere amministrativo derogatorio della disciplina legislativa, qual è quello emergenziale.

La Corte costituzionale ritiene preclusa la possibilità di ricorrere al potere d'ordinanza in materie coperte da riserva assoluta di legge. Viceversa, in caso di riserve relative, la stessa Corte ritiene «*ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all'Autorità amministrativa l'emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito*»¹⁹.

In quest'ottica assume forse maggiore chiarezza e condivisibilità la strada intrapresa dal Governo italiano.

Il decreto legge n. 19, come già faceva il decreto legge n. 6, elenca tutte le misure, a cominciare dalla limitazione della libertà di circolazione, che il Governo è legittimato ad adottare. Vengono elencate decine di misure in modo dettagliato, per quanto possibile in relazione a un evento emergenziale (quale una pandemia) che non è limitato nel tempo e nello spazio, ma è per sua natura in continuo divenire.

Si tratta però di un impianto che, nel suo complesso, consente di individuare quei “criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito”, cui la Corte costituzionale condiziona la legittimità di ordinanze d'urgenza in ambiti materiali coperti da riserva relativa di legge.

Non v'è dubbio che in questa circostanza il Governo si trovava di fronte alla necessità di comprimere in modo molto profondo i diritti dei cittadini, intrecciando anche materie coperte da riserva di legge, a cominciare dalla libertà di circolazione e soggiorno, la più immediatamente incisa dalle misure anti Covid²⁰.

Dunque, la decisione di adottare una disciplina speciale per fronteggiare la pandemia sembra condivisibile, oltre che legittima e forse anche necessaria. Adottare le misure limitative necessarie con gli “ordinari” poteri in deroga di

¹⁹ Corte costituzionale, 23 maggio 1961, n. 26. In dottrina A. MORRONE, *Fonti normative cit.*, 218. Sul rapporto tra libertà fondamentali e riserva di legge nel quadro dell'emergenza Covid si veda R. DI MARIA, *Il binomio “riserva di legge – tutela della libertà fondamentali” in tempo di COVID-19: una nuova questione non “di principio”*, in *Diritti regionali*, 1/2020.

²⁰ G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giornale dir. amm.*, 2020, 3, 318 ritiene che le ragioni della scelta del Governo di non utilizzare le sole ordinanze di protezione civile, ricorrendo ai nuovi strumenti disegnati con i decreti legge *ad hoc* adottati in occasione dell'emergenza Covid, sia legata a tre ragioni. In primo luogo, le ordinanze di protezione civile sono legate al verificarsi di eventi calamitosi e, in quanto tali, sarebbero poco idonee a far fronte a un processo in divenire come una pandemia. In secondo luogo, la necessità di ricorrere a una pluralità di misure, relative non solo al contenimento della pandemia, avrebbe anch'essa concorso alla scelta di dotarsi di strumenti speciali. Infine, la necessità di limitare libertà fondamentali garantite dalla Costituzione, e coperte da riserva di legge, avrebbe anch'essa suggerito al Governo di dotarsi di una copertura legislativa, al fine di rendere più sostenibile la legittimità costituzionale delle misure adottate.

cui all'art. 25 del d.lgs. 1/2018 avrebbe, molto probabilmente, destato molti più dubbi di quanti ne abbiano destati i d.P.C.M. di questi mesi.

Al di là delle perplessità sull'atteggiamento adottato dalla magistratura su cui ci si riserva di tornare nelle conclusioni, la delimitazione del potere emergenziale attraverso atti legislativi *ad hoc* ha quantomeno reso più agevole il controllo di legittimità del potere stesso.

3. La necessaria temporaneità dei poteri d'urgenza come fondamento della loro legittimità

Tuttavia, se in origine l'impianto normativo relativo all'emergenza Covid sembra pienamente legittimo e coerente con la Costituzione, qualche problema può creare lo scorrere del tempo, sia sul piano della forma degli atti sia sul piano sostanziale del perdurare di misure *extra ordinem*.

Sotto il primo profilo, è necessario riflettere sull'utilizzo del decreto legge quale strumento legislativo unico²¹. Attraverso decreti legge è stata dettata e aggiornata la disciplina relativa alle misure di contenimento del virus e attraverso decreti legge sono state adottate le misure economiche necessarie. Al momento di licenziare questo lavoro, i decreti legge emanati sono ben ventiquattro.

Com'è noto, presupposto perché il Governo eserciti *motu proprio* la funzione legislativa è la straordinarietà delle circostanze. Ma la straordinarietà, per definizione, non può divenire ordinaria, poiché questa è una contraddizione in termini in contrasto con la Costituzione. E il decorso del tempo, per sua natura, trasforma lo straordinario in ordinario²².

La straordinaria necessità ed urgenza sta nel fatto che gli eventi non consentono di ricorrere allo strumento ordinario, la legge del Parlamento, perché i tempi del procedimento di formazione della legge non sono compatibili con l'urgenza di intervenire. Il decorso del tempo rappresenta, dunque, un fattore che, per sua natura, non può non incidere sui presupposti di legittimità della decretazione d'urgenza.

In quest'ottica, il ricorso alla decretazione d'urgenza lo scorso febbraio era fuori di dubbio legittimo. Viceversa oggi, a distanza di quasi un anno dalla dichiarazione dello stato d'emergenza, il fatto che si continui a normare tutto quanto riguarda la pandemia con decreti legge solleva più di un dubbio di legittimità²³.

²¹ Si vedano, a tal proposito, le osservazioni di F.S. MARINI, *op. cit.*

²² M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti tra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AV.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1163.

²³ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza cit.*, 10 si esprimeva lo scorso aprile nel senso della legittimità del ricorso alla decretazione d'urgenza, chiarendo però che «Diversa dovrebbe essere la conclusione qualora l'emergenza si protraesse per molti mesi. In quel caso, infatti, ci troveremmo in una condizione trasformata in sostanzialmente ordinaria (per quanto a tempo definito possa essere), che reclamerebbe una parimenti ordinaria risposta delle istituzioni. In particolare il Parlamento dovrebbe recuperare appieno la propria capacità nomopoietica, liberandosi dal ruolo di mero ufficio di conversione in legge dei decreti del Governo (e a questo scopo sarebbe essenziale la soluzione dei problemi pratici di funzionamento

Altro è fare fronte a un'onda pandemica improvvisa, come avvenuto all'inizio, altro regolare per molti mesi le diverse fasi di un processo in divenire senza tornare al regime ordinario della normazione parlamentare, nonostante ve ne sia stato, e ve ne sia, tutto il tempo.

In sintesi, se da un lato l'emergenza pandemica da Covid-19 rappresentava, all'inizio della crisi, un caso di scuola di legittimazione del Governo all'utilizzo dei poteri legislativi straordinari di cui all'art. 77 Cost., il decorso del tempo tende a trasformare le circostanze straordinarie in ordinarie, mettendo progressivamente in discussione la legittimità del ricorso alla decretazione d'urgenza in luogo dell'ordinario esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento²⁴.

Inoltre, il decorso del tempo rileva anche sotto il profilo della legittimità dell'esercizio di poteri d'urgenza *tout court*. Anche in questo caso, mentre l'urgenza del febbraio scorso è *in re ipsa*, l'urgenza dell'autunno richiede un approfondimento.

È stato fatto tutto il necessario per evitare la seconda ondata del virus? Le misure preventive adottate erano adeguate? Si è perso del tempo prezioso? Insomma, è stato rispettato il principio di precauzione?

L'urgenza consente di attivare legittimamente i poteri emergenziali previsti dall'ordinamento, ma l'urgenza autoprodotta no. Il Governo non può invocare un'urgenza che ha contribuito a produrre per giustificare l'uso di poteri *extra ordinem*.

Da questo punto di vista occorre chiedersi se le misure approntate dal Governo nell'esercizio dei poteri straordinari, legittimamente attivati nella prima fase dell'emergenza, siano state idonee e adeguate a evitare il protrarsi dell'emergenza. Se così non fosse, se cioè il Governo avesse contribuito a causare le condizioni di emergenza, o anche solo non avesse fatto cose che potevano essere fatte, violando così il principio di precauzione, allora la legittimità del potere d'urgenza al quale ancora si fa ricorso andrebbe quantomeno rivalutata.

Naturalmente non sfugge che la crisi riguarda tutto il mondo, seppur con diversa intensità, ma qualche domanda è giusto porla e un'analisi di quanto accaduto sarà indispensabile anche al fine sistematico di ridurre a unità con l'ordinamento gli atti che hanno regolato questa drammatica vicenda.

4. Il ruolo riconosciuto alle regioni tra vincoli costituzionali ed esigenze politiche

L'altro aspetto controverso dell'impianto normativo costruito per fronteggiare l'emergenza Covid è quello relativo al ruolo riconosciuto alle regioni nel quadro dei poteri d'urgenza previsti *ad hoc* dai decreti legge di cui si è detto.

delle assemblee rappresentative, garantendo la pienezza del dibattito e, allo stesso tempo, la sicurezza dei parlamentari). Se così non fosse, allora, e solo allora, potrebbe e dovrebbe porsi il problema della violazione del principio costituzionale di straordinarietà».

²⁴ Sulla marginalizzazione del ruolo del Parlamento durante, l'emergenza Covid, si veda A. PERTICI, *Il potere politico di fronte all'emergenza: notazioni introduttive*, in *Rivista del Gruppo di Pisa, Forum Emergenza Covid e organi costituzionali*, 2020, 9 ss.

Il Codice della protezione civile prevede espressamente che l'emergenza possa avere un'estensione territoriale diversa. In particolare, l'art. 7 del d.lgs. 1/2018 distingue emergenze di rilievo regionale (lett. b) ed emergenze di rilievo nazionale (lett. c) e il successivo art. 24 disciplina gli effetti della dichiarazione dello stato d'emergenza nazionale da parte del Consiglio dei Ministri. I poteri d'urgenza necessari sono tutti accentrati in capo al Governo, fatto salvo l'obbligo dell'intesa con le regioni interessate previsto dal comma 1 dell'art. 25. La previsione dell'intesa, peraltro, conferma la titolarità esclusiva del potere esercitato in capo allo Stato.

D'altra parte, le stesse disposizioni fanno espresso rinvio a leggi regionali di disciplina dei poteri d'urgenza per le ipotesi di emergenze a carattere regionale dichiarate *ex art. 7, lett. b)*. Non sembra dubitabile, quindi, che quando l'emergenza alla quale far fronte abbia carattere nazionale, i poteri d'urgenza sono tutti accentrati a livello statale.

A ciò si aggiunge che, una volta dichiarato lo stato di emergenza e attivati così i poteri previsti e disciplinati dal d.lgs. 1/2018, gli altri poteri d'urgenza devono necessariamente ritenersi recessivi. Se, cioè, si ritiene necessario ricorrere ai poteri straordinari previsti dal Codice della protezione civile, va da sé che poi è nel perimetro di quei poteri che le misure idonee vanno adottate.

Vuole dirsi, più chiaramente, che il generale potere di ordinanza libera previsto dalla legge sul Servizio Sanitario Nazionale (l. 833/78) e dal Testo Unico degli Enti Locali (d.lgs. 267/00) non può essere esercitato, senza porre seri dubbi di coordinamento, qualora sia stata dichiarata un'emergenza nazionale ai sensi del d.lgs. 1/2018.

Peraltro, pur lasciando tale considerazione in disparte, la dimensione territoriale dell'urgenza è presa in considerazione anche dai testi legislativi testé citati. L'art. 32 della legge n. 833 del 1978 attribuisce il potere d'ordinanza al ministro della sanità, al presidente della giunta regionale o al sindaco a seconda della dimensione territoriale dell'emergenza. L'art. 50 del d.lgs. n. 267 del 2000, a sua volta, assegna al sindaco i poteri contingibili e urgenti nel caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, specificando che negli *«altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza [...] spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali»*.

Nella fattispecie della pandemia da Covid-19, avente carattere addirittura globale, non vi sono dubbi che la dimensione dell'emergenza fosse nazionale. In modo pienamente legittimo, quindi, il Governo ha dichiarato lo stato di emergenza il 31 gennaio, accentrando tutti i poteri necessari.

Da quel momento in poi il ruolo delle regioni avrebbe potuto, e dovuto, essere limitato all'intesa, conformemente agli orientamenti della Corte costituzionale e alla previsione esplicita dell'art. 25 del d.lgs. n. 1 del 2018. Invece, sia il decreto legge n. 6, sia il decreto legge n. 19, hanno riconosciuto un autonomo

spazio di potere alle regioni, che non sembrava costituzionalmente dovuto e che ha finito per creare molta confusione nei cittadini²⁵.

L'art. 3 del d.l. n. 6 del 2020 prevede, al comma 1, che le misure emergenziali siano tutte adottate con d.P.C.M., in coerenza con la concentrazione del potere in capo al Governo in caso di emergenza di dimensione nazionale. Il successivo comma 2 dello stesso articolo prevede, poi, che «*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Le misure adottate ai sensi del presente comma perdono efficacia se non sono comunicate al Ministro della salute entro ventiquattro ore dalla loro adozione*».

Tale disposizione sembra confermare quanto andavamo dicendo a proposito di poteri contingibili e urgenti previsti in via generale dall'ordinamento. Il fatto di richiamarli espressamente, per consentirne l'utilizzo da parte delle regioni, implica necessariamente che quegli stessi poteri non avrebbero potuto essere utilizzati legittimamente, nella fattispecie di emergenza nazionale regolata dal d.l. in questione, in assenza di una espressa previsione.

Il successivo d.l. n. 19, all'art. 3 (rubricato "misure urgenti di carattere regionale o infraregionale"), prevede che «*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle attualmente vigenti, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale*».

Tale ultima disposizione è ancora vigente e definisce un quadro nel quale le regioni possono intervenire, nel tempo tra un provvedimento governativo e il successivo, a dettare misure di maggior rigore, qualora il quadro si aggravi nel loro territorio.

²⁵ A tal proposito G. PIPERATA, *op. cit.*, ritiene che «*Il sistema di produzione del diritto emergenziale immaginato dai decreti legge intervenuti non brilla per chiarezza e per coerenza rispetto al sistema delle fonti. Non possiamo dire – come è stato giustamente notato – che è stata violata la legalità costituzionale, ma è indubbia la tensione alla quale istituzioni e dinamiche tradizionali di produzione del diritto siano stati sottoposti. Tale situazione è stata ulteriormente aggravata, da un lato, da un protagonismo di alcune regioni ed enti locali, che, spinti da esigenze egoistiche di protezione dei propri territori, hanno abusato del potere di ordinanza emergenziale loro riconosciuto e, dall'altro, da momenti di indecisione del Governo, che ha preferito non attivare poteri di intervento, anche sostitutivi come quello previsto dall'art. 120 Cost., per assicurare l'unità giuridica o economica del nostro Paese, ritenendo più adatti altri rimedi, come la contestazione in sede giudiziaria o l'annullamento straordinario delle ordinanze ritenute illegittime. Tutto ciò ha creato momenti di grande confusione, con effetto di disorientamento tra i cittadini, incerti sui comportamenti da tenere e sulle limitazioni da rispettare*». Si veda anche G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra unitarietà e differenziazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020.

Viene da chiedersi se il riconoscimento di una quota di potere emergenziale alle regioni fosse una soluzione costituzionalmente necessitata o non sia stata dettata, invece, da altre esigenze e valutazioni. E viene da chiedersi che conseguenze questa scelta abbia prodotto alla luce del concreto esercizio di quei poteri.

Dal punto di vista del vincolo costituzionale, sembra che il punto di bilanciamento tra l'esigenza intrinsecamente unitaria dell'esercizio del potere a livello statale in caso di emergenza nazionale e il rispetto dell'autonomia regionale garantita dalla Costituzione sia quello dell'intesa indicato dall'art. 25 del Codice della protezione civile. Il Governo adotta le misure che ritiene idonee a fronteggiare l'urgenza, cercando l'intesa con le regioni interessate dalle misure stesse.

L'esigenza di riconoscere alle regioni la possibilità di differenziare le misure adottate dallo Stato per l'intero territorio nazionale, non sembra discendere da alcun vincolo costituzionale, ma anzi si pone forse in contrasto con quel divieto per le regioni di rendere inefficaci le misure statali d'emergenza sul proprio territorio del quale si è detto in precedenza²⁶.

Dunque, se il legislatore non era costituzionalmente vincolato a prevedere poteri d'urgenza in capo alle regioni, per quale ragione tali poteri sono stati riconosciuti?

Probabilmente concorrono ragioni giuridiche e ragioni politiche. Da un lato si voleva prevedere uno strumento d'intervento maggiormente rapido ed elastico per il caso di improvviso aggravamento della situazione in un ambito territoriale circoscritto. Dall'altro, si è forse tenuto conto di valutazioni relative alla responsabilità politica delle scelte fatte in un momento particolarmente drammatico della storia del Paese.

Naturalmente nessuno poteva prevedere, nel marzo scorso, cosa sarebbe accaduto e che piega avrebbero preso gli eventi. È quindi possibile che, accanto alle legittime ragioni giuridiche di articolazione territoriale del potere cui si è fatto cenno, un governo non particolarmente forte e stabile abbia anche ritenuto prudente non assumere per intero su di sé la responsabilità politica della gestione della crisi.

Basti pensare alle polemiche sull'apertura delle discoteche, sull'allestimento dei reparti di terapia intensiva o sulla distribuzione dei vaccini antiinfluenzali per comprendere come la frammentazione del potere comporti, specularmente, la frammentazione della responsabilità, che diviene non più chiaramente individuabile e quindi più difficile da far valere da parte dei cittadini.

²⁶ Si fa riferimento a Corte costituzionale, 14 luglio 2006, n. 284 già citata alla nota 14. Nel senso di ritenere legittimo e dovuto il riconoscimento di uno spazio di potere emergenziale per le regioni C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in *Rivista AIC*, 4/2020. Per la ricostruzione delle norme attributive di poteri a regioni e autonomie locali si veda V. CAVANNA, *La "fluidità" del rapporto tra fonti: poteri di sindaci e presidenti delle regioni ai tempi del Covid-19*, in *Ambiente e sviluppo*, 2020, 5, 373.

Va anche detto che alcune regioni hanno utilizzato i poteri previsti dal d.l. n. 19 anche al di là dei limiti di quegli stessi poteri, in ciò avallati da una giurisprudenza amministrativa francamente troppo timida. Questo atteggiamento di competizione politica col Governo, assunto da alcuni presidenti di regione, peraltro non solo appartenenti a forze politiche di opposizione a livello nazionale, non è naturalmente imputabile al Governo, seppur fosse invero prevedibile.

Comunque sia, ne è venuto fuori un quadro nel quale le regioni hanno differenziato le misure alcune volte perché effettivamente necessario, molto più spesso dando l'impressione di voler soltanto marcare la distanza dal governo nazionale, in una sorta di corsa a chi fosse più rigoroso nella lotta alla pandemia.

Ciò ha comportato una frammentazione del quadro normativo tale da incidere sulla certezza del diritto²⁷. Ci sono stati momenti nei mesi scorsi nei quali davvero i cittadini facevano fatica a capire quali fossero i provvedimenti vigenti e quali, quindi, le misure da rispettare. Inoltre, come detto, molte regioni hanno esercitato il potere riconosciuto dal d.l. n. 19 ben al di là dei limiti previsti. In molti casi non vi erano aggravamenti sopravvenuti della situazione rispetto alle misure governative, ma la semplice volontà, a volte addirittura dichiarata esplicitamente, di adottare misure diverse in aperta violazione di legge.

A ciò il Governo non ha avuto la volontà, o la forza, politica di opporsi. Una volta riconosciuto uno strumento giuridico alle regioni che ha prodotto l'effetto competitivo sopra descritto, il Governo non ha trovato poi il modo di disinnescare quel meccanismo, riportando il potere regionale nell'alveo di quanto previsto dalla legge.

In questo quadro, come accennato, duole dover constatare che i giudici amministrativi hanno, nella maggior parte dei casi, sostanzialmente rinunciato ad esercitare le loro funzioni, quasi come se l'art. 113 della Costituzione fosse sospeso in ragione dell'emergenza. Alcuni provvedimenti regionali sono stati impugnati ed erano manifestamente illegittimi, ma i T.a.r. hanno quasi sempre respinto le richieste cautelari con argomenti molto vicini a quello della necessità che fonda il potere, che all'inizio del '900 Santi Romano teorizzava. Tuttavia,

²⁷ A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, 1/2020 parla di ipertrofia normativa a proposito del proliferare di atti di regolazione dell'emergenza di diversa provenienza. In particolare, secondo l'Autore, a fondamento di tale ipertrofia vi sarebbero «due moventi, riconducibili ad altrettante fonti di legittimazione delle misure adottate: per un verso, il profluvio di provvedimenti riflette la preferenza per un approccio gradualistico, coerente con l'intenzione di affrontare l'emergenza con gli strumenti e in base ai parametri della scienza (tutte le decisioni, ha più volte sottolineato il Presidente del Consiglio Conte, sono state prese in base alle indicazioni del Comitato tecnico-scientifico istituito dal Capo del Dipartimento della protezione civile, organo richiamato ora anche dall'art. 2, co. 1, del decreto-legge n. 19 del 2020); ma, per altro verso, tale fenomeno sembra rispondere all'ansia, avvertita da tutte le autorità, di dimostrare il proprio impegno sul campo, attraverso l'adozione compulsiva di provvedimenti a volte ripetitivi di quelli già emanati da enti di livello superiore, altre volte ben più restrittivi di questi ultimi. L'effetto complessivo, tuttavia, rischia di essere deleterio in rapporto alle stesse esigenze di contenimento dell'epidemia, poiché la giostra vorticoso di previsioni normative sta determinando una condizione di estrema incertezza».

il diritto pubblico ha abbandonato quella teoria almeno dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana che, in quanto rigida e sovraordinata a ogni altra fonte, fonda ogni potere costituito, ivi compresi quelli emergenziali²⁸.

Concludendo queste considerazioni sul ruolo delle regioni, si può forse notare che il Governo ha riconosciuto quel ruolo per un insieme di ragioni, giuridiche e politiche e le regioni lo hanno interpretato in modo in molti casi tanto estensivo da incidere sugli equilibri complessivi, già precari, del regionalismo italiano.

La posizione costituzionale delle regioni, e dei loro presidenti in particolare, rischia di uscire ulteriormente rafforzata dall'emergenza Covid, laddove si sentiva forse il bisogno di una razionalizzazione, se non proprio di un ridimensionamento²⁹.

La forma di governo regionale disegnata dalla legge costituzionale n. 1 del 1999 ha reso molto forti i presidenti delle regioni, svuotando di ruolo le assemblee rappresentative. L'insieme dell'elezione diretta e della clausola *simul stabunt simul cadent* ha fatto sì che il presidente della giunta, pomposamente detto governatore, sia diventato *dominus* incontrastato e inamovibile della politica regionale. Ciò, da un lato, ha prodotto la progressiva e inesorabile marginalizzazione del principio rappresentativo dalla vita politica regionale e, dall'altro, uno squilibrio nel rapporto tra il centro e la periferia che si manifesta in continue richieste di ampliamento delle funzioni regionali, di cui il dibattito sull'autonomia differenziata degli ultimi anni, che cova sotto la cenere ma è tutt'altro che spento, è solo l'ultimo passaggio.

5. Conclusioni

Provando a trarre qualche considerazione conclusiva, mi sembra che emergano almeno tre profili problematici sul piano dell'ordinamento interno, ma emerge anche, dal modo in cui l'Unione europea ha reagito alla pandemia, una significativa prospettiva di evoluzione sul piano sovranazionale, con tutto ciò che questo può comportare in tema di stabilità finanziaria.

²⁸ Diversi sono stati i casi che hanno impegnato i giudici amministrativi, sui quali si vedano S. FIDANZIA, *Le decisioni del giudice amministrativo in tema di emergenza epidemiologica da Covid-19: profili processuali e interessi costituzionali coinvolti*, in *Lexitalia.it*, 4/2020; U. FRANGIPANE, *Una prima rassegna della giurisprudenza amministrativa nel periodo emergenziale Covid-19*, in *Lexitalia.it*, 5/2020. Recentemente di particolare interesse è la giurisprudenza cautelare in tema di organizzazione dell'attività didattica che, pur essendovi forti dubbi sulla titolarità del potere esercitato dai presidenti di regione, ha respinto le istanze di sospensione. In particolare, si vedano le diverse pronunce del T.a.r. Campania e del T.a.r. Puglia che hanno affrontato il tema nel mese di novembre 2020. Con particolare riferimento al caso alla situazione della Campania si vedano le condivisibili osservazioni di S. PARISI, *Non solo ordinanze: la Campania tra atti paranormativi e decisioni giudiziarie*, in *Le Regioni*, 2020, 867 ss.

²⁹ I problemi del regionalismo italiano sono oggetto di dibattito costante e i contributi dottrinali sono moltissimi. Si veda, in particolare, A. D'ATENA, *Tra autonomia e centralismo*, Torino, 2016.

In primo luogo, non può non condividersi l'osservazione di Massimo Luciani secondo cui il rischio «che all'uscita dall'emergenza ci si ritrovi con un saldo negativo in termini di libertà è alto, perché le lusinghe di chi chiede di barattare libertà e sicurezza sono molto insidiose»³⁰.

L'equilibrio del potere si è marcatamente spostato verso il Governo in questi mesi, anche con una certa tendenziale confusione tra funzione esecutiva e funzione legislativa, e i cittadini hanno accettato e compreso le ragioni di una sospensione significativa e prolungata dell'ordinaria distribuzione costituzionale del potere. Questo era giusto e inevitabile nella fase acuta dell'emergenza, ma bisognerà vigilare che il Governo non prolunghi i poteri *extra ordinem* oltre il tempo strettamente necessario e non estenda il perimetro oltre la misura strettamente proporzionale alla lotta alla pandemia, senza pericolosi scivolamenti verso tentazioni semplificatorie delle procedure ordinarie poste a garanzia dei diritti³¹.

In secondo luogo, l'emergenza Covid ha ulteriormente confermato, qualora ve ne fosse bisogno, che il regionalismo italiano va profondamente ripensato.

La forma di governo regionale, voluta dalla riforma costituzionale del 1999, ha creato un circolo perverso nel quale i presidenti eletti direttamente non fronteggiano alcuna vera dialettica interna alla politica regionale e sono sempre più protesi a una competizione col governo nazionale per rivendicare meriti e, conseguentemente, spazi di autonomia. Una dinamica di questo segno non può che comportare il progressivo sfilacciamento dell'unità nazionale e del principio di solidarietà, dopo aver già messo nell'angolo il principio rappresentativo nel governo regionale.

È indispensabile ripensare il modello venuto fuori dalla stagione riformatrice della fine del secolo scorso, riportando il regionalismo italiano verso l'equilibrio solidaristico voluto dalla Costituzione del '48. Il regionalismo competitivo non ha funzionato e men che meno hanno funzionato i meccanismi perequativi che avrebbero dovuto mitigarne gli effetti distorsivi. Basti pensare al tema della spesa sanitaria, con la distinzione tra costi storici e costi standard, che ha consentito una sperequazione di spesa sanitaria sul territorio nazionale

³⁰ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 26.

³¹ Si veda ancora M. LUCIANI, *op. ult. loc. cit.*, secondo il quale: «È tuttavia possibile che la lungimiranza manchi e che ci sia chi intende limitarsi a immaginare di lucrare miopi vantaggi politici da questa situazione, così come è possibile che potenti forze economiche e sociali stiano elaborando progetti di normalizzazione futura volti a trasformare l'eccezionale in ordinario, attentando ai nostri diritti costituzionali. Se ciò accadrà, non potremo delegare a nessuno la protezione dei nostri diritti: i diritti dei cittadini hanno nei cittadini i loro finali e più efficaci garanti e non ci sarà richiamo alle tradizioni costituzionali, al diritto naturale ("positivo" o meno che sia), alla non negoziabilità dei valori, al primato di pretesi metavalori, al dialogo fra le Corti o alla tutela multilivello dei diritti che potrà supplire quella che un tempo si definiva vigilanza democratica e che ora, pur in un contesto diverso da quello in cui quest'espressione si usava, potremmo tornare a chiamare con questo nome». Si veda anche G. AZZARITI, *op. cit.*, 5, il quale affermava, nel pieno dell'emergenza della scorsa primavera, che «Se infatti adesso sopportiamo limitazioni di libertà disposte in piena e solitaria responsabilità dal Governo pro tempore in carica, lo facciamo per necessità, avendo ad esso trasferito di fatto i poteri sovrani. Consapevoli però che, se dopo aver sconfitto il terribile e invisibile nemico, non si dovesse tornare alla normalità, rischieremmo di precipitare nel buio della Repubblica».

del tutto incompatibile con il principio solidaristico e della quale l'emergenza sanitaria di questi mesi ha messo a nudo drammaticamente tutti i limiti e le conseguenze.

Da ultimo, l'emergenza Covid ha messo in crisi anche la giustizia, che già non se la passava benissimo.

Come detto, i giudici amministrativi hanno, salvo alcuni casi, sostanzialmente abdicato al loro ruolo di controllo dell'esercizio del potere. Ciò evidentemente non è accettabile, perché non è compatibile con lo Stato democratico-costituzionale.

Ogni potere derivato e costituito è per sua natura limitato e in quanto tale controllabile in rapporto al parametro della legge che lo fonda e ne disciplina l'esercizio. Non esiste alcun potere pubblico, in nessuna circostanza, che possa essere esercitato in assenza di limiti e, quindi, del relativo controllo giurisdizionale. Sia pure il solo controllo sulla proporzionalità delle misure, che in molti casi è l'unico esercitabile sulle ordinanze urgenti, per loro natura libere in rapporto alle esigenze concrete da fronteggiare, ma un controllo deve esserci.

In particolare, nei confronti dei provvedimenti regionali, i Tribunali Amministrativi Regionali hanno dato l'impressione di non voler intervenire, anche in casi in cui, come per le chiusure delle scuole, i provvedimenti adottati dai presidenti delle regioni erano manifestamente illegittimi³². Naturalmente bisogna tener conto delle circostanze molto particolari nelle quali ciò si è verificato, ma ciò nondimeno va ricordato che il giudice amministrativo è un giudice e deve essere terzo e imparziale tra i cittadini e la Pubblica Amministrazione. Nella fattispecie dell'emergenza Covid, invece, è parso di ritrovarsi, in molti casi, nuovamente di fronte il giudice speciale dell'amministrazione del quale ci eravamo liberati con la legge del 1865.

Probabilmente anche sulla giustizia amministrativa qualche riflessione sarà utile e non certo per ridurre ancora il ruolo di garanzia di diritti e interessi legittimi, come pure si paventa da più parti con specifico riferimento ai contratti pubblici. Anzi, sarebbe auspicabile un ampliamento dell'area della giurisdizione sull'esercizio del potere pubblico, con il contestuale rafforzamento delle garanzie di terzietà e imparzialità del giudice amministrativo.

5.2. Segue: la prospettiva di un nuovo futuro per l'Italia in Europa

Detto dei problemi che l'emergenza Covid ha evidenziato, va anche ricordato che il carattere globale della pandemia porta con sé anche qualche oc-

³² Basti ricordare che l'art. 1, comma 13, del d.l. n. 33 del 2020 dispone espressamente che le modalità di frequenza delle attività scolastiche, per ogni ordine e grado, sono riservate alla disciplina dettata dal Governo. Dunque, il sindacato sulle ordinanze regionali, che hanno vietato la frequenza in contrasto con quanto previsto dagli atti governativi, non richiedeva nemmeno una valutazione sul rispetto del principio di proporzionalità o sul ricorrere delle situazioni sopravvenute alle quali fa riferimento l'art. 3 del d.l. n. 19, trattandosi di esercizio di un potere in carenza della relativa attribuzione.

casione di sviluppo, prima fra tutte la possibilità di un ripensamento degli equilibri, politici e finanziari, dell'Unione europea³³.

La piena e definitiva apertura del mercato delle merci, dei servizi e dei capitali avvenne, com'è noto, con la sottoscrizione dell'Atto Unico del 1986. Da quel momento lo Stato si ritrova in una posizione, nei confronti dei mercati finanziari non molto dissimile da quella di tutti gli altri debitori. La piena apertura del mercato dei capitali impedisce l'intervento pubblico attraverso il tasso di cambio e il tasso di sconto, ossia impedisce di intervenire con la leva della politica monetaria. Anche la leva fiscale ne risulta limitata, perché, in assenza di vincoli alla circolazione dei capitali, i fattori produttivi sono liberi di andare dove è maggiormente conveniente e ciò riduce, com'è evidente, i margini di manovra della politica di bilancio.

Si crea, così, un sistema del tutto aperto nel quale, in ultima analisi, la competizione è una competizione tra sistemi. Se i fattori produttivi sono pienamente liberi di allocarsi in uno qualsiasi dei Paesi aderenti al mercato comune, la competizione diviene fatalmente una competizione anche tra gli Stati membri.

In questo quadro i Paesi più deboli sono quelli che soffrono maggiormente e l'Italia è tra questi. La piena apertura del mercato unico ha causato un progressivo rallentamento della crescita, e un corrispondente peggioramento dei conti pubblici, che ha registrato un'accelerazione con l'avvento della moneta unica. In particolare, l'imposizione del vincolo del pareggio di bilancio, a partire dal primo gennaio 1999, illegittima secondo una nota e autorevole opinione³⁴, è stata causa di una dinamica perversa della nostra economia. La sostanziale impossibilità di fare investimenti ha fatto progressivamente rallentare la crescita del PIL e il progressivo indebolimento della nostra economia ha peggiorato il nostro merito di credito, facendo crescere il tasso d'interesse al quale il Paese si indebita sui mercati finanziari internazionali. Il rapporto debito/PIL è andato così peggiorando gradualmente fino a sfondare il muro del 130% con la crisi dei debiti sovrani del 2011, quando tutte le contraddizioni della moneta unica sono venute a galla in modo drammatico. Oggi, con la crisi legata alla pandemia, le stime parlano di un rapporto debito/PIL destinato a superare il 160%.

La cessione della sovranità monetaria, accompagnata dal vincolo del pareggio di bilancio, ha reso di fatto quasi nulli i margini della politica di bilancio e, quindi, la possibilità di investimenti finalizzati alla crescita. Si tratta, in ultima analisi, di una questione di democrazia e di sovranità. Alla riduzione dello spa-

³³ M. LUCIANI, *op. ult. loc. cit.*, il quale nell'aprile scorso ricordava che «l'Unione europea deve operare un cambio di passo, altrimenti non ha più senso (e utilità) che continui a esistere».

³⁴ G. GUARINO, *Un saggio di "verità" sull'Europa e sull'euro*, in ID., *Cittadini europei e crisi dell'euro*, Napoli, 2014, 31 ss. Peraltro, lo stesso Autore aveva perfettamente delineato la dinamica che le regole di stabilità, che accompagnavano l'unificazione monetaria, rischiavano di innescare nel quadro della finanza pubblica italiana già nel 1991. Si veda, a tal proposito, G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in AA. VV., *La costituzione economica* (atti del convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Ferrara 11-12 ottobre 1991), Padova, 1997, 21 ss.

zio della politica di bilancio nazionale non è corrisposto un analogo e speculare incremento dell'area della politica di bilancio UE. In questo modo la dinamica economica non è stata più regolata, secondo gli schemi istituzionali e giuridici scaturiti dalla crisi degli anni '30, né dallo Stato regolatore e imprenditore, né dagli organi dell'Unione.

La disposizione costituzionale sulla quale l'Italia ha fondato la sua adesione al mercato unico è, com'è noto, quella dell'art. 11, che ammette limitazioni di sovranità solo in condizioni di parità con gli altri Stati. Tuttavia, le condizioni di fatto dell'Italia non erano, e non sono vieppiù oggi, le stesse dei Paesi più forti, soprattutto in ragione dell'elevato debito pubblico. Ciò comporta conseguenze drammatiche per il nostro Paese. Le decisioni sulle politiche monetarie e di bilancio vengono prese ai tavoli europei nei quali il nostro Paese è in una posizione di debolezza, in ragione dell'elevato debito pubblico che ci espone, in caso di aumento dei tassi di interesse, al rischio del collasso del nostro sistema economico.

La situazione è parzialmente migliorata a partire dal 2012, quando la BCE ha avviato un massiccio programma di acquisto del debito pubblico dei paesi dell'eurozona sul mercato secondario, che ha "calmato" i mercati finanziari. Tuttavia, in assenza di misure strutturali che ci consentano di recuperare condizioni di parità con gli altri Stati nella gestione della finanza pubblica, la questione è destinata a tornare, come dimostra la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 5 maggio 2020 sul *quantitative easing*³⁵.

In questo contesto, l'approvazione del programma *Next Generation EU*, legato all'emergenza Covid, può rappresentare un decisivo punto di svolta.

Non è solo, o non è tanto, il fatto che l'Italia avrà a disposizione, per la prima volta dopo oltre vent'anni, ingenti somme da investire per far crescere l'economia e invertire la dinamica degenerativa dei conti pubblici. C'è anche il fatto, che è probabilmente il più importante perché può assumere carattere strutturale, che l'UE ha deliberato di sottoscrivere debito diretto per finanziare il programma. Ciò non vuol dire che i debiti sovrani sono messi in comune tra i Paesi dell'eurozona, e il ripristino del patto di stabilità alla fine dell'emergenza produrrà senz'altro rilevanti conseguenze per la nostra economia. Tuttavia, il segnale che un debito pubblico europeo trasmette ai mercati finanziari è quello della irreversibilità della moneta unica e, di conseguenza, di una qualche forma, sia pur velata e indiretta, di garanzia comune sui debiti.

Se così dovesse essere, i tassi d'interesse scenderebbero, livellandosi verso quello dei Paesi dell'area euro ritenuti più affidabili e questo costituirebbe, ripristinando le condizioni di parità di cui all'art. 11 Cost., di aprire finalmente un nuovo capitolo per l'Italia e per l'Italia in Europa.

³⁵ Si vedano O. CHESSA, *Perché il Tribunale costituzionale tedesco sbaglia a censurare gli «effetti di politica economica» della BCE?*; A. GUAZZAROTTI, *Cose molto cattive sulla ribellione del Tribunale costituzionale tedesco al Quantitative easing della BCE*, entrambi in *laCostituzione.info*.

GEROLAMO TACCOGNA

Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento
di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Genova
g.taccogna@unige.it

DISCIPLINARE LA POLITICA PER VALORIZZARE L'AMMINISTRAZIONE?

REGULATING POLITICS TO ENHANCE PUBLIC ADMINISTRATION?

SINTESI

La pandemia rivela e pone in risalto carenze dell'amministrazione, che si direbbero riconducibili a problemi di carattere strutturale, dati in particolare da un'insufficiente disciplina giuridica dell'attività politica, in mancanza della quale le regole anche stringenti dettate per gli apparati gestionali non producono gli auspicati effetti. Dalla Costituzione non sembrano derivare limiti ad una disciplina giuridica sistematica e più incisiva della politica, che consenta di stabilizzare, focalizzare ed efficientare l'amministrazione. Al contrario, la Carta pare addirittura richiederla, sebbene con un impianto storicamente datato, concepito con riferimento ad un assetto della società oggi fortemente evolutosi. Spunti di disciplina positiva nel senso indicato appaiono peraltro rinvenibili in alcune leggi già esistenti, che potrebbero costituire la base per un disegno più ampio ed organico. Anche alcuni recenti tendenze della giurisprudenza possono essere addotte a sostegno.

ABSTRACT

The pandemic reveals and underlines deficiencies in the public administration that seem to be related to structural problems mainly due to the insufficient regulation of politics. The consequence of such a lack of regulation is that the – even strict – rules provided for the executive apparatus cannot produce proper effect.

The Constitution seems to allow a systematic and more effective regulation of politics, which could have the effect of making the administration more solid, focused, and effective. Moreover, the Constitution, despite an outdated structure meant to fit a form of society that is profoundly different today, can actually be understood as even requiring such a regulation of politics.

Traces of rules in this direction can be found in some current legislation, which might be the basis for a wider and more organic perspective, and even some recent tendencies in national case law can be considered to aim in this direction.

PAROLE CHIAVE: Politica – Amministrazione – Covid-19 – Costituzione – Interesse pubblico.

KEYWORDS: Politics – Administration – Covid-19 – Constitution – Public interest.

INDICE: 1. Alcune trasformazioni dell'amministrazione pubblica e del suo diritto negli scorsi decenni. In particolare la distinzione fra governo e gestione. Lo *stress test* della pandemia da Covid-19. – 2. La ragion d'essere della distinzione e l'immagine conseguente della pubblica amministrazione. – 3. Un percorso evolutivo incompleto e non bilanciato. – 4. Un nuovo fronte di ricerca. – 5. Premesse di ordine costituzionale. – 6. Società, individui, partiti e formazioni politiche, istituzioni, interesse pubblico, imparzialità. – 7. Segue. Ancora sull'interesse pubblico. – 8. L'idea di disciplinare giuridicamente la politica in modo più profondo. – 9. Spunti individuabili nella normativa recente per una più rigorosa disciplina giuridica dell'attività politica in rapporto all'interesse pubblico. – 9.1. Discipline relative all'azione degli organi di governo dell'amministrazione. – 9.2. Discipline della politica al di fuori delle istituzioni e degli incarichi di governo. – 10. Quali regole per la politica?

1. Alcune trasformazioni dell'amministrazione pubblica e del suo diritto negli scorsi decenni. In particolare la distinzione fra governo e gestione. Lo *stress test* della pandemia da Covid-19.

L'organizzazione, e con essa l'attività amministrativa, sono state oggetto di profonde innovazioni, a partire dall'ultimo scorcio del passato secolo. Fornire anche solo una sorta di panoramica, in merito, costituirebbe una sfida, per la varietà e la quantità degli aspetti di potenziale rilievo. Si tratterebbe di un fuor d'opera rispetto agli obiettivi di questo lavoro di ricerca.

L'intento è, piuttosto, quello di concentrare l'attenzione su di un'area tematica, comunque ampia, inerente all'inquadramento della politica, rispetto all'amministrazione¹.

L'angolo visuale prescelto comporta, entro l'insieme delle trasformazioni vissute dal diritto amministrativo negli ultimi decenni, l'effetto di focalizzare l'analisi sul principio di distinzione fra organi di governo e di gestione², nonché fra i rispettivi compiti e regimi giuridici, che ha posto le basi per un nuovo modo di essere delle p.a., in parte sviluppato da successive discipline. Si pensi, in

¹ Tale impostazione del lavoro sposa l'affermazione di A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio*, in *Dir. amm.*, 2019, 381, secondo il quale parlare di amministrazione equivale a riflettere intorno a un regime politico.

² In merito la bibliografia è amplissima. Fra i tanti si possono richiamare A. MORRONE, *Verso un'amministrazione*, cit., 386 s.; M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una "storia difficile"*, in www.dirittifondamentali.it, 2018; M. C. CAVALLARO, *Il rapporto tra politica e amministrazione*, in A. CONTERI, M. IMMORDINO (a cura di), *La dirigenza locale*, Napoli, E.S.I., 2012, cap. I; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2012, 39; C. COLAPIETRO, *Politica e amministrazione: riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in www.federalismi.it, 2012; F. MERLONI, *Distinzione tra politica e amministrazione e spoils system*, in AA.VV., *L'amministrazione sta cambiando? Una verifica dell'effettività dell'innovazione nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2007; B. VERA, *Imparzialità vs indirizzo politico: le variabili del rapporto tra politica e amministrazione nella dinamica delle istituzioni*, in *Dir. Amm.*, 2007, 15; P. FORTE, *Il principio di distinzione fra politica e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003.

particolare, a quelle riguardanti la valutazione della performance³, i codici di condotta dei funzionari⁴, la prevenzione della corruzione⁵, la comunicazione istituzionale pubblica⁶, la trasparenza totale⁷.

Vi si guarderà da una prospettiva diversa rispetto a quella più comune. Non tanto per sottolineare le potenziali ricadute del principio di distinzione in termini di imparzialità ed efficienza di apparati opportunamente distaccati dalla politica, quanto piuttosto per porre l'attenzione soprattutto sull'altro polo, os-

³ In tema cfr., fra gli altri, G. NUCCI, *La performance delle amministrazioni pubbliche: analisi, prospettive e criticità*, in *Aziendaitalia*, 2019, 9; A. GABRIELE, *La valutazione della performance nella «quarta» riforma del lavoro pubblico*, in *Giur. It.*, 2018, 985; P. MONDA, *Performance: strumenti per la misurazione e verifica*, in *Libro dell'anno del diritto-Encicl. giur. Treccani*, 2018, 341; A. SITRAN, *Il nuovo volto degli organismi indipendenti di valutazione della performance*, in *Riv. amm.*, 2018, 111; E. D'ALTERIO, *La valutazione della performance nelle pubbliche amministrazioni (commento al d.p.r. 9 maggio 2016, n. 105)*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 639; M. INTERLANDI, *Buon andamento e performance pubblica nella dinamica evolutiva dei controlli*, Napoli, E.S.I., 2012; G. LA TORRE, *Spunti di riflessione sulla valutazione delle performance*, *Ammin. it.*, 2011, 1281; F. G. GRANDIS, *Luci ed ombre nella misurazione, valutazione e trasparenza della performance*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 5.

⁴ Sull'argomento cfr., ad esempio, R. CARIDÀ, *Codice di comportamento dei dipendenti pubblici e principi costituzionali*, in www.federalismi.it, 2016; B. G. MATTARELLA, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici (commento al d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62)*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 927; C. GALBIATI, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, 1181.

⁵ In proposito cfr., ad esempio, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019; U. RONGA, *Tentativi di prevenzione della corruzione politica - Utilità e profili critici della l. 9 gennaio 2019, n. 3*, in www.federalismi.it, 2019; E. BORGONOVÌ – F. MONTEDURO (a cura di), *La prevenzione della corruzione nelle aziende e nelle amministrazioni pubbliche*, in *Azienda pubblica*, 2018, 113; M. D'ALBERTI (cur), *Corruzione e Pubblica Amministrazione*, Napoli, Jovene 2017; R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua autorità*, in *Dir. Pubbl.*, 2017, 903; S. PILATO, *Il responsabile della prevenzione della corruzione e le misure organizzative per l'esecuzione del piano anticorruzione: poteri, controlli e responsabilità*, in *Riv. C. conti*, 2015, 552; C. TUBERTINI, *Piani di prevenzione della corruzione e organizzazione amministrativa*, in www.astrid-online.it, 2016; G. SIRIANNI, *Etica pubblica e prevenzione della corruzione: il problema del personale politico*, in *Dir. Pubbl.*, 2014, 927; F. MERLONI, *Politiche di prevenzione della corruzione e autonomia degli enti territoriali*, in *Regioni*, 214, 969.

⁶ In tema cfr. E. CELESTE, S. ROSSA, *A colpi di tweet: social network, pubblica amministrazione e politica*, in *Ist. Fed.*, 2000, 41, 121 ss.; P. MARSOCCI, *Il referendum costituzionale tra comunicazione istituzionale e comunicazione politica*, in www.federalismi.it, 2016; R. BORRELLO, *Comunicazione politica, comunicazione istituzionale e propaganda tra area della politica-libertà ed area della politica-funzione* (Nota a Corte cost., 7 aprile 2016, n. 79), in *Giur. cost.*, 2016, 720; P. MARSOCCI, *Poteri e pubblicità - Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, Cedam, 2002; F. MERLONI (a cura di) *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2002.

⁷ Sull'argomento cfr., fra gli altri, E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Dir. Amm.*, 2019, 497; G. GARDINI, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal «Foia Italia»*, in www.federalismi.it, 2018; F. MARIENIELLO, *Trasparenza amministrativa e nuovo accesso civico dopo il d.leg. n. 97/2016*, in *Rass. Avv.ra Stato*, 2017, 244; A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, *Dir. Amm.*, 2018, 311; A. MARCHETTI, *Le nuove disposizioni in tema di pubblicità e trasparenza amministrativa dopo la riforma «Madia»*, in www.federalismi.it, 2017; C. P. SANTACROCE, *Conquiste e arretramenti nella trasparenza amministrativa che cambia*, in *Dir. e soc.*, 2017, 577; S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2017, 65; M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. Amm.*, 2015, 121.

sia sulla politica e sulla sua dimensione giuridica che appare ancora scarsamente evoluta.

Un siffatto proposito sconta, innanzitutto, il giusto monito, secondo cui al termine “politica” possono corrispondere in realtà vari oggetti e significati⁸. Senza omettere di tenerne conto, si intende tuttavia sviluppare lo studio intorno ad un’accezione alquanto ampia di quel concetto, comprendente al tempo stesso la politica svolta in seno alla società (per il consenso, per la competizione elettorale), quella svolta nei confronti degli organi di governo (per influenzarne l’agenda e le scelte) e quella svolta da questi ultimi nell’esercizio delle proprie funzioni istituzionali (di indirizzo politico-amministrativo).

L’idea, sulla quale viene qui proposto un ragionamento, è infatti quella di far emergere la necessità di sviluppare una sorta di disciplina giuridica di fondo applicabile a tutte queste dimensioni della politica, in rapporto alle sue interazioni e ricadute sull’amministrazione, anche in ragione del rilievo empirico della difficoltà, nella pratica, di un efficace confinamento rispettivo dei vari ambiti⁹.

Le drammatiche vicende della pandemia da Covid-19 e le rilevanti carenze strutturali che essa ha evidenziato nella guida e nel funzionamento degli apparati pubblici di prevenzione e di cura (malgrado l’abnegazione ed il sacrificio, sul piano personale, di molti dei sanitari più direttamente coinvolti) sembrano corroborare l’indicata direzione di ricerca.

La pandemia ha fortemente sollecitato gli organi di governo e di amministrazione sul terreno di una delle loro missioni fondamentali (la protezione della vita e della salute) ma ben oltre la *routine*, avendo richiesto una risposta pronta, rapida ed incisiva, su larga scala.

La risposta – evidenziata anche da un’eccezionale attenzione dei *media* e dell’opinione pubblica – non pare obiettivamente potersi considerare all’altezza, essendo emersi profili di evidenti disorganizzazione e disfunzionalità (si pensi, per esempio, all’evanescente rete di assistenza sanitaria territoriale; all’intasamento del pronto-soccorso, senza più distinzione fra Covid ed altre patologie, e financo alla saturazione delle degenze; ai ritardi negli approvvigionamenti di dispositivi di protezione ed attrezzature mediche; alle difficoltà nella

⁸ Cfr. F. FOLLIERI, *Politica e amministrazione*, in *P. A. Persona e amministrazione*, 2019, 111 ss.

⁹ Emblematiche di tali difficoltà pratiche di inquadramento e distinzione si sono rivelate le questioni attinenti alla responsabilità amministrativa per l’utilizzo dei fondi dei gruppi consiliari regionali, a fronte della soggettività privata di questi, del loro legame organizzativo con i consigli, della finalizzazione dei fondi di cui trattasi non solo allo stretto funzionamento dei gruppi ma anche ad iniziative funzionalmente collegate con l’attività svolta in consiglio. A fronte di discipline legislative regionali generalmente molto scarse, sia in ordine ai possibili impieghi, entro le anzidette finalità generali, sia in ordine alle modalità di rendicontazione, si è formato un corpo di pronunce della Corte dei conti in sede giurisdizionale che, non sempre in modo lineare, ha elaborato (*ex post*) regole, desunte dai principi ordinamentali, in ordine a ciò che può essere riconosciuto come iniziative o attività politiche dei gruppi, legittime e come tali rendicontabili (purché con un certo grado di precisione formale), da un lato, ed attività prive di una siffatta dignità giuridica. In particolare questo ha riguardato il tema delle iniziative conviviali per il confronto con rappresentanze o componenti della società civile (dalle categorie produttive o sociali ai singoli), svolte dai gruppi o dai loro componenti. Possono vedersi, ad esempio, C. conti, Sez. giur. Lombardia, n. 73/2017; Sez. giur. Liguria, n. 21/2019, n. 68/2020.

rilevazione e lettura dei dati relativi all'epidemia, cioè di fondamentali elementi di conoscenza; alle sovrapposizioni disordinate fra i decreti del Presidente del Consiglio, le ordinanze delle Regioni e quelle dei Sindaci, ecc.).

L'impressione è, come si accennava, che questo triste esito dello *stress test* sia da ricondurre non al caso, bensì a problematiche di livello sistemico e strutturale nell'ingegneria dei pubblici poteri, che potrebbero trovare un percorso di soluzione con l'assunto fondamentale di questa ricerca, poc'anzi indicato.

In effetti, risulta ben difficile che l'amministrazione, considerata nel complesso, riesca a performare (altro è il semplice sopravvivere, quasi inerzialmente, anche grazie ad un misto di assuefazione e rassegnazione degli *stakeholders* in tempi ordinari), se non entro un quadro caratterizzato dalla guida di una politica più stabile e più adeguatamente raccordata al bene comune ed al pubblico interesse, anche per effetto di un suo statuto giuridico, ancora largamente da enucleare.

2. La ragion d'essere della distinzione e l'immagine conseguente della pubblica amministrazione.

L'emergere del principio di distinzione fra organi ed attività, rispettivamente, di governo e gestionali – che dunque costituisce il punto di partenza, dal quale sarà sviluppato il discorso – si colloca al termine di un lungo processo, sintetizzabile nell'oggettivizzazione del potere¹⁰.

Questa si è sviluppata come presidio, agli albori, per sganciare gli apparati dagli interessi propri del sovrano ed in seguito, con l'avvento della Repubblica e la maturazione dell'ideale democratico, per neutralizzare gli interessi del ceto politico e delle persone titolari di uffici pubblici, in modo da assicurare la funzionalizzazione del potere all'interesse pubblico.

Invero, senza persone in carne ed ossa le Istituzioni repubblicane e l'amministrazione, intese in senso moderno, come entità immateriali rappresentative di collettività ed incaricate della cura dei loro interessi, non potrebbero effettivamente esistere, agire ed essere percepite. Si pone, dunque, il problema dato dal fatto che le persone, le quali danno corpo alle istituzioni pubbliche, hanno anche, nel contempo, una propria naturale dimensione umana e sociale, con i corrispondenti interessi particolari. Eppure sono chiamate ad agire e vivere come parti dell'apparato istituzionale o amministrativo e non, invece, ad essere semplicemente se stesse.

Ciò vale, sia pure non esattamente negli stessi modi e termini, tanto per i parlamentari¹¹, e più in generale per l'esercizio della funzione legislativa, quanto

¹⁰ In merito cfr., ad esempio, P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in P. A. Persona e amministrazione, 2017, 85 ss.; F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, Cedam, 1996, 243 s.; P. MADDALENA, *La responsabilità amministrativa degli amministratori degli enti pubblici economici* in Riv. Amm., 1996, 445.

¹¹ Cfr., ad esempio, C. RIZZO, *Verso il controllo penale degli assetti parlamentari? Profili critici del paradigma corruttivo "politico-parlamentare" introdotto dalla sentenza della Cassazione sulla vicenda "Berlusconi – De Gregorio"*, in www.federalismi.it, 2019.

per coloro che si vedono affidati uffici di governo, quanto per coloro che sono titolari di organi dell'amministrazione pubblica¹² (il che, peraltro, induce ulteriormente a guardare alla politica in senso lato come fenomeno complessivo, stante la sua inerenza trasversale alla funzione legislativa ed in parte non trascurabile anche a quella amministrativa¹³).

L'oggettivizzarsi del potere amministrativo si colloca entro detto alveo, spersonalizzando il prodotto dell'attività di coloro che effettivamente agiscono ed operano, per marcare il più possibile la distinzione rispetto alle loro sfere particolari.

Il descritto fenomeno è agevolato nel dispiegarsi del potere amministrativo (in confronto con quello legislativo), per effetto della distinzione fra politica e gestione; della complessità organizzativa degli apparati, anche a scapito della rilevanza delle soggettività pubbliche¹⁴; della centralità assunta dal procedimento e della partecipazione degli interessati¹⁵.

Alla volontà psicologica dei titolari di organi ed uffici pubblici viene sostituita un'artificiale costruzione, data oggi non più da una volontà soggettiva dell'amministrazione alla quale è affidato il potere, ma da una sorta di volontà oggettivata¹⁶ attraverso il fluire del potere stesso, a partire dalla sua astratta previsione sul piano normativo, fino al suo concreto esercizio in concreto, per il tramite di complesse di trame, serie e sequenze di atti entro un contesto giuridicamente organizzato¹⁷.

¹² È vero che la Costituzione, nel regolare i rapporti politici, richiede ai cittadini incaricati di funzioni pubbliche di adempiervi con disciplina ed onore (art. 54) mentre solo per i pubblici impiegati è previsto che siano al servizio esclusivo della Nazione (art. 98), come evidenzia E. FOLLIERI, *Politica*, cit., 110, ma questo, come risulterà più chiaro nel seguito, non sembra smentire la ricostruzione qui proposta nel testo, trattandosi di una questione inerente al grado o all'intensità dei vincoli finalistici gravanti, rispettivamente, sui titolari di uffici politici o di governo, da un lato, e di meri uffici amministrativi, dall'altro.

¹³ Sul carattere politico della funzione di indirizzo e sulla spettanza di essa anche all'amministrazione cfr., ad esempio, A. CONTIERI – M. IMMORDINO, *La dirigenza*, cit., 17 ss.. L'esistenza di un'inevitabile zona di interferenza fra l'amministrazione e la politica, intense entrambe in senso generale, è rilevata, fra gli altri, da M. STIPO, *Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi*, in www.contabilita-pubblica.it, che rimarca ulteriormente l'assenza di prove, empiriche o logiche, le quali, pur nelle trasformazioni sociali dell'epoca attuale, convalidino l'idea della fine della politica.

¹⁴ In tema può rinviarsi al noto lavoro di G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968.

¹⁵ La desoggettivizzazione del potere, per effetto del procedimento e della partecipazione, è particolarmente sottolineata, ad esempio, in F. Benvenuti, *Disegno*, cit., 243.

¹⁶ In tema cfr., ad esempio e con riguardo alla distinzione fra volontà dell'atto e volontà del contenuto di esso, B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo – Diritto amministrativo generale*, Vol. I, Milano, 2003, 843 ed A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, Milano, Giuffrè, 2000, 103.

¹⁷ Su questa funzione e dimensione del procedimento amministrativo la letteratura è amplissima. Può richiamarsi, esemplificativamente, l'efficace sintesi in ordine alla dottrina di G. Berti, rinvenibile in G. SALA, *A cinquant'anni dalla pubblicazione della Pubblica amministrazione come Organizzazione: dal mutamento di paradigma nello studio dei fenomeni amministrativi*, in P. A. *Persona e Amministrazione*, 2018.

Estremamente efficace sul piano teorico, il descritto impianto risulta esposto al rischio di un certo distaccamento dalla realtà – nella quale si ambientano e si confrontano aspettative ed interessi ben concreti – e, dunque, di una non completa adeguatezza a cogliere le dinamiche effettive, reali delle funzioni pubbliche¹⁸.

Su uno sfondo dato dallo storico contrapporsi di approcci normativisti, da un lato, ed istituzionalisti-realisti dall'altro¹⁹, pare inevitabile l'osservazione secondo cui una teoria giuridica eccessivamente distante dalla realtà, per quanto raffinata, costringerebbe a scegliere fra una marginalizzazione della nostra scienza (a vantaggio di altre che sanno essere più aderenti a ciò che accade, come quelle politologiche e sociologiche)²⁰, da un lato, e, dall'altro, l'attesa (beckettiana?) di trasformazioni sociali e culturali che conducano la collettività ed i suoi rappresentanti a corrispondere sufficientemente al modello giuridico di riferimento²¹.

Difficoltà, queste, che ovviamente non conducono a rigettare gli sforzi degli studiosi in ordine all'oggettivizzazione del potere, ma suggeriscono di non eccedere in tale direzione ed anzi di focalizzarsi sul fatto che il motore ed il riferimento delle funzioni pubbliche sono comunque dati dagli esseri umani e dagli interessi concreti presenti nella società, che tende a trasmetterli alla politica. Se appare evidente che i titolari degli uffici (legislativi, governativi ed amministrativi) non devono perseguire quelli propri strettamente personali – e l'organizzazione pubblica deve consentire per quanto possibile di scongiurarlo – nel contempo è meno evidente in che modo debbano rapportarsi a quelli di specifiche componenti, più o meno ampie, della collettività, sia pure nell'osservanza di procedure e forme apposite. Con il che inizia a delinearsi il nodo di fondo, relativo al modo di intendere, rappresentare e perseguire il bene

¹⁸ L'osservazione fatta nel testo vale specialmente se si intende l'oggettività come collegata ad una sorta di scoperta imparziale della verità, mentre non vale altrettanto se la si concepisce come il risultato del confronto fra gli interessi ed i loro portatori, secondo quanto suggerisce L. PERFETTI, *L'azione amministrativa fra libertà e funzione*, in *Riv. Trib. Dir. Pubbl.*, 2017, 122. Ma in tal caso si aprono ulteriori problemi che saranno affrontati *infra* nel testo, in ordine ai parametri da assumere rispetto ai bilanciamenti ed agli accordi entro la dialettica fra portatori di interessi, affinché il diritto possa assumere una funzione ordinatrice delle dinamiche sociali, secondo la Costituzione, e non di semplice ratifica dei rapporti di forza e delle tendenze spontanee dei portatori di interessi.

¹⁹ Sul punto può vedersi, fra i tanti, V. OMAGGIO, *Santi Romano tra realismo e formalismo*, In occasione della ripubblicazione de l'ordinamento giuridico cent'anni dopo, in *Dir e questioni pubbl.*, 2019, 271.

²⁰ Significativa è, del resto, l'osservazione di N. BOBBIO, *Stato, potere, governo*, ora in *Stato, governo, società*, Torino, Einaudi, 1995, 47, secondo cui, con la trasformazione del puro stato di diritto in stato sociale, le teorie meramente giuridiche dello stato, condannate come formalistiche, sono state per lo più abbandonate dagli stessi giuristi.

²¹ Si aderisce, con ciò, all'idea, già presente nell'opera di Santi Romano, secondo cui è l'assetto giuridico a doversi conformare a quello sociale e alla sua evoluzione, e non viceversa, come ricorda E. RIPEPE, *La teoria dell'ordinamento giuridico: Santi Romano, Il contributo italiano alla storia del pensiero*, 2012, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/la-teoria-dell-ordinamento-giuridico-santi-romano_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/la-teoria-dell-ordinamento-giuridico-santi-romano_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero-Diritto)/).

comune ed in relazione ad esso gli interessi pubblici, che è anche il nodo dei limiti dell'attività politica, sul quale ci si soffermerà *infra*.

L'obiettivo della costruzione teorica del potere oggettivato non dovrebbe cioè essere quello di allontanare la funzione pubblica dagli interessi reali – pur di non farla contaminare e cadere vittima della cd. *maladministration* – quanto piuttosto quello di trovare il corretto raccordo, al riparo da interessi meramente particolari o personali puramente opportunistici dei titolari degli uffici. In questo scenario dovrebbero rinvenirsi la giusta misura ed il limite della concezione oggettiva del potere pubblico, in rapporto alla natura (almeno) originariamente soggettiva degli interessi rilevanti.

Si tratta di considerazioni semplici che, a ben vedere, sono riflesse, per quanto concerne l'amministrazione pubblica, nella parabola di evoluzione che ha caratterizzato il principio costituzionale dell'imparzialità, al quale si deve un ruolo fondamentale nella conquista della distinzione e (tendenziale) separazione fra le funzioni e gli uffici, rispettivamente, di governo e gestionali²².

L'imparzialità non è stata necessariamente intesa come implicante la necessità di ostracizzare ciò che ha a che fare con la politica²³, tanto che la dottrina ha tentato di elaborarne una concezione articolata, capace di disciplinare (perfino al di là del raggio d'azione della legge) anche le attività di governo e quelle ampiamente discrezionali delle amministrazioni²⁴, oltre a quelle per natura suscettibili di un esercizio tendenzialmente neutrale, con conseguenti frutti nello studio delle tematiche organizzative²⁵.

L'amministrazione riesce così ad incorporare, al tempo stesso, necessariamente in un equilibrio compromissorio, la legittimazione democratica – insita nell'organizzazione dei propri organi di governo e nel loro raccordo con gli apparati gestionali – e l'imparzialità, assicurata dall'oggettivizzazione del potere e dalla distinzione fra i primi ed i secondi.

Oggi, a circa trent'anni dalle prime normative che hanno dato vita a tale assetto, ed alla luce delle più recenti discipline grazie alle quali si è integrato ed arricchito il disegno, un *fil rouge* appare individuabile nella conquista e nel rafforzamento dei caratteri di professionalità, efficienza, imparzialità e legalità de-

²² Sul principio di imparzialità della p. a. la bibliografia è amplissima. Possono vedersi, fra i molti, A. MORRONE, *Verso un'amministrazione*, cit.; G. GARDINI, *L'imparzialità*, cit., cap. I; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973.

²³ G. GARDINI, *L'imparzialità*, cit., 10, dà conto di una sorta di equazione fra lotta alla corruzione e lotta alla politica, affacciata nel nostro Paese, diretta ad escludere ogni forma di condizionamento politico nelle scelte pubbliche, a tutto vantaggio di soluzioni tecniche o, comunque, avallate da processi concorrenziali e dalle dinamiche del mercato. L'Autore osserva tuttavia, criticamente, che una quota di politicità è intrinseca in ogni sistema democratico e che pericoli di indebito condizionamento possono provenire anche da fuori dalla sfera politica, ad esempio dai gruppi di pressione organizzati.

²⁴ Fondamentale, in tal senso, il contributo di U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, che riconduce al principio in esame l'obbligo di valutare e ponderare ciascuno degli interessi meritevoli di protezione, nell'ambito del perseguimento degli interessi pubblici.

²⁵ Cfr. A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973.

gli apparati dell'amministrazione che, secondo gli artt. 97 e 98 Cost., modernamente intesi, dovrebbero assicurare la funzionalità di essa rispetto ad obiettivi politici e sociali riconducibili, tramite le funzioni legislativa e di governo, al principio di sovranità popolare ed ai valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale, in particolare di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, nonché ai diritti fondamentali delle persone. Il che, a tutta evidenza, presuppone un adeguato abbinamento fra governo e gestione, piuttosto che un'impropria diffidenza verso la politica, che dà vita al governo.

3. Un percorso evolutivo incompleto e non bilanciato.

Uno sguardo d'insieme rivela, tuttavia, come il richiamato percorso evolutivo verso gli approdi da ultimo indicati, quantunque apprezzabile, sia stato per certi versi incompleto e non bilanciato.

Innanzitutto, si sono compiuti grandi sforzi rivolti nei confronti dell'inquadramento e della disciplina dell'amministrazione, ma non altrettanto si è fatto al livello della legislazione (che oltretutto dovrebbe guidare ed ispirare l'amministrazione stessa, tramite il principio di legalità). Addirittura alla legge si è ampiamente consentito di abbandonare il terreno della generalità ed astrattezza per calcare quello del provvedere rispetto a situazioni specifiche e concrete²⁶. In pratica, si è consentito e si consente ad un legislatore – che ha legami di contiguità politica con la “parte alta” dell'amministrazione, malgrado un sistema di provvista personale e regole generali di riferimento del tutto diverse da quelle dell'amministrazione – di scavalcare quest'ultima e così di farsi anche amministratore²⁷, senza soggiacere a tutti i principi, le regole e gli accorgimenti, anche più moderni ed evoluti, inerenti alla funzione amministrativa e trovando limite soltanto in un principio alquanto elastico come è quello di ragionevolezza (che ormai conforma anche la legislazione).

Il che risulterebbe ben comprensibile da un punto di vista che ponesse il legislatore, e per esso gli eletti politicamente, rappresentanti del popolo, strutturalmente e generalmente al di sopra dell'amministrazione, disconoscendo la separazione delle rispettive funzioni ed il particolare statuto giuridico dell'amministrazione stessa. Ma si tratterebbe di un'idea anacronistica.

²⁶ Sulla tematica delle leggi-provvedimento, in generale, cfr., ad esempio, P. SCARLATTI, *Aggiornamento in tema di limiti alle leggi-provvedimento regionali: luci e ombre della sentenza n. 28 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2019, 255; Id., *Il regime delle leggi-provvedimento regionali nella trasformazione dell'ordinamento costituzionale italiano*, *ivi*, 2019, 559; G. BERNABEI, *La formula «legge-provvedimento» ed i suoi significati*, in *Rass. Avv. St.*, 2015, 299, *id.*, *Legge provvedimento e tutela giurisdizionale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, 1305; G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Milano, Giuffrè, 2013; G. SERENO, *Riflessioni sulla problematica delle leggi provvedimento*, in *Giur. cost.*, 2012, 1591; U. RESCIGNO, *Ancora sulle leggi-provvedimento, sperando che la Corte cambi opinione*, *ivi*, 2008, 2877.

²⁷ Osserva S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2020, 158, che nella classe politica (oltre che nell'ordine giudiziario) manca il rispetto della separazione dei poteri, viste le continue esondazioni del legislatore (e delle procure) nell'attività amministrativa.

È vero che la separazione delle funzioni non è consacrata esplicitamente in Costituzione e non è neppure netta entro la cosiddetta costituzione materiale²⁸, ma in fondo lo stato di diritto²⁹ postula comunque una certa distinzione fra il prevedere in astratto ed il disporre in concreto. Non è detto che ciò demarchi nettamente gli ambiti della legislazione, da un lato, e dell'amministrazione dall'altro, ma essenzialmente perché casomai è l'amministrazione – con la sua complessità organizzativa e con la sua ampia giustiziabilità – ad essere eventualmente in condizione di svolgere i due ruoli al tempo stesso (come in fondo avviene, per certi aspetti, quando esercita la potestà regolamentare o quando opera attraverso piani e programmi o atti generali³⁰ o predetermina criteri generali per l'assegnazione di vantaggi economici o, ancora – questione più complessa – nel caso delle autorità di regolazione ed indipendenti³¹). In altri termini, un'amministrazione che esercita funzioni sia normative, pianificatorie o comunque di carattere generale, sia anche provvedimentali, lo fa comunque in uno scenario organizzativo e disciplinare che consente di mantenerne, tendenzialmente, sia la legittimazione democratica e con essa la rappresentatività generale, sia la ragionevolezza complessiva e l'orientamento all'interesse pubblico, sia la sindacabilità rispetto ad un'ampia serie di principi e regole posti a presidio di quest'ultimo. Per contro, nella legge-provvedimento vengono essenzialmente in risalto scelte dirette e puntuali, non altrettanto trasparenti e giustiziabili, essenzialmente legittimate dalla posizione politica apicale del legislatore. In altri termini, si determina un esercizio della funzione sostanzialmente amministrativa al di fuori dello schema della distinzione fra compiti di governo e gestionali e della ricchezza dei principi-guida di tale funzione.

A ben vedere, però, tale questione delle leggi-provvedimento o dell'esercizio della funzione amministrativa in forma legislativa – che per le ragioni sinteticamente esposte non sembra corrispondere al moderno quadro evolutivo della scienza relativa ai pubblici poteri e dà luogo ad uno straripamento del ceto politico – può considerarsi come una sorta di “sbavatura”, su-

²⁸ In tema cfr., fra gli altri, A. VIGNUDELLI, *Sulla separazione dei poteri nel diritto vigente*, in *Dir e soc.*, 2006, 657 ed in www.dirittoequestionipubbliche.org; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2001.

²⁹ Si fa ancora riferimento, nel testo, allo stato di diritto, per semplicità espositiva, senza tuttavia ignorare le pessimistiche osservazioni di C. DEODATO, *Brevi riflessioni sul fondamento e sul declino dello stato di diritto*, in www.federalismi.it, 2018.

³⁰ Sulla labile distinzione fra regolamenti ed atti amministrativi generali cfr. B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2015, 388 e M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. Amm.*, 2013, 53.

³¹ Sulle funzioni normative delle autorità di regolazione ed indipendenti cfr., ad esempio, V. CERULLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti* e, dello stesso Autore, *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, entrambi in www.astrid-online.it; F. ZAMMARTINO, *Le autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in www.dirittofondamentali.it; R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, 2017, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it.

scettibile di agevole (auspicabile) correzione. Basterebbe, infatti, che la Corte Costituzionale modificasse la propria giurisprudenza in merito.

Sennonché, altri problemi, più gravi e complessi, accompagnano il nuovo corso del diritto amministrativo.

Le riforme recentemente introdotte nelle discipline della p.a. sono state in prevalenza impostate sull'idea che la maggiore minaccia venisse dalla politica (essenzialmente dal ceto politico) e che, dunque, occorresse per quanto possibile allontanare (sia pure non completamente) l'una dall'altra sfera.

Non si è mancato di avvertire, specie nello studio delle autorità indipendenti, il rischio che un confinamento del ruolo della politica fosse suscettibile di porsi in tensione con il principio democratico, come tradizionalmente inteso. Si è reagito con notevoli sforzi, volti a dare nuovi contenuti a tale principio, facendosi leva sul suo carattere estremamente generale ed elastico, in modo da non farlo apparire trascurato ed anzi fondare comunque su di esso l'azione amministrativa (presunta) apolitica.

Partecipazione al procedimento, trasparenza, legittimazione in chiave tecnica, ragionevolezza e motivazione delle decisioni sono divenuti nuove facce del prisma della democrazia³².

In comune questi accorgimenti hanno il fatto di ridurre la latitudine del potere di scelta del titolare della funzione amministrativa (e, quindi, di scongiurare il rischio del perseguimento opportunistico di interessi personali dei titolari degli uffici interessati, o comunque di scelte arbitrarie), mentre solo in parte consentono di tracciare un effettivo collegamento con la sovranità popolare come tradizionalmente intesa, atteso che promettono esiti plausibili, obiettivamente giustificabili ma non necessariamente riconducibili a forme di valida sintesi della maggioranza delle collettività interessate.

Ma soprattutto – e qui pare doversi rinvenire un nodo più profondamente problematico – mentre si sono esplorate le vie di “fuga dalla politica”, non si è forse dedicata sufficiente attenzione ad un diverso aspetto di fondo, dato da una libertà, che si direbbe eccessiva, lasciata alla politica stessa nel proprio ambito – complessivamente inteso nel senso più ampio possibile (come già detto sopra), a comprendere tanto l'attività svolta dai politici e dalle loro formazioni entro la società, quanto la funzione legislativa e quella di governo e di indirizzo amministrativo – da vincoli di carattere giuridico e da corrispondenti rimedi e sanzioni.

Correlativamente sono state avvertite difficoltà rispetto ad un'aggiornata ed adeguata concezione giuridica dell'interesse pubblico (oggetto centrale dell'attività politica) – cui però, a ben vedere, spetta il ruolo di presupposto e guida dell'attività amministrativa oggettivata – il quale tende oggi ad assumere una fisionomia essenzialmente procedurale-formale o a tutto concedere com-

³² Questo avvalorà, peraltro, la tesi di coloro che intendono la democrazia come un concetto vago, suscettibile di essere interpretato in vari modi in differenti circostanze, sia pure con una sorta di “essenza” da rispettare, e tale dunque da non dare luogo ad un “sistema statico”. Così, ad esempio, A. MORRONE, *Federalismo e democrazia. Spunti teorici sull'opposizione unità-secessione*, in www.federalismi.it, 2018, con ulteriori riferimenti.

promissorio, legata ad interazioni frequentemente complesse e ad esiti per lo più imprevedibili, se non casuali e randomizzanti.

È vero che, con il crescere della conoscenza e dei saperi specializzati, gli spazi per una definizione di stampo puramente politico dell'interesse pubblico vanno riducendosi³³, a vantaggio di limiti derivanti dalla natura delle cose³⁴ e dalla ragionevolezza, ma ciò non toglie che una quota non lieve di scelta politica – nel senso di scelta che riconosce determinati interessi ed obiettivi come pubblici, fornendo loro la corrispondente rilevanza giuridica, con effetto di indirizzo e limite sull'attività organizzativa e gestionale dell'amministrazione – ancora si configuri pienamente³⁵, se non addirittura ampiamente, laddove la scienza e la tecnica non sanno dare risposte univoche (come dimostra la parabola del principio di precauzione³⁶).

In definitiva, la politica tende ad essere marginalizzata dalla ricostruzione teorica del diritto dell'amministrazione, pur seguitando in realtà a costituire un riferimento fondamentale ed un dato ineludibile per la stessa p.a.³⁷ Addirittura, da fonte autorevolissima³⁸, si è sostenuto che, se l'amministrazione italiana si modernizzasse, la nazione potrebbe sopravvivere all'incompetenza programmatica della politica, all'assenza di conoscenze nel corpo politico ed al prevalere del breve termine in politica³⁹.

Viene dunque da obiettare che un'impostazione teorica e generale svalutativa del decisore politico e della scelta politica, nel nome del principio di imparzialità ed oggettività, possa rivelarsi foriera di una sofisticazione eccessiva del modo di intendere la legislazione e l'amministrazione oltre che di uno smar-

³³ Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, e-book (1984), cap. I.

³⁴ Su questo termine, cfr. F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria, nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 1, 40.

³⁵ Su questo aspetto insiste diffusamente M. STIPO, *Itinerari*, cit., 3 ss..

³⁶ Sul tema cfr. A. BARONE, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in P. A. *Persona e amministrazione*, 2000, 185; A. LONGO, F. M. DISTEFANO, *Il ruolo del principio di precauzione nella tutela del bene ambiente*, in www.federalismi.it, 2019; I. MARINI, *L'epidemia di Xylella fastidiosa e la precauzione a due velocità*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2018, 255; L. CONTI, *Il principio di precauzione: applicazioni in materia di v.i.a.*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2018, 368; G. TACCOGNA, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza amministrativa*, in P. Costanzo, a cura di, *Organismi geneticamente modificati*, Genova, 2016, Genova University Press, 146.

³⁷ Cfr. G. GARDINI, *Imparzialità*, cit., 98, il quale (dopo avere ricordato il monito di Schmitt, secondo cui la politica è inevitabile ed inestirpabile) osserva che la ricerca di una funzione amministrativa mondata da contaminazioni politiche ... non può rappresentare un fine assoluto, ma un valore solo tendenziale, non potendo l'amministrazione pubblica essere concepita altrimenti che come parte integrante di un sistema politico, tanto che il processo decisionale della pubblica amministrazione è di tipo politico.

³⁸ S. CASSESE, *Amministrazione*, cit., 157.

³⁹ Non molto diverso si direbbe, peraltro, il punto di vista di L. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. Econ.*, 2019, 64, secondo cui oggi, a fronte di organi di governo maneggiati da personale politico di bassissima qualificazione (quando non curanti della legalità), privi di identità politico-ideologica o di base programmatica (e quindi scarsamente prevedibili), l'organizzazione (cioè l'amministrazione) assolve ad un compito primario di garanzia dei diritti, rispetto a violazioni che possono derivare proprio dall'attuazione dell'indirizzo politico.

rimento del loro contatto con la società e del loro necessario radicamento in essa e negli interessi concreti che la caratterizzano e l'attraversano.

Non sembra, infatti, che la pluralità e la varietà degli interessi che innervano il corpo sociale, a partire dai diritti fondamentali, ma ben oltre il nucleo essenziale incompressibile di questi, possano essere organizzati senza un centro amministrativo di riferimento⁴⁰ o in chiave semplicemente tecnica da un'amministrazione caratterizzata per un tratto assolutamente prevalente di neutralità o di imparzialità. Risulta cioè difficile intendere l'amministrazione come strumentale alla società, senza la necessaria intermediazione dell'indirizzo politico⁴¹, tramite la legislazione e rilevanti componenti di governo entro la stessa amministrazione, ancorché sia fuori dubbio che la politica non debba spingersi tanto in profondo da invadere ogni scelta gestionale. Anche perché, a ben vedere, l'indirizzo politico oggi promana non già un principe-sovrano, altro rispetto alla società, quanto piuttosto, a sua volta, proprio da quest'ultima tramite istituzioni da essa legittimate in conformità all'art. 1 della Costituzione.

In altri termini, le trasformazioni che hanno caratterizzato il sistema complessivo istituzionale e dell'amministrazione pubblica in tempi recenti, se valutate nel loro insieme, inducono a ritenere che si sia ritenuto di potere risolvere problemi profondi – legati al tema dell'impropria interferenza degli interessi privati e, soprattutto, alla non chiara distinzione fra questi e l'interesse pubblico entro la società cd. pluriclasse⁴² o addirittura liquida⁴³ o della particolarità⁴⁴ – con una sorta di scorciatoia, data dalla separazione fra politica ed amministrazione, dalla concezione oggettivizzata di quest'ultima e da una sorta di esclusione della politica dai radar dei giuristi, da bilanciarsi con misure estremamente invasive per la moralizzazione e l'imparzialità della stessa amministrazione, come se (per certi versi) l'interesse pubblico fosse un'entità sacra ed ontologicamente diversa e superiore rispetto agli interessi reali che si fronteggiano nello scenario sociale, economico e quindi politico.

Tendenza, questa, di forte impatto, certamente raffinata sul piano della costruzione teorica, ma faticosa e non del tutto appagante nella pratica. Anche per la mancata soluzione, a monte, di un nodo fondamentale dato da una persuasiva definizione/identificazione dell'interesse pubblico rispetto a quelli particolari potenzialmente antagonisti e quindi del ruolo, dei limiti di azione e delle regole fondamentali della politica. Con il problema che quest'ultima, forse pro-

⁴⁰ Cfr. ancora M. STIPO, *Itinerari*, cit., 3 ss.

⁴¹ Sicché appare più agevole condividere l'affermazione, di S. FOÀ, *La credibilità dell'apparato amministrativo come valore costituzionale e riferimento per il dibattito sulle riforme istituzionali*, in www.federalismi.it, 2018, secondo cui, quando l'amministrazione pubblica agisce come apparato servente dell'indirizzo politico, essa mantiene comunque una posizione autonoma di diretto collegamento con la società per la realizzazione delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento.

⁴² Riguardo all'avvento dello Stato pluriclasse cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, 48 ss.

⁴³ Ci si riferisce alla fortunata definizione proposta da Z. BAUMANN, *Vita liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

⁴⁴ Così P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica*, Torino, Rosenberg & Seller, 2015, 95.

prio perché non sufficientemente inquadrata e regolata giuridicamente, si prende la scena sul campo e costringe la p.a. in una scomoda tensione fra la realtà e la disciplina giuridica relativa al suo organizzarsi ed operare.

4. Un nuovo fronte di ricerca.

Appare dunque lecito interrogarsi su spunti di ricerca orientati diversamente, che parrebbero individuabili, nell'ordine, in una rinnovata riflessione sull'interesse pubblico, e con esso sulla società e sui diritti degli individui, nonché (soprattutto e correlativamente) su una più sistematica ed incisiva disciplina dell'attività e della comunicazione politica, dentro e fuori le istituzioni.

Il percorso – che si può qui solo ipotizzare a grandi linee, ma richiederà notevoli sforzi ulteriori – dovrebbe essere quello di giungere a concezioni che non costringano a separare addirittura innaturalmente l'amministrazione dalla politica (per obiettivare e far apparire imparziale la prima, semplicemente dimenticando o addirittura ostracizzando la seconda e trascurando le inevitabili profonde interrelazioni) ed invece portino a coinvolgere pienamente anche la politica nel genuino orientamento al bene comune attraverso l'interesse pubblico e la correlativa attività di indirizzo (sia pure aggiornata rispetto all'epoca in cui era più *en vogue* fra gli studiosi).

Senza rinunciare alle recenti conquiste, ivi comprese quelle concernenti i rispettivi ruoli (e sfere di competenza) degli organi di governo e di quelli di gestione, si dovrebbe cioè evitare di stressare in modo eccessivo l'amministrazione verso l'imparzialità, fin tanto che resta ancorata ad una politica non altrettanto configurata dal diritto per rivelarsi realmente funzionale, a sua volta, ad un interesse pubblico che non sia una sorta di semplice *passerpartout* perché definito su basi meramente formali e continuamente mobili.

Il punto focale si direbbe attinente alla conquista di un maggiore spazio per il diritto in ordine all'attività politica; tanto a quella svolta direttamente nella società, quanto a quella che dà corpo alla funzione legislativa, quanto, ancora, alla politica che si esprime nella funzione di governo rimessa a titolari di organi amministrativi con investitura elettorale o, comunque, più o meno direttamente rappresentativi.

Le autonomie parrebbero poter costituire un laboratorio privilegiato per questi sforzi, grazie alla maggiore vicinanza che in esse si realizza fra società, politica ed amministrazione. Non sfugge di certo lo storico, conclamato insuccesso, proprio delle autonomie, rispetto alla sfida di un rinnovamento dell'amministrazione in senso democratico, di effettivo radicamento sociale ed al tempo stesso – correlativamente, si direbbe – efficientistico. Ma forse tale insuccesso si deve anche, e proprio, all'assenza di un adeguato statuto giuridico della politica (ad ulteriore conferma dell'assunto fondamentale posto a base di questo scritto), se è vera l'autorevole osservazione dottrinale secondo cui, storicamente, la presenza dei partiti politici nazionali (con le loro modalità di funzionamento) ha impedito il decollo dell'autonomia regionale, sicché le auto-

nomie sono state contagiate dai fenomeni degenerativi che affliggono gran parte delle istituzioni pubbliche nel nostro Paese⁴⁵.

5. Premesse di ordine costituzionale.

Le possibili obiezioni all'indicata direzione di ricerca sono evidenti. Soprattutto, occorre fare i conti con le garanzie costituzionali della libertà di manifestazione del pensiero⁴⁶ e, più in generale, di azione politica ed altresì con la configurazione privatistica (non pubblicistica-organica) dei partiti⁴⁷, individuati dalla Carta (art. 49) come il tramite naturale fra la società e le istituzioni nei processi democratici formativi della politica nazionale.

Ma questi aspetti potrebbero non risultare di ostacolo rispetto all'indicato obiettivo della ricerca, sebbene occorra certamente tenerne conto.

Non è infatti dubbio che la Carta ponga al servizio del popolo, o della nazione⁴⁸, tutte le istituzioni e le funzioni repubblicane e, quindi, che la dimensione servente, rispetto al bene comune e con esso all'interesse pubblico, debba caratterizzare l'inquadramento e la disciplina anche degli organi politici dell'amministrazione e, prima ancora, addirittura lo stesso Parlamento e la funzione legislativa.

Molteplici sono i segnali in tal senso.

Già potrebbe esserlo la forma repubblicana, suscettibile di essere intesa in sé (sia pure non pacificamente) come un orientamento complessivo del sistema pubblicistico al popolo⁴⁹ e, quindi, al bene di esso ed all'interesse pubblico, specie se considerata unitamente al fondamentale principio democratico.

Questo, a sua volta, è stato classicamente inteso come un congegno idoneo a garantire che tutti siano coinvolti, in condizioni di uguaglianza, nelle procedure preordinate all'individuazione di una volontà generale, che come tale non può non essere orientata al bene comune salvo, per il momento, il tema di un'aggiornata definizione di quest'ultimo.

La relativa indeterminatezza di tali concetti non scalfisce cioè il ragionamento, anche perché ulteriori precisazioni si rinvergono nel testo costituzionale.

⁴⁵ Così A. D'ATENA, *Regioni*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, Milano 1988, 346.

⁴⁶ In tema cfr., fra gli altri, A. GAMBINO, R. MESSINETTI, M. BIANCA, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2016; M. MANETTI, *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *Il diritto-Encicl. Giur.*, 2007, IX, 363, A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006, I, 451.

⁴⁷ Sull'argomento cfr. S. CURRERI, G. STEGHER, *I partiti politici in Italia*, in www.federalismi.it, 2018; F. POLITI *Partiti politici e riforme della rappresentanza*, in *Libro dell'anno del diritto-Encicl. giur. Treccani*, Roma, 2017; A. QUARTA, *Il partito politico tra istituzione, contratto e comunità*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 901; D. MORANA, *Partiti politici e sindacati tra modello e attuazione costituzionale*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2016; G. RIZZONI, *Art. 49*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano 2006, Giuffrè, I, 981.

⁴⁸ Su popolo e nazione si rinvia a M. OLIVETTI, *Art. 1*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano 2006, Giuffrè, I.

⁴⁹ Cfr. M. OLIVETTI, *Art. 1*, cit..

Si pensi all'obbligo di fedeltà alla Repubblica, imposto a tutti i cittadini nel quadro della disciplina dei rapporti politici, con il correlativo dovere di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina ed onore (art. 54), oppure al fatto che ogni membro del Parlamento rappresenta la nazione senza vincoli di mandato (art. 67)⁵⁰, o all'obbligo di giuramento (sempre di fedeltà alla Repubblica) imposto al Presidente del Consiglio ed ai Ministri (art. 93)⁵¹.

Il complessivo impianto di queste norme assegna primario rilievo giuridico ad interessi ulteriori rispetto a quelli propri e particolari del singolo cittadino, così come a quelli propri del titolare di qualsivoglia funzione pubblica, ponendo peraltro l'arduo ma centrale tema di una più precisa individuazione di tali interessi alieni.

In ultima analisi si tratta del bene comune del popolo e della nazione, ma la Carta non è più precisa in merito, lasciando aperto un dilemma.

Di certo viene in rilievo, con ciò, un concetto di sintesi, caratterizzato da un non irrilevante (ma non per questo inaccettabile) grado di finzione giuridica, con quanto ne consegue sotto il profilo dell'impossibilità di una definizione oggettiva netta.

È ben vero che molte norme contenute nella prima parte della Carta, riconoscendo i diritti fondamentali delle persone ed alcuni loro doveri, certamente contribuiscono ad individuare e definire, in modo addirittura impegnativo per il legislatore, i contorni di quel bene comune intorno al quale si deve sviluppare ed inalveare l'interesse pubblico.

Si può anche certamente convenire sul fatto che quei diritti e doveri fondamentali limitano lo spazio di apprezzamento politico delle istituzioni e degli organi democraticamente legittimati e danno conseguentemente vita a doveri pubblici, anche in capo all'amministrazione, che dottrina e giurisprudenza stanno iniziando a scorgere attraverso nuove lenti⁵².

Ma non sembra possibile sciogliere il corrispondente nodo con questo genere di considerazioni, né con un'ipotetica costruzione che tendesse a pretermettere il legislatore e gli organi di governo, fondando l'amministrazione direttamente sulla società. Risulterebbe di ostacolo il carattere informe di

⁵⁰ In tema possono vedersi, ad esempio, M. MAZZAMUTO, *Partiti, movimenti, democrazia diretta e divieto di mandato imperativo*, in *Dir. e soc.*, 2018, 107; S. CURRERI, *Costituzione, regolamenti parlamentari e statuti dei gruppi politici: un rapporto da ripensare*, in www.federalismi.it, 2018; C. SBAILO', *Presidenzialismo contro populismo: col mandato imperativo si dissolve la democrazia costituzionale, ma non basta dire «no»*, *ivi*; C. DE FLORES, *Sulla rappresentazione della nazione - Brevi note sul divieto di mandato imperativo*, in *Dir. e soc.*, 2017, 19; R. SCARCIGLIA, *Il divieto di mandato imperativo*, Padova, Cedam, 2005.

⁵¹ In questo quadro la dottrina giunge fino ad enucleare un'amplissima nozione di imparzialità – intesa come il decidere inquadrando l'interesse particolare in quello generale, invece di considerare solo interessi particolari – da considerare imposta a tutte le istituzioni costituzionali; in tal senso cfr. G. SIRIANNI, *I doveri dei politici e degli altri decisori pubblici in Italia*, Napoli, E.S.I., 2019, 21 ss..

⁵² Si vedano, ad esempio, M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P. A. Persona e amministrazione*, 2020, 454 ss., L. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, in corso di pubblicazione negli scritti in onore di Franco Scoca.

quest'ultima, se considerata indipendentemente dalla (o addirittura in contrapposizione alla) sua organizzazione politica entro le forme costituzionali date.

Infatti, quei diritti fondamentali e quei doveri, riconosciuti dalla Carta, vi sono indicati in modo alquanto sintetico e generale, tanto da richiedere, in molti casi, sia una più precisa concretizzazione sia equilibrate forme di contemperamento, comportanti decisive scelte intrinsecamente politiche, tanto più nell'attuale quadro caratterizzato dalla limitatezza delle risorse finanziarie pubbliche.

Persuasiva appare, in effetti, l'osservazione secondo la quale il livello al quale l'aspirazione ad un bene diviene un bisogno che deve essere soddisfatto è la risultante di una serie di variabili, entro una contabilità complessiva nella quale l'entità delle risorse disponibili si confronta con la pluralità delle destinazioni possibili⁵³.

I diritti ed i doveri fondamentali previsti dalla Carta sembrano, quindi, fornire non già la soluzione del problema riguardante il bene comune e l'interesse pubblico – né un collegamento esaustivo fra società civile ed amministrazione, in assenza di chiavi univoche di decodifica della prima, ad opera della seconda⁵⁴ – quanto piuttosto i limiti esterni di un campo, comunque vasto, entro il quale l'indicato problema si pone e seguita a porsi, per essere affidato ad un processo politico⁵⁵, con uno spazio anche per l'indirizzo politico⁵⁶.

Per un attimo si può comunque lasciare irrisolta l'accennata, complessa questione inerente agli interessi (generali, pubblici, particolari), sulla quale si

⁵³ Così F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir amm.*, 2020, 31.

⁵⁴ I problemi e le difficoltà connessi con l'idea di individuare, quale elemento rilevante per il diritto, la coscienza sociale, sono richiamati da F. PEDRINI, *Santi Romano e l'interpretazione giuridica. Appunti per una riflessione sul "metodo" nel diritto pubblico*, in *Jura Gentium*, 2018, 107. Non si intende contraddire la tesi di L. PERFETTI, *La pubblica amministrazione*, cit., 17, secondo cui l'organizzazione pubblica appare espressione diretta del popolo sovrano, dovendosi a ben vedere ricomprendere entro quel concetto di organizzazione pubblica anche la sua inevitabile componente politica, a sua volta attinta dalla dimensione doverosa che l'Autore particolarmente sottolinea, rispetto alla realizzazione dei diritti fondamentali.

⁵⁵ Anche L. PERFETTI, *La pubblica amministrazione*, cit., 15 propone l'idea che, accanto ad un nucleo essenziale ed incompressibile dei diritti fondamentali – corrispondenti nella sua ricostruzione alla sovranità "trattenuta" – vi sia una dimensione non essenziale di quegli stessi diritti, che la funzione amministrativa è chiamata a ponderare razionalmente con le dimensioni non essenziali degli altri diritti, in modo da massimizzare nel complesso il godimento dei diritti delle persone. In questo quadro, anche l'affermazione dell'Autore secondo cui l'interesse pubblico, che l'amministrazione ha il dovere di perseguire, non sarebbe altro che la massimizzazione del godimento dei diritti delle persone, per quanto suggestiva, si direbbe non consenta di eludere il problema del ruolo e delle regole della politica e dell'indirizzo politico entro il quadro costituzionale.

⁵⁶ In quest'ottica appare difficile condividere completamente l'affermazione di L. PERFETTI, *L'organizzazione*, cit. 64, secondo il quale l'organizzazione pubblica è funzionale ai diritti inviolabili ed ai doveri inderogabili (il che è senz'altro vero) ma non all'indirizzo politico (che invece non sembra potersi espungere completamente dal quadro, ancorché debba essere in ogni caso ricordato con la spettanza della sovranità al popolo). Del resto lo stesso Autore, poco oltre, precisa come non sia negabile che alcune funzioni amministrative dipendano dall'indirizzo politico, come accade per quelle qualificabili come attività di governo.

tornerà, essendo possibile rimarcare l'evidenza del fatto che anche i titolari degli organi pubblici investiti di funzioni politiche (legislative come di governo e di amministrazione) agiscano in un quadro non di libertà, bensì di servizio entro la cornice costituzionale.

La latitudine di apprezzamento, generalmente insita in quelle funzioni, che fa sorgere il problema dell'individuazione dell'interesse pubblico, non esclude cioè il carattere funzionale dei compiti ed i corrispondenti vincoli (neppure per il Parlamento e la funzione legislativa).

Diviene allora chiaro come anche le libertà, che sono consacrate dalla Costituzione – di manifestazione del pensiero, di associazione in partiti, di opinione e di azione politica – benché indubbiamente connesse ai diritti fondamentali di ciascun individuo, debbano essere contestualizzate.

Esse non sciolgono il cittadino, né il titolare di funzioni pubbliche, dal dovere di fedeltà alla Repubblica, essendo del resto proprio questa a riconoscerle, consentendone l'esercizio⁵⁷, né possono essere intese in modo tanto ampio da risultare sovversivo rispetto ai fondamenti dell'assetto democratico dell'ordinamento.

Piuttosto, entro il quadro dei principi fondamentali e dei corrispondenti valori comuni, ogni cittadino – con la sua storia personale, la sua sensibilità individuale, le sue convinzioni e la sua immaginazione – ha modo, grazie alle libertà ed ai diritti poc'anzi evocati, di concorrere al perseguimento del bene comune, dell'interesse generale e della nazione (entro il quadro ed i limiti dati, nella Carta, dal riconoscimento dei diritti fondamentali e dall'individuazione dei compiti della Repubblica e dei doveri civili), tanto con la propria attività privata, quanto nell'esercizio delle funzioni pubbliche, politiche o amministrative eventualmente rivestite.

Non sfuggirà, del resto, che il cittadino, in quanto tale, ha comunque anche il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società (così l'art. 4, secondo comma, Cost.)⁵⁸.

Non si intende, ovviamente, sostenere (del tutto anacronisticamente) che il cittadino debba essere funzionale allo Stato o alle istituzioni pubbliche e che a queste debba assegnarsi preminenza⁵⁹, né che ogni aspetto della vita spirituale e materiale dei cittadini debba essere funzionalmente orientato a ciò che è comune, anziché alla dimensione individuale o familiare o di più intima cerchia sociale liberamente scelta. Semplicemente si vuole sottolineare come, nell'impianto costituzionale, non esista soltanto il cittadino con libertà e diritti, ma esistano anche i doveri civili che permettono all'insieme dei cittadini di essere popolo e nazione ed a ciascuno di essi di trovarsi a vivere (ed auspicabil-

⁵⁷ Osserva G. SIRIANNI, *I doveri*, cit., 18, che il dovere di solidarietà alla Repubblica si confonde quasi con il dovere di solidarietà politica e che i diritti politici sanciti dalla Costituzione assumono conseguentemente un connotato non individualistico ma solidaristico.

⁵⁸ In tema cfr. A. CARIOLA, *Art. 4*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, Utet, 2006, I, 114.

⁵⁹ Sull'argomento cfr. N. BOBBIO, *Stato*, cit., 108.

mente a prosperare) entro un ambiente pacifico ed evoluto, nel quale dispiegare ad ogni effetto la propria personalità.

La Costituzione postula, dunque, un bene comune ed un interesse generale, e con essi un certo grado di coesione e solidarietà del popolo⁶⁰; le funzioni pubbliche, ivi comprese quelle politiche, legittimate dalla stessa Carta, anche con l'attribuzione di poteri (e con tutto l'armamentario corrispondente all'esercizio della sovranità) devono fedelmente inserirsi ed orientarsi, sia pure in un quadro di ampia opinabilità e soggettività delle valutazioni e delle scelte, anche politiche, corrispondenti.

La politica, con la sua varietà, dovrebbe mantenersi entro tali binari, con autentico e leale orientamento dei suoi protagonisti all'interesse comune⁶¹, con conseguente configurabilità di uno spazio per l'introduzione e l'affinamento di strumenti giuridici – e giuridico-amministrativi – idonei a correggere eventuali forme di disallineamento o di devianza.

Va da sé che la politica dello scontro tra fazioni, della lottizzazione, del clientelismo, come quella della leadership esasperata, della vacua spettacolarizzazione mediatica – benché sviluppatesi sul campo, fuori e dentro le istituzioni, forse anche grazie ad un *deficit* di disciplina giuridica specifica, e studiata da altre discipline scientifiche – non appaia invece coerente con il delineato quadro costituzionale⁶², né, si direbbe, con una prospettiva di pace sociale nel lungo termine.

6. Società, individui, partiti e formazioni politiche, istituzioni, interesse pubblico, imparzialità.

L'impianto costituzionale ruota, dunque, intorno all'idea di una collettività con obiettivi politici, valori ed ideali comuni, caratterizzata da un certo grado di coesione, capace di organizzare le proprie diverse anime attraverso il sistema dei partiti per dare vita a politiche – cioè insieme di attività istituzionali, comprendenti anche quelle legislative, di governo ed amministrative – onde perse-

⁶⁰ Cfr. N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, in *Stato*, cit., 5, che richiama la definizione ciceroniana di *res publica*, secondo cui questa è una cosa del popolo, dove per "popolo" si intende non una qualsiasi aggregazione di uomini, ma una società tenuta insieme, oltre che da un vincolo giuridico, dalla "*utilitatis communione*".

⁶¹ Ferma la qualificazione dei partiti come associazioni nelle quali si riflette la libertà che la Costituzione riconosce ad ogni cittadino, D. MORANA, *Partiti*, cit., 4, si è peraltro spinta a considerare tale libertà come funzionale o funzionalizzata, sulla scorta della dottrina di C. ESPOSITO, cioè attribuita al singolo nella sua qualità di membro o partecipe della comunità, per le funzioni che in essa il singolo deve esplicare, sicché tale partecipazione determina il contenuto ed i limiti del diritto.

⁶² Osserva G. SIRIANNI, *I doveri*, cit., 22, che la divisione in partiti e gruppi parlamentari ed il particolare rapporto di fiducia del governo con uno o alcuni di questi, sia da intendere correttamente nel senso di visioni contrastanti del bene comune, ma non possa giustificare soluzioni partigiane o privilegi di parte, dovendosi l'esercizio delle cariche pubbliche conformare al principio di imparzialità (nella peculiare accezione fatta propria dall'Autore, di cui si è già detto in precedente nota).

guire il bene comune tramite l'individuazione ed il soddisfacimento degli interessi pubblici.

L'attenzione è chiaramente concentrata, per un verso, sul sostrato personale dell'ordinamento (individui e società) e, per altro verso, sugli apparati istituzionali più direttamente politici (Parlamento, Governo, Presidenza del Consiglio e Ministeri, Regioni e Autonomie), mentre nella Carta il resto dell'amministrazione pubblica rimane un poco in ombra⁶³, sebbene non manchino precise indicazioni anche in merito (legalità, imparzialità, buon andamento, servizio della nazione, responsabilità degli agenti).

Tuttavia la Costituzione – ad onta di quanto se ne dice, per lo più molto solennemente, e ad onta anche dell'indubbia maestria dei suoi Artefici e di molti suoi commentatori – è figlia del suo tempo⁶⁴.

Da quell'epoca ad oggi (e si tratta di vari decenni) molte cose sono cambiate.

Quella collettività – popolo, nazione e/o società – ha subito mutamenti di rilievo, efficacemente descritti in particolare dalle scienze sociologiche⁶⁵.

Si tendono a perdere la dimensione ideale, la coesione, la solidarietà e l'orientamento al bene comune; la tematica dei diritti, per natura individuali, sopravanza quella della condivisione, dei doveri e delle responsabilità⁶⁶.

Al punto che (anche per il combinato effetto anche della proliferazione dei livelli, rispettivamente sovranazionale, nazionale, locale) appare ragionevole dubitare del fatto che oggi possano ancora effettivamente riconoscersi un po-

⁶³ Riguardo alla discussione, in seno alla Costituente, circa l'amministrazione pubblica, possono vedersi, ad esempio, S. FOÀ, *La credibilità*, cit. e R. CARANTA, *Art. 97*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, Utet, 2006, II, 1889.

⁶⁴ Per alcune considerazioni in merito, in parte coincidenti con quanto si sostiene nel testo, cfr. C. DEODATO, *La crisi (del settantesimo anno) della Costituzione italiana*, in www.federalismi.it, 2018.

⁶⁵ Ad esempio cfr., ampiamente, P. ROSANVALLON, *La legittimità*, cit., 90 ss., Z. BAUMANN, *La società sotto assedio*, Bari, Laterza, 2005, e già prima N. BOBBIO, *Il futuro*, cit., cap. I. Un'efficace sintesi si trova anche in F. PATRONI GRIFFI, *Élite e partiti politici in Europa: à la recherche di una classe dirigente tra crisi e nuovi modelli di democrazia e di integrazione europea*, in www.federalismi.it, 2018, il quale evidenzia la frammentazione del tessuto sociale (o l'atomizzazione sociale) in cui degenera la società pluriclasse, che non riesce più tradursi in una matura democrazia pluralista.

⁶⁶ Cfr. N. BOBBIO, *La società civile*, ora in *Stato*, cit., 26, il quale osserva che il contrasto fra società civile e stato si pone come contrasto fra quantità e qualità delle domande e capacità delle istituzioni di dare risposte adeguate e tempestive. In questo quadro, prosegue l'Autore, il dibattuto tema della governabilità delle società complesse può essere interpretato anche nei termini della classica dicotomia società civile / stato, nel senso che una società diventa tanto più ingovernabile quanto più aumentano le domande della società civile e non aumenta corrispondentemente la capacità delle istituzioni di rispondervi, avendo essa raggiunto limiti forse non più superabili. Con l'avvertenza che, strettamente connesso al tema della governabilità, è quello della legittimazione nel senso che l'ingovernabilità genera crisi di legittimità. Da altro, ma convergente punto di vista, F. PATRONI GRIFFI, *Élite politiche e amministrative tra crisi della democrazia e riforme dell'amministrazione*, in www.federalismi.it, 2017, 6, stigmatizza la frammentazione del tessuto sociale in cui degenera la società pluriclasse, la quale non riesce più a tradursi in una matura democrazia pluralista, con un'atomizzazione sociale che appare frutto del prevalere nelle organizzazioni della strategia dell'*exit* su quella della *voice*.

polo ed una nazione – intesi come qualcosa di diverso da una somma di individui, sia pure dotati di diritti fondamentali in attesa di realizzazione – intorno ai quali (popolo e nazione) però tutto l'impianto costituzionale, quantunque di marca personalistica, ruota.

Sennonché, evaporando popolo e nazione – sostenuti da un corrispondente sostrato sociale vivo ed orientato all'umanesimo – si apre in termini del tutto nuovi l'interrogativo di come si giustifichino la politica ed il potere amministrativo, a quel punto al di fuori del quadro costituzionale dato e noto (per quanto suscettibile di interpretazioni evolutive)⁶⁷.

Anche nel mondo dei partiti e delle formazioni politiche si manifestano, rispetto all'epoca della nostra Costituzione, processi e trasformazioni (decostruttive) di rilievo⁶⁸, risultando evidenti vari fenomeni di strumentalizzazione dei meccanismi istituzionali in origine preordinati ad assicurare il ruolo loro assegnato dalla Carta⁶⁹.

L'interesse proprio di queste entità (massimizzazione del consenso, successo elettorale, influenza sulla provvista di uffici pubblici) e di correnti o componenti di esse (addirittura anche l'interesse particolare o di sodalizi personali che operano al loro interno), viene a sopravanzare la funzione fisiologicamente servente rispetto agli interessi del popolo sovrano costituito in nazione

⁶⁷ C. GALLI, *Il disagio della democrazia*, Torino, Einaudi, 2011, 24, sottolinea lo stretto legame fra popolo e sovranità, entro una democrazia intesa nel senso non del comando del popolo, bensì del popolo che affida a pochi scelti la propria volontà, riconoscendosi come universale solo grazie a loro. Conseguentemente, al di fuori della sovranità, del suo discorso e della sua logica non c'è popolo; ci sono individui, gruppi ed interessi. E la democrazia, secondo l'Autore, in realtà consiste molto più nel regolare i rapporti fra questi, con certi mezzi (la legge) e fini (l'umanesimo), che non adorare la divinità "popolo", mito indispensabile ma al tempo stesso concetto che, se assume consistenza ontologica, si trasforma in un feticcio, ingombrante ed ambiguo. Tale concezione della democrazia viene incentrata sullo stato rappresentativo, nel quale il singolo, come cittadino, può esigere di venire messo in grado di realizzare praticamente i propri diritti, sicché quest'ultimo concetto (i diritti) diviene un ponte capace di collegare l'astrazione dello stato e della cittadinanza alla concretezza delle persone con i loro interessi e bisogni. Per questa via la moderna democrazia diviene anche la storia dei diritti, piuttosto che del potere del popolo. Sennonché, avverte lo stesso Autore (58 ss.), l'evolversi della società e dell'economia nell'attuale contesto postmoderno, con il ruolo oggi assunto dal capitalismo, conducono alla disgregazione, con il tramonto delle dimensioni generali dell'esistenza di cui si è tradizionalmente fatta carico la politica. Di qui gravi conseguenze sulla stessa legittimità delle istituzioni, fra cui il rischio della democrazia populista, e sulla soggettività individuale che viene marginalizzata nella massificazione e nell'apatia. Ciò giustifica, conclusivamente, l'interrogativo della dottrina in esame (68 ss.) circa la possibilità che la democrazia superi anche questa ennesima fase di crisi o, invece, sia giunta al termine della propria parabola.

⁶⁸ In tema cfr., fra gli altri, F. POLITI, *Partiti*, cit.; P. GAMBALE, G. MELONI, *La regolamentazione dei partiti e la loro democrazia interna in Italia: dal regime di applicazione convenzionale alla prima legge di attuazione dell'art. 49 cost.?* in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2017 e, con speciale riguardo al tema del finanziamento della politica, F. SGRÒ, *Le sovvenzioni all'attività politica tra azzeramento della contribuzione pubblica e sostegno economico alle fondazioni politiche*, in www.federalismi.it, 2018.

⁶⁹ Dal punto di vista dell'analisi politologica, fondamentale per la tesi che si va sostenendo nel testo, cfr., ad esempio, L. BARDI, *Partiti e sistemi di partito*, Bologna, Mulino, 2006.

ma vivente in forma di sistema sociale ed economico⁷⁰ e si traduce in quella che è stata definita una tangibile incapacità di progettazione politica e di azione volta all'appagamento di taluni bisogni elementari diffusamente ed intensamente avvertiti dal corpo sociale⁷¹ (per quanto liquefatto).

Senza contare gli effetti ulteriormente disgreganti del recente fenomeno consistente nella cd. “disintermediazione” del rapporto fra *leader* politici ed elettori, resa possibile dai nuovi social media, che addirittura scavalca i partiti⁷².

Viene così minacciata (o addirittura perduta) la funzione assegnata ai partiti stessi, di cerniera fra società ed istituzioni, capace per un verso di concorrere alla coesione sociale e, per altro verso, di rappresentare i bisogni e gli interessi del corpo sociale entro le istituzioni⁷³ (anche se non si può certo provare nostalgia per il modo in cui partiti stessi si sono in realtà sovrapposti alle istituzioni, nell'esperienza dei primi quarant'anni della Repubblica).

Tale crisi dei partiti non stupisce, se si considera quanto osservato poc'anzi, ossia che lo stesso corpo sociale si è disgregato come tale (o, secondo altra tesi,⁷⁴ è in atto una trasformazione del modo di composizione del sociale) e se si aggiunge anche una certa, ormai constatata impotenza della politica rispetto agli effetti della globalizzazione ed alle attuali dinamiche dell'economia⁷⁵.

Sotto i profili poc'anzi accennati la società, i partiti e le formazioni politiche appaiono essere i primi ad allontanarsi dal modello costituzionale ed a determinare una profonda trasfigurazione del sovrano e dell'esercizio della sovranità ivi postulati idealmente.

Il concreto modo di essere della società e della politica sembra non corrispondere più all'ideale democratico per come recepito dalla Carta⁷⁶. Non appare inappropriato parlare di un effettivo sistema istituzionale oligarchico, sebbene caratterizzato dalla competizione ed un certo grado di alternanza fra diverse *élites*⁷⁷, non senza i rischi ormai evidenti (per reazione) di deriva populistica⁷⁸.

⁷⁰ In tema cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Élite*, cit., 2 ss.

⁷¹ Così A. RUGGERI, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, in www.federalismi.it, 2017, 2. Analogamente F. PATRONI GRIFFI, *Élite*, cit., 7, parla di politica insipiente, perché incapace di svolgere il suo compito, di avere un progetto, da proporre e condividere, e di avere la capacità di realizzarlo.

⁷² In tema cfr. C. DEODATO, *La crisi*, cit.

⁷³ Sulla funzione dei partiti nel quadro costituzionale cfr., ad esempio, F. POLITI, *Partiti*, cit., F. SGRÒ, *Le sorvenzioni*, cit., G. RIZZONI, *Art. 49*, cit., N. BOBBIO, *La società*, cit., 26.

⁷⁴ P. ROSANVALLON, *La legittimità*, cit., 95.

⁷⁵ Su questo aspetto cfr., ad esempio, F. CAPRIGLIONE, *Crisi della politica e processo economico. Il caso Italia*, in www.federalismi.it, 2018.

⁷⁶ Non a caso, A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e stato giurisdizionale*, in www.federalismi.it, 2018, muove dalla crisi della rappresentanza politica per giungere a prospettare il rischio di smarrire i tratti dello stato costituzionale o, addirittura, l'eventualità che detto fenomeno sia in parte già realizzato (con la conseguenza di una sovraesposizione della funzione giurisdizionale). Anche C. DEODATO, *La crisi*, cit., evidenzia un profondo *stress* della democrazia parlamentare e plurale, come originariamente concepita nella Costituzione, al punto da ritenere quest'ultima concretamente disattesa, oggi, nella parte dedicata alle procedure di formazione della volontà politica.

⁷⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro*, cit.. Peraltro, una qualche misura di *élitismo* sembra inevitabile anche nel funzionamento normale della democrazia, secondo quanto evidenziato da A. STER-

Il perseguimento di interessi particolari – appartengano essi alle formazioni politiche, alle correnti, alle reti informali oppure a singoli – per il tramite dell'organizzazione istituzionale ed amministrativa, viene a corrispondere ad una forma se non di usurpazione quanto meno di trasfigurazione della sovranità, che si consuma in luogo del fisiologico esercizio di essa come originariamente concepita, almeno in teoria nella Carta. La concezione oggettivata del potere e la definizione su base essenzialmente formalistica del pubblico interesse permettono al sistema così modificatosi di seguire a funzionare, ma solo grazie ad un mascheramento (entro la teoria giuridica) delle segnalate problematiche.

Il problema non è allora più quello di riconoscere che la sovranità non appartiene allo Stato o all'amministrazione (il che è oggi decisamente acquisito), bensì quello di dare una dimensione afferrabile, un volto ed una sostanza al popolo o alla società che ne sono titolari e di evitare che questi, indicati come un più rassicurante corpo cui intestare la sovranità, si rivelino per tale profilo nulla più che un ingannevole schermo, al di sotto del quale il potere pubblico nei fatti diviene appannaggio di reti informali o gruppi, più o meno organizzati e stabili, operanti in modo opaco (se non nascosto) a beneficio proprio, sotto l'usbergo della carica evocativa ed immaginaria delle istituzioni, della complessità delle normative, della proceduralizzazione e dell'oggettivizzazione dei poteri e di una narrazione pubblica inadeguata.

Vale la pena di osservare, in via incidentale, come in questo scenario lo spingere ulteriormente nel senso di obiettivare l'amministrazione e rimarcarne il carattere professionale ed efficientistico, nel tentativo di fornirle una legittimazione alternativa rispetto alla politica, senza invece tentare di correggere ed incanalare correttamente la politica stessa, rischia di aggravare i fenomeni in atto e dare vita, in ultima analisi, ad una sovranità delle forme e delle procedure (ottimo trojan per gli interessi particolari), anziché del popolo.

Centrale, nell'analisi, dovrebbe quindi essere il fatto, acclarato, che la società – principale *stakeholder* dell'ordinamento giuridico e dei poteri pubblici – non corrisponda più al modello postulato in Costituzione e, dunque, non ne reclaims spontaneamente una fedele attuazione (che dovrebbe consistere in un'incessante ed attenta attività di indirizzo e vigilanza, rispetto al pubblico in-

PA, *Come tenere insieme la "disintermediazione istituzionale" e la rappresentanza della Nazione?* in www.federalismi.it, 2018 e addirittura si giunge ad affermare – purché ci si accordi su che cosa si voglia intendere precisamente per *élites* (a fronte di concezioni varie, per lo più negative) – che le medesime, se ed in quanto animate anche da spirito di servizio, possono costituire risorse vitali per il Paese nella moderna democrazia, come osserva F. PATRONI GRIFFI, *Élite*, cit. 2 ss..

⁷⁸ La tematica del populismo è ampiamente studiata nelle scienze giuridiche. Cfr., ad esempio, R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo e riforme costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2019, 789 ss.; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in www.giurcost.org, 2019; G. ALLEGRI, A. STERPA, N. VICECONTE (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Napoli, E.S.I., 2019; A. VOSSKUHL, *Democrazia e populismo*, in *Dir. Pubbl.*, 2018, 785; AA.VV. *Populismo e diritto*, in *Quest. giust.*, 2019, 4.

teresse ed ai rappresentanti democraticamente selezionati), piuttosto frazionandosi in rivoli, ciascuno dei quali tendente ad abusare del modello.

Con la conseguenza che la politica, la quale costituisce un'espressione delle società e dovrebbe fungere da decisivo elemento di coesione e relazione fra quella ed i poteri pubblici, a sua volta deraglia, dando luogo all'effetto che le istituzioni ed a valle l'amministrazione vengono a trovarsi destabilizzate e lacerate, in quanto prive della necessaria chiara guida rispetto all'interesse pubblico.

Un certo scostamento fra teoria e realtà – fra gli alti ideali e la rozza materia, nell'efficace terminologia di Bobbio⁷⁹ – è di certo da mettere in conto, ma forse non con l'intensità rilevabile in questo nostro tempo; del resto, altra autorevole dottrina⁸⁰, ha recentemente proposto un suggestivo e virtuoso abbinamento fra *élites* e servizio della nazione, combinando costruttivamente un inevitabile realismo con i principi fondamentali dell'ordinamento democratico.

Nel delineato contesto la tendenza attuale del legislatore e di una parte degli studiosi è nel senso, che poc'anzi si è sottoposto a critica, di un forte accanimento sull'imparzialità della componente gestionale dell'amministrazione, che però rischia di paralizzare o comunque di affaticare fortemente quest'ultima, restando nel contempo irrisolti i decisivi problemi a monte.

Le linee di macro-tendenza delle due sfere – della disciplina giuridica dell'amministrazione, da un lato, e del modo di essere della società e della politica, dall'altro – non appaiono dunque armoniche.

La crisi dell'organizzazione amministrativa – particolarmente evidente a fronte dello *stress test* dato dalla pandemia – si presta, con ciò, ad essere letta come il riflesso dell'assenza, tanto di un'identità comune della società, suo principale *stakeholder*, quanto di una politica capace, anche attraverso la funzione legislativa e quella di governo, di farsene interprete e di perseguirne il complessivo bene – sia pure inteso in chiave pluralistica – secondo l'impronta della Costituzione.

Si tratta di problemi intricati, che suscitano come primo interrogativo quello di un'ipotetica nuova cornice costituzionale complessiva, figlia del profondo mutare dei tempi⁸¹, che potrebbe indurre a ridefinire anche il ruolo e la vocazione degli apparati politici ed amministrativi.

In mancanza, volendosi per il momento mantenere la riflessione entro i fondamenti dell'impianto costituzionale vigente, appare immaginabile un tentativo di soluzione delle indicate problematiche soltanto nel medio-lungo termine, con il concorso di diverse spinte, in particolare di carattere culturale ma anche propriamente giuridico.

⁷⁹ Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro*, cit., Cap. I.

⁸⁰ F. PATRONI GRIFFI, *Élite*, cit..

⁸¹ L'avvincente tema non può qui essere neppure sfiorato, ma è evidente che vi si potrebbe lavorare a partire da un confronto critico con le risultanze degli studi i quali evidenziano mutamenti individuabili, in via di fatto, in ordine alla legittimità delle istituzioni ed al funzionamento delle democrazie moderne, come ad esempio N. BOBBIO, *Il futuro*, cit., o P. ROSANVAL-LON, *La legittimità*, cit..

Le due prospettive si prestano a tutta evidenza ad essere abbinate, essendo inimmaginabili tanto una disciplina giuridica non solo formalmente valida ma anche efficace, senza un favorevole contesto culturale di sua ambientazione, quanto lo sviluppo di un'opinione pubblica vivace, democratica e solidale, se non sulla base di riferimenti e di strutture del diritto adeguati e capaci di definire in un modo generale, comprensibile ed utilizzabile i capisaldi e gli strumenti di un sistema istituzionale effettivamente orientato al bene comune⁸² (repubblicano, democratico e posto al servizio della nazione, sensibile ai diritti).

Ai giuristi spettano dunque la riflessione e la ricerca su questo aspetto: una precisazione della definizione del dover essere nella politica e nelle istituzioni legislative e di governo, per un più agevole raccordo con le componenti gestionali dell'amministrazione, già modernamente regolate in tal senso.

Con l'auspicio che, anche grazie ad un siffatto maggiore chiarimento da parte della scienza giuridica – e forse all'effetto dirompente della pandemia e della crisi economica che ne deriva, le quali hanno messo a nudo la debolezza umana e degli apparati pubblici e fornito un'occasione di profondo ripensamento nel dibattito sociale e politico – si possa avviare una nuova stagione nella quale i cittadini vogliano tornare ad essere popolo con una visione responsabile, al tempo stesso liberale e solidale o fraterna e, nel complesso, sostenibile del bene comune da perseguire tramite i pubblici poteri.

7. Segue. Ancora sull'interesse pubblico.

Come anticipato, nel descritto scenario, fluido e complesso, si colloca in posizione centrale il tema relativo alla concezione dell'interesse pubblico nella sua dimensione giuridica, notoriamente alquanto problematica⁸³.

Le considerazioni già svolte consentono di affermare che, per il diritto, si tratti di un necessario riferimento dell'attività politica.

Nel ceto dei giuristi prevale una concezione che potrebbe dirsi realistico-scettica, secondo cui l'interesse pubblico non potrebbe essere altro che il prodotto di scelte del legislatore, da desumersi quindi dalla legge (quanto alla sua dimensione astratta), ed in qualche misura da atti normativi o generali dell'amministrazione, nonché (il prodotto) di sequenze e meccanismi procedurali *ad hoc* (in concreto), sicché verrebbe individuato e legittimato in chiave

⁸² S. FOÀ, *La credibilità*, cit., ricorda il punto di vista espresso da Mortati in seno alla Costituente, secondo cui una determinata situazione politica è la risultante di un costume e la Costituzione è uno degli elementi che possono influire di più nel determinare un costume, sicché una norma in essa contenuta costituisce un impegno a promuovere quelle lente modificazioni del costume che possono condurre alla realizzazione di un sistema politico.

⁸³ R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Studi in Onore di Alberto Romano*, Vol. I, Napoli, E.S.I., 2001, 335, ricorda trattarsi di un «nervo scoperto del sistema politico-amministrativo, ossia del diritto amministrativo *tout court* che del sistema stesso costituisce, a ben vedere, l'apparato strumentale di maggior peso e rilievo».

essenzialmente procedurale e non invece sostanziale⁸⁴, anche se non mancano coloro i quali sottolineano la necessaria aderenza ad alcuni valori, quali sono in particolare quelli posti a base della Costituzione⁸⁵.

In effetti, appare innegabile che un ampio novero di principi e valori costituzionali se non altro attenui, almeno in parte, la concezione più formale o “procedurale” cui si è fatto cenno, ma il carattere eterogeneo di tali formanti (che ben possono trovarsi addirittura in rispettiva contrapposizione) evidenzia tutte le difficoltà di un approccio valoriale al problema.

Pur con estrema difficoltà, occorre tentare di avanzare attraverso alcuni spunti di approfondimento, peraltro agevolati dal fatto che, trattandosi qui di un tentativo di enucleare regole giuridiche applicabili alla politica, ci si deve collocare, fisiologicamente, anche a monte della legge (prodotta dalla politica).

Un primo aspetto, ormai ampiamente acquisito, è che gli interessi pubblici non siano interessi propri delle istituzioni (soggettivizzate) o degli apparati dell'amministrazione pubblica e, dunque, non debbano essere intesi in contrapposizione o comunque in posizione “ontologicamente” superiore e diversa rispetto a quelli che si manifestano entro il corpo sociale⁸⁶.

Si tratta, piuttosto, anche nel caso degli interessi pubblici, di interessi reali, presenti nella collettività pluralistica che, complessivamente considerata, è il detentore della sovranità e lo *stakeholder* delle istituzioni pubbliche.

Gli interessi pubblici hanno, dunque, la medesima sostanza (anche se non necessariamente il medesimo trattamento giuridico) degli interessi reali che innervano la società.

Appare pacifico che gli interessi pubblici non debbano essere per forza interessi suscettibili di essere riferiti allo stesso modo a ciascun membro dell'intera collettività nazionale⁸⁷; nondimeno vengono riferiti idealmente ad

⁸⁴ Cfr., ad esempio, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 9ª ed., Bologna, Mulino, 2018, 26 s., richiamato da M. MONTEDURO, *L'organizzazione*, cit.. La medesima impostazione è, in sostanza, alla base della voce di E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1972, 1 ss..

⁸⁵ Cfr., ad esempio M. STIPO, *Itinerari*, cit., 5, il quale indica la prospettiva assiologica quale chiave ermeneutica di ogni possibile titolo giustificativo del potere in atto, anche nelle pubbliche amministrazioni, e dunque della loro legittimazione; in questo quadro il bene comune, secondo l'Autore, non è maneggiabile degli strumenti della scienza ma è un bene dialogico che però deve avere a fondamento una tavola di valori, di cui è innegabile la storicità. Nell'ambito della riflessione politologica, il tema qui in esame è stato affrontato (ma si direbbe ancora non risolto) nella prospettiva dell'individuazione del contenuto dell'interesse pubblico, ritenuto la sorgente più copiosa di problematicità teoretiche, le quali non hanno ancora permesso di arrivare a un disegno condiviso, né ad elementi utili ad indicare un set di valori condivisi o di politiche pubbliche ritenute generalmente auspicabili; così A. BITONTI, *Le diverse concezioni teoretiche del concetto di interesse pubblico*, Paper presentato al XXIV Convegno della Società Italiana di Scienza Politica, 2010, in <https://www.sisp.it/files/papers/2010/alberto-bitonti-646.pdf>.

⁸⁶ Questo tema è particolarmente sottolineato da L. PERFETTI, *L'attività amministrativa*, cit., 138 s. e *L'organizzazione*, cit. 50 ss..

⁸⁷ M. S. GIANINI, *Diritto*, cit., 113 s. avverte che interesse pubblico non significa interesse oggettivamente proprio della generalità, se non in un limitato numero di casi.

essa, con un processo che sembra fare leva sulla solidarietà che lega i consociati nella nazione.

Per questa via si giunge agevolmente a ritenere che anche interessi propri di gruppi sociali possono assumere la dignità di interessi pubblici; sia pure con l'ulteriore precisazione secondo cui dovrebbe preferibilmente trattarsi di cerchie ampie⁸⁸.

Va da sé, però, che siffatte considerazioni, rinvenibili nella letteratura giuridica, hanno un carattere alquanto generale e quindi scontano un corrispondente grado di imprecisione.

Anche perché i sotto-gruppi sociali non sono definiti ed ogni individuo può fare parte di una pluralità di essi. Inoltre, le misure pubbliche (legislative come amministrative) hanno generalmente impatti più ampi rispetto a quello che si produce direttamente in capo ai loro destinatari diretti.

Così, ad esempio, quelle dei lavoratori, delle imprese, dei consumatori, degli utenti dei servizi pubblici, possono certamente costituire categorie rilevanti in questa prospettiva, caratterizzate dall'essere cerchie ampie. Mentre, per converso, singole imprese o specifici settori produttivi potrebbero apparire portatori di interessi particolari, di respiro non sufficientemente ampio, ma che, a ben vedere, sono collegabili ad altri più generali come l'occupazione, la politica economica in determinati territori o distretti, l'innovazione, ecc..

In quest'ottica pare dunque imporsi un approccio che tenga conto non solo degli interessi, ma anche delle interazioni fra gli interessi, complessivamente attinti dalle leggi e dall'attività amministrativa, nel quadro della multipolarità di questa.

Altro fronte di complessità è dato dall'interpretazione degli interessi, così intesi, fra due poli dati, rispettivamente, dalla sensibilità soggettiva o dall'immaginario concreto delle componenti sociali che ne sono portatrici⁸⁹, per un verso, e, per altro verso, da un ideale "portatore medio" degli interessi in questione⁹⁰. Nel momento stesso in cui si supera la prospettiva individuale o categoriale, per riferire un interesse alla collettività intera, una valutazione di carattere oggettivo, quindi legata all'uomo medio, si direbbe quella più appropriata. È evidente che, con questo, si apre anche il problema della "chiave di decodifica" da utilizzare a tal fine. Come si passa dalle persone in carne ed ossa, animate da certi interessi, all'uomo-medio titolare di quegli stessi interessi?

Impostata così la questione emerge l'ulteriore interrogativo, se un certo gruppo sociale o una certa parte della società possa errare nell'apprezzare e valutare il proprio interesse, nella prospettiva dell'ambizione di vederlo ricono-

⁸⁸ Significativamente M. STIPO, *Itinerari*, cit., 51, osserva che ancor oggi, sia pure in una prospettiva mutata rispetto al passato, gli interessi pubblici devono essere a presidio di insopprimibili valori superindividuali, non confondibili con i centri di potere radicati nella società civile.

⁸⁹ N. BOBBIO, *Democrazia e dittatura*, ora in *Stato*, cit., ricorda il pensiero di Platone, nel quale emerge come la democrazia è libertà, ma è una libertà che si converte subito in licenza per la mancanza di freni morali e politici che è caratteristica dell'uomo democratico, per l'insorgenza del desiderio smodato di soddisfare bisogni superflui.

⁹⁰ Cfr. M. STIPO, *Itinerari*, cit., 15.

sciuto come rilevante nel prisma dell'interesse pubblico, e quindi reclamare misure pubbliche legislative e/o amministrative non coincidenti con il proprio interesse effettivo. Anche in questa prospettiva si pone il problema della chiave di “decodifica” degli interessi reali, in vista della loro vestizione da interessi pubblici con quanto ne consegue.

Si può affermare che, allo stato, le plurime esigenze di “decodifica” che si sono sommariamente individuate trovano tradizionale soluzione nell'ordinamento giuridico (pubblicistico) tramite la combinazione della rappresentanza democratica, cui corrisponde una legittimazione soggettiva del decisore, e delle procedure decisionali, trasparenti e partecipate, cui corrisponde una legittimazione oggettiva della decisione.

Altrettanto ovvio ed ineludibile è l'ulteriore problema insito nel fatto che la società odierna e le sue componenti sono attraversate da insiemi di interessi fra loro confliggenti o non pienamente armonizzabili e ciò si riflette sugli interessi pubblici che possono essere riconosciuti come tali, ma per lo più non in forma irrelata ed invece necessariamente destinati a forme di bilanciamento.

Anche queste pongono un analogo problema “di decodifica”, per cui dovrebbe valere la stessa risposta poc'anzi fornita, peraltro arricchita, grazie all'opera della giurisprudenza costituzionale, dal canone della ragionevolezza-proporzionalità⁹¹, quale limite per il decisore, quantunque portatore di investitura rappresentativa.

Per quanto concerne il ruolo di tale decisore, in questo quadro sono immaginabili un atteggiamento simile a quello del mediatore, tale da riflettere ed assecondare le tendenze ed i rapporti di forza che si sviluppano nelle dinamiche sociali o, invece, un diverso atteggiamento più orientato a determinati valori assunti come unificanti e forieri del bene comune oltre gli interessi particolari⁹²; in entrambi i casi entro i limiti dati dall'ordinamento, sia con il canone della ragionevolezza-proporzionalità, sia con il nucleo essenziale dei diritti fondamentali che la Costituzione impone di riconoscere e di rendere effettivi.

Ecco, dunque, uno spazio fisiologico della politica, collocato tuttavia entro una cornice giuridica che limita e guida la politica stessa ma che dovrebbe essere alquanto affinata, per assolvere a tale ruolo in un modo più preciso ed efficiente. Infatti, sulla scorta delle precedenti considerazioni, quello spazio rimane ancora molto ampio ed ambiguo, anche a non volersi considerare l'ulteriore problematica data dal problema della negoziazione dell'interesse pubblico con quello privato, fino alla soglia di quella che è stata definita una relativizzazione della stessa differenza fra la situazione di autonomia (dei privati) e quella della discrezionalità (dell'amministrazione)⁹³.

Non sembra invece risolutivo – ai peculiari fini di questa ricerca – riferirsi semplicemente all'interesse pubblico in concreto, ossia all'esito, nei singoli

⁹¹ In tema appare sufficiente richiamare, per la sua eco, la sentenza della Corte costituzionale relativa al cd. caso ILVA, Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85.

⁹² Sull'argomento cfr. M. OLIVETTI, *Art. 1*, cit. e N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, cit., 15 ss.

⁹³ Così V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Studi in Onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, E.S.I., 2011, 150.

casi, delle predette operazioni di “decodifica” e di mediazione. Questo, infatti, rappresenta un prodotto (delle operazioni stesse), mentre quello che si va tentando di enucleare è una più precisa disciplina di esse in una chiave non soltanto procedurale e, quindi, i parametri con cui raffrontare gli esiti concreti.

Se si ragionasse diversamente, e cioè si rinunciassero ad enucleare parametri, si punterebbe tutto sulla mediazione (sia pure realizzata tramite procedure disciplinate e partecipate, entro limiti di ragionevolezza) e dunque si andrebbe semplicemente al traino della realtà, fra l'altro con l'effetto di sovraesporre tendenzialmente l'amministrazione rispetto alla legislazione. A ben vedere, in una situazione del genere non potrebbe dirsi garantita l'osservanza dei principi fondamentali della Costituzione, per quanto elastici questi siano. Inoltre, in assenza di parametri idonei a fornire legittimità agli esiti delle mediazioni, queste rischierebbero di risolversi nella prevalenza dei più forti o dei più violenti. In una prospettiva di medio-lungo periodo potrebbero trovarsi ad essere delegittimate e minacciate le istituzioni nel loro complesso.

Ulteriori aspetti di rilievo, nell'analisi dell'interesse pubblico in chiave giuridica, e dei parametri a tal fine rilevanti, riguardano la “scala” sulla quale innestare il ragionamento. Questa è data da singoli procedimenti e dai rispettivi *output*? O, invece, è più appropriato impostarla ad un livello di politiche intese in un senso più ampio quanto ad ambiti o settori, in modo da rendere ragione più adeguatamente degli effetti reali e complessivi dell'azione dei poteri pubblici sulla collettività?

Ma non è tutto perché, analogamente, si pone il tema della scala temporale sulla quale ragionare, che può dare una maggiore profondità all'azione politica tramite un'articolazione nel tempo, adeguatamente garantita, dell'opera di mediazione e di compromesso fra i vari interessi pubblici.

Ragionare, giuridicamente, in termini di politiche, anziché di meri poteri amministrativi, in un quadro intersettoriale e di medio-lungo periodo, fornirebbe un'opportunità di più ordinata, sistematica e trasparente gestione degli interessi pubblici e della loro armonizzazioni con i diritti e gli interessi dei privati.

Ciò riporta, ancora una volta, al tema di fondo, relativo alla necessità di una più stringente disciplina giuridica della politica, affinché questa possa legittimamente giungere, sul campo della definizione e concretizzazione dell'interesse pubblico e della sintesi delle anime della società, dove invece il diritto non può arrivare da solo.

A meno che i principi, i valori, l'interesse pubblico e dunque i cardini del complessivo ordinamento debbano intendersi come elementi di una narrazione ampiamente illusoria, in realtà destinata ad assicurare semplicemente l'effettività del sistema, tramite un consenso popolare ottenuto in modo non trasparente, a fronte di un ben più modesto obiettivo fondamentale reale dell'ordinamento, dato da un certo frazionamento del potere pubblico e da un certo grado di pluralismo ed alternanza e, quindi, di opportunità di partecipazione ai rapporti politici e sociali, indipendentemente da una guida determinata

e dagli esiti concreti dei processi che ne scaturiscono. Il che, però, reclamerebbe forse una diversa cornice costituzionale.

8. L'idea di disciplinare giuridicamente la politica in modo più profondo.

I passi fondamentali del cammino proposto potrebbero riguardare, innanzitutto, l'idea di una codificazione generale di regole, secondo i richiamati principi portanti della Costituzione, da applicare tanto all'azione degli organi pubblici di investitura politica, quanto, più ampiamente e profondamente, anche all'attività, alla competizione ed alla comunicazione politica⁹⁴ che si svolgono al di fuori delle istituzioni pubbliche, stante la forte interconnessione che si manifesta nella pratica; una sorta di statuto comune a tutto ciò che è politica in senso lato.

Alcune regole positive destinate a regolare la politica sono oggi in parte presenti, per quanto concerne il primo aspetto (l'azione degli organi pubblici di investitura politica), mentre lo sono assai meno per l'altro (la competizione politica in genere) e, soprattutto, si avverte la carenza di un corpo disciplinare che possa assurgere a base comune per entrambi, intorno ad una concezione condivisa del bene comune, degli interessi pubblici e della funzione servente delle istituzioni, per quanto costituite in modo pluralistico.

Non appare inverosimile fare discendere dai principi costituzionali già invocati la necessità di un apparato regolatorio di tal fatta, per la politica considerata come tale e nei suoi diversi aspetti, tanto istituzionali quanto extraistituzionali.

Se non altro per restituire al sistema ordinamentale una legittimità di carattere contrattualistico (se non addirittura assiologico⁹⁵), piuttosto che, come efficacemente osservato in dottrina, meramente "parassitaria" – in quanto il consenso, di cui un regime gode, viene a poggiare non sui meriti propri quanto

⁹⁴ Quanto profondamente sia cambiata la comunicazione politica con l'avvento dei social media è sottolineato, fra gli altri, da B. CARAVITA, *Il consenso ai tempi dei social*, in www.federalismi.it, 2018 e da E. CELESTE, S. ROSSA, *A colpi di tweet*, cit., 121 s., Questi ultimi evidenziano il ruolo dei *social network* come strumento di comunicazione da parte di coloro i quali rivestono cariche istituzionali e, più in generale, nel contesto della pubblica amministrazione, muovendo dall'esempio costituito dalla cd. chiusura dei porti, ad opera del Ministro dell'Interno, quale misura di contrasto dell'immigrazione, comunicata via twitter ma non disposta con atti formali. Lo stesso tema è ripreso, ivi, 140 s., riguardo ad un altro caso nel quale il Ministro dei beni culturali era intervenuto su una questione amministrativa con un *tweet* dal proprio profilo personale; *tweet* che è stato considerato, da Tar Liguria, n. 787/2014, sostanzialmente confermata da Cons. St., Sez. III, n. 769/2015, qualificabile non come atto amministrativo ma, non di meno, quale sintomo di eccesso di potere.

⁹⁵ M. STIPO, *Itinerari*, cit., 5, 25, 53 Insiste per la necessità di un recupero della tavola dei valori e per una dimensione anche assiologica dell'individuazione e nella concretizzazione dell'interesse pubblico. Più in generale le varie dimensioni della legittimità (del sistema), in particolare fra i poli dell'effettività, dei valori e delle procedure, sono ricostruite, fra gli altri, da N. Bobbio, *Stato*, cit., 77 ss.

sui demeriti e sulle colpe altrui⁹⁶ – con la precarietà e la debolezza intrinseca che ne conseguono.

Non si tratta, con ciò, né di limitare in assoluto le libertà fondamentali, di manifestazione del pensiero e di associazione in formazioni politiche, né di re-istituzionalizzare queste ultime, quanto piuttosto di trarre adeguate conseguenze dall'incidenza che le caratteristiche della vita, della competizione e della comunicazione politica, anche dei segmenti di queste attività svolti nella società e fuori dalle istituzioni, spiegano sulle funzioni legislativa, di governo ed amministrativa, le quali non sono libere (come lo sono invece, in sé, la manifestazione del pensiero e l'associazione) bensì orientate al servizio della nazione ed in ultima analisi della società.

In altri termini l'idea – che appare meritevole di essere sviluppata – è che innanzitutto non sia forse ben compatibile con la Costituzione un quadro, quale è quello consegnatoci dalla tradizione, in cui l'attività ed in particolare la competizione politica e partitica rimangono ancora troppo libere, a cospetto della congerie di interessi che affollano la scena del “pregiuridico” e, dunque, rimangano prive, innanzitutto, di condizionamenti giuridici in ordine a metodi, contenuti, forme di comunicazione e di decisione e conseguenti controlli e rimedi.

Non foss'altro perché si tratta di dinamiche le quali, sebbene di per sé estranee all'azione degli organi istituzionali di carattere politico, si riflettono fortemente su di essa, intralciando ed impedendo il funzionamento delle discipline giuridiche cui dovrebbe soggiacere.

Un assetto caratterizzato da una piena libertà della competizione e della comunicazione politica appare cioè problematico, a maggior ragione se si considera che si tratta del contesto e dell'ambiente attraverso i quali si accede ai principali uffici pubblici, in particolare a quelli di parlamentare e di componente degli organi di governo; uffici che, per un verso, sono direttamente chiamati ad operare non liberamente, bensì al servizio della nazione (art. 67 e 93 Cost.), nel rispetto della Carta e dei principi che vi sono racchiusi e, per altro verso, dovrebbero fornire agli apparati amministrativi le indicazioni-guida per la loro attività professionale ed imparziale, anch'essa posta al servizio della nazione (art. 98 Cost.).

La più recente tendenza ordinamentale è nel senso di gravare con una serie di vincoli e limiti (e corrispondenti sanzioni) – non sempre efficaci alla prova dei fatti – coloro che divengono titolari degli uffici pubblici (parlamentari, di governo, amministrativi, sia pure con differenze)⁹⁷. Si pensi al regime delle preclusioni ed incompatibilità stabilito dal d. lgs. n. 39/2013 e dal d.lgs. n. 235/2012 ed a quello della trasparenza di cui al d. lgs. n. 33/2013 ed alla l. n. 3/2019. Come se le persone, con l'assunzione di tali uffici, potessero d'un tratto dimenticare o comunque fortemente trascurare l'agone sociale, partitico e politico, con le relative dinamiche e relazioni – alquanto libero, sul piano giuri-

⁹⁶ In tal senso P. PORTINARO, *Legittimità*, in *Enciclopedia delle scienze sociali* – Treccani, 1996.

⁹⁷ In tema si veda G. SIRIANNI, *I doveri*, cit..

dico e quasi affrancato anche da qualsivoglia concezione di un dover essere (o comunque non disciplinato in modo corrispondente) – che costituisce il presupposto materiale della loro investitura e nel quale sono destinati a precipitare ancora al termine di essa; a fronte, peraltro, di una concezione (ad oggi) alquanto sfuggente dell'interesse pubblico al quale dovrebbero orientarsi nelle funzioni pubbliche svolte *pro tempore*.

Nel contempo, anche e soprattutto l'organizzazione e l'azione degli apparati gestionali dell'amministrazione viene ad essere complicata da moderne regole previste per fugare rischi di non genuino orientamento al pubblico interesse – si pensi alle disposizioni cd. anticorruzione ed ancora a quelle sulla trasparenza (anche a tacere del modo in cui è intesa la responsabilità amministrativa nella giurisprudenza della Corte dei conti) – con notevole intralcio ma (al momento) senza altrettanta efficacia; si direbbe proprio a causa dell'assenza di una sufficiente regolazione a monte, nello stesso senso, delle dinamiche sociali e politiche dalle quali la funzione amministrativa trae in ultima analisi l'origine e sulle quali viene comunque ad innestarsi⁹⁸. Sicché le recenti riforme dedicate all'amministrazione pubblica rischiano di risolversi semplicemente in una forma di peso burocratico, senza riuscire a produrre i frutti auspicati.

Se, malgrado la frammentazione e la decadenza (o la composizione postmoderna) della società di oggi, si riuscisse a riportare la politica – e quindi la dialettica e l'interazione sociale in ordine agli interessi ed agli obiettivi dell'insieme costituente il popolo sovrano – entro binari coerenti con l'idea di un bene comune quale base di ogni potere pubblico ordinamentale (legislativo, di governo ed amministrativo) e, quindi, di un sistema istituzionale volto ad assicurarli, anche e soprattutto tramite la promozione dei principi stabiliti e dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, si potrebbe ambire ad ottenere: una legittimità più solida e duratura dell'ordinamento; una democrazia non soltanto procedurale; un interesse pubblico non soltanto individuabile in senso formale ed oggettivo, se non addirittura *ex post*; un'opinione pubblica costituente il riflesso di una sovranità popolare effettiva; politiche pubbliche (intese come insiemi di attività legislative ed amministrative) di più ampio respiro e periodo, capaci anche di suscitare reali sinergie con l'iniziativa privata e di dare una moderna dimensione alla sussidiarietà orizzontale (quale che debba essere lo spazio di quest'ultima⁹⁹).

Le esposte considerazioni inducono ad auspicare un'evoluzione delle discipline giuridiche che, partendo da una rinnovata definizione e disciplina

⁹⁸ Osserva M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2020, 172, come in anni recenti il legislatore abbia appesantito il sistema sanzionatorio, soprattutto per finalità di lotta alla corruzione, ma sia dubbio che questo tipo di strategia, se non accompagnata da azioni volte a rimuovere le cause del fenomeno, produca i risultati sperati.

⁹⁹ In tema cfr., ad esempio, F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria*, cit.; E. ZAMPETTI, *Riflessioni in tema di soggettività e attività amministrativa di diritto privato e principio di sussidiarietà orizzontale*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2019, 339; E. GIANFRANCESCO, *Sussidiarietà orizzontale e regioni: alla ricerca della prescrittività*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2018; L. AZZENA, *Vecchi e nuovi paradigmi per le politiche pubbliche in tempo di crisi: la doppia faccia della sussidiarietà orizzontale*, in *Riv. giur. serv. pubbl.*, 2015, 419.

dell'attività politica nell'odierno contesto ordinamentale, possa condurre ad individuare, definire e specificare meglio l'emersione ed il perseguimento dell'interesse pubblico ed ancorare a tale logica tutto l'universo della politica nelle sue varie manifestazioni, anche attraverso lo sviluppo di nuovi strumenti capaci di determinare non solo divieti e limiti (con l'auspicio che l'osservanza di questi comportamenti, in positivo, anche la fedeltà alla Costituzione) bensì regole positive di condotta e di azione nonché tecniche rimediali incentrate anche in modo più ampio sulla valutazione e l'eventuale correzione delle politiche pubbliche (oltre che sulla, pur relevantissima, tutela delle situazioni giuridiche soggettive).

In un quadro siffatto l'amministrazione avrebbe maggiore possibilità di svolgere in modo effettivo il proprio ruolo servente e per larga parte professionale, traendo il giusto beneficio dalle riforme degli ultimi anni ad essa dedicate, introdotte all'insegna della moralizzazione, del rigore e dell'efficienza, anziché esserne, per certi versi, lacerata o comunque almeno in parte penalizzata.

9. Spunti individuabili nella normativa recente per una più rigorosa disciplina giuridica dell'attività politica in rapporto all'interesse pubblico.

Il percorso che si è indicato – nel senso di una più specifica, mirata ed intensa disciplina giuridica dell'esercizio dell'attività politica e delle funzioni pubbliche di carattere politico – non partirebbe comunque da zero, essendo già individuabili spunti in tal senso nella legislazione e nella giurisprudenza.

È utile distinguere due piani.

Da un lato, vi è quello della regolamentazione delle attività giuridiche rimesse alla competenza di organi pubblici i quali, per quanto concerne il sostrato personale, costituiscono un immediato riflesso della politica, come sono in particolare gli organi di governo presenti nell'amministrazione. Dall'altro lato, vi è la sfida, più complessa, che si gioca sul piano di una regolamentazione dell'attività e della comunicazione politica svolta non direttamente entro le istituzioni.

9.1. Discipline relative all'azione degli organi di governo dell'amministrazione.

Il primo ambito è vastissimo, sicché s'impongono considerazioni estremamente selettive e sintetiche.

Storicamente un tratto caratteristico della disciplina delle attività amministrative a più marcata connotazione politica è stato quello della previsione di piani e programmi per il loro svolgimento.

Questi strumenti, in sé considerati, possono contribuire a fornire quadri prospettici d'insieme dell'azione amministrativa in vari ambiti, dando vita, al tempo stesso, sia a vere e proprie strategie di intervento – apprezzabili specialmente sotto il profilo dell'efficienza amministrativa, oltre che delle poten-

zialità di un proficuo coordinamento fra l'azione della mano pubblica e l'iniziativa privata – sia alla possibilità di rilevanti forme di compromesso, su scala intersettoriale e/o intertemporale (come già accennato) fra le varie componenti del corpo sociale e del tessuto economico, con le rispettive aspirazioni ed aspettative, apprezzabili invece sul piano della vitalità pluralistica e democratica dell'ordinamento.

Sennonché, l'esperienza concreta ha rivelato e rivela una tendenziale divaricazione fra piani e programmi, da un lato, ed agenda e scelte politiche effettive, dall'altro, con una corrispondente opacità ed imprevedibilità della politica ed effetti destabilizzanti sull'amministrazione¹⁰⁰.

Possono avere contribuito a tali risultati la complessità e la durata che, per lo più, caratterizzano le procedure di approvazione e di modifica dei piani e dei programmi, sempre meno agevolmente rapportabili alla velocità con cui oggi si producono i cambiamenti nella società e nell'economia; tema, questo, rispetto al quale sussistono peraltro notevoli margini di progresso grazie al cd. *e-government*¹⁰¹.

Si direbbe, tuttavia, che in molti casi i piani e programmi siano stati fatti quasi alla stregua di esercizi teorici, scolastici, non concretamente orientati ad indirizzare effettivamente il potere. Nel contempo sono proliferate, in vari settori, discipline che hanno condotto, nei fatti, ad adeguare i piani e programmi a scelte puntuali (o addirittura a permettere scelte in deroga), sì da palesare quasi una tendenza all'adeguamento dei primi alle seconde, con rinuncia ad una visione ed una prospettiva d'indirizzo coordinata e d'insieme di medio-lungo periodo ed un perenne più ampio spazio di manovra anche estemporanea dei decisori politici.

Queste tendenze, che possono essere qui appena menzionate, risultano quantomeno coerenti – ma con ogni probabilità conseguenti – rispetto ad un contesto nel quale la politica si svolge lungo direttrici non adeguatamente intercettate dal diritto, che rischia di vedersi relegato al ruolo di fornire semplicemente un vestito alle conseguenti “traiettorie” istituzionali ed amministrative.

Un deciso passo in avanti, rispetto a tale situazione, può indubbiamente rinvenirsi nelle riforme che hanno condotto alla distinzione organizzativa e funzionale fra governo e gestione.

¹⁰⁰ A suo tempo è stato lapidario, sul punto, G. ABBAMONTE, *Profili costituzionali sul ruolo dell'amministrazione*, in G. MARONGIU, G.C. DE MARTIN, *Democrazia e Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1992, 36, secondo cui le autorità pubbliche non esprimono una vera programmazione ed è per questo che le cose non possono migliorare. Lo stesso Autore prosegue rimarcando che l'alternativa è semplice: o il politico arriva ad esprimersi per programmi e direttive o la politica sarà una sola, quella del potere.

¹⁰¹ In argomento cfr. R. PANETTA, *E-governement: un'opportunità e un impegno non comune*, in *Techne*, 2015, 31; E. CARLONI, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 148; E. CARLONI, *L'amministrazione aperta – Regole strumenti limiti dell'open government*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014; S. CASALINIO, *Economia digitale, smart government e stato innovatore: il ruolo di Consip*, in www.astrid-online.it, 2014; A. CASSINELLI, *L'e-government*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2013, 234.

Notoriamente si è trattato di un percorso caratterizzato da aggiustamenti ed affinamenti progressivi, anche in rapporto a ben note questioni che ne hanno minacciato ed in parte intaccato le potenzialità.

Si pensi, in particolare, alle questioni relative ai meccanismi di provvista degli organi gestionali (*spoils system*, ecc.), troppo note per essere qui riprese¹⁰², ma anche al massiccio ricorso che nel settore pubblico si è fatto alle forme organizzative privatistiche, in particolare societarie. Per questa via si talvolta giunti a sviluppare nuovi apparati paralleli, sostanzialmente gestionali, posti più direttamente a disposizione degli organi di governo¹⁰³. Tale fenomeno contribuisce, fra l'altro, a spiegare l'intento anche moralizzatore insito nel recente testo unico e le corrispondenti disposizioni limitative della capacità negoziale delle amministrazioni, alle quali resta permesso partecipare a società solo quando ciò risulti strettamente necessario per il perseguimento dei propri fini istituzionali. Invero, a fronte di un simile requisito, diviene imprescindibile fare i conti anche con l'esistenza degli apparati ordinari delle amministrazioni, destinati proprio a realizzare quei fini istituzionali, con conseguente preclusione della possibilità di dare vita *ad libitum* a strutture alternative, diversamente raccordate con la politica.

Un ulteriore, assai rilevante progresso ed affinamento, rispetto al principio di separazione ed ai suoi corollari, si registra più recentemente con la disciplina relativa alla cd. *performance*.

Per lo più studiata (ineccepibilmente) sotto il profilo della sua dimensione di *input* per la dirigenza e gli apparati amministrativi, questa si presta tuttavia anche ad un'altra lettura, incentrata sul fatto che (sviluppando il generale regime già introdotto anni prima per la dirigenza pubblica) impone all'organo di governo di ciascuna amministrazione di definire periodicamente gli obiettivi da raggiungere attraverso l'attività gestionale, con una notevole specificità delle caratteristiche richieste dalla legge per tali obiettivi, i quali devono essere orientati all'effetto sugli amministrati, essere oggettivamente misurabili, tendere al miglioramento ed a corrispondere ai migliori standard europei e nazionali ed essere correlati alle effettive risorse disponibili.

Si determina, così, un necessario più stretto (auto)vincolo imposto alla politica¹⁰⁴, che viene chiamata a stabilire e formalizzare all'inizio d'ogni anno, in

¹⁰² Sul tema cfr., ad esempio, S. CASSESE, *Cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2019, 1; S. BATTINI, *L'invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo spoils system*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2019, 269; S. NERI, *Lo spoils system: una analisi empirica*, *ivi* 313; G. SORICELLI, *Lo spoils system tra politica e amministrazione. Profili ricostruttivi e nuove prospettive*, Roma, Aracne, 2018; G. GARDINI, *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in *Foro amm. – Tar*, 2011, 2968; M. PALLINI, *sulle tristi sorti del principio di distinzione fra amministrazione e politica nella disciplina della dirigenza pubblica*, in AA.VV. *La dirigenza*, in *Quad. dir. lav. e rel. Ind.*, Torino, Utet, 2009, 111; S. CASSESE, *La dirigenza di vertice tra politica e amministrazione: un contributo alla riflessione*, in *Ragiusan*, 2006, 438.

¹⁰³ Nello stesso senso si può addurre la tendenza all'ampliamento degli uffici di diretta collaborazione con gli organi di governo, sottolineata da F. BASSANINI, *Indirizzo*, cit., 9.

¹⁰⁴ Rispetto al passato tornano utili le considerazioni di F. BASSANINI, *Indirizzo politico, imparzialità della P.A. e autonomia della dirigenza. Principi costituzionali e disciplina legislativa*, in *Nuova*

modo generale e coordinato, ciò che deve essere fatto, sul piano gestionale (e della spesa) nel perseguimento pubblico interesse, coerentemente con le leggi e con i vari piani e programmi di settore, ma necessariamente in una dimensione più concreta, realistica ed operativa rispetto a questi ultimi e, dunque, tale da consentire di superarne gli aspetti di storica debolezza cui si è fatto cenno poc'anzi.

In questo modo risulta favorita (sebbene non assicurata senz'altro) la possibilità di una definizione o concretizzazione del pubblico interesse, da parte degli organi di governo, per quanto di competenza (nel solco della legge), ancorata effettivamente alle esigenze generali e comunque entro quadri d'insieme, stante il carattere generale della disciplina in esame, per ogni amministrazione in ogni suo settore di attività, piuttosto che a stimoli dovuti ad un non ordinato e non trasparente fluire e manifestarsi di interessi particolari.

Infatti, il carattere periodico (piuttosto che continuo) della definizione degli obiettivi dovrebbe comportare un tendenziale disallineamento fra il tempo in cui l'organo di governo "consuma" il proprio potere di indirizzo (a inizio d'anno) e quello in cui via via emergono e prendono corpo gli interessi particolari che i rispettivi portatori possono tentare di far recepire all'amministrazione, fuori da equilibrate ed eque visioni d'insieme, in ragione di dinamiche politiche eventualmente sviate.

Anche il regime di pubblicità totale degli obiettivi e delle corrispondenti valutazioni di *performance* si presta a fungere da presidio di genuinità dell'indirizzo politico rispetto all'effettivo interesse pubblico.

Con questi accorgimenti la politica – il processo politico, di *policy making* – si trova, ben più che in passato, ad essere attratta nell'orbita del diritto e resa trasparente. Si danno quindi nuove condizioni per il superamento di una concezione nella quale il processo politico è riservato alla politica ed alla notevole informalità degli accordi che sostanziano l'azione politica. Giuridicizzare almeno in parte questi ambiti significa, per un verso, poterne disciplinare gli assetti e le modalità di funzionamento in modo consonante con i principi costituzionali e, per altro verso (tipicamente per il diritto), dare spazio a meccanismi rimediali e correttivi (ancora largamente da studiare, ma alla portata) per i casi di distacco dell'essere dal dover essere.

Certo è che le reali potenzialità anche delle richiamate discipline non si sono ad oggi espresse, a causa di una diffusa e costante applicazione elusiva, da parte proprio degli organi di governo, a più riprese stigmatizzata da quelli di controllo¹⁰⁵ non senza riflessi in tema di responsabilità¹⁰⁶.

Rass. 2008, 8, secondo cui un problema riguarda l'autorità politica, che si è rivelata poco interessata, se non incapace, di tradurre i programmi di governo, le scelte fondamentali di politiche pubbliche in programmazione strategica, definizione di obiettivi e risultati da raggiungere; e per converso si è dimostrata molto restia ad abbandonare le vecchie pratiche di ingerenza diretta nell'amministrazione.

¹⁰⁵ A titolo puramente esemplificativo si può vedere la Delibera della Corte dei conti, Sez. Autonomie, 25 luglio 2012, n. 13/SEZAUT/2012/FRG, in www.corteconti.it.

In parallelo occorre segnalare anche – di non lieve importanza, sul piano sistematico – le discipline cd. anticorruzione che prevedono in modo crescente forme di monitoraggio e regolazione dei rapporti fra le amministrazioni pubbliche, i percorsi decisionali pubblici e quelli che vengono definiti i portatori di interessi, ad esempio attraverso i piani anticorruzione e nella programmazione degli appalti¹⁰⁷.

Se presi sul serio, i vari corpi disciplinari cui si è fatto cenno, con i vincoli che ne discendono dovrebbero comportare il declino della politica fondata sull'opacità, sull'informalità, sulle relazioni personali e dare spazio invece a nuove forme di organizzazione sociale, volte a far emergere, coagulare, sostenere interessi con l'auspicio di vederli tradotti in corrispondenti interessi pubblici o, comunque, di vederli tenuti in considerazione entro il processo volto a definire ed attuare gli interessi pubblici.

Tuttavia, si direbbe che una siffatta prospettiva reclami con forza regole sostanziali più specifiche inerenti alla definizione del pubblico interesse, in astratto per quanto concerne le funzioni normative ed in concreto per quelle amministrative – previa una più rigorosa distinzione ed osservanza dei rispettivi ruoli – in rapporto alle aspirazioni del corpo sociale e delle sue componenti. Infatti, una volta che lo schema relativo all'assetto ed alla contrapposizione degli interessi emergenti dalla società è portato alla luce, attraverso una corrispondente giuridicizzazione delle attività normative ed amministrative a carattere politico ed il regime della trasparenza, resterebbe insoddisfacente una composizione del quadro affidata, in ultima analisi, esclusivamente all'ambito della politica, sempre intesa in senso lato. Donde un'ulteriore conferma della necessità di regole giuridiche specifiche anche sostanziali per questa.

Paradigmatiche si rivelano, in proposito, le difficoltà che in Italia incontra l'aspirazione ad una disciplina del cd. *lobbying*¹⁰⁸, le quali si direbbero essenzialmente dovute alla mancanza di una chiara definizione del modo in cui gli interessi particolari si possono e si devono rapportare all'interesse generale e,

¹⁰⁶ Molteplici pronunce della Corte dei conti hanno ravvisato il danno erariale a fronte del pagamento della componente accessoria della retribuzione dei dirigenti, senza la previa definizione di obiettivi (cfr., ad esempio, Corte conti, Sez. giur. app. Sic., 25 giugno 2019, n. 64, in www.corteconti.it, e quanto riportato da E. VILLA, *Contrattazione integrativa e retribuzione accessoria: per l'erogazione del compenso incentivante è necessaria la preventiva determinazione degli obiettivi*, in *Lav. P.a.* 2010, 373), mentre la giurisprudenza lavoristica va orientandosi nel senso di una responsabilità datoriale, verso il dirigente, per tale mancanza, che preclude la *chance* di ottenere il trattamento accessorio (cfr., ad esempio, Cass., Sez. lav., 12 aprile 2017, n. 9392, in *Foro it.*, 2017, I, 1512).

¹⁰⁷ Cfr. le linee-guida ANAC n. 15 del 2019, relative alla individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici.

¹⁰⁸ In tema la letteratura è alquanto ampia. Possono richiamarsi, fra gli altri, e con ulteriori ampi riferimenti, R. DE CARIA, *Regole sul lobbying e regole sulla corruzione: le ragioni economico-giuridiche di un (auspicato) divorzio*, in www.federalismi.it, 2019; D. DAVID, *Lobbying, gruppi di interesse e regolazione amministrativa: alcuni segnali di cambiamento ?*, in www.federalismi.it, 2017; R. DI MARIA, *Rappresentanza politica vs rappresentanza degli interessi: brevi considerazioni sul sistema di lobbying nell'Unione europea*, in www.federalismi.it, 2015; G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati*, Milano, Giuffrè, 2005.

dunque, possono ambire ad essere inseriti in modo dichiarato entro lo schema dei poteri volti alla definizione ed al soddisfacimento del pubblico interesse. Problema, questo, che in difetto di un'adeguata sistemazione teorica e, conseguentemente, di un'opportuna disciplina normativa, appare destinato a restare nascosto, ma non risolto, tuttavia entro un quadro ed una tendenza, sul piano normativo, verso la trasparenza delle funzioni pubbliche, sempre meno compatibile con un siffatto occultamento.

Le sintetiche considerazioni esposte – riguardo allo sviluppo dall'epoca della “mera” pianificazione e programmazione amministrativa a quella della *performance*, dell'anticorruzione e della trasparenza totale – fanno dunque emergere due aspetti.

Da un lato, vi è una propensione di lungo periodo della politica (e/o del ceto politico), nel senso di rifuggire le forme di limitazione e di esercizio sistematizzato, disciplinato e trasparente del proprio ruolo, per orientarsi a dinamiche e criteri diversi ed ulteriori, propri dell'arena della politica “pregiuridica” (in larga parte opportunistica) che con ciò tende a tracimare poi nell'universo istituzionale.

Dall'altro, stanno iniziando a prendere corpo complessi di regole giuridiche, via via affinati nel tempo, che invece dovrebbero inalveare le istituzioni ad impronta politica, ivi comprese quelle amministrative, verso una corretta realizzazione della propria missione costituzionale, con forme adeguate, ordinate, stabili, efficienti e trasparenti di definizione, concretizzazione, bilanciamento e perseguimento degli interessi pubblici, da cui deriverebbe l'effetto di sdrammatizzare il loro rapporto con l'amministrazione-gestione, in modo da assicurare effettivamente anche il principio del buon andamento in tutte le sue implicazioni anche più moderne.

Se questo è, a grandi linee, il presente, uno sguardo verso il futuro sembra peraltro far emergere una possibile nuova stagione di contrasto, rispetto alle indicate tendenze di lungo corso della politica, tramite una (già percepibile) crescente valorizzazione del principio di buon andamento, anche in correlazione ai più recenti principi di sana gestione finanziaria pubblica e di sostenibilità del debito.

Gli aspetti finanziari e contabili ben si prestano, infatti, a far trasparire quanto meno i sintomi di una possibile non aderenza dell'azione politica degli organi di governo (financo del legislatore, che in comune con essi ha il sostrato umano legato alla politica) rispetto al bene comune e, quindi, ad una plausibile concezione dell'interesse pubblico.

Il fenomeno è chiaramente rilevabile dalla recente giurisprudenza costituzionale che pone in luce, nel quadro del principio democratico, uno stretto legame fra l'investitura politica, con la conseguente responsabilità, ed il riassorbimento di eventuali disavanzi (di finanza pubblica) entro il tempo del mandato¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Emblematica, in tal senso, è Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18, in *Foro it.*, 2020, I, 75.

In questo modo le conseguenze – quelle economico-finanziarie, che tuttavia hanno grande rilievo pratico – dell'azione degli organi di governo vengono fatte tendenzialmente ricadere (durante il periodo di investitura) sui titolari di tali organi, che ne sono responsabili, tanto in forma di vincoli giuridici all'esercizio dei loro poteri, quanto in forma di effetto reputazionale rilevante nella dinamica democratica.

Inoltre il pubblico interesse viene così ad essere giuridicamente delimitato secondo una moderna concezione di equità intergenerazionale (già affacciata nel diritto dell'ambiente).

Vi si aggiunge, sempre per derivazione dal principio di buon andamento, l'enucleazione di un ulteriore requisito, di stabilità dell'assetto politico dell'amministrazione (almeno al livello regionale e locale), anche in funzione dell'ordinato svolgimento dell'attività, durante il periodo di mandato¹¹⁰.

Per questa via (da entrambi i menzionati punti di vista, dell'equità intergenerazionale e della stabilità) l'interesse pubblico prende a caratterizzarsi per profili riconducibili anche ai contenuti che devono caratterizzare le politiche e non solo alle forme ed alle procedure giuridiche atte a definirlo.

Non dissimili risultano gli approdi di spunti dottrinali recenti¹¹¹, in ordine alle potenzialità del concetto di discrezionalità organizzativa ed ai vincoli che possono derivarne in capo al governo politico delle amministrazioni da punti divista come quelli dell'adeguatezza, della proporzionalità e della tutela dell'affidamento.

Inoltre nuovi principi inerenti alla finanza e contabilità pubblica, abbinati a quello di buon andamento, danno linfa al ruolo della Corte dei conti, organo terzo ed imparziale, qualificato tecnicamente, nell'ambito dei controlli di regolarità amministrativa¹¹².

Emblematico è il caso della cd. parificazione dei bilanci regionali, nel quale la Corte verifica il rendiconto generale dell'ente (la rappresentazione di tutta la sua attività, tramite le scritture contabili), con l'obiettivo di assicurarne la veridicità e l'attendibilità, ma anche, come è stato espressamente sostenuto¹¹³, di garantire alle comunità locali una lettura ragionata e trasparente delle scelte politiche che vi sono rintracciabili.

¹¹⁰ Sul valore della stabilità dei governi regionali cfr., ad esempio, Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 2, in *Foro it.*, I, 1994. Considerazioni critiche in ordine al modo in cui il legislatore ha inteso assicurare la stabilità, a livello locale, si rinvengono in P. MAZZINA, *Sistemi elettorali comunali e rappresentanza politica un bilancio dei rapporti fra maggioranza e minoranza/e consiliare/i*, in www.federalismi.it, 2018; T. CERRUTI, *Rappresentanza e governabilità in Italia fra Stato, Regioni, Comuni e Parlamento europeo*, in www.federalismi.it, 2018.

¹¹¹ Cfr. M. MONTEDURO, *L'organizzazione*, cit., R. FERRARA, *L'interesse*, cit. 351.

¹¹² In tema cfr. L. MAZZARA, *Il controllo di regolarità amministrativa e contabile: alcune chiavi di lettura*, in *Fin. e trib. loc.*, 2019, 7, 45; M. DE BENEDETTI, *La funzione del controllo di regolarità amministrativa e contabile e del controllo sugli organi ai fini della prevenzione della corruzione negli enti locali*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2015.

¹¹³ Cfr. R. SCALIA, *Il giudizio di parificazione del rendiconto generale dell'ente regione. Punti di vista, interpretazioni, orientamenti in fase di consolidamento*, in www.contabilitapubblica.it, 2018.

Muovendo dai principi di buon andamento, declinato in chiave anche di sana gestione finanziaria, e di sostenibilità del debito, la Corte, in sede di parifica, si spinge a vere e proprie valutazioni delle politiche pubbliche, valutazioni presentate sotto il profilo della legalità-legittimità, ma ampiamente sovrapposte al terreno della valutazione politica (quanto meno ad evidenziare gli eventuali aspetti di non plausibilità giuridica, a carico di tratti dell'azione di governo ed amministrativa) quindi potenzialmente incidenti anche sulla competizione politica¹¹⁴.

Si direbbe che siffatte tendenze rappresentino il naturale portato della tesi di fondo racchiusa in questo scritto. La necessità di una giuridicizzazione della politica, capace di assicurare l'aderenza delle istituzioni al loro ruolo di servizio del pubblico interesse, porta la magistratura contabile ad elaborare interpretazioni evolutive dei principi e degli strumenti già esistenti, con cui perseguire l'obiettivo.

Il parametro del controllo della Corte dei conti, cui si è fatto cenno, non è ben definito, non essendo obiettivamente del tutto chiaro che cosa in realtà sia la regolarità amministrativa. Certo è che, nell'interpretazione della stessa Corte, questa riguarda anche le scelte, gli atti e l'azione di natura politica degli organi di governo. L'assenza di una codificazione di specifiche norme giuridiche corrispondenti non scoraggia affatto il controllore, che di fatto le crea, sia pure tramite una propria attività che viene presentata come interpretativa, in ultima analisi, della Costituzione e dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Dalla chiave di volta costituita, come detto, dal principio di buon andamento, abbinato anche a quelli di sana gestione finanziaria (equilibrio ed attendibilità del bilancio pubblico) e sostenibilità del debito, vengono tratti, *ex post*, nell'ambito della parifica dei rendiconti, giudizi che tendono ad ancorarsi a parametri di legittimità ma si risolvono ampiamente in giudizi sull'azione politica degli organi di governo.

L'effetto non è solo quello di fornire un'informazione qualificata e leggibile alla società, in vista del buon funzionamento dei meccanismi democratici, ma anche (nel caso della parifica dei rendiconti) quello di vincolare gli organi di governo a conformarsi alle risultanze del controllo (salva la possibilità di impugnazione innanzi alla stessa Corte dei conti).

Non siamo formalmente ancora giunti, con ciò, ad un quadro coordinato di vere e proprie regole specificamente e direttamente dettate per l'azione politica degli organi di governo – che dovrebbe essere il legislatore ad introdurre – delle quali verificare sistematicamente il rispetto tramite un organo terzo e neutrale, ma si direbbe che la carenza tenda ad essere per ora sopperita nei fatti dal modo in cui funziona concretamente la parifica del rendiconto delle regioni. La politica è pubblicamente “giudicata”, in un misto fra legittimità (per ampi aspetti desunta, peraltro, da parametri giuridici estremamente generali, come è

¹¹⁴ Cfr., ad esempio, la memoria della Procura regionale della Corte dei conti liguri nel giudizio di parifica del bilancio della Regione per il 2019, in <https://www.corteconti.it/Download?id=e780c885-6614-4411-81f7-2102b2f4d048>.

quello del buon andamento, oltre che da norme di costituzionali o di legge più specifiche) e regolarità amministrativa non meglio definita.

Ma se è così, l'esigenza – suggerita come tesi di fondo di questa ricerca – di una più moderna, diretta ed esplicita disciplina giuridica dell'attività politica, appare rafforzata. Sia perché la disciplina in questione dovrebbe essere democraticamente prodotta dal legislatore, eventualmente con la gradualità del caso, e non lasciata all'elaborazione (per quanto autorevole) di organi magistraturali (che pure possono fornire utili indicazioni in merito), sia perché dovrebbe essere definita chiaramente *ex ante*, in modo da permettere agli interessati di orientarvi le proprie condotte, anziché essere trovati ad essere fatti oggetto di controllo (ed eventualmente di addebiti di responsabilità) rispetto a regole desunte solo *ex post* dai principi generali dell'ordinamento.

9.2. Discipline della politica al di fuori delle istituzioni e degli incarichi di governo.

Per quanto concerne, invece, l'attività politica che si svolge al di fuori delle istituzioni (peraltro non sempre agevolmente distinguibile da quella che invece riguarda i titolari degli uffici pubblici), il quadro delle discipline giuridiche è assai più scarno.

Si può pensare alle recenti normative riguardanti il finanziamento dei partiti e dei movimenti politici ed in particolare alla riforma introdotta con il d. l. n. 149/2013¹¹⁵.

Malgrado la natura dei partiti e movimenti, che sono soggetti associativi di diritto privato, si è previsto un articolato regime del loro finanziamento, subordinato tuttavia alla scelta, da parte dei medesimi, di determinati modelli organizzativi ed operativi, che dovrebbero favorire una maggiore apertura verso la società civile e, quindi, incoraggiare la partecipazione di questa ed il dispiegamento più ampio del principio democratico.

Inoltre, riguardo propriamente alla competizione politica in occasione di tornate elettorali, è nota la disciplina della cd. *par condicio*, che in ultima analisi ha voluto (a suo tempo) regolare la politica sul versante, per così dire, dell'offerta, fornendo ai vari partiti analoghe possibilità di persuasione dell'elettorato attraverso l'attività propagandistica¹¹⁶.

Più recentemente sono stati introdotti meccanismi rafforzati di pubblicità in ordine a rilevanti condizioni personali dei candidati a cariche politiche, quali l'obbligo di pubblicazione del curriculum e del certificato del casellario giudiziario.

¹¹⁵ In tema cfr. S. CURRERI, G. STEGHER, *I partiti*, cit.; D.R. Picco (a cura di), *Il finanziamento alla politica in Italia*, Roma, Carocci, 2018.

¹¹⁶ Sull'argomento cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Esiste ancora la par condicio? Contenuto e limiti della l. n. 28/2000*, in www.osservatorioaic.it, 2018; V. ZENO ZENCOVICH, *Dieci anni di par condicio - E i prossimi dieci?*, in *Dir. informazione e informatica suppl.*, 2011, 3, 75; R. BORRELLO, *Stampa e par condicio: riflessioni critiche sulla vigente disciplina*, in *Giur. cost.*, 2008, 2767.

In ultima analisi, vengono con ciò in rilievo discipline giuridiche volte a dischiudere spazi per favorire una partecipazione politica ed una mobilitazione più ampia in seno alla società, nonché un certo grado di informazione dell'elettorato, presupponendosi in qualche modo un sostrato sociale potenzialmente attivo o reattivo ed una sorta di attesa (ma non certo scontata, né in realtà effettiva) proporzionalità fra questo aspetto ed il reale orientamento della politica al bene comune con un adeguato riflesso della società complessiva.

Non sembra invece che si sia giunti ad una regolamentazione della vita, della comunicazione e della propaganda politica a beneficio di una società amorfa o apatica, da considerare (per realistica precauzione) semplicemente come polo passivo di tali attività, se non addirittura di un elettore opportunist.

Quanto ai correlati aspetti della comunicazione e propaganda di carattere politico, appare superfluo indugiare sull'invasività assunta dalle moderne tecniche di marketing¹¹⁷ – ormai ampiamente applicate anche agli ambiti istituzionali, politici ed amministrativi, in assenza di normative specifiche in materia e nel nome delle sole libertà costituzionali cui si è già fatto cenno – e, quindi, sulla rilevanza che oggi assumono i temi inerenti ad una possibile disciplina di tal fatta, ancora largamente da immaginare.

Il recente dibattito sulle cd. *fake news*, o addirittura sul sospetto che governi di altri Paesi pongano in atto campagne mediatiche mirate ad influenzare le elezioni in Italia, fornisce ampie giustificazioni per lo studio e l'introduzione di regole volte a tutelare l'effettiva informazione – bene giuridico di sicuro rilievo, non destinato ad essere senz'altro recessivo rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero – e con essa la reale auto-determinazione dei cittadini nell'esercizio dei loro diritti politici e di cittadinanza entro il sistema democratico, a salvaguardia proprio di quest'ultimo¹¹⁸.

Non è dubbio, infatti, che ad ogni cittadino debbano riconoscersi specifici diritti in tal senso e che l'altrui libertà di manifestazione del pensiero o di iniziativa politica non debba poterli comprimere al punto da annullarli, essendo fra l'altro acquisito che i vari principi e valori costituzionali devono essere compenetrati e bilanciati in modo da trovare tutti ragionevole spazio¹¹⁹ ed essendo intuitivo che i diritti non possono realmente sussistere disgiuntamente da un complessivo ambiente democratico ben funzionante.

I tentativi di autodisciplina, ultimamente posti in essere da parte dei maggiori *social media* internazionali, anche in contrapposizione con le più alte

¹¹⁷ Cfr., ad esempio, I. SPADARO, *Comunicazione politica e democrazia digitale*, in *Dir. Pubbl. Eur. Rass. Online*, 2020, 17 ss. ed E. MANCA, *Frammenti di uno specchio. I media e le politiche della postmodernità*, Venezia, Marsilio, 2006.

¹¹⁸ In tema cfr., ad esempio, M. MEZZANOTTE, *Fake news nelle campagne elettorali digitali. Vechi rimedi o nuove regole?*, in www.federalismi.it, 2018. Considera invece vacuo il dibattito sulle *fake news*, V. ZENO ZENCOVICH, *Cosa intendiamo oggi per media?*, in M. Manetti, R. Borello, *Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, Modena, Mucchi, 2019, 17, il quale rileva come anche i media cd. tradizionali accogliessero in precedenza contenuti analoghi, favoriti da una sorta di ipertrofia dei diritti di critica e di cronaca negli orientamenti giurisprudenziali.

¹¹⁹ Si può rinviare alla già ricordata sentenza della Corte costituzionale sul caso ILVA, n. 85/2013.

cariche istituzionali entro democrazie mature, si direbbero costituire a loro volta un'importante riprova della necessità di nuovi fronti di regolazione della materia nel senso prospettato¹²⁰.

D'altra parte, a voler essere onesti il tema è alquanto più ampio e comprende anche aspetti relativi ai programmi ed alle promesse elettorali o semplicemente alle esternazioni dei *leaders* politici, quando risultano ispirati non già ad idee e proposte politiche meditate, responsabili e realizzabili, in rapporto alle situazioni di fatto rilevanti ed alle dotazioni finanziarie disponibili, bensì a ciò che si ritiene possa comunque determinare suggestioni o raccogliere un consenso anche solo istintivo, non meditato, non ragionevole in strati più o meno ampi della popolazione e quindi dell'elettorato¹²¹.

Questione, questa, delicatissima per una pluralità di profili.

Da un lato, viene in gioco il principio democratico, nel quale il consenso maggioritario non dovrebbe fisiologicamente basarsi sull'inganno o sull'imbonimento degli elettori, ai quali dovrebbe anche essere assicurata una possibilità di informarsi e documentarsi per un libero esercizio dei propri diritti politici.

Dall'altro lato, risulta coinvolto il principio di buon andamento dell'amministrazione, se e nella misura in cui gli stessi politici, autori di quelle promesse e quegli slogan pretendono – per non apparire incoerenti *ex post* – di trasformarli senz'altro in politiche pubbliche o accenni di politiche pubbliche, a prescindere dalle modalità che dovrebbero caratterizzare lo sviluppo di queste sul piano conoscitivo, tecnico, partecipativo e del dibattito nelle competenti sedi legislative ed amministrative.

Appare allora quanto meno dubitabile che un genere di comunicazione politica come quello di cui trattasi, con le sue potenziali ricadute istituzionali, possa dirsi senz'altro rispondente al principio democratico ed a quello di buon andamento dell'amministrazione e che non occorra, piuttosto, studiare ed introdurre regole giuridiche a tutela dei menzionati principi, per un confronto anche competitivo ma sano fra le forze politiche. Del resto, come la libertà di iniziativa economica trova precisi limiti nel divieto della pubblicità ingannevole e di condotte commerciali fraudolente, presidiati da appositi meccanismi pubblicistici di vigilanza e rimediali, non si vede per quale motivo anche le libertà attinenti alla sfera della politica attiva non debbano essere regolate in funzione della loro ragion d'essere entro il complessivo sistema costituzionale¹²².

Su questo piano la strada verso una disciplina giuridica appare ancora lunga ed in salita.

¹²⁰ Cfr. M. MEZZANOTTE, *Fake*, cit.

¹²¹ Sull'estemporaneità della comunicazione sociale ad opera di figure di vertice, tramite i *social network*, cfr. E. CELESTE, S. ROSSA, *A colpi di tweet*, cit., 152. Questo aspetto si abbina al rilievo degli stessi Autori, già riportato in precedente nota, della possibilità (già inverteasi in giurisprudenza) che *post* o *tweet* inviati dagli account di titolari di organi di governo assurgano a sintomi di sviamento di potere e, quindi, incidano sulla legittimità dell'azione amministrativa.

¹²² Considerazioni analoghe si trovano in M. MEZZANOTTE, *Fake*, cit.

Ma, in fondo, se si condivide l'idea di mettere a fuoco una disciplina giuridica più precisa in ordine all'azione degli organi di governo nell'amministrazione, appare fisiologico pensare di allineare ad essa anche quella della comunicazione e della propaganda inerenti.

Un timido tentativo di affrontare almeno in parte problemi analoghi è sembrato individuabile in Italia, nell'ambito delle autonomie – non a caso, si direbbe – con la disciplina della cd. relazione di fine legislatura, ancorché rivelatasi incostituzionale per eccesso di delega, quanto alle regioni.

A fronte dell'amplessissima libertà di comunicazione politica di cui godono, allo stato, i partiti ed i candidati, si è inteso dare vita a forme qualificate ed obiettive di conoscenza (di verità) “ufficiali”¹²³, a beneficio della società intesa in questo caso essenzialmente come corpo elettorale, rispetto a questioni rilevanti per la formazione, da parte di ciascuno, del proprio pensiero critico e quindi della propria partecipazione politica tramite la volontà elettorale.

La propaganda ne risulta limitata, sia pure indirettamente, sia perché alcuni temi rilevanti per l'amministrazione locale possono così venire fatti oggetto di attenzione (mentre magari resterebbero elusi) sia perché si arginano le possibilità di disinformazione o di eccessivamente fantasiosa valutazione mediatica dei fatti e delle vicende oggetto della relazione di fine legislatura in danno del corpo elettorale.

A risultati analoghi può rispondere – su più ampia scala – la (successiva) disciplina della trasparenza totale, con il vantaggio dell'infinitamente maggiore quantità di informazioni che si rendono accessibili per tale via, cui corrisponde tuttavia il rischio di un disorientamento o di una sopraffazione dei destinatari.

Problema, quest'ultimo, che tende ad essere almeno in parte superato con la più moderna configurazione ed applicazione delle norme in tema di controlli, di cui si è detto nel precedente paragrafo, ancora una volta con funzione-pilota per le autonomie. Le istituzioni di controllo ed in particolare la Corte dei conti sono infatti professionalmente attrezzate per un'efficace fruizione e decodifica e valutazione complessiva ed organizzata dell'ampia mole di dati derivanti dalla trasparenza totale (oltre ad avere poteri di *inspectio* ed acquisizione diretta degli elementi di rilievo) e dunque possono contribuire a formare un quadro valutativo dell'azione delle amministrazioni pubbliche, sia pure *ex post* (ma auspicabilmente secondo regole più precise stabilite *ex ante*), in modo da concorrere con la comunicazione propriamente politica a beneficio della collettività.

10. Quali regole per la politica?

Una volta argomentate, come sopra, le ragioni che inducono ad interrogarsi su una più precisa e diretta disciplina giuridica della politica complessiva-

¹²³ In merito cfr. M. DE NES, *Illegittimità costituzionale della relazione di fine legislatura regionale e del cd. «fallimento politico» del presidente*, in www.federalismi.it, 2014; E. JORIO, *Cancellate dalla Corte costituzionale le sanzioni per i presidenti delle regioni e la relazione di fine legislatura*, in www.astrid-online.it, 2013.

mente intesa, e richiamate (per sommi capi) regole giuridiche già esistenti che in parte, ma forse in modo insufficiente, già assolvono a tale ruolo, si apre l'ulteriore interrogativo circa i tratti che dovrebbero caratterizzare tale futura disciplina.

Il tema è complesso e merita un approfondimento successivo. Con riserva di provvedervi in una prossima altra occasione, si direbbe – in modo necessariamente precario e provvisorio – che innanzitutto occorra un nuovo approccio disciplinare alla definizione del pubblico interesse, tale da consentire di discernere, a partire dalla realtà degli interessi che innervano il corpo sociale, quali possano essere via via le legittime aspirazioni delle varie componenti del corpo sociale e, in rapporto ad esse, i legittimi moventi di chi agisce sul piano politico o come titolare di organi pubblici con funzioni di carattere politico e/o rappresentativo.

Questo aprirebbe la strada ad una più disciplinata e trasparente opera, al tempo stesso di mediazione e di indirizzo, da parte dei poteri pubblici, che allo stato non si direbbe possano limitarsi soltanto all'una o all'altra di tali dimensioni.

Alcuni aspetti sostanziali, cui potrebbe riconoscersi rilievo, sono già stati evocati, come la responsabilità intergenerazionale, che in ultima analisi è riconducibile all'uguaglianza ed alla sostenibilità finanziaria, oppure un certo grado di stabilità delle politiche pubbliche (cioè degli indirizzi e dei compromessi raggiunti attraverso gli appositi strumenti giuridici), quanto meno nei limiti del periodo di mandato, quale concretizzazione del buon andamento, anche per dare vita a forme di affidamento le quali possano fornire linfa a forme di sinergia fra pubblico e privato ed alla sussidiarietà orizzontale.

Anche la riconducibilità di un determinato interesse all'intero corpo sociale, o a cerchie più o meno ampie, dovrebbe essere valorizzata, sia in assoluto, sia in rapporto ad un ulteriore profilo, dato dall'impatto di specifiche politiche o linee di azione pubblica, destinate alla soddisfazione di determinati interessi, su altri interessi. Se e nella misura in cui i primi non risultano perseguibili senza apprezzabile pregiudizio o sacrificio per i secondi, si determina la necessità di forme di bilanciamento ancorate alla scala valoriale desumibile dalla Costituzione, oltre che ai generali principi di ragionevolezza, proporzionalità e trasparenza.

Inoltre, poiché sono destinati ad assurgere alla caratteristica di "pubblici" molti interessi variamente interferenti fra loro, ed in un quadro di risorse non solo limitate ma anche tendenzialmente scarse, si delinea la necessità di regole giuridiche idonee a contestualizzare (oltre a rendere partecipate e trasparenti) le valutazioni e le scelte, affinché il relativo ordine temporale non ne alteri di per sé decisamente l'ordine, ancora una volta in ossequio ai più generali principi dell'ordinamento come quello democratico e quello dell'eguaglianza.

Ciò comporterebbe una più marcata attrazione anche delle complessive politiche pubbliche, come tali, nell'area del giuridicamente rilevante, che appare vieppiù riduttivo parametrare essenzialmente (come si tende a fare oggi) ai singoli atti, normativi o amministrativi che siano, ancorché considerati unitamente

al loro processo di formazione, o (a tutto concedere) alla prospettiva di studio che estende lo sguardo all'attività amministrativa ed in seno ad essa alle operazioni amministrative¹²⁴.

Altra tematica di rilievo (anche organizzativo-istituzionale) appare essere quella di un'aperta, partecipata, tecnicamente adeguata base conoscitiva per la formazione delle politiche e delle corrispondenti decisioni pubbliche e di un solido e verificabile raccordo fra i due aspetti.

Ciò richiede, innanzitutto, che negli apparati pubblici vi siano strutture ed uffici in possesso delle necessarie cognizioni e competenze tecniche e delle necessarie dotazioni, che siano posti in grado di operare, in modo indipendente, con adeguati *standard* di qualità ed in regime di trasparente e fecondo dialogo con i portatori di interesse ed il pubblico, al servizio della conoscenza obiettiva.

Sempre a proposito della base conoscitiva delle politiche pubbliche, si potrebbe riflettere su soluzioni specifiche, entro gli apparati amministrativi o comunque sotto un adeguato controllo di questi, anche grazie alle crescenti potenzialità della digitalizzazione dei dati e della comunicazione, con meccanismi ufficiali attendibili preordinati alla validazione delle conoscenze o alla misurazione degli eventuali gradi di incertezza.

Verrebbero così fissati i presupposti per una serie di ulteriori questioni più ampie e rilevanti.

Si pensa, in particolare a specie più precise e cogenti di disciplina dei partiti e delle formazioni politiche,¹²⁵ che invero già la Costituzione (inattuata sul punto) aveva demandato al legislatore di formare e, più in generale, delle "carriere" dei politici, in modo che questi ultimi possano effettivamente essere al servizio dell'interesse pubblico, e non viceversa¹²⁶, con adeguate competenze e con un sufficiente grado di indipendenza (da interessi particolari) che consenta loro un agire coscienzioso e fedele al ruolo di rappresentanza.

¹²⁴ Il riferimento è a F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. VI agg. Milano, 2002, 75 ss., ripreso, fra gli altri, da D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, E.S.I., 2005.

¹²⁵ Spunti di grande interesse sono forniti, in tal senso, da A. RUGGIERI, *I malati*, cit., che propone una maggiore apertura dei partiti (prima ancora che delle istituzioni) alla società ed agli esperti, nella definizione delle loro politiche, quale antidoto alla grave crisi nella quale i partiti stessi oggi si trovano ed alle conseguenze che questa spiega sulle istituzioni. Il tema dell'inattuazione dell'art. 49 Cost. e le principali posizioni della dottrina in merito, sono esaminati, fra gli altri, da D. MORANA, *Partiti*, cit. 8 ss.

¹²⁶ Osserva F. BASSANINI, *Indirizzo*, cit., 7, che una parte del nostro ceto politico, molto di più a livello nazionale che non a livello locale - anche perché a livello locale il contatto diretto con i cittadini impone alla politica una maggiore attenzione ai risultati, alla qualità dei servizi e delle prestazioni erogate - ha difficoltà a capire che, nel momento in cui si ricopre un incarico di governo, si assume un impegno che richiede tempo e dedizione. Secondo l'Autore, un dirigente di partito che diventa ministro o sottosegretario, o assessore regionale, per lo più continua a fare quello che faceva prima, salvo dedicare un paio d'ore al giorno per occuparsi delle cose del ministero o dell'assessorato, ma per il resto proseguendo nelle stesse attività di partito, andando alle stesse riunioni, intervenendo a Porta a Porta o a Ballarò, ricevendo clienti e portaborse, e via dicendo. Dunque il ceto politico italiano per lo più ignora o finge di ignorare che governare e amministrare è un lavoro, duro e impegnativo.

Correlativamente, il disegno potrebbe essere arricchito da un nuovo approccio alla comunicazione pubblica e sociale politicamente rilevante, nonché alla rendicontazione dell'attività istituzionale, a presidio di un'opinione pubblica non accecata né illusa da strategie di *marketing* e da notizie ed opinioni *fake*.

A completamento del quadro, si direbbe necessario pensare a forme sindacatorie e rimediali sull'attività politica e sulle politiche pubbliche, di natura anche oggettiva, nell'interesse dell'ordinamento (in parallelo con le forme giurisdizionali classiche a tutela delle situazioni giuridiche soggettive).

BARBARA MAMELI

Ricercatrice di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali dell'Università degli Studi del Piemonte Orientale "A. Avogadro"

EFFICIENZA AMMINISTRATIVA E DISCREZIONALITÀ AI TEMPI DELLA PANDEMIA.

ADMINISTRATIVE EFFICIENCY AND DISCRETION DURING THE PANDEMIC.

SINTESI

La pandemia ha lasciato un chiaro messaggio che sottolinea l'inefficiente gestione politica ed amministrativa dei diritti fondamentali e delle risorse pubbliche, ma anche il grave problema che il primato dell'economia ha comportato per la salute, non solo umana ma dell'intero Pianeta.

Soltanto un corretto ed efficiente esercizio del potere consentirà l'ottimale impiego delle risorse e l'attuazione del progetto di una nuova società più rispettosa del testo costituzionale. Il potere politico dovrebbe tornare a compiere accurate scelte nelle competenti sedi istituzionali, l'agire del soggetto pubblico essere sottoposto a sindacato giurisdizionale e a responsabilità per garantire che l'esercizio del potere non si discosti dal dettato costituzionale.

Senza l'intervento della magistratura (Corte Costituzionale e giudice amministrativo) il rischio che la Costituzione non venga attuata, o sia attuata male, è elevato: la pandemia lo ha reso evidente.

La legittimazione del potere pubblico si giustifica solo se ed in quanto l'esercizio dell'autorità sia funzionalizzato ad assicurare il godimento dei diritti, e deve essere valutata sotto tale aspetto.

La responsabilità precontrattuale, intesa quale fiducia che il privato ripone nella professionalità e capacità della PA, potrebbe consentire di ampliare il sindacato nei confronti del corretto adempimento dei doveri, anche qualora l'amministrazione si determini a non esercitare il potere o ad esercitarlo in modo non efficace.

ABSTRACT

The pandemic has left a clear message that underlines the inefficient political and administrative management of fundamental rights and public resources, as well as the serious problem that the primacy of the economy has entailed, not only for the human health, but also for the entire planet.

Only correct and efficient exercise of power will allow the optimal use of resources and the implementation of a new community project, more compliant with the constitutional text. Political power should once more making careful choices in the competent institutional *fora*; the actions of the public authorities

must be subject to judicial review and be responsible for ensuring that the exercise of power does not deviate from constitutional provisions.

Without the intervention of the judiciary (the Constitutional and Administrative Courts), the risk that the Constitution is not implemented, or is implemented poorly, is high: the pandemic has made this abundantly clear.

The legitimacy of public power is justified only if – and insofar as – the exercise of a public authority is functional to the enjoyment of rights and must therefore be evaluated from this perspective.

Pre-contractual liability, as the trust that the private individual seeks in the professionalism and capacity of the public administration, could allow the expansion of judicial review with regard to the correct fulfilment of public duties, even if the administration decides not to exercise its power or to exercise it inefficiently

PAROLE CHIAVE: emergenza – diritti fondamentali – discrezionalità politica e amministrativa – efficienza – responsabilità.

KEYWORDS: emergency – fundamental rights – political and administrative discretion – efficiency – responsibility.

INDICE: 1. Introduzione. - 2. Il testo costituzionale. Politica e amministrazione. 3. La discrezionalità politica e quella amministrativa. - 4. L'efficienza amministrativa. Le difficoltà nel raggiungerla e la necessità di valutarla. - 4.1. Segue: le scelte per garantire l'efficienza. Le problematiche legate al diritto alla salute. - 4.2. Segue: Una nuova interpretazione del diritto alla salute. Il controllo del soggetto pubblico. - 5. Deresponsabilizzazione e semplificazioni non sono strumenti per “costruire” una nuova amministrazione. L'esigenza di rilanciare l'economia e i diritti fondamentali.

1. Introduzione.

"(...) se lo Stato di diritto non viene rispettato, l'emergenza sanitaria rischia di diventare una catastrofe per i diritti umani, i cui effetti nefasti supereranno di gran lunga la pandemia stessa" (Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, Michelle Bachelet).

La relazione annuale del Presidente della Corte Costituzionale si conclude con una riflessione sull'anno 2020, evidenziando che: “Il nuovo anno è stato aperto da una contingenza davvero inedita e imprevedibile, contrassegnata dall'emergenza, dall'urgenza di assicurare una tutela prioritaria alla vita, alla integrità fisica e alla salute delle persone anche con il necessario temporaneo sacrificio di altri diritti”¹.

Si prosegue osservando che la nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza²: “non si rinvenivano clausole di so-

¹ M. CARTABIA, *L'attività della Corte Costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, in www.cortecostituzionale.it.

² Cfr., invece, per una espressa previsione in tal senso: art. 48 Costituzione di Weimar; art. 16 Costituzione francese, art. 116 Costituzione spagnola, art. 48 Costituzione ungherese.

sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi nei tempi eccezionali, né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri"³.

Il richiamo, nel confermare l'estraneità della situazione emergenziale come disciplina del nostro ordinamento giuridico, pare esplicito appello all'esercizio più accorto dell'attività politica, quale continua ponderazione tra diritti fondamentali al fine di garantire l'efficace rispetto di quanto consacrato nel testo costituzionale. Dinnanzi a situazioni che rendono fragile la società, il richiamo è all'autorità, ad una gestione efficiente da parte della politica e dell'amministrazione.

Ciò nonostante, abbiamo assistito ad un abbandono della discrezionalità politica ed amministrativa, ad una gestione della pandemia mediante l'esplicazione di un modello autoritario, lontano dal principio costituzionale della «leale collaborazione» tra i poteri dello Stato e dal necessario continuo bilanciamento tra il principio costituzionale dell'autonomia dell'ambito politico e quello del rigoroso rispetto dei principi sia procedurali che sostanziali che la Costituzione impone⁴.

Di fatto, la sovranità popolare è stata frequentemente sostituita da *task force* e comitati tecnico/scientifici⁵.

Proprio quando si è resa più evidente la necessità di una accorta e tempestiva attività dei poteri costituzionali, abbiamo assistito all'inerzia, in violazione di quel dovere di esercizio dell'attività amministrativa per garantire e tutelare i diritti inviolabili⁶.

La soluzione adottata emerge in tutta la sua problematicità se si osserva che sulla pandemia in atto non esiste alcuna certezza scientifica e che, comunque, qualsiasi risultanza scientifica deve sempre confluire in una accorta valutazione politica rispettosa dell'intero testo costituzionale⁷.

³ M. CARTABIA, *L'attività della Corte Costituzionale nel 2019*, cit.

⁴ L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e stato di diritto*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e Principi del regime repubblicano*, Roma – Bari, 2006.

⁵ La stessa Corte costituzionale, a partire dalla sentenza 20 maggio 1998, n. 185, distingue ruolo e funzioni degli organismi tecnico-scientifici in campo sanitario (cfr. art. 1, co. 1, Statuto dell'Istituto superiore di sanità), da ciò che va invece demandato alle decisioni politico-amministrative.

⁶ M. MONTEDURO, relazione al webinar *Emergenza, pandemia, sovranità popolare e diritti della persona*, organizzato da questa Rivista e tenutosi in data 3 luglio 2020, il quale, condivisibilmente, ravvisa la fonte del dovere di intervento agli artt. 2 e 114 della Costituzione, laddove si afferma che la Repubblica "garantisce" i diritti inviolabili e ne richiede l'adempimento da parte degli enti pubblici territoriali.

⁷ Secondo M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2018, n. 1, 4, ss. "Una trama così fitta di rapporti da regolare non può essere affidata direttamente al Parlamento, che non sarebbe in grado di seguire l'evoluzione tecnologica e degli assetti di mercato e di porre una disciplina di dettaglio adeguata. Da qui la necessità per il Parlamento di limitarsi alle "macroregole" che lasciano ampi spazi alla normazione secondaria. Quest'ultima, però, non viene affidata al Governo, bensì ad apparati di nuova generazione come le autorità amministrative indipendenti, dotate di competenze tecniche e di professionalità elevate e che, in linea con la natura condizionale della regolazione, sono sottratte in larga misura agli indirizzi governativi e scollegate dal circuito politico-

Anche per affrontare la difficile ripresa economica del nostro Paese, aggravata ma certamente non creata dalla pandemia, si prosegue con una commistione di poteri, attribuendo un ruolo predominante alle *task force* e ai comitati tecnico-scientifici, le cui risorse di discrezionalità tecnica sono talmente ridotte da eliminare qualsiasi certezza e, spesso, le soluzioni offerte comportano l'invasione della sfera riservata alla discrezionalità politica ed amministrativa, nella convinzione che la grave crisi debba essere gestita interamente da una politica estranea all'ordinamento costituzionale e condizionata dalla volontà di alcuni "esperti" non legittimati dal popolo sovrano⁸.

L'attuale situazione pare il frutto di una ormai cristallizzata idea di un potere pubblico corrotto e, comunque, inefficiente⁹, aggravata dalla convinzione per cui l'efficiente attuazione del testo costituzionale si misura con la efficiente gestione delle risorse pubbliche.

Per diversi anni abbiamo assistito alla tendenza di ridurre l'intervento pubblico a favore dell'iniziativa privata, nell'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale costituzionalizzato all'art. 118, 4 co., convinti che fosse la soluzione migliore a garantire efficienza.

Si è, però, trascurato che il soggetto privato non è la persona istituzionalmente incaricata di perseguire l'interesse pubblico e che potrebbe, anzi, ostacolarlo per realizzare fini personali¹⁰. Non è un caso se proprio l'attuale stato di emergenza abbia avuto, come immediata conseguenza, una maggiore richiesta di intervento del soggetto pubblico.

È evidente pertanto che, se la sostituzione dell'amministrazione con il privato rappresenta un rischio, occorre investire sul soggetto pubblico, dotandolo di tutte quelle caratteristiche (capacità economica, tecnica, etc.) che caratterizzano il privato, mediante l'elaborazione di soluzioni che impongano l'efficienza, quali la riorganizzazione della PA, strumenti per stimolare comportamenti virtuosi ma, anche, il perseguimento di una migliore capacità conoscitiva del soggetto pubblico, indispensabile presupposto per la ponderazione¹¹.

Pare rilevante una attenta riflessione sulla discrezionalità amministrativa, quale potere che si esplica nel rapporto tra norme e atti amministrativi, ma che

rappresentativo. In questo modo, esse sono in grado di garantire stabilità di assetti normativi e promuovere investimenti di lungo periodo da parte degli operatori".

⁸ Gli economisti, per esempio, propongono agli organi politici soluzioni per aumentare il profitto senza ponderare tale fine con il benessere sociale, ma anzi finendo con il far coincidere quest'ultimo con la quantità di beni e servizi a disposizione del consumatore.

⁹ Lo stesso decreto legge "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale" approvato lo scorso 7 luglio (d.l. 16 luglio 2020, n. 76), nel dettare la disciplina per fronteggiare la situazione di pandemia, sembra limitare l'esercizio del potere imponendo (i) termini abbreviati per la ponderazione (anche in ipotesi di conferenza di servizi), (ii) l'ampiamiento delle ipotesi di silenzio-assenso sul presupposto si possa prescindere da una valutazione amministrativa, (iii) la nomina di commissari straordinari quando la fattispecie è ritenuta troppo impegnativa per un inadeguato soggetto pubblico.

¹⁰ La gestione della sanità rappresenta un valido spunto di riflessione.

¹¹ Sul tema cfr. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 20; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.

costituisce anche lo specchio del sistema delle fonti in termini di organizzazione costituzionale, ossia dei rapporti tra gli organi costituzionali e, in definitiva, degli equilibri della forma di governo¹².

Non si ritiene che il principio di precauzione possa coincidere con una generalizzazione del principio della paura e divenire strumento per sacrificare diritti fondamentali¹³. D'altra parte, proprio la corretta applicazione del principio di precauzione presupporrebbe di considerare non soltanto i vantaggi, ma anche gli svantaggi dell'adozione di determinate misure di cautela, nonché una diffusa e tempestiva trasparenza dei risultati dalla valutazione scientifica e/o della valutazione del rischio, e non pare che alcuna di tali condizioni sia stata rispettata¹⁴.

A ciò deve aggiungersi che, anche ravvisato il rischio attraverso il principio di precauzione, non può prescindersi dall'esercizio dell'attività politica ed amministrativa quale ponderazione e bilanciamento dei diritti e delle libertà fondamentali¹⁵.

Il presupposto insindacabile dell'attuale situazione è rappresentato dall'inefficienza amministrativa; il problema, però, resta quello di comprendere se il potere di assumere decisioni politiche resti affidato agli organi che manifestano la volontà sovrana e a quale organo sarà demandato il compito di concretizzarle¹⁶.

L'amministrazione, infatti, compie scelte con il limite dell'interesse pubblico fissato dal legislatore¹⁷, negli ambiti lasciati liberi dalla norma mediante "ponderazione di interessi"¹⁸.

¹² E. GROSSO, *Tra discrezionalità e arbitrio. Alla ricerca del custode dell'interesse generale nelle società complesse*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2018, 1191 e 1192.

¹³ Il diffuso allarmismo (far percepire la paura), grazie anche all'utilizzo incontrollato delle diverse forme di comunicazione (non istituzionali) oggi esistenti, costituisce la premessa per l'ampliarsi della richiesta di sicurezza e ha costituito la giustificazione del sacrificio di tutti i diritti fondamentali (come si vedrà, salute compreso), nonché l'abdicazione del popolo sovrano a favore di soggetti tecnici variamente nominati.

¹⁴ Cfr. TAR Piemonte, Sez. I, 22 gennaio 2018, n. 99 e, per un esempio dell'applicazione del principio durante lo stato di emergenza determinato dalla pandemia, Tar Campania, Sez. V, ordinanza 22 aprile 2020, n. 826.

¹⁵ D. SORACE, *Libertà delle persone con disabilità e discrezionalità delle amministrazioni pubbliche*, in R. Belli (a cura di) *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Milano, 2000, 41-43; M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: natura e caratteri*, in G. Carloti, A. Clini (a cura di), *Diritto amministrativo. I. Parte sostanziale*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 107-112.

¹⁶ Si rinvia a quanto affermato da M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo. Natura e caratteri*, cit., dove si sottolinea il dovere (art. 2 co. 1, L. n. 241/1990, artt. 51, co. 3 e 54, co. 2 Cost.) dell'amministrazione di esercitare il potere: "essa esercita teleologicamente il suo ufficio a servizio degli interessi pubblici, ha lo scopo di servire i cittadini titolari della sovranità attribuita al popolo".

¹⁷ Principio di legalità. Utile potrebbe essere l'attenta riflessione sul significato che il principio assume nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dove, interpretando il disposto di cui all'articolo 7 CEDU, si afferma che la legge, oltre ad attribuire il potere e ad indicare le modalità di esercizio, deve essere anche accessibile e prevedibile, giungendo, quindi, ad imporre non solo l'esercizio del potere legislativo ma altresì l'apprezzabilità qualitativa della legge stessa. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 14 aprile 2015, *Affaire Contrada c. Italie*, in

Il primo passo, pertanto, è rappresentato dalla necessità che il legislatore persegua la volontà del popolo sovrano, attuando il disegno costituzionale e guidando l'amministrazione nella concretizzazione dello stesso¹⁹.

Negli ultimi decenni, sul presupposto dell'incapacità dell'amministrazione, si è tentato di perseguire l'efficienza attraverso una normazione sempre più di dettaglio, tale da ridurre al minimo la funzione amministrativa²⁰. Il risultato ha portato ad una incessante produzione di norme di difficile interpretazione e applicazione concreta, che richiederebbero sistematizzazione e razionalizzazione e che, di fatto, hanno aggravato l'inefficienza amministrativa²¹.

Così, per esempio, gli appalti pubblici che, come prevedibile, divengono lo strumento prescelto per la ripresa economica, rischiano di ingessare la stazione appaltante alla rigidità della struttura della gara, agevolando risultati non soddisfacenti, ritardi e contenzioso.

Anche la riforma della sanità prende le mosse dalle incapacità del pubblico e dal necessario ricorso al settore privato.

2. Il testo costituzionale. Politica e amministrazione.

Due paiono essere i punti fermi evidenziati dalla pandemia: il potere pubblico abdica al suo ruolo costituzionale abbracciando l'inerzia e, demandando l'espletamento dei propri compiti a commissari straordinari, *task force*, comitati tecnico/scientifici etc., cristallizza la completa assenza della politica.

Se il nostro ordinamento si caratterizza per un rapporto tra politica e amministrazione complesso e contraddittorio, non può dimenticarsi che il testo costituzionale, agli artt. 97 e 98, configura l'amministrazione come autonoma, «gestita da impiegati al servizio esclusivo della Nazione» e l'art. 1 della L. n. 241 del 1990 richiama espressamente i principi europei di efficienza, efficacia nonché, più in generale, il diritto ad una buona amministrazione²².

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153771>; Id., 23 febbraio 2017, *Case of De Tommaso v. Italia*, in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171804>.

¹⁸ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939.

¹⁹ Cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 97 ss., dove l'amministrazione è posta tra le istituzioni e la società. G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, 323.

²⁰ Esemplificativo è il codice appalti, d. lgs. n. 50/2016, oggi oggetto di proposte di abrogazione, disapplicazione o modifica. Cfr. *infra*, ultimo paragrafo.

²¹ Ciò, come è stato osservato, rischia di accreditare l'idea del declino, fino all'irrilevanza, della stessa legittimazione legale-razionale del potere pubblico, M. DOGLIANI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, 2012, 4.

²² Il diritto ad una buona amministrazione è stato sancito espressamente come tale, per la prima volta, con l'adozione della Carta dei diritti dell'Unione europea (CDUE), proclamata a Nizza nel dicembre 2000, e divenuta giuridicamente vincolante a partire dal 1 dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Tra i molti studi dedicati al tema, P. CALLANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in Studi in memoria di V. Bachelet, Mi-

È compito dell'esercizio discrezionale del potere legislativo (politica) operare continui "bilanciamenti" tra i diritti costituzionali²³, ma qualsiasi ponderazione non può giungere ad intaccare lo stesso sistema costituzionale ed il rapporto tra organi costituzionali²⁴.

Se si intende rispettare il testo costituzionale non si vede strada differente rispetto alla necessaria valorizzazione dell'amministrazione, introducendo, nello stesso tempo, opportuni strumenti per garantire l'efficacia e l'efficienza dell'operato, ma anche l'abbandono di una visione aziendalistica dell'amministrazione²⁵.

Sicuramente l'esercizio del potere pubblico ha un costo: l'attuazione dei diritti fondamentali rappresenta un costo. Si ritiene, però, che l'attenta lettura della Costituzione imponga di affermare che sono i diritti fondamentali a dover indirizzare l'economia, e non viceversa²⁶. Questo implica, altresì, la necessità di sostituire i limiti di bilancio con i limiti del rispetto dei diritti fondamentali. Come precisato dalla Corte Costituzionale, spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione dei diritti fondamentali, affini-

lano 1987; W. MORGESE, *Buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione: considerazioni in ordine al controllo dell'azione amministrativa*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Milano, 1995; D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, in www.costituzionalismo.it; R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento della pubblica amministrazione tra forma e sostanza*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli 2011; C. PINELLI, *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011; G. NAPOLITANO, *Liberalizzazioni e buona amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015. Si osservi che, anche al fine di perseguire la buona amministrazione, anziché affidarsi agli strumenti in mano al soggetto pubblico, il legislatore ha ritenuto, sul presupposto dell'inefficienza della PA, di introdurre l'istituto della partecipazione del privato per migliorare la scelta amministrativa.

²³ Trattasi di scelta politica in ordine alla realizzazione concreta del dettato costituzionale, che deve essere posta in essere dagli organi che hanno tale potere e che dovrebbe formare oggetto di controllo da parte della Corte Costituzionale in merito alla corretta implementazione della Costituzione (attuazione e tutela dei diritti fondamentali).

²⁴ Sull'ambito di discrezionalità che la Costituzione riserva al potere legislativo, inviolabile per la Corte Costituzionale, cfr., per es., Corte Cost., n. 100/81; Id., n. 293/00; Id., n. 218/94, riferita alla possibilità di sottoporre una lavoratrice a rischio per la trasmissione dell'AIDS ad accertamenti sanitari obbligatori non previsti dalla legge. La Corte bilancia l'interesse individuale alla non sottoposizione ad accertamenti sanitari (art. 32 Cost.) con l'interesse collettivo alla salute pubblica (sempre art. 32 Cost.), e giunge ad affermare che la salute non è solo posizione giuridica soggettiva attiva di pretesa ma anche bene collettivo (pur non sussistendo un "dovere alla salute"). La Corte ritiene prevalente l'interesse collettivo che, però, incontrando il limite della dignità umana, non può giungere a sacrificare integralmente l'interesse individuale (il diritto alla riservatezza e al lavoro sono salvaguardati in quanto compatibili con lo stato di salute).

²⁵ In particolare cfr. d. lgs n. 150/2009 e la successiva disciplina, nonché i numerosi soggetti deputati al controllo del suo operato (es. ANAC) e la disciplina sulla trasparenza.

²⁶ Questi anni, invece, si sono caratterizzati per il favore riconosciuto a politiche di liberalizzazione dei mercati, per il ridimensionamento del ruolo degli organi politici e per il prevalere di logiche di mera efficienza economica, con i risultati che la pandemia ha mostrato.

ché la loro affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale²⁷.

Sempre secondo il giudice della Costituzione “La natura fondamentale del diritto, (...) impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati». Tale effettività non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto, nel quadro dei compositi rapporti amministrativi e finanziari degli enti territoriali coinvolti”.

Occorre, quindi, che organi politici ed amministrativi giustificino le scelte effettuate con la più efficiente attuazione del testo costituzionale, garantendo che le risorse disponibili siano destinate a garantire l’attuazione di tali diritti²⁸.

La pandemia ha reso evidente come i tagli alla sanità ed alla ricerca scientifica, per privilegiare sviluppo ed economia, si siano dimostrati scelte tali da comportare lesione di molti diritti fondamentali. È altresì possibile che le scelte compiute a danno del nostro ecosistema abbiano gravemente intaccato il diritto alla salute, aprendo facili vie a future epidemie.

A sostegno di quanto affermato, si cita ancora una volta la Corte Costituzionale, la quale chiarisce, senza lasciare alcun margine di dubbio, che: “È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”, rendendo evidente come, nel rapporto tra diritti fondamentali ed economia, siano i primi a dover prevalere²⁹.

Diviene quindi di estrema importanza stabilire priorità e modalità con cui perseguire le finalità individuate in sede politica, anche per ampliare le responsabilità ed il controllo da parte del popolo sovrano, titolare dei diritti e delle libertà fondamentali³⁰.

La politica deve guidare il cambiamento, dove l’economia possa coniungersi con il benessere del popolo, sia capace di evitare il collasso ambientale,

²⁷ Corte Cost., 19 ottobre 2016, n. 275, riferita al diritto all’istruzione del disabile, come consacrato nell’art. 38 Cost.

²⁸ Con riferimento al diritto alla salute, osserva M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra stato e regioni*, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M. C. Grisolia (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, “il totale delle risorse economiche disponibili per un concreto sistema sociale è rappresentato, ovviamente, da una quantità definita e non illimitata, ma non è affatto un dato la distribuzione di quel totale. Sull’esercizio doveroso dell’agire amministrativo, si rimanda a F.G. SCOCA, *Il termine giudiziale nell’adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, Milano, 1965.

²⁹ La relazione tra Pil ed occupazione, che aveva caratterizzato lo sviluppo economico moderno, è ormai in crisi e difficilmente è possibile riproporla.

³⁰ Si rinvia, in generale, a G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell’odierno quadro costituzionale*, in *Dir. econ.*, 2002, 475 ss.; per interessanti approfondimenti, L.R. PERFETTI, *Forme della sovranità della persona. Emergenze e poteri*, in *questa Rivista*, 2020, 2 ss.; Id., *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti in onore di F.G. SCOCA, in corso di pubblicazione*.

gravi danni alla salute e raggiungere l'attuazione efficiente del testo costituzionale³¹.

Ad un momento in cui si chiede maggiore intervento pubblico e un cambiamento della società non può che conseguire un profondo ripensamento dell'amministrazione e, inevitabilmente, maggiore responsabilità, da perseguire anche attraverso le vie giurisdizionali.

Le misure di semplificazione adottate non si ritengono adeguate. La semplificazione è stata già utilizzata nel tentativo di rilanciare l'economia, liberandola da vincoli posti dalla pubblica amministrazione (dal necessario rapporto iniziativa economica-atto amministrativo) per evitare che l'amministrazione potesse intralciare il libero scambio e gli investimenti. I risultati sono sotto gli occhi di tutti: semplificazione non coincide con efficienza, sicché si rende necessario un ripensamento dell'esercizio del potere politico e amministrativo.

Nello stesso tempo occorre stabilire un nuovo rapporto tra politica ed amministrazione. Troppo spesso, dinnanzi ad una amministrazione inerte o inefficiente, il legislatore interviene mediante leggi provvedimento nel tentativo di vincolare la scelta amministrativa³², spesso con il risultato di rendere estremamente complessa la lettura e l'applicazione delle disposizioni. Sovente il giudice amministrativo diviene così il soggetto chiamato a dare impulso all'amministrazione, anche sostituendosi alla stessa³³. Il suo ruolo, però, non è quello di realizzare l'interesse pubblico, bensì quello di garantire piena tutela alla posizione sostanziale lesa fatta valere in giudizio.

3. La discrezionalità politica e quella amministrativa.

Diversi sono gli scenari e le possibilità: siamo sommersi da enormi quantità di dati, idee, promesse e minacce.

³¹ Esistono ormai da molti anni degli indicatori che cercano di andare oltre il Pil. In Italia, ad esempio, l'Istat e il Cnel hanno prodotto il BES (Benessere Equo e Sostenibile), e anche l'Ocse ha un indice chiamato *Better Life*. Tutti utilizzano un cruscotto di indicatori economici, sociali e ambientali. Questo tipo di informazioni è fondamentale per garantire una bussola non esclusivamente "mercataista" lungo traiettorie di crescita e sviluppo realmente sostenibili per l'economia e la società.

³² Il legislatore non può proceduralizzare ogni scelta dell'amministrazione. Quest'ultima deve essere responsabilizzata e migliorare le proprie capacità.

³³ È evidente che, di fronte ad una tale incertezza applicativa, il pubblico dipendente spesso sceglie di proteggere se stesso piuttosto che il pubblico interesse, finendo con il restare inerte per paura di sbagliare. Sotto questo profilo può vedersi favorevolmente la scelta del legislatore del decreto legge "semplificazione" approvato il 7 luglio 2020, laddove prevede, fino al 31 luglio 2020, la limitazione della responsabilità per danno erariale per le azioni al solo dolo, lasciando invariata la responsabilità anche per colpa grave per quanto riguarda le omissioni. I funzionari sono così esposti in misura maggiore per eventuali omissioni o inerzie, piuttosto che nel caso di condotte attive. Si evidenzia in tal modo che è preferibile l'adozione di un provvedimento illegittimo piuttosto che l'inerzia o l'esercizio arbitrario dell'autotutela. Come tuttavia già anticipato, ciò non è sufficiente. È necessario che l'attenzione si sposti dall'attività amministrativa all'organizzazione dell'amministrazione e agli strumenti di cui questa dispone per garantire una completa conoscenza delle situazioni di fatto.

Si potrebbe anche riflettere se non si sia di fatto introdotta una nuova forma di censura che, se può operare, come insegna il passato, bloccando il flusso di informazioni, ai nostri giorni si attua inondandoci di informazioni irrilevanti o comunque opinabili³⁴.

Nei tempi passati deteneva il potere chi aveva accesso alle informazioni; oggi, per conoscere e comprendere, occorre grande abilità nel sapere cosa ignorare.

Come già evidenziato in premessa, l'esercizio della discrezionalità è estremamente arduo. Le influenze esterne, congetture più o meno plausibili, si impongono, sostituendo accurate ponderazioni politiche ed amministrative.

Così, la stessa qualificazione dell'attuale situazione è controversa³⁵. Mentre l'evento catastrofico naturale (alluvione, terremoto, incendio, etc.) è un mero accertamento di un fatto oggettivo, l'evento della pandemia è discrezionale.

Ma la qualificazione della situazione epidemica attuale è dirimente, come la corretta ponderazione degli altri interessi coinvolti.

L'attenzione deve, quindi, incentrarsi sulla qualificazione dell'eccezionalità dell'evento (accertamento del fatto e sua qualificazione) e sul contenuto della volizione pubblica, considerando la necessità di deroghe alle garanzie costituzionali e l'eventuale misura della soppressione dei diritti fondamentali.

L'espletamento corretto di tale procedimento non può prescindere dall'applicazione dei principi fondamentali del diritto europeo (ragionevolezza, proporzionalità, precauzione), nonché dei criteri rinvenibili nel nostro ordinamento costituzionale, quali: necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità.

L'attività di prevenzione deve trovare spazio predominante: la ricerca scientifica e un sistema sanitario efficiente divengono priorità³⁶. Entrambi han-

³⁴ È curioso come anche le informazioni riguardanti la pandemia, la pericolosità del virus e i rischi connessi alla diffusione dello stesso cambino unicamente in ragione delle finalità perseguite dal Governo. Così, in questi giorni, dove è preminente far ripartire l'economia, si parla di cambiamento del virus e di una sua minore aggressività senza che sussista alcun fondamento scientifico in merito.

³⁵ Anche gli organi dell'Unione europea hanno evitato di esercitare quei poteri che il TFUE garantisce loro. Ai sensi dell'art. 168, co. 2, TFUE, l'Unione è tenuta (i) ad attivarsi per prevenire le malattie e affezioni e per eliminare le fonti di pericolo per la salute fisica e mentale e (ii) ad adottare misure di incentivazione "per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera (...) e (...) contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero", mentre ai sensi dell'art. 196 TFUE, "L'Unione incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri al fine di rafforzare l'efficacia dei sistemi di prevenzione e di protezione dalle calamità naturali o provocate dall'uomo".

³⁶ Osserva L. PERFETTI, relazione al webinar *Emergenza, pandemia, sovranità popolare e diritti della persona*, organizzato da questa Rivista e tenutosi in data 3 luglio 2020, che dell'emergenza è fatto un uso distorto. L'emergenza dovrebbe consistere in uno strumento per tutelare i diritti fondamentali, non per reprimerli. Di fatto continuiamo a vivere in uno stato di emergenza poiché tale situazione ha completamente sostituito la fase della prevenzione, la sola che può evitare la situazione di emergenza.

no mostrato le profonde lacune, determinate dalla pregressa gestione politica e amministrativa.

Il degrado ambientale esistente, frutto di scelte politiche in violazione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, ha probabilmente offerto le condizioni favorevoli all'azione patogena del coronavirus³⁷.

L'esercizio discrezionale efficiente, politico e poi amministrativo nella sua corretta attuazione concreta, se esercitato nel rispetto dei diritti fondamentali - la salute in primo luogo - non può prescindere da un profondo cambiamento rispetto al vicino passato.

Proprio la corretta ponderazione tra diritti e libertà fondamentali, che inizialmente ha costretto all'isolamento per limitare il contagio e tutelare un aspetto del diritto alla salute pubblica, adesso impone agli organi politici ed amministrativi di trovare soluzioni idonee a tutelare gli equilibri naturali, impostando su basi nuove il rapporto tra uomo e natura in un'ottica di equilibrio ecologico e di un nuovo approccio al mercato e all'economia.

Il primato del mercato, accompagnato da algoritmi e formalismo, ha da un lato ingessato le scelte dei soggetti pubblici e, dall'altro, alimentato la crisi economica.

Il coronavirus ha avuto l'effetto di privarci temporaneamente dei diritti fondamentali, ma anche di farci comprendere come questi non siano stati efficientemente attuati. È ormai evidente come un improvviso pericolo sia in grado di far crollare l'attuale precario e debole assetto dei diritti e delle libertà fondamentali.

L'informatizzazione che ci ha coinvolto negli ultimi periodi potrà essere implementata ed utilizzata per migliorare l'efficienza, mentre il denaro pubblico dovrà portare risultati concreti per trovare soluzioni in grado di modificare la nostra società e tutti quei comportamenti che hanno portato all'attuale degrado messo a nudo dalla pandemia.

In questi giorni è evidente come la società abbia espresso una maggiore domanda di autorità, fiduciosa nelle capacità del pubblico. Adesso che la tutela della salute deve essere temperata con la ripresa economica, occorre che le decisioni, necessariamente da incanalare nell'ambito politico-amministrativo, siano in grado di trovare soluzioni in grado di preservare il nostro futuro nel pieno rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali.

Il perseguimento e la cura degli interessi pubblici non possono prescindere dall'esercizio della discrezionalità amministrativa. L'efficienza, però, im-

³⁷ Cfr. rapporto 2020: *Pandemie, l'effetto boomerang della distruzione degli ecosistemi, Tutelare la salute umana conservando la biodiversità*, in www.wmf.it. Sul necessario dialogo tra diritto ed ecologia, si rimanda a M. MONTEDURO, *Per una "nuova alleanza" tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre "le aree naturali protette"*, in *Giust.Amm.it.*, 2014, il quale, tra l'altro osserva la necessaria "precedenza/prevalenza/preminenza" della "difesa della vita nella dimensione ecologica, in quanto si tratta della precondizione indefettibile per la perpetuazione della vita nelle dimensioni sociale ed economica, dato che il collasso delle condizioni ecologiche che garantiscono la vita umana in senso bio-ecologico determinerebbe, inesorabilmente, il collasso di qualsiasi società ed economia, privando di esistenza e quindi di senso ogni discorso riferito ai relativi ordini di interessi. *Primum vivere*".

pone che il potere politico espliciti adeguatamente l'interesse generale al fine di consentire all'amministrazione di concretizzarlo.

La crisi politica ha contribuito a rendere patologica la crisi dell'amministrazione e ad aumentare le difficoltà nel perseguimento dell'efficienza amministrativa. Quest'ultima non può prescindere da una profonda trasformazione della politica, capace di identificare chiaramente i limiti entro i quali deve esercitarsi il potere della pubblica amministrazione.

Preoccupa come le priorità sembrino ancora una volta rivolte al mercato, mentre la ricerca di soluzioni alternative ed il ruolo pubblico nel condurre il cambiamento cedono ancora una volta il passo.

4. L'efficienza amministrativa. Le difficoltà nel raggiungerla e la necessità di valutarla.

Gli ultimi decenni hanno visto numerosi studi e riforme legislative, senza che però si raggiungesse il risultato auspicato, e soprattutto senza che fosse individuato il parametro alla luce del quale verificare se l'attività amministrativa fosse efficace ed efficiente (salvo l'ovvio, ma insufficiente, criterio del risparmio di risorse che, pur rispondendo ad economicità, spesso non integra l'efficienza).

Il buon andamento è stato esplicito quale criterio di efficienza che impone ai soggetti pubblici non soltanto l'applicazione delle norme, ma il raggiungimento del risultato concreto integrando elevati *standards* qualitativi ed economici³⁸.

Ci si è concentrati sulla necessità di riorganizzare l'amministrazione ispirandosi ai modelli manageriali, puntando su una maggiore separazione delle funzioni amministrativa e politica³⁹, per assicurare l'autonomia del dirigente ri-

³⁸ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI aggiornamento, Milano, 2002, 76; Id., *Per un'Amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, III, 4045 ss.

³⁹ La legge 7 agosto 2015, n. 124, di delega al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, ha inteso limitare il rapporto fiduciario tra funzione amministrativa e politica. L'elemento di novità è rappresentato dalla previsione della durata temporanea dell'incarico dirigenziale. L'art. 11 prevede che l'incarico abbia una durata di quattro anni, con facoltà per gli organi di indirizzo di rinnovare il contratto per una sola volta, ma solo previa valutazione positiva e congrua motivazione. La temporaneità dell'incarico dovrebbe favorire la mobilità dei dirigenti, evitando che questi ricoprano sempre le stesse posizioni e consolidino rapporti fiduciari con l'amministrazione presso cui sono in servizio. Tuttavia, la durata temporanea del contratto, se favorisce la mobilità dei dirigenti, costituisce anche un limite al processo di professionalizzazione della dirigenza che, allo scadere del termine, cambia uffici e competenze. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 251/2016, ha dichiarato incostituzionale l'art. 11 citato nella parte in cui, incidendo su materie di competenza concorrente, non ha previsto, per l'adozione dei decreti legislativi attuativi, l'accordo tra Stato e Regioni. Cfr., sulla organizzazione delle PA in generale, M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Foro it.*, 1979, 297 ss.; G. D'AURIA, *Giannini e la riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1270 ss.; M. R. SPASIANO, *L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione*, Napoli, 1995, 234 ss.; S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1985, 378.

spetto ai condizionamenti del potere politico e garantire l'imparzialità delle scelte (autorganizzazione e autonomia decisionale nell'attuazione del disegno normativo)⁴⁰.

La valutazione dei dirigenti ha rappresentato il riferimento principale per tentare di migliorare la qualità dei servizi offerti e per accrescere le competenze professionali. Si è costruito un sempre più fitto sistema di controlli, interni ed esterni, e si è ampliato lo spettro delle responsabilità. La trasparenza amministrativa, mediante l'introduzione dell'accesso civico e del Foia, avrebbe dovuto coinvolgere i cittadini nell'attività di controllo e garantire il corretto funzionamento dell'apparato amministrativo.

Trattasi sempre, però, di tentativi per raggiungere efficienza attraverso strumenti di controllo. E proprio l'intensificarsi degli strumenti di controllo contribuisce ad aumentare l'inerzia. 'Amministrazione di risultato' significa concepire un'amministrazione che deve tendere alla effettiva realizzazione delle esigenze che la collettività esprime, le quali non si esauriscono nella 'sana gestione finanziaria', come la stessa Unione europea impone.

L'ottimale utilizzo delle risorse disponibili rispetto agli obiettivi politici programmati presuppone di incentrare l'attenzione anzitutto sugli obbiettivi politici programmati e sulle capacità dell'amministrazione di concretizzarli.

In questa fase in cui il pericolo sanitario apparentemente lascia il passo alla ricostruzione sociale ed economica, gli organi di governo, pur confrontandosi con esperti terzi, dovrebbero assumere decisioni politiche, senza limitarsi a rimettere l'individuazione degli obbiettivi a scienze non univoche e che non contemplano l'attuazione dei diritti e le libertà fondamentali sanciti nel testo costituzionale.

Decisione politica e scelta discrezionale amministrativa devono continuare ad essere intese come ponderazione tra più interessi pubblici, e non divenire strumenti di perseguimento di risultati individuati da scienze non esatte.

L'integrale remissione alle valutazioni di esperti della scienza inevitabilmente condurrebbe alla violazione del testo costituzionale, alla creazione di diritti "tiranni" e all'abbandono della discrezionalità politica-amministrativa che sola può garantire l'attuazione dei diritti e delle libertà fondamentali.

Nella fase dell'emergenza sanitaria, per esempio, abbiamo assistito all'ampio dispiegamento delle forze dell'ordine per controllare i cittadini, anche quando passeggiavano solitari nei boschi⁴¹; l'esercizio discrezionale della politica e dell'amministrazione avrebbero, invece, ponderato le contraddittorie risultanze scientifiche con l'utilizzo razionale delle risorse pubbliche⁴².

⁴⁰ M. INTERLANDI, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: una "storia difficile"*, in *Dirittifondamentali.it* – Fasc. 1/2018.

⁴¹ Lettera aperta dei magistrati del Tribunale di Aosta, trasmessa al Governo per ricevere una interpretazione definitiva del decreto della presidenza del Consiglio dei Ministri che ha introdotto restrizioni sugli spostamenti dalla propria abitazione per evitare la diffusione del contagio.

⁴² Nello specifico, si legge nella lettera, l'esercito avrebbe potuto più ragionevolmente essere impiegato per aiutare persone che abitano in zone difficili da raggiungere. L'esercizio della discrezionalità avrebbe, infatti, suggerito di limitare i controlli nei boschi per perseguire

La decisione politica e quella amministrativa non possono prescindere dall'attenta lettura della Costituzione, ponendo regole che, se possono incidere e sacrificare diritti costituzionalmente garantiti per tutelare altri diritti di pari rango (nel caso, il diritto alla salute), non possono prescindere dal rispetto dei principi europei di ragionevolezza, proporzionalità, buona amministrazione.

Innanzitutto la pandemia ha evidenziato gli elementi di crisi della nostra democrazia, anche se si è cercato di nascondersi dietro la paura. Ci troviamo ora a fare i conti con il ritirarsi del contenuto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché con l'incapacità di governare i processi economici, assicurare i diritti sociali e garantire effettive condizioni di uguaglianza. Probabilmente ci troviamo davanti anche ad una violazione dello stesso diritto alla salute, spesso non considerato nelle scelte politiche degli anni passati e, in questi giorni, considerato solo se strettamente connesso alla pandemia.

Le scelte politiche e, di conseguenza, quelle economiche sono vincolate al rispetto di principi fondamentali ritenuti "indisponibili". In questa doverosa cornice, soltanto un corretto ed efficiente esercizio del potere consentirà l'ottimale impiego delle risorse e l'attuazione del progetto di una nuova società.

Il primo passo dovrebbe consentire l'eliminazione della fragilità dei poteri pubblici rispetto a mutamenti che provengono dal mercato, dalla tecnologia, da processi economici e finanziari.

La scelta di reagire alla perdita di autorevolezza dell'autorità e all'inefficienza della macchina pubblica, introducendo strumenti e modelli consensuali di diritto privato, o attraverso l'ampia applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, sostituendo il privato al soggetto pubblico, non ha funzionato.

Il legislatore ha enfatizzato la partecipazione, la presenza del privato, la semplificazione e la trasparenza, nella convinzione di poter sostituire gli apparati pubblici con le risorse economiche, tecniche, scientifiche del privato. Spesso, però, come più sopra affermato, trasparenza e partecipazione sono state strumentalizzate dal privato per perseguire interessi personali ostacolando il perseguimento dell'interesse pubblico, anche attraverso l'aggravamento dell'attività della PA. Si tratta di principi fondamentali che hanno consentito una profonda trasformazione dell'amministrazione pubblica dal modello kafkiano alla dimensione attuale ma, nello stesso tempo, necessitano di essere applicati con equilibrio nel rispetto dell'efficienza e non a scapito della stessa. Si rende necessario investire sul soggetto pubblico, sulla sua capacità di acquisizione delle conoscenze per poter scegliere, rendendolo consapevole della necessità di garantire la più efficiente attuazione del testo costituzionale.

Inoltre, proprio la trasparenza dell'agire dell'amministrazione dovrebbe essere concepita in modo differente. Se la consacrazione del principio nella Costituzione e la successiva finalità di prevenzione della corruzione hanno por-

l'interesse primario di agevolare gli anziani. Le risultanze scientifiche avrebbero dovuto essere elaborate ed adattate alle esigenze di un territorio che presenta caratteristiche differenti rispetto ad altre regioni d'Italia.

tato il legislatore ad introdurre, oltre all'accesso ai documenti *ex art.* 22 ss. L. n. 241/1990 e s.m., anche l'accesso civico ed il Foia, possiamo osservare che, mentre in passato la censura operava bloccando le informazioni, oggi la stessa opera inondandoci di informazioni irrilevanti e false.

La difficoltà da superare risiede nell'acquisire la consapevolezza di quali informazioni ignorare. I processi tecnologici e le forme di comunicazione determinano concentrazioni di potere all'esterno delle istituzioni pubbliche, capacità di conformare i comportamenti individuali e collettivi, di strutturare il pensiero, la sua creazione e condivisione in modo così intenso da rendere quasi irrilevanti le attività delle istituzioni pubbliche. Il potere reale sembra non risiedere più negli uffici delle istituzioni.

4.1. Segue: le scelte per garantire l'efficienza. Le problematiche legate al diritto alla salute.

Il diritto alla salute è sicuramente il diritto che più facilmente subisce limitazioni, a volte tali da renderne precaria la sopravvivenza⁴³.

La ragione principale della sua debolezza deriva dal fatto di non esistere come diritto isolato. Inevitabilmente è in conflitto con gli altri diritti sociali e deve fare i conti con finanze pubbliche e leggi di mercato.

La recente vicenda riguardante l'obbligo di alcune vaccinazioni⁴⁴ ha mostrato l'estrema delicatezza del temperamento tra dimensione individuale e collettiva della tutela della salute⁴⁵, tra principio di precauzione e "sperimentazione di massa", ma anche le difficoltà nell'evitare che la tutela della salute collettiva si trasformi in un "valore tirannico"⁴⁶ e di temperare competenze regionali e statali⁴⁷.

È evidente come le stesse problematiche si presentino oggi notevolmente amplificate dinanzi ad una emergenza di dimensioni più rilevanti.

Ecco allora che, riparlando di immunità di gregge e di pericolo pandemia, i singoli paesi europei hanno agito diversamente e, anche in ambito nazionale, abbiamo assistito ad un precario, mutevole e originale assetto delle fonti, all'abdicazione della politica dinanzi alle opinioni della scienza, agli inevitabili limiti della scienza, al malcontento regionale.

Il sistema sanitario, messo a nudo, ha mostrato tutti i danni della cattiva gestione politica, incidendo ancora più gravemente sul diritto alla salute, per finire con il negare l'esercizio dello stesso a tutti coloro che, non affetti da Covid, si sono visti degradare al rango di malati di serie B e messi in lista di attesa nella presunta non urgenza di un problema cardiaco o di un controllo per tumore.

⁴³ L'inquinamento e la distruzione dell'ecosistema potrebbero eliminarlo.

⁴⁴ Peraltro di estrema attualità se si pone l'attenzione alle vicende sulla sperimentazione e diffusione del vaccino per debellare il coronavirus, nonché agli ingenti investimenti che sono stati effettuati per tale soluzione.

⁴⁵ Corte Cost., sentenza 15 aprile 1996, n. 118.

⁴⁶ Corte Cost., sentenza 9 aprile 2013, n. 85.

⁴⁷ Corte Cost., sentenza 18 gennaio 2018, n. 5.

Più in generale, è parso a tutti chiaro come in questi anni si sia prepotentemente raggiunto un indebolimento dell'idea di bene comune di fronte alla rincorsa al profitto.

L'andamento della pandemia, forse la sua stessa insorgenza, e più in generale la salute pubblica sono stati compromessi da scelte politiche superficiali e sicuramente non rispettose di un'attenta ponderazione dei diritti fondamentali, bensì tali da danneggiare gravemente il nostro pianeta.

Liberalizzazioni, privatizzazioni, scelte regionali differenti, inefficienza, corruzione hanno prodotto gli effetti che abbiamo constatato.

Come già più volte sottolineato, s'impone un decisivo cambiamento. Occorre incentrarsi sul ruolo del soggetto pubblico (politica e amministrazione), sulle sue capacità e sugli interessi pubblici da perseguire. Questi ultimi non possono più coincidere con la "moda" del momento o gli slogan del partito politico che prevale nella singola legislatura, ma devono scaturire dal pieno rispetto dei diritti fondamentali e dalla concretizzazione effettiva del diritto alla salute, che necessariamente incide sul rispetto dell'ambiente in cui viviamo (attività lavorativa, iniziativa economica ...)⁴⁸.

Occorrono investimenti su una puntuale formazione nella prevenzione delle malattie, interventi significativi per attenuare il cambiamento climatico e l'inquinamento, piani rivolti ad allevamenti e agricoltura intensiva, limitare la perdita di foreste e lo smog.

Occorre superare la costosa presunzione del farmaco come bene primario e vitale per il nostro sistema salute. Si deve superare l'attuale modello incentrato sul profitto che vede il farmaco inteso unicamente come risposta alla patologia, per affermare un modello nuovo, aperto e moderno che considera in primo luogo l'uomo che ha il dovere di mantenersi in salute ed il diritto di vivere in un ambiente sano⁴⁹.

⁴⁸ Corte Cost., 7 febbraio 2018, n. 58, dove se si precisa che "Non può infatti ritenersi astrattamente precluso al legislatore di intervenire per salvaguardare la continuità produttiva in settori strategici per l'economia nazionale e per garantire i correlati livelli di occupazione, prevedendo che sequestri preventivi disposti dall'autorità giudiziaria nel corso di processi penali non impediscano la prosecuzione dell'attività d'impresa; ma ciò può farsi solo attraverso un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco", si precisa altresì che "il bilanciamento deve essere condotto senza consentire l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona (sent. n. 85 del 2013). Il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati (sentenze n. 63 del 2016 e n. 264 del 2012)". La Corte giunge poi a concludere per l'illegittimità costituzionale della scelta legislativa: "Nel caso oggi portato all'esame di questa Corte, invece, il legislatore non ha rispettato l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, incorrendo in un vizio di illegittimità costituzionale per non aver tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita".

⁴⁹ Basta accendere un qualsiasi canale di informazione (televisione, radio, internet) per constatare che siamo letteralmente assaliti da informazioni che ci indicano quale farmaco acquista-

Finora il diritto alla salute ha ceduto il passo al diritto al profitto. Eppure è un diritto costituzionalmente garantito e richiede una nuova e più attenta contemperazione.

L'economia implica profitto e speculazione e può rivelarsi nemica della salute che, per essere garantita, spesso richiede interventi che comportano costi. Economia e salute necessitano di continue valutazioni discrezionali, politiche ed amministrative, che garantiscano la corretta ponderazione e realizzazione di entrambi i diritti. La soluzione di affidare ai soggetti privati il compito costituzionalmente attribuito all'apparato pubblico⁵⁰ di tutelare la salute (art. 32 Cost.) pare poco efficiente.

L'organizzazione del sistema sanitario ha oggettivamente dimostrato la propria inefficienza.

Sono altresì note le pressioni, spesso attraverso finanziamenti, delle grandi case farmaceutiche su medici, strutture sanitarie e politici, facoltà di medicina, società scientifiche incaricate di aggiornare le linee guida, indicando le migliori terapie per ogni patologia, le sperimentazioni *in itinere*⁵¹.

4.2. Segue: Una nuova interpretazione del diritto alla salute. Il controllo del soggetto pubblico.

È possibile esista una interazione tra ecosistema, clima e rischio pandemic. La tutela dei diritti fondamentali pare imporre di incentrarsi sulla prevenzione e, eventualmente, sulla necessità di non farsi trovare nuovamente impreparati.

Abbiamo dovuto combattere la “guerra” della pandemia senza armi. I poteri pubblici, esattamente come avveniva all'epoca delle pestilenze del XIV secolo, hanno imposto restare chiusi nelle abitazioni.

Come più volte affermato si rende necessaria una svolta decisiva e il potere politico deve tornare a compiere accurate scelte nelle competenti sedi istituzionali. I “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” (art. 117 Cost.) devono essere decisi a livello centrale e finanziati stabilmente. I livelli di governo più vicini ai cittadini saranno coinvolti nell'efficiente attuazione.

re per respirare, mangiare, dormire, muoverci, essere felici. Sui trattamenti sanitari, cfr. A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 137 ss.

⁵⁰ Si ritiene, come si preciserà meglio più avanti, che gli organi costituzionali agiscano per garantire al sovrano (il popolo) i diritti fondamentali.

⁵¹ La multinazionale farmaceutica francese Sanofi ha firmato il 23 aprile 2020 un accordo «per formare i medici del futuro» con la Società Italiana di Medicina Generale (Simg) e con la Federazione Italiana dei Medici di Medicina Generale (Fimmg), la principale associazione sindacale dei medici di famiglia. L'accordo prevede che le parti sviluppino progetti destinati alla formazione dei medici di medicina generale. Il 23 gennaio 2020, invece, quando è diventata evidente l'entità dell'epidemia del coronavirus in Cina, la società americana Rising Pharmaceuticals ha aumentato il prezzo della cloroquina (un antimalarico, che è stato testato contro COVID-19) tentando di sfruttare la salute pubblica per aumentare gli utili.

Come noto, l'art. 32 Cost. sancisce: “la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti”. La Repubblica Italiana, pertanto, deve garantire a tutti il diritto alla salute e alla vita.

La rincorsa del consenso politico, unita all'incapacità strategica, devono lasciare il posto all'efficiente coordinamento delle reti e dei servizi, alla modernizzazione del sistema sanitario, al rispetto per l'ambiente in cui viviamo, agli investimenti nella ricerca di nuove strategie da attuare per contenere i danni subiti finora dalla nostra salute e da quella dell'ecosistema.

Una osservazione. Il mercato europeo ha imposto di prendere atto di una verità fondamentale: i servizi pubblici in nulla si discostano dalle attività gestite dai soggetti privati. Le attività economiche divengono dai servizi pubblici per scelta politica, perché ritenute di interesse pubblico in conseguenza di una ponderazione dei diritti inviolabili. L'amministrazione, nel perseguire “i fini determinati dalla legge”⁵², in attuazione del principio di autorganizzazione, attua l'interesse pubblico concreto.

Qualsiasi scelta discrezionale politica, compresa quella di garantire un servizio pubblico per tutelare un diritto costituzionale oppure privatizzarlo ed affidarlo al mercato, deve essere rispettosa del testo costituzionale e, quindi, tale da attuare quei diritti e quelle libertà fondamentali che altrimenti resterebbero semplici illusioni.

L'agire del soggetto pubblico deve essere sottoposto a sindacato giurisdizionale e a responsabilità per garantire che l'esercizio del potere non si discosti dal dettato costituzionale⁵³. Senza l'intervento della magistratura (Corte Costituzionale e giudice amministrativo) il rischio che la Costituzione non venga attuata, o sia attuata male è elevato: la pandemia lo ha reso evidente⁵⁴.

Spesso disinformazione e paura hanno costituito validi mezzi per comprimere o eliminare diritti fondamentali. Anche oggi, di fronte all'emergenza dei cui presupposti si conosce molto poco (provenienza, effetti, cure ...) hanno continuato a circolare false verità.

Scelte politiche errate o omesse, motivate da ragioni di convenienza o propaganda elettorale devono ritenersi assunte in contrasto con la Costituzione e, quindi, a seconda dell'atto nel quale si sono concretizzate, andrebbero “eliminate” dalla Corte Costituzionale o dal giudice amministrativo⁵⁵.

⁵² L. n. 241/1990, art. 1, co.1.

⁵³ F.G. SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, cit.

⁵⁴ Come sottolineato dalla giurisprudenza della CEDU, i diritti fondamentali richiedono una tutela concreta ed effettiva, non teorica ed illusoria. Cfr., per esempio, CEDU, 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*. Si rende necessaria l'individuazione di criteri obiettivi, imprescindibili per la tutela dei diritti e libertà fondamentali ai quali dovrà attenersi la magistratura nel sindacare l'operato del soggetto pubblico.

⁵⁵ Significativo il paragone con quanto riportato da E. GRANDE, *Usa, no discriminazioni a LGBTQ sul lavoro: la Corte Suprema torna neutrale?*, in *MicroMega*, n. 4/2020: “Che i giudici e in particolare la Corte suprema americana si siano conquistati da tempo un ruolo politico è indubbio, anche se il fenomeno è in qualche maniera maggiormente accettato quando la Corte

L'art. 2 Cost. "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo" e "richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"⁵⁶. L'apparato pubblico è, pertanto, tenuto ad attuare i diritti fondamentali e ad adempiere ai doveri di solidarietà⁵⁷.

Le forme e gli strumenti di salvaguardia dei diritti inalienabili dell'individuo attuati dall'ordinamento costituiscono l'ambito per sindacare l'attività discrezionale (nella forma del bilanciamento) posta in essere dai soggetti pubblici⁵⁸. Il grado di effettività che soggetti politici ed amministrativi hanno raggiunto rappresenta il parametro per valutare ed eventualmente far sorgere responsabilità. L'agire della pubblica amministrazione è funzionalizzato e il potere pubblico attribuisce normativamente la specifica funzione perimetrando i confini entro cui si esplica la scelta amministrativa. Questo è il principale compito dello Stato, ma anche il limite all'esercizio legittimo della sua attività⁵⁹.

La responsabilità amministrativa, se muove da quella civilistica, non può però anche discostarsene per arricchirsi mediante le peculiarità che caratterizzano l'agire dell'amministrazione, e sotto tale profilo divenire specifica ed originale⁶⁰.

esercita un controllo di costituzionalità sulle leggi". Cfr. anche M. BRIGAGLIA, *Costituzionalismo dei diritti e diritto di eccezione*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, 277.

⁵⁶ Si veda anche l'art. 119 Cost., ai sensi del quale i soggetti pubblici devono agire "per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona".

⁵⁷ L.R. PERFETTI, *Forme della sovranità della persona. Emergenze e poteri*, in *questa Rivista*, 2020, 2, il quale sottolinea che l'interesse pubblico è la massimizzazione del godimento dei diritti della persona.

⁵⁸ M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo. Natura e caratteri*, cit. "l'amministrazione è al servizio delle libertà individuali onde, quando le limita, può ed anzi deve farlo ma con l'unico scopo di renderle compatibili tra loro".

⁵⁹ Cfr. L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, in *Scritti in onore di F.G. SCOCIA*, in corso di pubblicazione, il quale precisa altresì: "l'amministrazione pubblica è una delle «forme» (art. 1) attraverso le quali la sovranità si esprime, essendo funzionalizzata all'interesse pubblico perché quest'ultimo coincide con e si esaurisce nella garanzia della massimizzazione del godimento dei diritti dell'uomo attraverso il loro razionale e proporzionato bilanciamento".

⁶⁰ L'istituto della responsabilità diviene strumento per garantire la buona amministrazione. Sulle peculiarità dell'attività amministrativa e sulle differenze del regime della responsabilità amministrativa rispetto a quella civilistica, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2014, n. 2792: "La Corte di cassazione, con sentenza 19 ottobre 2011, n. 21581, ha annullato, con rinvio, la sentenza 24 dicembre 2009, n. 8719 del Consiglio di Stato, Sezione sesta, la quale aveva rigettato il ricorso in ragione della riconducibilità dell'attività posta in essere dalle autorità italiane nell'ambito delle funzioni politiche. La risoluzione della controversia impone, in via preliminare, mediante una comparazione con il sistema civilistico di responsabilità, di individuare la natura della responsabilità della pubblica amministrazione, i suoi elementi costitutivi e, in particolare, il rapporto di causalità". Proprio l'ampliamento delle ipotesi di responsabilità ascrivibili all'amministrazione, come confermato dalla stessa Cassazione (Cass., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, quando afferma: "una fisionomia *sui generis*, non riconducibile al mero modello aquiliano ex art. 2043 c.c., essendo connotata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, con conseguente applicabilità

La legittimazione del potere pubblico si giustifica, pertanto, solo se ed in quanto l'esercizio dell'autorità sia funzionalizzato ad assicurare il godimento dei diritti, e deve essere valutata sotto tale aspetto.

La responsabilità precontrattuale, intesa quale fiducia che il privato ripone nella professionalità e capacità della pubblica amministrazione⁶¹, potrebbe consentire di ampliare il sindacato nei confronti del corretto adempimento dei doveri, anche qualora l'amministrazione si determini a non esercitare il potere o ad esercitarlo in modo non efficiente⁶².

L'interesse pubblico, legislativamente stabilito, non può infatti che conformarsi all'art. 2 della Cost. e, di conseguenza, l'attività amministrativa non può che consistere nell'assolvimento dei doveri costituzionalmente imposti⁶³. Come previsto in ambito europeo, dove la violazione del dovere di corretto adeguamento genera responsabilità, così la violazione o cattiva attuazione dei precetti costituzionali richiede l'applicazione di responsabilità⁶⁴. Anche considerando l'applicazione della CEDU, la Corte europea ravvisa l'inadempimento dello Stato in tutte le ipotesi in cui il rispetto delle garanzie poste a salvaguardia dei diritti dell'uomo sia soltanto formale, addentrandosi in una valutazione sostanziale tale da considerare l'idoneità e validità della previsione legislativa.

delle norme in materia di responsabilità contrattuale, concernenti la prescrizione del diritto, l'onere della prova e l'area del danno risarcibile”), induce a ritenere che l'istituto della responsabilità deve costantemente adeguarsi ai rapporti intersoggettivi, valutando l'affidamento che ciascuna parte ripone nella buona fede e correttezza, consentendo di individuare ulteriori obblighi di protezione.

⁶¹ Per approfondimenti si rinvia a B. MAMELI, *Responsabilità precontrattuale e buona fede*, in Scritti in onore di F.G. SCOCA, in corso di pubblicazione

⁶² L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, cit., sottolinea la necessità di ricostruire lo statuto costituzionale dell'amministrazione pubblica

⁶³ All'insieme di doveri non può che corrispondere responsabilità. Cfr. *amplius* L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere*, cit; ID., *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, 99; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, 2017, 119; ID., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *PA Persona e amministrazione*, 2017, I, 3; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pub.*, 2013, 61; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 299; ID., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 53.

⁶⁴ Cfr. art. 4 del Trattato sull'Unione europea, secondo cui, “in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati”, sicché “gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione”. Proprio l'istituto della responsabilità potrebbe garantire la effettività della tutela dei diritti e libertà fondamentali.

5. Deresponsabilizzazione e semplificazioni non sono strumenti per “costruire” una nuova amministrazione. L’esigenza di rilanciare l’economia e i diritti fondamentali.

La democrazia rappresentativa costituisce un bene primario, un servizio essenziale che non può essere dismesso, non meno del servizio sanitario nazionale. I parlamentari saranno i responsabili della nuova società capace di coniugare i diritti fondamentali con la ripresa economica⁶⁵.

Lavorando nella cornice europea per il comune obiettivo di servire al meglio le esigenze dei singoli cittadini e dell’intera comunità, la politica è impegnata ad elaborare misure urgenti per rilanciare l’economia e ripensare all’efficienza amministrativa.

L’unica possibilità per superare l’attuale situazione pare quella di puntare sull’efficienza politica ed amministrativa.

Continuare a proclamare la vittoria dei mercati sulla politica, e la conseguente rinuncia della politica ad esercitare sui mercati un potere di indirizzo e funzionalizzazione agli interessi costituzionalmente protetti, equivarrebbe a condannarci a non uscire più da una crisi economica e sociale che in tutti i modi si è tentato di mascherare.

Tutti concordano nel sottolineare come il nostro ordinamento sia appesantito dalla burocrazia, e la colpa dell’inefficienza è individuata nell’intervento del soggetto pubblico (autorizzazioni, approvazioni, gare ..).

Si può, però, osservare che chi agisce è sempre un essere umano: nel settore privato è un imprenditore sottoposto a responsabilità, nel settore pubblico è un individuo per presunzione incompetente e corrotto. Il problema si è pensato fosse negli strumenti giuridici, in realtà potrebbe trattarsi di un atteggiamento mentale. Occorre che il soggetto pubblico acquisisca l’abilità e responsabilità del privato.

Pare, invece, che le soluzioni accolte vadano verso una sempre più massiccia semplificazione e deresponsabilizzazione dell’amministrazione, mediante presunte ‘semplificazioni’ che spesso paralizzano ancor più l’operato dell’amministrazione. Non solo: in questo modo si blocca il processo di formazione e crescita del personale, ridotto a svolgere attività di “passacarte” e, come tale, proiettato solo a considerare aspetti formali e burocratici, senza alcun approfondimento del merito delle questioni.

Anche rivolgendo l’attenzione al settore appalti, il dito è stato puntato contro le previsioni del Codice dei contratti pubblici, invocando la necessità di snellirne le procedure o, addirittura, la sua abrogazione.

⁶⁵ R. FICO, *I parlamentari sono come i medici non possono fermarsi. Voto on line? Difficile*, in *la Repubblica*, 18 marzo 2020, 11: “Il Parlamento deve essere in prima linea, non può arretrare, come non arretrano i medici e altre categorie [...]. Nelle fasi emergenziali il Parlamento non solo resta un presidio a garanzia dei principi democratici, ma è chiamato a offrire sostegno a chi fronteggia in prima persona l'emergenza e a chi subisce il peso sociale ed economico di questa emergenza”.

In realtà, però, sembra che, anche in tale settore, il problema non sia tanto nella procedura di gara quanto nel risultato, ossia appalti non realizzati o realizzati male. In una parola, inefficienza.

Davanti all'inefficienza (e anche corruzione) dell'amministrazione si è già tentato di riscrivere la normativa in materia di appalti parecchie volte, senza mai conseguire il risultato sperato⁶⁶. L'unica cosa che non si è fatta è migliorare la capacità di conoscere della pubblica amministrazione, lasciandola impreparata e spaventata, sicuramente non pronta a dialogare con il mercato alla ricerca del "vestito fatto su misura"⁶⁷.

Pare che i punti fermi siano due: le direttive europee costituiscono la base normativa che deve essere rispettata e occorre lavorare sul soggetto pubblico, sulle sue capacità e professionalità.

Finora ci si è concentrati su regolazioni sempre più dettagliate delle gare, quasi a voler togliere ogni spazio di scelta alla stazione appaltante, aprioristicamente inidonea a valutare i propri bisogni. Non sono mai stati disciplinati controlli *ex post* sull'efficienza degli appalti realizzati o, comunque, conclusi.

Si afferma la necessità di velocizzare gli appalti per riuscire a gestire la fase dell'emergenza determinata dalla pandemia. In realtà, però, non pare che la rapida conclusione degli appalti soddisfi il dettato costituzionale, garantendo una attenta ponderazione dei diritti coinvolti.

Sembrerebbe più conforme alla piena e completa realizzazione dei diritti fondamentali una attenta valutazione degli appalti da concludere (anche al fine di non velocizzare il percorso verso una completa distruzione dell'ecosistema), giungendo a concludere unicamente quei contratti che integrino l'efficiente realizzazione della strategia predisposta a livello politico per garantire l'indispensabile svolta della nostra società.

Anziché valutare se riscrivere il Codice dei contratti pubblici, forse sarebbe sufficiente concentrarsi sulle indicazioni fornite dalla Commissione Eu-

⁶⁶ L. 109/1994 e s. m.; d. lgs., n. 163/2006 e s. m.; d. lgs. n. 50/2016 nonché la recente modifica ad opera del c.d. decreto "Sblocca cantieri" n. 32/2019 conv. con L. n. 55/2019. In Italia, per molto tempo, a partire dalla l. 11 febbraio 1994, n. 109, c.d. Merloni, si è creduto che la corruzione potesse essere ostacolata attraverso l'irrigidimento di procedure amministrative e modelli contrattuali e con la creazione di automatismi tali da impedire l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Tale atteggiamento è stato giustificato con la preoccupazione che le procedure flessibili e le negoziazioni si possano prestare facilmente a fenomeni di corruzione e collusione. Su tale base si è assistito ad una sostituzione del legislatore all'amministrazione, che si è trovata solo ad applicare modelli rigidi predefiniti.

⁶⁷ La limitazione della discrezionalità amministrativa, soprattutto nel caso di contratti complessi come i PPP, è fonte di inefficienza, dal momento che impedisce la costruzione di procedure di affidamento e modelli contrattuali esattamente calibrati sul contratto da aggiudicare e da eseguire ("vestito fatto su misura"). L'assenza di negoziazioni poi (tanto in fase di scelta del contraente che in corso di esecuzione del contratto) impedisce all'amministrazione di migliorare la sua conoscenza dell'oggetto contrattuale complesso e di fare scelte più consapevoli. Inefficienza e corruzione sono due mali diversi. La corruzione deve essere combattuta senza rinunciare a priori all'efficienza dei contratti, attraverso misure *esterne* alle procedure di affidamento.

ropea, ricercando nelle previsioni normative lo strumento per una gestione efficiente della crisi⁶⁸.

Il decreto legge n. 18 del 17 marzo 2020 (c.d. Decreto “Cura Italia”) conv. con L. n. 27/2020, ha, invece, tipizzato ipotesi specifiche in cui è possibile ricorrere a procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara, anche al di fuori di situazioni imprevedibili connotate dall'estrema urgenza e dall'immediatezza⁶⁹. Nello stesso senso dispone il recente decreto legge n. 76/2020.

⁶⁸ In data 1 aprile 2010, GUUE C108I del 1 aprile 2020 è stata pubblicata la Comunicazione della Commissione avente ad oggetto “*Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19*”, dove si forniscono chiarimenti in merito all'approvvigionamento di beni e servizi pubblici con procedure accelerate conformemente alle direttive. La Commissione effettua una ricognizione degli strumenti che la vigente Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici attribuisce alle amministrazioni aggiudicatrici per accelerare e semplificare le procedure di acquisizione dei beni, servizi e lavori che si rendono necessari per far fronte alla grave emergenza in atto (es. acquisire sul mercato dispositivi di protezione individuale e medici, realizzare infrastrutture ospedaliere per ampliare le strutture dei reparti destinati ai pazienti affetti da Covid; acquisto di strumenti informatici per consentire l'attività lavorativa a distanza). In particolare, alle amministrazioni, ai sensi delle disposizioni della Direttiva 2014/24/UE, è consentito:

- fare ricorso alle ordinarie procedure aperte riducendo il termine minimo per la presentazione delle offerte da parte degli operatori economici fino a 15 giorni, in luogo del termine di 35 giorni previsto in via ordinaria;
- in caso di procedura ristretta, ridurre a 15 giorni il termine di presentazione della domanda di partecipazione e a 10 giorni il termine di presentazione delle offerte (in luogo del termine di 30 giorni previsto in via ordinaria);
- indire procedure negoziate senza previa pubblicazione. La Commissione precisa altresì che l'attuale situazione emergenziale, nella maggior parte dei casi, integra *ex se* i presupposti che legittimano il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione con riferimento agli appalti di lavori, servizi e forniture destinati a far fronte all'esigenze degli ospedali e istituzioni sanitarie. Per quanto, invece, attiene agli appalti connotati da una situazione di urgenza ma che rispondono ad esigenze non immediate, la Commissione raccomanda l'utilizzo delle procedure “regolari” con la riduzione dei relativi termini procedurali, in quanto idonee ad assicurare il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, concorrenzialità e parità di trattamento che la normativa sugli appalti pubblici vuole garantire. Ciò peraltro è funzionale a realizzare una migliore economicità dell'appalto, posto che le procedure “regolari”, in linea di principio, favorendo la partecipazione di più imprese, consentono di ottenere prezzi più convenienti e/o soluzioni tecnico-qualitative migliori.

⁶⁹ In particolare, fino al 31 dicembre 2020 in relazione agli appalti aventi ad oggetto campagne di promozione e comunicazione per favorire le imprese italiane all'estero (art. 72), nonché per gli acquisti di beni e servizi informatici per favorire il c.d. “*smart working*” e servizi in rete per cittadini e imprese (art. 75) è prevista la possibilità di procedere all'aggiudicazione mediante procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara. Per l'acquisto e l'implementazione di piattaforme della didattica a distanza e dei relativi dispositivi, è consentito alle istituzioni scolastiche, laddove non riescano a concludere convenzioni – quadro o reperire quanto necessario sul Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione, di procedere in totale deroga alle disposizioni del d.lgs 50/2016 e dunque anche mediante affidamento diretto ad un solo operatore economico. Si tratta certamente di appalti connotati da urgenza che tuttavia non sembrano presentare quei caratteri di imprevedibilità e immediatezza che legittimerebbero, ai sensi della Direttiva 2014/24/UE, il ricorso alle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, dovendo dare luogo, per converso, a procedure aperte o ristrette di

Si discute di generalizzare l'istituto del commissariamento, di adottare gare semplificate, di eliminare il ricorso alla tutela amministrativa ed in via generale si richiede fiducia nel soggetto pubblico.

Nessuno, però, valuta come rendere il soggetto pubblico meritevole di fiducia, investendo nelle sue capacità e nella sua formazione⁷⁰.

Anziché togliere ogni forma di controllo sull'operato della PA sul presupposto di un superficiale "dobbiamo fidarci dell'amministrazione", impiegando denaro pubblico il più velocemente possibile, forse sarebbe preferibile concentrarsi sulla preparazione dell'amministrazione e sull'attività politica che deve guidarla⁷¹.

Il dirigente pubblico non è soltanto paralizzato dalla complessità della normativa in quanto il legislatore non ha adempiuto correttamente al proprio dovere costituzionale, ma anche dalla scarsa attenzione che l'ordinamento dedica alla sua conoscenza ed alla conoscenza amministrativa in generale⁷².

Deve essere rivisto il rapporto politica-amministrazione. La cura concreta dell'interesse pubblico indicato dalla politica si realizza attraverso una efficiente ponderazione amministrativa⁷³.

Occorre che l'attenzione si sposti sull'interesse pubblico da perseguire e sulla valutazione degli strumenti più adeguati per tale funzione⁷⁴.

La politica è chiamata ad attuare il testo costituzionale e l'amministrazione a concretizzare il disegno. Il giudice amministrativo, mediante il sindacato sull'eccesso di potere, controlla la ragionevolezza delle scelte⁷⁵.

Le imprese acquisterebbero fiducia nell'amministrazione, alla quale resterebbe attribuita la discrezionalità in quanto responsabile e preparata per scegliere⁷⁶.

carattere accelerato in quanto funzionali a soddisfare esigenze a "medio termine" secondo le indicazioni date dalla Commissione europea.

⁷⁰ F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti e la ripresa economica*, Rubbettino editore, 2020, osserva condivisibilmente che "L'Italia è un Paese che ha elaborato un sistema in cui il giuridico ha prevalso sul politico, in cui la discrezionalità dell'amministrazione è stata mortificata ed è annegata in un mare di regole, vincoli, procedure e controlli, paralizzando lo sviluppo. Troppe leggi, troppi codici e poca attenzione al modo di fare amministrazione", si ritiene però altrettanto sbagliato eliminare o ridurre drasticamente procedure che dovrebbero garantire scelte efficienti.

⁷¹ M. SICA, *Inosservanza del termine per la stipula del contratto di appalto e tutela contro il silenzio*, in *Giur. it.*, 2020, 746 ss.

⁷² B. MAMELI, *Responsabilità precontrattuale e buona fede*, cit.

⁷³ Cfr. M. CLARICH, "Nell'agenda del governo italiano entri subito la questione amministrativa" in *Milano Finanza*, 23 aprile 2020, dove si sottolineano le difficoltà per un impiego efficace delle risorse messe in campo e l'urgenza di investire su efficienza e semplificazione delle PA.

⁷⁴ G. BERTI, *La responsabilità pubblica: Costituzione e amministrazione*, Padova, 1994.

⁷⁵ Esprimono parere negativo con riferimento alla possibilità di limitare la tutela delle imprese al solo piano risarcitorio, oltre che dubbi di legittimità costituzionale, E. BRUTI LIBERATI, F. CASSELLA, *Semplificare la normativa sugli appalti si può, ma limitare la tutela giurisdizionale sarebbe un errore*, in *Il Sole-24 Ore*, 18 aprile 2020.

⁷⁶ F. CINTIOLI, "Separare gli appalti dall'anticorruzione e disboscare le norme che bloccano le opere" in *Il Dubbio*, 16 aprile 2020, auspica che all'Anac restino affidati i soli poteri in tema di corru-

L'eccessivo formalismo ed i continui controlli che hanno caratterizzato la normativa di questi ultimi anni, giustificati dalla presunzione di una amministrazione incapace e corrotta, hanno paralizzato l'agire amministrativo, rendendo oggettivamente impossibile l'efficienza.

Il sistema universitario e l'utilizzo delle risorse per la didattica e la ricerca non sono altro che uno dei tanti esempi in cui continui adempimenti formali producono il solo risultato di impedire o rallentare eventuali risultati positivi e nascondere o mascherare inefficienza.

Il diritto ad una buona amministrazione deve essere garantito con una nuova concezione del soggetto pubblico, quella dello Stato come creatore di "valore pubblico" capace di promuovere l'innovazione e, nello stesso tempo, responsabile per mancato raggiungimento dei risultati. D'altra parte, da tempo si sta valutando anche la riforma degli organi costituzionali e la riduzione del numero dei parlamentari. Indubbiamente occorre maggiore responsabilità nell'adempimento delle funzioni costituzionali.

Il nostro Stato si è dotato di poteri supplementari per affrontare la crisi attuale.

L'emergenza sanitaria ha lasciato un chiaro messaggio che sottolinea l'inefficiente gestione politica ed amministrativa dei diritti fondamentali e delle risorse pubbliche, nonché il grave problema che il primato dell'economia ha comportato per la salute, non solo umana ma dell'intero Pianeta.

zione; si eviteranno così commistioni tra due materie che dovrebbero restare distinte: appalti e corruzione.

FABIO G. ANGELINI

Professore straordinario di diritto amministrativo
nella Facoltà di Ingegneria dell'Università Telematica Internazionale Uninettuno
f.angelini@uninettunouniversity.net

**L'IMPIEGO DELLE RISORSE DEL RECOVERY
FUND TRA CONFORMITÀ ALL'ORDINE
GIURIDICO-ECONOMICO EUROPEO E FUNZIONE
DISCORSIVO-RAZIONALE DEL DIRITTO PUBBLICO**

**THE USE OF RECOVERY FUND RESOURCES BETWEEN
CONFORMITY WITH THE EU LEGAL-ECONOMIC ORDER
AND SPEECH-RATIONAL FUNCTION OF PUBLIC LAW**

SINTESI

Il presente contributo intende porre in luce alcuni dei problemi posti dalla stagione di intervento pubblico che si profila all'orizzonte e che sembrano restare ancora pericolosamente sotto traccia. L'obiettivo è allargare lo sguardo esponendo alcune delle ragioni che spingono a ritenere auspicabile tornare a domandarsi, con riferimento alla stagione che si sta aprendo, quale sia il posto del diritto pubblico e dell'amministrazione e, dunque, quali ruoli siano chiamati a svolgere nel più ampio quadro della *governance* eurounitaria. Sebbene all'apparenza quella indicata possa sembrare una mera questione teorica, di scarso interesse pratico, la risposta a tali interrogativi riveste in realtà un'importanza centrale per delineare presupposti e limiti dell'auspicato intervento pubblico nell'economia e, dunque, per garantire il migliore utilizzo possibile delle risorse del Recovery Fund in relazione agli interessi in gioco.

ABSTRACT

The work intends to highlight some problems posed by the season of public intervention that is looming on the horizon and which still seem to remain dangerously hidden. The goal is to broaden the gaze by exposing some of the reasons that lead us to consider it desirable to ask ourselves again, with reference to the season that is opening, what is the place of public law and administration and, therefore, what role they are called to play within the broader framework of Euro-unit governance. Although apparently the one indicated may seem a mere theoretical question, of little practical interest, the answer to these questions is in reality of central importance to outline the presuppositions and limits of the desired public intervention in the economy and, therefore, to guarantee the best possible use of the resources of the Recovery Fund in relation to the interests at stake.

PAROLE CHIAVE: Intervento pubblico – Recovery Fund – Governance – Efficienza – Unione Europea

KEYWORDS: Public intervention – Recovery Fund – Governance – Efficiency – European Union

INDICE: 1. Premessa. – 2. Il Recovery fund: alcuni problemi latenti della nuova stagione di intervento pubblico. 3. – L'intervento pubblico nell'economia nel quadro giuridico-istituzionale eurounitario. – 4. L'efficienza dei processi decisionali pubblici come problema. 5. – La posta in gioco e il ruolo del diritto pubblico (e dell'amministrazione). – 6. Intervento pubblico ed efficienza allocativa: dalla democrazia rappresentativa alla democrazia deliberativa. – 7. Alcuni spunti di riflessione.

1. Premessa

Degli aspetti positivi del Recovery Fund e della svolta dell'Unione Europea verso una maggiore solidarietà tra gli Stati membri hanno già scritto in molti¹. Salvo qualche rara eccezione – che non ha mancato di evidenziare alcune carenze e timori connessi alla nuova stagione di interventismo pubblico che si prospetta in risposta all'emergenza sanitaria ed economica provocata dalla pandemia² – la svolta annunciata dal Presidente della Commissione UE Ursula Von der Leyen, sia sul fronte della temporanea sospensione dei vincoli europei che delle azioni previste dal Piano Next Generation EU, è stata perlopiù salutata nel dibattito interno – sebbene pur sempre con un po' di diffidenza nei confronti della Germania – come una liberazione rispetto ai vincoli all'intervento pubblico imposti dalla disciplina sugli aiuti di Stato e dalla disciplina di bilancio.

¹ V., *ex multis*, F. CAPRIGLIONE, *La finanza UE al tempo del coronavirus*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2020; A.G. LANZAFAME, *Il lockdown, l'avvio della "fase due", e i problemi della "fase tre". La gestione dell'emergenza, sanitaria ed economica, da Covid-19 tra disuguaglianze ingiuste e disuguaglianze necessarie*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 2; L. BARTOLUCCI, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione Europea) all'emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid-19*, 2020, 4. Per un'analisi critica dell'UE e sulla necessità di una svolta solidaristica cfr. rispettivamente L. DE LUCIA, *'Pastorato' e 'Disciplinamento' nella governance economica europea. Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2015, pp. 867-908; M. LA TORRE, *La cittadinanza "liquida". Cittadinanza dell'Unione Europea e liberalismo autoritario*, in *Sociologia del diritto*, 2015, 3, pp. 105-130.

² F. CAPRIGLIONE, *Covid-19. Quale solidarietà, quale coesione nell'UE? Incognite e timori*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2020, 2, pp. 169 ss., il quale rileva come ancora oggi «non sussistano i presupposti fattuali per dare contenuto al 'progetto' nel quale ha creduto ampia parte della popolazione dell'UE. La prospettiva di un'Unione forte, coesa e solidale, in grado di affrontare con successo le sfide della globalizzazione ed eventuali catastrofi naturali, sembra ormai relegata nella sfera dei sogni irrealizzati; essa è stata fugata dal Covid-19, che – come si è detto – ha agito da catalizzatore nell'evidenziare i limiti e le carenze di siffatta costruzione, da tempo oggetto di denuncia non solo da parte degli studiosi, ma anche di esponenti della società civile. [...] fra le cause del mancato upgrade del progetto di integrazione rileva anche il comportamento finanziariamente irresponsabile di alcuni Stati, i quali hanno preteso di far gravare su altri (le generazioni future, gli Stati UE virtuosi, etc.) le scellerate politiche economiche pre-elettorali prive di qualsiasi visione di medio-lungo periodo, così alimentando un clima di diffidenza e sospetto da parte dei paesi che, invece, avevano orientato il proprio comportamento al rispetto del principio di responsabilità finanziaria» (pp. 211-212).

Se non altro, dietro tale atteggiamento si nasconde la pericolosa tentazione di imputare la causa del nostro declino più che a responsabilità (interne) in materia di politica industriale, di indebitamento e di assetto dei rapporti tra settore pubblico e settore privato, all'esistenza dei vincoli europei sia sul fronte della concorrenza che su quello della stabilità finanziaria. Il che si traduce, per dirla in altri termini, in una sorta di autoassoluzione rispetto alla mancata soluzione di alcuni problemi strutturali in parte, come si rivelerà in seguito, riconducibili al persistente disallineamento tra l'ordine giuridico-politico interno e quello giuridico-economico europeo, che rappresentano invece – a parere di chi scrive – una preoccupante fonte di incertezza rispetto alla stagione che ci attende.

Ancor prima di addentrarci in questa analisi, sia però consentita una premessa di metodo che muove da una critica circa il modo in cui si è spesso soliti confrontarsi con le rilevanti questioni poste dall'integrazione europea. Se a volte si fa fatica a cogliere la radice dei problemi e la portata reale delle trasformazioni imposte dalla *governance* eurounitaria, ciò dipende (anche) da un certo retaggio della cultura giuspositivistica novecentesca che spesso impedisce di allargare lo sguardo oltre il diritto positivo, nel tentativo di provare a rendere esplicito ciò che, talvolta, nell'analisi delle norme e delle loro reciproche interazioni resta invece pericolosamente implicito e fuorviante.

Ciò vale, a maggior ragione, in un momento in cui, da un lato, la perdita di centralità dello Stato richiede una rilettura critica³ di alcune categorie tradizionali del diritto pubblico, a partire dai concetti di governo, di sovranità e di amministrazione e, dall'altro, sembra essersi indebolita quella domanda di protezione delle situazioni giuridiche soggettive vantate dai singoli nei confronti dell'esercizio del potere autoritativo, a fronte invece di una richiesta pressante di riconoscimento di crescenti margini di manovra in capo ai pubblici poteri al fine di rispondere al meglio alle istanze di sicurezza e di sviluppo economico avanzate dai cittadini e dalla società nel suo complesso.

Proprio nel tentativo, invece, di allargare lo sguardo, il presente contributo – che si inquadra nel solco di una riflessione più ampia⁴ sull'impatto

³ A. ANDRONICO, *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 133-136.

⁴ Il riferimento è ai due precedenti lavori (F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare. Alcune implicazioni teorico-giuridiche del processo di integrazione europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020 e ID., *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica. Disfunzioni democratiche e funzioni amministrative come esercizio della sovranità popolare*, Milano-Padova, Cedam, 2020) nei quali si sono già esplorati i rapporti tra politica ed economia nel contesto costituzionale eurounitario e i vincoli europei di finanza pubblica nella prospettiva della tutela giuridica degli interessi finanziari della collettività. In tali occasioni è stata, da un lato, suggerita una lettura della costituzione (macro)economica europea non conflittuale rispetto al principio della sovranità popolare e, dall'altro, delineata una visione delle dinamiche giuridiche e delle funzioni amministrative che interessano le scelte di finanza pubblica in chiave discorsivo-razionale, quali processi giuridico-argomentativi i cui esiti definiscono la relazione tra tutela dei diritti fondamentali e tutela degli interessi finanziari della collettività, ponendosi quale esercizio in concreto della sovranità popolare. Il presente contributo, partendo dalla medesima impostazione teorica, si pone l'obiettivo preliminare di stimolare il dibattito sull'efficienza allo-

dell'ordinamento eurounitario su quello interno e di cui perciò, con riferimento agli scenari post pandemici, costituisce solo un punto di partenza per futuri approfondimenti – si pone due obiettivi. Il primo è quello di richiamare l'attenzione sull'esistenza di taluni problemi che sembrano restare ancora pericolosamente sotto traccia nel dibattito odierno. Il secondo è quello di stimolare il dibattito sul Recovery Fund guardando alle dinamiche di interazione tra sfera pubblica e sfera privata e all'efficienza delle regole dei processi decisionali pubblici ai fini della ricerca di soluzioni ai problemi segnalati.

Nelle pagine che seguono si cercherà perciò di dar conto di alcune delle ragioni per cui, con riferimento a dibattito sull'impiego delle risorse del Recovery Fund, si ritenga auspicabile una preliminare riflessione sul ruolo del diritto pubblico e dell'amministrazione nel più ampio contesto della *governance* eurounitaria. Sebbene all'apparenza quella indicata possa sembrare una mera questione teorica, per così dire di scarso interesse pratico, cogliere invece le peculiarità del contesto eurounitario e come esso incide sulle dinamiche di esercizio della sovranità e sulla dialettica tra istituzioni e società, riveste in realtà un'importanza centrale per delineare presupposti e limiti dell'auspicato intervento pubblico nell'economia e, dunque, per garantire il migliore utilizzo possibile delle risorse del Recovery Fund in relazione agli interessi in gioco.

2. Il Recovery Fund: alcuni problemi latenti della nuova stagione di intervento pubblico

L'entusiasmo per la svolta impressa dal Piano Next Generation EU è senz'altro condivisibile. Del resto, dopo aver costruito il mercato unico e la moneta unica, era arrivato il momento di porre le basi giuridiche ed economiche per una vera e propria funzione redistributiva europea⁵. La pandemia ha permesso di superare molti ostacoli e resistenze sul piano politico, accelerando un processo ineludibile di messa in condivisione⁶ che, tuttavia, presenta diverse incognite chiamando in causa i Paesi membri all'assunzione di importanti responsabilità.

Una delle maggiori, se non la principale, incognita è quella riguardante la capacità di tale processo – rimesso alla dialettica tra poteri governanti (legittimati politicamente) e istituzioni eurounitarie (spesso delegittimate politicamente ed operanti sul piano della tecnica piuttosto che del consenso) – di rimanere fedele alle sue premesse costituzionali, rinvenibili nel mantenimento dell'ordine

cativa delle regole dei processi decisionali pubblici, sul presupposto che quest'ultima rappresenti la condizione essenziale ai fini del raggiungimento da parte del nostro Paese degli obiettivi di ripresa e resilienza alla base del Piano Next Generation EU e, dunque, dell'impiego delle risorse del Recovery Fund.

⁵ Per una ricostruzione si v. F.G. ANGELINI, *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica. Disfunzioni democratiche e funzioni amministrative come esercizio della sovranità popolare*, cit., pp. 63 ss. e i riferimenti bibliografici ivi indicati.

⁶ *Ivi*, pp. 177 ss.

concorrenziale del mercato (costituzione microeconomica) e nella preservazione della stabilità finanziaria (costituzione macroeconomica)⁷.

Nascono da qui alcune preoccupazioni che, rinviando a quello che rappresenta ancora oggi il nodo irrisolto nel rapporto tra ordinamento eurounitario e ordinamento interno, attengono a due aspetti specifici del problema di cui stiamo discutendo. Il primo riguarda le domande: di quale intervento pubblico stiamo parlando? Per fare cosa? Con quali limiti? Il secondo attiene, invece, alle modalità con cui saranno effettuate le scelte di allocazione e bilanciamento che si pongono a monte dell'intervento pubblico e che rinviano perciò al problema dell'efficienza delle regole dei processi decisionali pubblici.

Ci si riferisce, in questo caso, all'efficienza (allocativa) che non attiene, come nella logica del procedimento amministrativo, al rapporto tra risorse impiegate e risultati conseguiti, quanto piuttosto (in una prospettiva giuseconomica⁸) al grado di aderenza delle scelte pubbliche a quelle che sono le preferenze (reali) dei cittadini, solo in presenza della quale sarebbe possibile ottenere la massima allocazione possibile dell'utilità derivante dalla spesa pubblica in capo alla società (piuttosto che al sistema politico-amministrativo)⁹.

Non è questa la sede per soffermarsi su questo aspetto – che richiederebbe di avventurarsi sul terreno dell'ottimalità paretiana e delle compensazioni

⁷ K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 13 ss. hanno evidenziato la coesistenza nell'ordinamento eurounitario di una costituzione (micro)economica con una (macro)economica. Secondo gli autori «*the European constitution consists of two layers: the microeconomic one, introduced by the Treaty of Rome and subsequently reinforced and developed by the ECJ, and the macroeconomic one, introduced by the Maastricht Treaty. [...] The microeconomic constitution of the Treaty of Rome relied on macroeconomic presumptions, such as price stability, which was to be achieved at the Member State level. It also exhorted Member States to heed the externalities of their economic policies: Member States were to consider their economic policies as a matter of common concern. Yet, no specific instruments for coordinating economic policies, comparable to present multilateral surveillance or excessive deficit procedures, were made available. The Maastricht economic constitution testifies to the continuing significance of the objectives of the microeconomic constitution for the macroeconomic layer. In Treaty provisions, the main principles of the microeconomic constitution have been made obligatory for monetary and economic policy too*».

⁸ v. R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Cy, 1972, pp. 15-20.

⁹ Il ricorso alla spesa pubblica presupporrebbe una gestione corretta, destinata cioè al raggiungimento dei fini della collettività, titolare di una pretesa generale a che l'azione pubblica sia improntata alla legalità, efficacia, efficienza, economicità, razionalità, senza sconfinare nell'abuso di potere (come evidenziato da A. CRISMANI, *La tutela giuridica degli interessi finanziari della collettività*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 55, rifacendosi a S. BUSCEMA, «*l'imposizione tributaria non può funzionare in senso unico, dove lo Stato è soggetto attivo e i cittadini sono soggetti passivi. In un moderno stato di diritto, qual è il nostro (come anche gli altri stati dell'Unione), ciò sarebbe inconcepibile. Infatti, per controbilanciare questa posizione giuridica di vantaggio che trova espressione nel potere tributario, lo Stato ha il dovere preciso di tutelare coloro che sono i suoi finanziatori, assicurando un'integrale destinazione dei mezzi pubblici a fini pubblici e una loro corretta gestione*»). Il concetto di efficienza della spesa pubblica quale requisito della sovranità popolare può essere colto traslando sulla sfera pubblica il concetto, elaborato con riferimento ai contesti di mercato, di "sovranità del consumatore" che si verifica laddove, per effetto del gioco concorrenziale, le imprese sono spinte a ottimizzare la propria struttura dei costi e dei profitti fino al punto in cui il costo marginale eguaglia il profitto marginale. In questa condizione di sovranità del consumatore tutto il *surplus* generato nella contrattazioni di mercato risulta allocato nella legittima sfera del consumatore finale.

previste dal criterio di efficienza elaborato da Kaldor-Hicks¹⁰ – tuttavia, ciò che preme sottolineare è che l'efficienza allocativa delle scelte di intervento pubblico rappresenta un problema centrale anche per i giuristi perché – come insegna la letteratura economica (e in particolare i filoni della *constitutional political economy*¹¹ e della *public choice economics*¹²) e come in passato ha intuito anche quella giuridica (si pensi a Giannini e a quelle che definiva le disfunzioni dello Stato pluriclasse¹³) – anch'essa si pone quale condizione per un'effettiva sovranità dei cittadini nei confronti dei pubblici poteri. Ciò in quanto, la capacità delle regole dei processi decisionali pubblici di condurre l'interazione degli attori che operano sulla sfera pubblica verso esiti sociali efficienti (secondo i due

¹⁰ M.L. STEARNS, T.J. ZYWICKI, T.J. MICELI, *Law and Economics: Private and Public*, West, 2018, pp. 20-21.

¹¹ La *constitutional political economy* rappresenta uno dei filoni di ricerca del vasto campo dell'analisi costituzionale. La sua disciplina di base è l'economia, tuttavia, lo studio sistematico delle istituzioni rinvia all'analisi di aspetti di natura politica, giuridica e filosofica, nonché, allo studio delle regole e dei loro effetti. I capisaldi di tale approccio sono esposti da J.M. BUCHANAN, J. BRENNAN, *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*, Cambridge, 1985.

¹² La *public choice* applica gli assunti e i concetti chiave della teoria economica (tra cui, l'individualismo metodologico, la teoria delle decisioni di voto, la teoria dei giochi, il teorema di Coese, i rapporti di agenzia, l'efficienza allocativa, la teoria dei gruppi di interesse, ecc...) alla cosiddette decisioni non di mercato, ovvero, politiche [cfr. D. DA EMPOLI (*Introduzione*, in J.M. BUCHANAN, *Stato, mercato e libertà*, Bologna, 2006, pp. 1-2) «l'economia delle scelte pubbliche viene normalmente definita come 'studio economico delle decisioni non di mercato' o anche come 'applicazione dell'economia alla scienza politica'. [...] In netto contrasto con gli economisti di lingua inglese per questa problematica (specie all'inizio degli anni Cinquanta), Buchanan si è proposto di studiare le istituzioni e le regole su cui si fondano, ponendo l'individuo al centro di esse)]. La differenza di approccio tra la classica law and economics e la *public choice* è quindi rintracciabile nel loro diverso oggetto. Mentre la prima indaga direttamente gli istituti giuridici attraverso gli strumenti della teoria economica, l'indagine della seconda si concentra sulle istituzioni intermedie che fanno da filtro rispetto all'analisi diretta degli istituti giuridici. Tale teoria ha avuto il merito di evidenziare per prima la rilevanza, ai fini dello studio dell'economia pubblica, dei fattori politici ed istituzionali che incidono sulle decisioni di bilancio e sulla loro esecuzione, introducendo così un elemento trascurato nell'analisi keynesiana. Per la *public choice* il sistema istituzionale rappresenta un sistema di incentivi e disincentivi ai comportamenti degli individui nella sfera pubblica i quali, a loro volta, comportandosi razionalmente, sono spinti a modificare i loro comportamenti in risposta agli input forniti dal sistema istituzionale. Se da un lato la *public choice* costituisce una reazione alla teoria keynesiana e agli eccessi di *deficit spending*, dall'altro, essa si pone in continuità con la teoria classica, riprendendone alcuni principi chiave quali la teoria del 'valore e controvalore' di Wicksell, ponendosi altresì in piena sintonia con la Scuola Italiana di Scienza delle Finanze (il riferimento è in particolare a De Viti De Marco, Puviani, Pantaleoni, Montemartini, Einaudi, Borgatta, Griziotti. Per una ricostruzione v. G. DALLERA, *La "scuola" italiana di scienza delle finanze*, in *Moneta e credito*, 2013, 66, 261, pp. 45-93. Lo stretto collegamento tra la *public choice* e il filone italiano della Scienza delle Finanze è riconosciuto dallo stesso J.M. BUCHANAN, *La scienza delle finanze*, in *The Collected Works of James M. Buchanan*, Indianapolis, Liberty Fund, 1999-2000, 15, pp. 59 ss.). Proprio quest'ultimo aspetto rappresenta un elemento di sicuro interesse che incoraggia l'utilizzo della *public choice* per lo studio dei fenomeni oggetto del presente lavoro. Esponenti di spicco di tale scuola, infatti, sono stati padri costituenti come Luigi Einaudi ed Ezio Vanoni i cui influssi sono chiaramente rintracciabili nella nostra carta costituzionale (l'influenza di Einaudi e Vanoni sulla Costituzione è ben descritta in G. AMATO, *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, Il Mulino, 2015).

¹³ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, 239 ss.

criteri di efficienza richiamati poc'anzi) rappresenta una delle forme con cui – a livello ordinamentale – si esercita la sovranità popolare¹⁴.

3. L'intervento pubblico nell'economia nel quadro giuridico-istituzionale eurounitario

A seguito della pandemia e della crisi economica (e sociale) che ne è scaturita sembra tornato di moda l'intervento pubblico nell'economia. Siamo cioè alle idi di una nuova stagione di interventismo pubblico ampiamente invocata, quale panacea di tutti i mali, già a partire dalla crisi dei debiti sovrani. La novità sta però nel fatto che oggi, a differenza che in passato, questo risulta addirittura avallato e finanche sostenuto finanziariamente (ed in modo poderoso) dall'Unione Europea che, a tal fine, ha congelato (temporaneamente?) quei vincoli che (a torto) erano visti da più parti come un'indebita compressione della sovranità popolare e negazione stessa del nostro paradigma costituzionale¹⁵.

Questa clamorosa svolta, la cui portata è tale da disorientare anche l'interprete più avveduto, potrebbe sembrare una marcia indietro rispetto all'intero assetto costituzionale che ha sin qui rappresentato la trama del processo di integrazione. Ciò tuttavia non pare essere l'unica lettura possibile e, a parere di chi scrive, neanche la più corretta.

Un primo indizio in tal senso sembra rinvenirsi nella banale constatazione che, differentemente da quanto avvenuto durante la crisi dei debiti sovrani, il Piano Next Generation EU non ha richiesto deroghe ai Trattati, risultando invece coerente con il complesso quadro istituzionale esistente. Un secondo indizio è poi rappresentato dalla possibilità di rinvenire nell'architettura istituzionale che si sta delineando per il Recovery Fund il medesimo fondamento logico-razionale rinvenibile nella costituzione (macro)economica europea. Prova ne sono sia i meccanismi di *governance* del Next Generation EU delineati dal Consiglio Europeo del 21 luglio 2020¹⁶ che – pur introducendo nuovi elementi di valutazione – ricalcano in gran parte le dinamiche giuridico-argomentative tipiche del coordinamento delle politiche di bilancio dei Paesi membri¹⁷, sia il

¹⁴ Su questi aspetti sia consentito il rinvio a F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare. Alcune implicazioni teorico-giuridiche del processo di integrazione europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

¹⁵ Tale è la prospettiva di larga parte della dottrina pubblicistica, ben ricostruita da F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016.

¹⁶ Consiglio Europeo, *Riunione straordinaria del Consiglio europeo (17,18,19,20 e 21 luglio 2020) – Conclusioni*, <https://www.consilium.europa.eu/media/45118/210720-euco-final-conclusions-it.pdf>.

¹⁷ Spetta alla Commissione valutare i piani per la ripresa e la resilienza presentati dai Paesi membri. A tal fine, «nella valutazione il punteggio più alto deve essere ottenuto per quanto riguarda i criteri della coerenza con le raccomandazioni specifiche per paese, nonché dal rafforzamento del potenziale di crescita, della creazione di posti di lavoro e della resilienza sociale ed economica dello stato membro. Anche l'effettivo con-

richiamo alla necessità di introdurre specifici strumenti a tutela degli interessi finanziari della UE «in conformità con i principi generali sanciti dai Trattati dell'Unione»¹⁸ sia, infine, la previsione di un «regime di condizionalità»¹⁹ a tutela del bilancio stesso e del Piano Next Generation EU.

Quest'ultimo indizio, in particolare, al di là delle differenze lessicali, sembra alludere alla possibilità di vincolare il beneficiario rispetto alle modalità di utilizzo delle risorse concesse a sostegno della ripresa e della resilienza del sistema economico nazionale secondo una logica di “condizionalità” che non pare diversa rispetto a quanto previsto in precedenza dal Trattato sul MES.

Perciò, alla luce di tali considerazioni, alla domanda posta in precedenza (di quale intervento pubblico stiamo parlando?) sembrerebbe più corretto rispondere rinviando alla definizione dei cosiddetti interventi pubblici conformi all'ordine del mercato che rappresentano, non a caso, uno dei capisaldi dell'economia sociale di mercato. Ciò significa, in altri termini, richiamando l'insegnamento di due padri dell'ordoliberalismo sociale come Alexander Rüstow e Wilhem Röpke²⁰, che affinché l'intervento pubblico possa risultare coerente con il quadro costituzionale euronunitario esso dovrebbe realizzarsi «senza intervenire negli apparati del mercato creando perturbazioni» (dando luogo, per esempio, a fenomeni di *free riding* o alimentando la *fiscal illusion*) e, dunque, al sol fine di (ri)stabilire le condizioni per il corretto funzionamento dell'ordine concorrenziale del mercato piuttosto che di sovvertirlo.

L'intervento pubblico conforme rinvia dunque all'idea di un intervento pubblico che sia limitato nel tempo, ispirato a logiche di sussidiarietà e teso

tributo alla transizione verde e digitale rappresenta una condizione preliminare ai fini di una valutazione positiva. La valutazione dei piani per la ripresa e la resilienza deve essere approvata dal Consiglio, a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, mediante un atto di esecuzione che il Consiglio si adopera per adottare entro quattro settimane dalla proposta. La valutazione positiva delle richieste di pagamento sarà subordinata al soddisfacente conseguimento dei pertinenti target intermedi e finali. La Commissione chiede il parere del comitato economico e finanziario in merito al soddisfacente conseguimento dei pertinenti target intermedi e finali. Il comitato economico e finanziario si adopera per raggiungere un consenso. Qualora, in via eccezionale, uno o più Stati membri ritengano che vi siano gravi scostamenti dal soddisfacente conseguimento dei pertinenti target intermedi e finali, possono chiedere che il presidente del Consiglio europeo rinvi la questione al successivo Consiglio europeo. La Commissione adotta una decisione sulla valutazione del soddisfacente conseguimento dei pertinenti target intermedi e finali e sull'approvazione dei pagamenti secondo la procedura d'esame. In caso di rinvio della questione al Consiglio europeo, la Commissione non prenderà alcuna decisione relativa al soddisfacente conseguimento dei target intermedi e finali e all'approvazione dei pagamenti fino a quando il prossimo Consiglio europeo non avrà discusso la questione in maniera esaustiva. Di norma, tale processo non dovrà richiedere più di tre mesi dal momento in cui la Commissione ha chiesto il parere del comitato economico e finanziario e sarà conforme all'articolo 17 TUE e all'articolo 317 TFUE» (Ivi, p. 6).

¹⁸ Ivi, p. 7 (punto A24).

¹⁹ Ivi, p. 16 (punto 23).

²⁰ Cfr. A. RÜSTOW, *Liberal intervention* (1932), in *Standard Texts on the Social Market Economy. Two Centuries of Discussion*, H.F. WÜNSCHE (a cura di), Stuttgart and New York, 1982, pp. 183-186; e, soprattutto, W. RÖPKE, *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart* (1942), trad. it., *La crisi sociale del nostro tempo*, Roma, 1946, pp. 197-202. L'autore evidenzia come requisito fondamentale al fine di assicurare tale conformità sia il rispetto del meccanismo di formazione dei prezzi, la violazione del quale condurrebbe verso esiti collettivistici.

non ad occupare gli spazi propri della società civile bensì a sostenerne l'iniziativa in una logica inclusiva e non estrattiva, per effetto della quale l'allocazione dei benefici dell'intervento pubblico possa essere oggetto di redistribuzione piuttosto che di rendita politica.

Una volta inquadrata in questi termini la questione, se ne deduce che la discrezionalità dei poteri governanti rispetto alle decisioni di impiego delle risorse del Recovery Fund non potrà essere rimessa alle mere logiche politiche, dovendo invece – quale condizione di legittimità stessa delle relative scelte – fare i conti con la realtà di un ordinamento complesso che, proprio per risultare fedele al principio della sovranità popolare, restringe significativamente i margini dell'intervento pubblico entro i binari della garanzia dei diritti fondamentali e, sotto il profilo delle modalità prescelte ai fini dell'attuazione in concreto del paradigma costituzionale garantista, della razionalità economica²¹.

Non cogliere questo aspetto fondamentale che farà da sfondo alla nuova stagione di interventismo pubblico, perdendo l'occasione di promuovere coerenti riforme amministrative, significa invece correre seriamente il rischio di recitare, all'interno dei confini nazionali, un copione ben diverso rispetto a quello che si apprestano a recitare l'UE e gli altri Stati membri (a partire dalla Germania). Un rischio, quest'ultimo, potenzialmente fatale poiché rischieremmo di sprecare l'occasione offerta dall'allentamento (temporaneo) dei vincoli europei per ristrutturare – nel segno della sostenibilità ambientale e dell'innovazione tecnologica – il nostro sistema economico creando le condizioni affinché, superata la stagione dell'emergenza, possa ridursi il suo grado di dipendenza dal settore pubblico (e dalla spesa pubblica).

4. L'efficienza dei processi decisionali pubblici come problema

Come si è detto però, per cogliere appieno la portata di quanto poc'anzi evidenziato, appare quantomai opportuno allargare lo sguardo, con l'obiettivo di rinnovare il modo in cui si è soliti interpretare le dinamiche di interazione tra sfera pubblica e sfera privata nel contesto della democrazia deliberativa, soffermandosi in particolare sul problema dell'efficienza allocativa dei processi decisionali pubblici.

Nella prospettiva dell'economia sociale di mercato²² (espressamente richiamata all'art. 3 del TUE), l'intervento pubblico risulta conforme all'ordine giuridico del mercato quando non è tale da alterare i meccanismi di formazione dei prezzi incentrati sul principio della concorrenza. Poiché, infatti, i prezzi danno informazioni su scarsità e preferenze, essi controllano il potere degli attori dei processi economici e indirizzano risorse scarse verso utilizzi più effi-

²¹ Sia consentito il rinvio a F.G. ANGELINI, *L'intervento pubblico tra diritti fondamentali e razionalità economica. Disfunzioni democratiche e funzioni amministrative come esercizio della sovranità popolare*, cit.

²² Per un inquadramento dell'economia sociale di mercato sia consentito il rinvio a F.G. ANGELINI, *La democrazia costituzionale tra potere economico e sovranità popolare. Alcune implicazioni teorico-giuridiche del processo di integrazione europeo*, cit., pp. 104 ss. e alla bibliografia ivi richiamata.

cienti. Provvedimenti di politica economica che intervengano manipolando tali meccanismi di formazione dei prezzi producono, infatti, l'effetto di neutralizzare quelle importanti funzioni sociali proprie del mercato, generando concentrazione di potere ed innescando dinamiche estrattive²³.

Applicando tali coordinate ai problemi che sono stati evidenziati, con particolare riferimento alle implicazioni della cornice istituzionale europea sulle decisioni di intervento pubblico, è evidente come proprio la necessaria conformità di quest'ultimo all'ordine giuridico-economico europeo – quale parametro limite implicitamente operante all'interno dell'ordinamento eurounitario e, dunque, (per il tramite di quest'ultimo) in quelli nazionali – rappresenti un'assoluta novità rispetto ad altre stagioni di interventismo pubblico. La costituzionalizzazione a livello sovranazionale dell'ordine giuridico-economico della concorrenza e della stabilità finanziaria implica infatti la necessità di un coerente ordine giuridico-politico il cui funzionamento (regole per il gioco e regole del gioco) dovrebbe essere tale da promuovere sulla sfera pubblica l'adozione di comportamenti cooperativi in grado di condurre (in via indiretta) l'interazione dei diversi attori che si confrontano sulla sfera pubblica (partiti politici, burocrati, elettori, portatori di interessi, etc.), verso esiti sociali soddisfacenti²⁴ (secondo il paradigma del *mutual gains from joint commitment to rules*²⁵).

²³ D. ACEMOGLU, J.A. ROBINSON, *Perché le nazioni falliscono? Alle origini di potenza, prosperità e povertà*, Milano, Il Saggiatore, 2013 hanno dimostrato come la competitività del settore privato, che è all'origine del benessere di una nazione, dipenda in larga misura dalla qualità delle sue istituzioni politiche. In altri termini, secondo i due autori, la qualità delle istituzioni economiche risulterebbe tutt'altro che indifferente rispetto a quella delle istituzioni politiche in quanto, come dimostra la teoria della scelta pubblica, la loro interazione o reciproca interferenza può comportare effetti rilevanti in termini di benessere sociale. Infatti, «i paesi del mondo hanno una diversa capacità di sviluppo economico per via delle loro differenti istituzioni, delle regole che influenzano il funzionamento dell'economia e degli incentivi che motivano i singoli individui». L'aspetto centrale dell'analisi è rappresentato dalla constatazione secondo cui solo le istituzioni inclusive tendono a dar vita a mercati competitivi, influenzandosi reciprocamente. Tra istituzioni politiche e istituzioni economiche esisterebbe, dunque, un rapporto sinergico in quanto le istituzioni economiche estrattive altro non sono che il naturale complemento dei sistemi politici estrattivi, i quali si servono delle istituzioni economiche anche per la propria sopravvivenza politica. Di contro, le istituzioni politiche di tipo inclusivo, avendo come propria ragione sociale l'inclusione dei cittadini nei processi decisionali pubblici, tendono a rendere la vita difficile alle istituzioni economiche estrattive, le quali, al contrario, si presentano con l'unica finalità di sottrarre benessere alla popolazione, porre barriere d'ingresso nei mercati e distorcerne il funzionamento a vantaggio dei pochi.

²⁴ v. G. VANBERG, *Constitutional political economy, democratic theory and institutional design*, in *Public Choice*, 2018, 177, pp. 199-216. Come evidenzia l'autore, la prospettiva della *constitutional political economy* offre «a different paradigm for assessing the democratic nature of political orders. This perspective does not focus on whether collective procedures possess particular institutional attributes that are considered intrinsically necessary for a democratic order. Rather, it focuses on the criteria that legitimize a collective choice procedure as democratic. A central implication of this approach is that a political order can be democratically legitimate even if lacks institutional features considered essential on the system- attributes view» (p. 202). Nella prospettiva della *constitutional political economy*, il compito delle regole del gioco sarebbe quello di creare benessere sociale migliorando i meccanismi di cooperazione volontaria all'interno del processo politico-amministrativo, secondo lo schema del *mutual gains from joint commitment to rules* piuttosto che quello classico proposto dall'economia del benessere. Il compito delle regole del

Se è vero che il mercato può fallire e che quando ciò accade l'intervento pubblico risulta doveroso oltre che necessario, quest'ultimo – essendo anch'esso suscettibile di fallimenti – richiede un contesto giuridico-istituzionale coerente con l'ordine giuridico-economico prescelto, in grado di promuovere l'efficienza dei processi decisionali pubblici. In altri termini, un'allocazione delle risorse funzionale alla tutela dei diritti fondamentali della persona e ad un ampliamento del benessere sociale complessivo, tale da contrastare quelle distorsioni tipiche dello Stato pluriclasse derivanti, da un lato, dall'impossibilità di conoscere le preferenze dei cittadini (a meno di non ricorrere al criterio dell'unanimità nell'azione collettiva) e, dall'altro, dalle disfunzioni che il processo democratico e l'azione amministrativa inevitabilmente producono.

Tali considerazioni, che si pongono a cavallo tra la teoria economica e la teoria della democrazia, offrono spunti utili per guardare in modo problematico all'intervento pubblico secondo la prospettiva delle dinamiche dei processi politici ed amministrativi che si sviluppano entro la trama del diritto pubblico. L'intervento pubblico che sarà alimentato dalle risorse messe a disposizione dal Recovery Fund imporrà, infatti, l'adozione di delicate e complesse scelte allocative e di bilanciamento. Ciò richiederà l'attivazione di processi decisionali pubblici (siano questi di natura democratica, amministrativa, regolatoria o imprenditoriale) rispetto ai quali occorre seriamente domandarsi se le regole attuali siano effettivamente, nella prospettiva poc'anzi suggerita, coerenti con il quadro istituzionale eurounitario.

La consapevolezza circa l'esistenza di una funzione economica (in chiave discorsivo-razionale) del diritto pubblico – o, per dirla in altri termini, del contributo indiretto che le regole su cui si regge l'interazione tra i diversi attori sulla sfera pubblica fornisce al benessere sociale, orientandone l'azione verso l'adozione di strategie cooperative in grado di generare vantaggi per tutti i partecipanti ai relativi processi di scambio, promuovendo un complessivo allineamento degli interessi in gioco – pare tutt'altro che matura. A questo proposito, per non correre il rischio di ritrovarsi, quando questa stagione sarà finita, in una condizione di disallineamento ancora peggiore rispetto a quella attuale, tale da non potervi più porre rimedio se non attraverso il ricorso a misure di carattere straordinario, varrebbe la pena non solo domandarsi quali interventi è op-

gioco (regole costituzionali e subcostituzionali, secondo la nota classificazione di Buchanan) sarebbe dunque quello di creare benessere sociale migliorando i meccanismi di cooperazione volontaria all'interno del processo politico-amministrativo, secondo lo schema del *mutual gains from joint commitment to rules* piuttosto che quello classico proposto dall'economia del benessere. Facendo cioè in modo che il benessere generato dallo scambio politico-amministrativo venga allocato in capo ai cittadini piuttosto che ai pubblici poteri, secondo la logica del "surplus" del consumatore. Per una panoramica sulla *constitutional political economy* v. S. VOIGT, *Constitutional Economics: A Premier*, Cambridge, 2020.

²⁵ Cfr. anche V.J. VANBERG, *Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy*, in *Freiburg Discussion Papers on Constitutional Economics*, 2004, 4; J.M. BUCHANAN, *Economia positiva, economia del benessere ed economia politica*, in *Stato, mercato e libertà*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 103; S. VOIGT, *Positive constitutional economics: A survey*, in *Public Choice*, 1997, 90, pp. 11 ss.

portuno che rientrino nel Recovery Plan, ma chiedersi se il nostro disegno istituzionale sia idoneo a far sì che dai relativi processi politico-amministrativi possano derivare scelte allocative di impiego delle risorse disponibili coerenti con l'assetto costituzionale europeo fondato sul riconoscimento delle libertà individuali e sulla società aperta.

5. La posta in gioco e il ruolo del diritto pubblico (e dell'amministrazione)

Le questioni sin qui poste interessano, ben più di quanto si possa a prima vista pensare, i diritti fondamentali e, con essi, la sovranità stessa dei cittadini nei confronti del potere politico. Non affrontare i nodi istituzionali dell'efficienza allocativa dei processi decisionali pubblici e la loro effettiva capacità di condurre ad esiti sociali coerenti con l'assetto giuridico-economico sovranazionale – illudendosi che essi possano venir meno semplicemente per effetto di una maggiore possibilità di ricorrere alla spesa pubblica – pone, infatti, il problema della sostenibilità sul piano finanziario del nostro paradigma garantista e della compatibilità di quest'ultimo con un sistema economico che, superata l'emergenza, rischia di degenerare verso forme di maggiore dipendenza dal settore pubblico, con conseguente maggiore *stock* di debito e minore capacità di ricorrere agli stabilizzatori automatici; nonché, di dover fare i conti con una società bloccata, incapace di essere parte attiva ed effettiva di quei processi argomentativi su cui si regge la democrazia costituzionale e che è condizione essa stessa di efficienza dei processi decisionali pubblici.

Con riferimento alla diversa grammatica su cui si sviluppa il quadro giuridico-istituzionale europeo, al fine di garantire la sostenibilità del sistema pubblicistico di tutela dei diritti fondamentali, pare allora tutt'altro che privo di interesse tornare a domandarsi quale funzione debba svolgere il diritto pubblico e l'amministrazione stessa, con riferimento sia alle sue modalità di interazione con la società che alla sua organizzazione, chiamata a ripensarsi in termini di resilienza e dunque, nella prospettiva dell'art. 118 cost., ad essere sempre più sussidiaria, adeguata e differenziata.

L'evoluzione dal governo alla *governance* implica, infatti, un nuovo modo di pensare il diritto²⁶ (e il diritto pubblico in modo particolare), non più come strumento per la costruzione dell'ordine sociale di cui il potere legittimo si serve per realizzare fini predeterminati, bensì quale trama istituzionale di un necessario processo comunicativo tra i diversi attori della sfera pubblica e di quella privata, nel quale l'effettivo e legittimo esercizio del potere richiede una sempre più estesa partecipazione dei singoli alle scelte pubbliche e ai processi di bilanciamento degli interessi in gioco, nell'ottica del conseguimento della maggiore efficienza allocativa possibile e, dunque, del concreto esercizio della sovranità popolare.

²⁶ A. ANDRONICO, *op. cit.*, pp. 5-58 e 134-135.

Questa segnalata esigenza di ripensare il diritto alla luce dell'affermarsi della logica della *governance*²⁷, della crisi degli Stati e della stessa natura statutale del diritto, sembra perfettamente in linea, risultandone altresì un antesignano, con il diverso approccio proposto da parte della dottrina²⁸ che, ribaltando la visione classica della sovranità²⁹ e del diritto pubblico come leva per l'esercizio del potere sovrano, ha da tempo suggerito di guardare ad esso come strumento per un dialogo razionale³⁰ e all'amministrazione come mezzo per l'attuazione dell'ordine della società³¹.

²⁷ *Ivi*, 27 ss.

²⁸ Il riferimento è al fecondo filone di studi inaugurato da F. BENVENUTI (la cui visione è compendiata nel suo *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996), poi proseguito da G. BERTI (v., *ex multis*, ID., *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1994) e G. PASTORI (v., *ex multis*, ID., *Coordinamento e governo di una società complessa*, in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, Il Mulino, 1982, ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 239 ss.; ID., *Amministrazione pubblica*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, Giappichelli, 1976, pp. 12 ss., ora in *Scritti scelti*, cit., pp. 205 ss.; ID., *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo* 2002, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 463 ss., ora in *Scritti scelti*, cit., pp. 785 ss.; ID., *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo* 2009, Napoli, Jovene, 2010, p. 879). L'idea di «una società [...] che si fa Stato, che si organizza cioè per governarsi» (G. PASTORI, *Stato e società in Italia dal 1948 ad oggi*, in G. LAZZATI, *Stato e senso dello Stato oggi in Italia*, Milano, Vita e Pensiero, 1981, ora in *Scritti scelti*, cit., p. 301), secondo quella che viene solitamente definita una visione capovolta o rovesciata della sovranità, è stata recentemente ripresa da Luca Raffaello Perfetti. Secondo quest'ultimo, ponendosi in dialogo proprio con Pastori, le dinamiche istituzionali in atto spingono verso un ripensamento degli elementi tradizionali della teoria dell'organizzazione pubblica nella prospettiva della struttura costituzionale italiana. Gli elementi fondanti di tale ricostruzione sarebbero, secondo Perfetti: la funzionalizzazione dell'organizzazione amministrativa agli scopi del popolo sovrano, nella forma del godimento dei diritti fondamentali della persona; l'identificazione dei fini pubblici nella dimensione organizzativa; e la distinzione tra organizzazione in senso soggettivo ed in senso oggettivo (L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il Diritto dell'economia*, 2019, 1, pp. 43-70).

²⁹ Uno dei tratti caratteristici del pensiero di Benvenuti è rappresentato proprio dal rovesciamento dell'impostazione tradizionale del discorso sulla sovranità. Secondo quest'ultimo, infatti, la fonte giustificativa del diritto pubblico di una società statutale non risiederebbe nella sovranità, bensì nell'esistenza di originarie posizioni di libertà dei singoli individui. Libertà che verrebbero dunque coordinate paritariamente tra loro (diritto privato) e con le posizioni di un'autorità (diritto pubblico) mediante il sistema di norme giuridiche che compongono l'ordinamento. Nell'insegnamento di Benvenuti, dunque, tale ordinamento giuridico si porrebbe come un centro di raccordo di tutte le libertà individuali, dando vita ad un sistema di coordinamento in grado di consentire l'esplicazione delle diverse libertà dei singoli soggetti, risolvendo i conflitti intersoggettivi e, nello stesso tempo, perseguendo il bene comune (la prospettiva di Benvenuti è esposta compiutamente in F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, cit.).

³⁰ Secondo Berti, invece, «il diritto [...] non è che dialogo tra persone condotto con l'uso di un linguaggio specializzato» che «presuppone piuttosto la presenza necessaria di un ordinamento come sistema, appunto ordinato, di proposizioni evocanti dei modelli di condotta congegnati in relazione a interessi effettivi o come tali pensati, a e finalità raggiungibili in ragione di questi interessi (che sono spirituali ed economici)» (*ibidem*, 83). Ciò implica un cambio di prospettiva rispetto al tradizionale modo di guardare al diritto pubblico, non più come quel diritto basato «sull'onnipotenza del legislatore, sulla positività delle regole, sulla

Proprio guardando alle dinamiche innescate dalla costituzione economica europea e dal pieno spiegarsi nell'ordinamento interno della sua logica, tanto sulla sfera privata (concorrenza) quanto sulla sfera pubblica (stabilità finanziaria), la visione del diritto pubblico come dialogo razionale, capace di tenere in relazione politica, economia e società, si conferma non solo pienamente attuale ma in grado di inserirsi a pieno titolo nel solco delle più recenti evoluzioni del giuspositivismo³² che guardano al diritto come argomentazione³³ e all'argomentazione come strumento per far valere le proprie ragioni nei confronti del potere³⁴.

Tale approccio sembra in grado di superare l'impostazione tradizionale per cui il diritto resterebbe appannaggio esclusivo della politica ai fini

sudditanza della società e degli uomini al potere politico» (G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992, pp. 3 ss., ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018, p. 170), bensì come funzione della sovranità popolare.

³¹ Nella visione bertiana «l'amministrazione pubblica deve soddisfare anzitutto i diritti sociali ed esprimere l'obbligazione generale alla realizzazione delle aspirazioni collettive» (*ivi*, p. 166). Pertanto, «l'amministrazione si legittima nella società, trovando già in questa la ragione fondamentale della propria esistenza e della propria funzionalità» (*ivi*, p. 167).

³² La riflessione di Giorgio Berti si sviluppa – mostrando interessanti punti di contatto con la teoria del diritto come argomentazione: «l'interpretazione è dunque a un certo punto la dinamica del formarsi del diritto attraverso l'analisi del rapporto interiore tra concetti o istituti ed effettività o semplicemente vita e vitalità dei soggetti. Il diritto prende forma e contenuti in occasione ed a conclusione di ogni atto interpretativo» (ID., *Ermeneutica e processualità nella trasformazione dei principi e dei valori universali in regole degli ordinamenti positivi*, in *Ars Interpretandi*, 2005, 10, pp. 255 ss., ora in *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2018, p. 99) – a partire dall'osservazione secondo cui «il diritto pubblico, quale noi conosciamo, nella sistemazione generale e nelle sue articolazioni, rimane sempre dominato dalla dogmatica della personalità dello stato e degli organi statali» (ID., *La parabola della persona dello stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1982/83, II, p. 1001) per effetto di una visione della sovranità e dello stato di diritto ancora fortemente influenzata dalla concezione positivista del diritto che tende a confondere quest'ultimo con lo Stato e fare, inevitabilmente, di esso il linguaggio del potere politico anziché della società civile (cfr. ID., *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., pp. 7-36). Il risultato è che «la società continua ad apparire dominata dalle istituzioni politiche e le stesse costituzioni, nel cui vigore noi oggi viviamo, non hanno saputo sottrarsi al peso storico di una visione istituzionale ed organizzativa dello stato» (*ivi*, p. 35).

³³ Per una panoramica sul contributo della teoria dell'argomentazione alla teoria del diritto e viceversa, si rinvia in particolare ai lavori di Robert Alexy, Neil MacCormick e Manuel Atienza. La prospettiva teorica a cui si intende rinviare si fonda su un approccio argomentativo al diritto e, dunque, nell'ottica del neoistituzionalismo giuridico (cfr. N. MACCORMICK, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford, 2008; N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986), alle istituzioni, tra le quali rientrerebbe appunto anche il diritto. Per un approfondimento si rinvia a M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, cit.; R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998; N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, ed. it. di V. VILLA (a cura di), trad. it. di A. SCHIAVELLO, Torino, Giappichelli, 2001.

³⁴ Sul rapporto tra potere e argomentazione e sulle sue possibili implicazioni nel campo del diritto pubblico e amministrativo si rinvia al contributo offerto da Letizia Gianformaggio, cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, E. DICIOTTI, V. VELUZZI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2018; L. CARLASSARE, *L'argomentazione e il controllo sul potere*, in O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Diritto potere e ragione nel pensiero di Letizia Gianformaggio*, Napoli, Jovene Editore, 2016, pp. 125 ss.

dell'esercizio della forza legalizzata – e, dunque, l'idea stessa di un diritto pubblico come sistema di equilibri tra il potere politico e le libertà degli individui – guardando ad esso in una prospettiva che non è più solo quella discendente, incentrata sulla tutela del cittadino nei confronti dell'esercizio dell'autorità, bensì ascendente e, dunque, discorsivo-razionale. Inteso in questi termini, il diritto pubblico finisce così per occupare quello spazio funzionale che garantisce la porosità tra la politica e l'economia, creando le condizioni istituzionali (*ideal speech situation*³⁵) necessarie per un dialogo razionale, imparziale ed orientato all'effettività dei diritti fondamentali, in grado di (ri)comporre i conflitti e di esprimere la realtà sociale nel suo complesso.

Questa visione discorsivo-razionale del diritto pubblico presuppone altresì l'abbandono dell'idea dell'amministrazione come mera manifestazione del potere esecutivo e dell'autorità sovrana, abbracciando una concezione finalistica dell'agire amministrativo in rapporto immediato tanto con i compiti che le sono assegnati in virtù del nostro paradigma garantista, quanto con l'ordine politico e l'ordine sociale, in un quadro di costante interdipendenza tra scelte e risultati³⁶.

Nell'ambito di una comunità di diritto, qual è l'UE, che abbia assunto i principi di concorrenza e della stabilità finanziaria come criteri ordinatori degli scambi che avvengono rispettivamente sulla sfera privata e su quella pubblica, ciò rinvia anche alla necessità di ripensare la funzione amministrativa come un'azione cooperativa finalisticamente orientata³⁷. In grado, in altri termini, non solo di tutelare il cittadino nei confronti dell'autorità, ma di assicurare e

³⁵ Il riferimento è alla teoria dell'agire comunicativo di J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Bd. 1: *Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung*; Bd. 2: *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, trad. it. in *Teoria dell'agire comunicativo. I. Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociale; II. Critica della ragione funzionalistica*, Bologna, Il Mulino, 2017. In particolare, la teoria habermasiana si focalizza sulla costruzione di un ambiente istituzionale, avente le caratteristiche di una "*ideal speech situation*", in grado di contenere le fonti di proliferazione degli interessi potenzialmente in conflitto e, dunque, attraverso «la funzione di mediazione istituzionale, delle istituzioni politiche e detentive del potere ma anche del diritto» (così, A. ABIGNENTE, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 16) di recuperare e ripristinare il costitutivo legame sociale, favorendo la formazione di una volontà collettiva e una democrazia deliberativa e inclusiva.

³⁶ In tal modo, riprendendo ed attualizzando la distinzione tra amministrazione politica e amministrazione sociale proposta da G. PASTORI, v. *Amministrazione pubblica*, in *Dizionario di politica*, N. BOBBIO, N. MATTEUCCI (a cura di), Torino, Giappichelli, 1976, oggi in *Scritti scelti*, 2010, I, pp. 203-217, che rinvia all'esigenza di «un ripensamento del ruolo e del modo di configurarsi dell'amministrazione, da un lato, nei confronti delle istituzioni politica e di governo e, dall'altro, nei confronti delle istituzioni e strutture sociali come tali». Si veda anche G. BERTI (*Stato di diritto informale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992, pp. 3 ss., ora in *Scritti scelti*, Napoli, 2018) secondo cui «l'amministrazione pubblica deve soddisfare anzitutto i diritti sociali ed esprimere l'obbligazione generale alla realizzazione delle aspirazioni collettive» (ivi, 166). Pertanto, «l'amministrazione si legittima della società, trovando già in questa la ragione fondamentale della propria esistenza e della propria funzionalità» (ivi, p. 167).

³⁷ Con riferimento specifico all'esercizio in concreto della discrezionalità amministrativa si rinvia a L.R. PERFETTI, *Discrezionalità e sovranità popolare*, in *Al di là del netto autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, S. PERONGINI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2017, pp. 119-158.

mantenere nel tempo quelle condizioni discorsivo-razionali necessarie affinché l'intervento pubblico nell'economia e nella società possa rispondere contestualmente alle esigenze di equità espresse dal paradigma costituzionale garantista e a quelle dell'efficienza, in assenza della quale, la stessa effettività dei diritti fondamentali potrebbe essere messa seriamente a rischio in termini non solo di sostenibilità finanziaria, ma di tenuta complessiva della relazione che lega i diritti ai doveri costituzionali.

6. Intervento pubblico ed efficienza allocativa: dalla democrazia rappresentativa alla democrazia deliberativa

Sofferarsi sul problema dell'efficienza allocativa dei processi decisionali e amministrativi, guardando al diritto pubblico in chiave discorsivo-razionale, significa mettere a fuoco alcuni paradossi della democrazia rappresentativa³⁸ e le ragioni che sono alla base di quelle disfunzioni a cui l'intervento pubblico è naturalmente esposto laddove non soggetto a limiti giuridico-istituzionali ed inquadrato entro dinamiche istituzionali funzionali a rendere conto delle finalità e delle modalità di impiego delle risorse pubbliche.

Adottare un simile punto di osservazione dovrebbe condurre ad una rinnovata consapevolezza sul fatto che i potenziali fallimenti dello Stato non possono che essere affrontati sul terreno specifico del *design* istituzionale, adottando cioè regole e vincoli di natura costituzionale e amministrativa nei confronti del potere politico³⁹ in grado di promuovere la cooperazione volontaria e, in tal modo, di garantire la maggiore aderenza possibile tra l'intervento pubblico e le preferenze dei cittadini (sovrani)⁴⁰. Si tratta, in altri termini, di scegliere quelle regole del gioco in grado di favorire il raggiungimento, indirettamente e senza mettere in discussione la garanzia dei diritti fondamentali della persona, dell'efficienza allocativa⁴¹.

L'efficienza dell'intervento pubblico è dunque una questione di *institutional design* che rinvia al paradigma della democrazia deliberativa e alla conseguen-

³⁸ F.G. ANGELINI, *La partecipazione politica tra asimmetrie informative e institutional design*, in *Prospettiva Persona*, 2020, 3-4.

³⁹ Buchanan, rifacendosi alla scuola austriaca e al pensiero di Hayek (*Law, Legislation and Liberty*, Chicago, 1979, I-III) distingue chiaramente le regole che esprimono la "constitutional choice" che egli definisce costituzionali, da quelle postcostituzionali che invece definiscono le strategie del gioco (J.M. BUCHANAN, *Constitutional Restrictions on the Power of Government*, in *The Collected Works of James M. Buchanan*, 16, Indianapolis, Liberty Fund, 42 ss.).

⁴⁰ J.M. BUCHANAN, G. BRENNAN, *The Constitutional Imperative*, in *The Collected Works of James M. Buchanan*, 10, Indianapolis, Liberty Fund, pp. 3 ss.; ID., *Politics Without Rules, I: Time and Non-constrained Collective Action*, in *The Collected Works of James M. Buchanan, cit.*, pp. 92 ss.; ID., *Politics Without Rules II: Distributive Justice and Distributive Politics*, in *The Collected Works of James M. Buchanan, cit.*, pp. 125 ss.

⁴¹ Dal punto di vista metodologico, «the economic analysis of constitutions, also known as 'constitutional economics' or 'constitutional political economy' ... broadens this research program by analyzing the choice of rules, using the workhorse method of economics, i.e. rational choice» (S. VOIGT, *Constitutional Economics. A primer*, cit., p. 1).

te esigenza di un ordine giuridico-politico nel quale il potere sia esercitato in costante relazione con una società attiva, instaurando una dialettica rispetto alla quale le regole dei processi decisionali che si svolgono sulla sfera pubblica devono essere orientate a promuovere la cooperazione volontaria nel pieno rispetto della libertà individuale e dei principi di responsabilità e sussidiarietà⁴².

Ciò che rileva ai fini della nostra indagine, segnando il punto di rottura rispetto sia ad approcci paternalistici incentrati sulla pretesa della tecnica di sostituirsi alla dinamiche democratiche in nome dell'efficienza, sia a soluzioni basate sull'abbandono di ogni forma di intermediazione politica in nome della tecnocrazia o del mito della democrazia diretta mediante il ricorso alle tecnologie digitali, è rappresentato dall'idea secondo cui la realizzazione del bene comune non può mai essere oggetto di delega a favore di un'autorità terza qual è lo Stato, illudendosi di poter esercitare la sovranità popolare esclusivamente attraverso la partecipazione alle competizioni elettorali o la trasformazione della democrazia in una sorta di *social network*.

Il riconoscimento dell'assoluta centralità della persona e delle dinamiche dello scambio sociale quali premesse necessarie su cui si reggono tanto il sistema economico-sociale quanto quello politico implicano, al contrario, che il perseguimento del bene comune debba avvenire attraverso la cooperazione volontaria degli individui, risultando quest'ultimo l'esito degli scambi che avvengono nella sfera privata e in quella pubblica.

Con riferimento alle sfide poste dal Recovery Fund, ciò si traduce nella necessità di ridefinire un contesto istituzionale che – attraverso un'effettiva partecipazione dei cittadini e degli attori economici e sociali, una reale concorrenza politica, il contrasto alle asimmetrie informative e all'illusione fiscale – sia capace di orientare il comportamento dei diversi soggetti verso l'adozione di strategie cooperative, favorendo la convergenza tra interessi individuali ed interesse generale e permettendo, attraverso il rispetto delle regole dei processi decisionali pubblici, di trarre benefici comuni dalla volontaria cooperazione di tutti gli attori coinvolti.

7. Alcuni spunti di riflessione

Nelle pagine precedenti, lungi dal voler proporre analisi esaustive sul tema in oggetto o esprimere giudizi definitivi sulle misure adottate a livello europeo o sulla *governance* del Recovery Fund attualmente in discussione, ci si è posti un obiettivo più modesto: spostare l'attenzione sulla necessità di guardare ai

⁴² Una democrazia deliberativa è, infatti, nella quale i governati possono prendere essi stessi parte ai processi decisionali che si svolgono sulla sfera pubblica. In una democrazia deliberativa, i principi di responsabilità e sussidiarietà, limitando alla sola garanzia dei diritti fondamentali l'intervento dello Stato e contribuendo a modellare la sua amministrazione sia sul fronte dell'attività che dell'organizzazione, si tengono l'uno con l'altro, dando luogo ad un circolo virtuoso che alimenta e garantisce il corretto funzionamento dei processi democratici ed economico-sociali in una logica inclusiva e, dunque, deliberativa.

nodi problematici del nostro assetto istituzionale in modo realistico. Senza cioè negare il problema della sua coerenza con l'ordine giuridico-economico europeo e, dunque, avendo il coraggio di intervenire sul delicato profilo dell'efficienza allocativa dei processi decisionali pubblici dalla quale, nella prospettiva giuseconomica proposta nel presente lavoro, dipende la fragile relazione esistente tra garanzia dei diritti fondamentali e risorse disponibili.

Tale forma di realismo istituzionale, come si è cercato di porre in luce nelle pagine precedenti, ha molto a che fare con il nostro stesso modo di intendere il diritto pubblico e l'amministrazione nel rinnovato contesto della *governance* europea. Al punto da richiedere, con riferimento alla nuova stagione di interventismo pubblico che è appena iniziata, un significativo cambio di paradigma che – laddove colto – è destinato a mutare in profondità le forme e i modi con cui solitamente si manifesta l'azione dei pubblici poteri nell'economia e nella società, al fine di conformarsi al mutato assetto costituzionale nel quale si inquadra.

Potrebbero sembrare questioni trascurabili in quanto di scarso rilievo pratico rispetto alle grandi questioni oggi in discussione, quali la transizione energetica e il potenziamento della capacità di gestione delle emergenze. Tuttavia, poiché tali questioni rinviano in ogni caso a scelte pubbliche che richiedono complessi e articolati processi politico-amministrativi da cui dipende l'attuazione in concreto del nostro paradigma costituzionale, una rinnovata concezione del ruolo della partecipazione politica e della funzione giuseconomica delle dinamiche argomentative che si sviluppano sulla sfera pubblica, così come pure delle caratteristiche ritenute necessarie affinché queste ultime possano condurre a scelte coerenti con l'ordine giuridico-economico europeo, si pone in realtà – richiamando l'attenzione sulla definizione di un coerente disegno istituzionale – quale preconditione per la ripresa e la resilienza del nostro sistema economico e, in ultima analisi, per la sostenibilità nel tempo del nostro modello di protezione dei diritti fondamentali della persona, già gravemente segnato dall'emergenza sanitaria.

ROSA CALDERAZZI
Professore associato di Diritto dell'economia
Dipartimento di Economia, Management e Diritto dell'impresa
Università degli Studi di Bari
rosa.calderazzi@uniba.it

EMERGENZA, PANDEMIA ED INTERVENTO DELL'AUTORITÀ SULL'IMPRESA BANCARIA

EMERGENCY, PANDEMIC AND INTERVENTION OF THE AUTHORITY ON THE BANKING COMPANY

SINTESI

Gli interventi emergenziali, nel diritto bancario, non rappresentano una novità: nel tempo si è lentamente stratificato un complesso di interventi dettati quasi sempre dalla necessità di sopperire a circostanze puntuali e contingenti.

L'uso/abuso del diritto emergenziale spesso si accompagna a deroghe rispetto alle regole ordinarie e porta ad una progressiva deformazione dello Stato di diritto.

Per dare una lettura coerente del sistema diventa necessario adottare la prospettiva della tutela del risparmio, inteso come unico centro di interessi di rilievo pubblico che vede il punto di unificazione nella prospettiva dei diritti delle persone: solo così si riesce a superare il contrasto tra contrapposizione di interessi.

Nella prospettiva dei diritti, le Autorità di vigilanza possono porre vincoli alla libertà d'impresa delle banche, nella loro autonomia organizzativa e nella operatività gestionale (quindi anche nella fissazione di requisiti patrimoniali o nell'imposizione di vincoli alla distribuzione degli utili).

Possiamo, dunque, ritenere che, nella fase emergenziale, gli interventi del regolatore rappresentano il frutto di un processo evolutivo che diventa espressione del requisito di organizzazione funzionale al perseguimento del principio di sana e prudente gestione.

ABSTRACT

Emergency interventions, in banking law, are not new actions: a set of interventions has slowly been stratified over time, almost always tied to the need to meet specific and contingent circumstances.

The use / abuse of the emergency law is often accompanied by derogations from the ordinary rules and leads to a progressive deformation of the rule of law itself.

To give a coherent reading of the system it becomes necessary to adopt the perspective of the protection of savings, intended as the only center of public interest that sees the point of unification in the perspective of people's rights: this is the only possible way to overcome the contrast between contrapositions of interests.

From the perspective of rights, the Supervisory Authorities can place restrictions on the freedom of bank enterprise concerning their organizational autonomy and management operations (therefore even in the establishment of

capital requirements or in the imposition of restrictions on the distribution of profits).

We can therefore conclude that, in the emergency phase, the regulator's interventions represent the result of an evolutionary process that becomes an expression of the requirement of functional organization to the pursuit of the principle of sound and prudent management. A reflection on the role of the capital in the banking company allows to provide a confirmation of the interests protected by the banking system.

PAROLE CHIAVE: emergenza, impresa bancaria, risparmio

KEYWORDS: emergency, banking company, savings

INDICE: 1. Due considerazioni preliminari. – 2. L'intervento emergenziale nel diritto bancario. – 3. Le ragioni delle misure emergenziali. – 4. L'intervento dell'Autorità nella prospettiva della tutela del risparmio.

1. Due considerazioni preliminari

Durante il periodo di emergenza sanitaria sono stati molteplici gli interventi che hanno coinvolto le imprese bancarie in ragione del ruolo che gli è stato affidato: per un verso, infatti, le banche sono diventate strumento di ausilio delle famiglie e delle imprese attraverso l'erogazione di liquidità garantita dallo Stato, per altro verso sono state destinatarie di misure legate ai requisiti patrimoniali, volte a garantire l'esercizio dell'attività bancaria. Le misure sono state predisposte dal governo e dalle Autorità di vigilanza nazionali e comunitarie.

Al fine di analizzare la portata di tali interventi occorre richiamare due elementi generali dell'impresa bancaria che sono imprescindibili per orientare l'indagine nella corretta prospettiva.

La prima considerazione è che la regolazione bancaria rappresenta il paradigma storico sul quale si è tradizionalmente riscontrato un intervento pubblicistico, in ragione della specialità della sua attività.

La spiegazione che è stata data sulle ragioni dell'intervento pubblicistico nell'impresa bancaria è mutata nel tempo, condizionata dalla interpretazione sul ruolo delle banche.

L'idea della banca come servizio pubblico, assoggettata all'indirizzo politico, è stata a lungo presente non solo nel periodo pre-costituzionale, quando l'interesse pubblico veniva identificato nella ricchezza e nella potenza economica dello Stato, e quindi l'intero sistema veniva funzionalizzato all'interesse nazionale dello Stato sovrano¹, ma anche nel periodo post-costituzionale dove ha continuato ad essere applicato il paradigma dell'ordinamento sezionale e de-

¹ S. CASSESE, *La preparazione della riforma bancaria del 1936 in Italia*, in *Economia e credito*, 1975, p. 996; F. BELLÌ, *Legislazione bancaria italiana (1861 – 2003)*, Giappichelli, Torino, 2004; ID., *Le leggi bancarie del 1926 e del 1936-38*, in *Banca e industria fra le due guerre*, vol. II, p. 203 ss.; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012; E. GALANTI - R. D'AMBROSIO - A. V. GUCCIONE, *Storia della legislazione bancaria finanziaria e assicurativa*, Banca d'Italia, 2012; G. LANZARONE, *Il sistema bancario italiano*, Einaudi, Torino, 1948, p. 32 ss.

rogatorio del credito²: anche in questo periodo è rimasta la prospettiva della regolazione dell'esercizio del credito e della rilevanza del potere pubblico che si fondava su una lettura riduttiva della norma costituzionale.

Da tale impostazione è derivata una centralità dell'autorità amministrativa e della sua potestà discrezionale e autonomia normativa e l'attività bancaria è diventata adempimento di interesse nazionale³.

Grazie all'Unione Europea e poi al Testo unico del 1993 si avverte un cambio di prospettiva che porta a caratterizzare l'attività bancaria come un'impresa che opera sul mercato concorrenziale: la conseguenza è quella di abbandonare l'interpretazione tradizionale che ha come punto di riferimento la banca come servizio pubblico e di ricostruire il sistema ponendo al centro la tutela del risparmio, secondo una lettura dell'art. 47 Cost. che non viene più visto in una prospettiva neutrale, nel senso che funzionalizza il sistema del credito alla tutela del risparmio⁴.

Quando l'art. 47 afferma che la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme intende incoraggiare e proteggere il risparmio nella prospettiva della difesa del singolo che investe il proprio risparmio e, solo indirettamente, rileva come un fattore di crescita al sistema economico.

Tale lettura, come avremo modo di evidenziare, consente di fornire una spiegazione coerente del sistema.

La seconda considerazione, preliminare, è che, quando si esamina il ruolo dello Stato, nel diritto bancario, si possono assumere posizioni antitetiche.

² Si sostiene, in sostanza, che la disposizione di cui all'art. 47 comma 1 non abbia aggiunto "alcuna novità all'impostazione anche teorica dell'ordinamento del settore, considerata anche la valuta genericità della disposizione" (D. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Cafagno e Manganaro, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, diretto da Ferrara e Sorace, V, Firenze University Press, Firenze, 2017, p. 175; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 205; F. MERUSI, *Per uno studio dei poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. publ.*, 1972, p. 1428; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Giuffrè, Milano, cit., p. 9; ID., *Principi "costituzionali", poteri pubblici e fonti normative in tema di mercati finanziari*, in *Manuale di diritto del mercato finanziario*, a cura di S. Amorosino, 2014, Giuffrè, Milano, p. 8 ss. afferma che l'art. 47, costituzionalizzando l'interesse pubblico primario alla tutela del risparmio attraverso il controllo dell'organizzazione e del buon funzionamento del settore del credito, ha dato "copertura costituzionale" al sistema di disciplina di settore, così come delineato dalla legge bancaria del 1936.

³ R. COSTI, *Le trasformazioni dell'ordinamento bancario*, in *Banca Impresa Società*, 2019, p. 183.

⁴ L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE Padova, 2018, pp. 1582 e 1591) afferma che la Costituzione non costituzionalizza il sistema della legge bancaria del 1939, né pone disposizioni neutre dal punto di vista del sistema: essa infatti non costituzionalizza un sistema di poteri, ma funzionalizza il sistema del credito alla tutela del risparmio come funzione che appartiene ai diritti fondamentali dei singoli. Evidenzia come, erroneamente, l'art. 47 Cost. sia stato letto in continuità con il sistema previgente, con una complessiva conservazione del sistema d'inizio Novecento, fondato sull'ampiezza della potestà discrezionale e dell'autonomia normativa dell'autorità amministrativa che rimane il centro del sistema: ne consegue una pretermissione della centralità della protezione del risparmio, fulcro della disposizione costituzionale e l'impossibilità di ricostruire il sistema sul diritto costituzionale del risparmiatore, sulla garanzia della legalità e sull'imparzialità del sistema, funzionalizzato alla protezione dei diritti individuali.

Innanzitutto, si identifica il ruolo dello Stato con la presenza di un intervento pubblico che vede, nella forma della regolazione, la sua massima espressione: l'Autorità di vigilanza pone vincoli alla libertà d'impresa delle banche, sotto il profilo dell'autonomia organizzativa e della loro operatività, grazie alla riserva di cui all'art. 41 Cost. che attribuisce la disciplina, il controllo e il coordinamento per il soddisfacimento dei fini sociali, da intendersi come dimensioni dei diritti individuali⁵.

Nella prospettiva della riserva allo Stato dell'attività, e quindi del profilo collettivo che importa l'attrazione alla cura di soggetti pubblici, la presenza dell'intervento pubblico acquista rilievo in quanto diventa lo strumento per assicurare l'effettivo godimento delle ragioni di pubblico interesse.

Infatti, dalla lettura delle norme costituzionali, si ricava che il risparmio è costituzionalmente protetto e l'iniziativa economica privata è libera purché non contrasti con l'utilità sociale o arrechi danno alla sicurezza, alla libertà e dignità umana e la legge determina i programmi controlli opportuni per indirizzare e coordinare, a fini sociali, l'attività economica pubblica e privata.

Dunque, a fini sociali, la legge può riservare allo Stato o ad enti pubblici determinate imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali.

L'impresa bancaria è espressione dell'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.⁶; essa però non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, cioè

⁵ Le interpretazioni sul rapporto tra l'art. 47 e l'art. 41 non sono state univoche: una parte della dottrina (M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 59 e ss.; A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 353) ha ritenuto che l'art. 47 fosse derogatorio rispetto all'art. 41, nel senso che in considerazione della doverosità della tutela del risparmio e della disciplina, coordinamento e controllo del credito, avrebbe sottratto l'impresa bancaria alle garanzie della riserva di legge stabilita dall'art. 41, consentendo il controllo e l'indirizzo anche attraverso provvedimenti amministrativi; altra parte della dottrina ritiene che l'art. 47 non dice nulla sulla fonte autorizzata a disciplinare tale controllo e che, per tali ragioni, dovrà essere applicato il 3° comma dell'art. 41 (R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 251; G. MINERVINI, *Impresa bancaria e Costituzione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1988, I, p. 662 e ss.); c'è poi chi sottolinea (A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 16 e 17) come l'art. 47 renda costituzionalmente necessaria l'esistenza di una legislazione di controllo sulle banche, ma non ponga alcun limite alle evoluzioni della legislazione bancaria, né offra una guida sui caratteri che tale legislazione deve assumere, come invece indica l'art. 42, 2° comma; un'indicazione in tal senso viene, invece, dal rapporto tra Costituzione e disciplina comunitaria: nella disciplina comunitaria assume rilievo preminente il deciso riconoscimento del carattere d'impresa dell'ente creditizio che opera in un contesto di mercato concorrenziale e che vede configurarsi la possibilità di una tendenza recessiva dei controlli, costruita sulla base della legge bancaria e della disciplina costituzionale.

⁶ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, p. 250. Sul concetto di iniziativa economica nell'art. 41 Cost. v. A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 582; U. BELVISO, *Il concetto di iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Riv. dir. com.*, 1961, p. 149. Secondo parte della dottrina nell'art. 41 si può ricondurre lo statuto dell'intera attività economica privata (G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 1997, p. 667), secondo altri è da ricondurre solo l'attività d'impresa (M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1989, p. 175; nello stesso senso è F. GALGANO, *Commento all'art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 3; ID., *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. Introduzione al trattato. La Costituzione economica. Pubblico e privato nella*

non può svolgersi in modo da contrastare la dimensione immediatamente godibile dei diritti: ciò significa che, quando la dimensione dei diritti non è immediatamente godibile, interviene il 3° comma dell'art. 41⁷.

In questa prospettiva la legittimazione dell'Autorità di vigilanza all'imposizione di vincoli alla libertà d'impresa delle banche, alla loro autonomia organizzativa e alla loro operatività non può che essere ricercata nella esigenza di proteggere il risparmio e di garantire il principio comunitario della concorrenza.

Da una diversa prospettiva si parla di ruolo dello Stato, per sottolineare una crisi dello Stato, nel senso di una sua delegittimazione a causa dello spostamento dei momenti decisori rilevanti al di fuori dello Stato stesso, che pone un problema di permanenza della sovranità e di autonomia decisionale.

La regolazione del diritto bancario pone un profilo di crisi dell'autorità dello Stato, in quanto si sostituisce alla programmazione e "l'atto governativo viene soppiantato da quello di autorità indipendenti"⁸, delegittimando il ruolo dello Stato e della sua autorità.

Accanto alla crisi di autorità si avverte una crisi di sovranità in quanto la globalizzazione finanziaria spinge verso la necessità di regole globali comuni e armonizzate e ad un ampliamento dei soggetti che intervengono nell'elaborazione delle regole⁹.

regolazione dei rapporti economici, Padova, 1977). S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, cit., p. 14, chiarisce che l'art. 41 è la disposizione che legittima la regolazione di tutti i mercati, non nel senso di limitarli e indirizzarli, ma per vigilare sul loro corretto funzionamento e assicurare il rispetto del principio di concorrenza e la tutela dei consumatori: con riferimento alle attività finanziarie, il fine di "utilità sociale", che è costituito dalla "tutela del risparmio", viene articolato nella efficienza, trasparenza, piena concorrenzialità dei diversi mercati finanziari e nella tutela dei clienti.

⁷ Sulla riserva di legge ai sensi dell'art. 41, 3° comma, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit. p. 129 e ss.; D. SORACE, *Il governo dell'economia*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato, A. Barbera, vol. III, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 794; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, p. 175 e ss.

⁸ L.R. PERFETTI, *Autorità dello Stato, autorità del mercato, autorità dei diritti delle persone. Osservazioni sull'evoluzione del dibattito culturale dei pubblicisti a partire dalle premesse costituzionali alla programmazione economica di Francesco Gabriele*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, t. II, Bari, 2016, p. 778.

⁹ G. ROMAGNOLI, *Concorrenza e "complementarietà" delle vigilanze economiche*, in *questa Rivista*, 2020, p. 132, afferma che l'evoluzione scoordinata, in tempi diversi, della disciplina dei vari comparti del mercato finanziario (assicurativo, bancario e mobiliare) e la spinta all'adeguamento alle indicazioni dell'Unione europea, «hanno favorito una moltiplicazione dei centri di regolazione e poi reso evidente la necessità di prevedere forme di loro integrazione e coordinamento al fine di massimizzare il risultato della loro opera e nel contempo ridurre l'impatto negativo sui soggetti vigilati ... i processi di coordinamento si sono sviluppati in una duplice direzione: lungo una linea interna alla materia, tramite interventi normativi "strutturali", che hanno interessato i soggetti che hanno la competenza alla tutela di un medesimo interesse anche a diverso livello; lungo una linea esterna alla materia od all'interesse "pubblico specifico", precipuamente tramite la previsione della stipulazione di accordi tra titolari di poteri quando le vigilanze – per scelta normativa – si pongono tra loro in un rapporto di complementarietà o di concorrenza». Sulla moltiplicazione delle regolazioni dei mercati e neointerventismo pubblico, v. S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2018, p. 34.

I numerosi interventi di *soft law* e *soft regulation* si sovrappongono alle fonti primarie e *sub* primarie, creando un difficile rapporto con lo Stato di diritto¹⁰ e mettendo in discussione i paradigmi tradizionali sulle modalità di recepimento all'interno dell'ordinamento nazionale.

Certamente il ricorso alla *soft law* soddisfa le esigenze mutevoli del mercato garantendo immediatezza e, al contempo, elasticità e uniformità ma pone, altresì, problemi di coordinamento di rapporti tra pubblici poteri¹¹: in alcuni casi la *soft law* assolve una funzione preparatoria alla creazione di una *hard law* e viene puntualmente riprodotta dalle direttive e dai regolamenti dell'Unione Europea; in ogni caso viene percepita come vincolante, anche in considerazione della procedura cosiddetta di *named and shamed* che comporta l'iscrizione in una *black list* del Paese che non si adegua a tali regole.

Basti pensare al Comitato di Basilea o al *Financial Stability board* che incidono sulla individuazione dei requisiti prudenziali di capitale di cui devono dotarsi le banche¹².

Queste regole non traggono la loro legittimazione da un atto formale ma sono nate, in modo informale, all'interno di altre organizzazioni informali di Stati: si tratta dunque di procedure poco formalizzate che nemmeno prevedono meccanismi di *accountability*¹³ le quali, invece, legittimano le autorità indipendenti.

¹⁰ F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 547 e ss.; S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla "regulation" unica europea*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2016, p. 391; ID., *Trasformazioni dei mercati, nuovi modelli regolatori e "mission" del diritto dell'economia*, in *Il Diritto dell'economia*, 2016, p. 339; ID., *La regolazione pubblica delle banche*, cit.; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, p. 265 e ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2009; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Torino, 2001.

¹¹ M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Dir. amm.* 2017, p. 53, evidenzia la distinzione tra *soft regulation* e *self regulation* o *auto-regulation*. La *self regulation* costituisce esercizio di autonomia privata e si identifica nella elaborazione di regole da parte di soggetti privati che si impegnano spontaneamente ad osservarle e che possono essere seguite anche da terzi sulla base di una scelta volontaria (è quanto accade col codice di autodisciplina); l'autoregolazione, che spesso viene adottata senza il rispetto di principi di trasparenza e pubblicità, non è giuridicamente sanzionabile e, tuttavia, possono esservi sanzioni di tipo reputazione o esclusione dalla appartenenza ad un gruppo di non minore conto. La *self regulation* a volte si manifesta in un contesto di assoluto vuoto normativo, altre volte all'interno di una cornice di principi guida fissati dal legislatore.

¹² Il *Financial Stability Board* svolge funzioni ancillari rispetto al Comitato di Basilea, stabilendo regole che impattano, in qualche misura, sui requisiti prudenziali delle banche (così si esprime A. PISANESCHI, *La regolazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, in *L'Unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti, V. Santoro, Pisa, 2016, p. 156; ID., *Autorità sovranazionali di regolazione finanziaria e diritto costituzionale: brevi considerazioni*, in *Federalismi.it*, 2015, p. 6.

¹³ Con il termine "*accountability*" ci si riferisce alla relazione tra due soggetti in cui il primo dà conto del proprio operato e il secondo ha il potere di imporre delle conseguenze: sul tema, v. J. FERREJOHN, *Accountability in a Global Contest*, in *IIIJ Working Paper 2007/5* (Global Administrative Law Series), su <https://www.ijl.org/publications/accountability-in-a-global-context/>; S. BATTINI, *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Milano, 2007 e più di recente, E. GALLI, I. RIZZO, C. SCA-

E, tuttavia, tali regole, pur non traendo la loro legittimazione da un atto formale, sono in grado di incidere fortemente sull'attività delle imprese bancarie e sulla capacità di approvvigionamento della liquidità sui mercati, cioè finiscono per incidere sui diritti fondamentali che le Costituzioni dei singoli Paesi tutelano.

La regolazione, dunque, si sposta a livello sovranazionale attraverso il sistema di relazioni internazionali che tende a trasferire i momenti decisori rilevanti al di fuori dello Stato¹⁴ e pone il tema di capire quanto il cosiddetto *multi-level government* sia compatibile con il permanere della sovranità dello Stato e con l'autonomia decisionale riconosciuta al suo interno¹⁵.

Da queste due premesse derivano almeno tre conseguenze: 1) si limitano le opzioni organizzative dei soci contraenti nella consapevolezza che gli stessi, organizzandosi liberamente, possano pregiudicare gli interessi dell'impresa bancaria; 2) la presenza del potere dell'autorità incide sugli spazi di autonomia dei privati, alterando l'esercizio degli istituti tradizionali; 3) si verifica un affievolimento delle prerogative dei soci e degli amministratori.

In questo scenario, ormai costantemente presente nel diritto bancario, si inseriscono gli interventi legati alla pandemia.

2. L'intervento emergenziale nel diritto bancario

Gli interventi emergenziali, nel diritto bancario, non rappresentano una novità: dall'analisi del diritto bancario degli ultimi 10 anni è possibile osservare come si sia, lentamente, stratificato un complesso di interventi dettati, quasi sempre, dalla necessità di sopperire a circostanze puntuali e contingenti.

A partire dalla crisi finanziaria 2007-2008 il diritto bancario si è atteggiato come un diritto emergenziale, per un verso attraverso interventi derogatori rispetto alla disciplina generale, giustificati dagli spazi che la stessa normativa primaria consentiva (basti pensare alla disciplina dettata in materia di aiuti di Stato)¹⁶, per altro verso attraverso la previsione di provvedimenti con i quali ci si è occupati di casi singoli, non suscettibili di applicazione ulteriori, e giustificati anche questa volta dall'emergenza (v. il d.l. n. 1/2019 su Misure urgenti a

GLIONI, *La trasparenza e l'accountability delle Autorità Indipendenti*, in *L'analisi di impatto e altri strumenti per la qualità della regolazione – Annuario AIR 2017-2018*, a cura di G. Mazzantini, N. Rangone, Napoli, 2019.

¹⁴ S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, cit.

¹⁵ Per un approfondimento su tali temi, cfr. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2012, *passim*; A. PISANESCHI, *La regolazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, in *L'Unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti, V. Santoro, Pacini editore, Pisa, 2016, p. 153 e ss.

¹⁶ Nel periodo fra il 1° ottobre 2008 e il 1° ottobre 2012 sono stati approvati nell'Unione Europea per il settore finanziario aiuti di Stato, pari al 40,3% (cfr. il documento COM (2012) 778 final del 21 dicembre 2012, Relazione sugli aiuti di Stato concessi dagli Stati membri dell'UE – Aggiornamento 2012 – SWD (2012) 443 final).

sostegno della Banca Carige S.p.a. – Cassa di risparmio di Genova e Imperia o il d.l. n. 142/2019 su Misure urgenti per il sostegno al sistema creditizio del Mezzogiorno e per la realizzazione di una banca di investimento).

Pertanto, l'uso/abuso del diritto emergenziale rappresenta un tema più generale che non può non tener conto della notevole diffusione dei poteri di emergenza che spesso si accompagnano a deroghe rispetto alle regole ordinarie e che portano ad una progressiva deformazione dello Stato di diritto¹⁷.

Nel diritto bancario, in particolare, proviene perlopiù da fonti secondarie, ponendo un problema di parità di trattamento della tutela delle posizioni soggettive, non solo tra i soggetti destinatari di quelle disposizioni, ma anche di coloro che, come contropartita alla compressione del proprio diritto, ricevono solo il risarcimento del danno (v. le procedure di risoluzione bancaria).

L'intera disciplina sui requisiti patrimoniali prevista negli Accordi di Basilea è il risultato di scelte volte a superare problemi contingenti emersi a seguito della crisi, nonché, più in generale, gli interventi di carattere finanziario che puntano a rafforzare la solidità patrimoniale delle banche nascono dall'esigenza di sopperire a situazioni emergenziali.

Ed è per tali ragioni che gli interventi eccezionali finiscono per incidere sul tema della legittimazione del potere; sulla gerarchia delle fonti; sulle tutele connesse ai provvedimenti emanati¹⁸.

Durante la pandemia il legislatore e il regolatore sono intervenuti attraverso la predisposizione di misure di tipo diverso, alcune sono state predisposte dal governo, a sostegno dei privati e delle imprese, e hanno interessato le banche, indirettamente, come strumenti di erogazione del credito; altre misure sono state predisposte, a livello internazionale, da comitati tecnici e, a livello comunitario, sotto forma di normativa primaria (da parte del Parlamento europeo) o di normativa secondaria (da parte delle Autorità di vigilanza) e hanno inciso direttamente sulle banche.

Il primo tipo di misure può essere definito “esogeno” in quanto si concentra sulle prestazioni che l'attività bancaria eroga e sulla funzione che la stessa assolve in momenti di crisi economica.

¹⁷ L.R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenze, giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 1021, ricorda come Stato di emergenza, emergenza e utilizzazione della legge per provvedere su singole questioni puntuali siano fisiologici e frequenti nei nostri sistemi legali contemporanei, in quanto vale il convincimento (erroneo) per il quale il comando dell'autorità non può violare le libertà personali e la forma democratica dello Stato non può essere travolta da chi abbia responsabilità di governo di volta in volta. L'Autore sottolinea come il nucleo concettuale nel quale deve essere osservata la legge provvedimento sia quello che collega emergenza, sovranismo, crisi del *rule-of-law*, garanzia dei diritti inviolabili. Sul diritto dell'emergenza, v. da ultimo, AA.VV., *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, a cura di M. Irrera, 2020, Torino; P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze “esistenziali”*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, p. 125; A. BARONE, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *questa Rivista*, 2020, I, p. 185.

¹⁸ Per un approfondimento su tali temi, sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 94 e ss.

Tali misure sono funzionali alla realizzazione delle finalità proprie dell'impresa bancaria, nel senso che hanno la finalità di massimizzare l'interesse pubblico e di consentire la realizzazione di quelle dimensioni fondamentali che vengono conseguite grazie all'esercizio dell'attività bancaria.

In questa prospettiva si collocano gli interventi legislativi, Decreti Cura Italia e Liquidità, che hanno introdotto una serie di iniziative a sostegno della clientela privata (D.L. 18 Decreto «Cura Italia» art. 54: attuazione del Fondo solidarietà mutui “prima casa”, cd. “Fondo Gasparrini”) o alle imprese (art. 56, D.L. 17 marzo 2020 n. 18 Decreto «Cura Italia»: misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese colpite dall'epidemia di COVID-19; art. 13 D.L. 8 aprile 2020 n. 23: Fondo Centrale di Garanzia, c.d. Decreto «Liquidità nonché le misure per accedere a nuova liquidità¹⁹).

Queste misure, per un verso, sospendono l'obbligo di pagamento dei mutui e degli altri debiti contratti, con le banche o altri intermediari, dai privati o dalle piccole imprese, dall'altro introducono misure per sostenere le attività imprenditoriali con la previsione di nuova liquidità²⁰.

Anche a livello internazionale ci sono stati interventi volti a consentire alle banche di erogare prestiti: in particolare il Comitato di Basilea ha rinviato (al 1° gennaio 2023) l'entrata in vigore degli standard internazionali sul trattamento prudenziale del rischio di credito e sulla revisione degli obblighi di informativa al mercato per incrementare, in maniera più graduale, i requisiti patrimoniali fissati dei nuovi standard.

L'Unione Europea, dal canto suo, il 24 giugno 2020, ha emanato il Regolamento 2020/873 che fornisce una risposta alla pandemia massimizzando la capacità degli enti di erogare prestiti e di assorbire le perdite, consentendo che il quadro di regolamentazione prudenziale interagisca, in maniera armoniosa, con le varie misure adottate per la pandemia.

¹⁹ Nel dettaglio, l'art.13, decreto liquidità, - lett. m) micro imprese, pmi e persone fisiche esercenti attività di impresa, arti o professioni con una garanzia del Fondo gratuita e copertura al 100 % , nuovi finanziamenti di importo pari al 25% dei ricavi e comunque non superiori ad € 25 k della durata massima di 72 mesi e con preammortamento obbligatorio di 24 mesi; - lett. n) imprese con fatturato sino a € 3,2 mln, Garanzia del Fondo gratuita e copertura 90% + 10% del Confidi (su fondi propri senza impatto RWA). Prestiti di importo non superiore al 25% dei ricavi (massimo € 800k) in favore di imprese la cui attività sia stata danneggiata da Covid-19; - lett. c) imprese sino a 499 dipendenti, è prevista una garanzia del Fondo elevata ad euro 5 mln. sino al 31 dicembre 2020; una Garanzia del Fondo gratuita e copertura del 90%; lett. e) - Ristrutturazione del debito: operazione finanziaria di ristrutturazione del debito con copertura del Fondo gratuita dell'80% a condizioni che il nuovo finanziamento sia maggiorato di almeno del 10% rispetto a quello rinegoziato.

²⁰ Per un approfondimento sulle novità normative, cfr. A. DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 253 e ss.; B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, *ivi*, 2020, p. 355; L. LENTINI, *Moratoria dei finanziamenti bancari e criteri di maturazione degli interessi “di sospensione” nel decreto “Cura Italia”: una prima lettura*, *ivi*, 2020, p. 235.

Accanto a queste iniziative, sono state predisposte misure che possiamo definire “endogene” in quanto incidono sulla dimensione della società, nel senso che attengono ad atti dispositivi propri della banca.

Alcune di queste misure introducono spazi di maggiore flessibilità di regole, altre invece comprimono fortemente la libertà organizzativa delle banche: in ogni caso, benché gli approcci utilizzati siano diversi, le finalità che si intendono perseguire sono le medesime.

Le misure che introducono una maggiore flessibilità si collocano in una posizione di contrapposizione con gli interventi che hanno caratterizzato la Vigilanza e i comitati tecnici a partire dalle crisi del 2007, i quali hanno progressivamente e costantemente previsto un ampliamento dei requisiti patrimoniali ed un irrigidimento nella sua composizione del patrimonio.

La BCE (per le banche significative) e la Banca d'Italia (per quelle meno significative)²¹ consentono agli intermediari di operare, temporaneamente, al di sotto di alcuni *buffer* di capitale e di liquidità: le banche potranno operare al di sotto del livello della componente *target* assegnata a esito del processo SREP (Pillar 2 *Guidance* - P2G), del *buffer* di conservazione del capitale (CCB) e del coefficiente di copertura della liquidità (LCR); alle banche significative è concessa, altresì, la possibilità, come già accade per le banche meno significative, di utilizzare strumenti di capitale di minore qualità rispetto al CET1 per soddisfare i requisiti di secondo pilastro.

L'incentivo ad erogare nuovo credito viene perseguito anche con misure che consentono alle banche di attenuare gli impatti sul capitale, prevedendo che l'adesione alle misure di moratoria non comporti automaticamente la riclassificazione dei crediti tra quelli oggetto di concessione o tra quelli deteriorati, né comporti un incremento significativo del rischio di credito a fini contabili.

Inoltre, le banche sono invitate, dalle Autorità di vigilanza, ad applicare il principio contabile IFRS 9 nella determinazione delle rettifiche, basandosi su stime di lungo periodo per tener conto della maggiore stabilità e dell'effetto benefico delle misure di sostegno pubblico ricevute dai prenditori.

Come si è detto, accanto a questi interventi che allargano i margini di operatività di utilizzo di soglie di capitale, vi sono misure che limitano l'autonomia privata dell'attività imprenditoriale e che, in particolare, incidono sugli atti di disposizione del proprio patrimonio.

È sempre più frequente la presenza del potere dell'autorità che incide sugli spazi di autonomia, regolamentando ed espletando direttamente poteri di intervento che incidono su decisioni che, nel diritto comune, sono proprie degli amministratori o dei soci.

²¹ BCE, *ECB Banking Supervision provides temporary capital and operational relief in reaction to coronavirus*, comunicato stampa del 12 marzo 2020; BCE, *ECB Banking Supervision provides further flexibility to banks in reaction to coronavirus*, comunicato stampa del 20 marzo 2020; Banca d'Italia, *Proroga dei termini e altre misure temporanee per mitigare l'impatto del Covid-19 sul sistema bancario e finanziario italiano*, comunicato stampa del 20 marzo 2020.

Tale tendenza rappresenta una costante nell'evoluzione del diritto bancario che viene giustificata²² nella esigenza di impedire che i soci o i loro rappresentanti, ossia gli amministratori, possano pregiudicare, attraverso una libera organizzazione, gli interessi che si puntualizzano sull'impresa bancaria. Cioè vi è la consapevolezza che la previsione di una disciplina sempre più invasiva trovi la sua giustificazione nella rilevanza degli interessi esterni propri dell'attività bancaria.

In questa prospettiva i recenti interventi incidono sugli atti di disposizione del proprio patrimonio, attraverso una intrusione sul potere di gestione dell'impresa, nonostante l'art. 2380 *bis* c.c. sancisca la centralità degli amministratori e il loro potere di compiere atti strumentali al conseguimento dell'oggetto sociale²³.

Nello specifico, le misure emergenziali legate all'epidemia hanno compresso l'autonomia della gestione imprenditoriale vietando la distribuzione degli utili, incidendo sulle pretese dei singoli azionisti.

Al fine di favorire il rafforzamento dei mezzi propri delle banche, la BCE e la Banca d'Italia hanno accompagnato le misure sui *buffer* di capitale con la raccomandazione, estesa a tutte le banche, di non distribuire dividendi e di astenersi dal riacquistare azioni proprie²⁴: «la raccomandazione ha l'obiettivo di destinare gli utili al rafforzamento dei mezzi propri e di mettere il sistema finanziario nella condizione migliore per assorbire le perdite che si materializzeranno a causa dell'emergenza sanitaria e per poter continuare a sostenere l'economia», in considerazione del contesto che provoca importanti limitazioni a tutto il sistema economico e produttivo.

È del tutto evidente la deviazione dalla disciplina codicistica societaria, una compressione dell'autonomia privata dell'attività imprenditoriale e una alterazione delle pretese dei singoli azionisti.

3. Le ragioni delle misure emergenziali

Al fine di interpretare in modo coerente gli interventi emergenziali sulle banche diventa importante cercare di individuare le ragioni delle scelte operate, non tanto delle scelte dettate a sostegno della clientela privata o delle imprese, quanto di quelle che incidono sulle dimensioni della società bancaria e sulla sua libertà gestionale.

²² In tal senso, C. ANGELICI, *Introduzione*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, cit., p. 759.

²³ Sul tema, cfr. G. Guizzi, *Riflessioni intorno all'art. 2380-bis*, in AA.VV., *Società, banche e crisi di impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, II, Utet, Torino, 2014, p. 1043 e ss.

²⁴ BCE, *Recommendation on dividend distributions during the Covid-19 pandemic*, 27 marzo 2020 e Banca d'Italia, *Raccomandazione della Banca d'Italia sulla distribuzione di dividendi da parte delle banche italiane meno significative durante la pandemia da Covid-19*, comunicato stampa del 27 marzo 2020. La raccomandazione sulla non distribuzione degli utili è stata estesa fino al 1° gennaio 2021 con comunicato di Banca d'Italia del 28 luglio 2020.

Certamente le misure emergenziali sui requisiti patrimoniali si giustificano alla luce del contesto economico e sociale che necessita di uno stimolo all'erogazione del credito e della garanzia di tutte quelle dimensioni fondamentali dei diritti che l'esercizio dell'attività bancaria consente.

Per quanto concerne l'individuazione dei *buffer* patrimoniali, come si è detto, tale decisione si pone in contrasto con la rigidità degli Accordi di Basilea che hanno progressivamente irrigidito la composizione del patrimonio bancario, fissando un rapporto minimo tra patrimonio di vigilanza e ammontare dell'esposizione ai rischi, con una individuazione sempre più dettagliata delle tipologie di rischio per consentire alle imprese bancarie di valutare l'esposizione complessiva dei rischi, pianificare le strategie di operatività ed individuare i presidi patrimoniali organizzativi per una sana e prudente gestione²⁵.

Se non che il cambio di prospettiva del regolatore, nel periodo di pandemia, non appare il frutto di un ragionamento schizofrenico rispetto alla rigidità del passato, né tantomeno intende rinnegare il ruolo del capitale che continua ad essere strumento necessario per la tutela degli interessi in gioco.

Si adotta lo strumento della elasticità nell'utilizzo di alcuni parametri di capitale, ma senza mutare la finalità ultima, nella consapevolezza del ruolo che il capitale bancario, nella composizione dei fondi propri, assume: i mezzi patrimoniali hanno la finalità, non solo di consentire di poter correttamente finanziare le altre imprese, senza abdicare al rispetto del principio di sana e prudente gestione, ma anche di poter erogare credito in condizioni difficili²⁶ e, conseguentemente, di tutelare quei diritti fondamentali che l'art. 47 Cost. contiene²⁷.

Gli interessi sono quelli individuati dall'art. 47 Cost., ossia il bene risparmio, inteso come un diritto che pertiene alle libertà e ai diritti delle persone²⁸.

²⁵ Per un'analisi dell'evoluzione degli Accordi di Basilea e delle finalità perseguite, sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Torino, 2020, cap. 1, ove riferimenti bibliografici.

²⁶ I. VISCO, *Intervento del Governatore*, ABI Assemblea Annuale, Roma, 11 luglio 2012.

²⁷ Anche la giurisprudenza sottolinea il collegamento tra sana e prudente gestione e tutela del risparmio T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185, in *Foro amm.* TAR 2010, 4, p. 1313; T.A.R. Roma, sez. III, 10 marzo 2014, n. 2725 in *Foro amm.* 2014, p. 936 ribadisce che lo specifico potere della Banca di accertare la ricorrenza delle condizioni di sana e prudente gestione ai sensi dell'art. 56 del Tub e, più in generale, l'esigenza di presidiare la stabilità finanziaria complessiva del mercato ai sensi dell'art. 5 del Tub, sono "in un nesso di stretta derivazione con la finalità di tutela del risparmio avente dignità primaria nell'ambito dei valori costituzionali (art. 47 Cost.)"; Cons. Stato sez. VI, 20 maggio 2019, n. 3228, Cons. Stato, Sez. IV, 8 maggio 2015, n. 2328 ricordano che gli atti di vigilanza della Banca d'Italia sono posti in essere "in concreta esplicitazione di attività volta alla tutela dei valori di promozione e tutela del risparmio, nonché di esercizio dell'attività creditizia, contemplati e garantiti dall'art. 47 della Costituzione".

²⁸ L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1595, nonché A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, p. 349.

Le ragioni che hanno portato il regolatore ad allargare, nella situazione emergenziale, le maglie dell'utilizzo dei *buffer* patrimoniali sono legate alla consapevolezza che occorre fornire uno stimolo all'erogazione del credito.

Anche la scelta dell'Autorità di vigilanza di marzo 2020 di raccomandare il divieto di distribuzione degli utili, già partire dall'esercizio 2019, può essere compresa dalla medesima prospettiva.

Le pretese degli azionisti, maturate retroattivamente, vengono travolte attraverso uno stravolgimento della disciplina societaria codicistica che vieta la distribuzione degli utili solo in presenza di perdite.

La raccomandazione, nella prospettiva delle società di diritto comune²⁹, rappresenta certamente un *vulnus* alla pretesa patrimoniale del singolo socio all'ottenimento dell'utile: una distribuzione, in sé legittima, posto che non siamo di fronte a delle perdite (ma semmai al timore di poterle realizzare), viene vietata incidendo sugli spazi di autonomia, precludendo ai soci una simile decisione e diventando la stessa frutto di una valutazione dell'Autorità di vigilanza presa in occasione dell'emergenza sanitaria.

Tale intervento solleva il tema della tutela soggettiva delle posizioni in quanto mortifica la pretesa alla remunerazione dell'investimento effettuato, come se l'investimento e la sua tutela finissero per svolgere un ruolo marginale e meramente strumentale, con l'effetto di relegare il socio ad una posizione che lo vede titolare di pretese patrimoniali residuali.

La presenza del potere dell'Autorità sugli spazi di autonomia rappresenta ormai una costante nell'evoluzione del diritto bancario e viene giustificata nella esigenza di evitare che possano essere danneggiati gli interessi più ampi.

In realtà, nella prospettiva della tutela degli interessi che lo svolgimento dell'attività bancaria persegue, la pretesa del singolo azionista alla percezione degli utili viene assorbita dalla necessità di tutela del risparmio: l'utile accantonato a patrimonio netto consente di garantire le ragioni patrimoniali dell'azionista e, contestualmente, di tutelare il risparmio e la protezione di quei diritti che la norma costituzionale contiene.

Questo accade in quanto il rapporto degli azionisti, nell'impresa bancaria, non si esaurisce in una dicotomia netta tra capitale di rischio e capitale di credito, gli azionisti di una società bancaria vantano pretese ulteriori, diventando destinatari di un insieme di cautele che il legislatore e il regolatore approntano per tutelare tutti i risparmiatori³⁰.

²⁹ Come è noto tradizionalmente l'uso dell'espressione "diritto comune" viene utilizzata come sinonimo di diritto privato, in contrapposizione al diritto speciale che riguarda non solo i soggetti pubblici, ma anche i soggetti privati assoggettati a un regime particolare e derogatorio rispetto al diritto comune.

³⁰ G. FERRI JR, *La posizione dei soci di società bancaria*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, p. 812, sostiene che le posizioni individuali, riconosciute ai soci, finiscono per affievolirsi rispetto alle prerogative dell'Autorità di Vigilanza alle quali è rimessa la loro tutela; l'investimento e la sua tutela finiscono per svolgere un ruolo marginale e meramente strumentale, a differenza di quanto accade nella disciplina della società ordinaria, dove invece la tutela dell'investimento dei soci appare predominante, a tal punto da consentire ai soci stessi loro di disporre la liquidazio-

La gestione dell'impresa bancaria non può prescindere dalla presenza di interessi ulteriori rispetto a quelli soltanto sociali e deve, dunque, trovare un equilibrio tra gli stessi.

Se si ragiona in tal senso le pretese dei soci, anche se vedono limitate le loro prerogative individuali, assumono valore collettivo nella misura in cui si manifestano verso dimensioni collettive e sociali.

In questa ricostruzione possiamo ritenere che, nella fase emergenziale, gli interventi del regolatore rappresentano il frutto di un processo evolutivo che appare certamente condizionato dal contesto di riferimento, ma che continua a rappresentare espressione del requisito di organizzazione funzionale al perseguimento del principio di sana e prudente gestione.

4. L'intervento dell'Autorità nella prospettiva della tutela del risparmio

Da quanto sin qui argomentato possiamo ritenere che gli interventi di regolazione emergenziali dettati durante la pandemia, nel diritto bancario, si inseriscono in un disegno complessivo più ampio, infatti, le considerazioni sin qui fatte consentono di trovare una chiave di lettura che ricostruisca il sistema, in maniera coerente, anche dopo gli interventi emergenziali dell'Autorità.

Come si è detto, gli elementi di riflessione che sollecitano l'emergenza sanitaria non introducono profili problematici nuovi rispetto al passato in quanto, costantemente, il legislatore e il regolatore intervengono con disposizioni che se non sono sempre emergenziali sono, comunque, speciali rispetto alla disciplina di diritto comune, sicché il binomio autorità/libertà, intervento pubblico/autonomia privata, diventa fisiologico nel diritto bancario.

L'incidenza della Vigilanza sull'autodeterminazione negoziale degli attori del mercato rappresenta una costante di tutta la disciplina del diritto bancario e ripropone il rapporto autonomia privata/intervento pubblicistico che diventa un problema sociale e politico prima ancora che giuridico³¹.

ne della società, prerogativa questa che, nelle banche, è invece subordinata all'autorizzazione dell'Autorità di Vigilanza, e quindi sottratta alla sfera di discrezionalità dei soci. Tale impostazione porta a concludere che, non essendo i soci di una società bancaria considerati come proprietari della banca, non potranno considerarsi liberi di gestire il proprio investimento al fine di massimizzarlo. A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*, in *Quaderni giur. comm.*, a cura di P. Montalenti, M. Notari, 2018, p. 15 e ss., nonché in *Considerazioni conclusive*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, p. 836, parla di autentico "appassimento" del paradigma imprenditoriale e di sostanziale (quanto "feroce") nuova pubblicizzazione.

³¹ V. ROPPO, *Contratti e atti giuridici*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-e-atti-giuridici_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/, ricorda come il principio dell'autonomia privata costituisca un portato della moderna società borghese e liberale, modellata dal capitalismo, così come le teorie del negozio giuridico e del contratto, nate per strumentare quel principio. Le corrispondenti regole e costruzioni giuridiche riflettono gli stessi valori fondamentali che informavano quella società e le filosofie create per legittimarla: il valore dell'individuo; il valore

Vi è la consapevolezza che la previsione di una disciplina sempre più invasiva trovi la sua giustificazione nella rilevanza degli interessi esterni propri dell'attività bancaria³².

Guido Alpa, in uno scritto del 2016, ci ricordava come “diritto pubblico e diritto privato sono due facce della stessa medaglia, due percorsi di lettura nello svolgimento del rapporto dinamico libertà/autorità, due modi di rappresentare la posizione della persona nel mondo complesso e affascinante del diritto di questa fine di secolo. Ma il discorso non finisce qui. L'influenza del diritto comunitario sul diritto interno, non solo con riguardo alle materie di competenza dell'Unione, ma anche con riguardo alla circolazione o alla modificazione dei modelli concettuali e degli strumenti operativi (v. i saggi raccolti da Lipari, *Diritto privato europeo*, Padova, 1997) implica una costante riformulazione dei confini, ma anche degli stessi significati della nostra materia”³³.

Per dare una lettura coerente del sistema, nel diritto bancario, diventa necessario adottare la prospettiva della tutela del risparmio, inteso come unico centro di interessi di rilievo pubblico che giustifica il controllo e che vede il punto di unificazione nella prospettiva dei diritti delle persone: solo così si riesce a superare il contrasto tra contrapposizione di interessi.

della volontà; il valore della libertà da ingerenze pubbliche. L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale I, Premesse storiche. Disciplina dell'impresa*, Bari, Laterza, 2005, pp. 68 e 69, il quale evidenzia che, nel diritto commerciale, il crescente intervento pubblicistico non è più un fatto sporadico ed eccezionale, ma un dato costante della nuova disciplina che non rientra nell'ambito del solo diritto privato: il fatto nuovo è costituito dall'incontro e dalla compenetrazione fra diritto pubblico e diritto privato; ritiene, tuttavia, che non si deve sostenere una sorta di pubblicizzazione o amministrativizzazione della materia in quanto il diritto commerciale resta il diritto dell'impresa e dell'imprenditore: per tali ragioni si deve continuare a parlare di autonomia e specialità del diritto commerciale nel senso in cui la si intendeva ancora vigente il codice di commercio del 1882. Più di recente sui rapporti fra “diritto comune” e “diritti speciali”, per l'intervento dei pubblici poteri sulle dinamiche del processo economico, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit. Per un'evoluzione sul dibattito sul diritto dell'economia, v. A. TUCCI, *Il diritto dell'economia nella prospettiva storico-istituzionale*, in *Amministrazione in cammino*, 2016, p. 1.

³² Si è soliti ritenere che le forme di controllo hanno la finalità di garantire stabilità del sistema, integrità dei mercati, tutela del risparmio: in ciò possono individuarsi gli obiettivi della Vigilanza che sono contenuti nell'art. 47 Cost.: così, R. LENER, E. RULLI, *La vigilanza sui mercati finanziari*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2019, p. 447; R. LENER, *I mercati finanziari e il sistema di vigilanza*, in *Diritto del mercato finanziario*, Saggi, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 2 e 12; C. LAMANDA, *Le finalità della vigilanza*, in *La nuova legge bancaria. Il t.u. delle leggi sull'intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione*, a cura di P. Ferro-Luzzi, C. Castaldi, Giuffrè, Milano, 1996, p. 775 e ss.; S. AMOROSINO, *Mercati finanziari (vigilanza sui)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, IV, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3617; F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Cedam, Padova, 1994; S. CASSESE, *Il controllo pubblico della finanza privata*, in *Il diritto del mercato finanziario alla fine degli anni '80*, a cura di R. Costi, in *Quaderni Giur. comm.*, 1990, pp. 114 e 193; A. PISANESCHI, *La regolazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, in *L'Unione bancaria europea*, a cura di M.P. Chiti, V. Santoro, Pacini editore, Pisa, 2016, p. 153 e ss.

³³ G. ALPA, *Diritto privato e Diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, p. 174.

Nell'ottica del risparmio deve essere letto il potere dell'Autorità di vigilanza e la sua legittimazione; nell'ottica del risparmio devono essere lette le pretese dei singoli azionisti e le prerogative degli amministratori.

Dal punto di vista dei diritti, le Autorità di vigilanza possono porre vincoli alla libertà d'impresa delle banche, nella loro autonomia organizzativa e nella operatività gestionale (quindi anche nella fissazione di requisiti patrimoniali o nell'imposizione di vincoli alla distribuzione degli utili), ma l'intero sistema dei poteri amministrativi è reso funzionale al godimento dei diritti individuali.

Come si è evidenziato la globalizzazione finanziaria ha spinto verso l'affermazione di regole comuni e armonizzate, portando con sé profondi cambiamenti nelle relazioni tra autorità e diritto e l'utilizzo di nuovi schemi: tali cambiamenti non fanno perdere una centralità statale ma creano uno spostamento e, soprattutto, continuano a proteggere i diritti.

Quindi il potere dell'Autorità di vigilanza trova il suo fondamento nell'esigenza di proteggere il risparmio e garantire il principio comunitario della concorrenza.

Nella stessa prospettiva devono essere collocate le pretese dei singoli azionisti: l'interesse alla remunerazione diventa recessivo perché subordinato all'interesse della sana e prudente gestione, nel senso che gli utili accantonati a patrimonio netto, perché non distribuiti, consentono di tutelare il risparmio, al pari della maggiore rigidità delle regole di *governance*.

Nel momento in cui si ritiene che l'intero sistema dei poteri amministrativi è funzionale al godimento dei diritti individuali e che i diritti fondamentali (che la Costituzione non crea ma riconosce) preesistono all'ordinamento, allora l'intervento dell'Autorità diventa funzionale al godimento di quei diritti e si legittima nella misura in cui riesce a massimizzare quei diritti.

MARINA ROMA
Dottoranda in diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Genova
roma.marinaroma@gmail.com

EMERGENZA E DECISIONI DI FINANZA PUBBLICA: PRIMA E DOPO IL COVID-19

EMERGENCY AND PUBLIC FINANCE: BEFORE AND AFTER COVID-19

SINTESI

Si è evidenziato in più sedi come la pandemia da Covid-19 e la conseguente risposta da parte delle istituzioni non abbiano fatto altro che enfatizzare alcune tendenze di fondo già presenti nel sistema.

Il fenomeno è particolarmente evidente nel settore della contabilità pubblica, in cui la necessità di apprestare soluzioni immediate, a supporto sia del sistema sanitario che dell'economia nel suo complesso, ha messo luce la netta tendenza ad una marginalizzazione delle assemblee rappresentative nelle decisioni sull'allocazione delle risorse.

Il presente studio si propone allora di analizzare come le dinamiche verificatesi recentemente in fase di adozione dei vari documenti che compongono la manovra finanziaria ma più in generale delle decisioni di spesa in senso lato (incluse quelle sviluppatesi nel corso dello stato di emergenza di cui alla D.C.M. 31 luglio 2020) rappresentino probabilmente il sintomo più evidente di un profondo cambio di assetto della forma di governo, in cui – all'irrigidirsi della normativa europea e costituzionale in materia di bilancio e al correlato sviluppo di un dialogo procedimentalizzato con le istituzioni di Bruxelles – si è accompagnata una progressiva marginalizzazione delle assemblee parlamentari.

Se dunque il bilancio (ma più in generale ogni provvedimento di spesa) – per utilizzare la nota formulazione Buscema – non è altro che la «*trascrizione in termini contabili*» dell'indirizzo politico – la crisi del parlamentarismo diviene specchio di una più estesa crisi della democrazia rappresentativa, sicché la predisposizione di nuovi meccanismi di riequilibrio nei rapporti tra esecutivo e legislativo diviene centrale nel salvaguardare il nucleo-forte della rappresentanza politica, per cui il Parlamento non può essere chiamato ad una mera ratifica *in extremis* di decisioni assunte da altri.

ABSTRACT

The Covid-19 pandemic and the consequent response from the institutions have emphasised some basic trends that were already present in the system.

The phenomenon is particularly evident in the public accounting sector, where the need to provide immediate solutions to support both the healthcare system and the economy as a whole has highlighted the clear trend towards the mar-

ginalisation of representative assemblies in decisions concerning the allocation of resources.

Although significant changes were introduced during conversion into law (with Law no. 77 of 17 July 2020), the attempt to include such a provision, but more generally the entire management of public resources during the health emergency, must be read (in the writer's opinion) in the context of a broader framework.

The present study therefore analyses how the dynamics occurred during the adoption of the various documents that make up the financial manoeuvre but, more generally, of spending decisions in the broader sense (including those developed during the state of emergency referred to in the Ministerial Decree of 31 July 2020) represent the most evident symptom of a profound change in the structure of the form of government, in which – with the stiffening of the European and constitutional regulations on budgetary matters and the related development of a procedural dialogue with European institutions – there has been a progressive marginalisation of parliamentary assemblies.

If the budget (but more generally every public expenditure) – to use the well-known Buscema formulation – is nothing more than the “*transcription in accounting terms*” of the political direction of the country – the crisis of parliamentarism becomes the mirror of a more extended crisis of representative democracy, so that the predisposition of new mechanisms to rebalance the relations between executive and legislative powers becomes central to safeguarding the core force of political representation, so that Parliament cannot be called upon for the mere ratification of decisions taken by others.

PAROLE CHIAVE: finanza pubblica – legge di bilancio – Covid-19

KEYWORDS: public finance – budget law – Covid-19

INDICE: 1. Introduzione – 2. Una questione antica: lo scontro tra Governo e Parlamento nelle decisioni in materia allocazione delle risorse – 3. Il Parlamento italiano nella rinnovata architettura della *governance* economica europea – 4. Prime riflessioni sulla gestione delle decisioni di spesa nel corso dell'emergenza sanitaria da Covid-19 – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Nell'osservare la genesi delle ultime manovre finanziarie appare da subito evidente come lo scorrere del tempo costituisca, con ogni evidenza, la variabile *non giuridica* con il maggiore impatto sull'applicazione delle *regole giuridiche*, che presidiano lo svolgimento dei processi di contabilità dello Stato.

Il bilancio statale – quale «*infrastruttura pubblica*»¹ – deve, infatti, essere approvato in modo da garantire il tempestivo avvio della gestione, sicché diviene inevitabile che i relativi tempi di redazione e discussione risultino, anche ordinariamente, concentrati. Fermo tale assunto ineliminabile, le prassi sviluppatesi nella storia repubblicana dimostrano, tuttavia, come i Governi susseguiti nelle diverse legislature, in più occasioni, abbiano sfruttato l'urgenza di evitare

¹ Questa la definizione in P. DE IOANNA, *Il bilancio pubblico: una infrastruttura cruciale per il funzionamento della democrazia rappresentativa in Italia e in Europa*, in C. Bergonzini (a cura di), *Costituzione e bilancio*, Milano, pp. 15-37.

l'esercizio provvisorio, ricorrendo a meccanismi che riducono ulteriormente lo spazio di decisione riservato alle Camere. Ma se è evidente che la possibilità di incidere sulla gestione dei tempi costituisce un fattore preponderante nell'assetto dei rapporti fra più soggetti coinvolti in un procedimento, offrendo la possibilità di forzare la definizione del contenuto dell'atto conclusivo, altrettanto evidente è che – laddove il procedimento in questione sia l'approvazione del documento che costituisce «*trascrizione in termini contabili*» dell'indirizzo politico – il sistematico ricorso a meccanismi di accelerazione diviene fattore di profondo mutamento degli equilibri della forma di governo.²

Scopo del presente contributo è, allora, quello di illustrare come – già ben prima della pandemia – e con maggiore enfasi a seguito della riforma di cui alla legge costituzionale 1 aprile 2012, n. 1, si siano registrate alcune prassi di scostamento dal modello legale a favore di moduli emergenziali, che – marginalizzando il ruolo del Parlamento a favore dell'esecutivo – intaccano il nucleo storico delle funzioni affidate alla rappresentanza politica sin dall'istituzione dei primi Parlamenti.

2. Una questione antica: lo scontro tra Governo e Parlamento nelle decisioni in materia di allocazione delle risorse

L'assetto dei rapporti tra potere esecutivo e assemblee rappresentative nella genesi delle decisioni sull'allocazione delle risorse è questione antica quanto lo studio della forma di governo. Basti pensare a come alcuni momenti centrali per la nascita delle moderne democrazie siano originati proprio dallo scontro sulle decisioni impositive dei sovrani.³

Appare, quindi, naturale che la regolamentazione dei processi di contabilità pubblica miri, in prima battuta, ad equilibrare l'assetto tra poteri nella genesi delle relative decisioni.

Ciò detto, la Costituzione repubblicana non prevede una disciplina puntuale del ciclo di entrata e di spesa dello Stato. Come noto, l'art. 81 (nella sua formulazione originaria) si limitava, a riguardo, a prevedere – con una regola del tutto sovrapponibile a quella prevista dall'art. 70, in materia di processo legislativo – che *le Camere approvano ogni anno i bilanci e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo*. Fermo che la proposta governativa, nel permanere del rapporto di fiducia, dovrebbe puntare alla realizzazione del relativo programma

² La celebre espressione è di S. BUSCEMA, *Bilancio*, voce, Enciclopedia del Diritto, Milano, 1959, p. 379.

³ Si rinvia a M. LUCIANI, *Bilancio, forma di governo, forma di Stato*, in C. Bergonzini (a cura di), *Costituzione e bilancio*, Milano, p. 40-41, ove – definendo il bilancio quale «*centro di gravità istituzionale*» – ci si riferisce alla riflessione formulata da Giovanni Botero nel suo *La ragion di Stato* del 1589, per cui: «*Non è cosa peggiore in un Principe che 'l'far professione d'accumular denari senza degno fine*», questo perché sudditi eccessivamente oppressi dalla politica economica del proprio sovrano «*non potendo tollerare le gravèzze immotivate, desideraranno mutazione di Stato e di governo o, non volendo tollerarle, prorompono in qualche scandaloso*».

(ma più in generale dell'indirizzo politico), l'ultima parola spetta, secondo il precetto costituzionale, al Parlamento, che – affinché quest'ultimo passaggio non si traduca in una mera ratifica – deve, però, essere messo nella posizione di offrire un contributo sostanziale.⁴ Non si spiegherebbe, altrimenti, la scelta del Costituente di coprire la materia con una riserva di assemblea, quale riconoscimento esplicito dell'imprescindibilità del confronto parlamentare come, peraltro, avviene per tutte le decisioni che attengono «alle grandi scelte dell'indirizzo politico generale di governo».⁵

Ma, fissato a livello costituzionale lo schema-base, la puntuale definizione delle regole sullo svolgimento delle procedure di finanza pubblica è tuttavia stata demandata, quasi integralmente, alla normativa primaria: da una parte, la legge di contabilità e, dall'altra, i regolamenti parlamentari.

Quanto a questi ultimi, occorre attendere le riforme susseguitesì nel corso degli anni Ottanta perché vi si introduca – in parallelo all'adozione, a livello comunitario, dell'Atto Unico Europeo – una prima regolamentazione della c.d. sessione di bilancio. Se è toccato, quindi, alla legge di contabilità – la legge 5 agosto 1978, n. 468, recante «Riforma di alcune norme di contabilità generale dello Stato in materia di bilancio» – imporre al Governo i termini per la presentazione dei vari documenti del ciclo di contabilità dello Stato, sono stati proprio i regolamenti delle Camere a delineare i presidi volti a garantire l'approvazione del bilancio preventivo in modo da evitare l'esercizio provvisorio, fra cui l'obbligatorio inserimento nel programma, nel calendario e nell'ordine del giorno, del meccanismo del contingentamento dei tempi e del divieto di trattazione di altri affari.⁶

Va da sé che un sistema così configurato basa la propria tenuta sulla capacità (e sulla volontà politica) dei Governi di rispettare i termini di legge, mentre il Parlamento si trova a subire le conseguenze di eventuali ritardi. Ma (come

⁴ Sulla previgente versione dell'articolo 81 della Costituzione, senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia a V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969, in particolare pp. 165 e ss.; G. VEGAS, *Copertura finanziaria delle leggi di spesa*, in A. Barettoni Arleri (a cura di) *Dizionario di contabilità pubblica*, Milano, 1989, 119 e ss.; P. DE IOANNA, *Parlamento e spesa pubblica. Profili istituzionali del bilancio pubblico in Italia*, Bologna, 1993; N. LUPO, *Costituzione e bilancio. L'articolo 81 della Costituzione tra attuazione, interpretazione e aggiramento*, Roma, 2006; G. RIVOSCECHI, *L'indirizzo politico-finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007; A. BRANCASI, *Le decisioni di finanza pubblica secondo l'evoluzione della disciplina costituzionale*, in C. Pinelli – T. Treu (a cura di), *La Costituzione economica: Italia Europa*, Bologna, 2010, pp. 347 e ss.; G. RIVOSCECHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, 2016, 2 e ss.

⁵ Così in M. A. GLIATTA, *Questioni problematiche relative alla formazione delle leggi di spesa. Il ruolo delle Commissioni-filtro e i limiti alla sovranità parlamentare di bilancio*, in *Nomos*, 1/2020, p. 3, ove si riprende S. GALEOTTI, *Il potere di decisione. Posizioni di fatto e posizioni di diritto nell'esercizio del potere politico in Italia*, in Id., *Alla ricerca della governabilità*, Milano, 1982, pp. 126 e ss.

⁶ Si vedano M. OLIVETTI, *Le sessioni di bilancio*, in S. Labriola (a cura di), *Il parlamento repubblicano*, Milano, 1999, p. 590; M. LUCIANI, *Il Parlamento negli anni Novanta*, in L. Violante, F. Piazza (a cura di), *Storia d'Italia, Annali 17, Il Parlamento*, Milano, 2001, p. 434; P. CARETTI, *Le svolte della politica italiana nelle riforme dei regolamenti parlamentari*, in (a cura di) L. Violante, F. Piazza, *Storia d'Italia, Annali 17, Il Parlamento*, Milano, 2001, pp. 583-611; G. FERRARA, *Regolamenti parlamentari e indirizzo politico*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesaro nel quarantesimo anno dell'insegnamento*, Milano, 1968, pp. 315 e ss.

si è anticipato) il modello legale è stato ben presto destinato ad essere ulteriormente sbilanciato a favore dell'esecutivo, con il rapido svilupparsi di una serie di prassi che – sfruttando la necessità di ottenere un'approvazione in tempi circoscritti – finiscono per sminuire il ruolo delle Camere.

Per tutti, non può che citarsi il ricorso frequente al binomio maxi-emendamento-questione di fiducia, che – con i meccanismi di razionalizzazione previsti in Costituzione (fra tutti, il voto per appello nominale) – ha posto spesso volte i parlamentari dinnanzi al 'ricatto' di ratificare la manovra finanziaria o di aprire la strada alla crisi di Governo.⁷ D'altro canto, il generalizzato utilizzo del decreto legge ha finito per coinvolgere progressivamente anche la disciplina della politica economica. Emblematica – per la portata e per avere (in un certo senso) inaugurato una nuova stagione – è l'emanazione del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, recante «*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*» – poi convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133 – che, con l'intento di ridurre «*l'eccessiva concentrazione di decisioni che annualmente sono demandate alla sede della legge finanziaria*», di fatto ha finito per concentrare la manovra economica triennale in un provvedimento adottato dal Governo con procedura di urgenza e, al contempo, ha anticipato all'estate il contenuto sostanziale della legge finanziaria.

In disparte le considerazioni circa l'impossibilità di invocare quei presupposti «*necessità e urgenza*», che la Costituzione richiederebbe per il ricorso al decreto legge, per l'ordinaria gestione delle decisioni di finanza pubblica, si è osservato come la scelta di servirsi di un simile strumento normativo abbia di fatto capovolto l'ordinaria logica sottesa alle procedure di bilancio (per cui «*il Governo propone, il Parlamento critica*»), ponendo la Camere davanti alla scelta se convertire o meno in legge un provvedimento già in vigore, alle volte ad occhi chiusi, mancando (a seconda dei casi) l'approvazione del documento programmatico annuale o del rendiconto dell'anno precedente.⁸

⁷ Si vedano P. DE IOANNA, *Parlamento e procedure di Bilancio*, in AA.VV., *40 modeste proposte per far funzionare un po' meglio il Parlamento*, www.astrid-online.it; P. GAMBALE – D. PERROTTA, *I profili problematici delle procedure di bilancio nella recente evoluzione in Italia: il crescente rafforzamento del ruolo dell'Esecutivo e la possibile definizione di «controlimiti» parlamentari*, in *Rassegna Parlamentare*, 2005; pp. 493 e ss.; C. Goretti – L. Rizzuto, *Il ruolo del parlamento italiano nella decisione di bilancio - evoluzione recente e confronto con gli altri paesi*, in *Astrid Rassegna*, n. 2/2010, pp. 14 e ss.; N. LUPO, *Costituzione e bilancio. L'art. 81 della Costituzione tra interpretazione, attuazione e aggiramento*, Roma, 2007, pp. 164 e ss.; N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, Relazione al seminario di studio su «*Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*», organizzato dal Centro di studi sul Parlamento della Luiss-Guido Carli e dal Dottorato di ricerca in Diritto costituzionale e Diritto costituzionale europeo dell'Università degli studi di Teramo e svoltosi il 17 marzo 2006 a Roma.

⁸ Sul punto, si veda C. BERGONZINI, *La tempesta perfetta: una manovra economica per decreto-legge*, in: *Quaderni costituzionali*, fascicolo 3, settembre 2013, in cui si evidenzia come, proprio a partire dal 2008, le misure economiche siano state sistematicamente adottate con decreto legge, così stravolgendo l'intero *timing* della sessione di bilancio e producendo, di conseguenza, una «*alterazione in via di fatto [della] disciplina della sessione di bilancio senza modificare la l. n. 468 del 1978 ed i regolamenti parlamentari*», tanto che – all'atto di emanazione del decreto in questione – il Presidente della Repubblica ha diffuso una lettera inviata ai Presidenti di Assemblea e del Consiglio, in cui

In un contesto così delineato, l'introduzione delle nuove regole per il coordinamento delle finanze pubbliche altro non ha fatto (come si illustrerà) che potenziare il potere contrattuale del Governo.

3. Il Parlamento italiano nella rinnovata architettura della *governance* economica europea

All'esame dei cinque regolamenti e della direttiva che compongono il c.d. *Six Pack*, dei due regolamenti del successivo *Two Pack* e del Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'unione economica e monetaria – ossia gli atti normativi che costituiscono l'impianto fondativo del rinnovato sistema di coordinamento delle politiche economiche nell'Unione Europea – il coinvolgimento dei Parlamenti nazionali appare del tutto marginale.⁹

Le affermazioni incluse nei considerando, che auspicavano una maggiore partecipazione delle assemblee rappresentative, sono rimaste mere assunzioni di principio, laddove – nel nostro Paese – l'implementazione delle regole sul coordinamento delle politiche di bilancio e l'entrata in vigore della legge costituzionale 1 aprile 2012, n. 1 – segnando nella sostanza il passaggio da una «*discrezione auto-regolata*» a una «*discrezione etero-regolata*»¹⁰ – in materia di conti pubblici, hanno portato ad un ulteriore ridimensionamento del ruolo delle Camere.

si evidenziava «*il rischio di un serio ingorgo nell'attività del Parlamento*» sottolineando, al contempo, la necessità di «*conciliare al meglio le esigenze dell'azione di Governo con la tutela delle prerogative del Parlamento*». Si veda, a riguardo, anche N. LUPO, *Le sessioni di bilancio, ieri e oggi*, in *La funzione finanziaria del Parlamento. Un confronto tra Italia e Gran Bretagna*, (a cura di) G.G. Carboni, Torino, 2009.

⁹ Compongono il *Six Pack* i regolamenti UE/1173/2011, UE/1174/2011, UE/1175/2011, UE/1176/2011, UE/1177/2011 e la direttiva 2011/85/UE. Il *Two Pack* è, invece, composto dai regolamenti UE/472/2013 e UE/473/2013. Il Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'unione economica e monetaria è stato stipulato quale trattato internazionale il 2 marzo 2012 e ratificato dall'Italia con legge 23 luglio 2012, n. 114. Si rinvia al paragrafo *L'Europa chiama i parlamenti: il ruolo (teorico) delle assemblee rappresentative nazionali nel nuovo contesto europeo*, in C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, 2013, Milano, pp. 104 e ss.

¹⁰ Questa l'espressione in P. DE IOANNA, *Il bilancio pubblico: una infrastruttura cruciale per il funzionamento della democrazia rappresentativa in Italia e in Europa*, cit., p. 22. Sulla riforma costituzionale del 2012, si vedano – senza alcuna pretesa di completezza – C. BERGONZINI, *Il nuovo principio dell'equilibrio di bilancio: le prime ricadute sull'ordinamento italiano*, in: C. Bergonzini – S. Borelli – A. Guazzarotti (a cura di), *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, Napoli, 2016; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2014; R. DICKMANN, *Governance economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblici*, Napoli, 2013; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, Milano, 2013; G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in «*Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*». Seminario di studio - Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, Milano 2014, 3 e ss.; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. pareggio di bilancio*, in, A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2012, 108 e ss.; I. CIOILLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, 14 settembre 2012, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2012; P. SANTORO, *La costituzionalizzazione eteronoma del pareggio di bilancio*, in *Giustamm*, maggio 2012; G. PERONI, *La crisi dell'Euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, Milano, 2012; G. BO-

Lo stesso *iter* parlamentare seguito dalla legge costituzionale 1 aprile 2012, n. 1 è stato caratterizzato da un'impressionante rapidità. Si è parlato a questo proposito di una «*revisione affrettata*» della Costituzione, atteso che il procedimento si è risolto in soli sette mesi.¹¹ A tale riforma non è poi seguita un'adeguata opera di riequilibrio dei rapporti tra esecutivo e legislativo, ma solo un mero adeguamento di nomenclature e scadenze temporali, sicché – divenuto il Governo naturale controparte nelle negoziazioni con le istituzioni europee – il Parlamento ha risentito di un'ulteriore compressione dei tempi per l'approvazione della manovra finanziaria annuale.¹²

Una volta trasmesso il documento programmatico di bilancio alla Commissione Europea, entro il 15 ottobre, il Governo è tenuto a presentare il disegno di legge di bilancio alle Camere, entro il 20 ottobre, e la Commissione (a sua volta) si deve esprimere entro il 30 novembre. Basta la semplice lettura delle suddette scadenze per accorgersi che è del tutto probabile che il parere della Commissione possa giungere nel corso della sessione di bilancio.¹³

Possono, infatti, qui profilarsi tre diversi scenari.

Un primo scenario, in cui il parere intervenga prima dell'inizio dei lavori o, comunque, dell'approvazione da parte della prima Camera. Già in questo primo scenario, può riscontrarsi un'evidente compressione dello spazio di azione del Parlamento: se il parere è positivo, il Parlamento non potrà alterare in maniera sostanziale i contenuti della manovra; se, invece, il parere è negativo, l'esame parlamentare dovrà attendere la predisposizione di una nuova manovra che ottenga parere positivo, con ulteriore compressione dei tempi.

Un secondo scenario, in cui il giudizio della Commissione intervenga dopo l'approvazione della seconda camera. Seppur questo scenario appaia del tutto improbabile – non essendosi mai assistito ad un'approvazione così anticipata – esso deve comunque essere contemplato, in quanto – in un simile scena-

GNETTI, *Il pareggio di bilancio nella Carta Costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2011; N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2011.

¹¹ L'espressione è di A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10 gennaio 2012. Per una sintetica ricostruzione dell'*iter* di approvazione della legge costituzionale 1 aprile 2012, n. 1, si rinvia a C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Milano, pp. 171-179.

¹² Sul ridimensionamento del ruolo del Parlamento nella rinnovata *governance* europea L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 4 giugno, 2013. C. BERGONZINI – G. RIVOSECCI, *L'art. 81 e le procedure finanziarie*, in *Il Filangieri* – *Quaderno* 2015-2016; E. GRIGLIO, *Il "nuovo" controllo parlamentare sulla finanza pubblica: una sfida per i "nuovi" regolamenti parlamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2013, pp. 8 e ss. Gli effetti dei processi di globalizzazione sulle assemblee rappresentative sono già illustrati in G. RIVOSECCI, *Le assemblee rappresentative di fronte ai processi di globalizzazione: spunti ricostruttivi*, in *Rassegna parlamentare*, 2003, n. 2-3, pp. 499 e ss.

¹³ Una schematica ricostruzione dei suddetti tre scenari può ritrovarsi in A. VERNATA, *Bilancio e leggi di spesa nella crisi del parlamentarismo*, in *costituzionalismo.it*, 1/2019, pp. 27-29, ove si evidenzia come appaia già inopportuno che i contenuti principali della manovra vengano portati a conoscenza, in via prioritaria, di un organo tecnico e solo successivamente dell'organo rappresentativo.

rio – un'eventuale parere negativo renderebbe del tutto vano il lavoro parlamentare, a meno di non voler andare incontro ad una procedura di infrazione.

Infine, un terzo scenario, in cui il parere della Commissione intervenga nel corso dei lavori parlamentari. Anche in questa ipotesi, l'intervento del parere negativo della Commissione potrebbe rendere inutile l'attività sino a quel momento svolta dal Parlamento o, comunque, limitarne la discrezionalità, dovendosi in ogni caso evitare l'esercizio provvisorio.

Una simile dinamica si è registrata proprio con l'approvazione del bilancio dell'esercizio finanziario, in cui la compressione delle prerogative parlamentari è apparsa così grave da condurre ad un conflitto di attribuzione innanzi alla Corte Costituzionale. La vicenda è nota. Nonostante, il 23 ottobre 2019, la Commissione avesse anticipato una *«inosservanza particolarmente grave»* degli impegni assunti dal nostro Paese, il successivo 31 ottobre, il Governo presentava ugualmente il disegno di legge di bilancio alla Camera dei Deputati. La trasmissione di un nuovo documento programmatico di bilancio, il 21 novembre successivo, non aggirava il parere negativo della Commissione. Mentre l'Eurogruppo si determinava così per l'avvio di una procedura d'infrazione, come se nulla fosse, la Camera dei Deputati seguiva l'ormai consolidato schema del maxi-emendamento più questione di fiducia sul disegno di legge di bilancio. Una volta trasmesso il testo al Senato, il 18 dicembre, il Governo inviava a Bruxelles una nuova manovra finanziaria adeguata nei contenuti al precedente parere negativo, ottenendo in un giorno, invece, un parere positivo. Con i tempi per evitare l'esercizio provvisorio ormai strettissimi, in assenza di qualsiasi istruttoria da parte della Commissione bilancio e delle altre commissioni, il nuovo testo da approvare veniva presentato direttamente in aula come maxiemendamento nel tardo pomeriggio del 22 dicembre e poi approvato con questione di fiducia in tarda notte.¹⁴

Se (come visto) compressione dei tempi e binomio maxiemendamento-questioni di fiducia non erano certo nuovi alle prassi di bilancio, in tale occasione le negoziazioni con la Commissione avevano portato a un tale ritardo che un gruppo di parlamentari di minoranza si è rivolto alla Corte Costituzionale, con il dichiarato intento non già di sindacare il contenuto del disegno di legge annuale di bilancio, quanto piuttosto di *«ristabilire il corretto esercizio delle competenze costituzionalmente attribuite con riferimento al procedimento legislativo disegnato dall'art. 72 Cost. e soprattutto, con specifico riferimento alla legge di bilancio, dall'art. 81 Cost. e dall'art. 97, comma 1, Cost.»*.¹⁵

¹⁴ Sull'iter di approvazione della legge di bilancio per l'esercizio finanziario 2019, si vedano G. DI COSIMO, *Approvazione del bilancio: cambiano le maggioranze, ma non le procedure*, in *lacostituzione.info*, 27 dicembre, 2019; F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in *Federalismi.it*, 4, 2019.

¹⁵ Il giudizio (come noto) si è concluso con un'ordinanza di inammissibilità. Per i commenti alla pronuncia, tra i tanti, A. CONTIERI, *Un monito inedito al Senato nell'ordinanza n. 17/2019*, in *federalismi.it*, 20 febbraio 2019; RENZO DICKMANN, *La Corte dichiara inammissibile il conflitto di attribuzioni contro il testo della legge di bilancio 2019-21 approvato dal Senato e ribadisce che i singoli parlamentari sono poteri dello Stato*, in *federalismi.it*, 20 febbraio 2019; S. LIETO, *Conflitto tra poteri e «soglia di evidenza»*. Notazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019, in *Rivista AIC*, 1/2019;

Anche in occasione dell'approvazione della legge di bilancio per l'esercizio finanziario 2020, si è assistito all'ennesimo braccio di ferro tra Governo e Parlamento, che ancora una volta è stato contestato dai parlamentari dinanzi alla Corte Costituzionale. Ma se la prassi è sempre quella descritta, per cui al Senato si ricorre alla questione di fiducia sul maxiemendamento, alla Camera il Governo ha posto la fiducia sullo stesso testo già approvato dal Senato, così mettendo i deputati dinanzi al già descritto "prendere o lasciare", consistente o nell'accettare una manovra così com'è, senza possibilità di emendamento, ovvero di determinare l'esercizio provvisorio. Per quanto riguarda la manovra per il 2019, il ritardo accumulato era dovuto alla faticosa interlocuzione con le istituzioni europee, mentre - per quanto concerne il 2020 - lo slittamento è da ricollegarsi a contrasti interni alla maggioranza; tuttavia, anche in questo caso si è addivenuti ad un ricorso innanzi alla Corte Costituzionale, ancora una volta conclusosi, tuttavia, con la statuizione che «dalla sequenza oggettiva dei fatti non emerge un irragionevole squilibrio fra le esigenze in gioco nelle procedure parlamentari e, quindi, un vulnus delle attribuzioni dei parlamentari grave e manifesto».¹⁶

L'applicazione delle regole di matrice europea ha, dunque, accentuato quella tendenza per cui l'ordinario svolgimento dei procedimenti di contabilità pubblica segue abitualmente moduli emergenziali, in cui il Parlamento, nell'urgenza di evitare l'esercizio provvisorio, viene relegato ad un'opera di mera ratifica di decisioni già cristallizzatesi nel loro contenuto, tanto che si è addivenuti, per due anni di seguito, ad un conflitto di attribuzioni, quel giudizio che più rappresenta la necessità impellente di soluzioni a conflitti "di tono costituzionale". La gestione delle decisioni di spesa nel corso dell'emergenza sanitaria da Covid-19 non ha seguito una diversa dinamica, confermando così una regola ormai consolidata.

A. LUCARELLI, *La violazione del procedimento legislativo "costituzionale" è una violazione grave e manifesta?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019; N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2019; N. LUPO, *Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione*, in *federalismi.it*, 20 febbraio 2019; A. MANZELLA, *L'opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*, in *federalismi.it*, 20 febbraio 2019; G. MOBILIO, *La Corte costituzionale e la difficile ricerca di bilanciamenti nel procedimento di approvazione della legge di bilancio. Considerazioni a margine della ord. n. 17/2019*, in *Osservatorio sulle fonti*; A. MORRONE, *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, in *federalismi.it*, 20 febbraio 2019; V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l'ordinanza n. 17 del 2019*, in *federalismi.it*, 20 febbraio 2019; A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo ... virtuale o in astratto (Nota minima a Corte costituzionale n. 17 del 2019)*, in *Consulta online*, 11 febbraio 2019; F. SORRENTINO, *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, *cit.*

¹⁶ Per un commento alla vicenda che ha portato all'approvazione della manovra per il 2020, si vedano R. DICKMANN, *Ancora in tema di legittimazione al conflitto di attribuzione dei singoli membri delle Camere... ma non dei gruppi parlamentari (nota a Corte cost., ord. 26 marzo 2020, n. 60)*, per *Forum di Quaderni Costituzionali*; M. ARMANNO, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato come strumento di verifica della regolarità del procedimento legislativo e l'invalicabile soglia del controllo di ammissibilità*, in *Osservatorio AIC*; L. SAMBUCCI, *Quello che la Corte non dice. Tre osservazioni a proposito di un rinnovato conflitto sulla procedura di bilancio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*.

4. Prime riflessioni sulla gestione delle decisioni di spesa nel corso dell'emergenza sanitaria da Covid-19

Molto si è scritto in merito all'utilizzo di poteri normativi da parte dell'esecutivo nel corso dell'emergenza sanitaria. Con la conversione in legge del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante «*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*», avvenuta pressoché all'unanimità, con pochissimi emendamenti e nell'arco di soli 15 giorni, il Parlamento ha di fatto autorizzato il Governo ad affiancare al decreto-legge – strumento costituzionalmente previsto per fronteggiare «*casi straordinari di necessità ed urgenza*» – l'ormai noto (anche alle cronache) strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Il coinvolgimento delle assemblee legislative è stato limitato a quanto stabilito (peraltro, in un secondo momento) dalla previsione, di cui all'art. 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, per cui: «*Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti (...), al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati*».¹⁷

Ma, come tali disposizioni hanno avuto l'innegabile effetto di escludere il Parlamento dalla definizione delle «*misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*», altrettanto può dirsi quanto all'individuazione di quei meccanismi volti a contrastare le conseguenze della pandemia sul sistema economico e sugli squilibri sociali, nonché (ma soprattutto) delle relative coperture finanziarie.

Nel far fronte alla straordinaria contingenza, il Governo italiano ha prima adottato il D.L. 2 marzo 2020, n. 9, avente ad oggetto «*Misure di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*», poi seguito – previa autorizzazione del Parlamento *ex art.* 81, c. 2, Cost. – dal D.L. 25 marzo 2020, n. 18 – contenente un secondo e più consistente pacchetto di misure economiche – e ancora in seguito dal D.L. 9 aprile 2020, n. 23, che include, tra l'altro, «*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro*». Ma, anche trascorsa la fase iniziale dell'emergenza, nei mesi successivi sino

¹⁷ Moltissimo è stato scritto negli ultimi mesi a riguardo, si rinvia, quindi, oltre agli altri contributi sul tema in questo numero della presente rivista, a P. BONETTI, *La Costituzione regge l'emergenza sanitaria: dalla pandemia del coronavirus spunti per attuarla diversamente*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2020; P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 1/2020; U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020; M. C. GRISOLIA, *Il rapporto Governo-Parlamento nell'esercizio della funzione normativa durante l'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020; F. S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *federalismi.it*, 1/2020; N. LUPO, *Così l'emergenza pandemica ha aggravato la crisi del procedimento legislativo in Italia*, Luiss SOG Policy Brief n. 13/2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 11 aprile, 2020, in *Consulta on line*; L. A. MAZZAROLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in tempo di emergenza nazionale, in *federalismi.it*, 1/2020.

ad oggi, il Governo ha continuato far confluire le misure di sostegno all'economia solo in decreti-legge.¹⁸

La scelta di continuare ad affidarsi *esclusivamente* a tale strumento, pur non esimendo il Governo dalla conduzione del necessario procedimento di conversione, ha posto il Parlamento innanzi alla necessità di pronunciarsi in maniera discontinua in merito ad una serie di atti già in vigore, che (come tali) avevano già dispiegato i propri effetti, in assenza di un quadro programmatico di insieme, anche per quanto concerne la gestione delle risorse pubbliche.

Questo a fronte di un ulteriore allontanamento da quell'obiettivo di medio termine – che dovrebbe, invece, garantire l'avvicinamento a «l'equilibrio tra le entrate e le spese» – su cui il monopolio decisionale è nei fatti stato nelle mani del Governo. Questo sin dal 5 marzo 2020, quando quest'ultimo ha inviato alla Commissione Europea una lettera, in cui dava atto delle misure già apprestate e, al contempo, rendeva nota l'imminente adozione di una serie di interventi di sostegno all'economia e al servizio sanitario nazionale, alla protezione civile e alle forze di sicurezza, del valore di circa 6,3 miliardi di Euro. Chiarito – nella relativa risposta all'esecutivo italiano – che le spese c.d. “one-off” sono escluse dal computo del saldo strutturale, il perdurare dell'emergenza ha spinto il Governo alla richiesta di autorizzazione all'ulteriore ricorso all'indebitamento, in aggiunta rispetto a quanto previsto nella Relazione al Parlamento del 5 marzo, per ulteriori 13,75 miliardi di Euro da utilizzare nel corso del 2020, fino ad un massimo totale di 20 miliardi di Euro.

Solo a questo punto ci si è rivolti formalmente al Parlamento.

Si rendeva, infatti, necessario dare avvio alla procedura di cui all'art. 81, secondo comma, Cost., per l'autorizzazione allo scostamento dal percorso di avvicinamento all'obiettivo di medio termine. Non si contesta, in questo caso, il ricorrere di quelle circostanze che legittimano una deroga ai parametri di bi-

¹⁸ Si tratta, in ordine dal più recente al più risalente, del decreto-legge 9 novembre 2020, n. 149, «Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese e giustizia, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»; decreto-legge 28 ottobre 2020, «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»; decreto-legge 20 ottobre 2020, n. 129 «Disposizioni urgenti in materia di riscossione esattoriale»; del decreto-legge 7 ottobre 2020 «Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020»; del decreto-legge 8 settembre 2020, n. 111 «Disposizioni urgenti per far fronte a indifferibili esigenze finanziarie e di sostegno per l'avvio dell'anno scolastico, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»; del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, «Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia»; del decreto-legge 30 luglio 2020, n. 83, «Misure urgenti connesse con la scadenza della dichiarazione di emergenza epidemiologica da COVID-19 deliberata il 31 gennaio 2020»; del decreto-legge 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»; del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»; del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, «Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19».

lancio – basti pensare che, dal 2014 ad oggi, si è fatto ricorso a più riprese a tale procedura in normali circostanze in occasione dell'approvazione del Documento di Economia e Finanza o della Nota di Aggiornamento a tale documento – quanto le modalità con cui il Governo si è rapportato al Parlamento.¹⁹ Presentata la relazione predisposta ai sensi dell'art. 6, comma 5, della legge n. 243 del 2012 – con l'aggiornamento del piano di rientro verso l'obiettivo di medio termine, in relazione agli interventi per fronteggiare l'emergenza Covid-19 – l'attività istruttoria parlamentare si è, infatti, limitata allo svolgimento di un'audizione del Ministro dell'Economia e delle Finanze Gualtieri, tenutasi in videoconferenza presso le Commissioni bilancio riunite di Camera e Senato l'11 marzo 2020, concentrando la discussione e il voto parlamentare sullo stanziamento di 20 miliardi di euro e sulle risoluzioni della maggioranza nella medesima giornata.²⁰ Per la votazione sono state, peraltro, implementate fra i due rami del Parlamento soluzioni diversificate, in modo da garantire una partecipazione contingentata dei parlamentari. Alla Camera, ad esempio, la Conferenza dei capigruppo ha optato per un accordo informale, per cui avrebbero partecipato alla seduta solo la metà dei deputati di ogni gruppo, ma al contempo – pur con un numero inferiore – si garantisse la proporzionalità tra i vari gruppi e, soprattutto, il raggiungimento della maggioranza assoluta dei componenti.²¹

Ciò non basta perché, a distanza di poco più di un mese, in occasione della presentazione del Documento di economia e finanza, il Governo ha richiesto l'autorizzazione ad nuovo scostamento per 55 miliardi.

Emblema della complessiva marginalizzazione del Parlamento – seppur significative modifiche siano state apprestate in sede di conversione in legge (L. 17 luglio 2020, n. 77) – diviene, in tale frangente, l'introduzione in seno al c.d. D.L. Rilancio (D.L. 19 maggio 2020, n. 3) di una previsione – nello specifico l'art. 265, comma 8 – che avrebbe consentito al Ministro dell'economia e delle finanze, sulla base degli esiti del monitoraggio sull'utilizzo delle risorse destinate a ciascuna delle misure previste dal decreto stesso, di apportare «*con propri de-*

¹⁹ Come noto, l'art. 5, lett. d) della legge cost. 1 aprile 2012, n. 1 individua gli eventi eccezionali – di cui parla l'art. 81, secondo comma, Cost. – rinviando il dettaglio di tali eventi alla legge rinforzata di attuazione. L'art. 6 di tale legge indica che scostamenti temporanei del saldo strutturale dall'obiettivo programmatico sono consentiti in caso di eventi eccezionali, da stabilirsi in coerenza con l'ordinamento dell'Unione, ossia periodi di grave recessione economica ed eventi straordinari, al di fuori del controllo dello Stato, incluse gravi crisi finanziarie nonché gravi calamità naturali, con rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria generale del Paese.

²⁰ In particolare, sono state approvate alla Camera la risoluzione Crippa, Delrio, Boschi e Muroni n. 6-00103, mentre al Senato la risoluzione Perilli, Marcucci, De Petris, Faraone, Steger n. 6-00102.

²¹ Sulla gestione dei processi di finanza pubblica nel corso dell'emergenza da Covid-19, si veda L. BARTOLUCCI, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione Europea) all'emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it*; F. CAPRIGLIONE, *La finanza UE al tempo del coronavirus*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2020; A.G. LANZAFAME, *Il lockdown, l'avvio della "fase due", e i problemi della "fase tre". La gestione dell'emergenza, sanitaria ed economica, da Covid-19 tra disuguaglianze ingiuste e disuguaglianze necessarie*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2/2020.

creti, sentito il Ministro competente, le occorrenti variazioni di bilancio provvedendo a rimodulare le predette risorse tra le misure previste (...), ad invarianza degli effetti sui saldi di finanza pubblica». Ad ogni evidenza, la norma in questione avrebbe consentito al Ministro dell'economia di modificare – con un semplice provvedimento amministrativo – le somme già assegnate dal Parlamento a taluni capitoli di spesa in tema di «misure urgenti previste in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza», conferendo, pertanto, una vera e propria delega “in bianco”, in spregio al sistema delle fonti e al ruolo delle Camere.

Ma se a marzo – pur trattandosi di uno scostamento 20 miliardi – e ad aprile – per 55 miliardi – simili modalità decisionali potevano (forse) apparire giustificate, altrettanto non può e non potrà dirsi quanto alle successive determinazioni che hanno allontanato il Paese dall'OMT, a partire da quella di luglio fino alla manovra 2021. La pandemia ha improvvisamente ribaltato il paradigma dell'intervento pubblico nell'economia – *«the key question is not whether but how the State should put its balance sheet to good use»*²² – e, anche nel confronto con le misure implementate dagli altri Stati membri, l'idea di uno Stato minimo con bilanci in pareggio appare lontana. Che uno scostamento di bilancio sia votato a fronte di un'istruttoria parlamentare contingentata (peraltro in un contesto di emergenza sanitaria globale) non stupisce, sol che si consideri che il tempo dedicato all'approvazione delle ultime due manovre dal Parlamento è stato del tutto coincidente. Occorre, tuttavia, evitare che ciò che non stupisce, in quanto ormai usuale, sia considerato alla stregua di un dato ormai ineliminabile negli equilibri della forma di governo.

Gli Stati sono dinnanzi ad una serie di scelte cruciali. Occorre, in prima battuta, individuare una strategia complessiva per indirizzare la spesa pubblica al fine di consentire la ripresa dell'economia e, al contempo, riallocare le perdite anche attraverso i necessari interventi sul piano fiscale. Ma prima ancora – all'apertura di una stagione di nuovo debito pubblico – bisogna chiedersi: è già tramontato il mito del bilancio in pareggio? E se la risposta sarà sì, quali saranno – anche in un'ottica intergenerazionale – le modalità volte a rendere una simile determinazione sostenibile? Tutto ciò rende imprescindibile un complessivo ripensamento dei processi di contabilità pubblica e, in generale, di definizione della strategia di politica economica – dall'attivazione del Meccanismo Europeo di Stabilità all'utilizzo delle risorse del *Next Generation Plan* – a meno di non voler estraniare l'organo rappresentativo dei cittadini da alcune decisioni fondamentali per la vita del Paese, con un impatto, però, notevole sulla stessa identità costituzionale della forma di governo.

²² L'espressione è tratta dalla celebre intervista a Mario Draghi al *Financial Times*, rinvenibile online: <https://www.ft.com/content/c6d2de3a-6ec5-11ea-89df-41bea055720b>

5. Considerazioni conclusive

Si è evidenziato in più sedi come la pandemia da Covid-19 e la conseguente risposta da parte delle istituzioni non abbiano fatto altro che enfatizzare alcune tendenze di fondo già presenti nel sistema. Il fenomeno è stato particolarmente evidente nel settore della contabilità pubblica, in cui la necessità di apprestare soluzioni immediate, a supporto sia del sistema sanitario che dell'economia nel suo complesso, ha messo luce una già radicata tendenza ad una marginalizzazione del Parlamento nelle decisioni sull'allocazione delle risorse.

Guardando alla genesi delle decisioni di finanza pubblica si dispone di una visuale privilegiata sui mutamenti istituzionali della forma di governo: l'osservazione delle dinamiche degli ultimi anni mostra come all'irrigidirsi della normativa europea e costituzionale in materia di bilancio e al correlato sviluppo di un dialogo procedimentalizzato con le istituzioni di Bruxelles si sia accompagnato, con l'emergere preponderante dell'esecutivo e delle strutture tecniche di supporto, un progressivo ridimensionarsi del ruolo delle Camere, chiamate sempre più spesso ad una mera ratifica *in extremis* di decisioni assunte da altri.

Diviene, allora, necessario immaginare meccanismi istituzionali per una nuova razionalizzazione della decisione di bilancio, che garantiscano la possibilità per il Governo di riunire la sua maggioranza alla coesione e alla responsabile adesione alle sue scelte, ma, allo stesso tempo, l'effettiva controllabilità al Parlamento. Alla naturale preponderanza del Governo, data dalla disponibilità di strutture tecniche e dal legame con la macchina amministrativa, si sono aggiunte le prerogative connesse alla rappresentanza nei rapporti con la Commissione: ciò erode in maniera consistente il ruolo di indirizzo nel definire il contenuto della manovra annuale delle Camere, ma non significa accettare che queste non possano ricercare un ruolo nuovo.

In disparte proposte altisonanti, come quella di assegnare al Parlamento in seduta comune la decisione di bilancio²³, la soluzione – accertato che i tempi della manovra debbano essere per forza di cose sempre più contingentati – potrebbe (a parere di chi scrive) risolversi, invece, in un potenziamento della stessa funzione di indirizzo, che interviene *ex ante*, tramite una maggiore incisività e vincolatività degli strumenti di dialogo anticipato, ma anche della (spesso tralasciata) funzione di controllo, *ex post* invece, in una maggiore valorizzazione dell'approvazione del rendiconto.

Ciò non perché la violazione delle prerogative parlamentari debba essere stigmatizzata in quanto tale, ma – come traspare anche dalle ultime due ordinanze della Corte Costituzionale con riferimento alle manovre 2019 e 2020 –

²³ Si veda, a riguardo, la proposta di legge disponibile online: https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?hpsez=Primo_Piano&content=Testo%2Bdella%2Bproposta%2Bdi%2Briforma%2Bcostituzionale%2Bsulla%2Bvalorizzazione%2Bdel%2BParlamento%2Bin%2Bseduta%2Bcomune%2C%2BI%27introduzione%2Bdella%2Bsfiducia%2Bcostruttiva%2Be%2Bla%2Bdifferenziazione%2Bdelle%2BCamere&content_auth=&Artid=44203

poiché un riequilibrio nei rapporti tra esecutivo e legislativo nella decisione di bilancio si impone non solo nell'ottica di salvaguardare il nucleo-forte della rappresentanza politica, soprattutto in un momento (come quello attuale) in cui il Governo in carica fonda la propria legittimazione non tanto su un risultato elettorale quanto su un accordo interno alle Camere stesse, ma anche la tenuta stessa elementi essenziali del nostro ordinamento. *In primis*, la separazione fra potere legislativo e potere esecutivo, o meglio fra il *continuum* Governo-maggioranza, da una parte, e l'opposizione parlamentare, dall'altra.

Come visto in principio, la stessa Carta costituzionale riconosce una prevalenza all'azione del Governo – che *presenta* la legge di bilancio – ma al Parlamento spetta il compito fondamentale di «*sintetizzare il possibile punto di coagulo delle priorità espresse dalle diverse forze sociali ed economiche*»²⁴, anche di minoranza.

²⁴ Questa l'espressione in P. DE IOANNA, *Il bilancio pubblico: una infrastruttura cruciale per il funzionamento della democrazia rappresentativa in Italia e in Europa*, cit.

CARLA ACOCELLA

Professore associato di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Scienze della Formazione dell'Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa
carla.acocella@unisob.na.it

**ANCORA SU DIRITTO E TECNICA. LE
VALUTAZIONI TECNICO-SCIENTIFICHE COME
PREMESSA DELLE DECISIONI POLITICO-
AMMINISTRATIVE ASSUNTE PER FRONTEGGIARE
L'EMERGENZA PANDEMICA DA COVID-19**

**LAW AND TECHNOLOGY. SCIENTIFIC ASSESSMENTS AS
PREMISES OF POLITICAL-ADMINISTRATIVE DECISIONS
TAKEN TO ADDRESS EMERGENCY IN THE COVID-19
PANDEMIC**

SINTESI

Il contributo analizza una serie di dinamiche emerse nella vicenda pandemica e nella sua gestione, nello specifico quelle legate alla configurazione della tecnica come premessa delle decisioni di governo dell'emergenza, il più delle volte, in termini di premessa ricostruttiva dei presupposti di fatto delle stesse decisioni. Rispetto al dato indiscutibile – uno dei pochi in questa stagione di incertezze – che le valutazioni di carattere scientifico siano state (quanto meno) esibite come fattore condizionante le decisioni *lato sensu* politiche assunte, si svolge su un diverso piano la questione relativa al peso effettivamente assunto dalla tecnica nel processo decisionale. Questo rilievo suggerisce l'opportunità di non elevare la solidità del presupposto scientifico a profilo dominante nella verifica della accettabilità democratica delle decisioni assunte, quanto piuttosto a curvare tale indagine intorno all'uso che del presupposto è stato fatto rispetto a parametri di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità. Tale prospettiva appare peraltro incoraggiata dalla peculiarità della vicenda pandemica, e segnatamente dal profilo della incertezza che, pur essendo tipico tratto connotativo di scienza e tecnica, risulta in questo caso accentuato.

ABSTRACT

The paper analyzes the dynamics highlighted by the pandemic and its management; especially those related to technology and science as a premise for decisions addressing the health emergency, and in particular as a tool for reconstructing the factual assumptions behind such decisions. With respect to the indisputable fact that scientific assessments have been “exhibited” as a conditioning factor in political decisions, the question of the weight actually assumed by science in the decision-making process occupies a different level. This suggests that it would be opportune not to elevate the solidity of scientific assumptions as decisive in verifying the democratic acceptability of the deci-

sions taken. Rather, this investigation must concern the use of such assumptions in the light of criteria of reasonableness, adequacy and proportionality. Moreover, this perspective would appear to be favoured by the specific characteristics of the pandemic and especially the by uncertainty, which, albeit a standard feature of scientific research, is most certainly accentuated in this case.

PAROLE CHIAVE: tecnica, politica, emergenza, presupposto scientifico, sindacato.

KEYWORDS: Science, Political-decisions, Emergency, scientific assumption, judicial review.

INDICE: 1. L'accettabilità democratica delle decisioni di governo dell'emergenza epidemiologica. Solidità del presupposto tecnico-scientifico o ragionevolezza del percorso che si snoda a valle della premessa? - 2. Il condizionamento del presupposto scientifico sul perimetro della discrezionalità e le questioni legate all'accreditamento del primo (il confronto e la condivisione delle posizioni in campo). La relativa spendibilità delle acquisizioni della giurisprudenza costituzionale sui limiti alla discrezionalità politica derivanti dalla scienza. - 3. Sulla trasparenza dei procedimenti che "raccolgono" valutazioni tecnico-scientifiche. - 4. La giuridificazione del potere di governo dell'emergenza: lo spazio della ponderazione e lo spazio della premessa tecnico-scientifica. - 5. La giustiziabilità delle posizioni incise da decisioni politico-amministrative fondate su premesse tecnicamente rilevanti. Rilievi conclusivi.

1. L'accettabilità democratica delle decisioni di governo dell'emergenza epidemiologica. Solidità del presupposto tecnico-scientifico o ragionevolezza del percorso che si snoda a valle della premessa?

Tra le evidenze – non molte a ben vedere – che i tentativi di gestione dell'emergenza¹ epidemiologica, nella quale ancora ci troviamo, hanno restitui-

¹ Sul carattere perdurante e durevole dell'emergenza si rinvia a C. ACOCELLA, *Spigolature sulle dimensioni del tempo nella stagione dell'emergenza da Covid-19*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2/2020. Per la tendenza a normalizzare l'emergenza e a sottoporre a tensione il tratto connotativo dell'istituto consistente nella transitorietà della sua disciplina, si veda U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza permanente: le modalità della produzione normativa*, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 45 ss., spec. p. 69 ss.. Conclusivo, anche in ordine ai rapporti tra urgenza, emergenza ed eccezione, appaiono le considerazioni svolte da M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, in *Questione Giustizia*, 8.10.2020 il quale, nell'analizzare la sequenza di fonti su cui la produzione normativa emergenziale si fonda (su cui si veda per riferimenti più ampi dello stesso A., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020), individua nel sopravvenire della ordinarietà della condizione emergenziale – ravvisabile qualora «la produzione normativa primaria d'urgenza proseguisse al medesimo ritmo anche nell'ipotesi (ora divenuta concreta) di una proroga dello stato di emergenza» – lo snodo decisivo ai fini di imporre un «recupero da parte del Parlamento della pienezza della sua funzione nomopoietica». Per l'ancoraggio alla «stabilità dell'ordine» del tratto distintivo sul piano teleologico delle due dimensioni della eccezione e della emergenza, che si impongono entrambe «in momenti perturbati», si veda G. ZAGREBELSKY, *Non è l'emergenza che mina la democrazia, ma l'eccezione*, in *libertaejustizia.it*, 30.7.2020: «L'emergenza non è l'eccezione e l'eccezione non è il grado ultimo dell'emergenza. Sono due cose diverse, anche se spesso trattate come se fossero una cosa sola. All'emergenza si ricorre per rientrare quanto più presto è possibile nella normalità. All'eccezione si ricorre invece per infrangere la regola e imporre un nuovo ordine. Si impone anch'essa in momenti perturbati ma, a differenza dell'emergenza, non mira alla stabilità del vecchio ordine».

to al dibattito, v'è quella che le misure² a vari livelli adottate siano state condizionate in modo significativo, almeno dichiaratamente, da valutazioni di carattere scientifico. Questo è un fatto. L'incontrovertibilità del dato rimonta appunto alla circostanza che di valutazioni scientifiche si sia fatta questione, le stesse siano state esibite sovente come il fondamento delle decisioni che il Governo veniva assumendo nel disegnare l'agenda regolatoria di contenimento del virus³. Rispetto a questa evidenza è passata in secondo piano, o meglio, pare debba svolgersi su un piano diverso, la questione relativa al se le decisioni in parola siano/fossero fondate effettivamente su valutazioni scientifiche, e dunque relativa al peso assunto dalla scienza nel processo decisionale.

Questa premessa, ad avviso di chi scrive, induce a ricalibrare considerazioni che pongano l'adeguatezza del presupposto scientifico al centro della valutazione della accettabilità della scelta effettuata dai pubblici poteri, fino ad attribuirvi valore assorbente. La prospettiva che sembra non doversi enfatizzare è quella sintetizzata, tra gli altri, dal rilievo secondo cui «è quindi emerso con chiarezza quanto la tutela di diritti fondamentali possa dipendere dal corretto svolgimento di valutazioni scientifiche da parte del decisore pubblico e, conseguentemente, quanto la legittimità di tali decisioni possa dipendere dall'adeguatezza del presupposto scientifico che sorregge la scelta»⁴. Se da un lato è indubitabile che, incidendo le misure adottate e tuttora in corso di adozione, in misura talvolta anche molto severa, sulla sfera dei diritti fondamentali, una garanzia effettiva di questi ultimi chiami in causa il tema della plausibilità delle decisioni assunte (cioè, a dire, delle valutazioni che nell'iter decisionale trovano spazio), non è altrettanto vero, dall'altro lato, che tale valutazione di legittimità (*rectius* di ragionevolezza)⁵ si sostanzi in misura

² Sembrando per il momento praticabile la semplificazione che si tratti di decisioni *lato sensu* politiche rispetto alle misure sovente consistenti in atti ancipiti. Queste ultimi, come le ordinanze, oltre ad essere atti amministrativi, integrano il quadro delle fonti, ed hanno infatti, in tale ultimo senso, scandito per una parte significativa l'agenda regolatoria della gestione della pandemia (sulla qualificazione in termini di ordinanze della categoria di atti – i D.P.C.M. – che ha vistosamente occupato la produzione emergenziale tra gli altri M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 18.3.2020; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Biola Journal*, 2/2020, 18.3.2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.).

³ Sulla «tendenza dei rappresentanti di governo a richiamare le indicazioni scientifiche a fondamento delle proprie scelte» si veda già A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *federalismi.it*, 29.4.2020. Richiama un passaggio di un'intervista rilasciata al Corriere della Sera (M. GALLUZZO, *Coronavirus, Conte: «Blocco totale e chiusura delle scuole saranno prorogati. Tutela per le aziende strategiche»*, 16.3.2020) dal Presidente del Consiglio esemplare di questa tendenza («abbiamo in qualche modo, doverosamente, ceduto il passo alla comunità scientifica, che in alcuni momenti della storia può anche guidare le decisioni politiche») A. IANNUZZI, *Leggi "science drive" e Covid-19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *Biola Journal*, 1/2020, p. 119 ss.

⁴ Così L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *Biola Journal*, 1/2020, p. 71 ss.

⁵ Nella misura in cui il principio di ragionevolezza – riprendendo la felice sintesi sul punto di G.P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 92 – «ha assunto definitivamente il ruolo di regola di sindacato di tipo sostanziale», muovendo da una iniziale avversione ad un «sindacato dell'azione della pubblica amministrazione che si spingesse sino al giudizio sull'equilibrato bilan-

prevalente, quando il decisore abbia evocato la premessa scientifica della sua decisione, in una verifica della adeguatezza, in termini di solidità, del presupposto scientifico che sorregge la scelta. La gestione della emergenza sanitaria in atto ha fatto emergere con chiarezza come tra i vari profili condizionati dalla sequenza di atti adottati in questi mesi vi sia quello della garanzia di diritti, anche fondamentali, e come essa dunque dipenda in questa fase dal corretto svolgimento di valutazioni del decisore pubblico che possono implicare apprezzamenti di carattere tecnico-scientifico. In tal senso appare indubitabile che la legittimità di tali decisioni debba essere valutata a partire dal materiale che il decisore si trova per dir così a maneggiare, ed è in tale prospettiva che sembra doversi guardare al presupposto scientifico, quale fattore che entra in considerazione nella valutazione di legittimità della decisione a valle adottata, senza che possano ritenersi operanti automatismi rispetto alla misurazione dell'incidenza del presupposto scientifico sul grado di legittimità della decisione. Cioè a dire che non può sostenersi che l'adeguatezza del presupposto scientifico implichi senz'altro un giudizio positivo di legittimità della misura adottata, così come non può assumersi che un presupposto scientifico non assistito da particolare stabilità implichi inevitabilmente l'illegittimità della decisione politico-amministrativa che del presupposto ha tenuto conto.

Questa acquisizione comporta a ben vedere una scelta di campo a favore di uno dei due termini del tradizionalmente acceso dialogo tra diritto e tecnica, o per così dire in ordine al peso che ciascuno dei due termini gioca nella soddisfazione degli interessi e dei bisogni. Tale acquisizione appare, infatti, animata dall'obiettivo di resistere a forme di "giustecnicismo", restituendo alla sostanza ponderativa delle scelte gli spazi che essa merita⁶ in quanto espressione – democraticamente intesa – della volontà e della capacità di realizzare uno scopo a fronte della irriducibile indeterminatezza e astrattezza della tecnica⁷. Non è

*ciamento degli interessi». L'A. rammenta un aspetto di particolare importanza nell'economia della presente riflessione, rappresentato dallo stimolo esercitato dall'applicazione del concetto di ragionevolezza «nel diritto costituzionale con riferimento all'attività del legislatore», alla trasposizione del medesimo nell'azione amministrativa «in collegamento con l'eccesso di potere e con i limiti dell'attività discrezionale». L'applicazione del canone di ragionevolezza da parte del giudice amministrativo avrebbe consentito di affiancare al «giudizio sul rapporto tra strumento e fine» «l'analisi sul risultato dell'azione amministrativa» – attraverso la clausola di ragionevolezza appunto – e di effettuare un «controllo sulla qualità della decisione amministrativa, sull'equità del bilanciamento di interessi effettuato» così da oltrepassare «la sola irrazionalità ed arbitrarietà». In tema si veda F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.*

⁶ In questo senso il dato empirico rappresentato dal ribaltamento di posizioni pregiudizialmente antiscientifiche assunte al principio della vicenda pandemica da *leaders* populistici non appare a chi scrive sufficiente a radicare – come invece ritiene A. IANNUZZI, *op. cit.*, p. 121 – «la consapevolezza che la politica basata sulla scienza può rivelarsi un antidoto potente proprio contro i rischi di derive populistiche o antidemocratiche» e che in questa chiave possa, e occorra guardarsi alla «decisione politica fondata sulla scienza» come a una «misura di legittimazione delle istituzioni rappresentative».

⁷ Ci si riferisce, come evidente dai termini qui evocati, alle forme che la relazione dialettica tra diritto e tecnica ha assunto nel confronto che, a partire da un convegno di studi tenuto a Catania nel 2000, ha visto misurarsi il giurista Natalino Irti col filosofo Emanuele Severino. Per la sintesi degli «atti» in cui si articola tale dialogo si vedano N. IRTI, E. SEVERINO, *Le domande*

un caso che le scelte di allocare il potere di regolazione delle fattispecie rispetto ad alternative opzioni – più o meno premiali del principio democratico, sia nella forma della rappresentanza politica che in quella del riconoscimento di diritti e di garanzie – trovino tradizionalmente una cornice nella accennata polarità tra diritto e politica, da un lato, e scienza e tecnica, dall'altro⁸.

Il dialogo, assai noto, tra diritto e tecnica è stato portato nuovamente al centro dei riflettori dalla emergenza sanitaria in atto che ha accentuato, se possibile, un peculiare profilo tra quelli connotanti la scienza e la tecnica, ossia il carattere di incertezza. Questo particolare tratto della scienza che interloquisce col diritto nella vicenda pandemica finisce per incoraggiare l'idea che, al fine di stabilire se il circuito decisionale si sia svolto «in forme democraticamente accettabili»⁹, la verifica non debba appuntarsi tecnicamente sulla solidità del presuppo-

del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica), in *Contratto e impresa*, 2/2000, p. 665-679; E. SEVERINO, N. IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2001; N. IRTI, *Diritto e tecnica. (In dialogo con Emanuele Severino e Luigi Mengoni)*, in *Lo Stato*, 4/2016, p. 35-46. La collocazione del diritto nella contemporaneità e nella dimensione "positivizzata", inducono il giurista a porre l'accento sul valore decisivo della norma – nonostante la crisi della normatività e della politica che pure l'A. registra – nel tradurre i *lógoi*, le proposizioni di diverso ordine che sottendono la scelta positiva, e quindi nell'individuare e selezionare gli scopi, che invece la tecnica – per il filosofo espressione dell'incrementale, indefinita capacità di realizzarli – sarebbe inidonea a scegliere, muovendosi nell'area dell'astrattezza, e risolvendosi in un apparato che resuscita gli antichi dei (sul punto N. IRTI, in *Le domande del giurista e le risposte del filosofo*, cit.: «non rischia forse quell'Apparato di risuscitare gli antichi dei, i quali, risolvendo in sé stesso il tutto, non hanno bisogno degli effimeri scopi dell'uomo? Così il cammino, aperto dal giusnaturalismo, si chiuderebbe nel giustecnismo»). Nel solco di tale riflessione si situa il tentativo di preservare la differenza tra regola e regolato, che rimonderebbe ancora a fenomeni e a processi, rispettivamente (diritto, politica, regola) ancorati al territorio, o (capitalismo, tecnica) disancorati dallo spazio. Sul punto cfr. altresì M. LUCIANI, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2/2019, p. 349 ss. che osserva come «tópos e téchne stanno in rapporto di non sormontabile polarità. Se il luogo è ancorato alla propria fissità spaziale, la tecnica è disancorata da qualunque determinazione territoriale. Se il luogo è geograficamente incatenato ... la tecnica passa impunemente attraverso le maglie forgiate dalle predeterminazioni di spazi». «Nel momento stesso in cui il pensiero politico tocca il mondo della tecnica, il suo aggancio al luogo, al quale è antonomasticamente legato (pólis!) si sfilaccia, si indebolisce, si perde». L'A. riprende sul punto le riflessioni di N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2011, p. 104 in ordine alle differenze tra il tempo della tecnica e il tempo del luogo.

⁸ Mette conto riportare le notazioni svolte da G. SILVESTRI, *Situazioni di emergenza e garanzie costituzionali*, in M. Malvicini, T. Portaluri, A. Martinengo (a cura di), *Le parole della crisi le politiche dopo la pandemia. Guida non emergenziale al post-Covid-19*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 21 ss., spec. p. 25, con riguardo alla «estrapolazione teorica che, per motivare la tendenza alla dittatura dello Stato moderno, ha individuato in astratto nell'Esecutivo le qualità del razionalismo e della tecnicità, che giustificerebbero la sua primarietà in confronto al legislativo, che ne sarebbe privo», sul punto richiamando O. MEYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlin, 1961, I, p. 2 ss.. L'A. prosegue osservando «Si comprende facilmente che in periodi di crisi e di necessità di regolazioni rapide, coerenti ed efficaci rispetto alle cause dell'emergenza, la maggiore attitudine regolativa del potere esecutivo rispetto al legislativo sembra imporsi con la forza dell'evidenza. Si tratta invece, a mio sommo avviso, di una costruzione ideologica volta a sostenere l'accantonamento della rappresentanza politica, relegata ad elemento esterno rispetto a quella che si potrebbe definire "l'anima" dello Stato, che esplica tutta la sua potestà di imperio quando non è più circoscritta e condizionata da freni, garanzie e limiti».

⁹ Tra le questioni sollevate dall'analisi di A. FARANO, V. MARZOCCO, *Expertise tecniche e decisori politici. Razionalità legislativa e uso dell'argomento scientifico nella produzione del diritto emergenziale*, in

sto scientifico e sull'attendibilità delle valutazioni tecniche su cui le decisioni rilevanti si fondano – schiudendo anche scenari di praticabilità di forme di sindacato incisivo (persino di carattere sostitutivo) del giudice¹⁰ – ma piuttosto il fuoco di attenzione debba spostarsi sulla prevedibilità della scelta compiuta dal decisore politico, alla luce del quadro conoscitivo a disposizione, dunque sull'uso che del presupposto scientifico sia stato fatto rispetto a parametri di ragionevolezza, adeguatezza, proporzionalità.

Un vaglio di ragionevolezza così orientato non vale a confortare l'idea che le decisioni assunte o da assumere debbano perciò fondarsi esclusivamente su ragioni di opportunità politica¹¹, ma solo a suggerire l'importanza di verificare, caso per caso, la consistenza della premessa scientifica disponibile presso il decisore politico, per poi stabilire se, alla luce di tali premesse, il percorso successivo si riveli accettabile, alla stregua dei criteri e delle garanzie apprestate dal nostro modello democratico, che rilevano anche nella eventuale sede giurisdizionale. Si finisce così per ridimensionare il rilievo dell'attendibilità della premessa scientifica e della regola tecnica utilizzata – questione apparsa decisiva, come noto, nel disegnare l'avanzamento del dibattito sulla discrezionalità tecni-

S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, cit., p. 182 vi è la seguente: «*Quale spazio residua, infatti, per controllare che tale circuito si esprima in forme democraticamente accettabili (a intendere, per democrazia, la non esclusione autoritativa di nessun sapere)?*». Qui evidentemente le autrici fanno riferimento, come l'ultima puntualizzazione lascia intendere, a una peculiare declinazione della democraticità del processo decisionale scientificamente accreditato, ossia, la garanzia di piena interlocuzione tra le possibili posizioni in campo, evidentemente nella misura in cui essa favorisca la verifica, la confutazione e la falsificazione che identifica il metodo scientifico.

¹⁰ Ci si riferisce qui alle acquisizioni della giurisprudenza e della dottrina in ordine alle possibili forme di sindacato giurisdizionale esperibile nei confronti delle valutazioni tecniche, ed in particolare all'orientamento inaugurato dalla notissima sentenza della IV sezione del Consiglio di Stato, n. 601 del 1999 e alla possibilità per il giudice di praticare, nell'ambito di un "sindacato intrinseco" – ossia volto a verificare direttamente la questione dell'adeguatezza del criterio assunto a base dell'apprezzamento tecnico e delle operazioni condotte in sede amministrativa – persino un sindacato di "tipo forte", cioè capace di prefigurare una sovrapposizione e sostituzione della valutazione giudiziale a quella amministrativa. Sul percorso non lineare delineato dalla giurisprudenza in materia, e in particolare sulla tendenza della giurisprudenza successiva alla decisione del 1999 a non sviluppare le implicazioni di quest'ultima in termini di sindacato sostitutivo («*sindacato intrinseco e sindacato forte non procedono quindi di pari passo per il giudice amministrativo*»), si veda l'analisi compiuta da R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 135 ss.

¹¹ E speculare rispetto a tale prospettiva il rilievo secondo cui il «*giustificato*» «*costante riferimento alla scienza*» «*non significa che la politica debba, e possa, abdicare al proprio ruolo nell'individuazione delle misure più appropriate nell'urgenza pandemica*»: A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, in G. De Minico - M. Villone (a cura di), *Stato di diritto emergenza tecnologia*, p. 41 ss. spec., p. 43, su cui si veda *infra* nota 14. L'A. richiama infatti sul punto la posizione di Weber (P. MARSONET, *Per Weber il disincantamento del mondo era il vero male dell'Occidente*, in *l'Occidentale*, 4 marzo 2012,) in ordine alla intrinseca limitatezza delle scienze ove invocate per adottare scelte relative ai «*significati ultimi in base ai quali organizzare*» la vita degli uomini. Sul punto si rinvia alla sintesi (cfr. *supra* nota 7) del dibattito relativo alla tensione tra diritto e tecnica e alla capacità del primo, attraverso l'attività nomopoietica, di selezionare gli scopi rilevanti.

ca e nel prefigurare forme efficaci di sindacato su quest'ultima da parte del giudice amministrativo¹² – sul piano dell'accettabilità della decisione politica assunta, e per restituire spazio a strumenti di sindacato, non scientifici, tesi a valutare la ragionevolezza della scelta compiuta dal decisore, secondo la nota dinamica della ponderazione degli interessi, sulla base di una premessa scientifica.

A queste considerazioni si aggiunge la preoccupazione che la propensione a ritenere il giudizio sulla legittimità dei provvedimenti – che introducono, per esempio, misure fortemente restrittive – sostanzialmente assorbito dalla valutazione della fondatezza scientifica delle premesse su cui tali decisioni si basano¹³, finisca d'altra parte essa stessa per favorire una deresponsabilizzazione del decisore¹⁴, e la tendenza ad invocare pretestuosamente il presupposto scientifico o ad invocare premesse scientifiche inconsistenti. In questo senso sembra a chi scrive che la portata “distrattiva”¹⁵ del riferimento ai saperi esperti che

¹² Su cui si veda ancora R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, loc. cit.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 439 ss., p. 444 ss.; N. PAOLANTONIO, *Discrezionalità tecnica e giurisprudenza pratica*, in *Foro amm.* – *CdS*, 2002, p. 2578; F. LIGUORI, *Il sindacato “debole” sulle valutazioni riservate delle amministrazioni indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 597 ss. e dello stesso A., *Le valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e il Consiglio di Stato: un percorso apparentemente compiuto*, in *giustamm.it*, 2008 e *Le valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e il giudice amministrativo*, in F. LIGUORI, *La funzione amministrativa: aspetti di una trasformazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 277 ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milano, Giuffrè, 2005; L.R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1725 ss. e dello stesso A., *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, p. 424 ss.; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 185 ss.. Sugli orizzonti schiusi tradizionalmente dalla giurisprudenza ordinaria in termini di controllo diretto sull'apprezzamento tecnico, piuttosto che limitato alla correttezza dell'iter seguito nell'apprezzamento, F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziale sull'amministrazione pubblica*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987, p. 245 ss., spec. p. 262 ss.

¹³ In questo senso L. DEL CORONA, *op. cit.*, p. 74 che sostiene sul punto che «se le valutazioni dei rischi sottese alle misure restrittive introdotte dai Dpcm dovessero risultare scientificamente infondate, la legittimità di questi non potrebbe che essere fortemente minata».

¹⁴ La tendenza viene segnalata, e si staglia sullo sfondo dell'analisi svolta, da A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19: qualche annotazione*, cit., p. 42-43 e 47 il quale muove dalla considerazione che «oggi la politica, soprattutto a livello governativo, sembra quasi avere dismesso il proprio ruolo di decisore, rimettendo le scelte fondamentali ai tecnici e agli scienziati, le cui decisioni costituiscono fondamento di misure che incidono in modo importante su diritti fondamentali», per poi sottolineare come il necessario riferimento alla scienza (di cui appunto l'A. illustra le ragioni, radicandole nella peculiare declinazione che la razionalità giuridica assume ove il diritto si occupi di questioni legate alla scienza, e nella fallacia della prospettazione della scienza in termini di neutralità) non debba tradursi in un disimpegno della politica («questo non significa che la politica debba, e possa, abdicare al proprio ruolo nell'individuazione delle misure più appropriate nell'urgenza epidemica, come quelle di cui ai decreti legge e ai decreti del presidente del consiglio adottati»).

¹⁵ In un senso diverso da quello che nel testo si segnala, ma ugualmente sintomatico di un impiego per così dire disfunzionale della valutazione scientifica – utilizzo che per l'A. rileva poi sul piano della illegittimità dei provvedimenti adottati in termini di violazione del principio di precauzione – A. BARONE, *op. cit.*, 5 segnala come «non può non rilevarsi il paradosso tra il continuo richiamo alle indicazioni della scienza da parte dei rappresentanti del governo e l'assenza del (necessario) riferimento proprio alla valutazione scientifica del rischio nelle misure precauzionali adottate dallo stesso governo».

orientano le scelte politico-amministrative sia legata, più che ad un pretestuoso impiego della incertezza, connaturata alle valutazioni tecnico-scientifiche¹⁶ – nel solco del quale la proclamata divergenza di posizioni costituirebbe, per esempio, un innegabile argine al controllo – ad una malintesa funzione del controllo di ragionevolezza riferito a situazioni in cui le valutazioni *stricto sensu* politiche si intreccino con valutazioni tecniche. Il carattere ibrido delle ponderazioni – politiche e scientifiche, fondate su diritto e tecnica – genererebbe appunto, risolvendosi in uno spostamento del focus di attenzione sull'adeguatezza della premessa scientifica, un difetto di prospettiva nell'interprete.

La valutazione della legittimità della misura adottata deve ritenersi per un verso condizionata dalla eventualità che il piano delle dichiarazioni si svolga in distonia con quello della realtà, e le relative decisioni non trovino alcun plausibile fondamento scientifico (o si tratti di premessa inconsistente e pretestuosamente invocata dal decisore), quanto indirizzata a scrutinare sotto il profilo della ragionevolezza il percorso valutativo e argomentativo seguito dal decisore a valle di una premessa scientifica, esistente, eppure situata in un dibattito tecnico quale una delle molteplici, possibili, posizioni rilevanti, essendo perciò portatrice di un livello irriducibile di opinabilità.

2. Il condizionamento del presupposto scientifico sul perimetro della discrezionalità e le questioni legate all'accreditamento del primo (il confronto e la condivisione delle posizioni in campo). La relativa spendibilità delle acquisizioni della giurisprudenza costituzionale sui limiti alla discrezionalità politica derivanti dalla scienza

È evidente che il passaggio consistente nella individuazione della premessa scientifica, imponga oltre alla considerazione della rilevanza, e quindi della spendibilità in concreto del presupposto invocato rispetto alla decisione da adottare, la perimetrazione della stessa premessa in ragione di variabili quali il numero e la qualità delle posizioni in campo, la verificabilità e la falsificabilità delle medesime; variabili che con tutta evidenza incidono alternativamente, riducendolo o espandendolo, sullo spazio della decisione politico-amministrativa. In altre parole lo spessore della premessa scientifica, che ovviamente condiziona il giudizio sull'impiego che il decisore abbia fatto della prima, è direttamente correlato al grado di pluralismo teorico caratterizzante il contesto in cui è stato acquisito l'avviso scientifico, e quindi al carattere articolato del dibattito scientifico. A questa aspirazione a ricostruire i termini, ed anzi a favorire le condizioni per l'esistenza, di un contraddittorio scientifico¹⁷ è in-

¹⁶ Rappresenta «forme di più o meno palese sfruttamento dell'incertezza che è propria del sapere scientifico e della fisiologica presenza di divergenza tra gli esperti come mezzo per dare parvenza scientifica a posizioni nella sostanza fondate esclusivamente su ragioni di tipo non scientifico»: L. DEL CORONA, *op. cit.*, p. 75.

¹⁷ La relatività del sapere scientifico renderebbe «essenziale l'ascolto di più voci, tramite l'instaurazione di un serio contraddittorio tra esperti, in cui siano rispecchiate in modo fedele le posizioni presenti della comunità scientifica»: L. DEL CORONA, *op. cit.*, p. 72.

tuitivamente sottesa l'esigenza di stimare il livello di opinabilità delle posizioni in campo.

Nella prospettiva di un sindacato di ragionevolezza non reso ostaggio della tecnica, la quota di opinabilità scientifica è fattore determinante per valutare la legittimità delle scelte operate a valle. Ma questa è una constatazione di segno neutro – cioè a dire serve appunto a stabilire quanto esteso sia il margine di apprezzamento lasciato al decisore da uno scenario che può caratterizzarsi per tratti di più o meno elevata incertezza – la quale non implica una opzione a favore della riduzione dei margini politici di apprezzamento.

Approdo che invece sembra in qualche modo evocato dall'accento posto dalla giurisprudenza costituzionale sulla “ragionevolezza scientifica” delle decisioni del legislatore, e cioè sulla necessità (dunque non un'operazione di segno neutro!) che le scelte compiute dal legislatore non si esauriscano sul terreno della discrezionalità politica ma coinvolgano valutazioni di ordine scientifico, ove chiaramente la scienza risulti di fatto interessata dalla questione di cui il diritto ha scelto di occuparsi¹⁸. In altri termini il formante giurisprudenziale qui richiamato¹⁹ inferisce la sussistenza di criteri di legittimazione della scelta legislativa, ravvisandoli appunto nella scienza, richiedendo perciò un «*legislatore scientificamente informato*»²⁰. Il tutto secondo un rapporto per così dire di proporzionalità inversa tra evidenze scientifiche e discrezionalità legislativa: le prime erodono lo spazio lasciato alla seconda²¹. A questo serve, o meglio, a stabilire

¹⁸ Si rinvia alle considerazioni di A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19*, cit. (*supra* nota 14).

¹⁹ Ed in effetti sebbene, come si cercherà di dire, si tratta di un formante giurisprudenziale che trova precise coordinate di contesto non pienamente replicabili nell'emergenza pandemica – non foss'altro che per la promiscuità di strumenti utilizzati per governare l'emergenza e non integralmente riconducibili alle fonti primarie, o comunque ad atti politici in senso stretto (ritenuti tradizionalmente «*liberi nel fine*»: E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1937, p. 110, A.M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, p. 27) – il fatto che il rapporto tra tecnica e politica sia stato rilanciato nella vicenda attuale (lo sottolinea opportunamente U. RONGA, *Il governo nell'emergenza permanente: le modalità della produzione normativa*, cit., spec. p. 85 e nota 179 riferendosi al ruolo giocato dal Comitato tecnico-scientifico nel conformare lo schema di produzione normativa e di decisione del Governo, segnatamente rispetto all'adozione dei D.P.C.M.) proprio sul terreno dei condizionamenti spiegati dalla scienza, quasi inevitabilmente rievoca le questioni affrontate dalla giurisprudenza costituzionale con le sentenze nn. 282/2002 e 151/2009 cit., secondo l'A. in punto di rafforzamento della legittimazione di scelte normative restrittive da parte del presupposto tecnico-scientifico.

²⁰ Sul punto si veda ancora A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 19: «Esemplare, al riguardo, è quanto sottolinea la stessa Corte costituzionale quando nella sentenza n. 96/2015 rimette all'opera di un legislatore «scientificamente informato», per così dire, o a un legislatore che in qualche modo recepisca quanto emerge in sede di organi tecnico-scientifici, o a essi direttamente rimetta, la «individuazione ... delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili».

²¹ Paradigmatico di questa dinamica relazionale è il passaggio in cui la Consulta (cfr. sent. n. 151/2009) osserva: «la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente posto l'accento sui limiti che alla discrezionalità legislativa pongono le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica: sicché, in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali (sentenze n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)». Sulla dinamica ricostruita in termini inversa proporzionalità si

se tale esito si sia prodotto, «la verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite»²², che la Consulta ha richiesto, tra gli altri, nel caso in cui ebbe a valutare le scelte terapeutiche compiute con la legge regionale Marche n. 26/2002 sulla sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e di altri simili interventi di psicoturgia, addentrandosi sul fronte dell'attendibilità del presupposto scientifico da eleggere, e indicando il carattere articolato del confronto tra posizioni esperte come criterio decisivo per l'accreditamento dello stesso presupposto. Che poi questa perigliosa operazione di distinguo tra le ipotesi in cui residuino o meno margini di discrezionalità attingibili dal legislatore conduca a risultati non univoci, e lasci spazio a giudizi anche critici nei confronti delle decisioni della Corte²³, non sposta i termini della questione. Ma questa particolare curvatura del rapporto tra diritto e tecnica è senz'altro espressione della sede in cui viene ribadita e si assesta, e cioè la sede del sindacato sull'unico, vero, bilanciamento che è quello rimesso al legislatore²⁴.

Ora, guardando alla produzione regolatoria che caratterizza allo stato i tentativi di contenere e gestire la diffusione del virus, si scorge innanzitutto un riferimento all'impiego di un approccio da parte del decisore, più che la prescrizione di un metodo al decisore, a muoversi responsabilmente in un contesto caratterizzato dal pluralismo teorico. Si pensi in questo senso ai riferimenti alle «conoscenze scientifiche finora disponibili» che avrebbero costituito le risultanze su cui si è basato il Comitato tecnico scientifico in vista, per esempio, dell'apertura delle scuole, o alla constatazione che «le attuali strategie di contenimento sono basate sulle conoscenze scientifiche disponibili»²⁵. In secondo luogo, pare co-

veda G. MINGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, p. 92: «Secondo la Corte, in materie che richiedono valutazioni tecnico-scientifiche, il legislatore non può esercitare una piena discrezionalità politica, ma deve prendere in considerazione lo stato delle conoscenze scientifiche acquisite tramite istituzioni o organismi tecnico-scientifici».

²² Così C. cost., sent. n. 282/2002: «Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione».

²³ Si veda in tal senso il riferimento a C. cost., sent. n. 84/2016 che «con decisione pur criticabile, considera la rimozione del divieto di sperimentazione o di altro impiego di embrioni una scelta che rientra nell'esercizio della discrezionalità del legislatore e non contraria di per sé a scelte che evidenze scientifiche sottraggono al legislatore»: A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19*, cit., p. 49.

²⁴ Sembra utile a questo proposito richiamare l'avviso di M. LUCIANI, *Avvisi ai naviganti del Mar pandemico*, cit., p. 3: «Se bilanciamento ha da essere, poi, è bene chiarire che esso spetta esclusivamente al legislatore. Le autorità amministrative che, in concreto, lo esercitano nei singoli casi pratici in realtà non bilanciano, ma applicano la decisione legislativa. E lo stesso fanno (dovrebbero fare) i giudici, anche costituzionali, perché il loro compito è controllare il bilanciamento effettuato dal legislatore, non pretendere di pesare essi stessi le grandezze poste a raffronto».

²⁵ Cfr. le Linee Guida del Ministero della Salute del 21.8.2020 Prot. n. 17167, recanti *Indicazioni operative per la gestione di casi e focolai di SARS-CoV-2 nelle scuole e nei servizi educativi dell'infanzia* che rinviano ai «documenti tecnici del CTS (del 28.5.2020 e 22.6.2020 e ss. specificazioni) inviati al mini-

gliersi una sfumatura che arricchisce questo dato di metodo con un cenno all'attingibilità della condivisione tra le differenti posizioni. Sempre per restare, e a titolo meramente esemplificativo, sulla vicenda concernente la ripresa dell'attività scolastica, nel descrivere le finalità dello strumento operativo rappresentato dalle Linee Guida dell'agosto 2020, poi richiamate ed allegate al DPCM del 7.9.2020²⁶, ci si riferiva all'adozione di «*modalità basate su evidenze e/o buone pratiche di sanità pubblica, razionali, condivise e coerenti sul territorio nazionale, evitando così frammentazione e disomogeneità*». L'impressione che se ne ricava è che il gruppo di lavoro che ha redatto il documento – costituito da rappresentanti dell'Istituto Superiore della Sanità e di altri autori che si assumono, dichiarando di non avere conflitti di interesse, «*la responsabilità dei dati scientifici e tecnici*» – abbia operato in sostanza un filtro di congruenza e credibilità tra le varie posizioni in campo, stabilendo in concreto quali di queste fossero quelle maggiormente condivise, e meritassero dunque di essere incluse nel documento.

La peculiarità di un quadro regolatorio, come quello da mesi diretto a fronteggiare l'emergenza e oggetto di osservazione, ricostruito nella convincente prospettiva offerta dalla «*catena normativa*»²⁷ attivata dalla dichiarazione dello stato di emergenza – come noto adottata con una Delibera del Cdm lo scorso 31 gennaio 2020 – impone di guardare alle norme attributive del/i poteri variamente esercitati per adottare i relativi atti. Questo mi pare un elemento decisivo per ricostruire il quadro delle limitazioni entro cui deve svolgersi la discrezionalità del decisore: un quadro che non può essere automaticamente assimilato a quello in cui si muove il legislatore, il quale si confronti essenzialmente con la Costituzione – da riempire in alcune ipotesi con il dato scientifico²⁸, come rammenta la giurisprudenza a cui si faceva cenno – e che fornisce quindi le coordinate per un controllo giurisdizionale del bilanciamento legislativo. A questo dato si affianca la ripetuta opzione a favore della veste formale dell'atto amministrativo per la regolazione dell'emergenza, con tutte le perplessità che questa tendenza ha sollevato²⁹, e segnatamente con i problemi, posti al centro

stero dell'Istruzione» e contenenti le indicazioni di riapertura della scuola e dei servizi educativi dell'infanzia.

²⁶ V. art. 1, c. 4, lett. 4, lett. a), D.P.C.M. 7.9.2020 e All. 4. Di tale processo dà conto la Circolare del Ministero della Salute del 24.9.2020 prot. N. 30847, avente ad oggetto *Riapertura delle scuole. Attestati di guarigione da COVID-19 o da patologia diversa da COVID-19 per alunni/personale scolastico con sospetta infezione da SARS-CoV-2*, che riferendosi alle Indicazioni Operative citate sottolinea come esse siano state «*approvate dalla Conferenza Unificata, nella seduta del 28 agosto 2020, richiamate ed integralmente allegate dall'art. 1, comma 4, lett. a) del DPCM del 7 settembre 2020*».

²⁷ Su questa, nella prospettiva di rintracciare il «*fondamento degli atti normativi collocati al suo termine (o quasi)*» si veda M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit.

²⁸ Su questo ancora A. PATRONI GRIFFI, *Scienza e diritto ai tempi dell'emergenza da Covid-19*, cit., osserva che «*la giurisprudenza costituzionale ... distingue le ipotesi in cui dalla Costituzione, riempita di significato dal dato scientifico, si possano ritrovare rime obbligate che consentano interventi additivi oppure no, riconoscendo discrezionalità legislativa e quindi spazio alla scelta politica*».

²⁹ Tra le posizioni critiche in questo senso si veda quella di M. CAVINO, *Sulla illegittimità costituzionale dei decreti legge adottati per fronteggiare l'emergenza Covid-19*, in M. MALVICINI, T. PORTALURI, A. MARTINENGO (a cura di), *Le parole della crisi le politiche dopo la pandemia. Guida non emergen-*

della riflessione dalle sfide emergenziali³⁰, di smottamento di equilibri, di limiti ai poteri, delle linee di confine tra politica e amministrazione. Queste indicazioni che giungono dal piano empirico indeboliscono l'idea di una prescrittività della conformazione scientifica della discrezionalità, che in tempo di pandemia è oltretutto, come segnalato, il più delle volte e malgrado il carattere sfumato della distinzione tra atti politici e atti politico-amministrativi³¹, una discreziona-

ziale al post-Covid-19, cit., p. 49 ss., spec. p. 55 ss., appuntata sulla adeguatezza dello strumento scelto per raggiungere i risultati di contenimento del contagio, segnatamente rispetto all'alternativa D.P.C.M.-D.L.. L'A. osserva che «è legittimo nutrire qualche perplessità sulla catena di provvedimenti che ha il suo primo anello nel decreto legge n. 6/2020. Non già, in concreto, sulla proporzionalità del sacrificio che concretamente è stato imposto al godimento dei diritti rispetto alla tutela dell'interesse collettivo, quanto, piuttosto, sulla adeguatezza dello stesso decreto legge a soddisfare le riserve di legge che quegli stessi diritti presidiavano» ... «le misure adottate con i DPCM emanati tra l'8 e l'11 marzo 2020 avrebbero dovuto formare l'oggetto di un altro decreto legge. Le forti limitazioni ... avrebbero dovuto essere disposte con un provvedimento che, pur giustificato dalla straordinarietà, dalla necessità e dall'urgenza, è mitigato nella sua portata autoritaria da garanzie che non ne compromettono l'efficacia».

³⁰ G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in Riv. AIC, 2, 2015, p. 12: «L'esperienza storica, l'esempio offerto dal diritto comparato e l'elaborazione dottrinale convergono nell'evidenziare come le situazioni di necessità producono non solo una compressione – più o meno incisiva – dei livelli di protezione dei diritti costituzionali, ma anche un'alterazione della forma di governo (per quanto concerne i rapporti tra Parlamento ed esecutivo), di Stato (con specifico riferimento alle relazioni interistituzionali all'interno degli ordinamenti federali e regionali) e del sistema delle fonti (a proposito dell'attribuzione della potestà normativa). Ciò in quanto si determina una concentrazione dei poteri decisionali che pone in crisi il principio della separazione dei poteri».

³¹ Assumendo come presupposto di metodo in questa analisi la difficoltà di inquadramento dei «poteri necessari» e degli atti in cui si traducono, con conseguenti incertezze sul ruolo da ascrivere agli organi giurisdizionali, i diversi chiamati in causa. A proposito del ruolo degli organi di giustizia costituzionale durante le situazioni di emergenza G. ROLLA, *op. cit.*, osserva come «l'esercizio dei 'poteri necessari' – al pari dei c.d. 'atti politici' – sfugge alle ordinarie forme di scrutinio poste in essere dai giudici (comuni e costituzionali), rientra nell'ampia discrezionalità degli organi di indirizzo politico: per cui l'intervento della giurisdizione si può manifestare all'interno del rapporto tra discrezionalità politica e 'impero della Costituzione', consistendo ... nella verifica se i provvedimenti di emergenza siano conformi a criteri di razionalità e proporzionalità». Sulla natura politico-amministrativa della discrezionalità si veda anzitutto A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa* (voce), in Enc. dir., XIII, 1964, p. 65 ss.: «Nonostante qualche autorevole voce contraria, così la dottrina come la giurisprudenza sono difatti da noi concordi nel ritenere che esista, nella discrezionalità, un margine libero di scelta e di volontà, costituito appunto dall'attività rivolta alla ponderazione dell'opportunità di attuare in un modo o nell'altro questo o quell'interesse, del quale sia certa, nel caso concreto, la rilevanza rispetto agli scopi della funzione. Non si parli di merito, se si vuole, e non si distingua, se si preferisce, tra merito e discrezionalità; non si neghi però che la necessità della scelta discrezionale dipende soltanto dal valore che si assegni agli interessi emergenti dalla situazione, ossia da un giudizio lato sensu politico che in nessun modo risulta dall'applicazione di una preesistente norma sociale o da una regola di esperienza». La discrezionalità intesa come potere di valutazione rimesso ai singoli enti pubblici è pacificamente qualificata come «politico-amministrativa». In tema G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni*, anche alla luce della legge n. 124/2015, in Dir. Amm., 1-2, 2016, p.107 ss., ricorda come sia «acquisizione consolidata nella scienza giuridica che la nozione di discrezionalità nasca nell'ordinamento francese nella prima metà del diciannovesimo secolo, per indicare gli atti dell'amministrazione sottratti al sindacato giurisdizionale, quindi nell'alveo del principio di separazione dei poteri, per poi passare progressivamente al polo opposto, segnato dalla rilevanza del principio di legalità e di azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti dell'amministrazione». Delle impostazioni diverse che hanno rispettivamente parlato di «discrezionalità come ponte tra legittimità e merito» (rinviando sul punto al pensiero di M.S. GIANNINI, *Il potere di potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e*

lità politico-amministrativa. In questa prospettiva la questione nodale risiede più che nel carattere indispensabile della copertura tecnica delle scelte e nelle proprietà irrinunciabili, in termini di quantità e qualità, della tecnica da utilizzare (quanto aperto e diffuso deve essere il confronto, quanto larga la condivisione delle posizioni), ancora una volta nella ragionevolezza della decisione politico-amministrativa che del presupposto tecnico fa applicazione, e negli strumenti per verificarne la ragionevolezza. È in relazione a questo ultimo punto che le acquisizioni della scienza giuridica in ordine al sindacato sulla discrezionalità tecnica possono probabilmente fornire³² qualche strumento utile ad evitare che il coinvolgimento della tecnica possa alimentare sacche di irresponsabilità in prima battuta, e fiaccare il controllo giurisdizionale attivabile poi.

3. Sulla trasparenza dei procedimenti che “raccolgono” valutazioni tecnico-scientifiche

Il *target* delle preoccupazioni che è legittimo nutrire nei confronti di un impiego poco accorto, o peggio capzioso, della tecnica, deve appuntarsi dunque sulla accettabilità democratica delle misure restrittive, apparentemente più perniciose per la tutela dei diritti, nonostante ad uno sguardo più attento anche le misure di segno positivo appaiano altrettanto problematiche, in quanto idonee a tradursi nei fatti in una discriminazione tra i potenziali beneficiari³³. Allo-

nella dottrina successiva, in Riv. trim. dir. pubbl., 2000, p. 1046 ss.) o di «funzione amministrativa come energia» (G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in Rass. dir. pubbl., 1950, p. 1 ss.) «il tratto unificante ... è rappresentato dalla comune intenzione, di chiara ascendenza liberale, della neutralizzazione del potere pubblico». Sulla distinzione tra atti politici e atti amministrativi che pure lambisce i confini della riflessione che si sta conducendo, si rinvia a Cons. St., Sez. V, 27.7.2011, n. 4502, in Foro amm.-C.d.S., 2011, p. 2439: «gli atti politici costituiscono espressione della libertà politica commessa dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti e sono liberi nella scelta dei fini, mentre gli atti amministrativi, anche quando sono espressione di ampia discrezionalità, sono comunque legati ai fini posti dalla legge». Nel dibattito in ordine alla sindacabilità dell'atto politico, anche per effetto dei condizionamenti esercitati sulla questione dall'art. 7 c.p.a. si veda G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in Dir. amm., 3, 2012, p. 329 ss. In tema pure G. CERRINA FERRONI, *La sindacabilità giudiziaria dell'atto politico. Un'aberrazione costituzionale*, in Lacostituzione.info, 7.2.2019. Riferisce della relazione di continuità, nonché di parziale sovrapposizione tra indirizzo politico e indirizzo amministrativo, determinata dalla circostanza che «il compito di mediazione politica è suscettibile di penetrare capillarmente ogni livello decisionale non potendo restare confinato a priori alla sfera della normazione ... ma estendendosi alle funzioni esecutive in senso stretto» si veda di recente P. MEZZANOTTE, *Principio democratico e partecipazione alla decisione pubblica*, in federalismi.it, 32/2020.

³² Cfr. *infra* par. 4 e 5.

³³ Secondo la nota dinamica che si produce in presenza dell'adozione di atti ampliativi e del loro effetto “ambivalente” (rispettivamente nei confronti dei destinatari e dei soggetti diversi da questi), con tutto ciò che essa determina sul piano della “tutela del terzo”. La questione, che con evidenza l'economia di questa breve riflessione consente solo di richiamare (in argomento tra gli altri v. A. TRAVI, *La Dia e la tutela giudice del terzo fra pronunce del giudice amministrativo e riforme legislative del 2005*, in Urb. e app., 2005, p. 1332 ss; ID., *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e*

ra, va senz'altro ribadito il carattere essenziale della rete di garanzie preordinata ad assicurare tale accettabilità entro un modello appunto democratico – e specie ove decifrato secondo la prospettiva della «sovranità trattenuta»³⁴ – e degli strumenti atti ad accertarne il rispetto.

Rispetto a tale obiettivo si rivela essenziale perimetrare l'area in cui il momento autenticamente ponderativo trova campo, delimitando in sostanza, rispetto ai casi concreti presi in considerazione, il terreno di esercizio dei canoni di logicità, ragionevolezza, proporzionalità, utili in prima battuta all'amministrazione dell'emergenza, ed in seconda al giudice che quella ponderazione sarà chiamato a valutare. È evidente il valore determinante, ai fini di una compiuta valutazione di questi profili, della disponibilità degli atti in cui precipitano le valutazioni tecnico-scientifiche in senso stretto. Ragionando in termini precauzionali – qualora il principio risulti applicabile, ossia proprio quando vi sia una incertezza scientifica sugli scenari di rischio – rileverebbe la disponibilità degli atti di valutazione del rischio, primo passaggio nella sequenza rilevante³⁵. È a tutti nota la vicenda che ha visto accogliere dal TAR del La-

tutela dei terzi, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p.16 ss.; F. LIGUORI, *La lunga strada storta: dalle autorizzazioni amministrative alla nuova scia*, in ID., *Liberalizzazione diritto comune responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 9 ss.), pone con evidenza la necessità di distinguere tra le ipotesi in cui l'ampliamento conseguente al rilascio del provvedimento non si accompagna a misure di conformazione amministrativa (considerando a titolo esemplificativo le autorizzazioni si veda per tutti F. G. COCA, *Il Provvedimento*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 294: «autorizzazioni ... intese ad attuare programmi, rispettare criteri distributivi o consentire il rispetto di contingentamenti») da quelle in cui invece tale esito si verifichi evidenziando la necessità di una composizione di interessi e di un esame di compatibilità tra interesse privato e interesse pubblico che nelle autorizzazioni c.d. ricognitive è del tutto sfumato ed anzi schiacciato. Sulla conseguenza dei processi di liberalizzazione nel senso di aver privato «la fattispecie sostanziale dei suoi possibili 'terzi'» si veda R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2003, p. 1024 ss.

³⁴ Sul paradigma della «sovranità trattenuta» si veda la riflessione sedimentata di L.R. PERFETTI, di cui si trova una sintesi tra gli altri nel lavoro, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2013, p. 61 ss, spec. p. 101, dove si legge: «sembra possibile rendersi conto che nel nostro ordine costituzionale la sovranità delle persone si esprime primariamente con il trattenersi in esse, attraverso l'esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali, senza che ciò avvenga solo con il trasferimento allo Stato attraverso il circuito della rappresentanza» (ibidem, cfr. pure) p. 113, aggiungendo (p. 120): «Poiché sono diritti fondamentali che si trattengono nell'area della sovranità individuale, non è l'autorità a crearli o garantirli e, giacché albergano nella dimensione sociale della persona, fondativa dell'ordine costituzionale, sono oggetto di riconoscimento proprio nel momento in cui quell'ordine si costituisce». In tema, dello stesso A., si veda, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Dir. econ.*, 1/2019, 43 ss., e *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012, p. 850 ss..

³⁵ Si veda A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, cit., che rammenta la scansione imposta dal principio di precauzione, articolata in tre momenti: valutazione del rischio, gestione del rischio, comunicazione del rischio. Sul principio di precauzione v. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, Giuffrè, 2005; I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio di precauzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 2177; R. FERRARA, *Precauzione e prevenzione nella pianificazione del territorio: la "precauzione inutile?"*, in *Riv. giur. ed.*, 2012, p. 61; A.

zio³⁶ l'istanza – sostenuta dalla Fondazione Einaudi, e promossa in via giudiziale da una serie di soggetti legati all'ente perché componenti dei suoi organi – avverso il diniego del Dipartimento della Protezione Civile dell'accesso civico generalizzato ad alcuni verbali delle riunioni del Comitato tecnico scientifico³⁷, in base ai quali erano stati adottati i principali D.P.C.M. per far fronte all'emergenza; e ha visto la Presidenza del Consiglio dei Ministri, che aveva secretato nel frattempo gli atti, appellare la decisione dinanzi al Consiglio di Stato per il danno concreto procurabile dall'ostensione «*all'ordine pubblico e alla sicurezza*» «*sia in relazione alle valutazioni tecniche che agli indirizzi generali dell'organo tecnico*». Il decreto presidenziale cautelare con cui il Consiglio di Stato ha sospeso l'efficacia della sentenza del TAR è particolarmente utile per richiamare un dato di metodo che dovrebbe guidare chi si appresti a riflettere sulle spigolature del rapporto tra diritto e tecnica in questa particolare vicenda. Si legge nel decreto che «*gli atti – compresi quelli endoprocedimentali – adottati durante il periodo della emergenza Covid-19, sono caratterizzati da una assoluta eccezionalità e, auspicabilmente, unicità nel panorama ordinamentale italiano, tanto da ritenersi impossibile – come la stessa appellante riconosce – applicarvi definizioni e regole specifiche caratterizzanti le categorie tradizionali quali 'atti amministrativi generali' ovvero 'ordinanze contingibili e urgenti', pur avendo, di tali categorie, gli uni e gli altri alcuni elementi ma non tutti e non organicamente rinvenibili nelle appunto citate categorie tradizionali*»³⁸. La premessa metodologica cui si faceva cenno si lega – in coerenza con il tratto connotativo del rimescolamento delle sfere della politica e dell'amministrazione, assunto dalla disciplina dell'emergenza – all'opportunità di ricomporre sostanza (normativa-capacità di derogare il quadro normativo vigente) e forma (amministrativa-di ordinanza essenzialmente) dell'atto, andando al di là della classificazione formale ed espressa operata dal legislatore³⁹, alla luce di un condivisibile criterio discrezionale

FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 14; M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dell'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Annuario AIPDA 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, 142; F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *federalismi.it*, 32/2020.

³⁶ Tar Lazio, Sez. I *quater*, 22.7.2020, n. 8615.

³⁷ Si tratta in particolare dei verbali del CTS del: 28.2.2020 n. 12 citato nelle premesse del D.P.C.M. 1.3.2020; 1.3.2020 n. 14 citato nelle premesse del D.P.C.M. 1.3.2020; 7.3.2020 n. 21 citato nelle premesse del D.P.C.M. 8.3.2020; 30.3.2020 n. 39 citato nelle premesse del D.P.C.M. 1.4.2020; 9.4.2020 n. 49 citato nelle premesse del D.P.C.M. 10.4.2020.

³⁸ Cons. St., sez. III, 31.7.2020, n. 4574. La sentenza del Cons. St., sez. III, 11.9.2020 n. 5426, che si è pronunciata sull'appello della decisione del TAR n. 8615/2020 cit. proposto dalla Presidenza del Consiglio di Ministri, ha dichiarato la cessazione della materia del contendere, preso atto della rinuncia dell'appellante all'impugnazione per sopravvenuta carenza di interesse, avendo l'amministrazione come noto reso ostensibili e rilasciato copia di tutti gli atti richiesti.

³⁹ Che però, dalla lettura del decreto monocratico n. 4574/2020 cit. avrebbe la sua rilevanza, posto che nel segnalare l'inidoneità degli «*atti amministrativi generali*» ad «*incidere, in modo tanto significativo, su diritti fondamentali della persona*» si aggiunge che un simile effetto potrebbe scaturire dalle «*ordinanze contingibili e urgenti che, però, nella legislazione anti-Covid, sono solo quegli atti (ad es. del Ministero della Salute) che in tal modo la legge qualifica espressamente*». È purtuttavia rilevante collocare questa puntualizzazione nell'economia di un'argomentazione tesa a escludere la capacità dei

che è la presenza di un perimetro di legittimazione formale del potere, che è nella norma che lo fonda⁴⁰. La giuridificazione della fattispecie e dunque del potere – che implica senz'altro l'assenza di libertà nel fine – funziona sinergicamente con l'argomento della effettività e della pienezza della tutela, in modo da erodere gli spazi ai quali non sia dato accesso al giudice comune⁴¹, in qual-

verbalmente in quanto tali – in ragione di una loro qualificazione come «atti presupposti per l'azione di atti amministrativi generali» o «tout court come atti amministrativi generali» – di incidere in senso severamente restrittivo delle libertà fondamentali.

⁴⁰ Sul punto si segnala ancora lo studio di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., che individua la norma attributiva del potere su cui si fonda il provvedimento che avrebbe attivato la sequenza di atti rilevanti, ossia la Delib. CdM recante la dichiarazione dello stato di emergenza negli articoli 7, c. 1 e 24, c. 1, del d. lgs. n. 1/2018, nonché nell'art. 24, c. 2, del medesimo Codice di protezione civile che chiarisce che durante tale stato sono adottabili gli interventi di cui all'art. 25, c. 1, lett. a) e b). A proposito della norma attributiva del potere di ordinanza del PdCM, ancorché espressosi nella forma tipica del D.P.C.M., l'A. condivide la qualificazione di questi ultimi in termini di ordinanze su cui E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, cit.; nonché M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit.) dotate di valore normativo quanto alla capacità derogatoria del quadro giuridico vigente, e non meramente attuative o di coordinamento dell'attuazione. La duplice legittimazione delle medesime rimonderebbe sia al Codice di protezione civile che ai decreti-legge adottati, posto che l'art. 25, c. 1 del d. lgs. n. 1/2018 fornisce copertura agli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza, pur nei limiti indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle norme dell'UE, limiti che non essendo stati di fatto fissati dalla deliberazione stessa dello scorso gennaio, sono integrati appunto dai decreti-legge. A ciò si aggiunge la considerazione che l'art. 24 del d. lgs. n. 1/2018, rinviando alla delibera dichiarativa dello stato di emergenza, sarebbe la fonte legittimante delle ordinanze del Capo del Dip. Protezione civile (che sono le uniche espressamente contemplate dalla delibera dello stato di emergenza effettivamente adottata) ma non dei D.P.C.M.. Deve darsi conto che ad oggi, in particolare rispetto alla successiva adozione di due deliberazioni del CdM – del 29.7.2020 e del 7.10.2020 – che hanno prorogato rispettivamente al 15 ottobre 2020 e 31 gennaio 2021 lo stato di emergenza, non rileva alcun supplemento sul piano della determinazione dei limiti al potere di ordinanza esercitabile per l'emergenza sanitaria, anzi nelle successive due ordinanze scompare la puntualizzazione relativa alla natura degli atti con i quali si sarebbe data attuazione agli interventi di cui all'art. 25 del Cod. protezione civile. Per la classificazione della dichiarazione dello Stato di emergenza in termini di “atto amministrativo a carattere generale” cfr. C. cost. n. 83/2010 che ne ha ribadito la sindacabilità «sotto il profilo di legittimità da parte dei giudici ordinari e di quelli amministrativi, nell'ambito delle rispettive competenze».

⁴¹ Sul punto si rinvia alle interessanti considerazioni svolte da G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 3/2012, pp. 329-414, che osserva «il richiamo alla 'giuridificazione' della fattispecie si abbina al principio di effettività e pienezza della tutela, che funge da corollario retorico del discorso», e considera poi come spesso «quanto si 'guadagna' in termini di potenziale impugnabilità dell'atto, rispetto agli altri 'atti costituzionali', si perde poi in concreto, perché il giudice amministrativo dichiara inammissibile il ricorso, ritenendo che nel caso in esame non sussista un interesse legittimo a contestare la data scelta per la consultazione referendaria». Nello specifico ci si riferiva al contrasto tra giudice amministrativo di prima e seconda istanza in merito alla questione della sindacabilità dinanzi ad esso – esclusa dal primo giudice – del D.P.R. con cui si fissavano i confini dei collegi uninominali per le elezioni provinciali in Puglia, in ragione di una divergente prospettazione dell'atto in questione come atto politico (TAR Puglia, Bari, sez. III, 18.5.2009, n. 1183 e Cons. St., Sez. V, 6.5.2011, n. 2718). L'A. continua osservando che lo spostamento del focus di attenzione sulle «istituzioni di garanzia» in luogo di quelle di governo, è

che misura ridimensionando anche le incertezze scaturenti dall'instabilità dei confini tra decisione politica e politico-amministrativa cui si faceva cenno.

Ora il fatto che l'ostensione dei documenti scientificamente rilevanti – per esempio attraverso il canale dell'accesso civico – consenta di consegnare alla osservazione comune dati tecnici, come ad esempio un numero contenuto di contagi in alcune aree del paese all'epoca in cui furono adottate le misure restrittive “trasversali” più severe, e quindi l'evidenza che la decisione, involgente profili di amministrazione attiva, di confinare tutta la popolazione italiana non fosse necessitata, o come è stato osservato, fosse una “decisione politica”, non sembra a chi scrive né scandaloso né sorprendente, anzi. Il problema è allora quello di valutare l'adeguatezza, la proporzionalità e la plausibilità della scelta, rispetto alle coordinate giuridico-formali restituite al decisore dalla norma attributiva del potere.

In questo contesto, talora, la tecnica sembra insinuarsi offrendo alla considerazione comune elementi per valutare l'appropriatezza della norma attributiva del potere, per esempio, sul piano della coerenza e del rispetto delle garanzie che la Corte costituzionale ha tessuto per lasciare l'esercizio dei poteri di ordinanza⁴² nel solco della legittimità costituzionale, attraverso il richiamo al rispetto dei principi generali dell'ordinamento. La questione è riferita alla presenza della scienza nell'economia di previsioni normative che consentano al Governo di adottare misure restrittive – in seconda battuta, secondo la dinamica binaria diffusamente utilizzata in questi mesi basata su decreti-legge e d.p.c.m. – e ha indotto taluno ad esprimere rilievi critici sul quadro normativo per il fatto che «il coinvolgimento di organi tecnico-scientifici»⁴³ non fosse stato declina-

scaturito dalla «sempre più evidente affermazione dei diritti fondamentali», unitamente «alla progressiva caduta dei tradizionali steccati tra potere esecutivo e potere legislativo», che non opera nel «segno dell'immunità del potere, ma, al contrario, dell'estensione delle garanzie, sia nel caso di “amministrativizzazione” del procedimento legislativo (si pensi alla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di leggi-provvedimento), sia, specularmente, in caso di “politizzazione” del procedimento». Tra le posizioni critiche nei confronti della qualificazione come attività libera nel fine della individuazione dei collegi uninominali si veda quella di F.G. SCOCA, *Elezioni politiche e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3613 ss.

⁴² Sulla cui natura normativa, oltre che amministrativa, si veda l'ampio studio di E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, Bononia University Press, 2019.

⁴³ G. NAPOLITANO, *I pubblici poteri di fronte alla pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2020, p. 145 ss. che sottolinea tale mancato coinvolgimento nel giudicare gli errori implicati dai contenuti del D.L. n. 6/2020, avvertendo poi l'insufficiente correzione di tiro operata con il successivo d.l. n. 19/2020 che ha «previsto, seppure soltanto ‘di norma’, il parere di un comitato tecnico-scientifico istituito presso la protezione civile». L'A. segnala, nella comparazione con l'approccio messo in campo in Francia, su questo specifico aspetto, come la disciplina attributiva dei poteri di fronteggiare l'emergenza in atto, oltre ad essere contenuta in una legge del Parlamento (la legge d'urgenza n. 2020-290) con l'effetto di implicare l'assunzione della relativa responsabilità da parte dell'organo legislativo, abbia comportato un coordinamento con la legislazione sanitaria nazionale (integrata convenientemente a conferma della ricerca di una coerenza “con il precedente assetto”), e abbia previsto l'istituzione e il ricorso ad un comitato di scienziati nominati dal PdR quale bilanciamento dei poteri intestati al Governo.

to come un indispensabile passaggio per l'adozione degli atti rilevanti, rinunciando a dare così rilevanza sul piano procedimentale ad una pregressa scelta organizzatoria⁴⁴. Nel caso italiano una delle opzioni accolte sul piano organizzatorio in ordine allo spazio della tecnica si è appunto tradotta, tra le altre cose, nella istituzione del Comitato tecnico-scientifico. La scelta di non affidare la decisione finale sulla valutazione del rischio a quest'ultimo⁴⁵ (né ad un diverso eventuale organismo indipendente, o semi-indipendente), e di circoscriverne il contributo ad un passaggio di rilievo consultivo⁴⁶ nell'iter di adozione delle decisioni rilevanti, non appare operazione di segno neutro. Muovendo da ciò che sarebbe auspicabile prescrivere la norma attributiva del potere (il piano del dover essere) al fine di articolare in maniera equilibrata i rapporti tra diritto (decisione politico-amministrativa) e tecnica⁴⁷, a ciò che effettivamente essa enuncia (il piano dell'essere), il risultato di una simile previsione appare quello

⁴⁴ Sul carattere decisivo dei profili organizzativi implicati dall'impiego della tecnica da parte delle amministrazioni, non altrettanto indagati rispetto a quanto lo sia stata la prospettiva dell'attività amministrativa e della tutela si veda C. CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, p. 1 ss..

⁴⁵ Sul ruolo del CTS tra gli altri L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in ID. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, 1, 2020, p. 44-45; A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, cit.; U. RONGA, *op. cit.*, p. 85; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18.3.2020. In particolare l'istituzione è avvenuta con ordinanza del Capo Dip. Protez. Civ., n. 630 del 3.2.2020 (ma si veda anche il Decreto del Capo Dip. Protez. Civ. n. 371 del 5.2.2020, posto che con l'art. 2 della precedente delibera si disponeva che «il Capo del Dipartimento della protezione civile, per il superamento dell'emergenza in rassegna si avvale di un Comitato tecnico-scientifico, istituito con proprio provvedimento». Si veda altresì l'ord. del Capo Dip. Protez. Civ. n. 663 del 18.4.2020 con la quale è stata ridefinita la composizione dell'organo: su cui si veda A. FARANO, V. MARZOCCO, *Expertise tecniche e decisori politici*, cit.; e C. ACOCCELLA, *Spigolature sulle dimensioni del tempo nella stagione dell'emergenza da Covid-19*, cit., anche per le notazioni critiche sulla scelta di affidarsi ad un duplice registro di competenze, da affidare rispettivamente al Comitato tecnico-scientifico e a quello, di successiva istituzione (D.P.C.M. del 10.4.2020), di esperti in materia economica e sociale. A questo si aggiunge il ruolo dell'ISS al quale l'ord. Capo Protez. Civ. n. 640 del 27.2.2020 affida la sorveglianza epidemiologica e microbiologica sul Coronavirus, e la predisposizione a tale fine di una piattaforma specifica per la raccolta di dati, che le Regioni sono tenute ad alimentare: su questo v. L. CUOCOLO, *op. ult. cit.*

⁴⁶ Il d.l. n. 19/2020, con l'art. 2, intervenendo su una lacuna lasciata aperta dal d.l. n. 6/2020, ha previsto che «per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza di proporzionalità, i provvedimenti (misure di contenimento) ... sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico-scientifico». A partire dall'adozione del DPCM del 10.4.2020, (v. pure 26.4.2020) i verbali delle riunioni del CTS, consultabili all'indirizzo http://www.protezionecivile.gov.it/attivita-rischi/rischio-ambientale/emergenze/emergenza-rifiuti-campania?p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=1323858&_101_type=content&_101_urlTitle=verbali-comitato-tecnico-scientifico-coronavirus&inheritRedirect=false, sono richiamati nelle premesse (“preso atto”... “visti”) degli stessi D.P.C.M..

⁴⁷ Ossia rinunciando a cogliere le implicazioni di quella tendenza che giudica dell'appropriatezza del bilanciamento legislativo (si vedano *supra* i riferimenti alla giurisprudenza costituzionale sulla necessaria presenza della scienza in funzione conformativa dell'attività del legislatore) rispetto allo spazio riservato ai saperi scientifici, e a riferire le stesse implicazioni all'attività legislativa che detta norme attributive di poteri emergenziali.

di non “diluire” la responsabilità democratica – in termini di legittimazione del potere esecutivo che rimonta al controllo politico esercitato dal Parlamento⁴⁸, ma anche, ed in misura qualificante, alla protezione dei diritti della collettività⁴⁹ – e di non incoraggiare uno “scivolamento” verso una legittimazione (esclusivamente e anche solo prevalentemente) scientifica delle decisioni adottate. E vale la pena di segnalare che l’opzione adottata e che ispira tali considerazioni, non pare sconfessata dalla linea che solo apparentemente affida la derogabilità delle disposizioni restrittive adottate dal Governo in via esclusiva al Comitato tecnico-scientifico⁵⁰, ma si presta, ancora, a decifrare in linea generale i rapporti tra il primo e il secondo. In questa direzione va anche la strategia di contenimento del contagio recentemente affidata ad un sistema a doppia velocità nel quale si affiancano, a misure valide sull’intero territorio nazionale⁵¹, misure con efficacia circoscritta al territorio di Regioni – entrambe stabilite dal D.P.C.M. – che presentino congiuntamente scenari di trasmissione e livelli di rischio differenti (più elevati) da quelli caratterizzanti il resto del Paese, nonché ascrivibili ad un duplice ordine di situazioni, rispettivamente uno «scenario di massima gravità» (o «di tipo 4») in combinazione con un «livello di rischio alto»⁵² ed uno «scenario di elevata gravità» (o «di tipo 3») in combinazione con un «livello di rischio alto»⁵³. Il meccanismo di classificazione delle Regioni in base all’andamento epidemiologico nei rispettivi territori è teso a consentire una rimodulazione continua (in senso «restrittivo o permissivo»⁵⁴) delle misure di contenimento in ragione dei dati oggetto di un monitoraggio settimanale⁵⁵. Lo snodo fondamentale di questo si-

⁴⁸ Si vedano sul punto le considerazioni svolte da M. RAMAJOLI, *Regulation by information: diffusione della conoscenza del rischio e incertezza scientifica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2020, p. 203, che giustifica in questi termini l’attribuzione delle tecniche di *direct regulation* nel settore delle sostanze chimiche, così come in quelli alimentare e farmaceutico, alla Commissione europea anziché ad agenzie europee.

⁴⁹ Si rinvia alle notazioni richiamate *supra* alla nota 34.

⁵⁰ Linea di cui vi è una traccia anche recente nella lettera del D.P.C.M. del 3.11.2020, art. 1, c. 6, a mente del quale: «Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 sono comunque derogabili esclusivamente con Protocolli validati dal Comitato tecnico-scientifico di cui all’articolo 2 dell’ordinanza 3 febbraio 2020, n. 630, del Capo del Dipartimento della protezione civile».

⁵¹ Art. 1, D.P.C.M. del 3.11.2020: «Misure urgenti di contenimento del contagio sull’intero territorio nazionale».

⁵² Cfr. art. 3, del D.P.C.M. del 3.11.2020: «Ulteriori misure di contenimento del contagio su alcune aree del territorio nazionale caratterizzate da uno scenario di massima gravità e da un livello di rischio alto».

⁵³ Cfr. art. 2, del D.P.C.M. del 3.11.2020: «Ulteriori misure di contenimento del contagio su alcune aree del territorio nazionale caratterizzate da uno scenario di elevata gravità e da un livello di rischio alto».

⁵⁴ Così recita il documento tecnico che detta le indicazioni in punto di «Prevenzione e risposta a COVID-19: evoluzione della strategia e pianificazione nella fase di transizione per il periodo autunno invernale», Allegato (n. 25) al D.P.C.M. del 3.11.2020 cit., redatto da un gruppo di lavoro presso il Ministero della Salute e l’Istituto Superiore di Sanità, e condiviso l’8.10.2020 dalla Conferenza delle Regioni e Province autonome.

⁵⁵ Monitoraggio coordinato dal Ministero della Salute che coinvolge Regioni e Istituto Superiore di Sanità attraverso una apposita cabina di regia, disposto ed avviato, per la verità, sin dallo scorso maggio, con frequenza settimanale come stabilito dall’Allegato 10 (recante «Principi per il monitoraggio del rischio sanitario connesse al passaggio dalla fase 1 alla fase 2») al D.P.C.M. del 26.4.2020. Per i criteri relativi alle attività di monitoraggio del rischio sanitario si veda il D. Ministero della Salute del 30.4.2020. Il documento dell’8.10.2020 allegato al D.P.C.M. de-

stema di classificazione del rischio in ciascuna regione è rappresentato dall'esercizio dei poteri di ordinanza del Ministro della Salute, attraverso i quali opera concretamente l'inclusione di ciascuna regione in una delle due fasce di rischio alle quali fanno rispettivamente riferimento gli articoli 2 e 3 del D.P.C.M. del 3.11.2020, e per le quali sono previste misure restrittive più severe di quelle dettate dall'art. 1 del decreto per l'intero territorio nazionale, o piuttosto nella fascia residuale alla quale sono destinate appunto queste ultime. Il dialogo tra la doppia sede – in ogni caso centrale (D.P.C.M. – ordinanza del ministro della salute) – di esercizio del potere di ordinanza⁵⁶, che attiva l'applicazione in concreto dei tre ordini di misure stabilite il 3 novembre 2020, contempla un intervento in sede consultiva del CTS “sui dati monitorati”.

In questo quadro anche i tentativi di rafforzare il corredo di garanzie (procedimentali) che circonda l'espressione dei poteri tecnici (la *disclosure* dei verbali), non paiono essere mossi dall'esigenza (né producono l'effetto) di rinvenire nella “democrazia procedimentale” uno strumento di legittimazione dell'operato dell'organo tecnico in sé. Questo avrebbe potuto essere il caso se fosse stata accolta una diversa opzione sul piano organizzatorio. Piuttosto essi finiscono, più semplicemente, per rivelarsi funzionali all'arricchimento dello strumentario disponibile ai destinatari delle misure (la collettività), ed in via eventuale al giudice, per valutare la plausibilità del percorso seguito dall'amministrazione.

4. La giuridificazione del potere di governo dell'emergenza: lo spazio della ponderazione e lo spazio della premessa tecnico-scientifica

A fronte della continuità e delle instabili linee di confine tra dimensione politica in senso stretto e dimensione politico-amministrativa, è senz'altro rassicurante la prospettiva di adire un giudice come quello amministrativo, e di rivolgersi, sulla base dei dirimenti criteri della esistenza di una norma attributiva del potere e della idoneità dell'atto a produrre direttamente effetti lesivi nei confronti dei destinatari, allo strumentario tipico di un giudizio impugnatorio, enormemente arricchitosi, tanto da consentire di prospettare quella di legittimità come una giurisdizione piena⁵⁷. La questione centrale nella prospettiva di tu-

3.11.2020 cit., declina i principi fissati ad aprile scorso (soglie definite negli indicatori e valori di allerta funzionali alla valutazione del rischio) «*in modo più dettagliato in base agli scenari di trasmissione descritti*» nello stesso documento.

⁵⁶ Ancorché debbano essere «*sentiti i Presidenti delle Regioni interessate*» per l'adozione ai sensi degli artt. 2, c. 1, e 3, c. 1 del D.P.C.M. del 3.11.2020 cit. dell'ordinanza del Ministro della Salute con cui sono individuate le regioni che si collocano rispettivamente nello scenario di elevata e massima gravità.

⁵⁷ In tema A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. I, Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, Cedam, 2000; Id., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. II, Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001; ID., *L'epifania della piena giurisdizione nella prima*

tela dei diritti va riportata almeno in questa vicenda, e almeno rispetto alla quota prevalente di atti adottati al fine di fronteggiare l'emergenza – ordinanze a vari livelli di governo – agli snodi del sindacato della discrezionalità politico-amministrativa (in questo caso condizionata dal presupposto scientifico), essendo il *focus* della valutazione quello del ragionevole uso che sia stato fatto della discrezionalità perimetrata dalla norma attributiva del potere, ancorché gli atti in cui essa si trasfonde abbiano la capacità di derogare il quadro normativo vigente⁵⁸. Le possibilità schiuse dalla qualificazione in termini amministrativi dell'atto spostano, come evidente, i termini della questione sui poteri del giudice e sull'oggetto della verifica da parte del giudice: «*non solo sugli elementi di fatto (gli 'eventi') su cui si fonda il potere di ordinanza, ma soprattutto sul rapporto tra questi elementi e la deroga alle norme legislative, insieme con la congruità della relativa motivazione*»⁵⁹. In tal senso l'orizzonte della valutabilità degli atti di emergenza vale anche a guidare la loro collocazione nel quadro ordinamentale. Di questo segno appaiono le puntualizzazioni tese ad ancorare la legittimazione degli atti di gestione dell'emergenza – *in primis* delle ordinanze libere – non solo al principio di legalità in senso formale, la presenza di una norma legislativa attributiva del potere, ma anche alla sussistenza di parametri alla stregua dei quali valutare la legittimità del concreto esercizio del potere di ordinanza: ossia che si sia svolto «*in modo proporzionato e adeguato alla situazione di fatto che si tratta di fronteggiare*»⁶⁰.

Quanto alle opportunità effettivamente schiuse dal sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, nelle pieghe del dibattito in ordine alla intensità di tale sindacato sulla discrezionalità tecnica si rinvencono indicazioni: esso

stagione della “*giurisdizione propria*”, in B. GILIBERTI, *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi*, Napoli, Giapeto, 2019, 65; F. GOISIS, *Il canone della full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, in P.A. Persona e amministrazione, 2018, p. 199 ss.; L.R. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in P.A. Persona e Amministrazione, 2/2018, p. 237 ss.; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in P.A. Persona e Amministrazione, 2/2018, p. 219 ss.; B. GILIBERTI, *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato giurisdizionale e full jurisdiction. Brevi annotazioni a Consiglio di Stato, sez. V, 17 ottobre 2013, n. 5043*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2015, p. 741.

⁵⁸ Sulla distinzione tra portata normativa e portata innovativa delle disposizioni, determinante ai fini della classificabilità delle medesime nel novero delle fonti del diritto si rinvia a F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (dir.), *Trattato di diritto amministrativo*, 2004, Padova, p. 241, che richiama sul punto C. cost. n. 4/1977: «*le ordinanze prefettizie, anche se e quando (eventualmente) normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il solo fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge*». Ma sulla classificabilità delle ordinanze come “fonti normative”, per una diversa configurazione qui accolta della relazione capacità derogatoria-innovatività, si veda E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., spec. p. 255 (si cui già *supra* nota 40).

⁵⁹ Così F. SORRENTINO, *op. cit.*, p. 242.

⁶⁰ A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 219 citato da E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza*, cit., 244-245 che sottolinea come tale rapporto tra fatto e atto emergenziale possa essere utilizzato al fine di integrare la fattispecie di legge.

si conferma sovente un giudizio, più che su valutazioni esclusivamente scientifiche, su forme di discrezionalità “mista”. Queste si esprimono attraverso decisioni, condizionanti l'attività o la condotta da tenere (per esempio nel solco del c.d. “controllo di non contrasto”, e quindi con le autorizzazioni, classico strumento di *command and control*)⁶¹, che dipendono in parte dalla valutazione scientifica del rischio legato a tale attività/condotta, e in parte dalla ponderazione di una serie di interessi.

Il tema centrale posto dal sindacato del g.a. sulle valutazioni tecnico-discrezionali non investe tanto, come si avvertiva in precedenza, il controllo di ragionevolezza scientifica delle scelte compiute dal decisore e quindi la plausibilità della assunzione a presupposto della scelta polistico-amministrativa di tali valutazioni in termini di “evidenze scientifiche”, quanto, piuttosto, il grado in cui il giudice possa entrare nel controllo di scelte ponderative, ancorché per un tratto fondate e/o frammiste a dati di rilevanza tecnico-scientifica. Il dibattito in questione e i progressi da questo registrati appaiono segnati dalla preoccupazione di giuridicizzare il potere, anche quello tecnico-discrezionale, «*al fine di sottrarlo all'arbitrio della pubblica amministrazione*»⁶².

Peso decisivo assumono le coordinate entro cui concretamente si situa il processo decisionale e quindi l'eventuale sindacato del giudice. Possono darsi infatti ipotesi in cui il giudizio di ordine tecnico esaurisca la valutazione dell'amministrazione, interamente adesiva al primo, se in questo senso si muovono le prescrizioni della norma attributiva del potere; e allora, il sindacato intrinseco del giudice amministrativo consentirebbe di verificare l'esattezza delle operazioni compiute dalla amministrazione, nonostante non si tratti di ponderazioni e non ci sia pertanto alcuna necessità di invocare canoni di proporzionalità, adeguatezza, ragionevolezza. Accanto alle prime sono prefigurabili circostanze (quelle che più frequentemente mi pare la pandemia abbia restituito alla riflessione) in cui il dato tecnico è più semplicemente una premessa che lascia spazio ad un'autentica ponderazione, che richiede di essere riguardata alla luce dei parametri di ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza.

E ciò accade in sintesi proprio perché il dato tecnico è, non a caso, attinto da scienze che non giungono a certezze rispetto alla valutazione del rischio, e in secondo luogo poiché le norme attributive del potere non paiono ridurre l'amministrazione ad una condizione meramente adesiva rispetto al primo.

Quanto al primo aspetto, come è stato opportunamente segnalato, è proprio il principio di precauzione a suggerire, a fronte di un quadro di incertezze scientifiche – e attesa la necessaria considerazione del dato scientifico in

⁶¹ Su questo cfr. sempre M. RAMAJOLI, *Regulation by information*, cit., che riferendosi alle tecniche di «*gestione del rischio (autorizzazione e restrizione dei prodotti chimici), intesi a limitare la fabbricazione, l'immissione sul mercato o l'uso di sostanze che comportino rischi per la salute umana e per l'ambiente*», aggiunge che «*la decisione finale sul rilascio o meno dell'autorizzazione (tipico strumento di comando e controllo) dipende non solo dalla valutazione scientifica del rischio legato ad una certa sostanza chimica, ma anche da altri fattori non strettamente tecnici, che entrano nella ponderazione degli interessi in gioco*».

⁶² E. FOLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, cit., p. 33.

corrispondenza del primo passaggio rilevante della sequenza, che è quello della valutazione del rischio – una esaltazione del momento discrezionale puro, che rileva appunto nel passaggio successivo e decisivo della gestione del rischio⁶³.

Un secondo elemento è riscontrabile nella vicenda che ci occupa, e si aggiunge alla integrazione della tecnica con la scelta politico-amministrativa, fisiologicamente incoraggiata dalle incertezze scientifiche e dalle ipotesi in cui trovino campo approcci precauzionali. Quelle descritte dalla disciplina delle funzioni di governo e regolazione dell'emergenza pandemica non sembrano operazioni tecniche che si articolano al loro interno in una serie di passaggi ai quali corrispondono soluzioni univoche in termini di intervento emergenziale (ad esempio calcolo dei contagi da effettuare alla luce di una serie di criteri, e individuazioni di soglie di contagio a cui sono collegate una serie di opzioni conseguenti). In sostanza le norme di cui si discute non paiono dettare o incoraggiare, o lo fanno solo in parte, automatismi, criteri – per esempio di ordine quantitativo – alla cui applicazione conseguano esiti e scenari univocamente determinati. E neanche la dinamica di rimodulazione delle misure restrittive recentemente affidata al descritto sistema di classificazione del rischio epidemico regionalmente considerato, mi pare sia in grado di mutare i termini della questione.

In primo luogo per il rilievo decisivo che la determinazione con il D.P.C.M. del 3.11.2020 delle misure modulari, destinate rispettivamente alle c.d. regioni gialle, arancioni e rosse, compendia con evidenza un passaggio di spendita della discrezionalità, involgente valutazioni di opportunità in ordine alla tipologia e alla intensità delle restrizioni, nonché valutazioni prognostiche in relazione agli effetti dei tre ordini di misure complessivamente considerati sull'andamento dei contagi entro l'orizzonte temporale di efficacia dello stesso decreto⁶⁴.

Di poi è persino la quota di automatismo del sistema – che riposa nell'attivazione in ciascuna regione delle misure restrittive, definite e differenziate per grado di intensità già nel D.P.C.M., all'esito della loro classificazione – ad essere in qualche modo frustrata dalle caratteristiche della “tecnica” utilizzata, nonostante essa consista in sostanza in un algoritmo con cui si combinano gli indicatori dettati sin dal Decreto del Ministro della Salute dello scorso 30

⁶³ A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, cit., dopo aver rammentato la scansione imposta dal principio di precauzione in tre momenti (cfr. *supra* nota 35), e come la misura precauzione non «*possa prescindere dalla obbligatoria valutazione scientifica del rischio*», osserva come il momento essenziale della gestione del rischio sia finalizzato all'esame delle alternative di intervento «*tenendo conto degli esiti della valutazione del rischio, senza tuttavia restarne vincolati*», e riproduca in questo un momento tipicamente ponderativo – l'A. fa riferimento alla «*valutazione di altre variabili*» rispetto a quelle scientifiche ed economiche, «*come l'accettabilità della misura da parte della popolazione interessata*». L'accettabilità della misura pare a chi scrive, più che una variabile disponibile dall'amministrazione – in questo senso non agevolmente stimabile – un criterio di chiusura che viene fuori da un'applicazione alchemica dei canoni di logicità, ragionevolezza e proporzionalità, in sede di amministrazione attiva e di sindacato giurisdizionale.

⁶⁴ Fissato al 3 dicembre 2020 (cfr. art. 14, c. 1, D.P.C.M. 3.11.2020 cit.).

aprile 2020⁶⁵. Penso, nella semplificazione imposta dall'economia di questa riflessione: ai rilievi mossi al segno non neutro di una serie di passaggi costitutivi del meccanismo di classificazione, non basati su approcci accreditati – come quello statistico – per determinare ad esempio il valore delle soglie (di sicurezza) relative ai diversi indicatori, in corrispondenza delle quali questi sono alternativamente giudicati come favorevoli o sfavorevoli, influenzando per conseguenza sul risultato finale dell'operazione⁶⁶; o ai tratti connotativi, incertezza e ritardo nella disponibilità del relativo dato, della stima di un indicatore decisivo nell'intero processo, l'Rt regionale; quindi a un fisiologico disallineamento tra il periodo cui si riferiscono i dati rilevanti e la concreta attivazione del meccanismo⁶⁷, o infine al sospetto di irrilevanza sull'intero processo degli indicatori funzionali alla valutazione della qualità delle informazioni raccolte⁶⁸. Nel solco di un'operazione di elevata complessità, in cui non sono esclusi margini di opinabilità nei passaggi e negli esiti, anche rispetto allo stesso disallineamento tra dati sistematizzati e per così dire processati negli atti amministrativi rilevanti – le ordinanze del Ministro della salute di classificazione dei territori – e periodo

⁶⁵ Sul punto si veda il documento dell'ISS "Come funziona l'analisi del rischio epidemico delle Regioni" del 10.11.2020 in https://www.iss.it/covid-19-primo-piano/-/asset_publisher/yX1afjCDBkWH/content/id/5513288, nonché C. COTTARELLI, G. GOTTARDO, S. OLIVARI, *Come fa una regione a finire in zona rossa? Ecco quali sono i 21 indicatori e come funzionano*, in *Repubblica.it*, 16.11.2020. In particolare gli indicatori funzionali a classificare le regioni secondo le due dimensioni della probabilità di infezione/trasmissione del virus e dell'impatto della diffusione, consentono di assegnare alle due dimensioni dei valori che a loro volta, incrociati in una matrice di attribuzione del rischio, determinano una prima classificazione delle regioni in termini di rischio alla quale fa seguito, dopo una ulteriore valutazione del Rt regionale, la classificazione della regione in termini di attribuzione di colore.

⁶⁶ C. COTTARELLI, G. GOTTARDO, S. OLIVARI, *Come fa una regione a finire in zona rossa?*, cit., che sull'oscurità del criterio prescelto per fissare le soglie di allerta di ciascun indicatore osservano «in presenza di rischi sanitari (o economici, dato che approcci simili sono usati anche in economia) osservati da tempo (per esempio rischi di infarto) le soglie sono solitamente determinate attraverso processi statistici che guardano a precedenti crisi simili ... Nel caso del Covid, un virus nuovo, un tale approccio non era possibile per mancanza di dati sperimentali sul passato. Probabilmente, quindi, gli esperti che hanno fissato queste soglie hanno utilizzato il loro "giudizio", senza una precisa validazione statistica».

⁶⁷ A titolo esemplificativo sul punto si veda la vicenda campana, caratterizzata sin dall'inizio di novembre da un tasso di Rt più elevato di 1,5 – elemento decisivo per la collocazione delle regioni nella fascia a cui sono destinate le restrizioni più severe – e dall'inclusione della stessa, disposta dalla ordinanza del Ministro della Salute del 13.11.2020 e con efficacia a partire dal 15.11.2020, nell'Allegato 2 tra i territori in cui si applicano le misure più severe previste dall'art. 3 del D.P.C.M. del 3.11.2020. Sul punto V. VIOLA, *La Campania passa dal "giallo" al "rosso". Ma non si placano le polemiche*, in *ilsole24ore.com*. In senso speculare si è registrata la pressione iniziale di Regioni come la Lombardia, che ha rappresentato l'esigenza di valutare dati più recenti, verosimilmente condizionati in senso positivo da misure restrittive messe in campo sul territorio regionale, rispetto a quelli dati su cui si fondava la prima classificazione delle Regioni, operata con l'ordinanza del Ministro della Salute del 4.11.2020, ossia oggetto del monitoraggio n. 24 del 25.10.2020 riferito alla settimana compresa tra il 19 e il 25 ottobre. Sul punto cfr. P. SALVATORI, *Dpcm e regioni: pasticcio continuo. I nuovi colori slittano*, in *Huffingtonpost.it*, 6.11.2020.

⁶⁸ Si tratta degli indicatori da 1.1. a 1.6. funzionali a valutare se i dati disponibili siano attendibili. Sul punto cfr. ancora C. COTTARELLI, G. GOTTARDO, S. OLIVARI, *Come fa una regione a finire in zona rossa?*, cit.: «alcune regioni hanno valori insoddisfacenti per alcuni indicatori, ma questo non sembra avere avuto conseguenze sui passi successivi».

di riferimento, gli elementi segnalati rivelano la presenza di attributi noti al discorso sull'appello ai saperi esperti. La ponderazione trova campo nelle pieghe del confronto sulla discutibilità dei risultati cui conducono le premesse tecnico-scientifiche caratterizzanti il meccanismo⁶⁹. Ed il confronto si è prestato, alla prova dei fatti, anche a filtrare le istanze regionali di “attribuzione del rischio”, in senso crescente o decrescente, in ragione del peso attribuito specularmente al peggioramento dei dati relativi alla trasmissibilità dei contagi e alla tenuta dei servizi sanitari o agli effetti positivi di misure restrittive precedentemente messe in campo⁷⁰. Ne risulta indebolita l'idea che debba essere la scienza ad assolvere la funzione di oggettivizzare i criteri che informano il percorso decisionale dell'amministrazione, e l'aspirazione, che pare coltivata nelle dichiarazioni che hanno accompagnato l'avvio di tale meccanismo⁷¹, ad erodere completamente lo spazio della scelta.

Da ultimo la non univocità degli esiti delle operazioni tecnicamente complesse alla base di questo sistema è in parte esaltata dal ruolo delle eventuali “misure più rigorose” rispetto a quelle disposte centralmente⁷². L'impianto complessivo dei poteri di ordinanza tesi a governare l'emergenza continua a reggersi sul dialogo tra i dd. ll. n. 19/2020, n. 33/2020 con i D.P.C.M. rilevanti⁷³, e quindi su previsioni che considerate nel loro insieme preservano, a certe condizioni⁷⁴, la possibilità per «ciascun presidente regionale di adottare provvedimenti

⁶⁹ Cfr. V. AZZOLINI, *Il pasticcio tra governo e regioni: a parità di dati e metodo, il risultato cambia*, in *Domani*, 12.11.2020.

⁷⁰ Cfr. *supra* nota 67.

⁷¹ Cfr. la conferenza stampa del 4.11.2020 in cui sono state illustrate dal Presidente del Consiglio le misure per fronteggiare l'emergenza contenute nel D.P.C.M. del 3.11.2020, in <http://www.governo.it/it/articolo/nuove-misure-emergenza-covid-19-conferenza-stampa-del-presidente-conte/15608> ed in particolare le caratteristiche di un meccanismo in cui «le conseguenze sono automatiche, perché basate su criteri predefiniti e oggettivi che sfuggono da qualsiasi contrattazione».

⁷² Si veda in questo senso la clausola di cui all'art. 2, c. 5 e all'art. 3, c. 5 del D.P.C.M. 3.11.2020 a mente della quale rispettivamente «Le misure previste dagli altri articoli del presente decreto, ad eccezione dell'articolo 3, si applicano anche ai territori di cui al presente articolo, ove per tali territori non siano previste analoghe misure più rigorose» e «Le misure previste dagli altri articoli del presente decreto, si applicano anche ai territori di cui al presente articolo, ove per tali territori non siano previste analoghe misure più rigorose».

⁷³ Cfr. in particolare art. 3 del D.L. n. 19/2020 (misure ulteriormente restrittive introducibili dalle Regioni «esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale» in relazione «a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso» e con efficacia limitata al momento di adozione dei D.P.C.M. di cui all'art. 2, c. 1); l'art. 1, c. 16 (misure restrittive, dopo le modifiche apportate dal D.L. n. 125/2020, rispetto a quelle introdotte con D.P.C.M. nelle more dell'adozione di questi ultimi e «in relazione all'andamento della situazione epidemiologica sul territorio») e 3 del D.L. n. 33/2020 (misure ulteriormente restrittive, adottabili dalle Regioni nelle more dell'adozione dei D.P.C.M., «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso» ed «esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale»).

⁷⁴ In tema, sulla tensione del rapporto tra poteri pubblici “lungo l'asse centro-periferia” si veda G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2020, 318 ss.; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al co-*

più restrittivi rispetto a quanto il D.P.C.M. prevede per la 'zona di rischio' in cui la Regione è inserita», ribadita incidentalmente dal giudice amministrativo in una recentissima pronuncia⁷⁵. Il dato vale non solo a proporre in chiave territoriale la non univocità delle soluzioni, cioè come espressione di un principio di differenziazione⁷⁶, ma naturalmente conferma anche come l'opportunità intestata alle Regioni replichi un numero indefinito di volte la dialettica tra valutazione del rischio epidemico, secondo i descritti parametri, e momento di gestione del ri-

spetto della pandemia, in S. Staiano (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, cit., p. 11-44; A.M. POGGI, *La Fase 2 nei rapporti tra Stato, Regioni e Autonomie territoriali. Uscire dall'emergenza e dal conflitto e imparare dall'esperienza per cambiare*, in M. Malvicini, T. Portaluri, A. Martinengo (a cura di), *Le parole della crisi le politiche dopo la pandemia. Guida non emergenziale al post-Covid-19*, cit., p. 56-76; G. BOGGERO, *Le "more dell'adozione dei dpcm sono 'ghiotte' per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Dir. reg.*, 1/2020, p. 361 ss.; A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, ivi, p. 518 ss..

⁷⁵ Così Cons. St., sez. III, 10.11.2020 n. 6453, decreto presidenziale reso sull'istanza di riforma del decreto monocratico cautelare del TAR Campania, sez. V, 9.11.2020, n. 2520. In appello è stato confermato l'avviso del giudice di prime cure che ha negato la richiesta di sospensione degli effetti dell'ordinanza PGR Campania n. 89 del 5.11.2020 con cui era stata sospesa l'attività didattica in presenza di scuola prima e dell'infanzia, ma ha ordinato il deposito dei dati e della documentazione scientifica acquisiti dalla Unità di crisi regionale nel periodo rilevante per la valutazione del rischio su cui è stata basata l'ordinanza impugnata. Le peculiarità del caso di specie campano, segnatamente lo scrutinio dinanzi al g.a. di una ordinanza adottata successivamente all'emanazione del D.P.C.M. rilevante (3.11.2020), hanno evidentemente condizionato l'esito della pronuncia su questo specifico profilo. Si veda infatti, in senso diverso, l'ord. del TAR Puglia, Sez. III, 19.11.2020 n. 712 che ha concluso per l'improcedibilità dell'istanza di sospensione cautelare dell'efficacia dell'ord. PGR Puglia n. 87/2020 – che aveva risposto la didattica digitale integrata per tutte le scuole di ogni ordine e grado sul territorio regionale ad eccezione dei servizi per l'infanzia e la cui efficacia era stata sospesa in forza del decreto presidenziale del TAR Puglia, Sez. III, 6.11.2020 n. 680 – per effetto della sopravvenienza dell'ord. PGR Puglia n. 413/2020 (che ha consentito la didattica integrata a distanza per il primo ciclo di istruzione su richiesta delle famiglie). Il g.a. ha chiarito come la precedente ordinanza «avesse in ogni caso perso efficacia a seguito dell'entrata in vigore del D.P.C.M. del 3.11.2020 siccome l'art. 3 del D.L. n. 19/2020 (richiamato, peraltro espressamente nell'ordinanza regionale impugnata) è inequivoco nel limitare l'efficacia delle misure regionali – più restrittive rispetto alle misure statali di contenimento del rischio epidemiologico – fino al momento dell'adozione dei D.P.C.M. di cui all'art. 2, c. 1, D.L. n. 19/2020». Sulla questione della sospensione trasversale della didattica nella Regione Puglia disposta con la citata ord. n. 87/2020 il giudice amministrativo pugliese aveva espresso nella stessa data, 6.11.2020 (decreto, sez. II, n. 695), diverso avviso, non affrontando il nodo della incoerenza con «l'organizzazione differenziata dei servizi scolastici disposta dal D.P.C.M. 3.11.2020 che colloca la Puglia tra le aree a media criticità (c.d. 'zona arancione') e che persino per le aree ad alta criticità (c.d. 'zone rosse') prevede la didattica in presenza nelle scuole elementari», ma semplicemente osservando che «il necessario contemperamento del diritto alla salute con il diritto allo studio nella attuale situazione epidemiologica vede prevalere il primo sul secondo (comunque parzialmente soddisfatto attraverso la didattica a distanza)».

⁷⁶ Su questo preciso versante la presenza di premesse scientificamente rilevanti può rivelarsi una occasione per riflettere sull'appropriatezza del livello degli interventi emergenziali e di verificare come la sussidiarietà valga come principio procedurale (sulla «connotazione della sussidiarietà come principio "procedurale" di allocazione delle funzioni amministrative» si veda G.P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 101) rivolto, dunque, anzitutto al legislatore nella prospettiva di richiamarlo ad un'allocazione delle funzioni coerente con lo stesso principio, anche al tempo della pandemia.

schio, con l'effetto netto di moltiplicare le occasioni in cui la ponderazione riemerge.

5. La giustiziabilità delle posizioni incise da decisioni politico-amministrative fondate su premesse tecnicamente rilevanti. Rilievi conclusivi

La disciplina che ci occupa prende in considerazione il presupposto del potere «non nella dimensione oggettiva di 'fatto storico' » ma di "fatto 'mediato' e 'valutato' dalla PA»⁷⁷. Questo modo in cui la norma non sembra «fissare l'ordito»⁷⁸ del potere tecnico da esercitare, fornendo cioè elementi utili a verificare l'attendibilità delle operazioni tecniche compiute dall'amministrazione – intesa come correttezza del criterio tecnico scelto – marginalizza le ipotesi in cui il giudice comune si trovi a profittare delle possibilità più significative aperte dal sindacato intrinseco⁷⁹, ed appunta la doverosa verifica in sede giurisdizionale sulla correttezza del procedimento seguito dall'amministrazione per applicare il criterio tecnico prescelto, riproponendo una situazione in cui il giudice «non è chiamato ... a sostituire la sua decisione a quella dell'Amministrazione, dovendo verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto»⁸⁰.

⁷⁷ Si sono prese in prestito le parole che la Cass., SS.UU., 7.9.2020 n. 18592 ha utilizzato di recente per escludere l'eccesso di potere giurisdizionale nella materia dei concorsi di Abilitazione Scientifica Nazionale. Sul fronte dell'ASN sono stati utilizzati poteri giudiziali molto incisivi, sul piano non solo della cognizione ma dell'esecuzione, sfruttando le potenzialità del c.p.a. e segnatamente quelle offerte dall'art. 34, c. 1, lett. e) (c.d. «giudizio di cognizione a esecuzione integrata»), sebbene senza ricorrere al commissario *ad acta*. L'eccesso di potere giurisdizionale è escluso in sintesi dalla Cassazione perché il Cons. St. si sarebbe limitato a interpretare le «richiamate norme del c.p.a.» e «tale attività rappresenta il 'proprium' della funzione giurisdizionale e non può dunque integrare, di per sé sola, la violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale». L'impiego di poteri incisivi come l'ordine di riconoscere l'abilitazione non è tuttavia legato alla conformazione di automatismi da parte della norma attributiva del potere. Su questo F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2019, p. 499 ss.

⁷⁸ F.G. SCOCA-E.FOLLIERI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, cit., p. 188.

⁷⁹ Sulle potenzialità non sfruttate compiutamente, aperte dalla nota sent. Cons. St., n. 601/1999 cit. a valle della distinzione tra opportunità e opinabilità, in termini di verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche in sede giurisdizionale, ridottasi nella pratica ad una analisi della correttezza del procedimento seguito dall'amministrazione per applicare il criterio tecnico, si veda ancora R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 135 ss.. In tema da ultimo v. S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 1/2020, p. 97 ss.; F. LIGUORI, *Appunti sul sindacato del giudice amministrativo in tema di valutazioni tecniche delle autorità indipendenti*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Scoca*, Napoli, in corso di pubblicazione.

⁸⁰ Così Cass., SS.UU. n. 18592/2020 cit. richiamando la sentenza del Cons. St., sez. VI, 25.2.2019 n. 1321, oggetto di ricorso, che sul punto proseguiva: «poiché di frequente questa 'possibilità attuativa' si trova a dovere necessariamente scontare l'introduzione di un indefinito numero di giudizi di cognizione prima di poter essere completamente soddisfatta, il sistema della giustizia amministrativa deve dimostrarsi in grado di approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela, rendendo concretamente tangibile

Una questione nodale è rappresentata a questo punto dai risultati, più o meno soddisfattivi sotto il profilo della incisività dell'esame ma soprattutto delle utilità riconosciute ai cittadini, in concreto registrati nell'esercizio del sindacato giurisdizionale. Essi dipendono con tutta evidenza dal coraggio esibito dal giudice comune. Se, una volta attinta la strada della garanzia giurisdizionale, il problema diventi per così dire "a chi spetti l'ultima parola", è opportuno ribadire e valorizzare il discrimine tra un sindacato pur pervasivo del giudice amministrativo, e un sindacato sostitutivo. Quest'ultimo è da ritenersi precluso ad avviso di chi scrive perché, a fronte di una disciplina attributiva di poteri emergenziali così disegnata, semplicemente varrebbero le tradizionali cautele tese a proteggere le valutazioni di opportunità del decisore⁸¹. Ciò non implicherebbe comunque un arretramento del giudice dinanzi all'esibizione del presupposto-tecnico scientifico, e una rinuncia a replicare l'iter seguito dall'amministrazione nella ricostruzione e poi nell'utilizzo della premessa tecnica per adottare la decisione finale. Per tornare ancora sulla questione della scuola e della garanzia a fruire del diritto sociale all'istruzione "in presenza"⁸², il caso campano probabilmente conferma come il giudice amministrativo non sempre lambisca i traguardi consentiti da un sindacato intrinseco, sebbene non forte, sulle valutazioni tecnico-discrezionali. Peraltro l'osservazione degli eventi dimostra come non occorra neanche scomodare la categoria delle valutazioni tecnico-discrezionali, essendo al più accertamenti tecnici di fatti (incremento dei sintomi e afflusso di questi nelle strutture ospedaliere) quelli assunti a fondamento di una delle ordinanze rilevanti in questa vicenda, l'ordinanza del PdGR n. 79 del 15.10.2020⁸³, e della ritenuta necessità di aggravare le misure rispetto a quelle previste dal D.P.C.M. del 13.10.2020. Il decreto emanato in sede cautelare monocratica dal TAR campano sull'ordinanza n. 79/2020⁸⁴ si iscrive in una tendenza che pare accomunare le pronunce rese in questo periodo sulle

l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, come delineata dal suddetto nuovo codice del processo amministrativo».

⁸¹ Proprio ragionando della sindacabilità degli atti di gestione dell'emergenza M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 118 segnala: «il sindacato giurisdizionale su atti del genere dev'essere più 'esterno' che mai, essendo tenuto a limitarsi alla verifica della coerenza interna dell'atto e all'accertamento dell'effettiva sussistenza dei fatti posti a base della deliberazione, senza impingere nel merito (ciò che non è ammesso, del resto, nemmeno sulla comune discrezionalità tecnica)», rinviando su questo ultimo punto a Cons. St., sez. II, 26.3.2020 n. 2099, «non è suscettibile di sindacato in sede giurisdizionale quanto al merito della scelta effettuata, salvo senza che ciò comporti [...] un'inammissibile inversione dell'onere della prova in ordine all'idoneità tecnica della scelta amministrativa - vizi di forma o di procedura o manifesta irragionevolezza o carenza nell'istruttoria e nel bilanciamento dei diversi interessi coinvolti».

⁸² Sulla quale il decreto presidenziale del Cons. St., n. 6453/2020 cit. (*supra* nota 75) costituisce uno dei recenti arresti.

⁸³ Per quanto le premesse della ordinanza PdGR Campania n. 79/2020 operino altresì un riferimento a valutazioni di ordine prognostico («alla luce delle previsioni relative al numero dei nuovi contagi previsti sul territorio nel breve-medio periodo, quale rilevato anche in seno alla Cabina di regia nazionale di monitoraggio»).

⁸⁴ TAR Campania, Napoli, Sez. V, decreto 19.10.2020 n. 1922.

misure dirette a gestire la diffusione del contagio virale, prevalentemente⁸⁵ orientate ad avallare le decisioni con cui erano state disposte le misure gravate. Il superamento del test di idoneità/proporzionalità da parte delle misure gravate, indicativo di questo approccio tendenzialmente adesivo del g.a., è attestato anche nel caso qui preso in considerazione. Qui si ripropone peraltro una dinamica processuale divenuta in qualche modo ricorrente nella cornice emergenziale, rappresentata dall'intervento, per una fase necessitata⁸⁶, del giudice in sede cautelare monocratica al fine di accordare agli interessati (talvolta) il "massimo" di protezione giurisdizionale attingibile a fronte dell'incisione delle proprie posizioni prodotta dalle decisioni di contrasto alla diffusione epidemiologica. La «sostanziale riduzione della tutela alla sola fase cautelare monocratica»⁸⁷ – imposta dai tempi della dinamica emergenziale e segnata dalla temporaneità fisiologica delle misure contestate, che sovente esauriscono i propri effetti prima che possa svolgersi l'esame collegiale delle istanze cautelari – e la necessità per il giudice di accedere pienamente al fatto rendono sovente essenziale, come accade anche in questa circostanza, una integrazione documentale⁸⁸. Il presupposto di fatto della decisione di sospensione generalizzata dell'attività scolastica⁸⁹ e la cui sussistenza è imprescindibile al fine di valutare, in via sostanziale, e successivamente in sede giudiziale, la idoneità, proporzionalità e indispensabilità della misura restrittiva, ruoterebbe, per semplificare, intorno ad un incremento dei contagi e nell'afflusso crescente dei contagiati alle strutture ospedaliere; fatti da connettere entrambi alla frequenza scolastica sulla base di una se-

⁸⁵ A questo proposito parla di condivisione da parte del g.a. della «maggiore prudenza che ha ispirato questa o quella autorità istituzionale nel disporre la concreta misura oggetto del giudizio» essendo «la stella polare ... rappresentata dal convincimento che la linea minima di tutela – inderogabile per gli altri enti – sia quella dettata dal Presidente del Consiglio dei ministri»: A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto alla pandemia*, in S. STAIANO (a cura di), *Nel ventesimo anno del terzo millennio*, cit., p. 305-320, spec. p. 313. Tra le eccezioni rispetto a questo trend – documentate dallo stesso A. – si vedano: Tar Calabria, Catanzaro, Sez. I, 8.5.2020, n. 841; TAR Marche, Sez. I, decreto 27.2.2020, n. 56, confermato con ord. 5.3.2020 n. 63.

⁸⁶ Si veda infatti l'art. 84, c. 1 del d.l. n. 18/2020 che ha disposto, tra le altre cose, che i procedimenti cautelari, se promossi o pendenti nel periodo tra l'8.3.2020 e il 15.4.2020, fossero decisi con decreto monocratico dal presidente o dal magistrato da lui delegato, con il rito di cui all'art. 56 c.p.a. fermo restando che la trattazione della domanda cautelare da parte del collegio dovesse essere fissata in data successiva al 15.4.2020. Sullo svolgimento necessariamente bifasico della tutela cautelare in questo periodo v. ancora A. VUOLO, *op. cit.*, p. 312. Per le principali misure tese a contenere gli effetti dell'emergenza epidemiologica sulla giustizia amministrativa, oltre all'art. 84, dl. n. 18/2020 cit., cfr. altresì art. 36, d.l. n. 23/2020 e art. 4, d.l. n. 28/2020.

⁸⁷ In questa stessa vicenda tanto si legge («la durata temporanea della misura adottata ... e l'impossibilità di esame cautelare in sede collegiale prima del termine di efficacia della stessa») nel decreto presidenziale TAR Campania, Napoli, Sez. V, 17.10.2020 n. 1915, con il quale sono stati ordinati alla Regione Campania incombenti istruttori, funzionali a consentire la deliberazione in sede monocratica avvenuta due giorni dopo col citato decreto n. 1922/2020.

⁸⁸ Che si muove sempre nel segno della «dilatazione di questa fase nell'economia generale del processo amministrativo», secondo A. VUOLO, *loc. ult. cit.*, (cfr. *supra* nota 85), creando altresì le condizioni affinché il giudice muti, se del caso, l'avviso espresso in prima battuta nel medesimo giudizio «in ragione del supplemento di documentazione prodotta».

⁸⁹ La sospensione delle attività didattiche in presenza per la scuola dell'infanzia è stata revocata con l'ordinanza PGR Campania n. 80/2020.

rie di assunti, dei quali si sarebbe dato complessivamente conto nella nota dell'Unità di crisi regionale e nelle risultanze istruttorie che quest'ultima richiama⁹⁰. La rilevanza tecnica della premessa senz'altro dipende in parte dalla natura tecnica dello strumento di accertamento dei dati quantitativi rilevanti, ma investe potenzialmente anche la correlazione tra tali dati e l'attività svolta nel comparto istruzione⁹¹, attività sulla quale la misura contenitiva incide trasversalmente (non avendo operato distinguo, per esempio, tra concentrazioni di contagio territorialmente diversificate all'interno della regione). In punto di idoneità della misura la regione avrebbe, con il supplemento documentale prodotto, esaurientemente dato conto della correlazione tra aumento dei casi positivi e frequenza scolastica, non solo limitatamente alla sede intrascolastica, "ma anche con riguardo ai contatti sociali necessariamente 'indotti' dalla didattica in presenza", e della diffusività esponenziale del contagio. In ordine al carattere proporzionato della misura, il dato allegato della progressiva saturazione delle strutture di ricovero sarebbe da leggere, non in relazione alla «*polarizzazione del contagio in determinate aree territoriali*» ossia alla «*localizzazione intraregionale degli eventuali focolai*», ma alla luce dell'interesse pubblico ad una gestione unitaria su base regionale di risorse scarse (posti-letto, e più in generale infrastrutture sanitarie)⁹². I passaggi del decreto monocratico in cui si riferisce – senz'altro non diffusamente – della verifica positiva effettuata in ordine alla idoneità della misura e alla proporzionalità della stessa, provano l'esistenza di un limite per così dire genetico della cognizione consentita in fase cautelare, e ancor di più di quella attingibile in sede monocratica, alla luce del quale sembra persino fuori campo prefigurare, in alternativa ad un mero esame della coerenza e della congruità nell'impiego dei presupposti di fatto da parte dell'amministrazione regionale, una verifica dell'attendibilità dell'operazione tecnica premessa alla decisione gravata. Non mi sembra tuttavia che questo rilievo debba indurre a negare o ridimensionare, in situazioni come quelle descritte, l'idoneità del sindacato del primo tipo ad assicurare una tutela soddisfacente dell'interessato. Quella del giudizio impugnatorio può essere utilmente riguardata come una sede in cui trova spazio la pretesa di accettabilità democratica di scelte che – come quelle emergenziali, ancorché coinvolgenti a vario titolo premesse di ordine tecnico-

⁹⁰ Nella ord. n. 79/2020 cit. si legge nelle premesse: «*in particolare, alla luce dell'incremento registrato a seguito di alcuni eventi di carattere celebrativo e sociale, nonché ad alcune attività connesse alla ristorazione ed alta frequenza scolastica, come si è evinto dalle interviste effettuate dalle ASL a seguito del Contact Tracing territoriale, nasce la necessità di contenere la diffusione del virus*»; assumendosi più avanti che «*il livello di contagio registrato anche nelle famiglie*» sia «*derivante da contatti nel mondo scolastico*», ed adducendo successivamente come circostanza di fatto rilevante nel giustificare la connessione col comparto dell'incremento dei contagi, il mancato completamento della «*dotazione dei banchi monoposti ad assicurare nelle scuole campane il necessario distanziamento degli alunni nelle aule scolastiche*» e la mancata comunicazione de «*le relative date di consegna*».

⁹¹ Nell'ordinanza n. 79/2020 cit., nei passaggi in cui si riferisce delle conclusioni del Report settimanale (28.9.2020-4.10.2020) elaborato dal ministero della Salute, ISS, Cabina di Regia, si legge tra le altre cose che: «*Sono in lieve aumento focolai in cui la trasmissione potrebbe essere avvenuta in ambito intrascolastico*».

⁹² L'ordinanza n. 79/2020 cit. si riferisce alla «*gestione unitaria su base regionale ... delle strutture di ricovero e cura deputate alla gestione dell'emergenza sanitaria*».

scientifico – si rivelino veracemente ponderative, e delle quali può essere perciò verificata la solidità intorno ai canoni di ragionevolezza, proporzionalità, logicità⁹³. Lo strumentario a disposizione del giudice comune può qui funzionare non come un'occasione di sovraesposizione, in cui viene rappresentandosi la tendenza a caricare la giurisdizione dell'onere di ricomporre il pluralismo dei valori in maniera unitaria⁹⁴, e dunque senza arrivare al preoccupante esito di affidare al giudice anziché al legislatore il soddisfacimento dei diritti⁹⁵, pensando che nodi non sciolti sul piano sostanziale possano esserlo in sede giudiziale. Piuttosto questo approccio induce ritenere che occorra spostare il fuoco di attenzione sul fatto che l'amministrazione occupa uno spazio, pur elasticamente, delineato dal legislatore dell'emergenza, e che rispetto a questa circostanza la giustiziabilità delle posizioni incise davanti al giudice comune schiuda scenari tutt'altro che cupi, soprattutto se posti in relazione ai diversi scenari che la scelta di atti connotati da discrezionalità politica “in senso forte” aprirebbero⁹⁶.

⁹³ In un itinerario in cui tendono a sovrapporsi i confini tra i canoni richiamati, concettualmente distinti, come noto, per il fatto che la ragionevolezza non assorbe il giudizio di proporzionalità – che verifica il limite entro il quale può essere pregiudicato l'interesse privato – di modo che il vaglio di ragionevolezza sarebbe riferito alla giustificabilità del potere e quello di proporzionalità al profilo dell'intensità del potere. In tema si veda A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970.

⁹⁴ M. LUCIANI, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, cit., p. 367 indugia sulla pretesa degli ordinamenti complessi di «disegnare un sistema di tutela multilivello dei diritti (sul piano nazionale, sovranazionale, internazionale), seguendo un reticolo di tutele e garanzie che, miracolosamente, dovrebbero trovare la propria composizione invece che nel confronto fra i soggetti sociali che recitano sul grande palcoscenico della politica, nella più riservata arena del famoso 'dialogo fra le Corti?'» avvertendo come «le cose, stiano in termini assai diversi e assai meno tranquillizzanti». Sulle preoccupazioni sottese a tale tendenza, molto avvertite all'epoca del neo-costituzionalismo, si veda N. ZANON, *L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Criminalia*, 2015, p. 359-363.

⁹⁵ Ciò significherebbe per M. LUCIANI, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, cit., p. 367, ove si faccia questione di diritti sociali, «abbandonare a sé stessa un'intera categoria di diritti fondamentali», rispetto ai quali la sede giurisdizionale non dispone del potere di realizzarli (“il potere della borsa”), a differenza di quella legislativa. A ciò si aggiunge secondo l'A. l'effetto di deresponsabilizzazione della politica scaturente dalla confusione tra interpretazione del diritto e nomopoiesi.

⁹⁶ Sulla prospettiva rassicurante aperta dalla impugnabilità degli atti di governo dell'emergenza davanti al g.a., tra gli altri D. SORACE, in occasione dell'intervento tenuto al Convegno Annuale AIPDA, *Decidere nell'emergenza. Limitazione e bilanciamento dei diritti fondamentali*, tenutosi lo scorso 9.10.2020, in www.aipda.it.

VIVIANA DI CAPUA

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

viviana.dicapua@unina.it

LA REGOLAZIONE DEL RISCHIO DI EMERGENZA E LA REGOLAZIONE DEL «PANICO DEL RISCHIO» NELLA PANDEMIA COVID-19

EMERGENCY RISK REGULATION AND «RISK PANIC» REGULATION IN THE COVID-19 PANDEMIC

SINTESI

Il contributo si propone di indagare il ruolo del principio di precauzione nell'adozione delle misure di mitigazione e risposta all'emergenza epidemiologica da Covid-19, a livello nazionale e locale, soffermandosi in particolare sulla strategia di gestione della crisi predisposta dalla Regione Campania durante le varie fasi.

Il sistema normativo costruito dal Governo per contenere la diffusione del contagio sul territorio nazionale ha riconosciuto un potere d'intervento alle autorità regionali e locali con la finalità di contrastare tempestivamente le eventuali criticità emerse nei rispettivi ambiti, concretizzandosi nell'emanazione di una pluralità di ordinanze contingibili ed urgenti che hanno ulteriormente limitato diritti e libertà fondamentali. Il potere è stato in concreto esercitato sulla base di un rischio di contagio che, però, in assenza di parametri certi, univoci e uniformi, si è tradotto sovente nell'adozione di misure irragionevoli, non adeguate e non proporzionate. La conseguenza è che, in alcuni casi, le misure regionali di contenimento hanno imposto limitazioni più severe in aree del Paese dove il rischio di contagio era inferiore rispetto ad altre.

A tal fine, l'itinerario argomentativo muoverà da una concisa disamina del fondamento teorico e delle modalità di applicazione del principio di precauzione, per poi passare all'analisi del quadro normativo imbastito dal Governo per la gestione della crisi, dei presupposti e del potere d'intervento delle autorità regionali e locali, e terminerà con un *focus* sulla Regione Campania, nella quale la regolazione del rischio di emergenza si è trasformato in governo del «*panico del rischio*», dando luogo a provvedimenti, ancorchè precari, fortemente lesivi di diritti e di libertà fondamentali.

ABSTRACT

The article argues the role of the precautionary principle in adopting administrative measures to mitigate and response to the health emergency Covid-19 at the national and local level, by focusing on the Campania Region.

The Government regulatory system for mitigating the spread of the virus on the national territory has recognised the power of intervention of the regional and local authorities to promptly manage any problems that have emerged in their respective territories, by issuing ordinances which restrict fundamental rights and freedoms.

However, the power exercised based on the health risk – but in absence of certain parameters – has often resulted in adopting the unreasonable, inadequate and not proportionate measures.

The consequence is that, in some cases, the containment measures imposed stricter restrictions in the areas of the country where the health risk was lower.

In doing so, the article starts from a brief analysis of the theoretical structure and method of precautionary principle, and then it moves on the considerations of the regulatory framework set up by the Government for the management of the emergency.

Later on, it argues the administrative power of regional and local authorities to deal with the emergency, by focusing on the Campania Region, in which the emergency risk regulation becomes the regulation of the «*risk panic*», establishing strong measures that jeopardise fundamental rights.

PAROLE CHIAVE: Principio di precauzione; rischio; emergenza epidemiologica da Covid-19; autorità regionali e locali; diritti e libertà fondamentali.

KEYWORDS: Precautionary principle; risk management; health emergency; regional and local powers; Covid-19 and fundamental rights.

INDICE: 1. Paura, rischio, emergenza. Il principio di precauzione tra *risk regulation* ed *emergency risk regulation*. – 2. L'emergenza epidemiologica da Covid-19 e il ruolo del principio di precauzione nella predisposizione del sistema normativo e amministrativo di gestione. – 3. Le «incurSIONI» delle autorità regionali e locali ammesse dalla normativa emergenziale nazionale. – 4. Oltre i confini della precauzione: il «*panico del rischio*» nella Regione Campania. – 5. Riflessioni finali.

1. Paura, rischio, emergenza. Il principio di precauzione tra *risk regulation* ed *emergency risk regulation*.

Nella sua opera *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, il costituzionalista nordamericano Cass R. Sunstein scriveva che: «*Quando è eccessiva, la paura collettiva può determinare restrizioni della libertà illegittime*»¹. Questa affermazione è utile per cogliere sin da subito alcuni postulati che costituiranno la premessa necessaria all'indagine svolta nelle pagine che seguono, e cioè, che i regimi democratici ben funzionanti sono permeabili ai sentimenti collettivi, che le decisioni pubbliche sono spesso la conseguenza, anche indiretta, delle paure dei consociati e che, infine, quando queste divengono eccessive possono addi-

Ringrazio sinceramente Ilde Forgiione e Donato Vese per i suggerimenti ricevuti, l'affettuoso supporto e il tempo che hanno voluto dedicarmi nel discutere ogni mio dubbio, ogni mia incertezza su tema che mi ha sin da subito coinvolta e appassionata. Sono altresì grata a Filippo Borriello per la preziosa discussione. Rimango naturalmente l'unica responsabile per errori ed omissioni.

¹ *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, trad. it. a cura di U. Izzo, Bologna, il Mulino, 2010, p. 303.

rittura offuscare la ragionevolezza che dovrebbe ispirare e orientare il meccanismo di formazione della volontà del decisore.

Un conto però è asserire che la gestione delle paure collettive connesse al rischio di eventi dannosi rientri tra i compiti istituzionali dei decisori pubblici, un altro è invece spingersi sino al punto di ammettere che questi ne siano interamente condizionati. Un governo democratico è sì sensibile all'opinione pubblica², e quindi ai rischi che, di volta in volta, possono apparire più probabili, ma è anche tenuto alla selezione di quelli che appaiono bisognosi di una gestione cautelativa. L'attenzione delle istituzioni può dirigersi infatti solo verso alcuni tipi di rischi che, per l'elevata probabilità di verifica, l'entità del danno che da essi deriva a beni o interessi particolarmente rilevanti per l'ordinamento e l'impossibilità (o estrema difficoltà) di ripararne gli effetti, richiedono la predisposizione di un sistema di cautele che sia idoneo a prevenirli interamente o perlomeno a mitigarne le conseguenze negative. La nota comunicazione interpretativa della Commissione europea, pubblicata nel 2000 e considerata, allo stato attuale, il documento più autorevole sulle modalità di utilizzazione del principio di precauzione, attribuisce, del resto, ai decisori pubblici il dovere di prendere in considerazione i *timori* della popolazione derivanti dai rischi ritenuti socialmente inaccettabili, e di adottare misure preventive per eliminarli o, perlomeno, ricondurli ad un livello minimo accettabile³.

Emerge quindi con estremo nitore che la precauzione è il *principio-pilota* per la gestione dei rischi (*risk regulation*) che possono minare la sicurezza collettiva, l'unico che consente ai governi di valutarli, facendosi carico dell'incertezza scientifica che ad essi inevitabilmente si associa, e di predisporre opportune cautele che possano offrire adeguate garanzie di salvaguardia⁴. Ricondurre un

² Profilo colto da A. SEN, *Sviluppo sostenibile e responsabilità*, in *il Mulino*, 2020, 4, p. 554 ss., spec. p. 558, con riguardo all'efficienza delle «democrazie caratterizzate da un sistema mediatico libero ed energico e da regolari elezioni multipartitiche [...] nel prevenire il verificarsi delle carestie». Infatti, «a fronte di un sistema politico democratico ben funzionante e di un sistema mediatico libero e privo di censura, nonché di partiti di opposizione desiderosi di far gravare sul governo l'incapacità di prevenire la fame, il governo avverte una enorme pressione, che lo induce ad adottare misure rapide ed efficaci ogni qualvolta si delinea la minaccia di una carestia».

³ Commissione europea, *Comunicazione sul principio di precauzione*, Bruxelles, 2 febbraio 2000, COM(2000) 1 final, in <https://eur-lex.europa.eu>, emanata su invito del Consiglio europeo (risoluzione del 13 aprile 1999), in GU C 206 del 21 luglio 1999, spec. p. 7.

⁴ La letteratura scientifica internazionale sul principio di precauzione è assai vasta; senza pretesa di esaustività, D. FREESTONE, E. HEY, *Origins and Development of the Precautionary Principle*, in ID. (edit by), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, The Hague, Kluwer Law International, 1993, p. 3 ss.; A. TROUWBORST, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2002; A. VERMEULE, *Precautionary Principles in Constitutional Law*, in *Journal of Legal Analysis*, 2012, 4, 1, p. 181 ss.; ID., *Introduction: Political Risk and Public Law*, in *Journal of Legal Analysis*, 2012, 4, 1, p. 1 ss.

Con riguardo alla dottrina italiana, si vedano gli studi monografici di F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, Giuffrè, 2005; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, il Mulino, 2008; nonché, tra i tanti, i contributi di F. DE LEONARDIS, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *Federalismi.it*, 2006, 21; R. FERRARA, *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 1, p. 14 ss.; M. RENNA, *Le misure ammi-*

rischio ad un livello ritenuto socialmente accettabile non significa tuttavia azzerare del tutto la probabilità di verificazione dell'evento dannoso, ma solo allestire un procedimento aperto, trasparente e partecipato, nell'ambito del quale valutare la tipologia, l'entità del rischio e dell'eventuale danno, vagliare le diverse alternative perseguibili e, qualora si scelga di intervenire, adottare misure di regolazione proporzionali, non discriminatorie, coerenti con quelle predisposte in precedenza, basate sull'analisi costi/benefici e soggette a continua revisione alla luce dei nuovi dati scientifici⁵.

La strategia di analisi del rischio è, nell'era contemporanea, profondamente condizionata dal ruolo dei mezzi e dei processi di comunicazione, cui è riconosciuta la capacità sia di captare l'attenzione della collettività sull'emersione di nuovi rischi, sia di influire sull'opinione pubblica e, conseguentemente, di esigere una risposta effettiva da parte delle istituzioni⁶. È evidente quindi che l'operazione di individuazione (e di selezione) dei rischi da gestire risenta di pressioni, per così dire, esterne alla sfera prettamente istituzionale; pressioni che risultano inevitabilmente amplificate dalla libertà e dalla disponibilità dell'informazione pubblica. La diversa percezione dei rischi da parte della collettività, influenzata anche dal ruolo dei media, è alla base delle differenze riscontrate su scala internazionale nelle strategie politiche di selezione, valutazione e gestione dei rischi. Si consideri, a tal fine, uno studio comparativo condotto sul modo in cui il rischio associato al terrorismo e alla SARS è stato percepito negli Usa e in Canada: i nordamericani hanno attribuito al primo un grado di salienza decisamente maggiore rispetto al secondo; al contrario, la percezione dei canadesi era esattamente opposta⁷. Il fenomeno, noto come «*cascade della disponibilità*»⁸, serve per spiegare che le interazioni sociali, alimentate da un sistema mediatico libero e privo di censura, condizionano in maniera

nistrative di "enforcement" del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente, in *Jus*, 2016, 1, p. 61 ss.; I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio giuridico di precauzione*, in *Giustamm.it*; M. ALLENA, *Il principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità*, in *Dir. ec.*, 2016, 2, p. 411 ss.; C. VIVANI, *Principio di precauzione e conoscenza scientifica*, in *Giur. it.*, 2015, 11, p. 2474 ss.; S. SPUNTARELLI, *Normatività del principio di precauzione nel processo decisionale dell'amministrazione e legittimazione procedurale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, 3; G. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 3, p. 1075 ss.; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e "qualità" dell'azione amministrativa*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 6, p. 1673 ss.; G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 172 ss.

⁵ COM(2000) 1 final, cit., p. 3 ss.

⁶ Il fenomeno è ampiamente descritto da C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, cit., p. 125 ss., il quale, anche attraverso un'ampia casistica, arriva a dimostrare che, quando i *mass media* mettono a fuoco alcuni rischi, «*le persone si trasmettono vicendevolmente le loro paure e preoccupazioni, la diffusa ondata di paura e preoccupazione a sua volta alimenta l'attenzione dei media e la spirale continua fino a quando la gente non decide che è tempo di passare a un'altra preoccupazione [...]*» (p. 130).

⁷ N. FEIGENSON, D. BAILIS, W. KLEIN, *Perceptions of Terrorism and Disease Risks: A Cross-National Comparison*, in *Missouri Law Review*, 2004, 69, 4, p. 991 ss., disponibile all'indirizzo <https://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol69/iss4/6>.

⁸ C.R. SUNSTEIN, T. KURAN, *Availability Cascades and Risk Regulation*, in *Stanford Law Review*, 1999, 51, p. 683 ss.

preponderante la percezione dei rischi da parte della collettività⁹, finendo inevitabilmente per captare l'attenzione dei politici, chiamati a riportare entro un livello ritenuto socialmente accettabile un rischio (percepito come) inaccettabile. La scelta della tipologia e la modulazione dell'intensità delle misure di regolazione nel caso concreto risentono, in larga parte, del livello di rischio percepito dalla collettività e dall'opinione pubblica, capaci di far pressione sulle istituzioni. Sebbene il governo dell'incertezza che la gestione di un rischio presuppone comporti un necessario ricorso alle conoscenze tecnico-scientifiche per stabilire la probabilità del suo verificarsi, l'entità del danno ad esso conseguente e le misure più efficaci per prevenirlo, rientra tuttavia nella responsabilità esclusiva del decisore pubblico definire le soglie di contenimento del rischio stesso, vale a dire la sua accettabilità giuridica, dato convenzionale derivante dal confronto e dal bilanciamento con gli altri valori in gioco¹⁰.

Si discute tuttavia se la flessibilità della scelta della soglia di delimitazione (operata dal legislatore o dall'amministrazione) sia riconducibile ad un'attività politica¹¹, ovvero di indirizzo politico-amministrativo¹², ovvero ancora di natura prettamente amministrativa¹³, con importanti conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale e sui poteri del giudice. In ogni caso, il ruolo della scienza e della tecnica rimane circoscritto alla costruzione della premessa necessaria per la definizione della modalità concreta di gestione, attraverso la scelta di misure ispirate ai canoni della proporzionalità, necessità, adeguatezza e coerenza; la finalità principale della precauzione è infatti fornire parametri di giudizio nei contesti dominati dall'incertezza, considerata la necessità di addivenire comunque ad una decisione¹⁴.

Il fattore di attivazione del principio è costituito da un rischio di origine naturale o derivante da un'attività antropica; tuttavia, l'assenza di definizioni

⁹ Si veda, sul punto, H.-P. KOHLER, R. BEHRMAN, S. COTTS WATKINS, *Social Networks and HIV/AIDS Risk Perceptions*, in *Demography*, February 2007 44, 1, p. 1 ss., disponibile all'indirizzo http://repository.upenn.edu/parc_pubs/1. Lo studio, condotto presso le popolazioni rurali del Kenya e del Malawi, ha riscontrato che la percezione del rischio di aver contratto il virus dell'HIV/AIDS, è strettamente connessa a dibattiti che sono spesso alimentati dall'osservare o dal venire a conoscenza di un caso di una persona che si è ammalata o è morta di HIV/AIDS. Le persone, in teoria, conoscono le modalità di contagio e di prevenzione, ma sono scarsamente consapevoli dell'opportunità e dell'efficacia derivante dal cambiamento delle proprie abitudini sessuali, come raccomandato dagli esperti. Le percezioni del rischio di contagio da HIV/AIDS sono in larga misura il riflesso del funzionamento di reti sociali, laddove notevoli modifiche nelle credenze e nei comportamenti sono indotte dal fatto che si interagisca con persone che manifestano un elevato livello di preoccupazione nei confronti del problema.

¹⁰ S. COGNETTI, *Precauzione nell'applicazione del principio di precauzione*, in G. Leone (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, ESI, 2019, p. 387 ss., p. 391-392.

¹¹ B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 194 ss., p. 199.

¹² S. COGNETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹³ M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dell'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in AIPDA, *Annuario 2005. Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 140 ss., spec. p. 152.

¹⁴ In questi termini, A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., p. 196.

legislative univoche ha creato non poche incertezze ermeneutiche sull'esatta perimetrazione della nozione, tenendo peraltro conto della stretta contiguità con quelle di emergenza e di pericolo. Per quanto d'interesse in questa sede, il rischio può essere definito come la possibilità di subire un danno derivante da circostanze più o meno prevedibili, mentre l'emergenza si presenta come una situazione imprevista che, normalmente, non è esplicitamente regolata dal diritto vivente e che, pertanto, deve essere affrontata come un'eccezione rispetto al sistema di valori riconosciuti dall'ordinamento¹⁵. Si ritiene che il ricorso alla precauzione fallisca in contesti emergenziali, quando la risposta delle istituzioni si traduce nell'esercizio di poteri straordinari miranti a ripristinare l'ordine turbato. In realtà, esiste una metodologia di regolazione (*emergency risk regulation*) che, combinando l'approccio della regolazione del rischio (*risk regulation*) con la possibilità di ricorrere a misure straordinarie, può essere applicata nell'immediatezza di un evento catastrofico (ad esempio, eruzione vulcanica, attacco terroristico, pandemia, esplosione nucleare, ecc.) per mitigarne l'impatto¹⁶. Più in particolare, se la nozione di rischio indica un peculiare, stato intermedio tra la sicurezza e la distruzione¹⁷, nel rischio di emergenza l'equilibrio tra le due si inclina chiaramente verso quest'ultima¹⁸. La regolazione del rischio di emergenza opera nella prima delle due fasi del ciclo di un evento catastrofico: mitigazione e risposta all'emergenza. In linea di principio, gli sforzi di mitigazione tendono a ridurre il potenziale impatto di una catastrofe immediatamente prima che essa si verifichi, mentre la risposta tende a fare ciò subito dopo. Nella pratica, tuttavia, la distinzione tra le due fasi non è sempre così netta: quando sono chiamati ad agire sotto la minaccia di una pandemia, i governi devono al contempo mitigare e rispondere alla stessa in una situazione imprevista (emergenza) e di forte impatto. La regolazione del rischio di emergenza opera, in particolare, nella fase iniziale della diffusione della malattia, quando la minaccia di una catastrofe imminente oscura il contesto normativo con l'emergenza¹⁹. Questa metodologia è essenziale per approntare una strategia amministrativa efficace per affrontare una pandemia poiché, grazie ad un monitoraggio continuo, una valutazione del rischio condotta sulla base di parametri univoci e uniformi e l'adozione di misure di gestione proporzionate, consente di ridurre gli effetti negativi dell'emergenza e, al contempo, l'uso di poteri straordinari²⁰.

¹⁵ Sulla distinzione tra i concetti di rischio e di emergenza, A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, cit., p. 12.

¹⁶ Sulla nozione, sulle caratteristiche, sull'ambito e sulle modalità di applicazione della *emergency risk regulation*, A. Alemanno (edited by), *Governing Disasters. The Challenges of Emergency Risk Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.

¹⁷ U. BECK, *World Risk Society*, Cambridge, Polity, 1999, p. 135.

¹⁸ A. ALEMANNNO, *Introduction*, in Id. (edited by), *Governing Disasters*, cit., p. xix ss., p. xxi.

¹⁹ A. ALEMANNNO, *op. cit.*, p. xii.

²⁰ D. VESE, *Managing the Pandemic. The Italian Strategy for Fighting Covid-19 and the Challenge of Sharing Administrative Powers*, in *Eur. J. Risk Reg.*, September 2020, 11, 3, p. 1 ss., p. 7, disponibile all'indirizzo <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk->

La pandemia costituisce una catastrofe nella misura in cui causa una forte perdita di vite umane; l'emergenza si verifica quando i servizi sanitari non sono più in grado di assorbire e curare i malati; la regolazione del rischio di emergenza comprende, dunque, da un lato misure che incrementino, sotto il profilo dell'organizzazione, della formazione del personale e delle risorse strumentali (numero di posti letto in terapia intensiva e ordinaria, ventilatori, ossigeno, ecc.), la capacità del sistema sanitario, e dall'altro, misure di protezione che diminuiscano le occasioni di contagio nella popolazione. Attraverso il monitoraggio dello "stato di stress" cui è sottoposto il sistema sanitario, le autorità competenti possono decidere se e quali misure precauzionali disporre per rallentare la diffusione del virus, tenendo in considerazione i dati epidemiologici sulle modalità di trasmissione e valutando, di volta in volta, il relativo impatto sulla curva epidemica.

Non è un caso che delle prime applicazioni del principio di precauzione sia stata fatta risalire all'epidemia di colera diffusasi verso la fine dell'Ottocento a Saint James, un noto quartiere di Londra. In quella circostanza, il ricorso all'approccio precauzionale, che si concretizzò nella decisione delle autorità di chiudere una pompa di acqua su Broad Street dando seguito alla provvidenziale intuizione di un fisico dell'epoca, permise di salvare centinaia di vite umane²¹. L'episodio rivela con estrema chiarezza che la decisione amministrativa, pur appoggiandosi alle conoscenze tecnico-scientifiche, non ne rimane tuttavia interamente vincolata: aderire all'allora dominante "teoria del miasma", che intravedeva nell'"aria nociva" la modalità di contagio del colera, avrebbe significato segregare tutta la popolazione nelle abitazioni, con enorme sacrificio delle libertà individuali. Inoltre, mostra l'efficacia di tale approccio in contesti di incertezza scientifica, quali appunto quelli delle epidemie e pandemie.

regulation/article/managing-the-pandemic-the-italian-strategy-for-fighting-covid19-and-the-challenge-of-sharing-administrative-powers/BC9649C9AB8321C3AF807CD5D8F295E2.

²¹ Nell'agosto del 1854, a Londra, scoppiò una violenta epidemia di colera nel noto quartiere di Saint James che iniziò a mietere centinaia di vittime, costringendo le autorità sanitarie ad intervenire nel tentativo di contenere il contagio. Poiché un fisico dell'epoca, il dottor John Snow, aveva ipotizzato che il diffondersi della malattia potesse dipendere dal consumo dell'acqua proveniente da una determinata fonte, l'Amministrazione decise di vietare il ricorso a quel punto di approvvigionamento. I casi di colera iniziarono quasi subito a diminuire e ben presto si riuscì a debellare la malattia. In realtà, la decisione amministrativa avrebbe dovuto considerarsi illegittima in base alle conoscenze scientifiche dell'epoca, poiché, secondo gli studi del Royal College of Physicians, la propagazione del colera avveniva per via aerea (solo nel 1884, infatti, lo studioso Koch avrebbe scoperto che la malattia si trasmette attraverso l'acqua tramite il vibrione) ma essa venne adottata, appunto per mera cautela, e consentì di salvare molte vite umane. Il caso è citato da P. HARREMOËS, D. GEE, M. MACGARVIN, A. STIRLING, J. KEYS, B. WYNNE, C.M.P. VAZ, *The precautionary principle in the 20th Century. Late lessons from early warnings*, London, Earthscan, 2002, p. 5, e ripreso da F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, cit., p. 3, sub nota 7, nonché, più di recente, nel contributo *Tra precauzione e ragionevolezza*, cit., 2006, 21, p. 1-2.

* * *

Queste brevi considerazioni sono utili per delineare alcune direttrici lungo le quali si snoderà l'analisi sul ruolo del principio di precauzione nella "costruzione" dell'intricato sistema normativo e amministrativo di gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19²², e precisamente: *i)* l'impatto della *percezione* del rischio ai fini dell'adozione delle misure di regolazione (*soft e hard law*) nelle varie fasi; *ii)* le conseguenze derivanti dall'assenza iniziale di una *preparedness*²³ per la gestione delle emergenze sanitarie di particolare gravità, predisposta peraltro solo sul finire della "fase uno"; *iii)* il rapporto tra potere e scienza nella definizione delle modalità d'intervento; *iv)* la difficoltà di coniugare la dimensione nazionale dell'emergenza con la differente concentrazione territoriale del contagio in un contesto ordinamentale che prevede l'allocatione della competenza legislativa in materia di sanità in capo alle Regioni; *v)* le modalità con cui i poteri d'ordinanza in materia di emergenze sanitarie sono stati concretamente esercitati dalle autorità regionali, assumendo quale osservatorio privilegiato la strategia predisposta dalla Regione Campania, che si è distinta rispetto alle altre per l'intensità delle misure di contenimento del contagio adottate nelle diverse fasi, con conseguente sovrapposizione rispetto ai provvedimenti governativi.

2. L'emergenza epidemiologica da Covid-19 e il ruolo del principio di precauzione nella predisposizione del sistema normativo e amministrativo di gestione.

L'esordio della pandemia Covid-19 e la violenza con cui ha investito il tessuto economico, politico e sociale²⁴ possono considerarsi ormai fatti noti²⁵. L'elevata velocità di propagazione del virus, la mancanza di adeguate cono-

²² Come indicato nella circolare del Ministro della Salute del 22 febbraio 2020, n. 5443, la malattia è definita «COVID-19» (dove «CO» sta per corona, «VI» per virus, «D» per disease e «19» indica l'anno in cui si è manifestata), mentre il virus, che era stato provvisoriamente denominato «nuovo Coronavirus», è stato denominato ufficialmente e definitivamente, dall'International Committee on Taxonomy of Viruses (ICTV), l'11 febbraio 2020, quale «severe acute respiratory syndrome coronavirus 2» (sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2), abbreviato in «SARS-CoV-2».

²³ Definita come «the knowledge and capacities developed by government, professional response and recovery organizations, communities and individuals to effectively anticipate, respond to, and recover from the impacts of likely, imminent or current crisis» (European Centre for Disease Prevention and Control, HEPsA - health emergency preparedness self-assessment tool – user guide, Stockholm, ECDC, 2018, p. IV).

²⁴ Definisce la pandemia Covid-19 «un tornado», G. LEONE, *Coronavirus, sorte del paese e... ap-palti a sorte*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 5 maggio 2020, 4.

²⁵ Per una ricostruzione puntuale degli avvenimenti e della sequenza di atti nazionali con cui sono state adottate le misure di contenimento durante la "fase uno" dell'emergenza, si rinvia al contributo di M. GNES, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 3, p. 282 ss.

scienze scientifiche sulle modalità di trasmissione, la complessità e la lunghezza delle terapie richieste per curare la malattia e l'assenza di un vaccino, possono considerarsi le principali cause della sofferenza del sistema sanitario nazionale²⁶ e, conseguentemente, della predisposizione di misure di contenimento incidenti su diritti e libertà fondamentali progressivamente crescenti per intensità, tipologia e densità. Il virus SARS-CoV-2 ha trovato le istituzioni nazionali del tutto impreparate, probabilmente perché fino a quel momento la *percezione* del rischio di un'emergenza epidemiologica era piuttosto bassa e l'opinione pubblica attribuiva a rischi di altro tipo un grado di salienza maggiore²⁷.

La scarsa attenzione al rischio epidemiologico può, del resto, facilmente risaltare dal fatto che l'ultimo aggiornamento del Piano pandemia influenzale risalisse al 2006²⁸. Il documento è stato utilizzato per contrastare l'influenza suina da virus A/H1N1 nel 2009, in seguito al progressivo innalzamento del livello di sorveglianza da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), che tuttavia arrivò in Europa in forma più lieve, rendendo praticamente fallimentari e inutili le campagne di immunizzazione²⁹. Questo spiega perché il Centro Europeo per la Prevenzione e il Controllo delle Malattie (ECDC) abbia stimato, all'inizio dell'epidemia in Cina, il rischio di introduzione dell'infezione in Europa attraverso casi importati dalle zone infette di livello moderato, come riferisce la circolare del Ministro della Salute del 22 gennaio 2020³⁰, che può essere considerata come il primo atto nazionale nel quale si dà conto dell'esistenza di una nuova malattia diffusiva dall'eziologia ignota e dal decorso anomalo, e si avviano le prime misure di profilassi. La sensibilità dell'opinione pubblica europea e nazionale al rischio pandemico era piuttosto bassa nel momento in cui l'epidemia da Covid-19 aveva fatto il suo esordio a Whuan, diffondendosi poi in altri paesi limitrofi, anche a causa delle false in-

²⁶ Aggravata, per altro, da i numerosi tagli alla spesa pubblica registrati negli ultimi anni: per un'analisi dei dati, D. AFFINITO, *Coronavirus in Italia: i tagli al Servizio sanitario nazionale, chi li ha fatti e perché*, in *Corriere della Sera*, 31 marzo 2020).

²⁷ Si pensi, soprattutto, al rischio sismico, reso saliente nella penisola dalla frequenza e dall'intensità dei terremoti verificatesi in tempi recenti (di cui l'ultimo avvenuto nell'isola di Ischia il 21 agosto 2017, di magnitudo 4.0 (Md), con due vittime, secondo i dati del sito istituzionale della Protezione Civile).

²⁸ Il Piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale (noto nella prassi come Piano pandemia influenzale) è stato redatto sulla base delle indicazioni emanate nel 2005 dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e ha sostituito, nel 2006, il precedente Piano italiano multifase per una pandemia influenzale, risalente al 2002. Il documento rappresenta il principale riferimento su cui devono essere predisposti i piani operativi nazionali, nonché le linee-guida nazionali per le ulteriori azioni da parte del Centro nazionale per la prevenzione e il controllo delle malattie (Ccm), organo responsabile del coordinamento tra il Ministero della Salute e le Regioni per le attività di sorveglianza, prevenzione e risposta tempestiva alle emergenze. Si prevede un'articolazione in fasi della gestione di una pandemia influenzale, prevedendo per ogni fase e livello gli obiettivi da raggiungere e le azioni da intraprendere. Inoltre, si individuano quali soggetti competenti: il Ministero della Salute, le Regioni, il Centro nazionale per la prevenzione e il controllo delle malattie (Ccm) e l'InfluNet. Sul punto, M. GNES, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, cit., spec. p. 287.

²⁹ Ancora M. GNES, *op. ult. cit.*, p. 288.

³⁰ Recante «Polmonite da nuovo coronavirus (2019 - nCoV) in Cina».

formazioni provenienti dal governo cinese sui sintomi e sul decorso della malattia, dalle quali era emersa una similitudine con la sindrome influenzale³¹. Non sorprende dunque che la risposta delle istituzioni italiane, in presenza di un rischio di contagio considerato di livello moderato e in assenza di pressioni provenienti dall'opinione pubblica, si sia concretizzata nell'emanazione di atti di *soft law*, non vincolanti, costituiti perlopiù da circolari, recanti indicazioni operative per il monitoraggio dello stato di salute dei passeggeri di voli provenienti dalla Cina (ad esempio, compilazione della c.d. *passenger locator card*)³², le prime definizioni di caso per la segnalazione, distinguendo, in particolare, tra caso sospetto, probabile e confermato³³.

Solo dopo che l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato, il 30 gennaio 2020, l'epidemia da Covid-19, dapprima, una «*Public Health Emergency of International Concern*» (PHEIC)³⁴ e, poco dopo, alla luce dei suoi livelli di gravità e diffusione in tutto il mondo, una pandemia³⁵, il rischio epidemiologico ha assunto un grado di salienza progressivamente crescente. Il giorno successivo, il 31 gennaio, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Salute, ha deliberato, inizialmente per la durata di sei mesi, lo stato di emergenza «*in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*», ai sensi della normativa di protezione civile, attribuendo al Capo del Dipartimento della protezione civile il potere di emanare

³¹ Si vedano le dure osservazioni di G. DE MINICO, *Coronavirus e fragilità dell'uomo forte*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 febbraio 2020, la quale rileva che «*il presidente cinese Xi Jinping, nascondendo il pericolo sotto un velo di bugie, ha dato prova della fragilità di un potere autocratico, verticistico e opaco, che, pur di non ammettere l'incapacità dinanzi all'evento imprevisto e straordinario, ha scelto il silenzio. Solo l'evidenza dei fatti lo ha costretto a parlare, ma lo ha fatto il meno possibile, minimizzando il rischio di contagio*».

³² Circolare del Ministro della Salute del 24 gennaio 2020, n. 2265, recante «*2019 - nCov - indicazioni operative per il monitoraggio dello stato di salute dei passeggeri su voli provenienti dalla Cina*».

³³ La definizione di «*caso sospetto*», «*caso probabile*» e «*caso confermato*», introdotta dalla circolare del Ministro della Salute del 27 gennaio 2020, n. 2302, recante «*Polmonite da nuovo coronavirus (2019 - nCoV)*» e più volte modificata nel corso dell'emergenza da atti di tenore analogo, si è rivelata una questione di primarietà assoluta per la gestione della pandemia, soprattutto se si considera che, perlomeno durante la «fase uno» sono stati effettuati tamponi solo su «*casi sospetti*», qualificati come tale dal Ministro della Salute in attuazione delle indicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e del Centro Europeo per la Prevenzione e il Controllo delle malattie (ECDC).

³⁴ WHO, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, Geneva, Switzerland, 30 January 2020 (disponibile all'indirizzo [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-healthregulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-healthregulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))). L'emergenza sanitaria pubblica di rilevanza internazionale (PHEIC) è stata definita nel Regolamento Sanitario Internazionale (RSI) del 2005 come un evento straordinario che possa: i) costituire un rischio per la sanità pubblica in altri Stati a causa della diffusione internazionale di malattie; ii) richiedere potenzialmente una risposta internazionale coordinata.

³⁵ Si veda WHO, *Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, 11 March 2020 (disponibile all'indirizzo <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020>).

ordinanze in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico³⁶.

L'individuazione del “paziente uno” nell'ospedale di Codogno, in Provincia di Lodi, il primo italiano ufficialmente contagiato dal virus SARS-CoV-2, nella notte tra il 20 e il 21 febbraio, insieme alla rapida diffusione del contagio in Lombardia, in Veneto, in Emilia-Romagna, in Piemonte e nel Lazio nei giorni successivi, ha segnato l'inizio effettivo dell'epidemia sul territorio nazionale e, al contempo, dato avvio alla costruzione di un complesso sistema normativo e amministrativo di gestione con la finalità di contenere il contagio e alleggerire la pressione sul sistema sanitario, in grave sofferenza a causa dell'elevato numero dei malati. Le misure di *soft law* sono state ben presto supportate da misure di regolazione di *hard law* (decreti-legge e decreti del Presidente del Consiglio dei ministri) che, per attuare il distanziamento sociale, unica forma di prevenzione e contenimento del contagio in mancanza dei dispositivi di protezione individuale (c.d. mascherine), hanno imposto il sacrificio di alcuni dei più importanti diritti e libertà fondamentali³⁷.

La strategia di analisi del rischio epidemiologico, in assenza di una pianificazione, è stata tuttavia notevolmente semplificata sotto il profilo comunicativo: innanzitutto, l'individuazione delle “fasi” della gestione emergenziale ha costituito l'esito di un'operazione empirica, condotta perlopiù dai *mass media* e recepita solo in seguito a livello istituzionale. Si è infatti scelto di riunire sotto la denominazione di “fase uno” il periodo, caratterizzato dall'adozione di misure fortemente limitative di diritti e libertà fondamentali, compreso tra la deliberazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020 e l'inizio della “fase due”, il 4 maggio 2020, contrassegnata da un progressivo allentamento di tali misure e da una lenta ripresa delle attività commerciali, subordinatamente all'adozione di specifiche misure di igiene.

Solo con l'allegato 10 del d.p.cm. 26 aprile 2020, che ha dato avvio alla “fase due”, è stata delineata una *mappatura* della strategia di gestione del rischio epidemiologico, attraverso l'articolazione in fasi dell'emergenza e la codificazione dei criteri per il monitoraggio del rischio sanitario funzionali al mantenimento o al passaggio da una fase all'altra. Sono state così previste cinque fasi complessive: la fase 1 (*lock-down*), la fase 2A (transizione iniziale), la fase 2B (transizione avanzata), la fase 3 (ripristino) e la fase 4 (preparazione). L'allegato 10 ha poi individuato una serie di criteri la cui sussistenza (parziale o totale) o assenza, accertata attraverso una verifica periodica, avrebbe determinato, rispettivamente, il mantenimento o il passaggio alla fase successiva o la regressione a quella precedente³⁸. Nonostante alcuni criteri siano connotati da un tas-

³⁶ Cfr. art. 7, comma 1, lett. c), e art. 24, comma 1, d.lgs. n. 1/2018.

³⁷ Per tutti, S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, p. 531 ss.

³⁸ Ad esempio, la transizione alla Fase 2B è subordinata al ricorrere delle seguenti condizioni: capacità di monitoraggio epidemiologico; stabilità di trasmissione; servizi sanitari non sovraccarichi; attività di *readiness*; abilità di testare tempestivamente tutti i casi sospetti; possibilità di garantire adeguate risorse per il *contact tracing*, l'isolamento e la quarantena.

so elevato di genericità (è il caso delle attività di c.d. *readiness*) e altri suggeriscano l'utilizzo di strumenti in corso di sperimentazione (il c.d. *contact tracing*)³⁹, è tuttavia apprezzabile lo sforzo dell'esecutivo di inquadrare l'emergenza nell'ambito di una strategia di gestione del rischio, di introiettare l'evento dannoso all'interno del sistema giuridico ordinario, consentendo così «la gestione di situazioni eccezionali con uno strumentario non extra ordinem, che estraneo ai tradizionali circuiti di garanzia e controllo lascia certamente spazio a un suo utilizzo strumentale e in certi casi "deviato"»⁴⁰. Il ritardo con cui è stata compiuta questa operazione ha causato un disallineamento tra comunicazione mediatica e istituzionale, da un lato, e testi normativi, dall'altro: ad esempio, si è comunemente affermato che la "fase tre" fosse stata avviata dal d.p.c.m 11 giugno 2020, contrariamente a quanto stabilito dall'allegato 10, che al contrario ne individua il presupposto essenziale nell'esistenza di un vaccino efficace e sicuro, allo stato attuale non ancora disponibile.

Tali criteri sono stati, da ultimo, richiamati dalla circolare del Ministro della Salute 11 agosto 2020, contenente il documento «*Elementi di preparazione e risposta a COVID-19 nella stagione autunno-invernale*», predisposto dall'Istituto Superiore di Sanità in collaborazione con il Ministro della Salute e il Coordinamento delle Regioni e delle Province autonome che, sulla base dei punti di forza e delle criticità riscontrate nelle prime fasi dell'epidemia, ha lo scopo di fornire indicazioni per fronteggiare un eventuale aumento dei casi durante il periodo autunnale e invernale. Sono previsti quattro possibili scenari connessi all'andamento della curva epidemiologica⁴¹ e alla capacità del sistema sanitario di gestire i malati, cui corrisponde l'adozione da parte delle autorità competenti di misure di contenimento di intensità progressivamente crescente, sulla base del modello seguito nei mesi precedenti.

La codificazione, a livello nazionale, di parametri univoci e uniformi alla stregua dei quali valutare l'entità del rischio epidemiologico e, se del caso, adottare le conseguenti misure di precauzione, in netto ritardo rispetto all'esordio dell'emergenza, ha costituito una delle principali ragioni del disallineamento tra la strategia di gestione predisposta dal Governo e quella seguita in alcune Regioni, tra cui la Campania. Sul punto si ritornerà a breve⁴². Qui è sufficiente an-

³⁹ Attuato solo dall'art. 6, d.l. 30 aprile 2020, n. 28. A tal fine, è stata predisposta una piattaforma unica nazionale a supporto di un programma applicativo, denominato "App Immuni", a disposizione di tutti i cittadini in possesso di uno *smartphone*. Solo con d.p.c.m. 18 ottobre 2020 è stato introdotto l'obbligo per i sanitari di registrare i codici delle persone risultate positive. Critico sull'efficacia dello strumento, F. GIGLIONI, *Le misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia nella "fase due"*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 4, p. 414 ss., p. 417.

⁴⁰ Così L. GIANI, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 15 ss., spec. p. 28.

⁴¹ La curva epidemiologica (nota anche come curva epidemica o curva dei contagi) indica un grafico statistico, usato in epidemiologia, per valutare l'insorgenza dell'epidemia, l'identificazione delle modalità di trasmissione, il suo periodo di incubazione e il suo andamento nel tempo (cfr. Center for Disease Control and Prevention, *Using an Epi Curve to Determine Mode of Spread*, disponibile all'indirizzo <https://www.cdc.gov/training/QuickLearns/epimode/>).

⁴² Si veda *infra* paragrafo 4.

tipicare che, nonostante la normativa emergenziale abbia attribuito alle Regioni il potere di adottare misure più restrittive in presenza di un aggravamento del rischio di contagio, tuttavia, i relativi indicatori di valutazione sono stati codificati e uniformati solo sul finire della “fase due”, con la conseguenza che l'intensità delle misure di contenimento in alcuni casi non è stata modulata su un rischio misurabile. Si consideri, ad esempio, che in piena “fase uno”, mentre nella Regione Lombardia, dove il rischio epidemiologico era decisamente maggiore e le strutture sanitarie ormai sature, l'attività motoria e sportiva è stata sempre consentita⁴³, senza introdurre alcuna deroga alle prescrizioni nazionali, al contrario, nella Regione Campania, tali attività sono state del tutto vietate⁴⁴, nonostante il rischio di contagio fosse più basso e il sistema sanitario non fosse in così grave sofferenza.

Per quanto concerne il delicato rapporto tra potere e sapere⁴⁵, è stata sin da subito rilevata l'oscurità del procedimento di emanazione dei decreti attuativi⁴⁶, soprattutto durante la “fase uno”, che al contrario avrebbe dovuto svolgersi nel pieno rispetto dei principi di partecipazione, trasparenza e pubblicità; i verbali del Comitato tecnico-scientifico⁴⁷, resi con funzione di supporto istruttorio all'emanazione dei decreti attuativi, sono stati resi pubblici solo a seguito dell'accoglimento del ricorso giurisdizionale proposto contro la reiezione della richiesta di accesso civico generalizzato⁴⁸. In nessuno dei decreti con cui sono state comprese gran parte delle libertà fondamentali dei cittadini (ad esempio, il *lock-down*), in un primo momento, solo in alcune aree, e successivamente nell'intero territorio nazionale, è stato possibile riscontrare alcun cenno ai verbali dell'organo tecnico-scientifico ai fini dell'adozione di misure così stringenti nei confronti della popolazione italiana⁴⁹. Come è stato opportunamente osservato, il continuo richiamo alle indicazioni della scienza da parte dei rappresentanti del governo in occasione delle conferenze stampa non ha trovato corrispondenza, sul piano giuridico, nel corredo motivazionale e nelle premesse dei provvedimenti adottati, che evidenziassero la effettiva valutazione del rischio in sede di adozione delle misure, traducendosi in una violazione del principio di

⁴³ Seppur in forma individuale, in prossimità dell'abitazione e nel rispetto della distanza di sicurezza interpersonale; si vedano le ordinanze n. 514 del 21.03.2020, n. 521 dello 04.04.2020 e n. 528 dell'11.04.2020, adottate, la prima, durante la vigenza del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, e le due successive, del d.l. 25 marzo 2020, n. 19. Per una più ampia disamina, sia consentito rinviare a V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19 - paper 20 maggio 2020, p. 16 ss.

⁴⁴ Si vedano le ordinanze n. 15 del 13.03.2020, n. 23 del 25.03.2020, n. 27 dello 03.04.2020, n. 32 del 12.04.2020.

⁴⁵ In questi termini, L.R. PERFETTI, nel *position paper* di questa Rivista, *Forme della sovranità della persona. Emergenza e poteri*, p. 11.

⁴⁶ B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 2020, 6, spec. p. IV.

⁴⁷ Istituito con decreto del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020.

⁴⁸ TAR Lazio, Roma, sez. I *quater*, 22 luglio 2020, n. 8615.

⁴⁹ A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19 - paper 29 aprile 2020, p. 5.

precauzione e conseguente illegittimità dei relativi provvedimenti (per carenza istruttoria e difetto di motivazione), pur se adottati in situazioni emergenziali⁵⁰. Del resto, è un dato ormai pacifico in giurisprudenza che l'emergenza (non fa venir meno ma anzi) rafforza l'obbligo di motivazione⁵¹.

Questa grave lacuna presente nei primi decreti emergenziali è stata successivamente colmata dall'esecutivo, anche attraverso l'inserimento di un riferimento espresso agli esiti della consultazione del Comitato tecnico-scientifico nei testi normativi, soprattutto in quelli di recente emanazione (ad esempio, nel d.p.c.m. 24 ottobre 2020 tale riferimento compare sia nel preambolo sia nella definizione delle misure di contenimento⁵²). Se infatti è vero che la decisione adottata all'esito del procedimento di analisi del rischio è, come si è detto, dipendente ma non vincolata alla valutazione tecnico-scientifica, è altrettanto vero tuttavia che la mancanza di un solido supporto istruttorio, condotto appunto da un organo tecnico, influisce inevitabilmente sulla sua legittimità⁵³.

3. Le “incursioni” delle autorità regionali e locali ammesse dalla normativa emergenziale nazionale.

In un quadro di competenze in materia di emergenze sanitarie ripartite tra i vari livelli territoriali di governo sulla base di un criterio prettamente dimensionale, costituito dall'estensione territoriale dell'urgenza da risolvere, l'obiettivo iniziale dell'esecutivo è stato quello di *incasellare*, avvalendosi del decreto-legge, entro binari ben definiti l'esercizio effettivo di tali competenze, prefigurando altresì il contenuto dei provvedimenti adottabili nella situazione specifica. La ricerca di un supporto delle autorità regionali e locali nella strategia di gestione dell'emergenza deriva, inoltre, dalla differente velocità di propagazione del virus nelle diverse aree del territorio nazionale e dall'esistenza di marcate discrepanze, a livello organizzativo, tra i sistemi sanitari regionali, suscettibili di riverberarsi sulla capacità prendersi carico (quantità) e di curare i malati (qualità). Nelle intenzioni del legislatore nazionale, le Regioni e, in minima parte, i Comuni avrebbero dovuto ricorrere al potere d'ordinanza solo

⁵⁰ A. BARONE, *op. ult. cit.*, p. 6.

⁵¹ Tra le tante, di recente, TAR Campania, Napoli, sez. V, 11 novembre 2019, n. 5319; Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774.

⁵² Si pensi ai casi in cui non opera l'obbligo di mantenere la distanza di sicurezza interpersonale o di indossare la mascherina.

⁵³ In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6250, secondo cui «*il principio di precauzione presuppone l'esistenza di un rischio specifico all'esito di una valutazione quanto più possibile completa, condotta alla luce dei dati disponibili che risultino maggiormente affidabili e che deve concludersi con un giudizio di stretta necessità della misura*». Con riguardo all'emergenza epidemiologica da Covid-19 e, in particolare, alla necessità che «*ogni iniziativa volta a modificare le misure di contrasto all'epidemia [debba essere] il frutto di un'istruttoria articolata*», TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841.

per risolvere tempestivamente criticità verificatesi nei rispettivi ambiti⁵⁴, e comunque muovendosi nel perimetro degli spazi non disciplinati o solo parzialmente disciplinati dai decreti attuativi nazionali, senza “intaccare” la strategia complessiva di gestione della crisi, nel rispetto del principio di leale collaborazione cui sono improntate le relazioni tra centro e periferia. L’art. 3, comma 2, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6⁵⁵, convertito, con modificazioni, in l. 5 marzo 2020, n. 13, aveva infatti statuito che «*nelle more dell’emanazione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza*», le misure di mitigazione degli effetti della pandemia tipiche e atipiche avrebbero potuto essere adottate dal Ministro della Salute, dal Presidente della Regione e dal Sindaco⁵⁶. Tuttavia, l’estrema genericità della previsione normativa aveva finito per attribuire una sorta di delega in bianco a tali autorità per la gestione dell’emergenza nei rispettivi territori, concretizzatosi in un profluvio di ordinanze regionali e locali, in taluni casi recanti prescrizioni addirittura più restrittive rispetto ai provvedimenti nazionali⁵⁷.

L’economia dello scritto non consente di soffermarsi sul fondamento normativo del potere d’ordinanza regionale, se cioè esso trovi un “appiglio” negli artt. 32, l. n. 833/1978 e 117, d.lgs. n. 112/1998 o nell’art. 32 Cost. ovvero nella normativa emergenziale, e sull’ampiezza dello spazio di manovra riconosciuto alle Regioni nel prisma dell’assetto dei rapporti definito dagli artt. 117 e 118 Cost.; pertanto ad altra sede si rinvia⁵⁸. D’altra parte, il dato sul quale è qui importante rivolgere l’attenzione non riguarda tanto la scelta del legislatore di tipizzare il contenuto delle ordinanze contingibili e urgenti⁵⁹, che per natura e tradizione sono da definirsi «*libere*»⁶⁰, attraverso la prefigurazione della tipologia di misura di mitigazione adottabile nel caso concreto, bensì le modalità con

⁵⁴ Profilo colto da A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper - 15 aprile 2020, spec. p. 5.

⁵⁵ Recante «*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza*».

⁵⁶ Rispettivamente, ai sensi dell’art. 32, l. 23 dicembre 1978, n. 833, dell’art. 117, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 e dell’art. 50, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

⁵⁷ E. CARLONI, *La crisi coronavirus come problema di geografia amministrativa*, in *laCostituzione.info*.

⁵⁸ Sia consentito rinviare sul punto a V. DI CAPUA, I. FORGIONE, *Salus rei publicae e potere d’ordinanza regionale e sindacale nell’emergenza Covid-19*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, p. 330 ss.; in giurisprudenza, TAR Lazio, sez. III *quater*, sentenze 2 ottobre 2020, n. 10047 e n. 10048, che propone una lettura “sinergica” degli artt. 32, l. n. 833/1978 e 117, d.lgs. n. 112/1998, basata sulla dimensione territoriale dell’emergenza, per giustificare il potere d’intervento del Ministro della Salute o del Presidente della Regione.

⁵⁹ B. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d’emergenza*, in *Giustizia Insieme*, 15 maggio 2020, disponibile all’indirizzo www.giustiziainsieme.it.

⁶⁰ G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, 1-2, p. 33 ss.

Per un inquadramento generale del potere d’ordinanza, senza pretesa di esaustività, G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1976, p. 89 ss.; M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati* (commento a Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 1948, n. 76), in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, I, p. 388 ss.; F. BARTOLOMEI, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell’amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, p. 345 ss.

cui le autorità regionali e locali hanno fatto uso di quei poteri, arrivando sino al punto di sovrapporsi agli atti nazionali attraverso l'imposizione di ulteriori limiti ai (già pesantemente compressi) diritti e libertà fondamentali⁶¹. Si tratta di uno degli aspetti più critici della gestione nazionale dell'emergenza da Covid-19, identificato dalla dottrina nella mancanza di una «*effective "sharing of powers"*»⁶², ossia di un esercizio condiviso dei poteri di regolamentazione amministrativa tra i diversi livelli di governo mediante la partecipazione e la cooperazione degli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale di emergenza (Governo, Regioni ed enti locali).

Il successivo d.l. 25 marzo 2020, n. 19⁶³, convertito, con modificazioni, in l. 22 maggio 2020, n. 35, è intervenuto a chiudere gli argini aperti ai poteri d'ordinanza, innanzitutto, riconoscendo alle Regioni uno spazio d'intervento in via d'urgenza solo al verificarsi di determinate condizioni⁶⁴ e, in secondo luogo, vietando ai Sindaci di adottare «*ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali*»⁶⁵ o eccedenti i limiti di cui al comma 1, valevoli per le ordinanze regionali (art. 3, comma 2), come peraltro già prescritto dall'abrogato art. 35, d.l. 2 marzo 2020, n. 9⁶⁶.

Il decreto ridefinisce le condizioni di legittimità delle ordinanze sindacali che, per non contrastare con i provvedimenti nazionali e regionali: non possono derogarvi, inasprendone o allentandone le relative prescrizioni⁶⁷ (sebbene parte della dottrina non esclude un eventuale inasprimento delle misure disposte dagli altri livelli di governo, ritenendolo provvisto di "copertura" nell'art. 32 Cost.)⁶⁸; possono assumere contenuto attuativo o integrativo (in questo caso, in assenza o con minimo esercizio di discrezionalità)⁶⁹; possono disciplinare ambiti non già regolati dagli atti straor-

⁶¹ Tra i numerosi esempi si vedano: l'ordinanza n. 105 del 5 aprile 2020 con cui il Sindaco di Messina ha tentato di "chiudere" lo stretto, cassata in sede di annullamento governativo straordinario (d.p.r. 9 aprile 2020, in GU n. 96 del 10 aprile 2020); l'ordinanza n. 37 del 29 aprile 2020 con cui il Presidente della Regione Calabria ha consentito la ristorazione con servizio ai tavoli all'aperto, annullata da TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841.

⁶² D. VESE, *Managing the Pandemic*, cit., p. 5.

⁶³ Recante «*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19*».

⁶⁴ L'adozione di misure più restrittive rispetto a quelle in vigore può avvenire solo «*nelle more*» dell'emanazione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e con efficacia limitata sino a tale momento, nonché al ricorrere di «*specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel [...] territorio [regionale] o in una parte di esso*» ed esclusivamente nell'ambito delle attività di rispettiva competenza e senza incidere ulteriormente sulle attività produttive e di rilevanza strategica per l'economia nazionale.

⁶⁵ Si noti che le parole «*regionali*» sono state aggiunte dalla l. n. 35/2020 in sede di conversione.

⁶⁶ Recante «*Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*», non convertito in legge.

⁶⁷ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, 2, p. 109 ss., p. 136, secondo cui «*l'ordinanza sindacale deve rispettare tutte le disposizioni statali adottate nella fase emergenziale*».

⁶⁸ A. RUGGIERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, p. 368 ss., spec. p. 376-377.

⁶⁹ Si pensi alle ordinanze con cui i Sindaci, in attuazione delle prescrizioni regionali, hanno emanato, nei rispettivi Comuni, prescrizioni di biosicurezza sullo svolgimento dei mercati co-

dinari, purchè si limitino all'introduzione di prescrizioni dotate di efficacia esclusivamente locale⁷⁰; si concretizzino esclusivamente nell'adozione di una delle misure definite a monte dalla normativa di eccezione⁷¹.

Una linea d'azione parzialmente differente si evidenzia nel d.l. 16 maggio 2020, n. 33⁷², convertito, con modificazioni, in l. 14 luglio 2020, n. 74: le Regioni possono reiterare o adottare nuovamente misure più restrittive della libertà di circolazione, limitatamente ad aree circoscritte, solo in presenza di un aggravamento della situazione epidemiologica e nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità (art. 1, commi 1 e 3); condizioni sostanzialmente analoghe valgono per l'adozione di eventuali misure derogatorie, restrittive o ampliative, di provvedimenti nazionali incidenti sulle attività produttive, in quest'ultimo caso notiziando il Ministro della Salute (art. 1, comma 16). Il decreto riduce invece ulteriormente il potere dei Sindaci, che possono esclusivamente disporre la chiusura temporanea di aree pubbliche o aperte al pubblico in cui sia impossibile assicurare il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale (art. 1, comma 9).

Da ultimo, il d.l. 7 ottobre 2020, n. 125⁷³, non ancora convertito in legge, modifica il potere d'ordinanza delle Regioni nel settore delle attività economiche, introducendo l'obbligo di una previa intesa con il Ministro della Salute nelle ipotesi in cui decidano di adottare misure ampliative rispetto a quanto prescritto dai provvedimenti nazionali (art. 1, comma 2, lett. a)).

4. Oltre i confini della precauzione: il «panico del rischio» nella Regione Campania.

Una volta delineati i caratteri salienti della normativa emergenziale, è ora possibile testare, attraverso un'analisi condotta sul campo, se la *sinergia* pensata

perti, durante la “fase uno” dell'emergenza (si veda, ad esempio, l'ordinanza del Sindaco di Milano n. 19 dello 07.04.2020, che detta norme per l'apertura in sicurezza dei soli mercati coperti conformemente a quanto previsto dall'ordinanza della Regione Lombardia n. 522 dello 06.04.2020). L'esercizio della discrezionalità dell'autorità locale è, in tal caso, minimo, limitandosi alla specificazione di disposizioni generali già definite “a monte” dall'ordinanza regionale.

⁷⁰ R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, 2020, 1, p. 648 ss., p. 676. Sul punto, I. FORGIONE, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19. Il ruolo delle ordinanze sindacali, tra sussidiarietà e autonomia*, in *Dir. ec.*, 2020, 2, p. 71 ss., p. 89, la quale giunge a ritenere ammissibile, nonostante la pervasività dell'azione dell'esecutivo, «un ambito di intervento integrativo ed attuativo [delle misure nazionali e regionali] [...], in funzione sussidiaria e di leale collaborazione, oltre che [...] uno proprio, di guida e indirizzo della vita cittadina». Ciò in quanto «gli enti locali non hanno unicamente il compito di attuare quanto disposto altrove, quale ultimo anello della catena istituzionale, ma devono essere un interlocutore istituzionale primario, con il compito di adattare, adeguare, informare, bilanciare in base alla realtà fattuale».

⁷¹ Cfr. TAR Puglia, Bari, sez. III, sentenza 22 maggio 2020, n. 733, sulla necessità che l'intervento tramite ordinanza sindacale sia limitato all'ambito «di un catalogo definito dalla normativa statale e governativa di tipo regolamentare».

⁷² Recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19».

⁷³ Recante «Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020».

dal legislatore tra i poteri coinvolti nella gestione dell'emergenza abbia trovato effettivo riscontro nella realtà. La tesi da verificare è se il Governo sia riuscito a mantenere la "regia" delle attività di *preparedness* e sia stato coadiuvato, in fase attuativa, dalle Regioni e dai Comuni, o se, al contrario, alcuni "protagonismi" locali abbiano trasformato la regolazione del rischio di emergenza in governo del «panico del rischio»⁷⁴, sovrapponendosi ai provvedimenti nazionali e generando caos, paura e incertezza nei consociati sui comportamenti ammessi e su quelli vietati.

A tal fine, si assumerà quale osservatorio privilegiato l'uso del potere di ordinanza da parte della Regione Campania durante la "fase uno" e la "fase due" dell'emergenza, al fine di stabilire innanzitutto se le misure regionali si allineino alla strategia di gestione predisposta dal Governo, eventualmente supportandola in fase attuativa, e in secondo luogo, se esse superino il *test* di proporzionalità (condotto secondo i criteri dell'adeguatezza, dell'idoneità e della necessità della misura)⁷⁵ e di ragionevolezza; si tratterà, più in particolare, di verificare se le misure considerino i nuovi dati epidemiologici sulle modalità di trasmissione della malattia e quale impatto abbiano sull'andamento della curva epidemica.

Al tempo di esordio della malattia sul territorio nazionale, la Regione è ricorsa alle ordinanze contingibili e urgenti per disporre una sequenza (caotica e disorganica)⁷⁶ di misure di contenimento del contagio in parziale deroga alla disciplina nazionale, dal contenuto particolarmente invasivo e fortemente compressivo dei diritti e delle libertà costituzionali. Si pensi, ad esempio, al divieto imposto alle persone fisiche residenti nel territorio campano di uscire dalla propria abitazione, residenza, domicilio o dimora⁷⁷, attraverso un'interpretazione restrittiva delle «*situazioni di necessità*» che giustificano lo spostamento⁷⁸; oppure di svolgere non solo l'attività ludica o ricreativa, ma anche quella sportiva e motoria individualmente, in prossimità dell'abitazione e nel rispetto delle norme sulla distanza di sicurezza interpersonale (attività sempre

⁷⁴ L'espressione è di C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, cit., p. 11.

⁷⁵ A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, p. 707 ss., p. 736 ss.; in giurisprudenza, tra le tante, TAR Lombardia, Milano, IV, 8 aprile 2014, n. 928.

⁷⁶ Sul sito della Regione Campania risultano ad oggi pubblicati: 88 ordinanze, 43 chiarimenti, svariati avvisi di rettifica e atti di richiami. I provvedimenti richiamano prescrizioni contenute in altri atti spesso non resi disponibili ovvero ne prorogano l'efficacia a più riprese, rendendo estremamente difficile per il cittadino comprenderne il significato e orientare, conseguentemente, la sua condotta.

⁷⁷ Il riferimento è alle ordinanze nn. 15, 23, 27 e 32, cit. Si noti peraltro che il TAR Campania, decreto 18 marzo 2020, n. 416, ha ritenuto legittimi, seppur in sede cautelare, l'ordinanza n. 15 e il relativo chiarimento n. 6.

⁷⁸ Ad esempio, l'ordinanza n. 23 ha considerato «*situazioni di necessità*» esclusivamente «*quelle correlate ad esigenze primarie delle persone, per il tempo strettamente indispensabile, e degli animali d'affezione, per il tempo strettamente indispensabile e comunque in aree contigue alla propria residenza, domicilio o dimora*» (spec. punto 3).

consentita a livello nazionale)⁷⁹. La violazione di tali obblighi ha determinato l'applicazione, oltre della sanzione di cui all'art. 650 c.p., anche della misura dell'isolamento domiciliare fiduciario con sorveglianza sanitaria attiva (c.d. quarantena), che è stata così spogliata della finalità precauzionale, finendo per assumere carattere sanzionatorio, come peraltro risulta confermato dall'uso dei termini «*trasgressione*» e «*trasgressore*». L'intreccio di provvedimenti è proseguito attraverso le applicazioni, più volte confermate e reiterate, delle misure volte a circoscrivere *cluster* d'infezione scoppiati all'interno di alcuni Comuni⁸⁰. Un contenuto in parte analogo è rinvenibile nelle ordinanze riguardanti le attività economiche consentite sul territorio regionale che, sovrapponendosi ai provvedimenti nazionali, hanno dettato prescrizioni derogatorie più restrittive sulle modalità di svolgimento: ad esempio, è stata vietata del tutto la produzione e la vendita, anche a domicilio, di categorie merceologiche ammesse dai provvedimenti governativi⁸¹, nonché lo svolgimento dell'attività mercatale all'aperto anche con riguardo alla vendita dei generi alimentari⁸².

La stessa linea di azione è proseguita anche durante la “fase due”, sebbene lo spazio di manovra inizialmente riconosciuto alle Regioni sia stato nel frattempo ridotto dalla normativa emergenziale nazionale: riguardo alla libertà di circolazione, si pensi alla permanenza del divieto di svolgere attività sportiva⁸³, consentita poi solo entro fasce orarie⁸⁴, nonostante l'eliminazione di tutte le limitazioni a livello nazionale⁸⁵; tali vincoli sono venuti meno diverso tempo dopo l'entrata in vigore dei provvedimenti governativi. Limitazioni analoghe hanno riguardato anche le attività economiche: ad esempio, è stata consentita l'attività di ristorazione, perlomeno in un primo momento, solo con la modalità

⁷⁹ Specificamente, dall'art. 1, comma 1, lett. *b*), dell'ordinanza del Ministro della Salute 20 marzo 2020.

⁸⁰ Si tratta, in particolare, dei Comuni di Ariano Irpino (AV), Sala Consilina, Caggiano, Polla, Atena Lucana, Auletta (SA), Lauro, Paolisi, Saviano e Letino, “chiusi” con una sequenza di ordinanze più volte confermate e prorogate.

⁸¹ L'ordinanza n. 13 ha limitato la consegna a domicilio di generi alimentari ai prodotti confezionati. Tali misure sono state estese e prorogate dalla successiva ordinanza n. 25 che ha sospeso i servizi di ristorazione anche con riguardo alla consegna a domicilio, ponendosi in palese contrasto non solo con le prescrizioni del d.p.c.m. 11 marzo 2020, che ha consentito l'attività dei servizi di ristorazione limitatamente alla vendita a domicilio e da asporto nel rispetto delle norme igienico-sanitarie, ma anche con l'art. 3, comma 1, d.l. n. 19/2020, che ha precluso alle ordinanze regionali di deprimere ulteriormente le attività economiche. Per un'analisi critica dettagliata, si rinvia a F. BORRIELLO, *Campania*, in *Ceridap*, 14 aprile 2020, disponibile all'indirizzo <https://ceridap.eu/focus-regione-campania/#post-1055-footnote-11>.

⁸² Si veda l'ordinanza n. 13 cit.

⁸³ Si veda il punto 5 dell'ordinanza n. 41 dello 01.05.2020.

⁸⁴ Si vedano: il punto 1.2 dell'ordinanza n. 42 dello 02.05.2020, che consente l'attività sportiva all'aperto esclusivamente nella fascia oraria compresa tra le ore 6-8.30 a.m.; il punto 1.2. dell'ordinanza n. 45 dello 08.05.2020, che la ammette nelle “aree verdi” e sul lungomare solo nella fascia oraria 5.30-8.30 a.m., mentre senza limiti nelle altre aree pubbliche o aperte al pubblico, prescrivendo tuttavia l'obbligo di portare con sé la mascherina e di interrompere immediatamente l'attività in presenza di un assembramento.

⁸⁵ Dal d.p.c.m. 26 aprile 2020.

della consegna a domicilio e vietata del tutto la vendita con asporto⁸⁶, in palese contrasto con quanto prescritto dal d.p.c.m. 26 aprile 2020, che invece aveva ammesso espressamente entrambe le modalità.

Hanno poi continuato ad essere emanati provvedimenti applicativi di misure volte a circoscrivere *cluster* d'infezione sviluppatasi in alcune aree del territorio regionale⁸⁷.

Le misure regionali adottate nel periodo considerato si sono discostate dalla strategia di gestione nazionale imponendo sacrifici alle libertà dei cittadini residenti sul territorio ulteriori rispetto a quelli derivanti dai decreti attuativi. Per quanto poi concerne i profili della proporzionalità e della ragionevolezza delle singole misure, un'esame del corredo motivazionale delle ordinanze (soprattutto di quelle emanate nella "fase uno") rivela, innanzitutto, una valutazione del rischio da gestire sul territorio regionale condotta senza alcun riferimento a parametri obiettivi e misurabili (ad esempio, posti letto disponibili in terapia intensiva e ordinaria, adeguate risorse per il monitoraggio dello stato di salute dei pazienti positivi in isolamento domiciliare, esistenza di un sistema di *contact tracing*)⁸⁸, nonché una evidente sproporzione tra il sacrificio imposto e il beneficio ottenibile: vietare del tutto l'attività motoria e sportiva svolta in forma individuale e in luoghi isolati è una misura davvero necessaria? Oppure finisce per accrescere il rischio per la popolazione di morire di altre malattie o di soffrire di disturbi psico-fisici?

La strategia predisposta dalla Regione si è allineata a quella del Governo solo durante il periodo estivo, quando l'appiattimento della curva epidemica ha determinato l'eliminazione delle barriere alla libertà di circolazione e la ripresa di tutte le attività economiche presenti sul territorio, fermo restando le prescrizioni di c.d. biosicurezza (mascherine nei luoghi chiusi, misurazione della temperatura, protocolli, ecc.). Tuttavia, la risalita dei contagi provocata dall'allentamento delle misure di mitigazione ha causato un nuovo disallineamento con i provvedimenti governativi, nitidamente rilevabile dal contenuto delle ordinanze che hanno imposto l'uso della mascherina anche all'aperto a prescindere dalla distanza interpersonale⁸⁹, limitato l'attività di ristorazione, bar,

⁸⁶ Si veda l'ordinanza n. 37 del 22.04.2020.

⁸⁷ Si vedano: l'ordinanza n. 57 del 22.06.2020, prorogata dall'ordinanza n. 58 del 30.06.2020, che impone l'obbligo di isolamento domiciliare dei cittadini residenti presso i c.d. "Palazzi Cirio" (palazzo Drago, palazzo Roma, palazzo A-G, palazzo Nuovo Messico, palazzo California), siti nel Comune di Mondragone (CE); l'ordinanza n. 67 dell'11.08.2020, che dispone, fino al 25 agosto 2020, la chiusura delle strutture ricettive "La Sonrisa" e "Hotel Villa Palmentello", site nel territorio di Sant'Antonio Abate (NA), con obbligo di disinfezione e sanificazione di tutti i locali prima della riapertura, e l'obbligo di isolamento domiciliare, fino al 14 agosto 2020, ai cittadini residenti nella via "Croce di Gragnano" nel medesimo territorio; l'ordinanza n. 82 del 20.10.2020, che impone il divieto di mobilità assoluta ai cittadini residenti e il "blocco" di servizi e attività non essenziali nel Comune di Arzano (CE), prorogata dall'ordinanza n. 86 del 30.10.2020.

⁸⁸ Tra le tante, si veda l'ordinanza n. 23 cit.

⁸⁹ Si veda il punto 1.2 dell'ordinanza n. 72 del 24.09.2020, prorogata dall'ordinanza n. 76 dello 03.10.2020 (spec. punto 1.6) e, da ultimo, dall'ordinanza n. 77 dello 05.10.2020 (punto 3.1).

wedding e cerimonie con prescrizioni di carattere organizzativo⁹⁰ o di specifici obblighi (ad esempio, identificazione di almeno un cliente per tavolo attraverso la rilevazione e la conservazione dei dati di idoneo documento di identità)⁹¹.

In quest'ultimo caso, però, il Governo ha "seguito" la strategia della Regione Campania, recependo parte delle misure regionali più restrittive che nel frattempo erano state adottate: ad esempio, si pensi alle prescrizioni sull'uso generalizzato e continuativo della mascherina⁹² o sulla chiusura anticipata dei ristoranti e locali assimilati⁹³.

Le ordinanze emanate nel periodo autunnale pur rivelando, nel corredo motivazionale, una valutazione del livello di rischio da gestire sul territorio nazionale condotta su parametri obiettivi e misurabili, basati principalmente sulla capacità dei servizi sanitari di farsi carico e curare i malati, tuttavia, omettono di considerare l'evoluzione dei dati epidemiologici sulle modalità di trasmissione della malattia. Si consideri, ad esempio, la decisione regionale di imporre l'uso generalizzato e continuativo della mascherina⁹⁴ e non semplicemente di averla sempre con sé e di indossarla nei luoghi al chiuso diversi dalle abitazioni private o all'aperto, quando non sia possibile mantenere la condizione di isolamento in modo continuativo rispetto a soggetti non conviventi⁹⁵: in questo caso, la misura potrebbe difettare del requisito della stretta necessità, imponendo un sacrificio maggiore di quello necessario a raggiungere lo scopo, oltre che presentarsi come irragionevole se si considera che le palestre, le piscine e i centri *fitness*, dove il rischio di contagio è decisamente maggiore⁹⁶, sono stati chiusi solo in un secondo momento, peraltro a livello nazionale.

Considerazioni analoghe valgono per la decisione di limitare fino alle ore 23.00 la ristorazione con consegna a domicilio⁹⁷, ammessa senza limiti di orario

⁹⁰ Ad esempio, prescrivendo un numero massimo di persone sedute ai tavoli (v. l'allegato 1 all'ordinanza n. 76 cit. e l'allegato 2 all'ordinanza n. 75 dello 02.10.2020, riguardanti, rispettivamente, il settore *wedding* e cerimonie e quello della ristorazione).

⁹¹ Si veda il punto 3 dell'ordinanza n. 64 del 31.07.2020, confermata e prorogata, da ultimo, dall'ordinanza n. 72 cit. (spec. punto 1.4).

⁹² Reintrodotto dal d.p.c.m. 13 ottobre 2020 e confermato dal successivo d.p.c.m. 24 ottobre 2020, che peraltro ne ha «raccomandato» l'uso anche nelle abitazioni private in presenza di persone non conviventi.

⁹³ Il d.p.c.m. 24 ottobre 2020, inasprendo le prescrizioni del previgente d.p.c.m. 13 ottobre 2020, ha, da ultimo, limitato l'attività dei servizi di ristorazione (bar, pub, ristoranti, pasticcerie e gelaterie) entro la fascia oraria 5.00-18.00; vietato il consumo di cibi e bevande nei luoghi pubblici o aperti al pubblico; consentito senza limiti di orario la ristorazione con consegna a domicilio e fino alle ore 24.00 quella con asporto. Inoltre, il servizio ai tavoli rimane consentito solo se le Regioni e le Province autonome ne abbiano preventivamente accertato la compatibilità con l'andamento della situazione epidemiologica nei rispettivi territori e previa adozione di protocolli stilati secondo le linee-guida nazionali (spec. art. 1, comma 9, lett. *ee*).

⁹⁴ Si veda il punto 3.1. dell'ordinanza n. 77 cit.

⁹⁵ Precisazione, quest'ultima, contenuta nell'art. 1, comma 1, d.p.c.m. 24 ottobre 2020.

⁹⁶ Sulle modalità di trasmissione del Covid-19, N.R. JONES, Z.U. QURESHI, R.J. TEMPLE, J.P.J. LARWOOD, T. GREENHALGH, L. BOUROUBA, *Two metres or one: what is the evidence for physical distancing in covid-19?*, in *BMJ*, 2020; 370 doi: <https://doi.org/10.1136/bmj.m3223>, 25 August 2020.

⁹⁷ Si veda, in particolare, il punto 1.4. dell'ordinanza n. 85 del 26.10.2020.

a livello nazionale, che appare difettare anche del requisito dell'adeguatezza. Aderendo al rapporto dell'Unità di crisi regionale, dove si rappresenta che sono necessarie misure che favoriscano una drastica riduzione delle interazioni fisiche tra le persone così da alleggerire la pressione sui servizi sanitari, l'ordinanza mira a scongiurare occasioni di contatto collegate alla consegna a domicilio dei cibi, che potrebbe costituire un ulteriore veicolo di diffusione del contagio nel territorio regionale. In realtà, non si comprende come un contatto protetto e di breve durata come quello tra vettore e acquirente al momento della consegna, possa rappresentare un'occasione di contagio; se infatti una decisione simile poteva, non senza sforzo, giustificarsi nella fase iniziale dell'epidemia, quando era difficile reperire mascherine, nella situazione attuale risulta, oltre che non necessaria, anche inadeguata allo scopo.

Per quanto concerne, invece, la scelta di concentrare in fasce orarie (peraltro estremamente brevi) l'attività di *jogging* svolta sui lungomari, nei parchi pubblici, nei centri storici o comunque in luoghi non isolati⁹⁸, se la *ratio* del provvedimento è disincentivare l'attività sportiva nei luoghi dove il rischio di assembramento è maggiore, può allora rilevarsi la violazione del criterio della necessità nella scelta del mezzo d'intervento (una misura repressiva in luogo di una di *soft regulation* come la "raccomandazione") e del principio di ragionevolezza, sotto il profilo della disparità di trattamento, poiché omette di considerare la ipotetica impossibilità per certe persone di svolgere tali attività lontano dai luoghi (lungomari, parchi, centri storici) in cui abitano (e comunque sarebbe stato forse più opportuno introdurre una modulazione su base locale).

Infine, si consideri l'imposizione del divieto di mobilità interprovinciale⁹⁹, introdotto per limitare la mobilità dei cittadini all'interno del territorio campano, quando però rimane consentito quello interregionale; misura ritenuta viziata da eccesso di potere per illogicità¹⁰⁰.

5. Riflessioni finali.

L'indagine condotta mostra che, nel caso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, il ricorso al principio di precauzione non è riuscito a prevenire restrizioni illegittime dei diritti e delle libertà fondamentali; se non correttamente incorporato all'interno di una strategia di analisi del rischio e accompagnato da un'attenta analisi costi/benefici, la sua efficacia può infatti rivelarsi del tutto fallace. La mancanza di una *preparadness* per la gestione di emergenze di sanità pubblica è stata una delle cause principali del caos normativo e amministrativo

⁹⁸ Si veda il punto 1.4 dell'ordinanza n. 78 cit., prorogata, da ultimo, dall'ordinanza n. 87 del 31.10.2020.

⁹⁹ Si veda il punto 3 dell'ordinanza n. 82 cit.; tale obbligo è stato più volte confermato e prorogato (cfr. punto 1, lett. c), dell'ordinanza n. 83 del 22.10.2020, punto 1.5, lett. b), dell'ordinanza n. 85 cit. e, da ultimo, dal punto 1.3, lett. b), dell'ordinanza n. 87 cit.).

¹⁰⁰ Ritiene i provvedimenti viziati da eccesso di potere per illogicità S. STAIANO nell'intervista rilasciata a *La Repubblica*, Napoli, 22 ottobre 2020.

che ha caratterizzato la “fase uno”, durante la quale si è cercato di imbastire una risposta istituzionale ad un rischio di contagio progressivamente crescente e, al contempo, differenziato a livello regionale. La scelta dell'esecutivo di conferire alle Regioni e ai Comuni ampi poteri d'intervento per reagire a criticità territorialmente localizzate si è rivelata tuttavia inefficace anche a causa della ripetuta violazione del principio di leale collaborazione, compromettendo l'unitarietà della strategia di gestione della crisi. Il caso della Regione Campania mostra quanto le autorità regionali, piuttosto che aderire sinergicamente al disegno predisposto dal Governo, abbiano invece assunto la “direzione” della gestione della crisi nei rispettivi territori, derogando ai provvedimenti nazionali attraverso prescrizioni illogiche, non adeguate e non proporzionate. Nella “fase uno” dell'emergenza ne sono emblema i provvedimenti che hanno tramutato la quarantena da misura di carattere precauzionale a sanzione applicabile a quanti avessero trasgredito al divieto di uscire dalla propria abitazione senza giustificazione, trasformando così la regolazione del rischio di emergenza in governo del *panico del rischio* e avvicinandosi pericolosamente ad una «*torsione autoritaria*»¹⁰¹ dello stato democratico. Del resto, il d.p.c.m. 3 novembre 2020 attribuisce al Governo il potere di individuare le aree di rischio all'interno delle quali collocare, con successiva ordinanza del Ministro della Salute «*sentiti*» i Presidenti delle Regioni interessate, rivelando la volontà di superare le difficoltà (ampiamente analizzate) derivanti una gestione (eccessivamente) “decentrata” del rischio di emergenza.

In casi come questo, la stessa terapia indicata da Sunstein, ovvero il sindacato dei giudici¹⁰², si rivela inefficace per diverse ragioni: innanzitutto perché, afferendo la decisione sul grado di accettabilità sociale del rischio all'area della responsabilità politica, diventa difficile sottoporre a sindacato giurisdizionale l'esito di tale valutazione¹⁰³; in secondo luogo, perché la tutela dinnanzi al giudice amministrativo incontra lo “schermo” del regime giuridico dell'atto che ne condiziona l'ammissibilità e l'intensità; in terzo luogo perché, avendo le misure adottate durante l'emergenza efficacia molto limitata nel tempo (esaurendosi talvolta nell'arco temporale di pochi giorni) la tutela cautelare, nella specie della tutela d'urgenza, ha finito per racchiudere, in questa fase, «*tutta la protezione che può offrire, in generale, l'intero sistema delle garanzie giurisdizionali*»¹⁰⁴, rivelandosi in molti casi addirittura inefficace¹⁰⁵.

Se quindi né la tutela giurisdizionale né la stessa “precarietà” dei provvedimenti emergenziali sono riuscite ad impedire che alcune delle più importanti libertà costituzionali subissero una compressione permanente, occorre forse

¹⁰¹ P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 75.

¹⁰² C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, cit., spec. p. 276 ss.

¹⁰³ D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁴ A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in *Diritti regionali*, 2020, 2, p. 86 ss., spec. p. 95-96 (corsivo testuale).

¹⁰⁵ A. VUOLO, *op. loc. ult. cit.*, il quale nota come in molti casi «*la tutela [sia stata] solo quella anticipatoria, sicché, conclusa la fase davanti al Presidente, specie se questi ha respinto l'istanza, la trattazione collegiale non ha più ragione di essere, in quanto le misure contestate hanno esaurito i propri effetti*».

domandarsi se non sia giunto il momento di ripensare il sistema di gestione delle emergenze sanitarie attraverso la prefigurazione delle fasi, dei criteri di monitoraggio, delle azioni e dei soggetti competenti, piuttosto che lasciare che un evento dannoso (connesso a un rischio inizialmente *percepito* come remoto) ponga in pericolo, oltre alle vite umane, i pilastri dello Stato di diritto.

CLAUDIA MARCHESE
Assegnista di ricerca in Diritto Pubblico Comparato
presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze
c.marchese@unifi.it

LA GARANZIA DEI DIRITTI ALLA PROVA DELLA PANDEMIA.

CONSIDERAZIONI COMPARATISTICHE SULL'INTERVENTO STATALE ALLA LUCE DEL CONTESTO EUROPEO

THE GUARANTEE OF RIGHTS PUT TO THE TEST DURING THE PANDEMIC.

COMPARATIVE CONSIDERATIONS ON STATE INTERVENTION IN THE EUROPEAN CONTEXT

SINTESI

Il presente studio si propone di effettuare una ricostruzione in chiave comparata delle misure disposte a livello statale in Italia, Spagna, Francia e Germania per fronteggiare la crisi economico-finanziaria causata dalla pandemia da Covid-19. In particolare, saranno oggetto di analisi le misure disposte al fine di tutelare i soggetti maggiormente colpiti dalle conseguenze della pandemia e dunque i lavoratori, le famiglie, i giovani. Tuttavia, non si tralascerà di esaminare nel dettaglio gli interventi disposti al fine di salvaguardare il tessuto imprenditoriale. In un simile contesto lo Stato assolve ad un ruolo centrale, dovendo contemperare differenti istanze e fornire adeguata tutela sia ai diritti sociali sia alla libertà di iniziativa economica. Le modalità attraverso le quali questa tutela può estrinsecarsi sono molteplici. Pertanto, il presente studio cercherà di porre in rilievo le peculiarità dei singoli modelli di intervento statale. Una simile panoramica sarà completata dall'analisi e dalla comparazione dei piani nazionali di rilancio.

ABSTRACT

This study aims to carry out a comparative analysis of the measures adopted by the State in Italy, Spain, France, and Germany in order to face the economic and financial crisis caused by the Covid-19 pandemic. It focuses in particular on measures introduced to protect those most affected by the consequences of the pandemic (i.e. workers, families and young people). The study will also examine in detail the operations put in place to safeguard the entrepreneurship. The State plays a central role in this context, having to reconcile different needs and provide adequate protection for both social rights and freedom of economic initiative. There are many ways of ensuring this protection, and this study seeks to highlight the specificities of the models of State intervention.

This overview will be completed by an analysis and comparison of national recovery plans.

PAROLE CHIAVE: Crisi economico-finanziaria – Diritti sociali – Libertà di iniziativa economica – Piani di rilancio.

KEYWORDS: Economic and financial crisis – Social rights – Freedom of economic initiative – Recovery plans.

INDICE: 1. L'impatto economico-finanziario della pandemia ed il ruolo centrale dello Stato – 2. L'intervento dello Stato tra garanzia dei diritti sociali e tutela della libertà di iniziativa economica: analisi comparata delle misure adottate in Italia, Spagna, Francia e Germania – 3. Dal superamento del rigore finanziario alla definizione dei piani nazionali di rilancio – 4. Considerazioni conclusive sulle prospettive di tutela dei diritti sociali ed economici a seguito della crisi pandemica.

1. L'impatto economico-finanziario della pandemia ed il ruolo centrale dello Stato

L'11 marzo 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato lo stato di pandemia in relazione alla diffusione a livello mondiale del Covid-19¹. Infatti, a partire dall'inizio del 2020 il virus Sars-Cov-2 si è diffuso rapidamente dall'Asia all'Europa, propagandosi successivamente in maniera significativa anche negli Stati Uniti e nei Paesi dell'America Latina. In misura minore sono risultati colpiti, alla luce dei dati attuali, il continente africano e quello australiano.

Tuttavia, è possibile affermare che nessuno Stato è restato indenne a fronte dell'avanzata del virus. Il dilagare di quest'ultimo non ha determinato conseguenze esclusivamente sotto il profilo sanitario, bensì ha significativamente inciso tanto sulla vita quotidiana dei singoli quanto sul funzionamento delle istituzioni nei diversi ordinamenti. Si pensi, per esempio, alle difficoltà incontrate dagli organi collegiali nell'assolvere alle proprie funzioni. Questi ultimi sono spesso stati chiamati ad adottare modalità alternative per svolgere in sicurezza le proprie funzioni, arginando così il rischio di propagare ulteriormente il contagio e di determinare situazioni di stallo nei meccanismi istituzionali².

¹La dichiarazione effettuata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità è consultabile in <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

²A tal riguardo si pensi, per esempio, all'impiego di video riunioni da parte del Consiglio europeo o al ricorso al voto elettronico a distanza da parte di taluni organi rappresentativi, tra cui vale la pena ricordare il Parlamento europeo, le *Cortes Generales*, la *House of Commons*. Per un inquadramento comparatistico v. SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *Emergenza da Covid-19 e attività parlamentare: i casi di Francia, Germania e Spagna*, Nota breve n. 180, marzo 2020, nonché SERVIZIO STUDI DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *L'attività parlamentare durante l'emergenza Covid-19 nei Paesi dell'UE e nel Parlamento europeo: elementi di sintesi*, ottobre 2020. In dottrina v. L. SCIANNELLA, *La crisi pandemica da Covid-19 e la "trasformazione digitale" dei Parlamenti. Un'analisi comparata*, in *DPCE online*, 2020, 2; P. MARSOCCI, *Lo spazio digitale dei lavori parlamentari e l'emergenza sanitaria Covid-19*, in *Rivista di diritto dei media*, 2020, 1. In relazione all'esperienza spagnola v. S. CURRERI, C. MARCHESE, *Il "voto telematico no presencial" nell'esperienza delle assemblee rappresentative spagnole: le*

Oltre ai risvolti sanitari ed a quelli concernenti il funzionamento delle istituzioni, la diffusione del virus e le misure di c.d. *lockdown* disposte a livello nazionale al fine di contrastarne l'avanzata hanno determinato significative conseguenze a livello economico-finanziario³.

Per avere un'idea del livello di shock economico sia sufficiente osservare che la Commissione europea, nel documento “*Identifying Europe's recovery needs*” del 27 maggio 2020, ha stimato che il PIL degli Stati europei nella seconda metà del 2020 sarebbe diminuito del 14% rispetto ai livelli registrati nello stesso periodo nel 2019. Invece, se si considera l'intero 2020 è attesa una diminuzione del PIL del 7,4%, con la prospettiva di una ripresa solo parziale nel 2021⁴. Le conseguenze in termini di perdita di posti di lavoro appaiono significative: secondo le prime stime il livello di disoccupazione nell'area euro salirà al 9,5%, mentre si attesterà al livello del 9% se si considera l'intera Unione europea. Tra i Paesi che subiranno maggiori perdite di posti di lavoro la Commissione europea ha collocato l'Italia, la Francia e la Spagna. Tali previsioni sono state confermate dal report “*European Economic Forecast – Summer 2020*” pubblicato nel mese di luglio dalla Commissione europea⁵.

Quest'ultimo report, sebbene manifesti maggiore fiducia in relazione alle prospettive di ripresa nel corso del 2021, pone in risalto come all'esito della crisi legata alla diffusione del Covid-19 sia atteso un incremento significativo e duraturo delle asimmetrie economiche tra gli Stati membri dell'Unione.

Considerando queste stime relative all'eurozona è possibile intuire l'entità delle conseguenze legate alla pandemia. Tuttavia, al fine di avere un quadro ancora più chiaro sembra opportuno evidenziare come la crisi economico-finanziaria derivata dalla pandemia da Covid-19 si differenzi dalla crisi economico-finanziaria del 2008 non solo per la sua portata più ampia, ma soprattutto

Cortes Generales e i Parlamenti delle Comunità Autonome, in *Federalismi*, 2020, 12. Per approfondire l'accesso dibattito relativo all'introduzione del voto telematico a distanza anche nell'ordinamento interno in relazione all'attività della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica v., *ex plurimis*, S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 3; 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*, 2020, 3; R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi*, 2020, 8; S. CECCANTI, *Per una ragionevole disciplina costituzione del ruolo del Parlamento nelle situazioni di emergenza*, in *DPCE online*, *Osservatorio Covid-19*, 27 marzo 2020, F. CLEMENTI, *Parlamento difeso con il voto a distanza*, in *Il Sole 24 Ore*, 16 marzo 2020; ID., *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 3.

³ Per un esame in chiave comparata delle misure di *lockdown*, ossia di chiusura prolungata delle attività produttive, commerciali e turistiche accompagnate dal divieto di qualsiasi forma di aggregazione e da pregnanti limitazioni dei diritti di libertà v. L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi*, *Osservatorio emergenza Covid-19*, aggiornato al 5 maggio 2020, 13.

⁴ Il documento, presentato dalla Commissione europea il 27 maggio 2020, può essere consultato in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0098\(01\)&qid=1591607109918&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0098(01)&qid=1591607109918&from=IT).

⁵ La versione integrale del report può essere consultata in https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/ip132_en.pdf.

perché trattandosi di una crisi originata dalla diffusione di un virus la sua durata e le sue evoluzioni appaiono incerte dipendendo dall'andamento della pandemia, dalle decisioni assunte a livello nazionale, nonché dalle tempistiche necessarie per individuare, produrre e somministrare in larga scala un vaccino.

A fronte di tale contesto gli Stati sono chiamati ad assolvere ad un ruolo fondamentale di sostegno al tessuto economico-sociale, cercando di garantire sia i diritti fondamentali dei cittadini sia la sopravvivenza del tessuto imprenditoriale del Paese. In relazione all'ordinamento italiano, a partire dal mese di marzo sono numerosi gli atti normativi adottati a tal fine, volendo effettuare una panoramica procedendo in ordine cronologico è possibile richiamare il d.l. 2 marzo 2020, n. 9 recante "Misure urgenti per il sostegno per famiglie, lavoratori e imprese", il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto Cura Italia), il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 recante "Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute, sostegno e lavoro", il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 recante "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19" (c.d. decreto Rilancio), il d.l. 14 agosto 2020, n. 104 recante "Misure urgenti per il sostegno ed il rilancio dell'economia" e, da ultimo, il d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 (c.d. decreto Ristori).

Tramite tali atti normativi, come vedremo nel seguente paragrafo, lo Stato ha cercato di fare fronte alle diverse esigenze, intervenendo su una pluralità di aspetti: dalla salvaguardia dei livelli occupazionali alla tutela dei redditi e dei nuclei familiari in difficoltà, dalla garanzia dei diritti sociali alla tutela della libertà di iniziativa economica.

La realizzazione di simili interventi ha determinato un imponente stanziamento di risorse pubbliche, con il conseguente innalzamento dei livelli debitori⁶. Pertanto, già in data 11 marzo 2020 si è reso necessario approvare uno scostamento di bilancio⁷. Inoltre, è significativo notare come il c.d. decreto Cura Italia abbia qualificato l'emergenza sanitaria causata dal Covid-19 alla stregua di un evento eccezionale e di grave turbamento dell'economia ai sensi dell'art. 107 TFUE, tale da consentire deroghe alla normativa europea sugli aiuti di Stato.

Interventi analoghi possono essere riscontrati in quegli ordinamenti europei, come la Spagna, la Francia e la Germania, in cui la diffusione del virus ha manifestato un impatto assimilabile a quello verificatosi nell'ordinamento italiano. Pertanto, nel presente studio cercheremo di analizzare e di comparare le

⁶ A tal riguardo, vale la pena evidenziare come "Le linee guida per la definizione del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza", presentate dal Governo italiano il 15 settembre 2020, prevedano entro la fine del 2020 un incremento del debito pubblico italiano di oltre venti punti percentuali, a causa della pandemia e delle ingenti misure di sostegno ai redditi, alla liquidità ed all'occupazione attuate.

⁷ A tale approvazione sono seguite ulteriori tre approvazioni da parte del Parlamento di autorizzazioni allo scostamento di bilancio al fine di fronteggiare la situazione di emergenza legata alla crisi pandemica. Le votazioni da parte delle Camere hanno avuto luogo il 29 aprile 2020, il 29 luglio 2020 ed il 26 novembre 2020.

misure adottate in Italia e negli ordinamenti appena indicati al fine di fornire una risposta alle diverse esigenze emerse durante la prima ondata pandemica sul suolo europeo, rivolgendo una particolare attenzione alla garanzia dei diritti sociali ed alla tutela della libertà di iniziativa economica. Nello svolgere tale analisi considereremo le misure adottate dal principio del mese di marzo sino al periodo autunnale in cui si conclude tale scritto⁸.

Una simile analisi potrà rivelarsi utile non solo al fine di individuare le misure disposte in alcuni degli ordinamenti più vicini per fronteggiare gli effetti della pandemia, ma soprattutto allo scopo di vagliare le diverse possibilità di intervento a fronte di una crisi dirompente tanto sotto il profilo economico quanto sotto il profilo sociale. L'esistenza di diverse possibilità di intervento pone, infatti, in rilievo la possibilità per il soggetto pubblico di compiere una serie di scelte, che possono indurlo a tutelare in maniera diversa le istanze sociali e quelle economiche. Peraltro, in un momento in cui il superamento della pandemia appare ancora lontano, analizzando le misure adottate è possibile interrogarsi su quali scelte siano capaci di incidere sul lungo periodo.

2. L'intervento dello Stato tra garanzia dei diritti sociali e tutela della libertà di iniziativa economica: analisi comparata delle misure adottate in Italia, Spagna, Francia e Germania

Come si è anticipato, a fronte dell'odierna situazione emergenziale lo Stato è chiamato ad assolvere ad un ruolo centrale dovendo far fronte alle numerose e diverse istanze di sostegno che provengono sia dal tessuto sociale che dal tessuto economico-imprenditoriale. A fronte di simili istanze, che peraltro non si presentano scisse, lo Stato è chiamato ad adottare misure di protezione e di sostegno nei limiti di quanto consentito dalla finanza pubblica. Appare, dunque, chiaro il profilarsi all'orizzonte di scelte e di strategie che possono portare a prediligere la tutela di determinate situazioni giuridiche rispetto ad altre, fermo restando il dovere di garantire sempre il nucleo essenziale dei diritti fondamentali⁹.

⁸ Il presente scritto è aggiornato al mese di novembre 2020.

⁹ Il tema del bilanciamento tra garanzia dei diritti e rispetto dei vincoli finanziari è stato ampiamente esplorato dalla dottrina soprattutto nel periodo che ha seguito la crisi economico-finanziaria del 2008 e l'introduzione nelle Costituzioni europee del principio del pareggio di bilancio. In argomento si veda, *ex plurimis*, A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, 1, 84; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2013, 4; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo modello sociale europeo: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 2011, 4; I. CIOLLI, *I diritti sociali*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. ANGELINI e M. BENVENUTI, Jovene Editore, Napoli, 2012, 83; ID., *Crisi economica e vincoli di bilancio*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2012, 3; L. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. Pubbl.*, 2013, 1; L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2012, 3; E. MOSTACCI, *Rethinking welfare state today: crisis and possibilities*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2013, 2, 1325; C. MARCHESI, *I diritti sociali nell'epoca dell'austerità: prospettive comparate*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2017, 1, 141.

Quanto alle scelte compiute, occorre distinguere le decisioni destinate ad esaurire i propri effetti al termine del momento emergenziale da quelle scelte che appaiono suscettibili di segnare il lungo periodo. Considerata l'entità della crisi economica causata dalla pandemia e la molteplicità di ambiti in relazione ai quali lo Stato è chiamato ad intervenire, appare imprescindibile esaminare l'intervento statale tenendo conto degli strumenti di assistenza finanziaria messi in campo a livello europeo. Questi ultimi nell'economia del presente studio saranno esaminati solo a seguito dell'analisi delle misure adottate a livello nazionale, ciò in quanto solo dopo tale disamina sarà possibile comprendere l'entità dello sforzo finanziario intrapreso dallo Stato e la necessità di un sostegno da parte dell'Unione europea. Inoltre, il richiamo ai meccanismi definiti in sede europea successivamente alla trattazione delle misure disposte a livello nazionale ci consentirà di verificare se sia possibile contestualizzare le scelte adottate a livello nazionale nell'ambito delle strategie definite in sede europea.

Cominciamo, quindi, ad illustrare le misure che sono state adottate nell'ordinamento italiano¹⁰. In Italia le misure emergenziali adottate sin dal mese di marzo hanno dimostrato una particolare attenzione alla tutela del diritto al lavoro e ad assicurare ai lavoratori mezzi adeguati alle loro esigenze di vita. Tramite il c.d. decreto Cura Italia (d.l. 17 marzo 2020, n. 18) il Governo ha stanziato dieci miliardi per preservare la tenuta occupazionale e garantire ade-

Sulla incompressibilità del nucleo essenziale dei diritti, anche in presenza di stringenti vincoli finanziari, v. per tutti V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin*, Cedam, Padova, 2001, 101. Tale limite è stato affermato con vigore dalla giurisprudenza costituzionale non solo interna, ma anche straniera. In particolare, l'affermazione dell'incompressibilità del nucleo essenziale dei diritti è stata affiancata nella giurisprudenza costituzionale al richiamo alla garanzia del minimo vitale, il cui contenuto è stato individuato non solo nel diritto a godere di quei mezzi che siano strettamente necessari ad assicurare un'esistenza dignitosa, ma anche nella possibilità di fruire di quelle misure minime che consentano una partecipazione alla vita sociale, culturale e politica del Paese.

Per un esame comparativo della giurisprudenza costituzionale sulla garanzia dei diritti finanziariamente condizionati in epoca di crisi v. B. BRANCATI, *Tra diritti sociali e crisi economica. Un equilibrio difficile per le Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa, 2018; ID., *Decidere sulla crisi: le Corti e l'allocazione delle risorse in tempi di "austerità"*, in *Federalismi*, 2015, 16; S. COCCHI, *Constitutional courts in the age of crisis. A look at the European Mediterranean area*, in *Federalismi*, 2014, 21; C. FASONE, *Constitutional courts facing the euro crisis. Italy, Portugal and Spain in a Comparative perspective*, in *EUI working paper*, 2014, 25, 14; C. AYMERICH CANO, *El control constitucional de las políticas de austeridad en Portugal y en España*, in *Revista española de Derecho Administrativo*, 2015, aprile-giugno, 299; M. CANOTILHO, T. VIOLANTE, R. LANCEIRO, *Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case law*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, 11, 155.

In tema di garanzia del minimo vitale v. A. CAROSI, *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, in *Rivista AIC*, 2017, 4; S. SCIARRA, *I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 3, p. 247; H. CAROLI CASAVOLA, *Dignità della persona e diritto al minimo vitale nello Stato sociale tedesco*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 3, 298; M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 2.

¹⁰ Per un primo commento alle misure economico-finanziarie disposte in relazione all'emergenza pandemica v. L. BARTOLUCCI, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione europea) all'emergenza Covid-19*, in *Federalismi, Osservatorio emergenza Covid-19*, 8 aprile 2020.

guati livelli di reddito ai lavoratori ed alle loro famiglie. In particolare, tale decreto ha esteso la platea dei percettori della cassa integrazione guadagni ordinaria ed in deroga sull'intero territorio nazionale, a prescindere dal settore produttivo di appartenenza, ed ha consentito di farvi ricorso anche ai datori di lavoro aventi meno di cinque dipendenti, purché sia indicata quale causale il «Covid-19». Il successivo decreto Rilancio (d.l. 19 maggio 2020, n. 34), con un impegno complessivo di venticinque miliardi, ha confermato ed esteso ulteriormente la cassa integrazione guadagni, oltre a prevedere l'erogazione di indennità per i lavoratori autonomi, mirando così a tutelare alcune categorie particolarmente fragili.

Sia il decreto Cura Italia che il decreto Rilancio hanno poi previsto un articolato sistema di indennità erogate durante il periodo del *lockdown* in favore di soggetti che non possono fruire né della cassa integrazione guadagni né di altra prestazione previdenziale. Tramite una serie di indennità corrisposte mensilmente si è cercato di fornire tutela ad un novero eterogeneo di soggetti tra cui professionisti, co.co.co. aderenti al sistema della gestione separata, artigiani, commercianti, coltivatori diretti, professionisti dello spettacolo. In favore dei soggetti non rientranti nell'ambito di tali categorie il decreto Cura Italia ha istituito il Fondo per i redditi di ultima istanza, mentre il successivo decreto Rilancio ha riconosciuto alle famiglie in difficoltà a causa del Covid-19 il reddito di emergenza (REM), quale forma di sostegno straordinario. In favore dei nuclei familiari sono, poi, state disposte una serie di altre prestazioni, tra cui i congedi parentali ed il bonus per l'acquisto di servizi di *baby sitting*.

Particolare attenzione è stata riservata alla garanzia del diritto all'istruzione ed alla tutela dei soggetti diversamente abili. In relazione al settore dell'istruzione, il decreto Cura Italia ha incrementato di ottantacinque milioni di euro le risorse per il 2020 destinate a confluire nel Fondo per l'innovazione digitale e la didattica laboratoriale, quale fondo chiamato ad assumere un'importanza centrale in un momento in cui la didattica è prevalentemente erogata a distanza. Il successivo decreto Rilancio ha ampliato ed esteso la portata delle misure a sostegno del sistema scolastico con un ulteriore stanziamento di 331 milioni di euro per il 2020. Al fine di contrastare il rischio epidemiologico nelle scuole è stato altresì istituito il Fondo per l'emergenza epidemiologica da Covid-19¹¹.

Nell'ambito delle prestazioni sociali, come anticipato, particolare attenzione è stata riservata alla tutela dei soggetti diversamente abili. Infatti, il decreto Rilancio ha destinato 150 milioni di euro al potenziamento dell'assistenza, dei servizi e dei progetti di vita indipendente per le persone con disabilità, ha incrementato l'importo del reddito di emergenza per le famiglie nel cui nucleo vi sia un componente con disabilità ed ha destinato risorse specifiche per la didattica erogata in favore di studenti diversamente abili.

¹¹ A favore di tale Fondo si prevede lo stanziamento di 400 milioni di euro nel 2020 e di 600 milioni di euro nel 2021.

Per quanto concerne la salvaguardia del tessuto imprenditoriale, le misure disposte dal Governo italiano si sono fondate su due tipologie di interventi: l'immissione di liquidità nel sistema economico e l'ampliamento delle garanzie di cui possono fruire le imprese. In tale ottica deve essere collocato l'ampliamento dell'operatività del Fondo Centrale di Garanzia per le piccole e medie imprese disposto dal d.l. n. 18/2020 e dal d.l. n. 23/2020, nonché la previsione di una moratoria in relazione ai prestiti concessi alle micro, piccole e medie imprese per un ammontare complessivo di 220 miliardi di euro. Merita di essere segnalata l'erogazione di contributi a fondo perduto disposta dal decreto Rilancio a favore dei soggetti esercenti attività di impresa e di lavoro autonomo, titolari di partite IVA, comprese le imprese esercenti attività agricola o commerciale con fatturato inferiore a cinque milioni di euro nell'ultimo periodo di imposta. Al fine di incentivare la ripresa dell'attività economica il decreto Rilancio ha poi autorizzato la Cassa depositi e prestiti S.p.a. alla costituzione di un patrimonio destinato denominato per l'appunto "Patrimonio Rilancio", così come sono stati costituiti presso il Ministero dello Sviluppo economico il Fondo per la salvaguardia dei livelli occupazionali e la prosecuzione dell'attività d'impresa ed il Fondo per il trasferimento tecnologico.

Le misure, poste a tutela dei lavoratori e delle imprese, sono state confermate ed incrementate dal d.l. n. 104/2020 e dal d.l. n. 137/2020, che hanno ulteriormente esteso la durata della cassa integrazione guadagni ordinaria ed in deroga, prorogato il blocco dei licenziamenti e disposto una serie di misure in favore delle imprese¹².

Quanto alla tutela dei nuclei familiari, sia il d.l. n. 104/2020 che il successivo d.l. n. 137/2020 hanno stanziato ulteriori risorse per il reddito di emergenza, mentre il periodo di fruizione delle indennità di disoccupazione è stato esteso dal d.l. n. 104/2020 nel caso in cui l'erogazione sia terminata in un periodo incluso tra il 1° maggio 2020 ed il 30 giugno 2020. Al fine di tutelare specifiche categorie di lavoratori non ammesse in via ordinaria a fruire di altre prestazioni assistenziali il d.l. n. 104/2020 ha disposto una serie di indennità, confermate recentemente dal d.l. n. 137/2020, tra cui quelle a tutela dei lavoratori stagionali del turismo, degli stabilimenti termali e dello spettacolo.

Tale tipologia di interventi volti a salvaguardare il diritto al lavoro e la percezione di un reddito minimo per far fronte alle esigenze di vita sono in linea con le misure disposte negli altri ordinamenti qui considerati¹³.

¹² Il d.l. n. 104/2020 ha previsto uno specifico indennizzo per gli esercizi di ristorazione che abbiano subito una perdita pari ad almeno il 25% del fatturato tra marzo e giugno 2020, ha stanziato ulteriori 400 milioni di euro a titolo di contributo a fondo perduto in favore degli esercenti dei centri storici che abbiano registrato a giugno 2020 un calo del 50% del fatturato, ha rifinanziato alcuni strumenti di supporto alle imprese tra cui il Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese. Il successivo d.l. n. 137/2020 ha disposto l'erogazione di contributi a fondo perduto in favore delle imprese che siano risultate colpite da misure restrittive disposte dal decreto stesso, individuando nella platea dei beneficiari anche le imprese con fatturato maggiore di 5 milioni di euro.

¹³ Per una panoramica delle misure adottate in risposta all'emergenza pandemica negli Stati membri dell'Unione europea si rinvia al report "*Policy measures taken against the spread and impact of*

Particolarmente interessante a tal riguardo appare essere il caso spagnolo. In tale ordinamento, in cui il Governo ha dichiarato lo stato di allarme per la prima volta il 14 marzo 2020 e più recentemente il 25 ottobre 2020, le misure adottate in risposta alla pandemia non solo sono intervenute in maniera analoga a quanto avvenuto nell'ordinamento italiano al fine di cercare di salvaguardare tanto il tessuto sociale quanto quello imprenditoriale, ma hanno rappresentato un momento di svolta per la riforma di istituti già disciplinati, come avvenuto in relazione all'*Expediente de Regulación Temporal de Empleo* (ERTE), nonché hanno portato all'introduzione di nuove misure assistenziali nel cui ambito un ruolo di primo piano spetta all'*Ingreso Mínimo Vital*¹⁴.

Procedendo con ordine, al fine di tutelare il diritto al lavoro il Governo spagnolo ha approvato una nuova disciplina dell'*Expediente de Regulación Temporal de Empleo* (ERTE), quale misura che consente di accedere ad una indennità erogata in favore dei dipendenti a tempo determinato o indeterminato in caso di sospensione temporanea dei contratti di lavoro o di riduzione delle ore di lavoro, ha promosso il ricorso allo *smart working* ed ha introdotto un permesso speciale per assenza in favore di coloro che siano tenuti a prendersi cura di altri soggetti¹⁵.

Al fine di tutelare i soggetti che abbiano perso il lavoro sono poi stati introdotti dei sussidi di disoccupazione speciali e temporanei che hanno fornito tutela a categorie professionali che sino ad ora non erano ammesse a fruirne,

the coronavirus – 12 October 2020” redatto dal Directorate General Economic and Financial Affairs della Commissione europea consultabile in https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/policy_measures_taken_against_the_spread_and_impact_of_the_coronavirus_14042020.pdf.

¹⁴ Per un approfondimento in merito alla dichiarazione dello stato di allarme v. V. PIERGILI, *L'emergenza Covid-19 in Spagna e la dichiarazione dell'estado de alarma. Ripercussioni sul sistema istituzionale e sul regime dei diritti*, in DPCE online, 2020, 2; G. RUIZ RICO-RUIZ, *Las dimensiones constitucionales de la crisis sanitaria en España. Dudas e incertidumbres presentes y futuras*, in DPCE online, 2020, 2; V. ÁLVAREZ GARCÍA, *El coronavirus (Covid-19) respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria*, in *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2020, n. 86-87. Per un inquadramento più ampio degli stati di eccezione nell'ordinamento spagnolo v. P. CRUZ VILLALÓN, *Los estados excepcionales y suspensión de garantías*. Ed. Tecnos, Madrid, 1983; A. CARRO MARTÍNEZ, *Comentario al artículo 116 CE*, in

Comentarios a la Constitución Española de 1978, a cura di O. ALZAGA VILLAMIL, Cortes Generales, Madrid, 253; S. SIEIRA MUCIENTES, *Los estados excepcionales*, in *Revista de las Cortes Generales*, 2018, 104, 361.

¹⁵ In relazione alle misure adottate in Spagna al fine di tutelare i lavoratori v. Real Decreto-ley 17 marzo 2020, n. 8 *de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19*, Real Decreto-ley 27 marzo 2020, n. 9 *por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del Covid-19*, Real Decreto-ley 29 marzo 2020, n. 10 *por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el Covid-19*, Real Decreto-Ley 21 abril 2020, n. 15 *de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo*.

Nella dottrina spagnola v. L.J. DUEÑA HERRERO, *El Derecho al trabajo y las medidas laborales adoptadas para superar las crisis sanitaria y económica*, in *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, a cura di P. BIGLINO CAMPOS, F. DÚRAN ALBA, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

come i professionisti dello spettacolo ed i lavoratori domestici¹⁶. Una simile estensione delle tutele, seppure avvenuta in un momento di crisi, rappresenta una importante novità in quanto costituisce un primo riconoscimento in favore di categorie di lavoratori che sino ad ora si erano trovate in una situazione di particolare vulnerabilità.

Analogamente poi a quanto previsto nell'ordinamento italiano, il Governo spagnolo ha riconosciuto forme di tutela per i lavoratori autonomi. In particolare il Real Decreto-ley 29 marzo 2020, n. 10 ha previsto l'erogazione di un bonus sociale per i lavoratori autonomi che dopo il 15 maggio abbiano cessato la propria attività ovvero abbiano subito una riduzione delle proprie entrate pari al 75% di quanto fatturato nel semestre anteriore. Oltre alla possibilità di accedere ad un bonus sociale, il Governo ha destinato ingenti risorse all'*Instituto de Crédito Oficial* per l'erogazione di nuove linee di credito in favore dei lavoratori autonomi e delle piccole imprese.

Particolarmente interessante si presenta l'introduzione ad opera del Real Decreto-ley n. 20/2020 dell'*Ingreso Mínimo Vital*¹⁷. Tale prestazione ha ad oggetto l'erogazione di un reddito minimo in favore del soggetto richiedente che dimostri di avere un reddito inferiore alla soglia predeterminata a livello legislativo. L'erogazione dell'*Ingreso Mínimo Vital* non si dirige solo in favore dei soggetti che non percepiscono alcun reddito, ma anche a favore di tutti quei soggetti che percepiscano redditi non elevati e comunque di importo inferiore alla soglia fissata dal legislatore. L'importo erogato varia in relazione al numero di componenti del nucleo familiare o, eventualmente, alla presenza di famiglie richiedenti monogenitoriali. L'*Ingreso Mínimo Vital* può, inoltre, concorrere con le prestazioni assistenziali erogate dalle Comunità autonome.

Ciò che è importante porre in rilievo in relazione a questa prestazione è il carattere permanente della stessa: l'*Ingreso Mínimo Vital* è stato introdotto

¹⁶ L'introduzione di un sussidio temporaneo di disoccupazione per i lavoratori domestici costituisce una misura innovativa in Spagna, posto che questa categoria di lavoratori non ha mai potuto usufruire di sussidi di disoccupazione. In relazione a tali misure v. Real Decreto-ley 29 marzo 2020, n. 10 *por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el Covid-19* e Real Decreto-ley 31 marzo 2020, n. 11 *por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19*. In relazione ai sussidi disposti in favore dei lavoratori del settore artistico v. Real Decreto-ley 5 maggio 2020, n. 17 *por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19*. Tale decreto ha previsto per i professionisti del settore artistico la possibilità di accedere ad una speciale indennità di disoccupazione, qualora essi non abbiano i requisiti per accedere all'ERTE. L'indennità di disoccupazione erogata in favore degli artisti ha una durata di 120 gg. nel caso in cui si riesca a dimostrare di aver lavorato tra i 20 ed i 54 giorni e di 180 gg. nel caso in cui si dimostri di aver lavorato più di 55 gg. Sembra rilevante notare come l'ordinamento spagnolo abbia cercato di tutelare non solo il soggetto che versi in una condizione di disoccupazione, ma anche i minori che appartengano a nuclei familiari economicamente disagiati. È significativo che a tutela di questi ultimi il Governo abbia disposto lo stanziamento di 25 milioni di euro per sostenere borse alimentari affinché le Comunità Autonome possano garantire a tutti i minori l'accesso alle mense scolastiche.

¹⁷ In relazione all'*Ingreso Mínimo Vital* v. E. CARMONA CUENCA, *El derecho a mínimo vital, la renta básica y las rentas mínimas de inserción*, in *Agenda Pública*, 28 aprile 2020.

nell'ordinamento spagnolo in occasione dell'emergenza epidemiologica legata al Covid-19, tuttavia si tratta di uno strumento di assistenza destinato a radicarsi in maniera stabile nell'ordinamento spagnolo. In maniera incisiva, esso è stato definito alla stregua del «*mayor avance en los derechos sociales en nuestro país desde, al menos, la aprobación de la Ley de Dependencia*»¹⁸.

Alla luce di quanto illustrato, sembra evidente come le misure adottate tanto nell'ordinamento italiano quanto nell'ordinamento spagnolo siano destinate ad avere un forte impatto sulla finanza pubblica. In relazione al caso spagnolo appare, però, interessante notare come il *Ministerio de Derechos Sociales* nella *Guía de facilitación de acceso a las medidas urgentes en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19* abbia posto espressamente in evidenza la decisione del Governo spagnolo di intraprendere una strada diametralmente opposta rispetto a quella caratterizzata dalle politiche di *austerità* adottate a seguito della crisi economico-finanziaria del 2008¹⁹. L'estensione delle prestazioni assistenziali e previdenziali in favore di soggetti precedentemente non legittimati ad accedervi e la previsione di nuove misure destinate a radicarsi in maniera stabile nell'ordinamento spagnolo rappresentano una svolta importante rispetto al rigore finanziario che in tale ordinamento si era radicato a seguito della introduzione del principio della *estabilidad presupuestaria*.

Quanto alla salvaguardia dell'iniziativa economica, nell'ordinamento spagnolo è possibile notare una particolare attenzione alla salvaguardia delle piccole e medie imprese, con la previsione di nuove linee di finanziamento, la prestazione di garanzie da parte dello Stato per un importo complessivo pari a 100.000 milioni di euro ed il posticipo dei termini per il rimborso dei prestiti concessi dalla *Secreteria General de Industria y Pequeña y Mediana Empresa*²⁰.

Particolare attenzione alla tutela del lavoro si riscontra anche nell'ordinamento francese in cui a mezzo della legge 23 marzo 2020, n. 290 è stato dichiarato lo stato di urgenza sanitaria, sebbene già il 16 marzo il Presi-

¹⁸ Tale prestazione è così definita dalla *Guía de facilitación de acceso a las medidas urgentes en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19*, pubblicata dal *Ministerio de Derechos Sociales* e consultabile in <https://www.mscbs.gob.es/ssi/covid19/guia.htm>.

¹⁹ In relazione agli effetti nell'ordinamento spagnolo dell'introduzione in Costituzione della clausola di *estabilidad presupuestaria* e dell'adozione di politiche di *austerità* si vedano M. RIADAURA MARTINEZ, *La reforma del artículo 135 de la Constitución española: Pueden los mercados quebrar el sentimiento constitucional?*, in *Teoría y realidad constitucional*, 2012, 29, 239; O. SALAZAR BENÍTEZ, *Algunas reflexiones críticas sobre la reforma del artículo 135 CE*, in *Teoría y realidad constitucional*, 2012, 29, 409; A. LASA LÓPEZ, *La ruptura de la constitución material del estado social: la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como paradigma*, in *Revista de Derecho Político*, 2014, 90, 215; L. FLORES ANARTE, *El ataque constitucional al estado social: un análisis crítico de la reforma del artículo 135 de la Constitución española*, in *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 2014, 9, 321; S. SOTO LOSTAL, *Regresividad, derechos constitucionales y Estado social*, in *Revista jurídica de los derechos sociales*, 2013, 2, 44; A. GUAMAN HERNANDEZ, A. NOGUERA FERNANDEZ, *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*, Editorial Bomarzo, Madrid, 2014, 162.

²⁰ Per un approfondimento in relazione alla libertà di iniziativa economica nell'ordinamento spagnolo durante la vigenza dello stato di allarme, v. A. CIDONCHA MARTÍN, *Coronavirus y libertad de empresa*, in *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, a cura di P. BIGLINO CAMPOS, F. DURÁN ALBA, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

dente Macron avesse dichiarato l'entrata in vigore di misure di *lockdown* comprensive di severe limitazioni della libertà di circolazione, del divieto di assembramenti e della chiusura dei luoghi aperti al pubblico²¹. Per quanto riguarda la salvaguardia del mondo lavorativo, è possibile evidenziare in primo luogo come analogamente a quanto avvenuto in Italia ed in Spagna si sia provveduto ad estendere il novero dei soggetti aventi diritto a prestazioni di sicurezza sociale per cui, per un verso, è stata ampliata la platea dei lavoratori che possono accedere all'indennizzo per le mancate ore di lavoro in caso di svolgimento di attività solo parziale (i c.d. *salariés en chômage partiel*) e, per altro verso, è stata ampliata la platea dei percettori dell'indennità di disoccupazione prevedendo che ne possano fruire tutti coloro che possano dimostrare ottantotto giorni di lavoro consecutivi. L'intervento maggiormente significativo per quanto riguarda la sfera lavorativa concerne, però, le iniziative assunte al fine di favorire l'inserimento lavorativo dei giovani, essendo questi ultimi i soggetti ritenuti maggiormente colpiti dalle conseguenze economiche della pandemia.

Il Governo francese ha ritenuto di garantire una particolare tutela a favore dell'inserimento lavorativo dei giovani lanciando il 23 luglio 2020 il piano “*1 jeune, 1 solution*” che si propone di formare 200.000 giovani in settori specifici e di costruire un percorso per l'impiego per 300.000 giovani. Quest'ultimo percorso è sostenuto tramite incentivi alle imprese per l'assunzione di soggetti di giovane età, si prevede per esempio una compensazione fiscale per le imprese che assumano un giovane avente meno di ventisei anni con contratto a tempo indeterminato o determinato di almeno tre mesi tra il 1° agosto 2020 ed il 31 gennaio 2021.

Il supporto in favore dei giovani non si esaurisce, però, nel sostegno ai fini dell'inserimento lavorativo: affinché questi non siano costretti ad interrompere i propri studi universitari a causa della crisi economica si prevede il congelamento delle tasse universitarie e l'introduzione di agevolazioni per conseguire prestiti statali²². Il Décret del 24 giugno 2020 ha poi disposto un aiuto

²¹ Le misure di *lockdown* annunciate dal Presidente Macron il 16 marzo, in realtà, ricomprendevano alcune misure restrittive già disposte precedentemente tramite *Arrêts* del Ministro della Salute. Invero, già a partire dal 13 marzo erano stati vietati gli assembramenti con più di cento persone. Il Ministero della Salute, a mezzo di *Arrêt* del 14 marzo, aveva poi imposto la chiusura di tutti i luoghi aperti al pubblico a partire dal 15 marzo, ricomprendendo tra i luoghi aperti al pubblico bar, ristoranti, sale per conferenze, spettacoli e riunioni, centri commerciali, sale da ballo. L'elenco degli esercizi la cui attività è stata sospesa è stato poi integrato con *Arrêts* del 16 e 17 marzo. In relazione all'adozione di simili misure restrittive v. F. GALLARATI, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, a cura di L. CUOCOLO, in *Federalismi, Osservatorio emergenza Covid-19*, aggiornato al 5 maggio 2020. Sull'introduzione dello stato di urgenza sanitaria si veda, invece, D. PAMELIN, *La Francia e il Covid-19: la creazione del nuovo stato di urgenza sanitaria*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 3; H. ALCARAZ, *El estado de emergencia sanitaria en Francia ¿elogio de la excepción?*, in *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, a cura di P. BIGLINO CAMPOS, F. DURÁN ALBA, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

²² Misure analoghe sono state previste nell'ordinamento spagnolo ed in quello tedesco. In particolare, nell'ordinamento spagnolo è stata prevista l'esenzione dal pagamento delle tasse

una tantum in favore degli studenti lavoratori che abbiano perso il lavoro e dei precari al di sotto dei 25 anni di età che si trovino in grave difficoltà per le misure adottate durante lo stato di emergenza sanitaria.

Quanto ai minori in età scolare, al fine di salvaguardare il loro diritto all'istruzione ed evitare fenomeni di dispersione scolastica, tramite il Décret 5 agosto 2020, n. 985 il Governo ha disposto la maggiorazione dell'importo dell'*Allocation pour le rentré scolaire* (ARS), quale prestazione volta a far fronte alle spese scolastiche sostenute dai nuclei familiari in situazione di difficoltà.

Per quanto riguarda, invece, la salvaguardia del tessuto imprenditoriale il modello francese si differenzia rispetto alle misure disposte in Italia ed in Spagna in quanto la Francia, analogamente a quanto avvenuto in Germania, ha ritenuto di non disporre la chiusura degli stabilimenti produttivi neanche durante la fase più acuta della prima ondata pandemica. Si è ritenuto di fare ricorso, invece, alla previsione di cui all'art. 3131-5 del *Code de la santé publique*, che sancisce la possibilità per il Primo Ministro di ordinare la chiusura di una o più categorie di stabilimenti produttivi specificamente individuati. Rispetto ad una strategia basata su chiusure generalizzate si è ritenuto di preferire degli interventi mirati²³. Quanto alle misure adottate al fine di tutelare l'attività delle imprese, anche nell'ordinamento francese si è fatto esteso ricorso all'apertura di nuove linee di credito e alla prestazione di garanzie pubbliche. Il profilo che vale però la pena evidenziare è la previsione di piani di investimento per rilanciare settori specifici, tra cui il turismo, il settore automobilistico, il settore aeronautico e le imprese che operano in settori strategici.

La tutela del lavoro e soprattutto dell'iniziativa economica rappresenta, poi, il profilo centrale del piano di intervento adottato in Germania. In via preliminare sembra opportuno precisare che la Germania ha deciso di affrontare l'emergenza legata al Covid-19 non avvalendosi dei poteri previsti dalla Legge Fondamentale nell'ambito dello stato di emergenza, bensì predisponendo le misure necessarie sulla base di una disciplina *ad hoc* in materia di contrasto alla diffusione di epidemie recata dalla *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen* del 20 luglio 2000²⁴.

Quanto al piano di intervento adottato, appare significativo ricordare che esso è stato definito alla stregua del "più grande piano di assistenza finanziaria

universitarie nell'anno accademico 2020-2021 per gli studenti che appartengano a nuclei familiari percettori dell'*Ingreso Mínimo Vital*. Nell'ordinamento tedesco, invece, sono stati disposti dal Governo prestiti a tasso zero per gli studenti universitari e borse di studio per sostenere le spese universitarie.

²³ Per un quadro completo degli interventi disposti in Francia a sostegno del tessuto economico v. <https://www.service-public.fr/particuliers/actualites/A13995>.

²⁴ Sulla gestione della pandemia da parte della Germania, per tutti v. J. WOELK, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das"*, in *DPCE online*, 2020, 2; M. KÖLLING, *El Bundestag y el Bundesrat alemán en tiempos de Covid-19*, in *El Parlamento ante la Covid-19*, Cuadernos Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020, 186; A. DE PETRIS, *Un approccio diverso: l'emergenza "col-laborativa" del federalismo tedesco*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 3.

dal secondo dopoguerra” e, altresì, come “un netto cambio di paradigma”²⁵. Queste definizioni rinvencono una spiegazione nell’ingente ammontare di risorse stanziare: solo nel mese di giugno il governo federale ha disposto una serie di misure per un importo pari a 300 miliardi, a cui si aggiungono 200 miliardi già stanziati per la spesa sociale ed i bonus per i lavoratori autonomi e 600 miliardi in prestiti e garanzie pubbliche, senza contare gli interventi a sostegno della liquidità intrapresi dalla *Kreditanstalt für Wiederaufbau*. Un simile stanziamento di risorse rappresenta per la Germania, così come osservato in relazione alla Spagna, un significativo cambio di paradigma rispetto al dogma del rigore finanziario e del pareggio di bilancio che ha caratterizzato il più recente passato²⁶.

Per quanto riguarda la tutela dei lavoratori, con legge approvata il 13 marzo 2020 si è reso più agevole l’accesso all’indennità lavorativa di breve durata sino alla fine del 2021, prevedendone l’estensione ai lavoratori a tempo determinato e prolungandone la durata sino a dodici mesi. Oltre a tale indennità, è stata ampliata la platea dei beneficiari dell’indennità per la riduzione delle ore di lavoro.

Per quanto riguarda la salvaguardia delle imprese il piano predisposto in Germania si presenta particolarmente articolato: in primo luogo il Governo federale ha sospeso la presentazione di istanze di insolvenza in vista della possibilità di fruire dello stanziamento di prestiti e garanzie. In secondo luogo, è stato introdotto uno scudo protettivo per fornire liquidità tramite la previsione del Fondo per la stabilizzazione economica, il cui impiego è previsto per la ricapitalizzazione diretta delle imprese ed al fine di fornire garanzie per consentire il rifinanziamento sul mercato. Al fine di fornire liquidità alle imprese nel breve periodo un ruolo centrale è assolto dalla *Kreditanstalt für Wiederaufbau*, la quale a decorrere dal 30 giugno 2020 sta provvedendo ad erogare finanziamenti alle imprese che svolgono la propria attività in Germania. A favore delle piccole e media imprese sono, poi, stati previsti ulteriori strumenti del *Federal Emergency Aid* e dal *Corona Recovery Package*²⁷.

²⁵ Si vedano T. MASTROBUONI, *Coronavirus, la Germania lancia una Manovra immediata da 156 miliardi: 50 sono per le Piccole imprese*, in *La Repubblica*, 23 marzo 2020; P. VALENTINO, *Coronavirus, il piano eccezionale di Merkel: 550 miliardi per le imprese*, in *Corriere della Sera*, 13 marzo 2020.

²⁶ Sull’introduzione del principio del pareggio di bilancio nell’ordinamento tedesco e sulle politiche di rigore finanziario v. R. PEREZ, *La nuova disciplina del bilancio in Germania*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1, 95; A. VALDESALICI, *Federalismo fiscale e responsabilizzazione politico-finanziaria. Comparazione giuridica ed esercizi di misurazione del diritto*, ESI, Napoli, 2018; A. ARROYO GIL, *La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania*, in *Revista Española de la Administración Financiera*, 2010, 10, 41; E. CORDERO GONZÁLEZ, *La reforma de la Constitución financiera alemana. En particular, el nuevo límite al endeudamiento de la Federación y los Länder*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 2012, 29, 289. Sul principio della riserva del possibile nella garanzia dei diritti v. A. SANDRI, *Il Vorbehalt Möglichen nella giurisprudenza delle corti tedesche*, in *Gruppo di Pisa*, 2012, 3.

²⁷ Segnatamente, il *Federal Emergency Aid* prevede lo stanziamento di 50 miliardi da parte del Governo federale per aiuti emergenziali aventi quali destinatari imprese sino a dieci dipendenti. Il *Corona Recovery Package*, adottato il 2 luglio 2020, aggiunge 25 milioni di euro quale aiuto per

Analizzando le misure predisposte in Germania è possibile rilevare come lo sforzo maggiore sia stato compiuto al fine di sostenere la libertà di iniziativa economica con misure che garantiscano non solo il sostegno nell'attuale momento di crisi, ma che incentivino la ripresa nei prossimi mesi e le prospettive di crescita. Appare evidente come la necessità di fronteggiare le conseguenze economico-finanziarie dell'emergenza epidemiologica abbia innescato in tutti gli ordinamenti considerati nel presente studio l'esigenza di approvare scostamenti di bilancio e di superare le politiche di rigore finanziario che avevano caratterizzato il decennio successivo alla crisi economica del 2008. Tuttavia, come anticipato in apertura di questo scritto, la tipologia di interventi attraverso i quali gli Stati hanno fronteggiato le diverse esigenze emerse a causa della pandemia sono stati differenti. In particolare, nell'ordinamento tedesco è possibile notare una grande attenzione per la salvaguardia del tessuto imprenditoriale: l'entità e la tipologia di misure adottate è suscettibile di produrre effetti non solo nell'immediato, ma nel lungo periodo consentendo alla Germania di poter fare affidamento su un'economia solida. Di tipo diverso si presentano le misure adottate in Spagna. In quest'ultimo ordinamento si registrano interventi prevalentemente orientati alla tutela della sfera sociale ed, in particolare, a garantire che i cittadini possano fare affidamento su un reddito vitale minimo. L'introduzione di una misura come l'*Ingreso Mínimo Vital* costituisce un'importante innovazione non solo perché a causa delle difficoltà legate al dilagare della pandemia si è giunti all'introduzione di una prestazione assistenziale avente carattere permanente, ma soprattutto perché segna un momento di rottura e di svolta rispetto alle politiche di *austerità*. Tuttavia, sembra opportuno evidenziare come un simile modello di spesa sociale, una volta superata l'emergenza pandemica, potrà essere mantenuto in vigore solo a patto che siano rinegoziati i vincoli finanziari sovranazionali²⁸.

Analogamente al modello spagnolo ed a quello tedesco, si presenta suscettibile di produrre effetti nel lungo periodo anche il piano adottato in Francia a sostegno dell'inserimento lavorativo dei giovani. Ciò in ragione non solo delle aspettative di vita di questi ultimi, ma degli effetti che è idoneo a determinare sul tessuto economico-sociale il loro inserimento all'interno di realtà produttive.

Quanto all'articolato sistema di interventi adottati in Italia sino ad oggi, è possibile notare come si tratti di interventi di sostegno specifici, venendo a mancare tanto quella progettualità e rilancio dell'iniziativa economica percepibili nelle scelte compiute dall'ordinamento tedesco quanto l'investimento sui giovani che caratterizza l'ordinamento francese. Le misure adottate nell'ordinamento italiano appaiono maggiormente simili agli interventi disposti nell'ordinamento spagnolo. A tal riguardo, si pensi per esempio

le piccole e medie imprese, prevedendo altresì interventi a supporto delle organizzazioni no profit e delle aziende municipalizzate.

²⁸ Per un approfondimento sulle prospettive di una ridefinizione dei vincoli finanziari europei si rinvia al successivo paragrafo.

all'ampliamento della platea dei soggetti ammessi a fruire di prestazioni assistenziali e previdenziali, nonché all'introduzione di indennità *ex novo*. Ciononostante, le misure adottate nell'ordinamento interno sembrano caratterizzarsi per una minore carica innovativa.

3. Dal superamento del rigore finanziario alla definizione dei piani nazionali di rilancio.

Le misure descritte hanno determinato in ciascuno degli ordinamenti considerati nel presente studio un significativo aumento dei livelli di indebitamento ed un rapido allontanamento dalle politiche di rigore finanziario. In relazione a quest'ultimo profilo occorrerebbe, però, chiedersi se un simile *revirement* possa stabilizzarsi nel tempo o se piuttosto non sia solo il frutto di contingenze. Al fine di fornire una risposta a tale quesito occorre volgere lo sguardo al livello sovranazionale ed interrogarsi sulle deroghe concesse a livello europeo rispetto ai vincoli finanziari²⁹. Oltre a tale profilo occorre poi interrogarsi in via più generale sugli strumenti predisposti dalle istituzioni europee al fine di fronteggiare le conseguenze della pandemia.

Infatti, se è vero che gli Stati sono stati chiamati a fornire una immediata risposta agli effetti della prima ondata pandemica, è altresì vero che lo sforzo finanziario richiesto appare significativo, anche in considerazione dell'incerto lasso di tempo durante il quale si protrarrà l'emergenza. Un simile contesto potrebbe determinare problemi di sostenibilità finanziaria, innescando effetti a catena nell'area euro. Al fine di scongiurare tale rischio e sollecitare la ripresa economica, gli strumenti di assistenza finanziaria ed i meccanismi per la ripresa predisposti in sede europea assumono un'importanza fondamentale.

Pertanto, in questo paragrafo si procederà ad illustrare brevemente tali meccanismi con la finalità di verificare se vi sia una coerenza tra le misure adottate a livello nazionale e gli strumenti definiti in sede sovranazionale e se sia possibile individuare un progetto comune europeo.

In primis, in relazione alla necessità di derogare agli stringenti vincoli finanziari assunti in sede europea, già in data 23 marzo 2020 i Ministri delle Finanze europei hanno assunto la decisione, su proposta della Commissione, di

²⁹ Per un approfondimento sulla disciplina dei vincoli finanziari europei e sulle ricadute interne v. R. DEGRON, *The new European budgetary order*, Bruylant, Bruxelles, 2018; O. PORCHIA, *Governance economica europea. Strumenti dell'Unione, rapporti con l'ordinamento nazionale e ricadute nell'ordinamento interno*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015; A. ZORZI GIUSTINIANI, R. CASELLA, *I Parlamenti nazionali nella governance economica europea. Un'analisi comparata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; G. LO CONTE, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016; F. FABBRINI, *Economic governance in Europe: comparative paradoxes and constitutional challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2016; A. MORRONE (a cura di), *La Costituzione finanziaria. La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2015; A. URICCHIO, M. AULENTA (a cura di), *Dalla finanza pubblica europea al governo degli enti territoriali*, CEDAM, Padova, 2015; C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Franco Angeli, Milano, 2014.

autorizzare lo scostamento dal Patto di stabilità e crescita. Dunque, nel solco di questa decisione è possibile collocare l'allontanamento a livello nazionale dalle politiche di *austerity* e l'approvazione di scostamenti di bilancio. Occorre però verificare se una simile tendenza possa consolidarsi. Al fine di rispondere a tale quesito degli elementi utili emergono dall'analisi degli strumenti di intervento predisposti in sede europea. Tra questi un ruolo peculiare è rivestito dal Meccanismo Europeo di Stabilità³⁰.

Il MES viene in rilievo non solo in relazione ai consolidati meccanismi di assistenza finanziaria, ma soprattutto con riguardo al neoistituto *Pandemic Crisis Support*³¹. Quest'ultimo costituisce una linea di credito riconducibile al modello delle *Enhanced Conditions Credit Lines* (ECCL) e, secondo le dichiarazioni dell'Eurogruppo, dovrebbe essere fondato su una condizionalità c.d. leggera, consistente nella sola condizione che la linea di credito sia utilizzata per finanziare in maniera diretta o indiretta spese sanitarie.

Non rientra nelle finalità di questo scritto l'approfondimento delle problematiche legate all'ambito di applicazione delle clausole di condizionalità in relazione al *Pandemic Crisis Support*³². Ai fini di questo studio ciò che rileva è la

³⁰ In relazione al Meccanismo Europeo di Stabilità v. A. MANGIA (a cura di), *Mes. L'Europa e il Trattato impossibile*, Scholé, Brescia, 2020; F. SALMONI, *L'insostenibile "leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, in *Federalismi*, 2020, 20; G. NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 5, 461; B. DE WITTE, *The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism*, in *European Policy Analysis*, 2011, 1.

³¹ L'istituzione del *Pandemic Crisis Support* è stata prevista sulla base dell'accordo raggiunto dall'Eurogruppo l'8 maggio 2020. Il *Pandemic Crisis Support* costituisce una linea di credito che si caratterizza per la previsione della sola condizione secondo cui il finanziamento deve essere impiegato, in maniera diretta o indiretta, al fine di sostenere i costi sanitari. Si prevede che i vincoli relativi alle modalità di spesa siano definiti in un *Pandemic Response Plan* individuale elaborato in relazione ai singoli Stati richiedenti sulla base di clausole standardizzate previste per tutti gli Stati aderenti al MES. Si prevede, inoltre, che il *Pandemic Response Plan* sia affiancato da un *Financial Facility Agreement* (FFA) individuale, basato su una decisione del Consiglio dei governatori del MES, che abbia ad oggetto l'entità del prestito e le modalità dello stesso. Infine, l'Eurogruppo ha previsto che la sorveglianza sia commisurata alla natura dello shock causato dal Covid-19 e proporzionata all'uso ed alla entità del *Pandemic Crisis Support*. Sul punto, si veda *Eurogroup Statement on the Pandemic Crisis Support*, 8 maggio 2020 consultabile in <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/05/08/eurogroup-statement-on-the-pandemic-crisis-support/>.

³² Sulle problematiche legate alle clausole di condizionalità nell'ambito del MES ed in relazione al *Pandemic Crisis Support*, v. F. SALMONI, *L'insostenibile "leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, cit., 301; A. MANGIA, *Del MES, delle sue condizionalità e delle discipline in deroga. Cosa succede quando il diritto delle crisi d'impresa viene applicato ai rapporti intergovernativi*, in *dirittobancario.it*, 30 aprile 2020; A. SOMMA, *Sopravvivere al coronavirus per morire di Europa?*, in *la fionda*, 31 marzo 2020; ID., *Dal coronavirus al debito. Come l'emergenza sanitaria consolida le relazioni di potere tra Paesi europei*, in *economiaepolitica*, 24 aprile 2020; M. DANI, A.J. MENÉNDEZ, *The European Stability Mechanism is a False Solution to a Real Problem*, in *Verfassungsblog*, 4 aprile 2020. Tali Autori condividono un approccio critico nei riguardi del MES in quanto tale meccanismo si fonderebbe, per sua natura, sull'imposizione di condizioni che non sono il frutto di una negoziazione in posizione paritaria tra le parti. Secondo questa ricostruzione il ricorso al MES si configurerebbe come una limitazione di sovranità in favore di Istituzioni

limitazione dell'oggetto del *Pandemic Crisis Support* alle spese sanitarie e la previsione secondo cui gli Stati che hanno fruito di tale linea di credito si impegnano a rafforzare le condizioni economiche e finanziarie coerentemente con il coordinamento economico e fiscale europeo. Quest'ultimo richiamo sembra evidenziare come l'attuale allentamento dei vincoli finanziari abbia natura solo temporanea.

Tra le misure previste in sede europea rinveniamo, poi, il fondo SURE, disciplinato dal Regolamento UE 2020/672³³. Questo fondo costituisce uno strumento di assistenza finanziaria a carattere straordinario e temporaneo. Esso è volto a sostenere una triplice tipologia di spese affrontate dalle imprese: spese legate alla riduzione dell'orario di lavoro dei dipendenti, regimi di reddito sostitutivi, misure volte a mettere in sicurezza i luoghi di lavoro rispetto al rischio di contagio. Si tratta, dunque, di uno strumento il cui intervento appare in linea con le misure adottate a livello statale dal mese di marzo in poi al fine di sostenere i lavoratori e le imprese.

I meccanismi di assistenza finanziaria descritti sino ad ora, però, destinano le risorse ad ambiti specifici, per cui assumono un impatto limitato là dove si discuta di misure di rilancio economico. In relazione a tale profilo lo strumento che assume un ruolo centrale è il *Next Generation EU*, quale programma per la ripresa avente un importo complessivo pari a 750 miliardi di euro³⁴.

Al *Next Generation EU* appaiono riconducibili tre linee di investimento. Una prima linea di investimento è volta a finanziare la realizzazione di riforme ritenute prioritarie. Ad essa sono riconducibili il *New Recovery and Resilience Facility*, l'iniziativa *REACT-EU*, il *Just Transitional Fund* e l'*European Agricultural fund for Rural Development*. Ad una seconda linea di finanziamento, volta a sostenere le imprese, sono riconducibili il *Solvency Support Instrument*, il fondo InvestEU e lo *Strategic Investment Facility*. Infine, rientrano in una terza linea di finanziamenti le misure necessarie per rafforzare la tutela della salute, come il programma

esterne al sistema sovranazionale che avrebbero così la possibilità di imporre ristrutturazioni del debito e tagli draconiani alla spesa pubblica.

³³ In relazione al SURE si rinvia a R. REPASI, *A dwarf in size, but a giant in shifting a paradigm – The European instrument for temporary support to mitigate the unemployment risk (SURE)*, in *EU Law live*, 2020, 19.

³⁴ Il Consiglio europeo all'esito della riunione del 23 aprile 2020 ha assunto la decisione di lavorare alla creazione di un fondo per la ripresa europea nel lungo periodo ed ha conferito l'incarico alla Commissione europea di articolare entro la data del 27 maggio una proposta concernente un piano di aiuti per la ripresa. Sulla base di tale incarico la Commissione europea ha proposto un programma di ampio respiro per la ripresa denominato *Next Generation EU*. La proposta avanzata dalla Commissione europea ha, quindi, costituito la base sulla quale il Consiglio europeo nel vertice del 17-21 luglio 2020 ha definito i meccanismi di funzionamento del *Next Generation EU*. Per le conclusioni del vertice del Consiglio europeo del 17-21 luglio v. <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/07/21/european-council-conclusions-17-21-july-2020/>. In dottrina, per un'analisi dell'accordo raggiunto dal Consiglio europeo v. C. FASONE, *Le conclusioni del Consiglio europeo straordinario del 21 luglio 2020: una svolta con diverse zone d'ombra*, in *diritticomparati.it*, 29 luglio 2020.

EU4Health, e gli investimenti nel settore della ricerca realizzati tramite il programma *Horizon Europe*.

Nel novero di queste linee di finanziamento merita particolare attenzione il *New Recovery and Resilience Facility*, quale programma, avente una capienza di 560 miliardi di euro, volto a finanziare la realizzazione di investimenti e di riforme durature a livello economico e sociale. Al fine di inquadrare più nel dettaglio le finalità perseguite da tale programma, vale la pena riprendere le parole impiegate dalla Commissione europea secondo cui: «*The facility will offer large-scale financial support for investments and reforms that make Member State economies more resilient. Crucially, it will ensure that these investments and reforms focus on the challenges and investment needs related to the green and digital transitions. It will help Member States to address economic and social challenges that are even more critical in the aftermath of the crisis, in various areas such as social, employment, skills, education, research, innovation and health, but also in areas related to the business environment, including public administration and the financial sectors*»³⁵. Il *New Recovery and Resilience Facility* è volto, dunque, a sostenere ambiziosi e duraturi programmi di riforme che spaziano dalla transizione ecologica e digitale al sostegno alla realizzazione di una maggiore coesione sociale.

I meccanismi di funzionamento del *Next Generation EU* e, in particolare, del *Recovery Fund* sono stati definiti nel vertice del Consiglio europeo del 17-21 luglio ed attualmente sono al vaglio del Parlamento europeo. Costituiscono profili non controversi quelli secondo cui il programma *Next Generation EU* sia interamente finanziato da prestiti contratti dalla Commissione europea sui mercati finanziari e che tali prestiti siano garantiti dal bilancio UE 2021-2027. Si costruisce così uno stretto nesso tra il *Next Generation EU* ed il bilancio europeo, prevedendo altresì che le tradizionalmente esigue finanze europee siano incrementate attraverso l'introduzione di nuove forme di tassazione³⁶. Quanto al procedimento affinché gli Stati possano fruire delle risorse del *Recovery and Resilience Facility*, si prevede che l'erogazione delle stesse sia condizionata alla presentazione di piani per la ripresa ed alla definizione di un'agenda di riforme. I piani nazionali saranno oggetto di valutazione da parte della Commissione europea entro due mesi dalla presentazione e l'approvazione degli stessi avverrà ad opera del Consiglio a maggioranza qualificata.

La Commissione sarà chiamata a valutare l'effettiva attitudine dei piani nazionali di riforme a perseguire gli obiettivi individuati dal Semestre europeo,

³⁵ Tali parole sono tratte dalla proposta avanzata dalla Commissione europea il 28 maggio 2020. Si veda EUROPEAN COMMISSION, *Europe's moment: Repair and prepare for the next generation*, consultabile in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_940.

³⁶ Nelle conclusioni del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 è possibile leggere quanto segue: «*Next Generation EU e quadro finanziario pluriennale sono indissociabili. Abbiamo bisogno dello sforzo per la ripresa per rispondere con rapidità ed efficacia a una sfida temporanea, ma questo potrà dare i risultati auspicati ed essere sostenibile soltanto se associato e in armonia con il tradizionale quadro finanziario pluriennale, che dal 1988 plasma le nostre politiche di bilancio e offre una prospettiva a lungo termine*». Per un approfondimento in relazione al quadro finanziario pluriennale 2021-2027 si rinvia a A. ROSANÒ, *Le conseguenze economiche del Coronavirus e la battaglia sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027: alla ricerca di un principio di solidarietà europea*, in *federalismi.it*, 2020, 24.

il contributo al rilancio economico, il rafforzamento del sistema sociale, la contribuzione alla transizione ecologica ed a quella digitale. Gli elementi sulla base dei quali la Commissione sarà tenuta a svolgere il proprio giudizio sono, dunque, predeterminati, così come appare significativo il richiamo al Semestre europeo. Tale richiamo ribadisce ancora una volta quel nesso che le istituzioni europee hanno inteso creare tra il *Next Generation EU*, il bilancio europeo ed il Semestre europeo al fine di garantire la sostenibilità dei piani di rilancio europei. In questa ottica il rispetto degli impegni finanziari sembra convertirsi in uno strumento per una piena attuazione di un progetto comune di riforme e di crescita dello spazio europeo. Pertanto, le deroghe concesse ai vincoli finanziari sembrano ancora una volta assumere una valenza temporanea, strettamente legata all'esigenza di fronteggiare una situazione emergenziale.

È proprio nell'ambito del *Recovery and Resilience Facility* che il piano di intervento nazionale e quello europeo sembrano trovare un punto di convergenza: se è vero che gli Stati membri hanno provveduto a fornire le prime tempestive risposte alla crisi economico-finanziaria determinata dalla pandemia, è altresì vero che l'adozione di politiche di ripresa nel lungo periodo necessita di un coordinamento e di una visione di insieme che trova nel livello europeo il suo momento di sintesi. I piani nazionali di rilancio si collocano nella prospettiva di una condizionalità tra il trasferimento di ingenti risorse e l'impiego delle stesse per il perseguimento di obiettivi comuni.

Posta tale cornice nell'ambito della quale collocare i piani di rilancio nazionali, sembra opportuno evidenziare come gli stessi possano presentare delle sensibili differenze. Tale affermazione può agevolmente essere comprovata confrontando i piani di riforme definiti in Spagna, in Francia ed in via di definizione in Italia.

In relazione all'ordinamento spagnolo l'impiego delle risorse derivanti dal *New Recovery and Resilience Facility* è stato definito dal *Plan España Puede - Plan de Recuperación, transformación y Resiliencia*, a cui si affiancano il *Plan España Digital 2025*, il *Plan de modernización de la Formación Profesional*, il *Plan de choque para la ciencia y la innovación*, il *Plan de impulso para el sector turístico*, il *Plan de impulso de la cadena de valor de la industria de la automoción*³⁷.

Nell'ambito di tali piani di riforme il *Plan España Puede* assume un ruolo portante. Esso raccoglie le conclusioni presentate il 22 luglio 2020 dalla Commissione parlamentare per la Ricostruzione Sociale ed Economica, costituita in seno al *Congreso de los Diputados*. In via preliminare il piano, oltre ad evidenziare l'impatto economico-finanziario della pandemia nell'ordinamento spagnolo, illustra i criteri che ne hanno guidato la redazione. Nell'ambito di tali criteri un ruolo centrale è rivestito dalla giustizia intergenerazionale: quest'ultima, infatti, impone che l'aumento del debito pubblico sia funzionale alla realizzazione di investimenti e che sia suscettibile di produrre utilità future. Trattandosi della definizione di piani per la ripresa socio-economica un simile approccio appare

³⁷Tali piani per il rilancio sono consultabili in <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2020/espana-puede.aspx#:~:text=El%20Plan%20que%20se%20present%C3%B3,al%20instrumento%20Next%20Generation%20EU>.

più che ragionevole, avrebbe infatti poco senso limitarsi all'adozione di misure con effetti nell'immediato ma senza alcuna prospettiva futura.

Quanto agli obiettivi perseguiti il piano spagnolo individua quattro linee guida: la transizione digitale, la transizione ecologica, l'uguaglianza di genere, la coesione sociale e territoriale. L'esigenza di procedere a passo spedito verso una transizione ecologica è stata posta in rilievo dalla stessa pandemia. Infatti, la crisi ambientale associata ai cambiamenti climatici ed alla perdita di biodiversità non solo genera enormi costi economici e sociali, ma aumenta le possibilità che si verifichino rischi sanitari. Per quanto riguarda la transizione digitale, si tratta di un percorso che la Spagna già aveva intrapreso attraverso un'ampia diffusione delle connessioni a fibra ottica ed il miglioramento registrato dal DESI (*Digital Economy and Society Index*), quale indice che attesta il livello di digitalizzazione dei Paesi europei. Il passo ulteriore previsto dal piano di rilancio è la digitalizzazione del tessuto imprenditoriale. La realizzazione della transizione digitale si propone non solo di essere un volano economico, ma di contribuire ad una maggiore coesione sociale e territoriale agevolando i collegamenti, l'erogazione di servizi e creando nuove opportunità di lavoro nelle zone spopolate e rurali del Paese.

In relazione alla coesione sociale acquisisce un'importanza ancora maggiore il contrasto alle discriminazioni di genere che, nel piano spagnolo, è declinato come contrasto alle discriminazioni sia nei confronti delle donne sia nei confronti dei giovani. I giovani e le donne rientrano, invero, tra le categorie maggiormente colpite dagli effetti della pandemia. Il contrasto alle condotte discriminatorie perpetrate nei loro confronti si propone di contribuire non solo ad una loro maggiore integrazione nel tessuto sociale, ma anche ad una maggiore integrazione nel tessuto economico.

Esaminando il piano di rilancio spagnolo, colpisce l'attenzione rivolta ai giovani: questi ultimi sono richiamati non solo in relazione al contrasto alle discriminazioni e alla realizzazione di una maggiore coesione sociale, bensì sono intesi quali principali destinatari del piano. Quest'ultimo profilo appare evidente là dove si rifletta sul richiamo effettuato in apertura del *Plan España puede* alla responsabilità intergenerazionale: l'indebitamento odierno deve essere contratto per realizzare utilità e non trasformarsi in un gravoso peso per le generazioni future.

Per quanto concerne i profili organizzativi, il piano predisposto dall'ordinamento spagnolo appare sufficientemente dettagliato. È individuato un sistema di *governance* che prevede l'istituzione di una *Comisión para la Recuperación, transformación y resiliencia* presieduta dal Presidente del Governo ed a cui partecipano i membri del Governo responsabili delle aree interessate. Tale commissione sarà affiancata da una commissione di tecnici e lavorerà in sinergia con la *Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos*. Al fine di verificare la progressiva attuazione del piano sarà, poi, istituita una *Unidad de Seguimiento del Plan de Recuperación*. Sembra rilevante segnalare come l'attuazione del piano non sia rinviata al momento del trasferimento delle risorse da parte del

livello europeo, bensì ne è disposta l'attuazione immediata nei limiti delle risorse pubbliche disponibili.

Il piano di rilancio francese presenta innumerevoli punti di contatto con il piano spagnolo, tuttavia esso si caratterizza per un contenuto più dettagliato in relazione agli interventi da intraprendere. Il 3 settembre 2020 il Primo Ministro francese ha presentato il piano “*France Relance*”, definendolo come un piano «verde, sociale e territoriale»³⁸. Le priorità individuate dal piano di rilancio sono: l'ecologia, la competitività e la coesione. Ciascuna di tali linee direttrici trova, poi, concretizzazione in specifici interventi. L'ecologia individuata come priorità ben si colloca in relazione all'obiettivo europeo della *Green Transition*, la competitività ha invece riguardo al settore delle imprese. Più complesse si presentano le misure adottate al fine di realizzare una maggiore coesione. Nell'ambito di tali misure rientrano, infatti, non solo misure individuate *ex novo*, ma anche alcuni interventi adottati durante i primi mesi della pandemia che si sono dimostrati efficaci. È questo, per esempio, il caso del programma “*1 jeune, 1 solution*” volto a promuovere l'occupazione giovanile³⁹.

Soffermandoci, dunque, su quest'ultima linea di interventi è possibile rilevare, analogamente a quanto previsto dal piano di rilancio spagnolo, una significativa attenzione rivolta ai giovani. Invero, la coesione è stata declinata dal piano *France Relance* secondo una duplice declinazione: una coesione intergenerazionale ed una coesione territoriale. L'obiettivo di realizzare una maggiore coesione intergenerazionale nasce dalla constatazione che i giovani, da un lato, costituiscono una delle categorie maggiormente colpite dalle conseguenze economico-finanziarie della pandemia, ma dall'altro lato sono chiamati ad essere tra i principali attori della ripresa.

Entrando più nel dettaglio delle misure previste dal piano francese nell'ambito della coesione, è possibile segnalare lo stanziamento di ingenti investimenti nel settore sanitario, la riproposizione delle misure già previste dal piano “*1 jeune, 1 solution*”, la previsione di forme di sostegno rafforzate per i soggetti diversamente abili, la maggiorazione dell'importo erogato nell'ambito dell'*Allocation pour le rentrée scolaire*, la predisposizione di piani di sostegno per le persone senza fissa dimora e, più in generale, di piani di contrasto alla povertà. Come è possibile notare, le misure riconducibili all'obiettivo della coesione determinano un rafforzamento della tutela sociale, anche in ragione dei più elevati livelli di povertà causati della crisi economica seguita alla pandemia. Tali misure, analogamente a quanto previsto in Spagna, hanno iniziato a trovare attuazione già a partire dal mese di settembre 2020.

Volendo raffrontare il piano di rilancio spagnolo e quello francese è possibile notare, in *primis*, il comune obiettivo di realizzare una transizione ecologica in linea con le sollecitazioni europee e, in secondo luogo, una particolare attenzione al tessuto sociale ed alla realizzazione di una maggiore coesione. Nell'ordinamento spagnolo il tema della coesione è declinato unitamente a

³⁸ Il piano *France relance* è consultabile in <https://www.gouvernement.fr/france-relance>.

³⁹ In relazione a tale piano si rinvia a quanto illustrato nel secondo paragrafo di questo scritto.

quello della lotta alle discriminazioni, sia di genere che anagrafiche. Nell'ordinamento francese la coesione è invece declinata con riguardo all'integrazione dei giovani ed alla realizzazione di una maggiore coesione territoriale. Nel piano di rilancio spagnolo trova, poi, ampio spazio il perseguimento di una transizione digitale, declinata non solo all'interno del piano *España Puede*, ma anche nel piano *España Digital 2025*. Il piano di riforme francese si caratterizza, invece, per un rafforzamento delle prestazioni sociali, per la lotta alla povertà ed alle forme di esclusione.

Profilo comune al piano spagnolo ed a quello francese è la procedimentalizzazione della fase attuativa. Avendo già illustrato la regolamentazione spagnola del procedimento di attuazione, vale la pena illustrare brevemente quella francese.

Per quanto riguarda l'ordinamento francese è possibile evidenziare come la realizzazione del piano si fondi su un sistema di concertazione, come confermato da un accordo di partenariato siglato con le regioni il 30 luglio 2020. L'opzione per un modello basato sulla concertazione emerge anche dalla previsione di due comitati al fine di guidare l'attuazione del piano di rilancio: un comitato a livello nazionale, presieduto dal Primo ministro, ed un comitato a livello locale.

Rispetto al piano di rilancio spagnolo ed a quello francese, l'ordinamento interno sembra essere ancora in una fase prodromica. In Italia, infatti, il Governo ha reso note il 10 settembre 2020 le "Linee guida per la definizione del Piano nazionale di ripresa e resilienza"⁴⁰. Non si tratta, dunque, di un piano già articolato per il rilancio del Paese, bensì dell'individuazione di linee guida che presiederanno all'individuazione di tale programma. Le linee guida definiscono tre obiettivi principali: la modernizzazione del Paese, la transizione ecologica, l'inclusione sociale e territoriale. Tali obiettivi sono perseguiti attraverso sei missioni: alla transizione ecologica è dedicata una missione *ad hoc*, diversamente l'obiettivo di modernizzare il Paese è perseguito attraverso due distinte missioni, quali, da un lato, la digitalizzazione, l'innovazione e la competitività del sistema produttivo e, dall'altro, il miglioramento delle infrastrutture per la mobilità. Infine, l'inclusione sociale e territoriale è realizzata attraverso tre missioni volte a potenziare: l'istruzione, la formazione, la ricerca e la cultura; l'equità sociale, di genere e territoriale e, infine, la salute.

Rispetto ai piani di rilancio francesi e spagnoli, le linee guida italiane presentano talune peculiarità. In particolare, esse si caratterizzano per individuare tra i criteri di selezione dei progetti da presentare alla Commissione europea la valutazione dei costi per la loro realizzazione e l'attitudine a ridurre gli squilibri macroeconomici. Ulteriore peculiarità è data dall'individuazione di riforme esterne al piano di rilancio che dovrebbero contribuire a rendere quest'ultimo maggiormente efficace. In relazione a tale profilo le riforme individuate sono quattro: una riforma della Pubblica amministrazione volta a garantire una mi-

⁴⁰ Le linee guida per la definizione del Piano nazionale di ripresa e resilienza possono essere consultate <http://www.politicheeuropee.gov.it/media/5378/linee-guida-pnrr-2020.pdf>.

gliore performance organizzativa, una riforma del sistema fiscale accompagnata dall'accentuarsi della lotta all'evasione, una riforma della giustizia civile e penale al fine di abbreviare i tempi dei processi e, infine, la riforma del mondo del lavoro per garantire maggiore equità e salari dignitosi. Nell'ordinamento italiano sembrerebbe delinearsi, dunque, una stagione complessa di riforme.

Alla luce della disamina svolta appare evidente come, per quanto sia dato riscontrare delle differenze negli specifici interventi previsti, gli obiettivi perseguiti dai piani nazionali di rilancio appaiano comuni. Tutti gli interventi previsti mirano a realizzare una transizione ecologica, a modernizzare sotto il profilo digitale i singoli Paesi, a garantire una maggiore coesione sociale. Tali obiettivi, così come i piani all'interno dei quali sono individuati, sono tutti riconducibili al *New Recovery and Resilience Facility*. Appare, dunque, innegabile come una simile condivisione di intenti sorregga una comune progettualità europea.

Se, dunque, la prima reazione alle conseguenze determinate dalla pandemia è stata rimessa alle decisioni assunte dai singoli Stati, in relazione alle scelte di lungo periodo sembra riemergere la centralità della dimensione europea.

4. Considerazioni conclusive sulle prospettive di tutela dei diritti sociali ed economici a seguito della crisi pandemica

La disamina sin qui svolta ha consentito di porre in rilievo come, a fronte dell'emergenza pandemica, l'intervento statale abbia avuto un ruolo fondamentale al fine di garantire adeguata tutela ai diritti sociali ed economici.

Tale intervento, tuttavia, ha assunto tratti differenti a seconda dell'ordinamento considerato. In particolare, l'esame delle misure disposte nell'ordinamento interno ed in quello spagnolo ha dimostrato una particolare attenzione a garantire ai cittadini la percezione dei mezzi necessari per condurre un'esistenza dignitosa. Una simile garanzia è stata, però, declinata diversamente nei due ordinamenti: nell'ordinamento italiano si segnala l'adozione di misure assistenziali di carattere temporaneo la cui erogazione è destinata ad esaurirsi contestualmente al superamento della fase più acuta della pandemia, diversamente nell'ordinamento spagnolo l'attuale momento di crisi sembra aver rappresentato l'occasione per un più profondo ripensamento del sistema assistenziale e previdenziale. L'emblema di tale svolta è rappresentato dall'introduzione di una prestazione assistenziale con carattere permanente quale l'*Ingreso Mínimo Vital*.

Ulteriore elemento degno di nota nell'ordinamento spagnolo è l'inclusione di categorie professionali sino ad ora prive di particolari tutele tra i soggetti legittimati a percepire indennità di disoccupazione. Rientrano in tale novero, per esempio, i lavoratori domestici ed i professionisti dello spettacolo. L'ordinamento italiano, al contrario, si è caratterizzato per l'estensione della possibilità di fruire della cassa integrazione guadagni, ordinaria ed in deroga, per la previsione di indennità *una tantum*, per l'erogazione del reddito di ultima istanza e del reddito di emergenza. A ben vedere si tratta di misure che presen-

tano una natura eccezionale e temporanea e, in quanto tali, non determinano una riforma dei meccanismi di assistenza e di previdenza. Alla luce di tali rilievi è possibile affermare che entrambi gli ordinamenti abbiano perseguito il medesimo obiettivo, adottando però strategie diverse.

Il difficile contesto socio-economico ha rappresentato per l'ordinamento spagnolo un'opportunità di cambiamento. Tale cambiamento, però, comporta delle spese elevate che dovranno essere sostenute nel corso del tempo. Quest'ultimo profilo conduce all'ulteriore elemento di novità consistente nella volontà, espressa dalle autorità spagnole, di allontanarsi dalle politiche di *austerity* adottate successivamente alla crisi economico-finanziaria del 2008. Una simile dichiarazione, per quanto non isolata nel panorama comparatistico, deve essere esaminata attentamente, tenendo conto delle diverse fasi dell'elaborazione della risposta alla crisi conseguente alla pandemia e, soprattutto, delle possibilità di procedere a riforme dei vincoli finanziari sovranazionali.

In relazione al primo profilo richiamato, insigni economisti hanno evidenziato come nella prima fase di risposta all'emergenza pandemica l'adozione di politiche di rigore finanziario avrebbe potuto determinare maggiori rischi per la sostenibilità della finanza pubblica nel lungo periodo rispetto all'adozione di misure comportanti nell'immediato un incremento del debito pubblico⁴¹. Quanto al secondo profilo sembra, invece, possibile evidenziare come diversi elementi inducano a ritenere che l'autorizzazione allo scostamento dal Patto di stabilità e crescita sia solamente temporanea, essendo invece chiamati ad impegnarsi al rispetto dei vincoli finanziari tanto gli Stati che decidano di richiedere l'assistenza finanziaria del MES quanto gli Stati che presentino piani di rilancio al fine di fruire delle risorse del *New Recovery and Resilience Facility*.

Il rispetto degli impegni finanziari sembra, infatti, convertirsi in uno strumento per una piena attuazione di un progetto comune di riforme e di crescita dello spazio europeo. In relazione a quest'ultimo profilo sembra opportuno rilevare come l'ordinamento italiano abbia adottato una prospettiva diversa rispetto all'asserito allontanamento dalle politiche di *austerity* che caratterizza l'ordinamento spagnolo. Infatti, se è vero che l'esigenza di affrontare le conseguenze economico-finanziarie della pandemia ha comportato la necessità di approvare scostamenti di bilancio, è anche vero che le "Linee guida per la definizione del Piano nazionale di ripresa e resilienza" individuano tra i parametri per selezionare i progetti da presentare alla Commissione europea la valutazione dei costi di realizzazione e l'attitudine a ridurre gli squilibri macroeconomici. Una simile precisazione lascia intendere la natura temporanea e contingente degli scostamenti di bilancio varati e la conferma del trend che ha connotato le scelte in materia di spesa pubblica nell'ultimo decennio. Il rinnovato impegno

⁴¹ In questo senso si veda R. BALDWIN, B. WEDER DI MAURO (a cura di), *Mitigating the Covid economic crisis: act fast and do whatever it takes*, CEPR Press, London, 2020, nonché M. DRAGHI, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, in *Financial Times*, 25 marzo 2020.

al rispetto dei vincoli di bilancio appare, quindi, in linea con i richiami effettuati dall'Unione europea nel predisporre gli strumenti per la ripresa.

In definitiva, è quindi possibile affermare che il modello spagnolo e quello italiano presentano eguale attenzione nei confronti della tutela dei diritti sociali, optando tuttavia per modelli diversi attraverso i quali garantire siffatti diritti. Scelte parzialmente diverse rispetto a quelle compiute nell'ordinamento italiano ed in quello spagnolo possono essere riscontrate nell'ordinamento francese. Anche tale ordinamento si caratterizza per una significativa attenzione alla salvaguardia dei livelli di occupazione, alla tutela dei nuclei familiari ed alla garanzia della percezione di un reddito minimo che consenta un'esistenza dignitosa. Tuttavia, rispetto agli interventi adottati dagli altri ordinamenti sin qui richiamati, le misure introdotte in Francia si connotano per una significativa attenzione rivolta ai giovani, quali soggetti particolarmente colpiti dalle conseguenze della pandemia. Una simile attenzione è emersa sin dal primo momento in cui si è reso necessario disporre misure di contrasto alle conseguenze economico-sociali della crisi pandemica. La Francia, infatti, già dall'estate del 2020 ha lanciato un programma di interventi per favorire l'inserimento lavorativo dei giovani. Tale programma è stato introdotto dapprima in via temporanea e successivamente stabilizzato all'interno del piano *France relance*.

Nell'ambito di questo piano nazionale di rilancio, nel corso della disamina svolta, è stato possibile evidenziare non solo l'attenzione rivolta al tema della coesione intergenerazionale, ma anche la particolare attenzione dedicata alle politiche sociali e di contrasto alla povertà. Tali temi appaiono centrali per lo sviluppo dello spazio europeo, considerando che già al momento in cui è intervenuta la dichiarazione dello stato di pandemia da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità il tessuto sociale si caratterizzava per aver patito nel corso dell'ultimo decennio un significativo aumento del tasso di popolazione in stato di povertà o a rischio povertà⁴². La crisi pandemica è intervenuta su tale tessuto esacerbando le disuguaglianze ed aumentando le tensioni sociali. Pertanto, l'adozione di politiche di coesione sociale appare essere un nodo centrale.

Come si è avuto modo di evidenziare, le misure adottate dall'ordinamento francese si contraddistinguono per essere delle misure suscettibili di produrre effetti nel lungo periodo. Tale caratteristica connota, altresì, gli interventi disposti in Germania. In relazione a quest'ultimo ordinamento si

⁴² Il Rapporto 2018 della Corte dei Conti sul coordinamento della finanza pubblica (consultabile in www.corteconti.it/attivita/uffici_centrali/sezioni_riunite_sede_controllo/rapporto_finanza_pubblica) ha rilevato come nell'eurozona tra il 2008 ed il 2017 il tasso di popolazione in stato di povertà sia cresciuto dal 21,7% al 23,1%, mentre il tasso di popolazione a rischio povertà è aumentato dal 5,9% al 6,6%. In relazione all'ordinamento italiano il Rapporto della Corte dei Conti ha rilevato come nel 2008 si riscontrava un tasso di popolazione in stato di povertà pari al 3,6/, mentre nel 2017 risultava raggiunta la soglia del 7,9%. Sull'incremento delle disuguaglianze economiche e sociali nell'ultimo decennio si veda, in relazione all'esperienza dell'ordinamento italiano e di quello spagnolo, C. MARCHESE, *Territorial economic inequalities and social rights protection standards: a comparative analysis of the Italian and the Spanish cases in the light of the public finance discipline*, in *Federalismi*, 2020, 10.

è evidenziato come l'articolato insieme di misure adottate sin dai primi mesi della pandemia abbia dato luogo a quello che è stato definito alla stregua del “più grande piano di assistenza finanziaria dal secondo dopoguerra” e, altresì, come “un netto cambio di paradigma”⁴³.

Entrambe queste definizioni appaiono significative per differenti ragioni. Quanto al richiamo alla rilevanza del piano nazionale di assistenza finanziaria, si è avuto modo di porre in rilievo come le misure adottate nell'ordinamento tedesco introducano una tutela significativa della libertà di iniziativa economica dei privati e dei livelli occupazionali. La tutela del tessuto sociale di cui abbiamo sino ad ora discusso non deve, infatti, indurre a tralasciare la salvaguardia dell'iniziativa economica privata in quanto i due profili sono strettamente connessi: non vi può essere, invero, alcuna prospettiva di crescita o di ripresa senza un'adequata salvaguardia anche dei diritti economici. Quanto al richiamo ad un “cambio di paradigma”, è possibile notare come anche in Germania si sia posta l'esigenza di approvare scostamenti di bilancio e si sia verificato un significativo incremento dei livelli di indebitamento pubblico in controtendenza con le politiche di rigore finanziario adottate nell'ultimo decennio.

Già ci siamo soffermati sul rapporto tra gli scostamenti di bilancio approvati a livello nazionale e le prospettive di riforma della disciplina dei vincoli finanziari europei, vale invece la pena riflettere sulla contestualizzazione delle misure adottate a livello nazionale nell'ambito degli strumenti per la ripresa predisposti in sede europea. In relazione a questo profilo è possibile rilevare come le misure di tutela sociale definite a livello nazionale tanto nella prima fase dell'emergenza pandemica quanto all'interno dei piani nazionali di rilancio ben si collochino nel solco degli obiettivi di coesione sociale individuati in sede europea.

Il tema della coesione sociale appare essere un elemento centrale non solo al fine di arginare i rischi che discendono dall'accentuarsi delle disuguaglianze sociali all'interno dello spazio europeo, ma anche allo scopo di rilanciare una comune progettualità che restituisca un'effettiva centralità ai cittadini europei ed ai loro diritti.

⁴³ Così, T. MASTROBUONI, *Coronavirus, la Germania lancia una Manovra immediata da 156 miliardi: 50 sono per le Piccole imprese*, in *La Repubblica*, 23 marzo 2020; P. VALENTINO, *Coronavirus, il piano eccezionale di Merkel: 550 miliardi per le imprese*, in *Corriere della Sera*, 13 marzo 2020.

MARIA BALDARI
Dottoranda di ricerca in diritto amministrativo presso il Dipartimento di
Giurisprudenza, economia e scienze umane dell'Università
"Mediterranea" di Reggio Calabria
maria.baldari@univ.it

POTERE E INCERTEZZA SCIENTIFICA AI TEMPI DEL COVID-19

POWER AND SCIENTIFIC UNCERTAINTY DURING THE COVID-19 CRISIS

SINTESI

Il *paper* si focalizza sul principio di precauzione come modalità di gestione di contesti emergenziali, compresa la pandemia da Covid-19. Si esamineranno dapprima i presupposti applicativi e le caratteristiche generali degli atti adottati in ossequio alla logica precauzionale. Successivamente si analizzeranno gli elementi ad esso riconducibili emersi nell'emergenza sanitaria attuale, dando atto di come tale gestione, sebbene formalmente rispettosa dell'assetto normativo ed istituzionale, si sia rivelata in concreto non del tutto soddisfacente. In particolare, si segnalerà il continuo rinvio da parte dell'organo esecutivo (peraltro monocratico) alle valutazioni del comitato tecnico-scientifico. Tale prassi, che denota una abdicazione del primo dal proprio ruolo di decisore politico, si inserisce nella più ampia tematica relativa alla crisi del parlamentarismo, per il cui superamento si auspica una cospicua riforma istituzionale. Inoltre sarà messo in evidenza come i provvedimenti emanati, allo scopo di contenere il contagio e dunque tutelare la salute pubblica, abbiano limitato in maniera eccessiva gli altri diritti fondamentali dei singoli; su questo fronte, l'indicazione è quella del recupero di una corretta operazione di bilanciamento.

ABSTRACT

The paper focuses on the precautionary principle as a way of managing emergency situations, including the Covid-19 pandemic. It first examines the conditions of application and the general characteristics of the Acts adopted in accordance with the precautionary logic. The essay then examines the elements attributable to this principle emerging in the current health emergency, noting how its management, while formally respecting the regulatory and institutional framework, has not in practice proved entirely satisfactory. In particular, it will highlight continuous remittal by the (moreover monocratic) executive power to assessment by a technical and scientific committee. This practice, which denotes a renunciation by the former of its role as a political decision-maker, is part of the wider issue of the crisis of parliamentarism, which it is hoped can be solved by large-scale reform. The paper also examines the extent to which the measures adopted to limit contagion and therefore protect public health are excessively restrictive of the other fundamental rights of individuals; on this front, what is required is the recovery of a correct balancing operation.

PAROLE CHIAVE: Emergenza – scienza – precauzione – salute – valutazioni tecniche – potere – bilanciamento – proporzionalità

KEYWORDS: Emergency – science – precaution – safety – technical evaluations – power – balance – proportionality

INDICE: 1. Premessa sulle norme emergenziali nel nostro ordinamento. – 2. Origine e fondamento del principio precauzionale. – 3. Potere e scienza. – 4. Caratteristiche generali del modello precauzionale. – 5. Gestione precauzionale dell'attuale emergenza sanitaria. – 6. Predominio delle valutazioni del CTS ed indebolimento del ruolo del Parlamento. – 7. Inadeguato bilanciamento dei diritti in conflitto. – 8. Note conclusive.

1. Premessa sulle norme emergenziali nel nostro ordinamento

L'emergenza, nella misura in cui mette alla prova la tenuta dell'assetto istituzionale del Paese, determina da sempre l'interrogativo su quale debba essere la reazione da parte di ciascun ordinamento.

E, a fronte di una Costituzione come la nostra, priva di una formale regolazione di tale fenomeno, il dibattito circa il fondamento della normativa emergenziale non può che essere ulteriormente alimentato.

La tematica è tornata di estrema attualità a seguito della pandemia legata alla diffusione del virus SarS-CoV-2, nel cui contesto hanno ripreso a contrapporsi pressoché tutte le teorie.

A fronte della impossibilità di approfondire la questione nell'ambito del presente contributo, ci si limiterà in questa sede ad enucleare le varie posizioni registratesi sul punto¹.

Un primo orientamento si fonda sull'idea secondo cui la necessità sia fonte autonoma del diritto, che legittima pieni poteri sia pure temporalmente limitati e rispettosi dei principi fondamentali².

I fautori di questa tesi si dividono poi al loro interno tra coloro i quali ritengono che non occorra una norma specifica sulla necessità ed urgenza, in quanto queste resterebbero fonti comunque indispensabili del diritto; e quelli che invece auspicano una modifica della Costituzione mediante l'introduzione di una norma sull'emergenza.

Secondo un'opposta posizione, dal mancato riferimento espresso all'emergenza non dovrebbe trarsi la conclusione secondo cui il fenomeno in esame resti sconosciuto alla Carta Costituzionale; e ciò in quanto, a ben vedere,

¹ Sul tema si rinvia a C. MORTATI, *La Costituzione materiale*, Milano, Giuffrè 1940; G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati*, in *Diritto e società*, 1992 p. 235; ID, *Diritto costituzionale*, 9ª ed., Padova, 2017, p. 251; G. MAZZARITA, *L'emergenza costituzionale, definizione e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003; V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, p. 886.

² S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl. e della p. a. in Italia*, 1909, 220: «La necessità si può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate».

esisterebbero diverse norme dalle quali dedurre una regolamentazione, sia pure indiretta, della gestione di fasi emergenziali³.

In questo senso verrebbero in rilievo innanzitutto gli artt. 77 e 78 Cost: il primo riconosce un modello di emergenza “generale” che consente al Governo, in casi straordinari di necessità e di urgenza, di adottare provvedimenti provvisori con forza di legge; il secondo fonda una emergenza “speciale”, circoscritta allo stato di guerra⁴. L'art. 120, co. 2 consente inoltre al Governo di sostituirsi agli organi dei vari enti locali ove si assista al «*mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica*»; l'esercizio del potere sostitutivo deve comunque avvenire nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione. Ancora, l'art. 126 Cost. prevede la possibilità di scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta, fra gli altri e per quanto qui d'interesse, «*per ragioni di sicurezza nazionale*»: una sorta di emergenza “costituzionale” che si manifesta quando questi organi compiano atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge.

Ma, quale che sia la giustificazione giuridica cui si voglia aderire, la storia insegna come durante le fasi di emergenza l'ordinamento abbia quasi sempre reagito con l'attribuzione di poteri straordinari al Governo, organo che, per organizzazione e modalità di funzionamento, meglio si presta ad assumere decisioni in tempi rapidi⁵.

Una conferma in questo senso può essere tratta, oltre che dalle menzionate disposizioni costituzionali, dalla normativa di rango primario, anch'essa volta ad attribuire un ruolo predominante a soggetti appartenenti, a vario titolo, al potere Esecutivo.

Ciò avviene in particolare attraverso lo strumento delle cd. ordinanze *extra ordinem*, con le quali il legislatore attribuisce una sorta di delega “in bianco”,

³³ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in AIC, 2020, fasc. 2, secondo il quale «*la Costituzione contiene il fondamento legittimante (espresso ancor-ché implicito) della normazione extra ordinem, sebbene l'operatività della legittimazione sia condizionata dall'intermediazione di una fonte primaria. È dunque assai dubbio che la diffusa sollecitazione a una revisione costituzionale che disciplini lo stato di emergenza meriti di essere raccolta: la Costituzione ha mostrato di saper reggere*»⁴¹ e, una volta di più, *se ci sono dei problemi non è di là che vengono*», così. Molto prima, F. RACIOPPI, *Lo stato d'assedio e i tribunali di guerra*, in *Giornale degli economisti*, 1898, 141.

⁴ La differenza tra i due modelli risiede essenzialmente nella circostanza che nell'art. 77 Cost. risulta esaltata la capacità e la responsabilità autonoma del Governo nella gestione dei casi straordinari, con un controllo del Parlamento limitato alla fase successiva di conversione del d.l.; nell'art. 78 Cost. è invece ricalcato il modello di delega legislativa “atipica” in quanto l'azione del Governo è preceduta e indirizzata dalla previa decisione delle Camere dello stato di guerra e dal successivo provvedimento con cui si attribuiscono al Governo i poteri necessari.

⁵ L'origine di tale potere sostitutivo ha radici lontane, risalenti all'inizio del secolo scorso ed in particolare al terremoto che nel 1908 colpì e distrusse le città di Reggio Calabria e Messina. Già in quell'occasione si evidenziò infatti la necessità di uno *jus singulare* che permettesse al governo di derogare ai principi legislativamente consolidati nell'ordinamento. Si v. SANTI ROMANO, *op. cit.*; V. POLACCO, *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabro siculo*, in *Rivista di Diritto civile*, I, 1909, pp. 337 ss.

a seconda dei casi, al Prefetto, al Sindaco (in veste di rappresentante della comunità locale o quale ufficiale di Governo), al Ministro della Salute o al Capo della Protezione Civile⁶.

Com'è noto, si tratta di atti straordinari adottati da autorità amministrative in deroga alla normativa vigente, in situazioni nelle quali i poteri ordinari rischierebbero di rivelarsi inefficaci. Non a caso, le loro caratteristiche sono l'atipicità e la possibilità di derogare, sia pure in via temporanea, alle norme di legge, con i limiti rappresentati dal rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento, della riserva assoluta di legge nonché delle norme comunitarie⁷.

Una simile forma di gestione dell'emergenza si fonda su pericoli noti in quanto già verificatisi in passato: non esistono profili di incertezza, se non per quanto attiene all'imprevedibilità sotto il profilo temporale o all'entità delle possibili conseguenze.

In questo senso, testimoniano una sorta di fiducia nel futuro, sul presupposto secondo cui i pericoli indicati potrebbero ripresentarsi con le stesse modalità con cui si sono verificati in passato e, pertanto, sarebbero fronteggiabili con analoghi strumenti.

2. Origine e fondamento del principio precauzionale

La tradizionale modalità di gestione dell'emergenza è stata affiancata, in tempi più recenti, da uno schema di derivazione comunitaria riconducibile al principio di precauzione⁸.

Il modello in esame si fonda sulla identificazione di effetti potenzialmente negativi provenienti da un fenomeno, un prodotto, o un procedimento e sancisce – facendo ricorso alle parole usate dalla Commissione Europea - «*la necessità di una valutazione seria e preventiva del rischio, in una situazione nella quale, una carente informazione, l'imprecisione o la non definitività dei dati scientifici disponibili, non consenta di determinare con sufficiente certezza il rischio in questione*»⁹.

⁶ Si pensi, in questo senso, agli artt. 2 del r.d. 18/6/1931 n.773 (TULPS); 50, co. 5 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267; art. 54, co. 4 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267; art. 32, l. 23 dicembre 1978, n. 833 (TULS); art. 25, d. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 (Codice della Protezione Civile. Sulla tematica si rinvia a E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, BUP, 2019).

⁷ Dibattuto è il loro rapporto con il principio di legalità; sulla questione si rinvia a G. TROPEA, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost., n. 115/2011)*, in *Dir. amm.*, 2011; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Milano 2007, 339; S. CASSESE, (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, II ed., Torino 2010, 299 ss.

⁸ Sugli effetti distorsivi del principio di precauzione, v. C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Il Mulino, 2010. Sempre in senso critico, v. L. PERFETTI, *Il Governo dell'arbitrio. Riflessione sulla sovranità popolare durante la XVII legislatura repubblicana*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2020.

⁹ Comunicazione della Commissione della Comunità europea, riguardante il "Principio di precauzione" del 2 febbraio 2000, in risposta alla risoluzione del Consiglio del 13 aprile 1999.

L'emergenza che qui viene in rilievo si caratterizza dunque per il persistere di una condizione di incertezza scientifica, attinente indifferentemente all'*an* o al *quomodo* del danno. Predomina, in altri termini, un sentimento di sfiducia verso il futuro fondato sul timore che possano verificarsi accadimenti fino ad ora mai avvenuti e rispetto ai quali non sussistono indicazioni univoche da parte del mondo scientifico.

In situazioni del genere, l'obiettivo diventa quello di gestire il rischio mediante l'adozione di specifiche misure volte ad evitare la verifica del danno o, anche, del pericolo effettivo.

Affinché questo avvenga, è necessario che l'intervento pubblico si collochi in una fase antecedente al danno governata, appunto, dal solo rischio¹⁰.

E ciò similmente a quanto accade nel diritto penale ove - in disparte le ipotesi di tentativo derivanti dalla combinazione delle fattispecie di parte speciale con l'art. 56 c.p. - il legislatore sente, talvolta, la necessità di anticipare la soglia di intervento penale dando luogo a specifiche figure di delitti cd. "a consumazione anticipata" che si perfezionano con la sola messa in pericolo del bene protetto.

Il parallelismo con il diritto penale è utile anche al fine di comprendere il criterio che consente di optare per la scelta di una simile strategia: così come in ambito penalistico il legislatore è mosso dalla necessità di fornire maggiore tutela a beni giuridici reputati di particolare importanza, allo stesso modo nella gestione dell'emergenza si giustifica un intervento anticipato dell'autorità pubblica con riguardo a materie per le quali l'ordinamento garantisce elevati *standards* di protezione.

Ed in effetti il principio in esame è stato nel tempo associato ad una forma di cautela contro possibili e rilevanti danni alla salute o all'ambiente, materie nelle quali il rischio collegato a determinate attività impone decisioni e scelte preliminari che coinvolgono spesso valutazioni di elevato contenuto scientifico.

Su quel rischio incide, in modo significativo, proprio l'incertezza scientifica sulle misure da adottare, tenendo conto dello stato della ricerca in quella data materia e in quel dato momento storico. La circostanza di non essere in grado di sapere se un qualche danno possa in futuro verificarsi o semplicemente, con quale consistenza, rappresenta il cuore della questione che legittima un intervento in via, appunto, precauzionale.

E questo è quello che sembra essere accaduto anche nell'attuale emergenza sanitaria, in relazione alla quale - nella delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio - si è fatto riferimento ai «rischi per la pubblica e privata incolumità connessi ad agenti virali trasmissibili» a fronte dei quali si sarebbe reso necessario «realizzare una compiuta azione di previsione e prevenzione».

Il profilo di incertezza in questo caso risiederebbe non tanto nella trasmissibilità del virus, sulla quale fin da subito non si sono registrati dubbi, ma, piuttosto, nelle precise caratteristiche del virus stesso. Questo avrebbe legitti-

¹⁰ Si v., in questo senso, A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Giuffrè, 2006.

mato un intervento preventivo e la dichiarazione dello “Stato di emergenza”, in una fase in cui, a ben vedere, una emergenza vera e propria ancora non c’era¹¹.

A questo punto, al fine di meglio comprendere come l’incertezza scientifica possa legittimare e rendere necessaria un’azione anticipata da parte delle autorità, con conseguente legittimità, perlomeno formale, degli atti normativi ed amministrativi emanati nell’attuale contesto emergenziale, è utile dare atto dell’importanza del ruolo rivestito dalla scienza nell’esercizio del potere.

3. Potere e scienza

Potere e scienza si collocano, per natura, in posizione di insuperabile antagonismo.

Mentre il primo risulta indissolubilmente legato ad un contesto territoriale, la seconda trascende il luogo e possiede una vocazione universale; mentre il primo, avendo a che fare con l’uomo, procede in genere per accumulazioni progressive, la seconda muove per salti rivoluzionari.

Affinché i due concetti possano interferire è il potere a mutare caratteristiche slegandosi dal luogo che, in conseguenza dell’avvento della tecnica, perde il proprio carattere di rifugio sicuro. E ciò in controtendenza all’originario pensiero occidentale che invece aveva visto in esso la fonte dell’ordine e della sicurezza¹².

Tralasciando gli equilibri che nel tempo hanno caratterizzato i rapporti tra potere e scienza che ci condurrebbero troppo lontano dall’oggetto del presente scritto¹³, ai nostri fini giova evidenziare come le interazioni tra i due concetti avvengano, da sempre, per il tramite del diritto.

Quest’ultimo rappresenta infatti un indispensabile *trait d’union* che, nel collegare le due tematiche, agisce tramite percorsi diversi.

In primis è possibile che la scienza fornisca dati direttamente utilizzabili nella costruzione di concetti giuridici: in casi del genere l’ordinamento fa propri

¹¹ È stato autorevolmente evidenziato infatti come, pur a fronte della sussistenza dei presupposti per agire in via precauzionale, riconosciuti dallo stesso Governo, quest’ultimo abbia agito poi con gli strumenti tipici dell’emergenza anticipando, di fatto, la situazione straordinaria ad una fase ancora ordinaria della vita dei cittadini. Cfr sul punto L. PERFETTI, *Il Governo cit.*, pp. 30 e ss.

¹² Volgendo lo sguardo alla letteratura greca, si v. ESIODO, *Teogonia*, I classici, ed. Foschi (Santarcangelo), 2020. Il poeta racconta di come il *cháos* originario, e la conseguente epoca di lotte e instabilità, siano stati superati grazie alle nozze di Zeus e Themis, quest’ultima simbolo di ordine non solo divino ma anche della *pólis*, e dunque del luogo. La tecnica, di contro, mediante il superamento del luogo, determina la dissoluzione dell’ordine e conduce nuovamente al *cháos*. Così M. LUCIANI, *Dal cháos all’ordine e ritorno*, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, 2019, fasc. 2, pp. 349 e ss.

¹³ Per una disamina approfondita della questione si rinvia, fra gli altri, a L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993; F. MERLONI, *Autonomie e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, 1990; M. CUNIBERTI, *Sull’organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016; N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, 2001.

i risultati fondati sulla rilevazione dei rapporti tra regole naturali in quanto «l'osservanza di codeste regole condiziona il raggiungimento degli scopi che esso assume come propri»¹⁴. Il diritto incorpora direttamente le regole tecniche che vengono elevate al rango di fonti normative; in questo caso la scienza interagisce, più che con la p.a., con lo stesso legislatore.

L'eventualità ormai è piuttosto diffusa, amplificatasi con l'intervento dello Stato in settori nuovi, ampiamente condizionati dalle conoscenze scientifiche.

Cionondimeno, lo strumento legislativo non si mostra del tutto adeguato a disciplinare questioni prettamente tecniche. È stato infatti evidenziato come l'incorporazione della regola tecnica nel testo normativo possa compromettere la libertà della scienza, ostacolare l'individuazione degli autori della regola stessa oltre che comportare un irrigidimento della tecnica in contrasto con la mutevolezza che caratterizza invece il sapere scientifico¹⁵.

Tant'è che, anche in ragione di queste criticità, si è diffuso uno schema alternativo di interazione tra potere e tecnica rappresentato dalla delega di compiti alla p.a.

Tale delega si effettua tramite il rinvio, da parte del testo normativo, alla tecnica: il legislatore, lungi dal disciplinare direttamente una data materia, si limita a demandare tale compito all'amministrazione la quale, comunque, risulta tenuta all'applicazione di regole di carattere scientifico.

In questi casi, la regola tecnica non appare trascritta o richiamata ma, generalmente, viene evocata solo indirettamente come necessaria per il raggiungimento di uno scopo preciso o per la ricostruzione di concetti indeterminati.

E, quando il criterio dell'azione amministrativa sia stato indicato dal diritto attraverso il riferimento alle regole tecniche «non resta alcuno spazio per una scelta soggettiva orientata da giudizi di valore, come quella che tipicamente si esprime nella determinazione discrezionale»¹⁶. Il vincolo di scopo si traduce dunque nella necessità giuridica di osservare le regole tecniche, con la conseguenza che qualsiasi scelta non conforme alla scienza sarebbe, per ciò stesso, contraria alla legge.

Ad ogni modo, qualsiasi forma di interazione tra potere e scienza presuppone che a monte il concetto stesso di regola tecnica sia strettamente legato al sapere scientifico e specialistico. Tale conclusione, all'apparenza scontata, rappresenta in realtà un risultato raggiunto solo all'esito di una graduale evoluzione¹⁷.

Inizialmente infatti il concetto di tecnica veniva utilizzato, in contrapposizione a quello di etica, per indicare tutto ciò che non è buono in sé ma è fun-

¹⁴ Così F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1983, fasc. 4, p. 388.

¹⁵ Su tali problematiche si rinvia a M. GIGANTE, *Effetti giuridici nel rapporto tra tecnica e diritto: il caso delle norme armonizzate*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987.

¹⁶ F. LEDDA, *op. cit.*, p. 386.

¹⁷ Sulla tematica si rinvia a A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, II, 1996, 253.

zionale al raggiungimento di un dato fine¹⁸. Così intese, le regole tecniche finivano per comprendere un insieme di disposizioni che si caratterizzavano per una determinata struttura logica, tra le quali rientravano anche le norme giuridiche.

Una simile ed ampia interpretazione fu affiancata in un secondo momento da una diversa accezione di carattere contenutistico, volta a qualificare come tecniche le regole che si basano su cognizioni e giudizi specialistici¹⁹.

Si tratta della concezione accolta nell'ambito del dibattito inerente alla cd. discrezionalità tecnica la quale, diversamente dalla discrezionalità *tout court*, implica l'osservanza di parametri che garantiscono un certo grado di oggettività all'apprezzamento. In questo senso, la nozione di regola tecnica veniva utilizzata in contrapposizione alle regole di opportunità, proprie del giudizio politico; ciononostante, non era ancora necessariamente associata all'applicazione di regole di carattere scientifico²⁰.

Solo in una fase ancora successiva fu valorizzato l'aspetto della necessaria tecnicità scientifica delle regole oggetto di applicazione²¹: è questa la nozione cui si fa oggi riferimento in tema di discrezionalità tecnica, ancorata in tal modo ad un aspetto contenutistico specifico²².

In verità, non può sottacersi di come talvolta la specificità di tali norme tecniche risulti solo apparente. È stato infatti correttamente osservato come sia difficile procedere ad una precisa individuazione degli elementi dai quali desumere una specifica componente tecnica della norma²³; tale indeterminatezza deriva, a sua volta, dalla difficoltà che si incontra nel fornire una definizione dello stesso "sapere scientifico"²⁴.

Quel che è certo è che risulta ormai superata l'idea secondo cui solo le cd. "scienze esatte" siano riconducibili alla tecnica²⁵.

Nondimeno, l'importanza delle regole tecniche potrebbe essere sminuita sulla base dell'assunto secondo cui qualsiasi scienza sia, per sua natura, provvi-

¹⁸ Così F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano 2001; G. GOMETZ, *Le regole tecniche. Una guida refutabile*, Pisa, 2008, 22 ss.

¹⁹ Così A. PREDIERI, *op. cit.*, 256.

²⁰ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Verona, 1995, 177.

²¹ M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950.

²² Sulla discrezionalità tecnica si rinvia a: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale nella pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939; L. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica* (Nota a T.A.R. Lombardia, 12 maggio 1997, n. 586), in *Foro amm.*, 1997, 6, pp. 1727 ss; ID, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica: nota a Cons.St., sez. 4., 9 aprile 1999 n. 601*; in *Foro amm.*, 2000, 2, pp.424 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubb.*, 2004, pp. 439-60 ss; G. TROPEA, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, n. 2, 718 ss., G. DE ROSA, *La discrezionalità tecnica: natura e sindacabilità da parte del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, pp. 513 ss.

²³ Si v. in questo senso D. DE PRETIS, *op. cit.*, 184.

²⁴ Sulle concezioni di scienza che si sono susseguite nel tempo v. N. ABBAGNANO, voce *Scienza*, in N. ABBAGNANO-G. FORNERO (a cura di), *Dizionario di filosofia*, Torino, 1998, 770 ss.

²⁵ Cfr. sul punto C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 195 e ss.

soria ed opinabile²⁶. E ciò specie ove si consideri che il diritto non pretende di assurgere alla “verità assoluta” ma, al contrario, si accontenta della “validità scientifica” che possa essere riconosciuta ad una certa regola.

In questo senso, la validità scientifica di cui si discute è quella che deriva dal metodo scientifico sui cui si fonda una data disciplina e dal valore conoscitivo – inteso come capacità di produrre conoscenza, sia pure solo relativamente certa - che tale metodo può garantire²⁷.

È in presenza di queste condizioni che può ritenersi esistente una posizione scientifica su una precisa questione, tale da giustificare l'incorporazione o il rinvio ad essa da parte del diritto. Ove, al contrario, manchi una chiara posizione da parte della comunità scientifica, a rigore, i due schemi non potrebbero operare.

Ed è proprio al fine di superare lo stallo che si creerebbe in situazione del genere che entra in gioco il principio di precauzione, il cui presupposto è rappresentato, come anticipato, dalla condizione di incertezza scientifica.

4. Caratteristiche generali del modello precauzionale

La *ratio* del principio precauzionale - vale a dire l'anticipazione dell'intervento dell'autorità in attesa che la scienza faccia il suo corso - condiziona i provvedimenti che si fondano su questo modello sotto molteplici fronti.

Innanzitutto, le misure in esame determinano un *vulnus* al principio di legalità inteso in senso sostanziale, il quale richiederebbe la predeterminazione del contenuto del provvedimento da parte della legge.

Quest'ultima accezione è quella che garantisce meglio una tutela del cittadino contro possibili discriminazioni o abusi da parte del potere e rappresenta, non a caso, la regola nel diritto amministrativo.

Ciò non toglie tuttavia che esistano delle ipotesi eccezionali, tra le quali rientra anche il caso in esame, in cui il principio di legalità risulta indebolito e, al fine di soddisfare diverse esigenze anch'esse costituzionalmente tutelate, si attesa sulla soglia della legalità formale, intesa come mera autorizzazione da parte della legge.

Come contraltare a tale indebolimento sostanziale si registra un rafforzamento del profilo procedurale che, proprio al fine di compensare quel *deficit*,

²⁶ In questo senso, è d'obbligo il rinvio a K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, ed. Il Mulino, Bologna, 1972. Nei suoi scritti il filosofo argomentava infatti di come la nostra accettazione critica delle teorie scientifiche sia sempre provvisoria, stante il proposito di rivedere la teoria stessa nel caso in cui dovessimo riuscire a concepire un controllo che essa non è in grado di superare.

²⁷ La paternità del metodo scientifico (o metodo empirico) basata sull'esperienza, sulla raccolta di dati e lo svolgimento di esperimenti per la verifica di tesi scientifiche, è attribuita a Galilei; per una ricostruzione del pensiero del filosofo si rinvia a R. MONDOLFO, *Il pensiero di Galileo e i suoi rapporti con l'antichità e con il Rinascimento*, in *Figure e idee della filosofia del Rinascimento*, La Nuova Italia, Firenze, 1963-1970.

richiede la necessaria consultazione e l'obbligatorio coinvolgimento di tutti i soggetti, a vario livello, interessati.

Ancora, tratti che caratterizzano i provvedimenti emanati in via precauzionale sono la fisiologica temporaneità e l'estrema mutevolezza. Emanati *rebus sic stantibus*, presentano una efficacia temporale limitata, in quanto destinata a cessare col sopraggiungere di maggiori conoscenze in quel dato settore. La continua ricerca scientifica comporta inoltre una estrema dinamicità delle misure che si prestano ad essere modulate in maniera flessibile con l'evolversi dell'emergenza.

La legittimazione ad intervenire in una fase antecedente, dominata dal solo rischio, dà luogo inoltre ad una inversione del rapporto autorità-libertà con un intervento dello Stato che comprime i diritti dei singoli, talvolta anche costituzionalmente tutelati, sulla base del solo sospetto²⁸.

La caratteristica del rischio incide anche sulle modalità di funzionamento del principio in esame.

Sotto tale profilo, occorre chiarire come le misure adottate, pur essendo volte a contrastare il rischio, non si prefiggano l'obiettivo – peraltro impossibile – di eliminarlo, ma, più limitatamente, di contenerlo.

Anche questa volta torna utile un parallelismo con un istituto penalistico, rappresentato dalle regole cautelari: così come quelle sono finalizzate a disciplinare attività dannose ma socialmente necessarie, prevedendone le modalità di svolgimento al fine di limitare i danni, allo stesso modo le misure dettate in ottemperanza al principio di precauzione sono volte solo a limitare le possibilità che il danno si verifichi, accettandone nel contempo il rischio.

Essenziale risulta allora l'individuazione della soglia di rischio consentito. Si tratta di una scelta demandata all'organo politico dotato di legittimazione democratica in quanto, venendo in gioco diritti suscettibili di entrare in conflitto tra loro, è necessaria una delicata operazione di bilanciamento da compiersi alla stregua dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità.

Una simile scelta politica può però essere compiuta solo a seguito della valutazione del rischio reale. Quest'ultima operazione spetta, stante la pluralità di interessi in gioco, ad un organo neutrale e indipendente, dotato di specifiche competenze tecniche idonee a consentire un giudizio quanto più possibile vicino alla realtà.

A conferma dell'aggravio procedimentale cui si faceva prima riferimento, si assiste, in altre parole, ad uno sdoppiamento tra la fase istruttoria, effettuata da un soggetto neutrale, e quella decisoria, compiuta da un soggetto politico. Le indicazioni del legislatore, non potendo attenere al contenuto delle decisioni, si concentrano sulle modalità operative, con garanzie procedurali volte a compensare il *deficit* di legalità sostanziale.

Di tali amministrazioni neutrali e scientifiche è possibile individuare i tratti caratteristici che, in quanto ricorrenti nella totalità dei casi, rappresentano

²⁸ Tale binomio, in verità, nelle fasi di emergenza subisce una rimodulazione nella coppia solidarietà/ individualismo. Cfr. sul punto G. TROPEA, *Emergenza, pandemia, sovranità popolare e diritti della persona. Qualche dubbio sulla lettura biopolitica*, in questa rivista.

una sorta di comun denominatore: indipendenza²⁹, competenza tecnico-scientifica dei componenti ed esercizio dei rispettivi compiti in modo funzionale a garantire la tutela dei diritti dei cittadini.

Per quanto attiene invece agli aspetti organizzativi e strutturali - relativi in particolare all'attribuzione di funzioni ad un unico soggetto o, viceversa, ad una pluralità di organi disseminati sul territorio nazionale - non esiste una disciplina unitaria in ragione della eterogeneità del fenomeno di cui si discute, sicché tali profili sono rimessi alle singole discipline di settore.

In via esemplificativa, si pensi ai Comitati etici appartenenti all'organizzazione sanitaria, chiamati a svolgere funzioni di valutazione etica, scientifica e metodologica degli studi clinici³⁰. Il settore è particolarmente delicato: in esso l'incertezza scientifica è data dalla circostanza che si tratta di farmaci sperimentali, non ancora somministrati agli esseri umani e in relazione ai quali occorre verificare gli effetti clinici nonché individuare eventuali reazioni avverse.

In tale contesto, il compito del Comitato etico è quello di esprimere un parere prima dell'inizio di qualsiasi sperimentazione effettuando una valutazione che tenga conto, per quanto qui d'interesse, *«dei rischi e degli inconvenienti prevedibili»* i quali devono essere soppesati *«rispetto al vantaggio per il soggetto incluso nella sperimentazione e per altri pazienti attuali e futuri»*³¹.

In questo caso, tali organismi sono istituiti dall'organo di amministrazione delle strutture sanitarie, pubbliche o ad esse equiparate, nel cui ambito di competenza vengono eseguite le sperimentazioni cliniche dei medicinali; con la precisazione che le strutture sanitarie che ne siano prive eseguono sperimentazioni a seguito dell'approvazione di un altro comitato etico di riferimento.

La necessità di mantenere una simile rete territoriale di comitati è tuttavia allo stato dibattuta, a fronte dell'esigenza, da taluni avvertita, di provvedere all'accentramento delle funzioni in favore di un unico comitato etico nazionale³².

5. Gestione precauzionale dell'attuale emergenza sanitaria

Ricostruito in termini generali il modello precauzionale, è possibile a questo punto analizzare i profili ad esso riconducibili emersi nella gestione

²⁹ A sua volta deducibile dalla mancanza di subordinazione gerarchica, dal divieto di conflitto di interesse tra i votanti e di cointeresse del personale nei settori in cui operano.

³⁰ La materia è regolata dal d. lgs. 24 giugno 2003 n. 211 nonché dal d.m. salute 12 maggio 2006.

³¹ art. 3, co. 1 lett. a) d.lgs. 211/2003.

³² La questione peraltro è ritornata di estrema attualità proprio a seguito della normativa dettata per fronteggiare l'emergenza sanitaria che ha disposto, sì pure in via provvisoria, l'accentramento in capo al Comitato etico dell'Istituto Spallanzani di talune funzioni svolte dalla rete dei Comitati etici territoriali. Sulla tematica, si rinvia a A. GIANNELLI, *Procedure per la sperimentazione di medicinali anti-Covid19: prove tecniche di accentramento delle competenze dei Comitati etici?*, in *www.dirittodell'economia.it*, 2020, 1, pp. 89-109.

dell'emergenza Covid-19, unitamente alle problematiche derivanti dalla sua applicazione.

A far data dalla dichiarazione dello stato di emergenza³³, sono stati emanati a livello nazionale una serie di decreti legge a loro volta seguiti e sviluppati da ulteriori decreti, ordinanze, circolari e direttive ministeriali, tra i quali predominano, per numerosità, i Dpcm riconducibili al Presidente del Consiglio dei Ministri.

Stante l'impossibilità di ripercorrere in questa sede la totalità dei provvedimenti convulsamente succedutisi³⁴, ci si limiterà a soffermarsi su due decreti-legge ritenuti esemplificativi dell'atteggiamento tenuto dall'Esecutivo oltre che del tentativo, da questi compiuto, di ricondurre le misure adottate nell'alveo della legittimità costituzionale.

Il primo intervento normativo in materia è rappresentato dal decreto-legge del 23 febbraio 2020 n. 6 recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" (convertito con modificazioni dalla L. 5 marzo 2020, n. 13) con cui il Governo ha conferito un'ampia delega alle «*autorità competenti*», indicate dall'art. 3, ad «*adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione, epidemiologica*», fornendo altresì una elencazione, non tassativa, delle misure esperibili all'art. 1, co. 1. Le medesime autorità restavano comunque autorizzate ad adottare «*ulteriori misure [...] anche fuori dai casi di cui all'art. 1, comma 1*». (art. 2).

Le criticità evidenziate fin da subito da questo primo provvedimento sono state molteplici³⁵.

Innanzitutto il d.l. 6/2020, diretto ad incidere sulle libertà e sui diritti fondamentali delle persone, era destinato ad entrare in contrasto con la riserva rafforzata di legge di cui dall'art. 16 Cost. Peraltro, pur rendendo possibile un controllo preventivo da parte del Presidente della Repubblica ed uno successivo delle Camere, appariva troppo debole per supportare misure così fortemente restrittive risolvendosi, in un'ultima analisi, in una sorta di una delega in bianco alle autorità competenti. Ancora, il medesimo d.l. era limitato alle sole zone "rosse" sicché, le misure successivamente adottate in relazione al resto del territorio nazionale risultavano prive di una base normativa.

A tali criticità lo stesso Governo tentò di porre rimedio con il decreto-legge del 25 marzo 2020 n. 19 "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19" (convertito con modificazioni dalla L. 22 maggio 2020, n. 35)³⁶.

³³ Deliberato dal Consiglio dei Ministri inizialmente fino al 31 luglio 2020; successivamente prorogato, dal d.l. 30 luglio 2020 n. 83, fino al 15 ottobre 2020; da ultimo ancora prorogato dal d.l. 7 ottobre 2020 n. 125 fino al 31 gennaio 2021.

³⁴ L'insieme degli atti normativi ed amministrativi emanati è consultabile all'indirizzo www.governo.it/it/coronavirus-normativa.

³⁵ Sul tema, si rinvia a G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in www.federalismi.it.

³⁶ Il d.l. 19/2020 provvedeva infatti ad abrogare il precedente d.l. 6/2020.

Il decreto *de quo*, nell'estendere le misure di contenimento all'intero territorio nazionale, riserva in via generale al Presidente del Consiglio dei Ministri, e in via eccezionale al Ministro della Salute e ai Presidenti delle Regioni, l'adozione delle misure volte ad arginare il contagio. Queste, diversamente dal precedente testo normativo, sono tassativamente elencate all'art. 1, co. 2.

Sotto tale fronte si coglie già un elemento tipico del modello precauzionale, vale a dire il *deficit* di legalità sostanziale: il d.l. si limita infatti ad autorizzare l'adozione delle misure necessarie a «*contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19*» (art. 1, co. 1); e, pur elencandole in maniera tassativa, ne rimette la scelta concreta alle autorità politiche indicate dagli artt. 2 e 3.

Il medesimo art. 1, co. 1 indica inoltre l'efficacia temporale massima delle misure, disponendo che queste siano adottate «*per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte*» fino al termine dello stato d'emergenza.

Questa previsione mette in luce la temporaneità e della mutevolezza degli atti, ulteriore elemento tipico della gestione precauzionale, nel cui contesto occorre spesso rivalutare l'opportunità delle misure alla luce degli eventuali dati scientifici sopravvenuti³⁷.

Il d.l. 19/2020 introduce inoltre una forma di controllo parlamentare sull'operato del Governo prescrivendo da un lato, che i decreti presidenziali siano comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione; dall'altro, che il Presidente del Consiglio o un Ministro da lui delegato riferiscano ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate (art. 2, co. 5).

A tale controllo dell'organo parlamentare si aggiunge poi il coinvolgimento delle Regioni posto che l'adozione dei DDpcm deve avvenire sentiti, oltre i ministri competenti per materia, anche «*i presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale*» (art. 2, co. 1).

Anche in questo caso è possibile individuare un aspetto caratteristico del principio di precauzione: la rendicontazione al Parlamento e l'obbligo di sentire le Regioni sono disposizioni finalizzate ad assicurare la partecipazione al processo decisionale di tutti i soggetti a vario titolo interessati, e ciò attraverso un *iter* procedimentale rafforzato, necessario al fine di compensare il *vulnus* al principio di legalità.

Nel contempo, il d.l. 19/2020 prova a mettere ordine al sistema delle fonti. Alle Regioni viene consentito adottare misure ulteriormente restrittive solo «*nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, con efficacia limitata fino a tale momento*» e comunque «*in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel*

³⁷ Si pensi, con riferimento ai Dpcm successivi al d.l. 19/2020, ad es. al Dpcm 10 aprile 2020 che dettava misure efficaci dal 14 aprile al 3 maggio 2020 nonché al Dpcm 26 aprile le cui disposizioni si applicavano dal 4 al 17 maggio 2020.

loro territorio o in una parte di esso» (art. 3, co. 1). Ai Sindaci è invece preclusa l'adozione di misure in contrasto con quelle statali³⁸.

La *ratio* di tale previsione si rinveniva nell'esigenza di ridurre l'enorme quantitativo di atti a vario livello adottati, causa di smarrimento e confusione nei cittadini.

In verità, tale ultima previsione non ha sortito gli effetti sperati, stante il continuo ed incessante proliferare, in particolare, di ordinanze regionali³⁹. Queste ultime da un lato, contengono misure semplicemente "attuative" delle disposizioni dettate a livello centrale; dall'altro, prevedono misure ulteriori ed integrative, talvolta anche in contrasto con quelle nazionali⁴⁰.

Nel complesso il modello di gestione precauzionale così delineato dal d.l. 19/2020 appare, perlomeno in astratto, senz'altro più equilibrato del precedente d.l. 6/2020.

Malgrado ciò, la gestione del rischio sembra essersi rivelata sul piano pratico non del tutto conforme al quadro normativo e giurisprudenziale, e ciò per almeno due ordini di ragioni.

Innanzitutto, sebbene formalmente sia stata rispettata la riserva di legge imposta dalla Carta Costituzionale - le tipologie di misure adottabili, si ribadisce, sono tutte individuate da un atto avente forza di legge -, di fatto la scelta tra le misure restrittive viene poi rimessa ad «*uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*» (art. 2, co. 1) i quali, a loro volta, rimandano alle valutazioni scientifiche del Comitato tecnico.

³⁸ Questo regime fu superato inizialmente dal Decreto Legge del 16 maggio 2020, n. 33 "Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19", con cui fu riconosciuta alle Regioni la possibilità di adottare anche misure ampliative, in relazione all'andamento della situazione epidemiologica sul territorio, accertato secondo i criteri previsti dal Ministero della Salute e dai vari Dpcm. Successivamente il Decreto Legge del 7 ottobre 2020, n. 125 "Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID-19, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020", nel prorogare lo stato d'emergenza al 31 gennaio 2021, modificava il precedente d.l. 33/2020 consentendo alle Regioni l'adozione di misure ampliative «*nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d'intesa con il Ministro della salute*». Da ultimo, il Dpcm 24 ottobre attribuiva ai Sindaci la facoltà di chiudere al pubblico dopo le ore 21:00 «*le strade o piazze nei centri urbani dove si possono creare situazioni di assembramento*» (art. 1, co. 3).

³⁹ V. sul punto A. BARTOLINI, *Sull'uso (e abuso) delle ordinanze emergenziali regionali*, in www.giustiziasieme.it

⁴⁰ Si v., fra tutte, ord. n. 37 del 29 aprile 2020 emanata dal Presidente della Regione Calabria la quale, al punto 6), prevedeva che, a far data dalla sua entrata in vigore, sul territorio regionale fosse consentita «*la ripresa delle attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto*» e ciò allorquando, sul resto del territorio nazionale la normativa contenuta nel Dpcm 26 aprile 2020 (allora in vigore) consentiva lo svolgimento di tali attività nelle sole modalità di consegna a domicilio e di asporto. L'ordinanza in esame veniva dichiarata illegittima dal T.A.R. Calabria che accoglieva tutti i motivi di censura sollevati dal Presidente del Consiglio dei Ministri, vale a dire: carenza di potere, difetto di motivazione ed eccesso di potere dedotto dalla figura sintomatica della violazione del principio di leale collaborazione. Cfr. T.A.R. Calabria, sentenza, 9 maggio 2020, n. 841, in www.giustizia-amministrativa.it.

Tale prassi, già di per sé poco rispettosa dell'assetto istituzionale vigente nel nostro ordinamento, solleva peraltro maggiori criticità laddove si consideri che i vari Ddpcm, con l'obiettivo di tutelare la salute collettiva, determinano significative limitazioni ad altri diritti individuali, ugualmente dotati di copertura costituzionale.

Le due tematiche da ultimo menzionate saranno oggetto di approfondimento nei paragrafi seguenti nei quali si cercherà, al contempo, di fornire possibili spunti di riequilibrio del sistema.

6. Predominio delle valutazioni del CTS ed indebolimento del ruolo del Parlamento

La normativa emanata a livello nazionale per fronteggiare l'emergenza Covid-19 ha evidenziato un fenomeno in verità ormai da tempo in atto nel nostro ordinamento ma che, in questo contesto, si è manifestato in tutta la sua prorompentezza.

Si tratta della crisi del parlamentarismo che qui rileva nella misura in cui si intreccia con la questione inerente al corretto funzionamento del principio di precauzione, cui i provvedimenti emergenziali fanno capo.

Durante l'emergenza sanitaria, questo fenomeno si è dispiegato attraverso una sorta di *escalation* articolata in un triplice passaggio.

Il primo è rappresentato dall'intervento dell'Esecutivo in luogo del Parlamento, giustificato - lo si è detto - in ragione della situazione emergenziale che necessita interventi rapidi e tempestivi, non adottabili con il procedimento legislativo ordinario.

Ben più radicali appaiono i due *steps* successivi.

Nell'ordine, si assiste alla alterazione del normale funzionamento del Consiglio dei Ministri, dettata dalla recessione dell'organo collegiale, e al conseguente accentramento delle decisioni in capo all'organo monocratico. L'adozione delle concrete misure vigenti, unitamente alla loro efficacia temporale, avviene attraverso numerosi Ddpcm, atti emanati dal Presidente del Consiglio dei Ministri della cui natura si discute⁴¹.

⁴¹ Nella controversia avente ad oggetto l'accesso agli atti del Comitato-tecnico scientifico, ove in via preliminare si rendeva necessario stabilire la natura giuridica dei DDPCM di cui i verbali tecnici rappresentano atti prodromici endoprocedimentali, il T.A.R. Lazio precisava «*Quanto ai DDPCM in argomento, va evidenziata la peculiare atipicità, che si connota da un lato per caratteristiche ben più assonanti con le ordinanze contingibili e urgenti in quanto si tratta di provvedimenti adottati sulla base di presupposti assolutamente eccezionali e temporalmente limitati che, a differenza degli atti amministrativi generali tout court, consentono di derogare all'ordinamento giuridico anche imponendo, come nel caso in esame, obblighi di fare e di non fare ma dalle quali si differenziano per la carenza del presupposto della "contingibilità", atteso che i DDPCM in questione riproducono contenuti già dettagliatamente evidenziati nei DD.LL. attributivi del potere presupposto*» (T.A.R. Lazio, sentenza, 22 luglio 2020, n. 8615 in *www.giustizia-amministrativa*). Nella medesima vicenda il Consiglio di Stato, intervenuto in sede cautelare, ribadiva che «*gli atti - compresi quelli endoprocedimentali - adottati durante il periodo della emergenza COVID-19, sono caratterizzati da una assoluta eccezionalità e, auspicabilmente, unicità, nel panorama ordina-*

L'ultimo passaggio può essere colto ove ci si sposti dal piano formale a quello contenutistico: dall'analisi dei vari provvedimenti emerge come questi, spesso, siano frutto di uno sterile recepimento degli studi del Comitato tecnico scientifico⁴². Quasi tutti i Ddpcm richiamano infatti, in premessa, i verbali delle riunioni dell'organo tecnico, alla luce dei quali le misure adottate venivano reputate adeguate e proporzionate⁴³.

I verbali in esame rappresentano cioè la motivazione giuridica che giustifica le numerose limitazioni alle libertà fondamentali dei cittadini. Gli stessi, peraltro, sono stati costantemente richiamati dal Presidente del Consiglio nel corso delle numerose conferenze, e ciò proprio allo scopo di evidenziare come le gravi limitazioni alle libertà costituzionali nascessero da oggettive esigenze, valutate e accertate in sede scientifica e non meramente politica.

Tuttavia, un simile *modus agendi* denota una non corretta applicazione del principio di precauzione.

Questo modello di gestione emergenziale consta, come chiarito, di una fase neutrale di valutazione del rischio reale e di una politica di fissazione del rischio consentito. La prima viene compiuta dall'organo tecnico, rappresentato appunto dal CTS; la seconda dovrebbe essere svolta dal vertice politico-amministrativo.

Ma propria quest'ultima è carente nell'attuale contesto emergenziale, stante la prassi dei Ddpcm di affidarsi totalmente agli studi compiuti dall'organo tecnico, cui viene demandata, in ultima analisi, la decisione ammini-

mentale italiano, tanto da ritenersi impossibile applicarvi definizioni e regole specifiche caratterizzanti le categorie tradizionali quali "atti amministrativi generali" ovvero "ordinanze contingibili e urgenti", pur avendo, di tali categorie, gli uni e gli altri alcuni elementi ma non tutti e non organicamente rinvenibili nelle appunto citate categorie tradizionali» (Cons. di Stato, decreto, 31 luglio 2020, n. 4574 in *www.giustizia-amministrativa*).

⁴² L'organo tecnico è stato nominato con l'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630.

⁴³ Si pensi in via esemplificativa al Dpcm 1 marzo 2020 che motivava le misure assunte facendo riferimento, in premessa, alle «indicazioni formulate dal Comitato -scientifico di cui all'art. 2 dell'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile in data febbraio 3 2020, n. 630 nelle sedute del 28 febbraio 2020 e 11 marzo 2020»; parimenti, l'adozione del Dpcm 8 marzo veniva giustificata tenendo conto delle «delle indicazioni formulate dal Comitato tecnico scientifico di cui all'art.2 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile in data 3 febbraio 2020, n.630, nelle sedute del 7marzo2020»; ancora, il Dpcm 1 aprile «visto il verbale n.39 del 30 marzo 2020 del Comitato Tecnico Scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020 n.630» prorogava fino al 13 aprile 2020 l'efficacia delle misure già adottate con i Ddpcm del 8, 9, 11 e 22 marzo 2020; l'ulteriore proroga delle misure restrittive fino al 3 maggio veniva disposta «Visto il verbale n.49 del 9 aprile 2020 del Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio2020, n.630»; il dpcm 26 aprile 2020 che, pur segnando il passaggio alla cd. Fase 2, continuava a prevedere misure limitative delle libertà personali e ciò «Visti i verbali n. 57 del 22 aprile 2020 e n. 59 del 24-25 aprile 2020 del Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630»; il Dpcm 17 maggio, nel disporre la graduale riapertura delle attività economiche e produttive continuava ad adottare una linea di tendenziale prudenza proprio «Visti i verbali n. 64, 65, 66, 67, 68 e 69, di cui alle sedute del 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 11 maggio 2020 del comitato tecnico- scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, e successive modificazioni e integrazioni».

strativa⁴⁴. Non a caso, proprio a conferma del ruolo predominante rivestito dalle valutazioni tecnico scientifiche, taluni verbali richiamati dai Ddpcm⁴⁵ sono stati oggetto di un'istanza di accesso civico generalizzata ai sensi dell'art. 5, co. 2, del d. lgs. n. 33/2013 cui è conseguito, all'indomani del diniego espresso da parte del Dipartimento della Protezione Civile -Presidenza del Consiglio dei Ministri, una sentenza del T.a.r. Lazio di condanna all'esibizione⁴⁶.

È mancata, in altri termini, la fase di valutazione degli altri interessi, pubblici o privati, suscettibili di entrare in contrasto con quello pubblico ritenuto prevalente, e ciò in conseguenza della assolutizzazione del ruolo della tecnica realizzatosi, paradossalmente, proprio in una materia in cui la scienza manifesta tutti i propri limiti.

A ciò si aggiunga che, così operando, si è realizzata una significativa alterazione dell'assetto istituzionale dell'ordinamento, con una sempre maggiore emarginazione del ruolo del Parlamento⁴⁷.

Quest'ultimo infatti nel corso dell'attuale emergenza ha visto la propria azione limitata alla conversione di scarni decreti legge, lasciando alla sola Corte Costituzionale il compito di valutare la legittimità di atti che, in ogni caso, una volta emanati divengono produttivi di effetti giuridici vincolanti, almeno sino al loro eventuale annullamento o superamento da parte di disposizioni successive.

L'utilizzo dei Ddpcm, ritenuto necessario al fine di consentire un intervento rapido e tempestivo, ha rappresentato un aggiramento della dialettica parlamentare e dunque un serio ostacolo al confronto tra maggioranze e minoranze.

Un simile assetto, in verità, rappresenta uno scenario ormai ricorrente negli ultimi anni, caratterizzati dal protagonismo del potere Esecutivo più volte manifestato attraverso il predominio dei decreti-legge, i maxi emendamenti e le varie apposizioni di fiducia.

A fronte di una situazione già così fortemente alterata, non ci si può allora sorprendere di come l'emergenza, che per natura funge da acceleratore e len-

⁴⁴ E ciò è stato possibile sulla base della previsione contenuta nell'art. 2, co. 1 del d.l. 19/2020 il quale dispone che «*Per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità, i provvedimenti [...] sono adottati sentito, di norma, il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630*».

⁴⁵ In dettaglio: i verbali delle sedute del 28 febbraio 2020 e del 1° marzo 2020; verbale della seduta del 7 marzo 2020; verbale della seduta n. 39 del 30 marzo 2020; verbale della seduta n. 49 del 9 aprile 2020.

⁴⁶ Cfr *supra* nota n. 41. Il T.A.R. Lazio, dopo avere escluso sia la natura di atti normativi sia quella di atti amministrativi generali dei Ddpcm, ordinava l'esibizione dei verbali in quanto «*la ratio dell'intera disciplina normativa dell'accesso impone di ritenere che se l'ordinamento giuridico riconosce, ormai, la più ampia trasparenza alla conoscibilità anche di tutti gli atti presupposti all'adozione di provvedimenti individuali o atti caratterizzati da un ben minore impatto sociale, a maggior ragione deve essere consentito l'accesso ad atti, come i verbali in esame, che indicando i presupposti fattuali per l'adozione dei descritti DDPCM, si connotano per un particolare impatto sociale, sui territori e sulla collettività*».

⁴⁷ Sugli equilibri istituzionali si rinvia a M. LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, 1163.

te di ingrandimento dei fenomeni in atto, abbia evidenziato e reso impellente la necessità di una riforma istituzionale.

In questo senso, l'opinione di chi scrive è che poco potrebbe cambiare solo in conseguenza della riforma costituzionale in materia di taglio dei parlamentari, definitivamente approvata all'esito del referendum tenutosi nelle date del 20 e 21 settembre 2020⁴⁸.

Non si tratta infatti del numero dei componenti, ma delle loro funzioni e della istituzione nel suo complesso: è su questi piani che si rende necessaria con urgenza la ridefinizione del ruolo costituzionale del Parlamento e la rivitalizzazione della rappresentanza politica, che dovrebbero essere tutelati e garantiti anche in fasi così delicate per il Paese.

In generale, occorrerebbe ricostruire il tessuto democratico e riequilibrare il rapporto istituzionale tra governo e parlamento, intervenendo, innanzitutto, sulla legge elettorale (il cui adeguamento peraltro si rende necessario in conseguenza della citata riforma costituzionale), sui regolamenti parlamentari nonché sull'organizzazione dei lavori delle commissioni, tutte azioni necessarie al fine di rilanciare la funzionalità dell'istituzione parlamentare.

7. Inadeguato bilanciamento dei diritti in conflitto

Un ulteriore aspetto di criticità evidenziato dai provvedimenti emergenziali è stato il non sempre adeguato ricorso alla tecnica del bilanciamento tra i diritti in conflitto.

Le misure adottate, con la dichiarata finalità di fronteggiare l'emergenza epidemiologica e proteggere la salute collettiva, hanno dato luogo alla limitazione, e in alcuni casi, all'azzeramento, di diritti fondamentali dell'individuo parimenti dotati di copertura costituzionale.

Si pensi innanzitutto alla libertà personale (art. 13 Cost.) sulla quale ha inciso fortemente la misura della "quarantena", disposta in relazione ai soggetti risultati positivi, a quelli che avessero avuto contatti stretti con casi confermati o che fossero provenienti da zone ritenute a rischio.

Durante il periodo di *lockdown* inoltre tutti gli individui hanno subito una forte compressione della libertà di circolazione e di soggiorno, a fronte del di-

⁴⁸ Tale riforma, com'è noto, modifica gli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione nei seguenti termini: la Camera dei deputati passa da 630 a 400 membri (nella circoscrizione estero gli eletti saranno 8, mentre oggi sono 12); il Senato della Repubblica scende da 315 a 200 membri (il numero di eletti nella circoscrizione estero da 6 a 4); il numero minimo di senatori per regione o provincia autonoma diminuisce da 7 a 3; il numero di senatori a vita nominati per meriti speciali viene fissato a 5 come numero massimo assoluto. Le modifiche avranno effetto dalla data del primo scioglimento o della prima cessazione delle Camere successiva alla data di entrata in vigore della legge costituzionale e, comunque, non prima che siano decorsi sessanta giorni. Sull'argomento, si rinvia a V. ONIDA- I. NICOTRA -A. MORELLI- L. TRUCCO, *Il referendum sulla riduzione dei parlamentari Tre ragioni per il SÌ e tre per il NO*, in www.giustiziasieme.it; B. CARAVITA, *I possibili interventi istituzionali dopo il voto referendario*, in www.federalismi.it

vieta di lasciare il proprio domicilio se non per motivi di necessità, lavoro e salute, dichiarati mediante apposita autocertificazione.

Parimenti, la libertà di riunione garantita dall'art. 17 Cost. è stata pressoché annullata a fronte del fatto che la compresenza di persone nel medesimo luogo animate da un fine comune integra, nella totalità dei casi, un "assembramento", oggetto di plurimi divieti.

La sospensione di ogni manifestazione, evento o cerimonie anche di carattere religioso, unitamente alla limitazione dell'ingresso nei luoghi destinati al culto, hanno inoltre limitato fortemente la libertà di cui all'art. 19 Cost.

Oggetto di forti compressioni sono stati poi il diritto al lavoro e alla libertà d'iniziativa economica, alla giustizia, all'istruzione e allo sport.

Anzi, ove si aderisse alla tesi secondo cui le libertà e i diritti fondamentali sono tutti necessariamente sociali⁴⁹, fondati in quanto tali sull'art. 2 Cost., parrebbe pure superfluo procedere ad una simile elencazione in quanto sarebbe lo stesso divieto di socialità a negare, in radice, tutti i diritti fondamentali.

La strategia seguita, in altre parole, sembrava deporre nel senso di consentire l'adozione di ogni forma di limitazione che si fosse mostrata idonea a contenere il contagio, finalità dichiarata nella totalità dei provvedimenti.

Ma, all'evidenza, una prassi di tal fatta si pone in contrasto con i criteri che dovrebbero orientare l'individuazione di misure precauzionali. Come accennato, nella scelta di queste ultime l'organo politico sarebbe tenuto ad una operazione di bilanciamento, da condurre alla stregua del canone di proporzionalità.

Anche in tal caso esemplificative e fortemente attuali sembrano le parole della Commissione Europea che, già nella Comunicazione del febbraio 2000 sul principio di precauzione, precisava come «*i responsabili debbono costantemente affrontare il dilemma di equilibrare le libertà e i diritti degli individui, delle industrie e delle organizzazioni, con l'esigenza di ridurre o eliminare il rischio di effetti negativi per l'ambiente o per la salute*»⁵⁰.

E, nella medesima direzione sembra andare anche il legislatore nazionale il quale, nell'attuale contesto pandemico, dispone che le misure elencate siano adottate «*secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso*» (art. 1, co. 2 del d.l. 19/2020).

Al momento della effettiva scelta delle misure, una simile operazione è tuttavia mancata e di questo lo stesso potere esecutivo è sembrato consapevole.

Cionondimeno, giustificava le proprie scelte proprio in ragione della sussistenza di una situazione emergenziale, sulla base dell'idea secondo cui questa autorizzerebbe, di per sé, deroghe alla disciplina costituzionale e ai consolidati principi di interpretazione della stessa. E ciò a maggior ragione ove a venire in

⁴⁹ Cfr. L. PERFETTI, *Il Governo cit.*, p. 37.

⁵⁰ Cfr. *supra* nota n. 9

gioco siano il diritto alla salute e, per il suo tramite, il diritto alla vita, reputati “strumentali” rispetto a tutti gli altri diritti costituzionalmente tutelati⁵¹.

In verità, un simile approccio non appare convincente. La mancata previsione nell’ambito della nostra Costituzione di una specifica disciplina derogatoria per eventuali contesti emergenziali sembra essere frutto di una scelta consapevole e chiara nel senso di escludere “clausole di sospensione dei diritti fondamentali” attivabili in tempi eccezionali.

E ciò pare ancor più vero ove si rifletta sul periodo storico in cui la nostra Carta Costituzionale fu redatta: nel 1947 i padri costituenti avevano ben in mente lo scenario del secondo conflitto mondiale caratterizzato da povertà, guerre e rivoluzioni; tuttavia, pur nella consapevolezza della precarietà della condizione umana, non ritennero di introdurre clausole simili.

Da queste considerazioni dovrebbe piuttosto trarsi la conclusione secondo cui anche in contesti emergenziali gli strumenti devono essere rinvenuti all’interno dell’ordine costituzionale, che mai potrebbe essere oggetto di sospensione⁵².

In particolare, dovrebbe essere seguita la tradizionale giurisprudenza secondo cui tutti i diritti fondamentali si trovano in un rapporto di integrazione reciproca tale per cui non è possibile individuare taluni che abbiano la precedenza rispetto ad altri. Ove così non fosse, si darebbe luogo all’espansione illimitata di un diritto ai danni di altri, in un sistema in cui invece tutti risultano espressione della dignità della persona⁵³.

⁵¹ In data 30 aprile 2020, riferendo alla Camera dei Deputati ai sensi dell’art. 2, co. 5, d.l.19/2020, il Presidente del Consiglio Giuseppe Conte si esprimeva nei seguenti termini: «Quando – come in questa stagione di emergenza – sono in gioco il diritto alla vita e il diritto alla salute, beni che oltre a vantare il carattere fondamentale costituiscono essi stessi il presupposto per il godimento di ogni altro diritto, le scelte per quanto “tragiche”, come direbbe Guido Calabresi, diventano addirittura obbligate».

⁵² Particolarmente significative risultano le parole usate dal Presidente della Corte Costituzionale Marta Cartabia nella Relazione sull’attività della Corte 2019 ove si legge: «La Repubblica ha attraversato varie situazioni di emergenza e di crisi – dagli anni della lotta armata a quelli della più recente crisi economica e finanziaria – che sono stati affrontati senza mai sospendere l’ordine costituzionale, ma ravvivando al suo interno gli strumenti idonei a modulare i principi costituzionali in base alle specifiche contingenze: necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità sono i criteri con cui, secondo la giurisprudenza costituzionale, in ogni tempo deve attuarsi la tutela «sistemica e non frazionata» dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, ponderando la tutela di ciascuno di essi con i relativi limiti».

⁵³ Si v. tra le più recenti, sentenza Corte Cost. n. 85 del 2013 (Caso Ilva) nella quale la Consulta respinse la q.l.c. degli artt. 1 e 3 del d.l. 207/2012 sulla scorta delle seguenti argomentazioni «non si può condividere l’assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l’aggettivo «fondamentale», contenuto nell’art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell’ambiente e della salute come «valori primari» [...] implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

8. Note conclusive

A conclusione delle considerazioni sinora svolte, appare comunque il caso di precisare come il principio di precauzione, se ben applicato, rappresenti uno strumento utile per la tutela di beni dotati di particolare rilevanza costituzionale e resti, pertanto, socialmente meritevole.

Cionondimeno i suoi tratti caratteristici, vale a dire la condizione di incertezza scientifica e l'anticipazione dell'intervento, lo rendono al contempo facile oggetto di strumentalizzazione.

È questo il profilo di criticità che si è cercato di mettere in evidenza in questa sede, ove ci si è concentrati sulle sue modalità di applicazione nell'ambito dell'epidemia da Covid-19.

Certo, si è consapevoli del carattere dirompente di tale ultimo fenomeno, rispetto al quale non solo il nostro Paese ma tutto il mondo si è trovato impreparato. Dinnanzi ad una situazione quasi inedita, e con risvolti tanto tragici in termini di vite umane, non si dubita che gli organi politici abbiano agito per il bene della collettività.

Tuttavia l'analisi giuridica della gestione emergenziale non può esimersi dall'evidenziare le numerose aporie emerse dall'operato del potere politico, le quali appaiono ancor più gravi ove si consideri che la sede naturale in cui il principio di precauzione è destinato ad operare è rappresentata proprio dalla originalità dei fenomeni.

Ciò che preoccupa, al di là delle contingenze del momento, è il rischio che un simile *modus agendi* possa rappresentare un pericoloso precedente da riproporre non solo nelle situazioni di futura emergenza ma, ancora peggio, in contesti ordinari e sia tale dunque da incidere in via definitiva sull'assetto istituzionale del nostro Paese.

In questo senso, si segnala come la gestione accentrata da parte dell'esecutivo, cui è conseguita la penalizzazione dell'organo parlamentare, abbia alterato in modo significativo la forma di governo parlamentare.

Inoltre, le incisive limitazioni imposte all'esercizio dei diritti di libertà hanno impattato su uno dei tratti caratteristici dello Stato di diritto⁵⁴.

Ancora, ugualmente importante è stata l'incidenza sul sistema delle fonti: si è assistito alla esasperazione di una forma di atto, il Dpcm, fino ad ora poco utilizzato e dalla incerta natura⁵⁵.

Quest'ultima tematica si lega infine a quella relativa alla inadeguatezza degli strumenti di tutela riconosciuti in capo al cittadino. Questi infatti, nei casi in cui reputasse illegittimamente lesa la propria sfera giuridica, e ove pure si prediligesse la natura amministrativa dei Ddpcm, si scontrerebbe comunque

⁵⁴ Cfr. sul punto L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in www.federalismi.it

⁵⁵ Secondo il Consiglio di Stato, come accennato, si tratterebbe di atti eccezionali, non assimilabili né agli atti amministrativi generali né alle ordinanze contingibili ed urgenti. Cfr. *supra* nota n. 41.

con i limiti del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti espressione di discrezionalità tecnica, cui gli atti in questione sono riconducibili.

Si tratta, all'evidenza, di aspetti che minano i tratti essenziali del nostro ordinamento e che, pertanto, non possono che destare preoccupazione.

SALVATORE PALUMBO
Dottorando di ricerca presso la Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Palermo
salvadorpalumbo@virgilio.it

LE ORDINANZE IN MATERIA DI PROTEZIONE CIVILE, TRA POTERE DI URGENZA E URGENZA DI POTERE

CIVIL PROTECTION ORDINANCES, BETWEEN POWERS OF URGENCY AND URGENCY OF POWERS

SINTESI

Il presente contributo ripercorre le tappe che hanno condotto all'affermazione del potere di ordinanza di protezione civile. Si tratta di un percorso caratterizzato dalla tensione con principi propri di un moderno Stato di diritto, come quelli di legalità e tipicità dell'azione amministrativa. Tale potere è ricollegato al manifestarsi di eventi emergenziali eccezionali, e si caratterizza, infatti, per una duplice deroga all'ordinamento giuridico. Da un lato vengono dispensati i normali presupposti d'esercizio di ogni singolo potere d'autorità. Sotto altro profilo, anche il contenuto ha carattere derogatorio, potendo consistere nell'adozione di qualsiasi potere amministrativo, tra quelli previsti dall'ordinamento e produrre perciò i più diversi effetti. Al fine di ricondurre detto potere al rispetto dei parametri costituzionali, giurisprudenza e dottrina si sono impegnati nella ricostruzione dei rispettivi limiti.

Tale processo di tipizzazione è culminato con l'adozione del d.lgs. n. 1/2018, il quale ha riorganizzato il Sistema di protezione civile, dettando un'apposita normativa per le ordinanze. Lo studio vaglia diacronicamente la tenuta di detto complesso Sistema di limiti e vincoli procedurali imposti dal legislatore per l'adozione delle suddette ordinanze, rispetto alla prassi dell'esecutivo. In questo senso la triste contingenza legata all'emergenza Covid-19, fornisce un utile banco di prova. Dall'analisi della prassi emergerà un ruolo complementare delle ordinanze di protezione civile nella gestione dell'attuale epidemia virale, ruolo in grossa parte eclissato dal più agile strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

Lo studio si conclude con l'analisi delle tutele giurisdizionali appestabili all'individuo dinanzi a tali strumenti. Come emerge nel corso conclusivo della trattazione, tale tutela varia significativamente in ragione della natura normativa o amministrativa che si riconosca a tali atti.

ABSTRACT

This contribution traces the steps that led to the affirmation of the power of civil protection ordinance. It is a path characterized by tension with principles proper to a modern rule of law, such as those of legality and typicality of administrative action. This power is linked to the exceptional emergencies, and is

characterized, in fact, by a double derogation from the legal system. On the one hand, the normal conditions for the exercise of every single power of authority are dispensed with. From another point of view, the content is also derogatory, since it can consist in the adoption of any administrative power, between those provided by the law and therefore produce the most diverse effects. In order to bring this power back to the respect of constitutional parameters, jurisprudence and doctrine have engaged in the reconstruction of their respective limits.

This typing process culminated with the adoption of Legislative Decree No. 1 of 2018, which reorganized the Civil Protection System, laying down specific legislation for ordinances. The study deals diachronically with the maintenance of this complex system of limits and procedural constraints imposed by the legislator for the adoption of the aforementioned orders, compared to the practice of the executive. In this sense the sad contingency linked to the emergency Covid-19, provides a useful test.

The analysis of the practice will reveal a complementary role of the civil protection ordinances in the management of the current viral epidemic, a role largely eclipsed by the more agile instrument of the decree of the President of the Council of Ministers.

The study concludes with an analysis of the jurisdictional safeguards that are recognized to the individual against such instruments. As emerges in the final course of the discussion, this protection varies significantly depending to the regulatory or administrative nature of such acts.

PAROLE CHIAVE: diritto dell'emergenza – emergenza sanitaria- ordinanza- protezione civile- tutela dei diritti

KEYWORDS: civil protection - health emergency – ordinance - right of emergency -rights protection

INDICE: 1. Le ordinanze di protezione civile, origini dell'istituto e tipizzazioni legislative – 2. Il Sistema nazionale di protezione civile delineato dal d.lgs. n. 1/2018 – 3. La dichiarazione dello stato di emergenza nazionale – 4. Estensione e limiti del potere di ordinanza – 5. La discutibile prassi dell'esecutivo: dalla gestione Expo di Milano all'emergenza Covid-19 - 6. Conclusioni: poteri straordinari e strumenti giurisdizionali di tutela

1. Le ordinanze di protezione civile, origini dell'istituto e tipizzazioni legislative

Le ordinanze di protezione civile rientrano nella categoria giuridica degli atti necessari e urgenti. Mutuando le parole di autorevole dottrina può dirsi che sono tali *«quegli atti che hanno per presupposto un volgere di avvenimenti tale da far oggettivamente ritenere che interessi pubblici siano esposti a un pericolo di lesione irreparabile, per cui l'urgenza del provvedere raggiunga un'intensità tale da divenire necessità»*¹.

Il pericolo di danno irreparabile diviene così fatto giuridico, che legittima gli interventi necessitati d'urgenza.

Proprio per questa sua ragion d'essere, tale potere giustifica l'adozione di tutte quelle misure che si rendono necessarie in relazione alle circostanze con-

¹ GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 703 e ss.

crete, tanto che esso può dirsi legittimato dal contesto². Questa dinamica giuridica è stata efficacemente rappresentata in dottrina ricorrendo al volto bifronte del dio Giano³. Dette ordinanze risultano infatti «orientate, per un verso, alla difesa dell'ordinamento e, per l'altro verso, funzionali alla necessità del caso concreto, giustificando qualsiasi misura, anche contro l'ordinamento stesso».

Al fine di delineare meglio la ricostruenda categoria, risulta ancora utile la distinzione di tali provvedimenti rispetto agli atti necessitati⁴, come sono ad esempio i provvedimenti emanati ai sensi dagli artt. 63 e 163 del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici)⁵. In tali differenti fattispecie il contenuto, i presupposti e le modalità di adozione del provvedimento necessitato - seppure derogatori dell'ordinario iter procedimentale - sono comunque predefiniti dalla legge mediante uno schema normativo alternativo.

Nel tempo, tuttavia, tale distinzione si è assottigliata, ovvero gli atti straordinari e urgenti hanno subito l'influsso dei principi di legalità e tipicità dell'azione amministrativa, propri di ogni moderno Stato di diritto⁶. Tali conclusioni sono confermate in primo luogo dallo stesso dettato costituzionale.

Nonostante l'abbandono da parte dei padri costituenti di un progetto di disciplina organica⁷, è ritenuto innegabile che la Costituzione abbia impattato irreversibilmente sull'istituto in esame, essenzialmente per la presenza dei seguenti principi: a) inviolabilità dei diritti dell'uomo (art. 2); b) inviolabilità della libertà personale (art. 13); c) riserva di legge in materia di prestazioni personali e patrimoniali (art. 23); d) tipizzazione degli atti del governo con forza di legge e previsione, per questi, di limiti costituzionali stringenti e giustiziabili (artt. 76 e 77 Cost.); e) legalità dell'azione amministrativa anche in funzione di limite per lo stesso legislatore (art. 97).

² Il potere di ordinanza d'urgenza così come oggi viene inteso può rinvenire il suo fondamento nella dottrina di fine Ottocento sullo stato d'assedio, inteso quale pericolo derivante da fenomeni interni al territorio statale. Cfr. in questo senso GIUFFRÈ F., *Calamità naturali ed emergenza nella transizione costituzionale italiana; spunti a propositi di retaggi statualistici e nuova ispirazione autonomistica*, in *Diritto e Società*, 1, 2011, p. 117.

³ Così MORRONE A., *Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*, in VIGNUDELLI A. (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 133-184.

⁴ GIANNINI M.S., *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949 pp. 949 e ss.

⁵ In particolare mentre l'art. 63 prevede comunque l'esperimento di una procedura, seppure semplificata, i casi indicati dall'art. 163 contemplano ipotesi nelle quali il Rup o altro tecnico incaricato dalla P.A., possono a determinate condizioni d'urgenza, disporre l'immediato avvio dell'esecuzione.

⁶ Non a caso CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, si occupa di ordinanze di necessità e urgenza proprio in materia di tipicità del potere amministrativo, pp. 199 e 200.

⁷ Le ragioni di tale scelta sono state sintetizzate nell'esigenza unitaria di «esorcizzare» gli stati di eccezione «assoluti», ovvero idonei a rompere qualsiasi legame tra il diritto applicato nella situazione emergenziale ed i tratti essenziali dell'ordinamento giuridico vigente, in questo senso CARDONE A., *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 119 ss.

In questo senso, è stato così affermato che «lo stato di diritto ha conquistato lentamente posizioni rispetto all'utilizzo largo del concetto di necessità»⁸.

L'adeguamento del potere di ordinanza ai principi costituzionali ha mutato dunque il modo di configurare la necessità, non più espressa in termini di fonte di produzione del diritto⁹, ma piuttosto come fonte sulla produzione, in quanto orientata a legittimare l'intervento di talune amministrazioni con propri atti¹⁰.

L'impatto della Costituzione è stato talmente intenso da spingere una parte degli studiosi a negare in radice la legittimità costituzionale del potere amministrativo di ordinanza di necessità e urgenza¹¹.

Tale tesi, però, non ha preso piede nella dottrina maggioritaria, che attraverso un complesso lavoro ricostruttivo ha dotato il potere di ordinanza di un elaborato apparato di limiti normativi che nel tempo sono stati recepiti dalla giurisprudenza.

In tale ordine di ragioni si inscrivono le varie pronunce della Corte costituzionale che si sono occupate della materia. Significativo in particolare il riferimento che il giudice delle leggi ha più volte compiuto sulla necessità di «una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata»¹².

In questo senso, si inscrivono inoltre le pronunce della Corte che hanno auspicato un intervento del legislatore utile a circoscrivere il potere di ordinanza, in modo da ricondurlo al rispetto della carta fondamentale, in relazione a disposizioni sopravvissute al regime pregresso, come l'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931, attributivo di un generico potere di ordinanza in capo al Prefetto¹³.

Si è creato così quello che è stato efficacemente definito come un sottosistema normativo dell'emergenza in grado di assicurare una «legalità dei tempi di crisi»¹⁴ o anche «legalità di eccezione»¹⁵. Elemento centrale di tali atti diviene dun-

⁸ Cfr. CASSESE S., *I paradossi dell'emergenza*, in *Annuario 2005 dell'Associazione Italiana dei Professori di diritto amministrativo*, 2006, Giuffrè, Milano, pp. 221 e ss.

⁹ Cfr. ROMANO S., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, p. 251-272 ove l'A. con complessità argomentativa evidenzia che la necessità «deve concepirsi come condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme prestabilite. Ma essa stessa non ha legge, fa legge».

¹⁰ In questo senso e per ulteriori approfondimenti CHITI M. P., *Il rischio sanitario e l'evoluzione all'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Annuario 2005 cit.*, pp. 141 e ss.

¹¹ Cfr. MAZZARITA, G. *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003, il quale attraverso una lettura restrittiva dell'art. 77, secondo la quale i padri costituenti, ben consapevoli dell'eventualità del manifestarsi di eventi straordinari e urgenti, avrebbero a tale scopo attribuito il potere all'esecutivo attraverso una c.d. riserva di decreto-legge, assicurando a posteriori la democraticità dell'iter

¹² Così Corte cost., Sent. n. 201/1987.

¹³ Così Corte cost., Sent. n. 617/1987.

¹⁴ PALADIN L., *In tema di decreti-legge*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, pp. 554 e ss.

que, più che un'assoluta atipicità, la «libertà contenutistica» rigorosamente relativa, da rapportare e parametrare alle esigenze del caso concreto.

Venendo alle ipotesi più significative del sottosistema in esame, possono sicuramente farvisi rientrare: a) il potere attribuito al Prefetto, dal già citato art. 2 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza; b) il potere attribuito al Sindaco dall'art. 54 del d.lgs. n. 267/2000 (T.U. enti locali) che prevede l'adozione di «*provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini*»; c) l'art. 32 della l. n. 833/1978, a tenor del quale «*Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria*».

È in tale contesto normativo che si iscrive la legislazione in materia di protezione civile, la quale rappresenta sicuramente quella che maggiormente ha risposto alle esigenze di legalità proprie delle ordinanze di necessità e urgenza¹⁶.

Come vedremo, questo specifico settore normativo si differenzia però dalla tradizionale regolamentazione in materia di ordinanze contingibili e urgenti. In particolare, infatti, il procedimento è assai più articolato e organico, caratterizzato da una maggiore perimetrazione dei presupposti per accertare e dichiarare formalmente lo stato di emergenza, concorre a determinare uno statuto maggiormente garantista.

Tuttavia, se da un lato tale articolata disciplina concorre ad assicurarne una migliore legalità sostanziale, dall'altro sembra allontanarsi da tale risultato, per la particolare vastità dell'intervento, ovvero nella misura in cui prevede la possibilità che interi ambiti di amministrazione vengono sottratti all'applicazione del diritto amministrativo comune e sottoposti a disciplina derogatoria¹⁷.

Per queste ragioni, tale intervento non ha convinto tutta la dottrina. Si è così criticamente parlato di «*velo di apparente tipicità*», formalmente ossequioso delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, ma diretto a giustificare un'ingiustificabile normalizzazione del potere di ordinanza¹⁸. Nello specifico, preso atto la grande estensione del potere di ordinanza *extra ordinem* assicurato dall'ordinamento, si è sostenuto che rappresenti un'illusione credere che l'ordinamento costituzionale abbia definitivamente superato la tesi di Santi Romano sulla necessità come fonte del diritto¹⁹.

Senza entrare ulteriormente nei termini di questo dibattito, si vuole in questa sede evidenziare che le questioni sollevate da tali particolari atti contin-

¹⁵ cfr. CASSESE S., *op. ult. cit.*, il quale fa notare criticamente come in fondo si tratti di un ossimoro, ovvero «*se è legalità non è eccezione, se è eccezione sfugge alla legalità*».

¹⁶ In questo senso MORRONE A., *op. cit.*

¹⁷ Su tale duplice differenziazione CERULLI IRELLI V., *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2007, pp. 345 e ss.

L'eventualità che interi ambiti di amministrazione fossero rimessi al potere di ordinanza è stata negata dalla Corte cost., Sent. n. 115/2011, in materia di ordinanze sindacali.

¹⁸ Così RAMAJOLI M., *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 735-760.

¹⁹ *Ibidem*, p. 753

gibili e urgenti non appaiono del tutto superate, specie in termini di legalità sostanziale.

Nel contesto sinteticamente delineato, si inserisce l'art. 25 del d.lgs. n. 1/2018 (Codice della protezione civile)²⁰, il quale stabilisce che «*Per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea*».

In questo senso, il Codice si colloca nel solco della tradizione inaugurata con dalla precedente disciplina, ovvero la legge n. 225 del 1992, la quale per prima aveva raccolto le esigenze di riorganizzazione organica di una normativa frammentaria, che come già accennato, ha radici lontane²¹.

Rispetto alla normativa previgente è facile riscontrare dunque una continuità di intenti, in quanto anche il nuovo corpus normativo appare diretto a razionalizzare le procedure di intervento in casi di eventi eccezionali che hanno leso o mettono in pericolo la sicurezza e l'incolumità di persone e cose, facendo propri allo stesso tempo i principi e criteri enunciati in materia di ordinanze di necessità e urgenza dalla Corte costituzionale e dai giudici comuni.

La normativa, tuttavia, è frutto di interventi e prassi meditate solo successivamente all'entrata in vigore della l. n. 225/1992 e delle successive modifiche e integrazioni²². La modernizzazione di detta legge è andata così rappresentandosi come un work in progress, nella ricerca di soluzioni adeguate rispetto a sollecitazioni e problematiche insorgenti nella realtà concreta, dalla risposta e prevenzione delle emergenze alla gestione degli interventi.

Per queste ragioni il nuovo Codice presenta delle peculiarità che segnano un momento di discontinuità rispetto alla normativa previgente sia sotto il profilo organizzativo, che in chiave di competenze e di poteri attribuiti.

Per quanto qui maggiormente interessa, dopo una sintetica esposizione delle più importanti novità, ci si concentrerà sui profili attinenti ai poteri straordinari e in particolare sui requisiti richiesti dall'ordinamento di protezione civile per l'emanazione di dette ordinanze.

2. Il Sistema nazionale di protezione civile delineato dal d.lgs. n. 1/ 2018

Prima di analizzare i presupposti applicativi delle ordinanze di protezione civile, appare utile delineare meglio lo specifico contesto normativo nel quale si collocano.

²⁰ Successivamente semplicemente «Codice»

²¹ Cfr. VENTIMIGLIA C., *Un'emergenza de inefficienza: poteri di ordinanza extra ordinem in materia di protezione civile*, in *Il Consiglio di Stato*, 4, 2004, pp. 941 e ss.

²² In questo senso ALLEGRETTI U., *Il Codice della Protezione Civile (d.lg. 2 gennaio 2018, n. 1)*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 1, 2018.

Il testo del nuovo Codice prende avvio con la legge n. 30/2017, recante il riordino e l'integrazione delle disposizioni legislative in materia di sistema nazionale della protezione civile, con la quale è stato delegato il Governo (art. 1) all'adozione di uno o più decreti legislativi di ricognizione, riordino, coordinamento, modifica e integrazione delle disposizioni legislative che disciplinano il Servizio nazionale della protezione civile e le relative funzioni.

Il disegno legislativo è frutto di un complesso iter che ha visto la partecipazione, oltre che delle Regioni, anche la presenza attiva di soggetti tecnici. La bozza di decreto legislativo è stata elaborata infatti da un gruppo eterogeneo, composto nello specifico dai rappresentanti del Dipartimento della Protezione Civile, dei Ministeri, delle Regioni, dei Comuni e dai rappresentanti del Volontariato di protezione civile.

In attuazione della delega contenuta nell'articolo 1 della l. n. 30/2017, è stato approvato il d.lgs. n. 1/2018, recante il Codice della protezione civile.

Gli obiettivi che animano l'intervento legislativo sono molteplici e possono sintetizzarsi nei termini che seguono²³.

Il nuovo corpo normativo mira anzitutto al rafforzamento della dimensione sistemica dell'azione di protezione civile, con esercizio collettivo delle funzioni da parte dell'intero Servizio nazionale. Ancora, è proposta la separazione della funzione di indirizzo politico rispetto alla gestione operativa e amministrativa, con una maggiore delimitazione dei rispettivi ambiti di azione e responsabilità. Viene manifestata, inoltre, l'esigenza di riallineare le competenze territoriali. Si mira, nel disegno legislativo a delineare più efficacemente gli ambiti d'intervento del Servizio nazionale. Si intende procedere altresì al riordino delle disposizioni in tema di sistemi di allertamento per assicurare il consolidamento e lo sviluppo delle reti di monitoraggio e sorveglianza, nonché delle attività di comunicazione e informazione della popolazione. Obiettivo di punta diviene la valorizzazione dell'azione di pianificazione in materia di protezione civile: il potenziamento della capacità di preparazione e risposta delle emergenze di rilievo nazionale, attraverso la semplificazione ed il consolidamento degli strumenti normativi.

Negli obiettivi del governo vi sono anche la riorganizzazione delle attività propedeutiche alla deliberazione dello stato di emergenza nazionale, nonché la migliore articolazione degli ambiti in cui è consentito l'intervento con ordinanza di protezione civile.

Emergono inoltre esigenze di riordino delle norme che regolano le contabilità speciali e dei procedimenti sulle attività volte al superamento dello stato di emergenza, così come degli strumenti finanziari del Fondo nazionale della protezione civile, del Fondo per le emergenze nazionali, del Fondo regionale di protezione civile. La riforma è mossa nel senso del rafforzamento degli strumenti di partecipazione e di cittadinanza attiva, ovvero del riordino della disci-

²³ Cfr. Parere del Cons. di Stato n. 2647 del 19 dicembre 2017 sullo schema definitivo di decreto legislativo di riforma della protezione civile reperibile in www.giustiziamministrativa.it

plina in materia di partecipazione al volontariato organizzato di protezione civile.

Al fine di raggiungere i suddetti obiettivi il provvedimento si affida ai suoi 50 articoli, suddivisi in capi e sezioni per ambito tematico.

Di particolare valenza sistematica risulta il capo dedicato a finalità, attività e composizione del Servizio nazionale della protezione civile (artt. 1-6)²⁴.

Significativo, in particolare l'art. 1 il quale attribuisce alla protezione Civile la qualifica di servizio di pubblica utilità (comma 1), accogliendo così un'istanza manifestata da tempo, ma che non aveva trovato accoglimento nella vecchia disciplina. Al comma 2 viene poi chiarito che il Servizio nazionale concorre al perseguimento delle finalità proprie della protezione civile dell'unione Europea. Il terzo comma, invece, riconosce espressamente alle norme del decreto il valore di principi fondamentali in materia, dunque tali da vincolare le Regioni nell'esercizio della loro potestà concorrente²⁵.

Quanto all'aspetto gestionale dell'emergenza questo viene meglio precisato dal comma 6, nel quale si definisce la consistenza di tale lavoro *«nell'insieme, integrato e coordinato, delle misure e degli interventi diretti ad assicurare il soccorso e l'assistenza alle popolazioni colpite dagli eventi calamitosi e agli animali e la riduzione del relativo impatto, anche mediante la realizzazione di interventi indifferibili e urgenti ed il ricorso a procedure semplificate, e la relativa attività di informazione alla popolazione»*.

Sempre in tale capo si rinvencono inoltre le attribuzioni del Presidente del Consiglio, in particolare all'art. 5 si chiarisce che per il conseguimento delle finalità del Servizio nazionale, questi detiene il potere di ordinanza, che può esercitare per il tramite del Capo dipartimento della protezione civile²⁶.

Seguono le norme dedicate all'organizzazione del Servizio nazionale di protezione civile (artt.7-15). Tra queste assume importanza centrale l'art. 7, chiamato a disciplinare l'intera sezione relativa agli "Eventi di protezione civile".

La disposizione ricalca l'impostazione pregressa che prevedeva la tripartizione degli eventi emergenziali di protezione civile (lett. a, b e c). Tuttavia, rispetto al passato si caratterizza per una maggiore definizione degli stessi eventi, sia rispetto agli interventi di rilievo locale (lett. b) sia per quelli di rilievo nazionale (lett. c)²⁷. In particolare, la lettera b) sembra dare corpo ha una nuova ca-

²⁴ Significativo l'art. 1, comma1, il quale fornisce un inquadramento generale della disciplina, ovvero:

«Il Servizio nazionale della protezione civile [...] è il sistema che esercita la funzione di protezione civile costituita dall'insieme delle competenze e delle attività volte a tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo».

²⁵ Cfr. art. 117 Cost. che attribuisce la materia della protezione civile alla competenza concorrente Stato-Regioni.

²⁶ Salvo che sia stabilito diversamente nella deliberazione dello stato di emergenza cfr. *infra*

²⁷ Cfr. RAZZANO G., *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 17 marzo 2020, disponibile in www.consultaonline.it; PEPE V., *La gestione dei rischi nel codice della protezione civile. Brevi note sul sistema italiano e francese*, in federalismi.it, 8 Gennaio 2020.

tegoria di emergenza di rilievo regionale, che legittima l'adozione di poteri straordinari, discostandosi invece dal precedente dettato che si riferiva a «*eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che per loro natura ed estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti*» ma «*in via ordinaria*».

In questo senso, la disposizione tenta di porsi in linea con il mutato assetto costituzionale, il quale ha visto nella riforma del titolo V il riassetto del rapporto centro periferia. Come chiarito dallo stesso Giudice delle leggi²⁸, la riforma attuata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, «*ha inserito la protezione civile tra le materie di potestà legislativa concorrente, riservando allo Stato la sola determinazione dei principi fondamentali, con la conseguenza che i poteri legislativi e amministrativi, già attribuiti allo Stato, possono trovare attuazione esclusivamente in forza della chiamata in sussidiarietà, e che la gestione degli stessi deve essere improntata al principio di leale collaborazione*».

Quanto agli eventi del terzo tipo (lett. c) questi vengono meglio circoscritti, nel passaggio dalla vecchia formulazione alla nuova, si chiarisce che si tratta di «*emergenze di rilievo nazionale*», marcando così la differenza con emergenze che per la loro estensione richiedono invece un intervento regionale, di cui alla lettera precedente.

Nella descrizione degli eventi la norma non si discosta significativamente dalla precedente disposizione legislativa²⁹, se non per il richiamo più puntuale alla deliberazione dello stato di emergenza.

Il Codice individua poi diverse tipologie dei rischi di protezione civile (art. 16), tale disposizione assume un'importanza centrale perché finalmente offre una classificazione puntuale dei rischi, che finora era mancata. I rischi rispetto ai quali si esplica l'azione del sistema nazionale vengono così classificati seguendo una bipartizione categoriale, che possiamo distinguere in rischi tipici (comma 1) e atipici (comma 2). Maggiormente innovativa la disposizione di cui al comma 3, dove si sancisce a chiare lettere che «*non rientrano nell'azione di protezione civile gli interventi e le opere per eventi programmati o programmabili in tempo utile che possono determinare criticità organizzative*».

A prima lettura, tale norma pare segnare una tendenziale inversione di sistema ponendosi in decisivo contrasto con la notoria tendenza legislativa, fatta propria anche dalla prassi dei vari esecutivi succedutisi, ad estendere la normativa emergenziale oltre i suoi normali ambiti. Si tratta ovvero di quella inclinazione a utilizzare impropriamente gli istituti giuridici dell'emergenza per problemi di tutt'altro genere, concernenti aspetti ordinari dell'amministrazione³⁰.

Il condizionale in questi casi è d'obbligo, infatti spesso la normalizzazione dell'emergenza è avvenuta a mezzo di appositi interventi legislativi che si

²⁸ Sent. n. 22/2012

²⁹ Così anche RAZZANO, *op. ult. cit.*

³⁰ In dottrina tale prassi è stata unanimemente criticata, per una visione unitaria si veda SALVIA F., *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Annuario 2005*, cit., pp. 93 e ss.

sono posti a latere del sistema di protezione civile, dettando apposite procedure e ricorrendo a particolari organi straordinari³¹.

In questo caso, dunque, le norme del Codice seppure vengano presentate come principi fondamentali della materia (art. 1, comma 3), non si sottraggono agli ordinari criteri di risoluzione affidati ai principi di specialità e di temporalità, derivanti dalla natura primaria della fonte. In altri termini, eventuali disposizioni di rango legislativo-statale che in futuro si discostino da tale innovativa impostazione, non potranno essere censurate sotto il profilo del rispetto dell'art. 16.

Il potere di ordinanza in deroga trova la sua collocazione sistematica nella triade costituita dall'articolo 24 che disciplina la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale; dall'articolo 25 che disciplina la predisposizione e l'emanazione delle ordinanze di protezione civile; dall'articolo 26 che dispone con riguardo alle ordinanze volte a favorire il rientro nell'ordinario a seguito di emergenze di rilievo nazionale³².

Il testo prosegue con l'art. 27, che contiene disposizioni in materia di apertura, gestione e chiusura delle contabilità speciali, mentre l'art. 28 è volto a individuare le misure da adottare sotto forma di agevolazioni, contributo e forme di ristoro in favore dei soggetti e delle attività danneggiati.

La struttura del Servizio nazionale della protezione civile nel nuovo codice non si esaurisce però col quadro dell'organizzazione pubblica, infatti un consistente gruppo di norme disciplina la partecipazione dei cittadini e del volontariato organizzato di protezione civile (artt. 31-42)³³.

Si fornisce in questo modo una disciplina quanto più possibile strutturata di un fenomeno che era emerso su basi spontanee in più occasioni e che ha fornito un apporto fondamentale al superamento di eventi calamitosi di straordinaria portata³⁴.

Le disposizioni sono assai dettagliate, considerato il modesto rilievo che assumono in questa sede, per una completa trattazione si rinvia al testo legislativo.

Ricostruito sommariamente il contesto normativo, occorre adesso concentrarsi sull'articolazione esatta del potere di ordinanza; articolazione che come accennato prende avvio con la dichiarazione dello stato di emergenza (art.

³¹ Si pensi per tutti all'annosa vicenda della gestione dei rifiuti in Campania. Tali interventi sono stati adottati principalmente mediante due distinte forme ovvero le leggi-provvedimento (cfr. PERFETTI L., *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2019, pp. 1021 e ss.) e tramite decreto legge (cfr. ARCURI A., *Il Governo delle emergenze: i rapporti tra decreti-legge e ordinanze di protezione civile dal terremoto dell'Aquila al crollo del ponte Morandi*, in Osservatorio sulle fonti, 2, 2019).

³² Più dettagliatamente *infra* par. 3 e 4

³³ In questo senso ALLEGRETTI U., *Il codice di protezione*, *op. cit.*

³⁴ Si pensi al sistema di volontariato messo in moto in occasione dell'alluvione di Firenze nel 1966 con i cd. «angeli del fango», alla più recente pandemia Covid-19. In quest'ultima contingenza il rappresentante del Volontariato nel Comitato operativo della Protezione Civile stima che i volontari coinvolti si attestino intorno alle 250.000 unità

24), la quale assume nel nuovo Codice una portata fondamentale, sia in tema di legittimazione iniziale sia in termini contenutistici.

3. La dichiarazione dello stato di emergenza nazionale

Presupposto per l'emanazione delle ordinanze straordinarie di protezione civile è la deliberazione dello stato di emergenza di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 1/2018. Il potere di deliberare tale stato è attribuito alla delibera del Consiglio dei ministri, a seguito di una valutazione spedita del Dipartimento di protezione civile. La norma prevede inoltre l'acquisizione della intesa con la Regione interessata, recependo così la più recente giurisprudenza costituzionale. Proprio in tale direzione da ultimo, la Corte ha censurato tentativi del legislatore di ingiustificato abbassamento del livello di coinvolgimento delle Regioni interessate, facendoli ridondare in lesione del principio di leale collaborazione e degli art. 117 e 118 Cost., *«atteso che in generale nella materia della protezione civile e del governo del territorio l'intesa costituisce lo strumento adeguato di coinvolgimento delle Regioni»*³⁵.

La deliberazione è adottata al verificarsi o nell'imminenza di un evento emergenziale secondo i connotati di cui all'art. 7, lett. c.) ovvero: *«emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo»*.

Come è stato fatto notare la disposizione, rimanendo nel solco della precedente, tradisce una confusione concettuale tra presupposti e conseguenze, in quanto nella lettera della norma dall'esigenza di utilizzo di mezzi straordinari si ricava la categoria dell'«evento di rilievo» e non il contrario. In altri termini la categoria dell'«evento straordinario» non è qualificata dalle sue caratteristiche oggettive e circostanziate ma, a contrario, dall'impossibilità di ricorrere efficacemente a mezzi ordinari. In questo senso, il requisito non si incentra tanto sul «constatare» se un certo evento abbia predeterminate caratteristiche calamitose, ma piuttosto sul «decidere» *ex post* se si tratti di una calamità che non può essere fronteggiata con i mezzi ordinari³⁶.

Ciò nonostante, la norma presenta alcune novità rispetto al precedente art. 2 della l. n. 225/1992 che fino ad allora normava il sistema di protezione civile. In particolare, parte della dottrina ha fatto notare come la norma presenta dei caratteri più stringenti rispetto alle disposizioni passate ove figuravano anche «i grandi eventi» (almeno fino al d.lgs. n. 59/2012 che ha abrogato la previsione).

In questo paradosso normativo il legislatore negli ultimi anni sembra essersi sforzato di ridurre il margine di discrezionalità attribuito all'esecutivo, re-

³⁵ Da ultimo Corte cost., Sent. n. 246/2019.

³⁶ In questo senso MAZZARITA G., *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2011.

stringendo il perimetro dei presupposti legittimanti il potere straordinario in oggetto.

Tale considerazione è confortata dalla nuova ripartizione delle competenze tra Regioni e Stato centrale, distribuzione che cerca di dare consistenza a quella che è stata descritta più volte dalla Corte costituzionale come una organizzazione policentrica³⁷.

Il Sistema della protezione civile è stato infatti sempre al centro di una costante tensione tra esigenze accentratrici e dislocazione sussidiaria di funzioni. Basti pensare come all'originaria impostazione statalista del potere di emergenza si sia affiancato il modello federalista avviato, in ambito amministrativo con la l. n. 59/1997, che ha segnato una radicale redistribuzione della competenza in materia di protezione civile culminato con il d.lgs. 112 del 1998.

Tale intervento legislativo, in particolare, ha effettuato una generale attribuzione di compiti alle regioni e enti locali, limitando l'intervento dello stato ai soli eventi più gravi. Si assiste però a una tendenza accentratrice nel giro di pochi anni con il d.l. n. 343/2001, che dispone la soppressione dell'Agenzia di protezione civile. Sostituendola con il Dipartimento di Protezione Civile incardinato presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, così come oggi lo conosciamo.

In questo senso il Codice sembra dare attuazione alla riforma del Titolo V della Costituzione, definendo e qualificando le emergenze di carattere regionale e dotandole di un apposito potere straordinario di ordinanza. In particolare, per gli eventi di cui citato art. 7, comma 1, lett. b. (cd. emergenze regionali), l'art. 25 comma 11, prevede espressamente che le regioni nei limiti delle proprie potestà legislative, definiscono provvedimenti analoghi alle ordinanze ministeriali, le quali non possono tuttavia derogare alle disposizioni legislative statali.

Sempre in ottica tassativizzante vanno lette le disposizioni dell'art. 24, che prevede che la delibera dello stato di emergenza deve acquisire l'intesa con le Regioni interessate, nonché fissare la estensione territoriale e temporale.

Sotto questo ultimo profilo, la norma segue un trend consolidato di estensione dei termini. Nell'ottica di contenere al massimo la gestione straordinaria, inizialmente questa poteva durare tre mesi ed era prorogabile per altri due mesi³⁸. Successivamente venne poi innalzata a sei mesi ed era prorogabile per massimo altri sei mesi³⁹. Il testo del nuovo codice allarga significativamente questo margine temporale fissandolo in 12 mesi prorogabili per un massimo di altri 12. Anche in questo caso la delimitazione temporale risponde ha un crite-

³⁷ Cfr. recentemente la Sent. n. 8/2016, con la quale la Corte ha ritenuto costituzionalmente legittimo poiché non irragionevole che le Regioni subentrino nel post emergenza nei rapporti sostanziali e processuali avviati dal Commissario. Tale soluzione è suffragata nelle motivazioni della decisione dal coinvolgimento del governo locale. Le Regioni infatti vengono coinvolte nello stato di emergenza mediante previa intesa. Inoltre i rapporti di cui si discute si riferiscono all'ambito territoriale e sociale del contesto regionale.

³⁸ L. n. 100/2012, art. 5

³⁹ d.l. n. 93/2013, art. 10

rio da tempo consolidato nella giurisprudenza. Tuttavia, la sua collocazione in una disposizione legislativa non lo sottrae a sopravvenuti regimi derogatori che per volontà legislativa protraggano lo stato emergenziale oltre misura⁴⁰.

Tra le disposizioni che maggiormente incidono sullo statuto del potere di ordinanza, così come finora ricostruito, la portata più innovativa va riconosciuta all'art. 16, comma 3.

Tale disposizione pare rispondere all'appello che da tempo dottrina avanza contro la contestata prassi di estendere il potere di ordinanza anche a situazioni che rientrano nell'ambito ordinario dell'amministrazione; tendenza che per altro ha trovato spesso l'avallo della giurisprudenza, che ha legittimato tale *modus operandi*, ritenendo che l'evento legittimante la dichiarazione dello stato di emergenza «possa essere di origine umana e possa altresì consistere in una situazione risalente nel tempo e perfino endemica, ribadendo però che deve trattarsi pur sempre di un evento avente carattere effettivo e oggettivo»⁴¹.

Pur aderendo a tale indirizzo, la giurisprudenza amministrativa ha tuttavia precisato il carattere di atto di alta amministrazione dotato di un alto tasso di discrezionalità, escludendo il carattere di atto politico della dichiarazione di emergenza⁴².

In questo senso è stato affermato che spetta al giudice amministrativo «*valutare l'attendibilità e congruità dell'istruttoria e delle motivazioni addotte a base della declaratoria dell'emergenza, con riguardo all'apprezzamento della "intensità" e della "estensione" della situazione che si assume non fronteggiabile con i mezzi e poteri ordinari, e - prima ancora - alla stessa individuazione dell'esistenza di una situazione o di un "evento" avente tali caratteristiche*»⁴³.

Si può senza dubbio inferire come in detto sindacato il giudice dovrà da ora in avanti tenere conto della disposizione di cui all'art. 16, comma 3, la quale espressamente esclude che l'azione di protezione civile possa riguardare gli interventi e le opere per eventi programmati o programmabili in tempo utile che possono determinare criticità organizzative.

Al verificarsi di tal circostanze, le articolazioni territoriali potranno esclusivamente assicurare il proprio supporto, limitatamente ad aspetti di natura organizzativa e di assistenza alla popolazione, su richiesta delle autorità di protezione civile.

⁴⁰ Cfr. in questo senso l'art. 15 del d.l. n. 162 del 2019, che ha consentito una proroga fino a tre anni per la gestione dell'emergenza seguita al crollo del Ponte Morandi di Genova.

⁴¹ Cons. Stato, sez. IV, Sent. n. 2795/2005

⁴² Sul sindacato giurisprudenziale in materia discrezionalità amministrativa nei giudizi relativi alla legittimità delle ordinanze extra ordinem cfr. criticamente CAVALLARO M. C., *La rilevanza delle valutazioni tecniche nel procedimento di formazione del provvedimento amministrativo e i profili del sindacato giurisdizionale. Il caso delle ordinanze di necessità*, in *Giustamm.it*, 2011.

⁴³ Così Cons. Stato, Sent., sez. IV, n. 6050/2011

Tuttavia, occorrerà anche in questo caso attendere l'opera della giurisprudenza per verificare quale sia l'esatta estensione semantica che verrà attribuita al trionio "eventi programmati o programmabili"⁴⁴.

Il complesso quadro normativo, però non incide del tutto sulla ricostruzione classica delle ordinanze *extra ordinem*, per come ricostruita e conosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Il Codice, al contrario fa propri alcuni dei principi che la giurisprudenza aveva già elaborato e altri che erano stati suggeriti in dottrina.

Nello specifico, viene recepito il modello bifasico, già elaborato dalla precedente disciplina, caratterizzato dalla preventiva dichiarazione dello stato di emergenza e dalla successiva adozione di ordinanze di protezione civile. I due atti rimangono però intimamente collegati e ciò lo si evince chiaramente dalla lettura dell'art. 25, il quale delimita il potere derogatorio attribuito alle suddette ordinanze nei limiti e con le modalità indicate nella deliberazione dello stato di emergenza.

In questo modo il legislatore fa propri principi che sono più volte stati ribaditi dalla giurisprudenza costituzionale⁴⁵. Si fa riferimento al principio per cui le ordinanze sono costitutivamente temporanee, legate ad avvenimenti specifici, cosicché, cessata l'emergenza, deve cessare l'efficacia delle relative ordinanze di necessità ed urgenza. Dalla norma può altresì ricavarsi un ulteriore principio: quello di proporzionalità tra evento e misura, ovvero che vi deve essere un nesso ragionevole e controllabile tra le misure adottate e l'evento da fronteggiare.

Chiarito il nesso di stretta strumentalità tra la deliberazione dello stato di emergenza e il successivo potere in deroga, occorre ora soffermarsi sull'esatta estensione dei limiti di quest'ultimo.

4. Estensione e limiti del potere di ordinanza

Nell'analizzare l'estensione e i limiti del potere di ordinanza, il primo aspetto che ha interessato la dottrina ha riguardato il potere derogatorio. Tali atti si caratterizzano principalmente per questa capacità para-normativa di fornire una deroga, temporalmente delimitata, all'ordinaria efficacia delle disposizioni di rango legislativo. In altri termini è quest'ultima caratteristica che obbliga a parlare di ordinanze di necessità ed urgenza, ovvero il fatto che, eccezio-

⁴⁴ Il dato letterale, infatti, porta sicuramente a ricomprendere nell'accezione normativa gli eventi e le manifestazioni culturali che attirano particolari quantità di persone (es. fiere o spettacoli sportivi).

Più incerta invece la riconducibilità in tale definizione di eventi di c.d. *maladministration*, come quelli attinenti alla gestione del ciclo dei rifiuti o al reclutamento di personale nel settore pubblico.

⁴⁵ Cfr. Corte cost., Sent. n. 127/1995

nalmente, atti provenienti da autorità amministrative non legislative, sono autorizzati a derogare anche a disposizioni di legge⁴⁶.

Detta efficacia derogatoria propria del potere di ordinanza si esprime in una duplicità di direzioni. Da un lato il presupposto della necessità ed urgenza svolge anzitutto la funzione di derogare a tutti i corrispondenti presupposti d'esercizio di ogni singolo potere d'autorità con la conseguenza che i singoli poteri possono essere sganciati dai presupposti stabiliti per il loro esercizio. Sotto altro profilo, anche il contenuto ha carattere derogatorio, potendo consistere nell'adozione di qualsiasi potere amministrativo, tra quelli previsti dall'ordinamento e produrre perciò i più diversi effetti⁴⁷.

Quanto ai limiti che incontra tale potere derogatorio, questi sono stati fissati principalmente dalla giurisprudenza e segnatamente dalla Corte costituzionale.

Tali limiti sono stati così individuati nella provvisorietà del provvedimento, nella proporzionalità dei contenuti e degli interventi stabiliti nelle ordinanze rispetto all'evento da fronteggiare e nella conformità con i principi dell'ordinamento giuridico⁴⁸.

Il testo del nuovo Codice di protezione civile ribadisce come tale potere derogatorio necessiti comunque dell'indicazione delle principali norme cui si intende derogare. Viene anche in questo caso confermato un principio già emerso in giurisprudenza, per il quale il potere di ordinanza non può dunque incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività. Inoltre, la disposizione precisa che tali provvedimenti necessitano di essere motivati, escludendo in questo modo il dibattito circa l'applicabilità a tali atti del generale obbligo di motivazione prescritto dall'art. 3 della Legge 241 del 1990⁴⁹.

Si prevede inoltre il coinvolgimento delle Regioni interessate a mezzo dell'intesa.

Va anche evidenziato come nel nuovo testo normativo le ordinanze vengono distinte in due tipi: il primo «per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza» (art. 25); il secondo per «favorire il rientro nell'ordinario a seguito di emergenze di rilievo nazionale»

⁴⁶ Così RESCIGNO G. U., *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3, 1995.

Sulla natura amministrativa di tali ordinanze, riconosciuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria vedi *infra par. 6*.

⁴⁷ In questo senso CERULLI IRELLI V., *op. cit.*, p. 368.

⁴⁸ Più controverso il limite della riserva assoluta di legge che figura in alcune pronunce della Corte tra le quali la 1961 n. 26. La dottrina ha fatto notare come in realtà tale limite venga spesso sacrificato da dette ordinanze in un'ottica di bilanciamento dei diritti fondamentali in gioco. A livello più generale per una disamina delle tecniche il bilanciamento dei principi fondamentali v. SCHIAVELLO A., MANIACI G., PINO G., (a cura di) *Interpretazione del diritto e bilanciamento tra principi*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2002, n. 2.

⁴⁹ L'applicabilità di tale regola può infatti essere messa in dubbio dal carattere emergenziale e dal contenuto spesso normativo o comunque generale di tali ordinanze, caratteri che potrebbero comportare l'esclusione di tale obbligo ai sensi del comma 2 della disposizione citata.

(art. 26)⁵⁰. Sembra così venuta meno la tipizzazione delle fattispecie riguardante le ordinanze emesse prima la dichiarazione dello stato di emergenza, da addottori per l'eccezionalità della situazione emergenziale (ex art. 3 del d.l. n. 4/2002, espressamente abrogato dall'art. 48, lett. f. del nuovo Codice). Tale abrogazione va però compensata, nell'ottica del legislatore con la possibilità concessa dalla nuova normativa di dichiarare lo stato di emergenza anche nell'imminenza del verificarsi degli eventi straordinari (art. 24, comma 1), legittimando così indirettamente l'adozione di ordinanze "preventive".

Il Codice oltre a raccogliere le riflessioni della giurisprudenza, appare collocarsi a un livello ancora più avanzato.

In questo senso l'art. 25 oltre al limite dei principi generali dell'ordinamento, impone il rispetto dell'ordinamento comunitario. Si accoglie così una tesi che era stata sostenuta in dottrina⁵¹, sulla base del noto principio del primato del diritto comunitario, ma che non sempre aveva trovato accoglimento nella giurisprudenza amministrativa⁵².

La rilevanza di tale disposizione si coglie immediatamente se si guarda alla recente Comunicazione della Commissione riguardante gli Orientamenti sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19 (2020/C 108 I/01).

L'organo europeo, nell'intento di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti degli Stati membri, ripercorre il quadro normativo in materia di appalti pubblici, individuando nella «*procedura negoziata senza previa pubblicazione*», la soluzione offerta dal diritto dell'Unione per consentire una più rapida aggiudicazione degli appalti in modo da soddisfare le esigenze connesse alla pandemia di Covid-19⁵³.

Le amministrazioni aggiudicatrici, secondo la Commissione, potranno aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione «*nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non sono in alcun*

⁵⁰ Lo statuto delle ordinanze volte a favorire il rientro dell'emergenza è maggiormente circoscritto, principalmente in considerazione del fatto che l'art. 26 limita il potere derogatorio alle materie di affidamento di lavori pubblici e di acquisizione di beni e servizi nonché per la riduzione dei termini. La formulazione normativa non è comunque delle migliori, l'interpretazione qui fornita è comunque l'unica che possa salvare la costituzionalità della norma.

⁵¹ Cfr. SALOMONE V., *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Foro amministrativo-CDS*, 2008, pp. 954 e ss.

⁵² Orientamento isolato cfr. TAR Bari, Puglia, Sent. n. 208/1997 che ha ritenuto legittima un'ordinanza prefettizia che per ragioni di urgenza nell'espletamento di una gara di appalto permetteva l'esclusione automatica delle offerte anomale, in contrasto con i principi di concorrenza e di partecipazione propri del diritto comunitario in materia.

⁵³ La soluzione primaria viene individuata nella possibilità di avvalersi della riduzione considerevole dei termini per accelerare le procedure aperte o ristrette.

caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici (articolo 32, paragrafo 2, lettera c), della direttiva 2014/24/UE».

Poiché le amministrazioni aggiudicatrici derogano in questo caso al principio fondamentale della trasparenza sancito dal trattato, si ricorda che la Corte di giustizia esige che il ricorso a questa procedura rimanga eccezionale (cfr. le cause C-275/08, Commissione/Germania, e C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri)⁵⁴.

Non appaiono del tutto in linea con tali indicazioni le disposizioni contenute nell'Ordinanza del Capo Dipartimento di protezione civile n. 655 del 2020⁵⁵.

In particolare l'art. 4 di tale provvedimento prevede che «*gli Enti locali, al fine di dare piena ed immediata attuazione ai provvedimenti normativi e di protezione civile emanati in relazione all'emergenza epidemiologica da COVID-19 ed in genere per assicurare la gestione di ogni situazione connessa all'emergenza epidemiologica, possano procedere ad appalti di servizi e forniture in deroga ai tempi e alle modalità di pubblicazione dei bandi di gara di cui agli articoli 60, 61, 72, 73 e 74 del Codice dei Contratti pubblici*».

Tale deroga sembra significativamente più ampia di quella ricavabile dal diritto dell'Unione per come interpretato dalla Commissione nella Comunicazione citata. Peraltro, in passato la Commissione europea già intrapreso una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, censurando la violazione della normativa in tema di concorrenza in conseguenza dell'adozione di ordinanze ex legge 225/1992, non giustificate da una situazione di estrema urgenza, non supportati dall'imprevedibilità e dalla non imputabilità allo Stato membro⁵⁶.

In questo senso va colto con favore l'intervento dell'Autorità Nazionale Anticorruzione la quale ha evidenziato, in accordo con la ricostruzione fornita dalla Commissione UE, che l'ordinamento prevede già degli strumenti per far fronte alle esigenze straordinarie derivanti dall'emergenza Covid-19⁵⁷. L'Autorità nazionale preposta, aderendo alle indicazioni dell'autorità sovranazionale, ha individuato quali strumenti privilegiati il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, che è ammessa «nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice» (art. 63 comma 3 lett.

⁵⁴ Nell'interpretazione del diritto unionale fornito dalla Commissione sussiste tuttavia un ulteriore strumento per far fronte all'esigenza dell'emergenza costituito dall'aggiudicazione diretta a un operatore economico preselezionato. Tale soluzione viene però definita come «*eccezionale ed è applicabile se solo un'impresa è in grado di fornire i risultati richiesti nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza*».

⁵⁵ La Ordinanza viene in rilievo per la portata generale della deroga. Disposizioni più di dettaglio si rinvencono anche in altre ordinanze cfr. *infra par. 5*.

A livello più generale anche il legislatore è intervenuto sull'ordinaria normativa in tema di contratti pubblici, attraverso strumenti derogatori diretti a far fronte alla pandemia virale, in dettaglio si vedano le disposizioni previste al dai d.l. nn. 18 e 34 del 2020.

⁵⁶ Per porre fine al procedimento sanzionatorio fu approvata la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 ottobre 2004 (pubblicata in G.U. 21 dicembre n. 298).

⁵⁷ Cfr. ANAC, *Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, in www.anticorruzione.it.

c) d.lgs. n. 50/2016; nonché il ricorso all'affidamento diretto ad un operatore economico preselezionato, se quest'ultimo risulta essere l'unico in grado di consegnare le forniture necessarie nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza (art. 63 comma 2 lett. b del d.lgs. n. 50/2016).

L'attuale contingenza, legata alla diffusione del virus Covid-19, ha per altro comportato l'attivazione di diverse misure di protezione civile, che vanno oltre la materia dei contratti pubblici.

Come diffusamente risaputo l'epidemia virale ha assunto gli attributi di un evento straordinario, tanto da essere stata dichiarata di carattere pandemico dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, in data 11 marzo 2020.

In questa sede, tale triste esperienza offre l'occasione per verificare la tenuta del sistema di protezione civile, per come sommariamente ricostruito, al verificarsi di nuove emergenze. L'analisi della prassi fin qui sviluppata permetterà dunque di cogliere le criticità applicative e l'effettiva rispondenza al quadro normativo fino a qui delineato.

5. La discutibile prassi dell'esecutivo: dalla gestione Expo di Milano all'emergenza Covid-19

Occupandoci dalla ricostruzione del contesto normativo abbiano avuto modo di imbatterci nella prassi posta in essere dall'esecutivo. Un utile banco di prova per saggiare la tenuta del sistema fin qui ricostruito è dato dalla recente contingenza, legata alla diffusione del Corona virus (Covid-19).

La presa di consapevolezza in ordine alla straordinarietà patogena dell'infezione virale e della sua trasmissibilità, va rintracciata nella seconda riunione del Comitato di sicurezza dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), del 30 gennaio 2020, ove il Direttore generale ha dichiarato il focolaio internazionale di Covid-19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale.

In Italia la necessità di provvedere con la dichiarazione dello stato di emergenza è stata assunta in ordine alle indicazioni fornite dall'OMS, accompagnate da richieste provenienti dal Ministero della Salute e da una parte della comunità scientifica.

In questo senso il Governo ritenendo *«che detta situazione di emergenza, per intensità ed estensione, non è fronteggiabile con mezzi e poteri ordinari»* ha ritenuto sufficienti i presupposti di cui alla lettera c. dell'art. 7, del d.lgs. n. 1/2018 ha deliberato in data 30 gennaio 2020 lo stato di emergenza nazionale ai sensi dell'art. 24 del Codice⁵⁸.

La stessa deliberazione ha previsto che per l'attuazione degli interventi di cui dell'articolo 25, comma 2, lettere a) e b) del d.lgs. n. 1/2018, da effettuare

⁵⁸ La delibera dello Stato di emergenza è stata oggetto di due proroghe, da ultimo tramite Delibera del 7 ottobre 2020 (in G.U. Serie Generale n. 248/2020) che ha disposto l'estensione dello stato di emergenza fino al 31 gennaio 2021.

nella vigenza dello stato di emergenza, si provvede con ordinanze emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile.

Tale decisione ha avuto il particolare pregio, in accordo con gli intenti che hanno animato l'adozione del Codice, di evidenziare la responsabilità politica del Governo dinanzi a una scelta così delicata. Tuttavia deve subito segnalarsi che a fronte di un'opzione univoca in ordine all'attivazione del Sistema nazionale di protezione civile, sono sopraggiunte una serie di disposizioni normative che si sono discostate ampiamente dall'apparato di riferimento.

In questo senso la stessa deliberazione si discosta *ab origine* del sistema codicistico, il quale avrebbe richiesto preventivamente una spedita valutazione del Dipartimento della protezione civile, nonché il concerto con le Regioni interessate a mezzo di intesa (art. 24, comma 1), in atti assenti.

Ulteriormente, va segnalato come tale deliberazione non contiene tantomeno i limiti, che avrebbero dovuto imporre al potere di ordinanza ex art. 25, fermandosi a richiamare quelli derivanti dai principi generali dell'ordinamento.

Come noto, faceva seguito a tale provvedimento il d.l. n. 6/2020, il quale autorizzava le autorità competenti all'emanazione di tutta una serie di provvedimenti d'urgenza fortemente limitativi delle libertà personali ed economiche (art. 1).

Per l'adozione di tali provvedimenti veniva legittimato il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti.

Veniva comunque lasciata la possibilità, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, nei casi di estrema necessità ed urgenza che le misure potessero essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della l. n. 833/1978, dell'articolo 117 del d.lgs. n. 112 del 1998, e dell'articolo 50 del T.U. enti locali.

Il d.l. n. 19/2020 ha poi abrogato tali disposizioni riformulando l'impianto, rispondendo principalmente alle critiche di eccessiva genericità, ha definito in maniera più circoscritta le misure adottabili (art. 1), lasciando però sostanzialmente inalterato il quadro delle competenze.

Infatti, per l'adozione delle misure di contenimento dell'epidemia viene nuovamente individuato quale strumento principale il decreto del Presidente del consiglio (dpcm), aggiungendo all'iter di adozione la possibilità di un confronto preventivo con il Parlamento (art. 2). Viene nuovamente fatta salva la possibilità del ministero della salute di emanare in casi di estrema urgenza le ordinanze di cui all'art. 32, della l. n. 833/1979, ma solo nelle more dell'adozione dei predetti decreti (art. 2, comma 2).

Sempre nelle more dell'adozione dei predetti decreti viene attribuita alle Regioni la possibilità di adozione di interventi ma solo se concernenti misure

maggiormente restrittive (art. 3)⁵⁹. Nessun riferimento viene più fatto al potere dei sindaci ex. art. 50 T.U. enti locali.

A tale impianto va ad aggiungersi l'ulteriore figura del Commissario Straordinario, prevista dal art. 122 del d.l. n. 18/2020, e nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 18 marzo 2020.

Il Governo tenta comunque di armonizzare tale autorità con il complesso previsto dal sistema di protezione civile, prevedendo che il Commissario esercita i poteri con il Capo del Dipartimento della Protezione civile, avvalendosi, per il suo tramite, delle componenti e delle strutture operative del Servizio nazionale della protezione civile.

Senza entrare ulteriormente nel dettaglio della ciclopica normativa prodottasi nel breve arco degli ultimi mesi e rinviando ad altri contributi per le questioni specialistiche relative⁶⁰, il dato significativo in questa sede è rappresentato dal fatto che l'emergenza epidemiologica ha messo in moto un sistema di autorità e di strumenti che esorbitano dalla configurazione dei poteri prevista dal Sistema di protezione civile.

Nello specifico la gestione dell'emergenza è avvenuta principalmente a mezzo di decreti-legge (ad oggi ben 19)⁶¹, accompagnati dai già menzionati decreti del presidente del Consiglio a cui è stato affidato la difficile incombenza di definire le misure di contenimento dell'infezione virale. A questi ultimi provvedimenti è stato rimesso il compito di limitare le libertà dei consociati al fine di circoscrivere, per quanto possibile, la diffusione virale.

Alle ordinanze del Capo dipartimento della protezione civile, nonostante queste fossero state individuate quali strumenti principali nell'originaria deliberazione dello stato di emergenza nazionale, è stato affidato un compito complementare.

Nello specifico, tale compito ha preso avvio con una c.d. ordinanza madre (la n. 630/2020) del Capo dipartimento della Protezione civile, con la quale è stato dato inizio all'attività di protezione civile in relazione all'emergenza Covid-19.

⁵⁹ Nello specifico l'art. 3, comma 1 consente alle Regioni di adottare misure di efficacia locale «nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale». Il potere è ammesso a condizione che si tratti di interventi giustificati da «situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario» proprie della Regione interessata.

Tale meccanismo legislativo è stato ritenuto conforme al quadro costituzionale delle competenze e posto alla base della decisione del Tar Calabria, Sez. I, Sent. n. 457/2020, la quale, su ricorso della Presidenza del Consiglio dei Ministri, ha disposto l'annullamento di dell'ordinanza del Presidente della Regione Calabria del 29 aprile 2020, n. 37, che invece prevedeva l'adozione di misure meno restrittive nel significativo settore della ristorazione.

⁶⁰ Non a caso la dottrina ha parlato di confusione delle fonti cfr. BELLETTI M., *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2020.

⁶¹ Dal primo d.l. n. 6/2020, all'ultimo d.l. n. 125/2020. Per l'elenco completo v. www.governo.it/it/coronavirus-normativa

In questo senso è stato istituito un comitato tecnico scientifico (art. 2) e sono state individuate le principali disposizioni al quale si è autorizzati a derogare (art. 3).

Si è poi proceduto all'apertura della contabilità speciale (ord. n. 635). Le specifiche deroghe alle disposizioni vigenti sono poi state individuate dalle singole ordinanze succedutesi nelle more dell'emergenza⁶².

Tale complessa risposta regolatoria, che ha visto il concorso di autorità profondamente differenti, solleva principalmente due ordini di questioni.

Si pone anzitutto la questione preliminare relativa al sé il Sistema di protezione civile risulti essere competente in materia di emergenze sanitarie di tipo epidemiologico.

In effetti una parte isolata della dottrina ha sostenuto che il Sistema nazionale di protezione civile non sia struttura competente per l'epidemia in atto, e che conseguentemente non risultino applicabili le relative norme⁶³. Si è in particolare evidenziato che le origini storiche della protezione civile sono riferibili a eventi di calamità naturale quali terremoti e alluvioni, e non di origine sanitaria come quella in atto. Si è inoltre segnata la distinzione con il potere di ordinanza attribuito parallelamente alle autorità sanitarie dal citato art. 32 della citata l. n. 833/1978.

In questo senso si è circoscritta la definizione di evento calamitoso, quale presupposto per l'operatività dell'azione del Sistema nazionale escludendovi quello igienico sanitario. Così argomentando, non si tiene però in debita considerazione il fatto che già in passato, come nell'epidemia di Sars nel 2003 e per

⁶² Deroghe sostanziali sono state poi previste alle norme in materia di conferimento e durata degli incarichi lavorativi nella P.A., così come quelli di studio e consulenza (cfr. ord. nn. 637, 643, 645, 656, 665, 672, 692).

Si possono inscrivere in tale gruppo anche le disposizioni che hanno previsto l'erogazione di varie indennità in deroga ai rispettivi monti ore e ai tetti salariali, per il personale coinvolto a vario titolo nella gestione dell'emergenza (cfr. ord. n. 690).

Le deroghe più significative sono state disposte da una nutrita serie di ordinanze incidenti sulla disciplina dei contratti pubblici, sia in merito alla procedura di affidamento sia alla loro prorogabilità (ord. nn. 638, 655, 659 e 702).

Un gruppo di ordinanze si è interessato in particolare dei diritti di credito. Rientrano tra queste vanno menzionato quelle che hanno anticipato a fine mese il pagamento dei trattamenti pensionistici e assistenziali, normalmente accreditati a inizio mese, ciò al fine di assicurare un afflusso contingentato nei locali di Poste s.p.a. (cfr. ord. nn. 652, 680, 684 e 698). Singolare poi la sospensione delle rate dei contratti di mutuo, quando collegati all'acquisto di locali, ovvero ad attività connesse (ord. n. 642).

Una serie di ordinanze si è fatta carico di offrire un supporto economico alle popolazioni colpite: sono state previste misure economiche in favore dei familiari di persone morte a causa Covid-19 nell'esercizio delle proprie funzioni o attività; è stata generalmente ammessa la possibilità, per gli enti locali e per lo stesso Dipartimento, di ricezione di donazioni liberali e la creazione di appositi conti correnti dedicati da destinare agli operatori impegnati nel contrasto e ai familiari degli stessi (cfr. ord. n. 660).

⁶³ SICILIANO F., *Icaro, Perseo e la Gorgone: dal diritto amministrativo dell'emergenza al modello di declinazione della paura da pandemia*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2020, pp. 37-70

quella di H1n1 nel 2009 le ordinanze di protezione civile concorsero con ordinanze del Ministro della Salute ex art. 32 l. 833/1978⁶⁴.

Inoltre, tale tesi non pare convincere se si passa a una lettura integrata del quadro normativo. Nello specifico, seppur vero che l'art. 16 al comma 1 indica che l'azione del Servizio si esplica in relazione ai rischi di timo sismico, vulcanico e idrogeologico (etc.), tale norma va letta comunque in combinato disposto con il secondo comma.

In suddetta sede viene infatti chiarito che ferme restando le competenze dei soggetti ordinariamente individuati ai sensi della vigente normativa di settore e le conseguenti attività, l'azione del Servizio nazionale è suscettibile di esplicarsi, altresì, per le tipologie di rischio igienico-sanitario.

Risolta in tali termini la prima questione, l'attenzione viene a focalizzarsi sulla natura da attribuire agli strumenti adottati dal governo, in particolare ai dpcm.

Ovvero ci si è chiesto se questi atti possano ricondursi, prescindendo dalla nomenclatura adottata, a ordinanze di protezione civile.

La questione pare di rilevanza cruciale se solo si tiene conto, che il Consiglio di Stato ha da ultimo optato per una soluzione che definiremmo eclettica.

Nello specifico si fa riferimento alla decisione emessa in via cautelare dal Consiglio di Stato, sez. III, con Decreto n. 4574/2020, con la quale si sostiene che *«la normativa, e gli atti - compresi quelli endoprocedimentali - adottati durante il periodo della emergenza COVID-19, sono caratterizzati da una assoluta eccezionalità e, auspicabilmente, unicità, nel panorama ordinamentale italiano: ne consegue che risulta impossibile applicarvi definizioni e regole specifiche caratterizzanti le categorie tradizionali quali “atti amministrativi generali” ovvero “ordinanze contingibili e urgenti”, pur avendo, di tali categorie, gli uni e gli altri, alcuni elementi ma non tutti e non organicamente rinvenibili nelle appunto citate categorie tradizionali»*.

La soluzione viene prospettata la fine di risolvere in senso negativo la spinosa questione relativa al diritto di accesso civico rispetto ad alcuni verbali espressi dal Comitato tecnico scientifico sull'emergenza epidemiologica.

Tuttavia, tale qualificazione che il Giudice vorrebbe estendere a tutti gli atti adottati, dunque anche alle ordinanze e ai dpcm emanati durante il periodo di emergenza Covid-19, non appare condivisibile per una moltitudine di ragioni.

Preliminarmente occorre notare come tale soluzione, nel caratterizzare gli atti riferibili alla emergenza come unici nell'ordinamento e non assimilabili agli altri atti amministrativi, finisca per riportare in auge la teoria della necessità quale fonte del diritto, tesi che si è ritenuta non più conforme all'assetto ordinamentale successivo alla Costituzione⁶⁵.

⁶⁴ Cfr. PIZZORNO S., *Covid-19 e ordinanze del Governo. In particolare, i decreti del Presidente del Consiglio quali strumento necessario per far fronte alla pandemia*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2020.

⁶⁵ Cfr. *supra* par. 1

Che tale conclusione non possa essere condivisa, emerge dalla stessa giurisprudenza amministrativa la quale ha ricondotto i decreti del Presidente del consiglio nella categoria degli atti amministrativi generali⁶⁶.

Quanto sostenuto dal Consiglio di Stato in detta pronuncia contrasta, inoltre, con quanto ricostruito dalla dottrina, il cui indirizzo maggioritario si è espresso nel senso di riconoscere ai dpcm carattere di ordinanza di protezione civile⁶⁷.

Questa natura deriverebbe secondo i sostenitori di tale tesi dall'essere i suddetti decreti adottati in considerazione della dichiarazione dello Stato di emergenza di cui alla delibera del 30 gennaio 2020. In questo senso si tratterebbe dell'attuazione di quanto disposto all'art. 5 del codice, che prevede in capo al Presidente del consiglio il potere di ordinanza di protezione civile.

Anche tale soluzione interpretativa, mossa dal fine di garantire un adeguato sindacato giurisdizionale sull'atto, incontra una serie di ostacoli logico-giuridici.

Anzitutto, tra quanti sostengono la natura di ordinanza di tali atti alcuni hanno finito però per riconoscerne carattere normativo e non amministrativo⁶⁸, ponendosi così in netto contrasto con la ricostruzione univoca della giurisprudenza amministrativa e costituzionale, che li colloca tra i provvedimenti amministrativi.

In questo modo anche le ragioni di maggior tutela giurisdizionale del singolo, che potrebbero porsi alla base di tale soluzione interpretativa vengono meno, essendo il sindacato sugli atti normativi rimesso all'eventualità di un giudizio costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni.

Sempre in via preliminare va segnalato che il potere di ordinanza è stato riconosciuto dalla dichiarazione dello stato di emergenza espressamente solo al Capo dipartimento di protezione civile, omettendo invece di richiamare il potere del Presidente del Consiglio. Detta soluzione sembra deporre per una scelta delegante dell'organo politico, di esercizio del potere per il tramite dell'organo tecnico-amministrativo (cfr. art 5 del Codice).

Inoltre, seppure non è nuova la prassi di discostarsi in tempi di emergenza dal modello dell'ordinanza di protezione civile delineata dal sistema, creando sottosistemi di "emergenza nell'emergenza", non può però negarsi che in questo caso il discostamento appare talmente ampio (cfr. art. 2, d.l. n. 19/2020) da non potersi predicare l'assimilabilità analogica.

Si prevede infatti che l'adozione dei dpcm sia preceduta dal mero confronto con le Regioni, anziché richiedere la preventiva intesa ex. art. 25 d.lgs. n. 1/2018.

⁶⁶ Così TAR, Calabria, Sent. cit.

⁶⁷ In questo senso tra gli altri LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, pp. 109 e ss.; PIZZORNO S., *Covid-19 e ordinanze del Governo. In particolare, i decreti del Presidente del Consiglio quali strumento necessario per far fronte alla pandemia*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2020.

⁶⁸ Così LUCIANI, *op. cit.*

Il metodo dell'intesa occorre ribadire era stato riconosciuto dalla Corte costituzionale quale livello minimo necessario di compartecipazione in materia⁶⁹.

Inoltre il modello di provvedimento previsto dal d.l. n. 19/2020, prevede che tali decreti seppure immediatamente efficaci, siano sottoposti al controllo preventivo della Corte dei Conti, discostandosi così dall'espressa esclusione contemplata dall'art. 25 del Codice.

Un significativo discostamento rispetto al sistema delineato dal d.lgs. n. 1/2018 si rinviene, inoltre, nella mancanza effettiva all'interno dei decreti-legge e degli stessi dpcm dell'indicazione delle principali norme a cui si intende derogare (requisito richiesto ex art. 25)⁷⁰.

Ma vi è di più, al fine di superare le critiche in termini di deficit democratico che hanno accompagnato le decisioni relative alla gestione dell'emergenza, il d.l. n. 19/2020 prevede anche il coinvolgimento preventivo del Parlamento, tranne che ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare (sic!), eventualità nella quale si riferirà alle Camere in via successiva (art. 2, comma). In questo modo il procedimento di formazione viene avvicinato maggiormente a quello proprio degli atti di normazione generale e astratta.

Per tali ragioni, appare maggiormente condivisibile la tesi dottrinale, che analizzando organicamente l'evoluzione istituzionale del Consiglio dei Ministri, ha ritenuto che la natura di tali atti debba essere determinata caso per caso tenendo conto del contenuto specifico del singolo decreto⁷¹. Tale tesi è corroborata nel caso in esame dalla indeterminatezza dei destinatari, ampiezza che fa propendere a favore della natura normativa degli atti.

Tale soluzione appare per altro in linea con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale nella pronuncia n. 9 del 2012 dell'Adunanza plenaria ha fissato il *discrimen* fra gli atti normative e amministrativi nel requisito della indeterminabilità dei destinatari, «rilevando che è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, un a vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti».

A un livello più generale, la trattazione sommariamente compiuta permette di scorgere il manifestarsi di un paradosso proprio dell'ordinamento giuridico italiano.

Si fa riferimento al fenomeno concernente la distorsione che ha riguardato la tipizzazione del potere di ordinanza *extra ordinem* il quale è culminato con l'adozione del d.lgs. n. 1/2018. Si è così assistito all'introduzione di un corposo

⁶⁹ Cfr. *supra*

⁷⁰ Salvo che questo riferimento non voglia rinvenirsi nella cit. ord. n. 630 del Capo Dipartimento della protezione civile.

⁷¹ ROSSELLI O., *La riforma della Presidenza del Consiglio dei Ministri: problematiche inerenti alle fonti del diritto*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1999, pp. 45 e ss.

statuto normativo, in grossa parte ricognitivo della giurisprudenza in materia, volto a circondare detto potere di garanzie procedimentali che ne assicurassero la legalità.

Tuttavia, come la prassi dell'esecutivo sulla contingenza epidemiologica dimostra, tale consistente quadro normativo ha comportato una sorta di fuga dall'ordinanza di protezione civile, similmente ha quanto già era avvenuto con il fenomeno della fuga dal regolamento a seguito dell'introduzione del d.lgs. n. 400/198872. Il governo ha di conseguenza deciso di affidare la gestione dell'emergenza sanitaria a un atto più snello, individuato nel decreto del Presidente del Consiglio, che sperimenta al fine di indirizzare immediatamente il comportamento dei consociati in ragione dell'impellenza. Un'esigenza di potere impellente, tale dunque da esorbitare i poteri di urgenza previsti dal Sistema di protezione civile.

Detta tendenza è inoltre confortata dal raffronto con le precedenti gestioni emergenziali, relative alla fase in cui il sistema di protezione civile è stato esteso anche ai c.d. grandi eventi, come avvenuto nel caso dell'EXPO di Milano⁷³.

Questo passato contesto temporale è stato, infatti, caratterizzato da una forte prevalenza dello strumento dell'ordinanza rispetto alla decretazione di urgenza, tendenza che si è mostrata in modo costante da quando la sentenza della Corte Cost. n. 360 del 1996 che ha censurato definitivamente la prassi della reiterazione dei decreti legge⁷⁴.

Un'ulteriore tendenza che emerge dalla gestione in atto si iscrive nell'annosa questione dei rapporti tra politica e amministrazione⁷⁵. Il d. lgs. 1/2018 è stato segnalato, in questo senso, per aver favorito la separazione della funzione di indirizzo politico rispetto alla gestione operativa e amministrativa, con una maggiore delimitazione dei rispettivi ambiti di azione e responsabilità. Dalla deliberazione dello stato di emergenza relativa alla pandemia Covid-19, questa scelta sistematica viene però ribaltata.

I provvedimenti governativi si sono ingeriti a pieno nelle valutazioni tecniche attinenti alla gestione del rischio, generando così una commistione tra piano tecnico-amministrativo e livello politico.

La risposta del Governo finisce però per generare confusione circa l'esatto inquadramento dei provvedimenti adottati, smarrimento che emerge anche dalle soluzioni ondivaghe prospettate sino ad ora dalla giurisprudenza.

Detto andamento si ripercuote inevitabilmente sulla tutela dell'individuo la quale potrà sensibilmente essere compromessa nel caso in cui si finisca per

⁷² Cfr. MOSCARINI A., *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2008, pp. 5075-5108

⁷³ La dichiarazione di grande evento è avvenuta prima che Milano si aggiudicasse formalmente l'evento, con ben 8 anni di anticipo (dpcm n. 27605 del 2007) rispetto alla sua realizzazione, da lì è seguito immediatamente l'emanazione delle prime ordinanze.

⁷⁴ Cfr. ARCURI A., *Il governo delle emergenze: i rapporti tra decreti-legge e ordinanze di protezione civile dal terremoto de L'Aquila al crollo del ponte Morandi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019

⁷⁵ L'ha fatto notare attentamente CAVALLARO M. C., *La decisione politica nel tempo dell'emergenza sanitaria*, in questa stessa *Rivista*

riconoscere carattere normativo ai dpcm, che hanno svolto fino ad ora il ruolo primario di strumento giuridico volto a orientare il comportamento dei consociati nell'epidemia in atto.

6. Conclusioni: poteri straordinari e tutela dell'individuo

Come si è tentato sommariamente di evidenziare la pandemia in atto ha comportato una risposta caotica da parte delle autorità legislative e amministrative. Allo strumento del decreto-legge si è data attuazione mediante i suddetti dpcm i quali si sono presi carico di limitare diritti e libertà costituzionalmente sanciti. Si è già detto in merito alla controversa natura di tali atti. In questa sede è utile ribadire come dalla diversa natura che la giurisprudenza vorrà attribuire agli stessi dipenderà grossa parte della tutela appestabile al cittadino.

Se verrà sposata la tesi dell'atto normativo, tesi suffragata principalmente dalla generalità e dall'astrattezza di tali disposizioni, la tutela del cittadino uscirà fortemente ridimensionata. Aderendo a tale soluzione, l'unico controllo pacificamente ammissibile atterrebbe al sindacato che la Corte costituzionale potrebbe operare riguardo il conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni.

Infatti, in questo caso si rende opportuna una precisazione che attiene al sindacato operato dalla Corte Costituzionale ai sensi e per gli effetti dell'art. 134 Cost., sui giudizi incidentali avanzati dai cittadini.

La norma è chiara nel limitare il sindacato costituzionale alle sole fonti di rango primario, con esclusione delle fonti secondarie e, dunque, dei dpcm in esame, siano essi ricondotti o meno alla categoria del regolamento. Tale limite ha subito dei tentativi di superamento da parte della giurisprudenza costituzionale sulla base della dottrina del "diritto vivente regolamentare", ovvero dei casi in cui tra fonte primaria e secondaria si instaura quello che è stato definito dalla Corte «un continuum normativo», in virtù del contenuto proprio dei due atti e a prescindere dalle differenze di forma e grado gerarchico tra gli stessi⁷⁶. Tale teoria è stata recepita in alcune occasioni, principalmente con la sentenza n. 456 del 1994 e l'ordinanza n. 389 del 2004, ma non si rinviene in molti tanti altri casi analoghi, tanto da risultare ancora controversa.

In questo senso, la Corte ha generalmente lasciato al sindacato dei giudici ordinari ed amministrativi il controllo sulla conformità delle fonti secondarie alla legge ed alla Costituzione.

Le qualifica di atto normativo comporta a sua volta significative conseguenze in questi ultimi giudizi, che possono essere così sintetizzate: a) l'applicazione del principio *iura novit curia* (per cui il giudice è tenuto a conoscere e applicare le norme anche d'ufficio) ed *ignorantia legis non excusat*; b) l'inosservanza della fonte secondaria da parte del giudice di merito, a differenza della fonte amministrativa, da luogo a ricorso per Cassazione ex. art. 360, n. 3,

⁷⁶ Cfr. MASSA M., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale: i regolamenti dell'esecutivo*, in *Astrid Rassegna*, 13, 2010.

c.p.c.; c) la violazione di una fonte secondaria da parte di un provvedimento amministrativo da luogo a un'ipotesi di violazione di legge, mentre l'inosservanza del provvedimento amministrativo generale ridonda in una figura sintomatica di eccesso di potere; c) l'atto normativo può essere disapplicato dalla P.A. e dal G.A. in ossequio al principio di gerarchia delle fonti, non estendibile agli atti amministrativi soggetti al principio di impugnazione⁷⁷.

Considerazioni in parte analoghe possono svolgersi con riferimento alla tutela avverso le ordinanze emanate dal Capo dipartimento di protezione civile. In questo caso, come già anticipato, la giurisprudenza amministrativa e quella costituzionale hanno più volte ribadito la natura di atto amministrativo di tale strumento⁷⁸. Tale conclusione si fonda sul fondamentale argomento attinente alla delimitazione spaziale e temporale dell'ordinanza contingibile e urgente, la quale non è in grado di innovare in maniera stabile e duratura l'ordinamento giuridico⁷⁹.

Ricostruite in questi termini, le ordinanze del Capo dipartimento saranno sottoposte al sindacato del giudice amministrativo il quale si è più volte espresso sulla natura di atti di alta amministrazione. Nella giurisprudenza amministrativa, dunque, tali atti vengono caratterizzati da un alto livello di discrezionalità.

Nonostante il presente contributo si concentri maggiormente sugli aspetti formali, si rende necessario un approfondimento relativo ai suddetti giudizi, chiamati a valutare la legittimità di misure mai adottate prima d'ora.

Si vuole sostenere in particolare che in tale sindacato la questione giuridica sollevata dall'emergenza, e con essa delle ordinanze di protezione civile, attiene a un'esigenza di bilanciamento.

Nella pandemia virale in atto, i principali diritti entrati in tensione sono quelli della salute (artt. 16 e 32 Cost.) in contrapposizione a quelli attinenti alla libertà di circolazione (art. 16) e alla libertà di iniziativa economica privata (art. 41)⁸⁰.

Si impone dunque al giudice amministrativo, coì come agli eventuali giudizi costituzionali, un sindacato sulla ragionevolezza e proporzionalità delle scelte operate dall'autorità interessi in gioco.

⁷⁷ In questi termini CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 91

⁷⁸ Contra però SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 56 e ss. il quale ritiene che la natura vada determinata caso per caso in ragione del contenuto dell'atto. Più di recente anche MORBIDELLI G., *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 1, 2016.

⁷⁹ Tale argomento può essere mutuato al fine di sostenere la natura amministrativa dei dpcm, circostanza quest'ultima effettivamente verificatasi nella citata pronuncia del Tar Calabria, la quale ha sposato la tesi della natura di atto amministrativo.

⁸⁰ L'elenco non è esaustivo. Basti pensare che le misure volte al contenimento dell'epidemia, massimizzando la creazione di reparti ospedalieri Covid-19, hanno di fatto impattato sullo stesso diritto fondamentale alla salute dei soggetti portatori di patologie croniche o vittime di incidenti.

In questi casi infatti il giudice ha davanti a sé una pluralità di norme tutte valide e rilevanti per il caso da decidere, ovvero, secondo una diversa prospettiva, una pluralità di interessi tutti giuridicamente rilevanti.

Sono queste le fattispecie in cui, come ricostruito dalla dottrina: «*in assenza di un criterio giuridico chiaro e predeterminato che assegni prevalenza in via generale e astratta ad una delle due norme o interessi in conflitto, il giudice dovrà scegliere quale norma o interesse ritenere “più” rilevante nel caso concreto, e quindi prevalente rispetto agli altri o anche, se possibile, cercare un contemperamento (un bilanciamento appunto) tra le norme o interessi in conflitto*»⁸¹.

Tale conclusione risulta suffragata dalla giurisprudenza costituzionale che si è occupata dei poteri di emergenza, la quale ha già in passato precisato che le ragioni pubbliche di natura igienico-sanitaria, seppure devono attenersi al rispetto dei principi generali dell'ordinamento, possono secondo le circostanze risultare prevalenti rispetto a altri diritti fondamentali, come quello di sciopero (Corte cost., Sent. n. 4/1997).

Nello stesso senso si iscrive la pronuncia n. 100 del 1987 con la quale è stato ritenuto ragionevole che situazioni emergenziali possano ridimensionare il diritto costituzionale di accedere alla giustizia, purché sia assicurato un livello minimo di tutela compatibile con gli artt. 24 e 113 Cost.

A conclusioni analoghe si perviene attraverso una lettura sistematica della giurisprudenza amministrativa la quale ha riconosciuto che nelle ordinanze in questione «*la comparazione dei diversi interessi in gioco non segue pedissequamente le regole ed i criteri che governano l'azione pubblica in situazioni ordinarie [...]. In definitiva, il giudice amministrativo, nell'esercizio del proprio sindacato, deve tenere conto sia della natura di “atto di alta amministrazione” delle ordinanze in esame – e conseguentemente della ampia discrezionalità della quale gode l'amministrazione – sia delle particolari circostanze (situazioni di calamità che richiedono urgenza nell'agire) che fungono da presupposto dell'atto adottato*» (Così Cons. Stato, Sez. IV, n. 5799 del 2011).

⁸¹ PINO G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica e Politica*, 1, 2006, p. 2

RAFFAELLA DAGOSTINO
Assegnista di ricerca in diritto amministrativo
Dipartimento di “Scienze Giuridiche e dell’Impresa”
presso l’Università LUM “*Giuseppe Degennaro*”
raffaella_rjl@hotmail.com

**EMERGENZA, PANDEMIA, CRISI DEL SAPERE E
FUNZIONI PUBBLICHE NECESSITATE: I DIRITTI
FONDAMENTALI SCIENTIFICAMENTE
CONDIZIONATI AL TEMPO DEL COVID-19.**

**PANDEMIC EMERGENCY, CRISIS OF KNOWLEDGE AND
REQUIRED PUBLIC FUNCTIONS: FUNDAMENTAL
RIGHTS CONDITIONED BY SCIENCE DURING THE
COVID-19 CRISIS**

SINTESI

La gestione della pandemia da Covid-19 ha inasprito i complessi rapporti fra diritto e scienza, fra tecnica e amministrazione. L’esigenza di gestire in tempi rapidi la pandemia da Coronavirus, pur in assenza di conoscenze scientifiche adeguate, ha mostrato acutamente le difficoltà che in concreto si pongono quando lo Stato sia chiamato a prendere decisioni d’interesse pubblico rilevante, che impattano pesantemente sui diritti fondamentali e sulle libertà dei cittadini anche se, paradossalmente, le medesime sono adottate a garanzia e a tutela dei medesimi. La pandemia da Covid-19, quale esempio di coesistenza e stretta interrelazione fra diritto emergenziale, gestione precauzionale del rischio e urgenza decisoria, non solo ha evidenziato l’esistenza di un processo circolare fra essi, scaturendo l’emergenza dall’inveramento di eventi di danno inattesi, conseguenti al verificarsi di rischi derivanti da fenomeni naturali ignoti, rispetto ai quali l’uomo è pressoché inerme, bensì ha rivelato l’inadeguatezza degli strumenti di ordinaria gestione delle emergenze. Proprio l’inadeguatezza delle conoscenze scientifiche ha, infatti, influenzato pesantemente il *modus operandi* dei Governi dei singoli Stati che, come noto, non hanno assunto sin da subito una politica di governo dell’emergenza uniforme e unitaria, nonostante la globalità e omogeneità del fenomeno, avendo piuttosto ideato strategie di contenimento del rischio epidemiologico, ripiegate sulle ipotesi (se non su vere e proprie congetture) formulate “ora per allora” da gruppi di esperti di fiducia, appositamente nominati. La pandemia, pertanto, sembra aver inverato una spirale negativa per cui l’acclarata crisi dello “statuto della scienza” ha portato con sé una crisi ordinamentale: crisi del sapere, crisi delle Istituzioni, crisi delle tutele e delle libertà fondamentali sono, pertanto, fenomeni fra loro interdipendenti. Bisognerebbe dunque domandarsi cosa resti della decisione politica, intesa nel significato più profondo del termine *polis*, della discrezionalità amministrativa, allor-

ché la “violenza” della decisione pubblica è esacerbata – o forse adombrata – dalla prepotenza di valutazioni scientifiche presupposte.

ABSTRACT

The Covid-19 pandemic emergency has complicated the relationship between law and science, between technology and administration. The urgency of managing the pandemic emergency, in a situation of scientific uncertainty, has shown that the State has to address several difficulties when obliged to take decisions of significant public interest having a strong impact on the fundamental rights and freedoms of citizens, even if, paradoxically, they are adopted to guarantee and protect them. The Covid-19 pandemic is an example of coexistence and close interrelation between emergency law, precautionary risk management, and urgent decision-making. It has highlighted the existence of a circular process as the emergency arose from the occurrence of unexpected harmful events, resulting from unknown natural phenomena that caught human beings helpless and unprepared. It also revealed the inadequacy of ordinary emergency management tools. Scientific uncertainty has strongly influenced the *modus operandi* of national governments, which did not immediately adopt a uniform and concerted emergency government policy, despite the global nature of the phenomenon. Rather, they devised epidemiological risk containment strategies based on hypotheses (or rather conjectures) formulated *ex tunc* by groups of trusted experts, specifically appointed. The pandemic emergency, therefore, seems to have produced a negative spiral from the crisis of the “statute of science” to a crisis in the legal system. It has been demonstrated that crises of knowledge, of institutions, of fundamental freedoms and legal protection are interconnected. We should therefore question the role of political decisions and administrative discretion, when the “violence” of public decision-making is exacerbated – or perhaps overshadowed – by presupposed scientific evaluations.

PAROLE CHIAVE: Emergenza Covid-19 – incertezza scientifica e pubbliche funzioni – precauzione – Stato resiliente – diritti soggettivi integrati.

KEYWORDS: Covid-19 emergency – scientific uncertainty and public power – precaution – resilient State – law of integration.

Cic. De Republica, 1.25.39: «*Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoque modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*».

Indice: 1. Covid 19. Scienza, politica e diritto: la destabilizzazione di un equilibrio precario. – 2. Straordinarietà dell'emergenza e misure *extra ordinem*. dall'incertezza scientifica alla crisi ordinamentale? – 3. La progressiva pianificazione dell'emergenza: il ruolo del principio di precauzione per la gestione di rischi sistemici. – 4. Strategia precauzionale integrata e post-normalità. – 5. *Preparedness* e gestione corresponsabile del rischio. – 6. L'informazione sul rischio fra democrazia scientifica, scienza democratica e *fake news*. – 7. Per uno Stato resiliente: diritti soggettivi integrati, flex-security, flex-organization, cogestione.

1. Covid 19. Scienza, politica e diritto: la destabilizzazione di un equilibrio precario.

L'autorità delle conoscenze scientifiche, legate alla presunzione di neutralità del processo euristico che le connota, perché scevre di elementi etici e valoriali in quanto oggettivamente fondate sull'osservazione, sperimentazione, falsificazione e corroboramento delle *thesi* ipotizzate (c.d. metodo scientifico), è da tempo ridiscussa¹. Ciò accade, non perché il sapere scientifico acquisito e i suoi metodi siano a priori confutati e contestati, bensì: *i)* per l'acquisita consapevolezza della complessità del reale che sfugge alla compiuta catalogazione che lo statuto epistemologico della scienza mira a realizzare²; *ii)* nonché, per l'inconfutabile condizionamento reciproco fra politica, diritto e scienza, in termini di coesistenza, confronto e integrazione di saperi³, che si realizza allorché quest'ultima si faccia servente ai primi per il perseguimento di finalità pubbliche rilevanti⁴.

Il rapporto fra diritto e scienza, come noto, è stato da tempo studiato in due prospettive divergenti: l'una, che potrebbe definirsi inclusiva, volta ad analizzare il contenuto scientifico della disciplina normativa e le sue applicazioni pratiche, giudi-

¹ Oramai è largamente accettata l'idea che sia ultroneo parlare di assoluta certezza in relazione alla scienza, dipendendo essa pur sempre da parametri convenzionalmente dati e accettati. Tale concezione è frutto delle moderne concezioni di filosofia e storia della scienza, che hanno dimostrato la finitezza e il relativismo dello statuto metodologico della scienza medesima e, di conseguenza, l'opinabilità delle certezze (*rectius*: dei presupposti) da cui essa costantemente muove. In particolare: K. POPPER, *Logic der Forschung*, 1934 trad. it. *Logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, 1970; ID., *Conjectures and refutation* (1963) trad. it. *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Il Mulino, Bologna, 2009; ID., *Objective knowledge. An evolutionary approach* (1972), trad. it. *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionistico*, Armando, Roma, 1975; T. KUHN, *The structure of scientific revolutions*, Chicago University Press, 1962; I. LAKATOS, *Proof and refutation* (1963-1964); ID., *Criticism and growth of knowledge*, 1970. Sui temi cfr. anche: U. ECO, R. FEDRIGA, *La filosofia e le sue teorie. L'età contemporanea*, Laterza, Bari, 2015.

² Sia sufficiente richiamare le questioni legate all'incertezza scientifica o al c.d. ignoto tecnologico, che oggi condizionano pesantemente le (modalità con cui vengono prese tali) scelte politiche e sociali, espressione della contemporanea Società del rischio, impegnando altresì pervasivamente la scienza giuridica nello sforzo ordinatore e regolatore che il positivismo giuridico (*recte*: il rispetto del principio di legalità) impone. Sui temi, in sociologia: U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1986, nella traduzione italiana W. PRIVITERA, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000. Nella scienza giuridica: S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*, M. TALACCHINI (a cura di), Milano, 2001; C. R. SUNSTEIN, *Risk and reason. Safety, law and environment*, Cambridge University, New York, 2002; E.C. FISHER, *Risk regulation and administrative Constitutionalism*, Oxford and Portland Oregon, 2007; AA.VV. *Il rischio da ignoto tecnologico*, Quaderno n. 5 della Riv. trim. dir. proc. civ., Milano, 2002; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006.

³ F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, cui si deve la definizione del concetto di legge di copertura, ossia quella regola gnoseologica, sottesa al precetto giuridico e che con esso si integra, in grado di spiegare l'evolversi degli accadimenti fenomenici alla luce delle leggi che specificatamente li governano, siano esse giuridiche o extra-giuridiche. Più semplicemente essa è la regola causale che spiega la fenomenologia degli accadimenti descritti in fattispecie, in termini di causa-effetto.

⁴ Si parla in tal caso, del mito dello «*speaking truth to power*». Cfr.: M. TALACCHINI, *Scienza e democrazia. La scienza destinata a scelte pubbliche*, in *Scienza e opinione pubblica. Una relazione da ridefinire*, F. GUATELLI (a cura di), Firenze University press, vol. II, 2005, 173 ss.

ziali ed extragiudiziali (c.d. *science in policy*); l'altra, che potrebbe dirsi correlativa, speculare e di più ampio respiro, di carattere sociologico-politico piuttosto che giuridico, volta a indagare le interazioni fra le scelte politico-sociali-legislative in materia di ricerca scientifica (c.d. *policy for science*)⁵.

Scienza, politica e diritto, dunque, si sono sempre posti in rapporto dialogico fra loro, sebbene non sempre sinergico né, tantomeno, sempre paritario.

Con riferimento al primo profilo, le ragioni sono da rinvenirsi nella diversa logica e nella differente funzione che governano diritto e scienza. Il primo, per sua intrinseca valenza ordinatoria, guarda a ciò che è noto e governabile. Pertanto – almeno negli ordinamenti di *civil law* – il diritto mira alla qualificazione giuridica del reale e alla sua normazione tecnica e regolamentazione. La scienza, invece, ha una duplice natura: sperimentale, e per questo aspetto è naturalmente proiettata in avanti, a superare i suoi stessi limiti e ad andare oltre ciò che è dato, in nome del progresso tecnico-scientifico; euristica, o conoscitiva, e in tal caso è tenuta alla comprensione scientifica del nesso causale fra accadimenti, a disvelare la legge di copertura capace di spiegare la fenomenologia di determinati accadimenti.

Ciò ha portato a distinguere la scienza pura o teorica, dalla scienza applicata alla realtà, specie se complessa, soprattutto quando la scienza si dispiega nel sociale, a servizio del decisore pubblico. Allorché la comprensione fenomenologica è strumentale alla regolamentazione di fattispecie scientificamente complesse, infatti, la scienza è chiamata a una semplificazione e riformulazione dei meccanismi conoscitivi che le sono propri per la miglior comprensione dei fenomeni che necessitano di essere normati e, al contempo, a una complicazione dell'oggetto di valutazione, essendo obbligata a implementare i valori su cui generalmente è chiamata a ragionare (verità/falsità; accertabilità/confutabilità) con quelli dell'incertezza o meglio incompletezza del sapere⁶, in uno con l'urgenza del decidere⁷, *rebus sic stantibus*.

Come noto, ciò è vero in particolare per la regolazione del rischio, in cui il bisogno di adattamento costante dell'ordinamento all'evoluzione delle conoscenze tecnico-scientifiche impone di rinunciare alla predisposizione di norme giuridiche puntuali in favore della c.d. *flexsecurity*, come chiaramente dimostrano il ruolo sempre più pervasivo assunto dalla c.d. *soft law*⁸ e l'implementazione di principi comunitari come quello di precauzione⁹.

⁵ S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in america*, M. TALLACCHINI (a cura di), Milano, 2001; N. COGGIOLA, *Danno da progresso tecnologico*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, VI agg., Torino, 2011, 279-302.

⁶ K.S. SHRADER FRECHETTE, *Risk and rationality – Philosophical Foundations for populist reforms*, University of California Press, Berkeley, 1991, leggibile online al sito www.jstor.org.

⁷ R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, Bari, Cacucci, 2020.

⁸ R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, *op.cit.*; M. MAZZAMUTO, *L'incertezza nel diritto amministrativo fra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, AIPDA, annuario 2014; Id., *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, relazione svolta al Convegno AIPDA, 2015, Padova.

⁹ Nella dottrina italiana: I.M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio di precauzione*, in www.giustamm.it, ora anche in IGNAZIO MARIA MARINO, *Scritti Giuridici*, A. BARONE (a cura di), Napoli, 2015, 1527; R. FERRARA, I.M. MARINO, *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2003; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; F. TRIMARCHI, *Principio di precauzione e "qualità"*

Quanto al secondo profilo, invece, il dilemma che sempre attanaglia diritto, politica e scienza, si potrebbe definir “del prigioniero”¹⁰, dovendo compiersi il massimo sforzo per sfuggire al condizionamento reciproco, sia perché non è raro che sia la politica a influenzare o sin anche a condizionare la scienza¹¹, sia perché nelle situazioni di stress epistemologico è il decisore pubblico a dover decidere, dovendo lo scienziato limitarsi a fornire i dati conoscitivi su cui poi dovrà fondarsi la decisione politica o amministrativa.

Il rapporto fra politica, diritto e scienza, e la loro sintesi, dunque, portano ad indagare i modelli di conoscenza, nel tentativo di acquisire saperi fondati, effettivi, oggettivi e largamente condivisi.

dell'azione amministrativa, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 1673-1707; M. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 56; FOLLIERI F., *Decisioni precauzionali e stato di diritto. La prospettiva della sicurezza alimentare*, I° e II° parte, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 6, 1495 ss. nonché *ibidem*, 2017, 1, 61 ss. Nella dottrina straniera: E. FISHER, J. JONES, R. VON SCHOMBERG, *Implementing the precautionary principle. Perspective and prospect*, Cheltenham Uk – Northampton, MA, Usa, 2006; ID., *Is the precautionary principle justiciable?*, in *Journal of environmental law*, vol. 13, issue 3, Oxford Journal, 2001, 315-334; C. R. SUNSTEIN, *Laws and fear: beyond the precautionary principle*, Cambridge University Press, 2005; N. DE SADERLEER, *Les Principes du pollueur-payeur, de prevention et de precaution*, Bruxelles 1999; M. GROS, *Les principes de precaution et de prevention*, in M. GROS (a cura di) *Leçons de droit de l'environnement*, Paris, 2013.

¹⁰ Si ricorda il noto dilemma della teoria dei giochi, ideato negli anni cinquanta del secolo scorso da A.W. Tucker in cui le scelte individuali, pur essendo strategie dominanti, portano a un equilibrio (teoria nota come equilibrio di Nash) razionalmente inefficiente, ma logicamente il solo possibile (equilibrio stabile o sub-ottimale). Il superamento del paradosso, cui la teoria giunge, sarebbe possibile immaginando che i soggetti chiamati all'interazione strategica abbiano una capacità logica perfetta, cioè operino e decidano senza alcun margine di errore (umaneamente impossibile specie in contesti scientificamente complessi o in cui le conoscenze sono incomplete). Oppure – ma anche questo strumento d'avanguardia apre scenari inediti e complessi – una soluzione perfettibile s'ipotizza di poterla raggiungere attraverso l'uso di strumenti d'intelligenza artificiale, oggi implementati anche nel procedimento amministrativo o, più in generale, nel processo decisionale pubblico, che prevedono lo sviluppo di conoscenze e tecnologie informatiche per perfezionare i metodi di *problem solving*, attraverso la simulazione di comportamenti di agenti razionali (ossia che non commettano margini di errore), al fine di assicurare una perfetta analisi delle cause e delle metodologie di risoluzione dei problemi. La bibliografia sul tema è davvero vasta. Ci si limita a segnalare documenti ufficiali istituzionali fra cui: *Libro bianco sull'intelligenza artificiale al servizio del cittadino*, dell'Agenzia per l'Italia digitale (AGID), 2018, consultabile al sito www.ia.italia.it e il lavoro del Gruppo di esperti MISE sull'intelligenza artificiale, *Proposte per una strategia italiana per l'intelligenza artificiale*, luglio 2019, www.mise.gov.it.

¹¹ Tre sono i principali modelli di interrelazione fra scienza e politica: contrattualistico (tipico degli USA), statalistico (che ha contraddistinto principalmente le politiche dell'est Europa) e, oggi, persino sociale (metodo adottato in Australia). Cfr.: M. TALACCHINI, *Scienza e democrazia. La scienza destinata a scelte pubbliche*, cit. Non è un caso che si parli, oggi, di co-produzione normativa fra scienza e diritto, a sottolineare il complesso fenomeno per cui non solo le scienze informano e influenzano alcuni concetti giuridico-normativi, bensì e a contrario, le esigenze del diritto, a volte, plasmano e piegano i criteri di validità scientifica a fini politici o giuridici. S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici. La regolazione giuridica della scienza in America*, cit.; M. TALACCHINI, *Giudici, esperti, cittadini: scienza e diritto fra validità metodologica e credibilità civile*, in *Politeia* XIX, n. 70, 2003.

L'irrompere della pandemia da Sars-Covid 19 ha, di fatto, esasperato la drammaticità dei toni, inasprendo i complessi rapporti fra politica, diritto e scienza, fra tecnica e amministrazione, destabilizzando *the trustnet framework*¹², ossia quel delicato equilibrio fra *confidence* e *social trust*¹³ che i moderni Stati democratici e di diritto si impegnano a garantire, al fine di preservare quel rapporto fiduciario che i cittadini dovrebbero nutrire e nei confronti delle autorità pubbliche e nel processo decisionale politico, largamente inteso.

L'insipienza scientifica della prima ora ha, per vero, minato nel profondo quella relazione fiduciaria fra persona e organizzazione (*rectius*, sistema Istituzionale), incidendo pesantemente sulla credibilità del decisore pubblico, sull'effettività e sulla legittimità dei suoi atti politici e dei suoi provvedimenti e, al contempo, acuendo la percezione della fallibilità della scienza.

L'effetto prodotto è stato quello di un diffuso smarrimento da consapevolezza d'ignoranza conoscitiva e *horror vacui*, da intendersi atecnicamente come timore da indecidibilità, paura da non decisione, o peggio ancora, da decisione errata.

Più semplicemente, la crisi del sapere scientifico sembra aver inverato una rocambolesca spirale negativa da cui è derivata una profonda crisi ordinamentale.

2. Straordinarietà dell'emergenza e misure *extra ordinem*: dall'incertezza scientifica alla crisi ordinamentale?

L'esigenza di gestire in tempi rapidi la pandemia da Coronavirus, pur in assenza di conoscenze scientifiche adeguate, ha mostrato acutamente le difficoltà che in concreto si pongono quando lo Stato sia chiamato a prendere decisioni d'interesse pubblico rilevante, che impattano pesantemente sui diritti fondamentali e sulle libertà dei cittadini anche se, paradossalmente, le medesime sono adottate a garanzia e a tutela dei medesimi.

Le ragioni del paradosso possono ricercarsi essenzialmente nella peculiarità della situazione emergenziale che si è dovuto gestire, la cui straordinarietà è

¹² Si vedano gli studi europei: EU Commission, *The trustnet framework. A new perspective of risk governance*, Luxembourg, 2000, consultabile al sito: www.op.europa.eu.

¹³ I concetti di *confidence* e *trust* non sono equivalenti nella logica del *trustnet framework*. L'uno guarda al sistema precostituito, intendendosi per *confidence*: «*the every day relation between a person and an organization or a system. ... Confidence is a rather passive situation where one individual is familiar enough with a system not to have a worry about it. Confidence characterises a situation where we are not involved in the problem of risk. The system represents a comforting environment that does not necessitate our awareness. ... confidence is the usual relation we have with big organization we rely on*»; l'altro termine, invece, si pone in divenire, cogliendo il legame fiduciario che si è propensi a instaurare con il decisore pubblico nel momento in cui un evento imprevisto sconvolge le ordinarie abitudini di vita. Per *social trust*, infatti, s'intende: «*a relationship between individuals within an existing or emerging group ... in situations where individuals depend on people they trust to achieve important project entailing significant risk for them. ... Social trust entails the risk of the other person. ... Social trust implies a personal choice and entails a risk resulting from the freedom of the trusted*». Sempre in: EU Commission, *The trustnet framework. A new perspective of risk governance*, cit., in particolare p. 27.

dipesa da una pluralità di fattori: *i)* dall'essere il fenomeno emergenziale non confinato territorialmente né temporalmente; *ii)* dall'essere totalmente inedito lo scenario pandemico verificatosi, per la rapidità e per le modalità con cui la diffusione è avvenuta, in un mondo oramai globalizzato – a differenza di epidemie gravi che in tempi passati hanno pur interessato la nostra società (si pensi alla spagnola degli anni venti); *iii)* dall'assenza di conoscenze scientifiche adeguate a spiegare la fenomenologia del contagio e a contenerla in tempi rapidi e con misure reattive efficaci.

Proprio la mancanza di conoscenze scientifiche ha influenzato pesantemente il *modus operandi* dei Governi dei singoli Stati che, come noto, non hanno assunto sin da subito una politica di governo dell'emergenza uniforme e unitaria, nonostante la globalità e omogeneità del fenomeno, avendo dovuto ideare strategie di contenimento del rischio sanitario sulla base, almeno nella prima fase, di mere ipotesi (se non di vere e proprie congetture, come ad es. la teoria dell'immunità di gregge) formulate “ora per allora” da un gruppo di esperti, appositamente nominati.

I singoli Stati, pertanto, pur coadiuvati da tavoli tecnici composti da esperti di rinomata fama e competenza¹⁴, hanno proceduto per tentativi, non avendo avuto a disposizione strumenti conoscitivi e materiali idonei a fronteggiare efficacemente l'emergenza.

Con particolare riferimento al nostro Paese, il Governo ha decretato «lo stato d'emergenza nazionale» con dichiarazione del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, annunciando, sin da subito, che la strategia di gestione dell'emergenza prescelta fosse quella della massima precauzione, ossia dell'adozione di misure di contenimento più drastiche in nome dell'azzeramento del rischio (si pensi al *lockdown*, alla quarantena precauzionale, al distanziamento sociale obbligatorio, attuato non solo nei luoghi pubblici, bensì attraverso la sospensione dei rapporti personali e intrafamiliari).

La politica adottata dal Governo nella fase acuta dell'emergenza (c.d. fase 1), pertanto, ha messo subito in evidenza due profili di rilievo: l'insufficienza dei rimedi ordinariamente dispiegati per fronteggiare l'emergenza, ossia le misure di intervento della protezione civile; il necessario ricorso alla logica precauzionale c.d. forte, identificata come unica strategia difensiva percorribile.

I due profili sono fra loro chiaramente interconnessi, come si cercherà di spiegare.

Con particolare riferimento al primo aspetto problematico, si è fatto chiaramente notare¹⁵ che il diritto del coronavirus ha dato vita a un *corpus* normativo autonomo, distinto dal codice di protezione civile, cui il Governo ha comunque fatto riferimento nella dichiarazione iniziale dello stato d'emergenza

¹⁴ Cfr.: L. CUOCOLO, *Presentazione*, in AA.VV., *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*. L. CUOCOLO (a cura di), in *federalismi*, Osservatorio Covid-19, 5 maggio 2020; si veda anche la sezione monografica dedicata dalla rivista DPCE online, vol. 43, n. 2/2020.

¹⁵ S. CASSESE, *Il neodiritto del virus*, in *Il Foglio*, 5 maggio 2020; G. VESPERINI, *Il diritto del coronavirus*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2020.

(in particolare, artt. 7, comma 1, lett. c) e 24 d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1). Si è altresì osservato, che gli strumenti emergenziali di cui tradizionalmente disponiamo e su cui si è fatto affidamento (ordinanze regolate dall'art. 25 del codice della protezione civile, o ancora alle ordinanze di cui all'art. 32 della l. n. 833/1978), presuppongono calamità o eventi già verificatisi, cui occorre far fronte per il ripristino dello *status quo ante*, a differenza della pandemia, situazione dinamica, in continua evoluzione, che necessita di essere progressivamente gestita in base al suo evolversi.

Si è osservato, infatti, che il diritto dell'emergenza¹⁶, nella sua accezione tradizionale, guarda al passato, proprio perché il regime emergenziale ha una funzione conservativa, avendo come finalità ultima quella del ripristino della normalità¹⁷, muovendosi nei margini della legalità.

Il problema, pertanto, è stato da alcuni individuato nello stato d'eccezione verso cui il rischio pandemico sembrava condurci, come elemento di rottura con l'ordinamento precostituito, di tal gravità da travolgerlo e superarlo, imponendo un nuovo ordine. Non a caso, alcuni Studiosi hanno ritenuto opportuno riflettere anche sull'archetipo dello stato d'eccezione¹⁸, essendosi da

¹⁶ V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986; R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 1, 2005, 777; C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario AIPDA 2005: Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzia*, Bologna, 2008; F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza* (voce), in *Enc. Del Diritto*, Annali VI, 2013, 44-61; G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015. Sull'emergenza e gestione di rischi sanitari: M. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dell'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006; P.M. VIPIANA, *Il potere di ordinanza contingibile e urgente in materia sanitaria nella giurisprudenza amministrativa*, in *Cittadinanza, Corti e salute*, R. BALDUZZI (a cura di), Milano, Giuffrè, 2007.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione*, su *La stampa*, 28 luglio 2020.

¹⁸ G. AZZARITI, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1-2020, nonché consultabile al sito dell'Università Luiss; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost – Unità per la Costituzione*, 10 aprile 2020; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *www.federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, Editoriale 18 marzo 2020; V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *dirittifondamentali.it*; G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Bio Law Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza a tempi del Coronavirus*, 20 marzo 2020; *Ibidem*. R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*; F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il diritto dell'economia*, Osservatorio dedicato a "Diritto ed emergenza sanitaria"; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *www.federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 6 aprile 2020; *Ibidem* F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, 22 aprile 2020. Per una riflessione più generale sullo stato d'eccezione, le sue matrici e gli effetti che ne derivano: F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, 30 aprile 2007, consultabile al sito *www.associazionedeicostituzionalisti.it*. Per un'indagine sistematica sulla «catena normativa dell'emergenza»: M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 10 aprile 2020; L'A. chiarisce come lo stato d'emergenza trovi un implicito riconoscimento nella nostra Costituzione, in tutte quelle disposizioni che garantiscono la *salus rei publicae*

più parti levato il dubbio che non si fosse di fronte a una semplice normazione dell'emergenza¹⁹, essendosi assistito a una flessione del principio di legalità, a livello di fonti normative, senza precedenti²⁰. Rischio, fortunatamente, solo paventato o, per lo meno, fugato²¹, grazie anche alla visione prospettica della gestione della pandemia, maturata col passar del tempo, che ha pian piano dimostrato la legalità della strategia messa in campo.

Si è compresa, infatti, l'importanza di distinguere l'esercizio dei "pieni poteri", indeterminati e liberi nei fini, che porterebbero allo stato d'eccezione, dall'ipotesi in cui la peculiarità del caso di specie porti a esercitare poteri straordinari, ma non per questo aprioristicamente *extra ordinem*. La gestione dell'emergenza è, infatti, questione tecnico-amministrativa e come tale, non può che basarsi su evidenze fattuali o oggettive, sebbene la complessità del reale, dovuta all'iniziale carenza e poi, via via, incompletezza delle conoscenze scientifiche disponibili, abbia fatto correre al decisore pubblico un "azzardo", che tuttavia non è stato ancorato al caso o alla buona sorte, ma a quelle evidenze scientifiche, seppur limitatissime, cui si disponeva²².

La straordinarietà dell'emergenza, legata all'incertezza scientifica, ha richiesto la predisposizione di una strategia di contenimento del rischio sanitario molto complessa che, come si evidenzierà, prevede (o per lo meno tale dovrebbe essere il fine) una integrazione organizzativa e funzionale pervasiva fra organi politici, amministrativi, siano essi ordinari o straordinari, e comitati tecnico-scientifici.

Il modello amministrativo dell'emergenza richiesto dalla pandemia, infatti, si è rivelato essere molto diverso rispetto a quello "ordinariamente" predi-

(in particolare, artt. 1, 5 e 87 Cost. che sanciscono l'unità nazionale) e nei principi supremi che fondano la nostra Repubblica.

¹⁹ Vi è Chi ha parlato di «diritto amministrativo della paura»: F. SICILIANO, *Icaro, Perseo e la Gorgone: Dal diritto amministrativo dell'emergenza al modello di declinazione della paura da pandemia*, in *Il diritto dell'economia*, Osservatorio dedicato a "Diritto ed emergenza sanitaria".

²⁰ M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in www.federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, aggiornato, 18 marzo 2020; E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Bio Law Journal Instant Forum – Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020.

²¹ Si allude, in particolare al d.l. 25 marzo 2020, n. 19 con cui si è rimediato agli errori di diritto costituzionale, da molti lamentati, derivati dal precedente d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 che, con una disposizione in bianco, aveva legittimato l'adozione di una pluralità di DPCM (dunque un atto amministrativo), atti a incidere su diritti fondamentali, a introdurre sanzioni penali, a imporre divieti, anche su materie coperte da riserva di legge. Cfr. LUDOVICO A. MAZZAROLLI, *Riserva di legge e principio di legalità in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamento che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70, ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *federalismi*, Osservatorio emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità a tempo del "COVID-19"*, in *Rivista AIC*, 3/2020; *Ibidem*: A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, 2/2020; M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, 3/2020; F. SPANICCIATI, *Covid-19 e l'emersione di un sistema amministrativo parallelo*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2020.

²² Così G. ZAGREBELSKY, *Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione*, *cit.*

sposto, per diverse ragioni: 1) *in primis*, è stata necessaria la predisposizione di una pluralità d'interventi, sequenziali (si pensi alla pluralità di DPCM emanati) ma anche territorialmente (ordinanze regionali e sindacali dettate da estrema necessità e urgenza)²³ e "organicamente" dislocati (ordinanza del Ministero della salute, della protezione civile, del Commissario straordinario²⁴), seppur tutti finalisticamente orientati all'attuazione integrata di una strategia unitaria di contenimento della perdurante emergenza pandemica²⁵; 2) il dispiegarsi di tali poteri e la loro provvisorietà, in certi casi avvertita come precarietà, sono stati necessitati (non semplicemente condizionati) dall'evolversi delle conoscenze scientifiche disponibili: cosa che impone la corretta valorizzazione della logica precauzionale²⁶, che sembra sorreggere l'intero impianto emergenziale; 3) anche la discrezionalità applicativa riconosciuta alle amministrazioni territoriali, a fronte della doverosità dell'intervento, deve essere letta come un corollario della "strategia precauzionale", essendo essa vincolata al rispetto dei principi di sussidiarietà, proporzionalità²⁷ e ragionevolezza²⁸ nell'adozione delle misure di contenimento e gestione della situazione epidemiologica²⁹.

²³ Si allude al delicato tema della divisione dei poteri e dei rapporti fra centro e periferia, su cui la dottrina si è soffermata: U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 marzo 2020; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in www.federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, 18 marzo 2020; G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2020, 318; A. SAITTA, F. SAITTA, F.F. PAGANO, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della regione calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, consultabile al sito www.giustizia-amministrativa.it. Filone d'indagine su cui non ci si può addentrare nella presente sede, ma che non può essere ignorato per la visione sistematica che si vuol offrire.

²⁴ Il Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19 è stato nominato con DPCM del 18 marzo 2020, ai sensi dell'art. 122 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18. Sull'esercizio dei poteri straordinari cfr.: M. SPASIANO, *Storia, fondamento e attualità del potere sostitutivo nella pubblica amministrazione: dalla logica della straordinarietà all'amministrazione alternativa*, in *Diritto e società*, 2019, 1, 41-60.

²⁵ Sebbene l'impressione iniziale fosse quella di un disordine organizzativo, essendo apparsi tali provvedimenti frammentari, confusionari e, in alcuni casi, incongruenti fra loro, la differenziazione organizzativa – come si cercherà di dimostrare – diviene essa stessa uno strumento nuovo d'intervento.

²⁶ Si ricorda che il principio di precauzione impone lo svolgimento di un'adeguata istruttoria per il compimento delle valutazioni scientifiche presupposte alla decisione politica di gestione del rischio medesimo. Solo così le decisioni saranno coerenti, adeguate, razionali. Cfr.: Commissione Europea, *Comunicazione sul principio di precauzione* – COM (2000) 1, 2 febbraio 2000, al sito www.eur-lex.europa.eu; Corte di Giustizia CE, sent. 5 maggio 1998, causa C-157/96, causa C-180/96; ID., sent. 9 settembre 2003, causa C-236/01. Sui temi, da ultimo: A. BARONE, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, in *Persona e amministrazione*, 1/2020.

²⁷ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998; ID., *Il principio di proporzionalità*, in *Le fonti del diritto italiano. Codice dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), III° Ed., Milano, Giuffrè, 2017, 151-174; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di pro-*

A tal fine, può parlarsi di cogestione del rischio pandemico-sistemico, con ciò volendo sottolineare la necessità di un approccio partecipato e condiviso – non solo fra soggetti pubblici, appartenenti a vari livelli di Governo, bensì anche fra pubblico e privato – funzionalisticamente orientato al perseguimento del bene comune. La gestione partecipata del rischio pandemico, come si dimostrerà, pone una relazione biunivoca fra esercizio del potere pubblico e tutela di diritti fondamentali, che richiede un processo di forte responsabilizzazione dei singoli, *uti cives*, i quali, a loro volta, sono chiamati a contribuire attivamente alla realizzazione di uno Stato-Comunità resiliente.

L'obiettivo, dunque, dovrebbe essere quello di realizzare un sistema giuridico integrato di gestione di rischi sistemici, che consideri i diritti sociali ed economici l'impalcatura su cui fondare un *diritto* inclusivo, in cui le scelte politiche, l'esercizio della funzione amministrativa e i comportamenti di ciascuno siano orientati al rispetto della dignità umana, della solidarietà e dell'uguaglianza sociale.

3. La progressiva pianificazione dell'emergenza: il ruolo del principio di precauzione per la gestione di rischi sistemici.

La gestione della pandemia Covid-19 ha messo in relazione l'esigenza di affrontare, con provvedimenti contingibili e urgenti, un'emergenza sanitaria senza precedenti, con il bisogno, altrettanto imprescindibile, di pianificare in anticipo e rimodulare progressivamente le strategie di governo dei rischi che da essa si sono diramati. Rischi che, in breve tempo, si sono rivelati essere sistemici, ossia fra loro interconnessi, perché repentinamente propagatisi dall'ambito sanitario, da cui l'emergenza stessa è scaturita, a quello economico e sociale.

La pandemia da Covid-19 è, infatti, un chiaro esempio di coesistenza e stretta interrelazione fra diritto emergenziale, gestione precauzionale del rischio³⁰ (*rectius*: dei rischi sistemici) e urgenza decisoria³¹, perché ha evidenziato l'esistenza di un processo circolare fra essi. Sebbene l'emergenza sia scaturita

porzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 2, 361 ss; V. PARI-SIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 2006, 717 ss.

²⁸ L. PALADIN, *Ragionevolezza* (principio di), *Enc. Dir.*, Aggiornamento, Milano, 1997, 899-911; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Napoli, 1993; G. MORBIDELLI, *Il principio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Guarino*, III, Padova, 1998; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars Interpretandi*, 2002, 437-451; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2019, 313 ss.

²⁹ Tanto si leggeva già nel d.l. n. 6/2020, convertito in l. 5 marzo 2020, n. 13.

³⁰ L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018.

³¹ R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, cit.

dall'inveramento di eventi di danno inattesi, conseguenti al verificarsi di rischi derivanti da meri fatti bruti, ossia fenomeni naturali ignoti subiti dall'uomo³², inizialmente inerme³³, la straordinarietà dell'evento emergenziale, in uno con l'incompletezza delle conoscenze scientifiche e finanche l'inadeguatezza degli strumenti operativi disponibili (la scarsità delle risorse ospedaliere), hanno imposto una serie di misure draconiane per gestirla, con effetti riflessi ma immediati, sul sistema economico e sociale.

Infatti, nella prima fase emergenziale si è assistito a una sovrapposizione della logica emergenziale a quella precauzionale c.d. forte (c.d. del rischio zero), con conseguente accantonamento della complessa dinamica procedimentale che, generalmente, è posta a fondamento delle decisioni precauzionali³⁴. In nome della precauzione sono state adottate prescrizioni generalizzate di inazione, imposti divieti e preteso il rispetto di obblighi di comportamento³⁵ sanzionati anche penalmente, ideati veri e propri codici di condotta individuale e sociale, impedito l'esercizio di molteplici attività all'infuori di quelle reputate di pubblica utilità o di prima necessità e, infine, è stata implicitamente decretata la sospensione di diritti fondamentali e delle libertà personali, costituzionalmente garantiti, in nome di un bene-valore superiore, ossia la tutela della salute e dell'incolumità nazionale³⁶.

La ragione è certamente da ricercarsi nell'urgenza di provvedere, a fronte della mancanza di informazioni scientifiche soddisfacenti, non essendo stata la scienza in grado di fornire risposte immediate. In questa prima fase, la precau-

³² A differenza delle ipotesi da ignoto tecnologico che implicano l'azione umana come fattore scatenante il rischio.

³³ Anche nel momento in cui si è visto trasformare in untore inconsapevole, divenendo al contempo vittima e fattore di rischio di diffusione del virus, a danno altrui. Si allude a uno dei problemi maggiormente sentiti, quello dei c.d. positivi asintomatici, in specie in riferimento ai sanitari.

³⁴ Purtroppo, però, il problema sembra ripresentarsi non appena la situazione pandemica tende ad aggravarsi. Mentre si scrive, infatti, si sta assistendo a una nuova ondata di provvedimenti "a cascata" del Presidente del Consiglio dei Ministri a pesante impatto sul sistema economico sociale, che lasciano presagire un nuovo *lockdown* e una nuova sospensione condizionata di alcuni diritti e libertà fondamentali.

³⁵ P. PANTALONE, M. DENICOLÒ, *Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"*, in *Il diritto dell'economia*, Osservatorio di "Diritto ed emergenza sanitaria".

³⁶ Sulla teoria della sospensione dei diritti costituzionali si veda: Corte Cost., 15 gennaio 1976, n. 3; Corte Cost., 29 dicembre 1962, n. 106. Sui temi, cfr.: G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, cit.; G. AZZARITI, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, cit.; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1-2020; V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, cit.; AA.VV., *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, cit.; S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo, federalismi*, Osservatorio Covid-19, 24 marzo 2020; A. RUGGIERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la tenuta*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali – Forum: La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, regioni ed enti locali*, 1, 2020, 21 marzo 2020; G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Consulta online*, 1, 2020; F. FILICE, G.M. LOCATI, *Lo stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione giustizia*.

zione, lungi dall'essere stata applicata secondo la logica *costruens* che le è propria, sembra aver contribuito a rafforzare – se non a esasperare – la politica emergenziale, basata sull'esercizio di poteri straordinari dettati dallo stato di necessità.

Purtuttavia, superato l'iniziale “stordimento”, è doveroso comprendere se e in che modo l'approccio precauzionale possa avere, nella gestione oculata dell'emergenza, una funzione costruttiva, come e se possa contribuire a dare risposte attendibili nel breve, nel medio e nel lungo periodo, a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali e a garanzia del graduale ripristino della normalità (istituzionale, relazionale, sociale, economica, sanitaria). Ciò al fine di evitare il prodursi di ulteriori effetti distorsivi sul tessuto sociale ed economico, in conseguenza di una cattiva gestione del rischio sanitario.

Si ritiene che la valorizzazione della logica precauzionale sia possibile se la gestione dell'emergenza sia riguardata dall'esterno, come un complesso fenomeno unitario, dove la costante promulgazione di nuove fonti di legge, la rimodulazione dei poteri da ripartirsi tra Stato, regioni ed enti locali, il costante e rinnovato contemperamento fra diritti e libertà fondamentali, divengano espressione di una oculata e scientificamente fondata riflessività amministrativa.

È chiaro che sarebbe utopistico e puerile credere che la scienza dia risposte definitive nell'immediato (si pensi all'invocata via salvifica della scoperta del vaccino), però non si può disconoscere che, in questi mesi, la scienza non sia rimasta raggelata nell'immobilismo della paura dell'ignoto, ma abbia intrapreso un percorso euristico costruttivo, anche alla luce dell'esperienza e delle conoscenze accumulate. E, sulla base di quelle, anche il decisore pubblico dovrebbe aver acquisito maggiore consapevolezza nel decidere. Consapevolezza che, a sua volta, non potrà che connotare in termini di doverosa razionalità logica³⁷ i provvedimenti che si andranno ad assumere³⁸. Ciò dovrà valere, in particolare, per gli atti amministrativi, quali le ordinanze di necessità e urgenza, che non

³⁷ Sull'implementazione del metodo sillogistico nel ragionamento giuridico, anche a sostegno di un più efficace svolgimento del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, specie nel caso di incertezza scientifica, cfr.: R. DAGOSTINO, *Le corti nel diritto del rischio*, cit. Sul rispetto del «ragionamento rigorosamente logico» a sostegno di una decisione precauzionale, coerente, adeguata, proporzionata, in una parola, razionale, cfr.: Tar Lazio, 13 ottobre 2020, n. 10933.

³⁸ In verità, l'impressione che ancora oggi si ha, è quella di una schizofrenia normativa e scientifica. Essa è l'effetto diretto dell'incertezza del sapere a fronte dell'urgenza del provvedere, che permane in un contesto oggettivo connotato da repentina mutevolezza. L'incalzare dei DPCM è forse espressione del tentativo (disperato) del legislatore di star dietro a una realtà mutevolissima, che impone un adeguamento costante della realtà ordinamentale, attraverso il progressivo ribilanciamento dei molteplici interessi in gioco. Accanto a divieti e obblighi imposti ai cittadini, oggi si prevedono “forti raccomandazioni” con effetto di *moral suasion*. Lo sforzo del legislatore sembra esser quello di non cadere subito alla tentazione della logica precauzionale c.d. forte o del rischio zero che gioverebbe, nell'immediato, per la gestione del rischio sanitario, ma sarebbe essa stessa causa di gravi rischi economici e sociali. La precauzione c.d. forte, espressa nelle misure di *lockdown*, diventa, dunque, *extrema ratio*. Si leggano i DPCM del 13, 18 e 24 ottobre 2020.

potranno che essere corroborate da una motivazione, adeguatamente fondata, a giustificazione delle scelte assunte.

Ebbene, la logica precauzionale potrebbe avere un ruolo decisivo per un ritorno alla post-normalità, o per la c.d. di normalizzazione dell'emergenza, intesa non come illecito permanere di poteri straordinari a presidio di situazioni ordinarie o, per lo meno, non strettamente emergenziali, bensì come predisposizione di un sistema integrato di pianificazione e gestione (non più del solo rischio pandemico ma) dei rischi sistemici: sanitario, economico-finanziario, sociale³⁹.

L'obiettivo da perseguire è, dunque, quello di assicurare una *governance* dei rischi inclusiva, visione strategica ed efficacia dell'azione.

Lo strumento di cui la logica precauzionale, così intesa, dovrà valersi è senza dubbio quello dell'integrazione organizzativa e funzionale, seppur nel rispetto della sussidiarietà, proporzionalità e differenziazione.

4. Strategia precauzionale integrata e post-normalità.

Insistere sul concetto di integrazione, quale vera e propria metodologia sistematica a servizio della procedimentalizzazione della logica precauzionale, potrebbe essere proficuo per il recupero di un equilibrato bilanciamento fra poteri/funzioni, saperi e responsabilità.

Essa dovrebbe operare in tutti gli ambiti che proprio l'emergenza, nella fase acuta, ha sottoposto a forte *stress*: politica e scienza, latamente intesa come saperi tecnico-scientifici diversi da quelli strettamente giuridici; livelli di governo; rapporto fra pubblico e privato.

In riferimento ai rapporti fra politica e scienza, preso atto che in un momento di grande incertezza spetti alla prima assumersi la responsabilità del decidere, è altresì vero che la politica non possa trascurare l'adeguato apporto scientifico integrato che gli esperti riusciranno a fornirle alla luce delle migliori conoscenze disponibili, anche saggiate a livello globale. Apporto scientifico che non potrà che essere la risultante della pluralità di saperi, in vario modo cointeressati dalla gestione dell'emergenza (economico-finanziario, sociale, sanitario, giuridico)⁴⁰. Lo sforzo preteso dal decisore pubblico è duplice: da un canto, è necessario che il legislatore si faccia *gatekeeper* della migliore scienza disponibile, garantendo massima neutralità nella scelta degli esperti, presupposto essenziale per selezionare e affiancarsi dei migliori professionisti del settore, evitando il

³⁹ Cfr. d.l. 14 agosto 2020, n. 104 e d.l. 8 settembre 2020, n. 111.

⁴⁰ Cfr. il d.p.c.m. del 10 aprile 2020, integrato con il d.p.c.m. del 12 maggio 2020, con cui è stato istituito un Comitato scientifico di Esperti in materie economiche e sociali cui è assegnato il compito di elaborare *nuovi modelli organizzativi e relazionali* in stretta collaborazione con il Comitato tecnico scientifico di cui all'art. 2, comma 1, dell'ordinanza del Capo Dipartimento della protezione civile, n. 630 del 3 febbraio 2020.

condizionamento politico della scienza⁴¹; d'altro lato, avrà la responsabilità politica della decisione assunta.

Stessa cosa a dirsi con riferimento all'integrazione fra i diversi livelli di governo, in relazione ai quali, a fronte del riconoscimento di un ruolo cardine in capo allo Stato centrale, che dovrà continuare a dettare norme d'indirizzo generale e linee guida che assicurino una uniformità basilare di comportamento su tutto il territorio nazionale, a garanzia dei livelli essenziali di tutela (art. 117, commi 2 e 3, Cost.), sempre più pregnante si rivela essere il coinvolgimento delle autonomie locali, su cui grava la responsabilità, nei limiti del rispetto del principio di sussidiarietà verticale e del riparto delle competenze, di porre interventi mirati, nei limiti dell'adeguatezza e differenziazione richiesti dalle peculiari, specifiche e localizzate esigenze che potrebbero di volta in volta manifestarsi⁴². Non può dimenticarsi, infatti, che in uno Stato di diritto, quale il nostro, la democrazia vive anche attraverso la valorizzazione del legame diretto fra il luogo in cui la decisione è presa e il contesto in cui essa è destinata a produrre i propri effetti. Tale legame è fondamentale per la comprensione degli obiettivi che la "politica" persegue⁴³.

La delicatezza del compito affidato agli Enti territoriali è innegabile, essendo rimessa loro la corretta gestione di rischi sistemici, essendo chiamati al contemperamento dei diversi interessi, diritti e libertà fondamentali (istruzione, circolazione, esercizio dell'attività economica) attraverso l'adozione di misure sartoriali, adeguate al caso concreto, che offrano un bilanciamento proporzionato delle forme di manifestazione dei diritti dei singoli⁴⁴, evitando di incidere immotivatamente – cioè senza adeguato supporto istruttorio – sulla realtà economico-sociale locale⁴⁵.

Perché ciò avvenga, è necessario coltivare il dialogo fra centro e periferia, rispettando quella Unità istituzionale⁴⁶, garanzia della *salus Rei Publicae* e della

⁴¹ Un domani potrebbe non escludersi che ci si troverà a discutere, dinanzi al Giudice, dell'opinabilità della scienza normata dal legislatore: M. CECCHETTI, *La Corte Costituzionale davanti alle "questioni tecniche" in materia di tutela dell'ambiente*, in *federalismi*, 13 maggio 2020; V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte Costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019; E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche". I poteri istruttori della Corte Costituzionale*, in *giurcost.org*, gennaio 2020.

⁴² Tale prospettiva è stata posta dagli artt. 2 e 3 del d.l. del 25 marzo 2020, n. 19, nonché dall'art. 1, comma 9, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33.

⁴³ I.M. MARINO, *The law of integration: an introduction*, in Ignazio Maria Marino. *Scritti giuridici*, A. BARONE (a cura di), ESI, Napoli, 2015, 1429.

⁴⁴ Del tema si è dibattuto anche in occasione del *webinar* AIPDA, *Decidere nell'emergenza. Limitazione e bilanciamento dei diritti fondamentali*, 9 ottobre 2020.

⁴⁵ Tale problema sta emergendo con cotanta evidenza. Sia sufficiente la lettura dalla recente giurisprudenza amministrativa, in specie in riferimento ai decreti cautelari, che nell'accogliere o negare l'istanza di parte, insistono sulla necessità di una documentazione istruttoria esauriente, adeguata e rigorosa, a sostegno della legittimità, in termini di proporzionalità, delle ordinanze di necessità e urgenza. Cfr.: Tar Campania, Napoli, decreto presidenziale, 19 ottobre 2020, n. 1921 e 1922; Tar Sicilia, Palermo, decreto presidenziale, 27 agosto 2020, n. 842.

⁴⁶ Cons. Stato, parere 7 aprile 2020, n. 735.

coerenza interna dell'ordinamento giuridico⁴⁷, anche attraverso tavoli di concertazione permanenti fra gli esperti nominati a livello centrale e amministrazioni territoriali, che garantiscano una uniformità nazionale nella valutazione del dato tecnico scientifico presupposto alla decisione pubblica, la quale ultima potrà però certamente rivelarsi territorialmente differenziata a seconda delle specifiche e contingibili esigenze di necessità che di volta in volta potranno manifestarsi.

Non trascurabile, inoltre, la fase di controllo e monitoraggio dei rischi, sanitario prima, economico e sociale poi, la cui funzione è attribuita agli organi territoriali di governo, le prefetture, cui spetta anche la funzione sanzionatoria (art. 9 del d.p.c.m. 26 aprile 2020; art. 4 del d.l. 25 marzo 2020, n.19; art. 2, d.l. 16 maggio 2020, n. 33; art. 11 del DPCM del 24 ottobre 2020). Funzioni da esercitarsi in co-gestione con l'amministrazione regionale, chiamata a monitorare l'evoluzione del rischio sanitario nel proprio territorio, attivando procedure anche più severe per il contenimento di eventuali nuovi focolai di rischio ivi presenti, in ossequio alle linee guida fornite dalla commissione scientifica statale (come si evincerebbe dall'art. 1, comma 16, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33, dall'art. 2, comma 11, del d.p.c.m. 26 aprile 2020, nonché dal combinato disposto di cui agli artt. 3, 1, comma 2 e 2, comma 1, ult. parte, del d.l. del 25 marzo 2020, n. 19).

Infine, in nome di un altro principio che sempre accompagna la logica procedurale della precauzione, la sussidiarietà orizzontale, d'integrazione senza dubbio dovrebbe parlarsi anche in riferimento alla coamministrazione dei rischi tra pubblico e privato.

5. *Preparedness* e gestione corresponsabile del rischio.

Gli ambiti in cui i privati sono stati chiamati a collaborare con le autorità pubbliche nella gestione del rischio sanitario sono diversi e, per vero, afferenti ad ogni settore di svolgimento della vita privata.

Nella coamministrazione della emergenza fra pubblico e privato, è possibile tracciare due matrici fondamentali di gestione del rischio, fra loro complementari.

Vi è un primo settore in cui i privati sono stati chiamati a fornire un supporto diretto per la gestione del rischio sanitario. È il caso, ad esempio, delle forme di partenariato pubblico e privato nell'ambito della valutazione scientifica del rischio epidemiologico⁴⁸ che meriterebbero, probabilmente, di essere

⁴⁷ Parla di rispetto del principio di non contraddizione: Tar Puglia, Bari, sez. III, 22 maggio 2020, n. 733.

⁴⁸ Sul tema: D. DI FALCO, L. MADDALENA, *La politica del tracciamento dei contatti e dei test per Covid-19 alla luce delle ultime direttive OMS: nessun ostacolo giuridico impedisce di utilizzare "il modello coreano" anche in Italia*, in *federalismi*, Osservatorio emergenza Covid-19, 28 marzo 2020; *Ibidem*: A. BARONE, *Brevi riflessioni su valutazione scientifica del rischio e collaborazione pubblico-privato*, 29 aprile 2020; A.L. GIANNELLI, *Procedure per la sperimentazione di medicinali anti-Covid-19: prove tecniche di accentra-*

meglio “sfruttati”, immaginando la costruzione di una vera e propria rete pubblico-privata, integrata e coordinata a livello centrale, al fine di un potenziamento del servizio sanitario nazionale⁴⁹.

Negli altri ambiti, invece, i privati sono stati chiamati a rispettare protocolli di vigilanza sanitaria, attraverso l'implementazione di strumenti di autovalutazione del rischio (c.d. *Health emergency preparedness self-assessment*⁵⁰), funzionali alla identificazione e gestione del rischio sanitario, per il proseguimento delle ordinarie attività: professionali, industriali, formativa, sociale, ludica, etc⁵¹.

Emblematici i protocolli di sicurezza imposti agli operatori economici per e nell'esercizio delle loro attività, sui quali sono state fatte gravare forme di responsabilità più o meno gravi (civili, amministrative e, nei casi più gravi, penali)⁵², in conseguenza dell'inverarsi di rischi o di eventi di danno riconducibili a una colpa da organizzazione. Sembrerebbe, pertanto, configurarsi una nuova fattispecie di responsabilità amministrativa da reato a carico delle società e degli enti, essendosi attribuita agli amministratori o ai titolari d'azienda una posizione di garanzia non dissimile dal modello di responsabilità di cui agli artt. 5, 6 e 7 della l. n. 231/2001, responsabilità che andrebbe, dunque, a completare e a rafforzare il modello civile delle responsabilità gravanti sul datore di lavoro, per come declinato dall'art. 2087 c.c., nonché dal d.lgs. n. 81/2008, testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Si potrebbe ritenere, dunque, che ciascun operatore economico sia stato chiamato, più o meno consapevolmente, alla gestione del rischio epidemiologico all'interno della propria azienda.

mento delle competenze dei Comitati etici?, in *Il diritto dell'economia*, Osservatorio di “Diritto ed emergenza sanitaria”.

⁴⁹ Art. 3 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (C.d. decreto “cura Italia”). Cfr., oggi: Tar Lazio, 13 ottobre 2020, n. 10933, che supera Cons. Stato, III sez., (dec. presidenziale) 26 giugno 2020, n. 3769 che aveva sospeso Tar Lazio, sez. III-quater, (ord.) 15 giugno 2020, n. 4350.

⁵⁰ Si consulti il sito: www.epicentro.iss.it e il documento tecnico dell'HEPSA: “Strumento di autovalutazione della preparazione alle emergenze sanitarie” (www.ecdc.europa.eu).

⁵¹ Da ultimo, si leggano: DPCM del 13 ottobre 2020, art. 2, ora nell'art. 2, DPCM 24 ottobre 2020; le linee guida per la gestione in sicurezza di opportunità organizzate di socialità e gioco per bambini e adolescenti nella fase 2 dell'emergenza covid-19, allegate al DPCM 18 ottobre 2020.

⁵² Si leggano: l'art. 42, comma 2, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. decreto Cura Italia), conv. con l. 24 aprile 2020, n. 27 in relazione alle cui prescrizioni è stato sollevato un dibattito serrato fra le associazioni di categoria e governo (si vedano le circolari Inail, fra cui quella del 20 maggio 2020, n. 22 che aggiorna le discusse istruzioni operative adottate il 3 aprile scorso con circolare n. 13), al fine di chiarire e circoscrivere l'ambito di applicazione delle suddette misure, con particolare riferimento all'individuazione dell'elemento soggettivo. Cfr.: art. 1, commi 14 e 15, e art. 2 del d.l. del 16 maggio 2020, n. 33, nonché l'art. 2 del d.p.c.m. del 17 maggio 2020, che richiama il rispetto dei contenuti del protocollo di regolamentazione delle misure di contrasto e contenimento della diffusione del Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 fra Governo e parti sociali. Cfr. il Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione, pubblicato dall'INAIL.

I meccanismi di vigilanza e gestione del rischio sanitario, in tutti questi settori, non solo si rivelano essenziali per la prosecuzione dell'“ordinaria” quotidianità, bensì diventano, essi stessi, strumentali alla gestione e al controllo di quei rischi che si sono detti collaterali, ma sistemici, quali quelli economico-finanziari e di prospettiva sociale.

Ferma la validità di principio su quanto sin qui discorso, un monito sembra lecito sollevare. Se di cogestione correttamente vorrà parlarsi, nella logica della sussidiarietà orizzontale di cui si è detto, i meccanismi di coinvolgimento del privato dovranno rivelarsi cooperativi non già mere esternalizzazioni. Perché vi sia integrazione nell'esercizio della funzione pubblica bisognerà certamente evitare rischi di abuso del potere, anche attraverso forme di deresponsabilizzazione da parte delle Istituzioni, evitando che si lasci gravare su privati insipienti forme di responsabilità solo formalmente colposa – si tralasci il dolo – che, di fatto, si rivelano essere di tipo oggettivo, non avendo essi gli strumenti per compiere quelle valutazioni che, spesso, sono loro richieste.

6. L'informazione sul rischio tra democrazia scientifica, scienza democratica e *fake news*.

Se è vero che i cittadini sono stati direttamente coinvolti nell'implementazione di *policy* e “norme” che richiedono il rispetto di comportamenti *science-based*, è altresì opportuno che agli stessi venga fornita adeguata informazione sulle condizioni di affidabilità del dato scientifico disponibile, sulle metodologie da adottare e su i presupposti che le fondano, così da creare conoscenze abilitanti piuttosto che confusione⁵³.

Un aspetto non trascurabile per l'effettività del delineato sistema precauzionale integrato di gestione dell'emergenza pandemica, per un ritorno alla post-normalità, è quello della comunicazione costantemente aggiornata dei rischi, dell'informazione attendibile e veritiera sul rischio sanitario, pur nei limiti delle conoscenze tecnico-scientifiche disponibili, del coinvolgimento informato della comunità nelle metodologie del governo del rischio pandemico (cfr. da ultimo, DPCM 24 ottobre 2020, art. 3 e all. 19, ma in precedenza anche art. 3, del d.p.c.m. del 26 aprile 2020), anche e in conseguenza delle effettive responsabilità che su ciascuna persona, singola o giuridica, sono state configurate.

Un primo problema con cui ci si è dovuto confrontare, è stato quello della non immediata accessibilità alla cittadinanza dei verbali, così come dei pareri, rilasciati dal Comitato tecnico scientifico, ancora oggi non resi pubblici. Questione che dovrebbe risolversi positivamente, non potendo tali atti essere aprioristicamente sottratti alla generale regola della trasparenza e conoscibilità, in nome di una speciale segretezza da opporre alla conoscenza dei cittadini, i quali hanno accettato le forti limitazioni ai propri diritti e alle proprie libertà

⁵³ Così M. TALACCHINI, “Preparedness” e coinvolgimento dei cittadini ai tempi dell'emergenza. Per un diritto collaborativo alla salute, in *Epidemiologia e prevenzione*, Editoriale, 2020, 44, 114-119, al sito www.epiprev.it

personali, poste dalle misure emergenziali proprio sulla base di quelle evidenze scientifiche, che tali verbali elaborano⁵⁴.

Un secondo problema, di non facile soluzione, è stato ed è quello della gestione e comunicazione delle informazioni sul rischio, che ha contribuito a generare opacità per confusione, acuendo i problemi conoscitivi dovuti all'incertezza del sapere⁵⁵.

La crisi pandemica e la sua gestione integrata, dunque, impongono una riflessione più ampia sui rapporti fra scienza e democrazia, per cercare nuovi punti di equilibrio fra conoscenza e informazione, non potendo certamente più ritenersi predicabile un modello di legittimazione autoritativa della conoscenza, imposta dall'alto ai suoi destinatari, vivendo in una società che fa della trasparenza, della conoscenza diffusa e della partecipazione pubblica un diritto quesito della moderna democrazia partecipativa⁵⁶.

Tuttavia, se è vero che sia da valorizzarsi la democrazia scientifica, intesa come scambio di opinioni fra esperti di comprovata competenza al fine di garantire un dialogo scientifico costruttivo a supporto del decisore pubblico, più complesso e delicato è il momento di democratizzazione della scienza (o meglio, della conoscenza), implicando un processo epistemologico diffuso che, nel rendere le conoscenze acquisite accessibili a tutti, fa perder loro i connotati della neutralità, impingendole di elementi valoriali⁵⁷.

La diffusione delle conoscenze e delle informazioni possedute è però certamente essenziale per il buon governo dei rischi, cui la cittadinanza è chiamata a compartecipare, a maggior ragione se sistemici, come nel caso di specie.

Infatti, proprio quando si è di fronte a situazioni di straordinaria crisi epistemologica, valoriale e istituzionale, come nell'attuale contesto pandemico, l'incertezza diffusa, i valori in conflitto, l'obiettivo difficoltà di un equo contrappeso fra contrapposte esigenze, la necessità di assumere decisioni ur-

⁵⁴ Cons. Stato, (dec.) 31 luglio 2020, n. 4574. Sul tema della trasparenza e sul prorompente ruolo dell'accesso civico generalizzato come strumento che scardina gli *arcana imperii*, cfr.: A. BARONE, *Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale*, cit.

⁵⁵ Si allude al fenomeno delle c.d. *fake news* che ha imperversato in questi mesi, sicuramente incentivato dall'insufficienza e contraddittorietà delle conoscenze tecnico-scientifiche fruibili, compromettendo pesantemente il diritto all'informazione. Sui temi: E. LEHNER, *Fake news e Democrazia*, in *Astrid-online*, 1, 2019; G. SUFFIA, G. ZICCARDI, *Fake news, guerra dell'informazione ed equilibri democratici*, in *federalismi*, 24 aprile 2020; C. COLAIACOMO, *Fake news scientifiche – crisi d'immagine per la ricerca?*, in *federalismi*, 24 aprile 2020. Per una riflessione corale, di più ampio respiro: AA.VV., *La disinformazione online e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale*, in *federalismi*, n. 11 del 24 aprile 2020.

⁵⁶ U. Allegretti, *Democrazia partecipativa* (voce), Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè, Annali, vol. IV, 2011; P.M. VIPIANA, *Democrazia deliberativa, democrazia partecipativa e procedimento amministrativo: terminologia e inquadramento dogmatico e normativo*, relazione al Convegno su "Democrazia deliberativa, democrazia partecipativa e democrazie de proximité", Alessandria, 2014; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 1, 13.

⁵⁷ S. FUNTOWICZ, J. RAVETS, *Post-normal science: a new science for new time*, Scientific European, 1990; M. TALACCHINI, *Before and beyond the precautionary principle: Epistemology of uncertainty in science and law*, in *Science@direct, Toxicology and applied pharmacology* 207 (2005), 645-51, al sito www.sciencedirect.com.

genti e mutevoli, impongono una compensazione democratica nel momento di diffusione dell'informazione sul rischio e sulla gestione del medesimo, il più possibile attendibile e veritiera, dovendo farsi della comprensione e della condivisione la base del riconoscimento sociale della fondatezza delle misure emergenziali adottate.

Che non siano idonee né sufficienti le sole minacce di sanzioni o “le grida” intimidatorie, lo ha già dimostrato la storia appena vissuta, essendo percepita dall'intera cittadinanza la manifesta irragionevolezza di misure draconiane prese d'impeto dai governi, specie locali, se non adeguatamente motivate.

Allo stesso modo, dovrebbe evitarsi il riprovevole fenomeno delle *fake news* o della diffusione di conoscenze e informazioni inattendibili, che inducono a comportamenti inadeguati, alimentando il disorientamento e la disgregazione sociale e istituzionale.

7. Per uno Stato resiliente: diritti soggettivi integrati, *flex-security*, *flex-organization*, cogestione.

La profonda crisi istituzionale e valoriale scaturita dal prorompere della pandemia da Covid-19, ha riportato al centro della riflessione il delicato rapporto fra autorità e libertà, fra esercizio del potere pubblico e tutela dei diritti fondamentali. Tale rapporto, come visto, è stato esacerbato dall'imperante incertezza scientifica che ha condizionato il decisore pubblico nelle sue scelte e con esse l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali. Sebbene necessitato, l'esercizio straordinario del potere pubblico è stato percepito come un *vulnus* all'esercizio dei propri diritti e libertà fondamentali, in nome di un bene-valore, quello della salute pubblica, anteposto aprioristicamente a tutti gli altri. Tuttavia, se la temporanea sospensione dei propri diritti e libertà fondamentali è stata inizialmente ritenuta misura obbligata, non disponendosi di alternative scientificamente valide a supporto di decisioni pubbliche differenti, con l'andar del tempo l'ipotesi della massima precauzione non ha più potuto aver ragion d'essere.

Ciò ha portato a valorizzare gli strumenti di *governance* inclusiva del rischio pandemico-sistemico per un ritorno alla post-normalità, mettendo in risalto il bisogno di uno Stato sociale di diritto, che faccia della democrazia partecipativa e dei meccanismi d'integrazione, istituzionale e sociale, la propria arma. L'obiettivo da perseguire, per vero non semplice, sarebbe quello di assicurare processi virtuosi di coamministrazione del rischio, che facciano dell'integrazione amministrativa e dell'inclusione sociale i propri principali strumenti, in uno con i principi di proporzionalità, adeguatezza e differenziazione.

Pur nel fondamentale rispetto dell'Unità istituzionale è quanto mai opportuno addivenire alla creazione di uno Stato resiliente, capace di adattarsi alle particolari esigenze che di volta in volta si paventeranno, anche non uniformemente, sul territorio nazionale. Per questo, saranno essenziali gli strumenti

di *flex-security* e *flex-organization* che il nostro ordinamento riuscirà a mettere in campo, in nome di una rinnovata solidarietà ed equità sociale.

Il rischio di una compressione di diritti e libertà fondamentali, infatti, ha rinnovato il bisogno di sicurezza umana⁵⁸ comune, ben lontano dal tradizionale concetto di sicurezza pubblica, perché spogliato della valenza autoritativa in nome di una visione antropocentrica e solidaristica. Ciò spinge a riflettere sul concetto di diritti fondamentali integrati e di libertà collaborative.

La logica collaborativa porta a rivalutare i rapporti intercorrenti fra le libertà di ciascuno non secondo una logica escludente bensì integrativa, tale per cui dovrà ritenersi che la libertà di ognuno non trovi un limite lì dove inizia quella altrui, bensì che i limiti alle libertà di ciascuno, strettamente necessari e legittimamente imposti per la gestione dell'emergenza, si integrino nel rispetto della libertà di tutti.

Il concetto di diritti soggettivi integrati, invece, amplia lo spettro della riflessione sulla personalizzazione del rapporto fra Stato e cittadino, ossia sulla funzionalizzazione del potere pubblico alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali⁵⁹.

Ciò porta a valorizzare il principio di democraticità, da intendersi nella sua accezione costituzionalmente orientata di rispetto del vincolo giuridico di conservazione della *Res pubblica* fondata sul *demos* (art. 1, comma 2, Cost.) e, al contempo, al riconoscimento dei diritti soggettivi e delle libertà individuali quale fondamento della democrazia (art. 2 e 3 Cost.).

Ciò implica la rivalutazione del ruolo dello Stato come garante, attraverso le sue istituzioni, dei diritti e delle libertà fondamentali, soprattutto in un contesto di crisi emergenziale in cui il potere pubblico deve riappropriarsi della sua funzione primaria: l'organizzazione e il mantenimento del contratto sociale su cui si fonda la *salus rei publicae*, promuovendo l'equità, la solidarietà, la giustizia sociale, attraverso la buona amministrazione.

Sequitur igitur ad partecipandum alium cum alio communicandumque inter omnes ius nos natura esse factos. ... Quodsi, quo modo sunt natura, sic iudicio homines humani ... nihil a se alienum putarent, coleretur ius aequae ab omnibus (Cicero, De Legibus, 1, 12, 33).

⁵⁸ A. ROMANO TASSONE, *Il diritto all'incolumità: contenuto e tecniche di tutela*, www.unime.it.

⁵⁹ I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in *Scritti giuridici*, cit., 1475; L.R. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2019, 43-70; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 3, 2013, 309.

MIMMA ROSPI

Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali - Università di Pisa
mimmarospi02@gmail.com

LA *DIGITAL TRANSFORMATION* E L'ESERCIZIO DI DIRITTI FONDAMENTALI E DELLE LIBERTÀ PERSONALI: COMPRESSIONE O MIGLIORAMENTO?

DIGITAL TRASFORMATION AND THE EXERCISE OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND PERSONAL FREEDOMS: COMPRESSION OR IMPROVEMENT?

SINTESI

L'avvento della tecnologia è paragonabile al periodo della ricostruzione del periodo post-bellico, per forza di cambiamento epocale e ricadute sulla socialità del singolo, nell'esercizio dei diritti fondamentali e delle libertà personali, nonché nei rapporti tra cittadino e Stato.

Gli ultimi eventi causati dalla crisi pandemica hanno accelerato il processo di consapevolezza del fenomeno epocale: la tecnologia è direttamente strumentale allo sviluppo dei popoli. Con questo contributo si intende analizzare il fenomeno dell'utilizzo delle nuove tecnologie come facilitatori dell'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali, verificando se le attuali discipline in tema di neutralità della rete, identità digitali ed *e-government* sono confacenti ai tempi che stiamo vivendo. In particolare, si analizzeranno gli interventi messi in campo dalle istituzioni eurounitarie per realizzare un sistema unionale digitale. Inoltre si analizzerà il caso italiano per verificare l'andamento del miglioramento tecnologico dell'amministrazione digitale al servizio dei diritti e delle libertà fondamentali.

ABSTRACT

The advent of technology is comparable to the period of reconstruction of the post-war period, due to epochal change and the repercussions on the sociality of the individual in the exercise of fundamental rights and personal freedoms, as well as in relations between citizen and State. The latest events caused by the pandemic crisis have accelerated the process of awareness of the epochal phenomenon: technology is directly instrumental to the development of peoples. This contribution aims to examine the phenomenon of the use of new technologies as facilitators in the exercise of fundamental rights and freedoms, assessing whether current disciplines in terms of net neutrality, digital identities and e-government are suited to the times through which we are living. It will examine the measures implemented by the European Union institutions to create a Digital Union Market. In addition, the Italian case will be analysed to verify the progress of the technological improvement of digital administration at the service of fundamental rights and freedoms.

PAROLE CHIAVE: *digital transformation* - *Data governance* - Identità digitali - Amministrazione digitale - Pandemia Covid-19

KEYWORDS: Digital transformation - Data governance - Digital Identity - E-procurement - Covid-19 Pandemic

INDICE: 1. Introduzione – 2. Nuove tecnologie, *data governance* e il ruolo dei *players* del digitale – 3. Nuove tecnologie, *data governance* e gli interventi dell'Unione europea – 4. *E-government* e i sistemi di identità digitali al servizio dei diritti e libertà fondamentali – 4.1. Il sistema di identità digitale italiano e la tutela dei dati – 5. *Digital transformation*, *e-government* e *data governance* al servizio dei diritti e delle libertà fondamentali – 6. La *digital transformation* e l'esercizio di diritti fondamentali e delle libertà personali: compressione o miglioramento? Criticità e prospettive ai tempi del Covid-19.

1. Introduzione

L'avvento della tecnologia ha scardinato i punti fissi del sistema di Stato di diritto costituzionale e democratico, così come era stato delineato non solo nei libri di testo, bensì nella vita concreta e quotidiana di ogni ordinamento giuridico. L'avvento della tecnologia nella vita di relazione degli individui e nelle stanze del potere organizzativo degli Stati, è paragonabile al periodo della ricostruzione post seconda guerra mondiale, per forza di cambiamento epocale e ricadute sulla socialità del singolo, nell'esercizio dei diritti fondamentali e delle libertà personali, nonché nei rapporti tra cittadino e Stato.

La svolta epocale causata dal rapporto tra tecnologia e diritto è stata, tuttavia, a lungo rilegata ad argomento di riflessione minore e, a tratti poco rilevante, per l'analisi dello sviluppo dei tempi e per lo studio del diritto pubblico. L'interesse degli operatori del diritto, e dunque anche dei decisori pubblici, è sorto maggiormente solo dopo che è stata dimostrata dai maggiori *players* delle *new technologies*, la potenza economica e decisionale che l'uso delle tecnologie, *rectius* dei dati, è in grado di innescare sul piano decisionale politico e degli andamenti dei mercati. Gli Stati dunque hanno iniziato ad interessarsi delle ricadute dell'utilizzo delle nuove tecnologie sulle attività di *policy making* e sull'esercizio dei diritti fondamentali.

Mentre le istituzioni pubbliche si sono concentrate prettamente sulle riflessioni in tema di *cybersecurity* e tutela della privacy, in parallelo le multinazionali del mondo digitale sono state in grado di rendersi facilitatori dell'esercizio di molte delle libertà personali e dei diritti del singolo, proprio attraverso l'utilizzo repentino delle tecniche di *data Governance*. In questo modo il cittadino sarebbe stato ben disposto a rinunciare (a volte inconsapevolmente) alle sue tutele, se questo avesse permesso un migliore accesso al web e a tutti i servizi in esso contenuti.

Le istituzioni pubbliche, in ritardo, stanno comprendendo il fenomeno, spostando il baricentro di riflessione anche sulle tematiche della *data Governance* e sulla necessità di imprimere regolamentazioni al riguardo, in specie sul tema delle identità digitali e sull'esercizio dei diritti e delle libertà personali del singolo.

Gli ultimi eventi causati dalla crisi pandemica per la diffusione del Covid-19 hanno avuto, quanto meno, il merito di aver accelerato il processo di consapevolezza del fenomeno epocale: la tecnologia è direttamente strumentale allo sviluppo dei popoli¹. Con questo contributo si intende analizzare il fenomeno dell'utilizzo delle nuove tecnologie come facilitatori dell'esercizio delle libertà fondamentali, verificando se le attuali discipline in tema di neutralità della rete, identità digitali ed *e-government* sono confacenti ai tempi che stiamo vivendo.

2. Nuove tecnologie, *data governance* e il ruolo dei *players* del digitale

L'avvento di Internet ha portato con sé un nuovo modo di concepire il quotidiano, agevolando le comunicazioni tra soggetti, aumentando le fonti e i contenuti di informazione, in modo sempre più rapido, nonché introducendo una nuova forma di esercizio dei propri diritti e delle proprie libertà.

Il web sembra reggersi su una economia neoliberista in base alla quale è interesse delle multinazionali digitali aumentare (e non ridurre) l'accesso degli utenti. Ciò si apprezza verificando il coinvolgimento in termini di investimenti economici delle grandi multinazionali del digitale sullo sviluppo delle infrastrutture informatiche, e sulla diffusione capillare delle dotazioni ad essi strumentali tra la popolazione. La ragione consiste nella modulazione dei sistemi economici della *e-commerce* e del sistema di *sharing*, per cui i profitti economici in rete, che hanno pervaso tutti i sistemi produttivi e di mercato, "affidano" all'*user* un'attività di condivisione di dati di ogni genere (idee, foto, video, notizie), sulla cui condivisione autonoma del singolo utente si ricava profitto. Infatti i sistemi di *data mining* e di profilazione dell'utente, pongono le aziende digitali innanzi alla necessità di creare quanto più modalità espressive del singolo *user*, per ricavare dalla sua navigazione e dalla sua partecipazione alle piattaforme digitali, come *forum*, *social network* e *communities*, idee, opinioni, interessi, che hanno un elevato valore commerciale, che saranno poi oggetto di una transazione economica².

Come acutamente osservato, dunque, «*se da un lato ogni consumatore è incoraggiato a sviluppare la propria personalità in modo autonomo, al tempo stesso questa personalità viene integrata nei fattori di produzione e nella elaborazione delle strategie di commercializzazione*». Si apprezza quanto già era stato rilevato più di un decennio fa, nel ritenere «*come i dati, le informazioni abbiamo preso il sopravvento nelle società contemporanee diventando il bene di maggiore valore, strategico ed economico e mettendo in ombra la libertà di manifestazione del pensiero, o meglio, precisandone i contenuti*»³. Di conseguenza

¹ G. TROPEA, *Recensione a S. ZUBOFF, Il Capitalismo della Sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, Luiss University Press, 2019 (con una postilla su *privacy* e *covid-19*), in *Rivista PA, Persona e Amministrazione*, 2020, 1, pp. 479-491.

² In tal senso è stato rilevato per uno studio empirico in Inghilterra, C. BENEDIKT FREY, M. A. OSBORN, *The future of employment: how Susceptible are jobs to Computerisation?*, www.oxfordmartin.ox.ac.uk.

³ V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, op. cit., p. 143. In tal senso M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*,

la logica economica che governa Internet, è quella di rendere sempre più possibili in termini quantitativi e qualitativi l'utilizzo da parte della popolazione mondiale della rete⁴. Non a caso i *players* più famosi lavorano ormai da anni ad una campagna di finanziamento per esportare il Wi-Fi libero anche nei territori africani.

L'interesse dei giganti di Internet di migliorare l'accesso alla rete da parte dei più si riscontra anche nel loro coinvolgimento da parte di autorità pubbliche nazionali e internazionali nelle attività di politiche che favoriscano l'uso capillare della rete e la riduzione delle problematiche connesse al *digital divide* in senso materiale. È quanto è avvenuto durante il G8 di Okinawa, tenutosi nel luglio del 2000, durante il quale è stato presentato un rapporto dalla *Digital Bridges Task Force*, la cui struttura è stata fortemente caldeggiata dalla GBDE (*The Global Business Dialogue on Electronic Commerce*), la più grande *lobby* della imprenditoria in Internet, con lo scopo di promuovere in tutto il mondo l'*e-commerce* e ridurre le limitazioni fattuali allo sviluppo del commercio elettronico. In questo rapporto è emersa l'importanza della direzione che si deve imprimere alle ICTs, ovvero verso una crescita economica che aumenti il benessere pubblico e la coesione sociale attraverso un accesso libero e ampio alla società d'informazione digitale. Nella *Task force* le *lobbies* di Internet affermano chiaramente che per poter raggiungere questi obiettivi (si ricordi di espansione del *e-commerce*), è necessario superare il *digital divide*, finanziando e promuovendo progetti tesi alla diffusione delle ICTs anche nelle zone più disagiate. In seguito è stata così istituita la *Digital Opportunity Task Force* (DOT Force), che ha presentato un rapporto, dal titolo *Digital Opportunity for All*, in occasione del G8 di Genova del 2001. Interessante è sottolineare la composizione della DOT Force: 24 rappresentanti del G8, uno della Commissione europea, 9 dei Paesi in via di sviluppo, 2 per il segretariato (Banca Mondiale e UNDP), 4 di organizzazioni internazionali (Consiglio economico e sociale dell'ONU, ITU, UNESCO, OECD, UNCTAD) e 3 rappresentanti delle *lobbies* imprenditoriali, *World Economic Forum*, GBDE (*Global business and electroniccommerce*) e GIIC (*Global Infor-*

in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2015, 1, pp. 275-314. L'Autore sostiene che «nel momento in cui l'utente utilizza le tecnologie digitali per esercitare le proprie libertà, diviene contemporaneamente parte (e, talora, anche oggetto) di una transazione economica; e riesce difficile credere che questa dimensione economica, che struttura e condiziona integralmente gli strumenti di esercizio delle libertà, non finisca con l'innervare profondamente le stesse modalità di esercizio della libertà, ciò che da esse ci si attende, i loro effetti, e in ultima analisi il loro stesso contenuto». Cfr. F. MARCELLI, *Internet fra canale di partecipazione politica e strumento di controllo*, op. cit., p. 14, l'Autore rileva che «i giganti di Internet – sono – beneficate da politiche fiscali e di altro genere che molti governi hanno varato sulla base del presupposto che lo sviluppo della Rete costituisca di per sé un elemento positivo e da favorire».

⁴ V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2015, 2, pp. 43-88. P. MARSOCCI, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, op. cit., p. 51. Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 143-155. SHAPIRO – H.V. VARIAN, *Information Rules*, Cambridge, Massa, Harvard Business School Press, 1998. E. NOAM, *Television in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 1991, 28 ss.

mation Infrastructure Commission)⁵. Inoltre, quasi in contemporanea a questi eventi, si è svolto sempre nel 2000 a Seattle il *Summit* dei leaders dell'*Internet Economy*, ove è stato rilevato che la povertà è «una grande opportunità per le aziende operanti nell'ICT», che mirano in sinergia a ridurre il *digital divide* come un nuovo programma di *business*⁶.

Ecco che i processi sociali e politici non sono esenti da questa modificazione sistemica che Internet ha causato, posto che le logiche del mercato digitale hanno pervaso ormai ogni campo di azione. Non sono infrequenti gli utilizzi di metodi e strumenti del ICTs (*Internet Communication Technologies*), come i modelli di *data mining* e *data ware house*, che fanno parte del sistema di *business intelligent*, per raccogliere dati sulle inclinazioni e interessi degli *users*, monitorando i siti di maggiore visualizzazione da parte del singolo utente e realizzando pacchetti di *links* direttamente collegati a questi cui invogliare l'utente a visitare. Saranno gli stessi utenti a ricavare da questi sistemi di profilazione una certa utilità nel proprio vissuto quotidiano.

Internet ha, infatti, cambiato il quotidiano modo di esercitare le proprie libertà e i propri diritti, perché il rapporto tra il singolo e le informazioni e i servizi in esso gravitanti, è divenuto per così dire più individuale, nel senso che apparentemente non vi sono più gli intermediari, che veicolano l'informazione o offrono il servizio, ma il singolo *user* in un rapporto alla pari condivide e raccoglie dati, selezionando autonomamente ciò che è di suo interesse. Si è creata una sorta di consapevole *do ut des* tra gli *users* e i *players* del settore: i primi cedono i propri dati per ottenere un esercizio più rapido delle proprie attività in rete, mentre i secondi offrono in cambio servizi digitali più inclini alle esigenze degli *users*. Per migliorare l'usufruibilità di Internet i *players* hanno affinato le tecniche di manipolazione dei dati inseriti in rete dai singoli *users*, in altre parole creando la c.d. *data governance*.

Per *data Governance* s'intende la definizione delle regole e il controllo sulla gestione dei dati, in termini di pianificazione, esecuzione e monitoraggio. La *data Governance* è dunque la capacità di gestire i dati come un vero e proprio *asset* aziendale, di modo da sfruttare i dati raccolti in rete nel pieno del loro valore economico. Il dato è diventato esso stesso prodotto di mercato, nonché il nuovo "petrolio" dei tempi che stiamo vivendo. Se quanto ivi rilevato appare ormai assodato per l'andamento dei mercati, anche le istituzioni pubbliche, seppur in ritardo iniziano a interessarsi della *data Governance* al fine di creare un *data driver* che sia a vantaggio dello sviluppo dei popoli e non solo dello sfruttamento economico degli stessi, dal momento che in questo modo anche i

⁵ Cfr. R. PISA, *Il digital divide e le iniziative per superarlo*, op. cit., 157 ss.

⁶ A ciò si aggiunga la realizzazione presso le Nazioni Unite nel 1999, su proposta dell'Italia, del *High Level Panel* di esperti in materie tecnologiche per redigere una relazione, il c.d. *Millennium Report*. Vedi, www.un.org/millennium/assembly.htm. Nel 2005 le Nazioni Unite hanno anche istituito un fondo di solidarietà digitale che prevede la possibilità di dotare l'1% dei contratti del settore pubblico con le società ICTs, ponendo l'obiettivo di connettere il 50% della popolazione mondiale entro il 2015. In parte l'obiettivo è stato raggiunto: due terzi degli utenti di Internet si trovano in aree in via di sviluppo, raddoppiando tra il 2009 e il 2014.

programmi politici e socio-economici possano perseguire nuovi modelli di welfare per essere realizzati sulla base di tali dati condivisi, tra l'altro, dagli stessi utenti.

3. Nuove tecnologie, data governance e gli interventi dell'Unione europea

Il concetto di *data Governance* è ormai entrato nel ventaglio concettuale di tutti gli *asset* strategici, anche politici degli Stati e, soprattutto, dell'Unione europea che dal lancio del programma per un *Digital Single Market* ha avviato una serie di iniziative e di programmazioni strategiche che prevedono dieci linee di intervento fondamentale tra cui spiccano, per i nostri fini, l'Economia dei dati e l'*e-government*.

La strategia comunitaria, che guarda al modello statunitense, persegue l'obiettivo di un mercato unico digitale al fine di realizzare un *European Electronic Communication Code*. I primi passi in questa direzione sono avvenuti con l'approvazione della direttiva 22/2002/CE che tutela gli utenti, come modificata dal successivo *Telecom Package* del 2009⁷, e, da ultimo, con il Regolamento UE *Connected Continent*⁸, approvato con procedura legislativa ordinaria in co-decisione tra Parlamento europeo e Consiglio, rilevando che la scelta dello strumento legislativo del regolamento da parte delle istituzioni europee non deve passare inosservato, perché esso è un atto normativo *self-executing*, per cui ha diretta applicazione negli ordinamenti giuridici degli Stati membri a decorrere dal 30 aprile 2016, data entro la quale gli Stati hanno dovuto inviare alla Commissione europea le proposte di sanzione in caso di violazione della disciplina ivi disposta. In particolare, sono stabili all'art. 1 gli obiettivi del regolamento ovvero quello di «*garantire un trattamento equo e non discriminatorio del traffico nella fornitura dei servizi di accesso a Internet e i relativi diritti degli utenti finali*»⁹. In ciò si apprezza la pregnanza del principio della neutralità della rete per garantire un Internet aperto ovvero si pone il problema principale cioè del *traffic management* o gestione di traffico dei dati fluttuanti in rete. Infatti, vi possono essere sia ragioni tecniche, sia commerciali, e anche politiche, che inducono i fornitori di rete e gli operatori di rete a manipolare il traffico di rete dei dati. Se però la

⁷ In materia di tutela degli utenti e protezione dei dati si segnala che il Regolamento 2016/679 abrogherà e sostituirà la direttiva 95/46/CE, a partire dal 25 maggio 2018. V. P. PASSAGLIA, *Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei social media, tra regole generali e ricerca di una specificità*, in *Consultaonline*, 28 settembre 2016; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, vol. II, *Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, Giappichelli, 2016, 9 ss.

⁸ Regolamento UE 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio, 25 novembre 2015, che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione. Si segnala, inoltre, il regolamento n. 531/2012, sulla abrogazione graduale dei sovrapprezzi di *roaming* al dettaglio.

⁹ Considerando 1 del Regolamento UE 2015/2120.

manipolazione del traffico dei dati in rete può essere giustificata in determinati casi eccezionali come le questioni di sicurezza pubblica o di congestione tecnologica, purché siano casi eccezionali sia per la brevità del caso, sia per ragioni d'interesse preminente secondo il criterio del *best effort*, non si ammettono deviazioni nella gestione del traffico per ragioni di carattere commerciale.

Per fronteggiare questi casi di *mala gestio* della rete, il regolamento vi dedica l'intero articolo tre, rubricato “*Salvaguardia dell'accesso a un'Internet aperto*”, ove al primo comma si dispone che «*gli utenti hanno il diritto di accedere a informazioni e contenuti e di diffonderli, dal momento che, ai sensi del terzo comma, i fornitori di servizio di accesso a Internet, sono obbligati ad adottare misure di gestione ragionevole del traffico dei contenuti [...]*», le quali «*devono essere trasparenti, non discriminatorie e proporzionate*». Il criterio di gestione ragionevole del traffico corrisponde a quello del *best effort* o di ragionevolezza informatica, cioè l'instradamento dei dati risponde alla tipologia di categoria di appartenenza, per cui dati uguali devono essere trattati ugualmente, dati diversi devono essere trattati diversamente. Per esempio, in caso di congestione del traffico è ragionevole privilegiare temporaneamente la trasmissione di una comunicazione istantanea rispetto al caricamento di una pagina web, perché il disagio provocato all'utente è proporzionalmente diverso¹⁰. Ovviamente, come si dispone nel quarto comma dell'art. 3, si impedisce ai fornitori di bloccare, rallentare, alterare, limitare interferire con l'accesso a Internet degli *users* «*degradando o discriminando tra contenuti specifici*»¹¹.

Si nota sin da subito che l'Ue persegue il suo obiettivo del mercato unico digitale, c.d. *Digital Single Market*, congegnando un sistema di collaborazione tra pubblico e privato, perché affida ai fornitori dei servizi digitali il compito di garantire l'effettività dei diritti degli *users*, permettendo a questi ultimi comunque di perseguire i propri interessi economici, purché ciò non deprima lo standard di qualità che devono comunque garantire al servizio di accesso básico. Il Regolamento nell'art. 3, par. 5, opera un bilanciamento tra libertà d'impresa e tutela della qualità del servizio per gli utenti prevedendo tre condizioni alle quali gli operatori economici devono sottostare per offrire servizi ottimizzati senza interferire in negativo con il principio della neutralità della rete. La prima condizione è quella di garantire una sufficiente capacità della rete di supportare

¹⁰ Cfr. Considerando 9 del Regolamento UE 2015/2120, per cui «*Il requisito relativo al carattere non discriminatorio delle misure di gestione del traffico non preclude ai fornitori di servizi di accesso a Internet la possibilità di attuare misure di gestione del traffico che distinguono tra categorie di traffico obiettivamente distinte al fine di ottimizzare la qualità complessiva della trasmissione. Al fine di ottimizzare la qualità complessiva e l'esperienza degli utenti, qualsiasi eventuale distinzione di questo tipo dovrebbe essere autorizzata solo sulla base dei requisiti obiettivamente distinti di qualità tecnica del servizio (ad esempio, in termini di latenza, jitter, perdita di pacchetti e larghezza di banda) delle specifiche categorie di traffico e non sulla base di considerazioni di ordine commerciale. Tali misure distintive dovrebbero essere proporzionate rispetto all'obiettivo di ottimizzare la qualità complessiva e dovrebbero trattare allo stesso modo tipologie di traffico equivalenti. Dette misure dovrebbero essere mantenute per il tempo strettamente necessario*».

¹¹ Art. 4, comma IV, del Regolamento UE 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio, 25 novembre 2015. *Ex multis*, E. BIASINI, “Router Freedom” e “Modem Libero”. *Il diritto di accesso a Internet, la neutralità della rete ed il diritto di scegliere il proprio terminale*, in *Rivista Medialaws*, 6 ottobre 2020.

tanto i servizi d'accesso ad Internet, tanto i servizi aggiuntivi; la seconda condizione impone agli operatori e ai fornitori di rete di non sostituire i servizi d'accesso ad Internet con i servizi aggiuntivi; la terza condizione vieta la riduzione della disponibilità o qualità generale dei servizi d'accesso ad Internet a favore dei servizi aggiuntivi. L'operato dei privati in questo settore è posto così sotto il controllo delle Autorità nazionali, alle quali il regolamento demanda il potere regolamentare di imporre *«requisiti concernenti le caratteristiche tecniche, i requisiti minimi di qualità del servizio e altre misure adeguate e necessarie a uno o più fornitori di comunicazioni elettroniche al pubblico, incluso ai fornitori di servizi di accesso a internet»* (art. 5).

Il percorso già tracciato negli States e dall'Ue è quello di adottare un approccio *case by case* per non imbrigliare a livello normativo l'evoluzione tecnologica del settore del digitale, cercando tuttavia di predisporre strumenti giuridici che siano in grado di tutelare l'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali in rete ed eventualmente sanzionando le violazioni e i comportamenti dannosi da parte degli operatori del settore. Quel che preme sottolineare è che il ruolo delle *Agencies* pare essere cruciale perché esse devono monitorare il comportamento dei fornitori di servizi, affinché questi garantiscano uno *standard* di qualità del servizio di accesso alla rete, il quale fungerà da parametro di giudizio per i casi che si dovessero presentare. Infatti è la diversa qualità del servizio di accesso alla rete che potrebbe interferire con l'esercizio dei diritti degli *users* in rete, nonché aumentare il fenomeno del *digital divide* culturale, perché, se non si garantisce uno standard minimo di accesso che abbia una qualità soddisfacente, il singolo *user* potrebbe essere indotto (e non per libera scelta) a pagare un costo più elevato per ottenere un servizio di accesso quantomeno accettabile¹².

Si ritiene che la regolamentazione dell'Internet che si sta intraprendendo pare essere la soluzione più consona che si ispira alle idee del liberalismo politico e economico, e non agli eccessi del liberismo economico in cui il mercato digitale faceva da padrone. Il liberalismo politico e economico garantisce l'esercizio delle libertà civili, politiche e economiche sotto il controllo vigile delle autorità pubbliche, perché permette, da un lato il rispetto delle caratteristiche principali della rete che si suole sintetizzare nel principio del *innovation without permission*, ovvero ciò che fa del web uno spazio entro il quale le libertà possono esprimere il loro potenziale, di modo da migliorare di volta in volta le innovazioni, dall'altro con il controllo costante da parte di autorità pubbliche in grado di proteggere gli *users* e di perseguire le evoluzioni tecnologiche di pari

¹² In questo senso anche Van Schewick, che sostiene come *«The type of Quality Service interferes with users's ability to use the applications of their choice without interference from network providers and enables network providers to use the provision of Quality of Service as a tool to distort competition among applications within a class, which is exactly what network neutrality rules are designed to prevent»*, in B. VAN SCHEWICK, *Network Neutrality and Quality of Service: What a Nondiscrimination Rule Should Look Like*, op. cit., p. 163.

passo per assicurare un livello di qualità elevata dell'accesso alla rete, che diventa piazza di esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali del singolo¹³.

Tuttavia, l'Ue per perseguire il DSM Strategy non si è limitata a garantire un accesso più libero alla rete, bensì ha predisposto una serie di interventi legislativi che guidino anche i privati nella raccolta qualitativa dei dati, sempre in un'ottica di condivisione del dato tra pubblico e privato che si è del resto rilevato utile (o avrebbe potuto essere maggiormente utile) per fronteggiare l'emergenza sanitaria¹⁴.

Lungo questo percorso l'intervento più significativo è avvenuto con il regolamento e-IDAS sui servizi di identificazione elettronica, direttive sui contratti pubblici, sui pagamenti, sulle fatture elettroniche), che si pongono l'obiettivo di incoraggiare l'interoperabilità delle soluzioni adottate dalle pubbliche amministrazioni degli Stati membri nella trasformazione digitale, nonché nel rapporto tra le pubbliche amministrazioni e privati.

Tra gli obiettivi della *DSM Strategy* vi è l'aumento di efficienza delle pubbliche amministrazioni e il miglioramento dei servizi pubblici per cittadini e imprese, potenziando i sistemi di identità digitale. Il piano d'azione per l'*e-government* 2016-2020 si concentra infatti su *e-procurement*, registri delle imprese interoperabili, *Single Digital Gateway* per l'accesso ai servizi pubblici; banche dati interoperabili; condivisione dei dati pubblici in ambiente digitale sicuro. *Ergo* anche le istituzioni eurounitarie si accingono a implementare il sistema di gestione dei dati, c.d. *data governance*, per efficientare i servizi al cittadino.

4. *E-government* e i sistemi di identità digitali al servizio dei diritti e libertà fondamentali

Il rapporto tra pubbliche amministrazioni e cittadini è cruciale nei progetti di riforma dell'Ue, tanto da avviare un processo di digitalizzazione della p.a. in tutti gli Stati membri, il cui fine ultimo è quello di garantire un efficientamento dei servizi resi ai cittadini. Per tale ragione è stato ideato il sistema di identità digitale, a partire dalla approvazione del regolamento europeo n. 910 del 23 luglio 2014, c.d. e-IDAS, entrato in vigore il 1 luglio 2016, e, in Italia, con la realizzazione dello SPID, previsto nel d.lgs. n. 82, del 7 marzo 2005 e successive modifiche (da ultimo il d.lgs. 26 agosto 2016, n.179), e a cui è stato dato attuazione con il d.p.c.m. 24 ottobre 2014.

Il sistema di identificazione elettronica è stato oggetto di normazione con la direttiva del 1999/93/CE e, poi abrogata dal regolamento e-IDAS. Il re-

¹³ Cfr. BEREC *Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*, agosto 2016.

¹⁴ Al momento in cui si scrive è in corso il dibattito pubblico sulla funzionalità e utilità delle app pubbliche per il *contact tracing* e inoltre si rimarca la necessità di instaurare una *partnership* con Google per la condivisione dei dati sanitari e gli spostamenti delle persone fisiche. Cfr., A. LONGO, *L'App Immuni cambia. Seguirà il modello decentralizzato di Apple e Google*, in www.ilsole24ore.it, 22 aprile 2020; F. APERIO BELLA, *L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull'emergenza sanitaria)*, in *Rivista PA, Persona e Amministrazione*, 2020, 1, pp. 219-245.

golamento e-IDAS ha come obiettivo quello di eliminare le barriere transfrontaliere dei mezzi di identificazione elettronica utilizzata negli Stati almeno per l'autenticazione dei servizi pubblici resi al cittadino. È emerso che per raggiungere tale obiettivo, la nuova disciplina è incentrata sulla necessità di garantire effettivamente la sicurezza della trasmissione e condivisione dei dati, nonché una maggiore fruibilità per i soggetti di diritto, tanto persone fisiche, tanto persone giuridiche, dei servizi pubblici *on line* che ogni Stato offre all'interno del proprio spazio nazionale, ma che aspira ad offrire in un'ottica transfrontaliera per raggiungere un mercato unico digitale¹⁵. All'art. 8, par. 7, si delega alla Commissione europea il compito di emanare linee guida che determinino i tre livelli di sicurezza che devono essere garantiti nell'interoperabilità dei servizi di identificazione elettronica tra Stati membri, quali il livello basso, significativo ed elevato, prevedendo una gradazione crescente dei controlli tecnici per ridurre il rischio di uso abusivo o alterazione dell'identità. In particolare, la Commissione ha emanato la decisione n. 296 del 24 febbraio 2015 al fine di garantire procedure semplificate di "revisione *inter pares*" tra gli Stati membri che intendono accedere a questo sistema di cooperazione ed interoperabilità unionale dei regimi di sicurezza di identificazione elettronica¹⁶, posto che il riconoscimento reciproco degli strumenti di identificazione *on-line* è obbligatorio per il settore pubblico, mentre è concepito come una facoltà per il settore privato, e, successivamente, la decisione n. 1502 dell'8 settembre 2015, con la quale la Commissione ha stabilito le specifiche tecniche dei livelli di sicurezza garantiti ponendo come *vademecum* iniziale il ISO/IEC 29115, quale principale norma internazionale disponibile in materia di livelli di garanzia per i mezzi di identificazione elettronica¹⁷.

Un ulteriore passo in avanti è stato quello di infondere fiducia nei sistemi di identità digitale e nel loro utilizzo da parte dei cittadini. Al riguardo, la Commissione ha approvato il Regolamento di esecuzione 2015/806 del 22 maggio 2015, col quale ha definito le specifiche relative alla forma del marchio di fiducia UE per i servizi fiduciari qualificati. In particolare, il regolamento n. 910/2014, dispone che i prestatori di servizi fiduciari qualificati possano utilizzare un marchio di fiducia per i servizi fiduciari qualificati per incrementare la fiducia in tali servizi e la facilità d'uso per gli utenti. Lo scopo del marchio di fiducia è proprio quello di rendere immediatamente intellegibili e identificabili

¹⁵ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Una prima lettura del reg. UE n. 910/2014 (c.d. eIDAS): identificazione on line, firme elettroniche e servizi fiduciari*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, 3, 419 ss.

¹⁶ DECISIONE DI ESECUZIONE (UE) 2015/296 DELLA COMMISSIONE del 24 febbraio 2015 che stabilisce modalità procedurali per la cooperazione tra Stati membri in materia di identificazione elettronica a norma dell'articolo 12, paragrafo 7, del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno.

¹⁷ Considerando 3, REGOLAMENTO DI ESECUZIONE (UE) 2015/1502 DELLA COMMISSIONE dell'8 settembre 2015 relativo alla definizione delle specifiche e procedure tecniche minime riguardanti i livelli di garanzia per i mezzi di identificazione elettronica ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno.

da parte degli utenti i servizi fiduciari qualificati rispetto ad altri servizi fiduciari, contribuendo in tal modo alla trasparenza nel mercato e, conseguentemente, favorendo la fiducia nei servizi on-line e la loro facilità d'uso. È uno *step* definito dalla stessa Commissione fondamentale, «*affinché gli utenti possano beneficiare appieno dei servizi elettronici e se ne avvalgano consapevolmente*»¹⁸, come del resto si ribadisce nell'art. 4 del medesimo Regolamento di esecuzione.

A questi interventi si aggiungono inoltre a completamento del sistema e-IDAS, la decisione esecuzione (UE) 2015/1506 della Commissione dell'8 settembre 2015 che stabilisce le specifiche relative ai formati delle firme elettroniche avanzate e dei sigilli avanzati che gli organismi del settore pubblico devono riconoscere, di cui all'articolo 27, paragrafo 5, e all'articolo 37, paragrafo 5, del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno; nonché la decisione di esecuzione (UE) 2016/650 della Commissione del 25 aprile 2016 che definisce le norme per la valutazione di sicurezza dei dispositivi per la creazione di una firma e di un sigillo qualificati a norma dell'articolo 30, paragrafo 3, e dell'articolo 39, paragrafo 2, del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno.

Il sistema unionale di identificazione elettronica, così come congeniato dalle istituzioni eurounitarie, si erge dunque su due pilastri fondamentali, la garanzia della sicurezza del sistema e l'efficiamento dei servizi pubblici on-line, nel pieno rispetto prima della direttiva 95/46/CE sul trattamento dei dati personali, e successivamente del Regolamento Privacy, che ha abrogato e sostituito la direttiva privacy¹⁹. Per raggiungere questo obiettivo si è strutturato un sistema *in progress* che sarà oggetto di verifiche da parte delle autorità di vigilanza nazionali ed europee, al fine di presentare al Parlamento europeo e al Consiglio i risultati raggiunti entro il 2020. Il metodo del controllo periodico si rivela molto utile per testare l'impatto dei sistemi di identificazione elettronica sulla tutela della identità personale e l'efficiamento dei servizi pubblici in rete, anche in relazione alla nuova disciplina eurounitaria sul trattamento dei dati personali, soprattutto con riferimento alle definizioni nella materia in oggetto all'art. 3 del regolamento e-IDAS. Quel che preme ivi rilevare è che per la Commissione la cartina di tornasole per verificare il buon esito di funzionamento del sistema di identità digitale su scala eurounitaria è quella di aver innescato la "fiducia" in tale sistema da parte dei cittadini per invogliarli ad utilizzare i servizi pubblici on-line. È un nodo cruciale quello fiduciario che si annida

¹⁸ Regolamento di esecuzione (UE) 2015/806 del 22 maggio 2015, che stabilisce le specifiche relative alla forma del marchio di fiducia UE per i servizi fiduciari qualificati.

¹⁹ Il nuovo regolamento UE 2016 (679) del Parlamento e del Consiglio del 27 aprile 2016, *relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)*, entrato in vigore nel maggio 2016, ma applicabile a partire dal maggio 2018 secondo il disposto dell'art. 99, comma 2.

nel rapporto tra pubbliche amministrazioni e cittadini e che trasla dunque anche nel digitale. Se i cittadini hanno fiducia in tali sistemi di identità digitali, saranno predisposti ad utilizzare i servizi pubblici on-line. Questo non è uno scoglio di poco conto da superare, soprattutto se si tiene conto che a livello empirico gli utenti del web si fidano maggiormente dei *players* privati, piuttosto che delle istituzioni per esercitare i propri diritti e libertà in rete. L'unico modo per innescare fiducia nei cittadini sul buon uso dei sistemi di identità digitale è quello di incrementare le risorse per garantire elevati sistemi di sicurezza e, soprattutto, garantire il funzionamento efficiente dei servizi pubblici on-line.

4.1. Il sistema di identità digitale italiano e la tutela dei dati

La Repubblica italiana si è da sempre posta tra i primi Stati a livello europeo nel prevedere a livello legislativo il sistema di identità digitale c.d. SPID. Lo SPID è stato introdotto nell'ordinamento italiano già nel 2005 con l'art. 64 del CAD, da modificato dal d.lgs. n. 179 del 2016. In particolare, dall'articolo 64, comma 2-ter, si ricava una definizione *in nuce* di cosa si debba intendere per SPID: esso «è costituito come insieme aperto di soggetti pubblici e privati che, previo accreditamento da parte dell'AgID, secondo modalità definite con il decreto di cui al comma 2 sexies, identificano gli utenti per consentire loro l'accesso ai servizi in rete»²⁰. Pertanto, il sistema SPID ha una doppia natura funzionale: è sia un sistema di identificazione, sia un sistema di accesso ai servizi in rete.

È innanzitutto un sistema di identificazione a cui si suole aggiungere l'aggettivo “digitale”, cogliendo l'evoluzione dei tempi che registrano la creazione di una vita “digitale” dei soggetti giuridici accanto alla vita “reale”. Al riguardo, il d.lgs. n. 179 del 2016 elabora, in parte, quanto già espresso nell'art. 1, lett o) del d.p.c.m del 24 ottobre 2014: una definizione di identità digitale. In particolare, dispone all'art. 1, lett. u-quater, che l'identità digitale è «la rappresentazione informatica della corrispondenza tra un utente e i suoi attributi identificativi, verificata attraverso l'insieme dei dati raccolti e registrati in forma digitale secondo le modalità fissate nel decreto attuativo dell'articolo 64»²¹.

Il sistema SPID, in vigore già dall'aprile 2016, è dunque un sistema federato di gestione dell'identità digitale che consente ai soggetti giuridici, persone fisiche e giuridiche, di utilizzare le medesime credenziali per l'accesso ai servizi in rete forniti da diversi fornitori sia privati, che pubblici, perseguendo gli obiettivi che già erano stati posti nel CAD. Si prevede, inoltre, l'obbligo per tutti i soggetti qualificati dall'art. 3 del decreto ministeriale come “partecipanti

²⁰ V. AMENTA, A. LAZZARONI, L. ABBA, *L'identità digitale: dalle nuove frontiere del Sistema Pubblico di Identificazione (SPID) alle problematiche legate al web*, in *Cyberspazio e diritto*, vol. 16, n. 52, 1, 2015, pp. 11-28. G. FINOCCHIARO, *La protezione dei dati personali e la tutela dell'identità*, in AA.VV., *Diritto di Internet*, UTET GIURIDICA, 2014, pp. 151-181. A. PRINCIPATO, *Verso nuovi approcci alla tutela della privacy: privacy by design e privacy by default settings*, in *Contratto e impresa*, 2015, 1, pp. 197-227.

²¹ La regolamentazione dello SPID è reperibile nel d.p.c.m. del 24 ottobre 2014, dal quale si ricavano le norme che stabiliscono i livelli di autenticazione informatica progressivamente crescenti in termini di sicurezza, stabiliti all'art. 6 del decreto ministeriale.

allo SPID” di aderirvi, posto che le pubbliche amministrazioni sono state obbligate a prendere parte al sistema SPID entro 24 mesi dall’accreditamento del primo gestore dell’identità digitale, avvenuto con delibera di *Accredita* del 28 giugno 2016.

Del resto, il nuovo CAD qualifica come un diritto, per l’appunto, l’assegnazione di un’identità digitale ai sensi dell’art. 3, 1 *quinques*, per *tutti i cittadini e le imprese*, nonché, ai sensi del comma 1 *sexies*, per *tutti gli iscritti all’Anagrafe nazionale della popolazione residente*²². Quanto ivi rivelato, dimostra che il sistema di SPID è funzionale ai diritti e alle libertà fondamentali dei cittadini, perché concretizza il diritto degli stessi di esercitare tali prerogative anche nel web. Lo SPID pare rafforzare in rete l’esercizio effettivo dei diritti del singolo soggetto giuridico, il quale è messo realmente nelle condizioni di poter gestire autonomamente la propria identità digitale, ed accedere ai servizi pubblici on-line, al pari di quando usufruisce delle piattaforme digitali private per esigenze non istituzionali.

La differenza da rimarcare tra l’utilizzo dello SPID per usufruire dei servizi pubblici (*rectius* per esercitare i propri diritti) e l’utilizzo delle piattaforme digitali dei *players* privati, risiede non a caso nella maggior tutela di sicurezza dei dati immessi dal singolo, nonché nella usabilità degli stessi.

La raccolta e la condivisione dei dati personali tramite SPID tra i gestori delle identità digitali, i fornitori dei servizi in rete e gli *users*, non sono oggetto di profilazione. Questo sta ad indicare che tali dati sono tutelati pienamente e che non potranno essere oggetto di cessione o scambio economico per fini diversi da quelli istituzionali per i quali ogni singola istituzione pubblica ha richiesto il rilascio per l’accesso al servizio pubblico offerto in rete. Ciò si evince dal combinato disposto degli artt. del CAD e della normativa *privacy* cui espressamente rinvia l’art. 2, comma V, del CAD. In particolare l’art. 44 del CAD, disponendo i requisiti per la gestione e conservazione dei documenti informatici alla lettera f) del comma I, prevede l’obbligo per i gestori di garantire l’accesso in condizioni di sicurezza alle informazioni del sistema nel rispetto delle disposizioni in materia di tutela dei dati personali, tra i quali rientrano i dati sensibili e i dati giudiziari la cui trasmissibilità tra pubbliche amministrazioni può avvenire solo se previsto da legge, nelle modalità ivi previste e solo per fini istituzionali. Da ciò si esclude che i dati sensibili dei soggetti che accedono a SPID siano oggetto di profilazione, dato l’espresso divieto del Codice *privacy*, come modificato dal Regolamento 2016/679, cui si rinvia interamente per la disciplina del trattamento dei dati personali²³. Ergo l’integrità della identità del singolo e i dati sensibili continuano ad avere una tutela giuridica e informatica maggiore rispetto agli altri dati che sono già più facilmente accessibili dai terzi.

Al riguardo, si noti che nei successivi artt. 50 e 51, comma II, del CAD, si dispone che i documenti informatici delle pubbliche amministrazioni devono essere custoditi e conservati per garantire l’integrità, la riservatezza, ed evitare

²² D.lgs. n. 179 del 2016, art. 3, comma 1 *quinques*.

²³ E.C. PALLONE, *La profilazione degli individui connessi a Internet: privacy online e valore economico dei dati personali*, in *Cyberspazio e diritto*, vol. 16, n. 53, n. 2, 2015, pp. 295-327.

l'utilizzo abusivo degli stessi, fuori dai limiti consentiti per le finalità espresse da legge, ovvero le p.a. potranno condividere i dati, grazie al sistema SPID (che è un sistema federato di accesso ai servizi erogati in rete dalle pubbliche amministrazioni e tra pubbliche amministrazioni), esclusivamente per i loro fini istituzionali tramite l'ausilio del sistema pubblico di connettività (SPC).

Si ricordi che è stato di recente approvato il nuovo regolamento UE 2016 (679) del Parlamento e del Consiglio del 27 aprile 2016, entrato in vigore nel maggio, ma applicabile a partire dal maggio 2018 secondo il disposto dell'art. 99, comma 2. Il presente regolamento, *«relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)»*, ha modificato la precedente normativa in materia di trattamento di dati personali con una ricaduta notevole sulle legislazioni nazionali al fine di uniformare la normativa in questione su scala euromunitaria²⁴. Si pone all'evidenza sin da subito che il detto regolamento presenta come criteri-guida la minimizzazione dell'uso dei dati e la limitazione delle finalità di utilizzo nei sistemi di identificazione e autenticazione digitali, come espressamente sancito nell'art. 5, lett. b) e c)²⁵.

5. Digital transformation, e-government e data governance al servizio dei diritti e delle libertà fondamentali

L'obiettivo che si persegue è dunque quello di rendere concretamente fruibile l'amministrazione digitale, di cui lo SPID ne è un'asse portante²⁶. Del resto, Ai sensi dell'art. 2, comma 2, del CAD, tutte le pubbliche amministrazioni sono state tenute ad adeguarsi al sistema SPID entro 24 mesi dal primo accreditamento.²⁷

In particolare si parla di *digital first*, ovvero l'obbligo per le p.a. di sostituire gli attuali procedimenti in formato cartaceo con quelli in formato digitale²⁸. I regolamenti attuativi offrono un panorama normativo in questo senso incrementando i diritti digitali di cittadini ed imprese, già previsti nell'artt. 3 e 12 del CAD e nel nuovo art. 3 bis della l. n. 241 del 1990, ove si dispone che *«per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati»*²⁹.

²⁴ P. PASSAGLIA, *Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei social media, tra regole generali e ricerca di una specificità*, in *www.giurcost.it*, 28 settembre 2016, fasc. n. 3.

²⁵ Regolamento UE 2016 (679) del Parlamento e del Consiglio del 27 aprile 2016: Articolo 5 - Principi applicabili al trattamento di dati personali.

²⁶ F. BRUGALETTA, *Lo stato di informatizzazione della p.a. in Italia e in Europa*, in *Diritto dell'Internet*, op. cit., pp. 691-712. F. Cardarelli, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 1, pp. 227-273.

²⁷ V. *www.agid.com*. *Ex multis*, P. FORTE, *Diritto amministrativo e data science. Appunti di intelligenza amministrativa digitale*, in *Rivista Pa, Persona e Amministrazione*, 2020, 1, pp. 247-300.

²⁸ Cfr. d.p.c.m. 13 novembre 2014, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 8 del 12 gennaio 2015.

²⁹ V. anche l'art. 12 del CAD.

In ciò si inserisce il fenomeno della *digital transformation* che sta interessando anche la pubblica amministrazione. L'Italia con la dichiarazione ministeriale sull'*e-Government* sottoscritta a Tallin nell'ottobre 2017, ha impegnato il nostro Paese, così come gli altri Stati Membri, alla realizzazione dei principi e degli obiettivi dell'*e-Government Action Plan 2016-2020*, che è parte integrante della strategia del *Digital Single Market* europeo. Al riguardo si parla di *e-government* ovvero di amministrazione digitale che persegue tutte le attività di diffusione di informazioni ed erogazione di servizi che il sistema pubblico realizza grazie all'ausilio delle reti telematiche (in particolare della rete Internet), sfruttando il sistema di identità digitale. L'*e-government* abbraccia sia i rapporti tra le amministrazioni pubbliche e cittadini e le imprese, sia i rapporti tra le amministrazioni pubbliche stesse, garantendo un sistema di interoperabilità e di comunicazione efficiente dei dati tra pubbliche amministrazioni. In questo modo i dati circolano all'interno del sistema pubblico informatico, garantendo un efficientamento dei servizi pubblici a favore del cittadino. Si pensi a titolo di esempio come migliora il servizio di rilascio di documenti, se le amministrazioni pubbliche condividono e validano vicendevolmente a livello informatico i dati presenti nei rispettivi *database*³⁰.

Tuttavia, il timore che le banche dati in possesso delle p.a. e dei gestori delle identità digitali possono essere piegati ad interessi ultronei, genera scetticismo per la tutela delle identità dei singoli. Se tale timore trova riscontro nei vari episodi di hackeraggio³¹, non deve distogliere l'attenzione dal miglioramento in termini di qualità della vita e di esercizio dei diritti che le nuove tecnologie offrono, ma deve concentrarsi sulla creazione di un sistema di responsabilità in caso di disservizio seguendo lo sviluppo delle tecnologie della sicurezza informatica. Dello stesso avviso pare essere la giurisprudenza amministrativa che sanziona le amministrazioni inadempienti rispetto all'adeguamento all'Agenda digitale, e individua come responsabili in caso di mal funzionamento delle piattaforme digitali i soggetti pubblici che erogano servizi *on line*³². A tal fine la Corte dei conti ha ritenuto responsabili per danno erariale i dirigenti pubblici di un ente locale, che non abbiano raggiunto negli indici di risultato per l'assolvimento degli obblighi di incremento di pubblicità e trasparenza, pur percependo l'indennità di risultato³³, mentre il Tar Puglia è andato oltre, stabi-

³⁰ A. SACCHI, F. SQUARTINI, *L'(in)efficienza del settore pubblico e il ruolo dell'e-government*, in *Rivista di economia, cultura e ricerca sociale*, 2019, 14, pp. 25-53.

³¹ Si pensi al caso del sito INPS in piena emergenza sanitaria dello scorso marzo 2020, quando i dati di milioni di cittadini vennero resi pubblici per errore per aver fatto richiesta online di riconoscimento del bonus di 600 euro. *Ex multis*, A. ROCIOLA, P. FIORE, *Sito dell'Inps in tilt. "Attacco hacker". Ma analisti lo escludono*, in *www.agi.it*, 01 aprile 2020.

³² Cfr. T.A.R. Trentino, 15 aprile 2015, n. 149. In particolare il giudice amministrativo ha ritenuto responsabile tanto l'ideatore della piattaforma che non abbia procedura a risolvere le eventuali anomalie di funzionamento, tanto il pubblico funzionario che, informato delle anomalie, non abbia proceduto tempestivamente le attività necessarie per accogliere le istanze del richiedente. Vedi anche, T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 24 novembre 2015, n. 523; T.A.R. Puglia- Bari, Sez. I, 18 dicembre 2015, n. 1646.

³³ Corte dei conti Lazio, 2 febbraio 2015.

lendo che è onere della pubblica amministrazione assumersi il rischio dei mal-funzionamenti e degli esiti anomali dei sistemi informatici di cui la stessa si avvale³⁴.

La giurisprudenza amministrativa affronta i problemi che un sistema di gestione di identità digitale può causare, facendo trasparire una consapevolezza nei giudici ovvero che l'amministrazione digitale deve essere pienamente perseguita e che non sono più accettati i comportamenti remissivi delle p.a. che si trincerano dietro le problematiche della tutela della sicurezza dei dati in rete. In particolare, quanto ivi sostenuto sembra ampiamente trasparire dal Rapporto sull'informatica pubblicato della Corte dei Conti³⁵, che richiama le determinazioni dello OECD nel *Multilingual Summaries OECD Digital Economy*. L'OECD ha sottolineato infatti che «L'innovazione digitale e i nuovi modelli imprenditoriali stanno trainando la trasformazione, specie dei posti di lavoro e degli scambi commerciali. L'innovazione basata sui dati, i nuovi modelli imprenditoriali e le applicazioni digitali stanno modificando il funzionamento della scienza, dei governi, delle città, e di settori come la sanità e l'agricoltura»³⁶.

È evidente che le Amministrazioni devono offrire servizi on-line semplificati, in grado di consentire ad un'ampia platea di utenti un esteso e più facile utilizzo dei servizi stessi. L'e-government e la data governance pubblica svolgono un ruolo trainante per lo sviluppo del Paese sia dal punto di vista economico che culturale, portando l'attività amministrativa a massimizzare il rispetto dei canoni di efficienza ed economicità.

Al riguardo illuminante è la pronuncia del Consiglio di Stato n. 2270 del 9 aprile 2019, che sostiene «in generale non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'Amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti (...). L'utilizzo di procedure di digitalizzazione nella gestione dell'interesse pubblico sia conforme ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 10, comma 1, della l. n. 241/1990), i quali, secondo il principio costituzionale del buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale».

Secondo la Corte dei conti è necessario un approccio organico che sviluppi una data governance pubblica per favorire la possibilità dei cittadini, delle istituzioni e delle imprese, di fornire i dati una sola volta all'amministrazione «che abbia esigenza di disporne (c.d. principio del *once only*), con ciò consenten-

³⁴ Cfr. T.A.R. Puglia, 28 luglio 2015, n. 1094. V., G. SGUEO, *L'Amministrazione digitale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2016, 1, 114 ss. B. BARMANN, *La responsabilità della amministrazione per il cattivo funzionamento dei sistemi informatici – il commento*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2016, 3, 393 ss.

³⁵ Corte dei conti, sezioni riunite in sede di controllo, *Rapporto sull'informazione pubblica*, settembre-ottobre 2019.

³⁶ https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-digital-economy-outlook-2017/summary/italian_6553fcf7-it;jsessionid=t4n40Tmb8SnY_BuXbC5YX XTC.ip-10-240-5-111.

do la fattiva realizzazione dell'interoperabilità e della gestione del “dato”, certo e condiviso, con i conseguenti benefici in termini di efficienza della Pubblica amministrazione»³⁷. Le nuove tecnologie sono dunque diventate strumenti di inclusione nel rapporto tra cittadini e p.a., facilitando l'esercizio dei diritti dei singoli e migliorando l'efficacia dell'apparato amministrativo. Strumentali a tale obiettivo sono i sistemi di identità digitale, come SPID, perché ciascun individuo con le stesse credenziali d'accesso potrà autonomamente gestire i propri rapporti con le p.a.; inoltre, le p.a. aumenteranno i propri canali di interoperabilità e comunicazione dei dati, efficientando i servizi pubblici e riducendo i costi di gestione.

6. La *digital transformation* e l'esercizio di diritti fondamentali e delle libertà personali: compressione o miglioramento? Criticità e prospettive ai tempi del Covid-19

Il fenomeno epocale della pandemia generata dalla diffusione del virus Covid-19 sta velocemente rimescolando le carte delle certezze (o presunte tali) su cui gli Stati si ergevano e reggevano. Un evento così prolungato ha avuto almeno il merito di aver posto l'attenzione degli Stati sulle tematiche legate alle nuove tecnologie, non più soltanto da un punto di vista economico, ma soprattutto dal punto di vista della concretezza dell'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali.

Seppur gli Stati e le istituzioni sovranazionali avessero da tempo intrapreso strategie “*digital*”, anche per contrastare il potere geopolitico che i *players* del settore sono già in grado di esercitare, il dato lampante è che siamo ancora molto indietro sul fronte della garanzia dell'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali in rete. Infatti il massiccio utilizzo delle nuove tecnologie e soprattutto, dell'accesso ad Internet, nel periodo della pandemia, ha acuito, questa volta in positivo, un dato rilevante: le nuove tecnologie incrementano le possibilità di accesso al patrimonio conoscitivo e ai servizi, non solo in termini quantitativi perché il numero dei soggetti che accedono ad Internet è su scala globale, ma soprattutto in termini di facilitazione all'usufruità dei servizi online, offerti sia dai poteri pubblici che dai privati.

Quanto rilevato evidenzia l'importanza strategica dell'accesso ad Internet per accedere al patrimonio digitalizzato della conoscenza e dei servizi direttamente connessi ai diritti e le libertà fondamentali, tale da riaccendere i riflettori su una questione dibattuta ormai da quasi un decennio: l'accesso ad Internet è un diritto fondamentale perché permette e agevola l'esercizio dei diritti e delle libertà della persona, permettendo al singolo di goderne e di stimolare la propria personalità³⁸.

³⁷ Corte dei conti, sezioni riunite in sede di controllo, *Rapporto sull'informazione pubblica*, settembre-ottobre 2019, 5 ss.

³⁸ O. POLLICINO, G. ROMEO (a cura di), *The Internet and Constitutional Law: The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, London and New York, 2016. T. E. FROSINI, *Libertà, Egalité, Internet*, editoriale, in *Percorsi costituzionali*, 2014, 2, p. 3. Corte Supre-

Tuttavia, se da una parte l'emergenza Covid-19 ha avuto il merito di accelerare il processo di digitalizzazione dei servizi pubblici e della pa, attraverso l'utilizzo massimo della *data governance* e l'implementazione dei sistemi di identità digitale, dall'altra ha tagliato fuori da questa rivoluzione intestina tutta quella fetta della popolazione che non può accedere ad Internet per problemi economici e mancanza delle dotazioni strumentali adeguate, pensiamo agli studenti di ogni ordine e grado e alle problematiche connesse alla DAD ovvero didattica a distanza, o a chi non ha i mezzi economici per accedere ai servizi pubblici online tramite i sistemi di identità digitale (si pensi alla necessità di SPID per accedere al bonus 600 euro), oppure per chi non è in grado di accedere ad Internet perché non ha sviluppato le capacità e le conoscenze digitali, tra tutti si pensi alla popolazione più anziana. Il *digital divide* è un problema che gli Stati europei stanno cercando di arginare, come si evince dal *Digital Economy and Society Index* (DESI), della Commissione europea, ma l'Italia non appare certamente tra i Paesi più virtuosi.

Il DESI 2019 evidenzia la situazione dell'evoluzione digitale in Europa, dimostrando che le politiche avviate dalla Commissione per un unico grande mercato digitale non sono ancora in grado di soddisfare le aspettative. In particolare, l'indice DESI rileva i progressi compiuti dagli Stati membri in termini di digitalizzazione su cinque dimensioni, quali: a) connettività; b) capitale umano; c) uso dei servizi internet da parte dei cittadini; d) integrazione delle tecnologie digitali; e) servizi pubblici digitali. Ogni dimensione è l'insieme di indicatori che, analizzati singolarmente, permettono di comprendere l'evoluzione nel tempo della competitività digitale di ciascuno Stato membro, in comparazione con gli altri Stati³⁹.

ma federale degli Stati Uniti d'America, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844. Cfr. V- ZENO ZENCOVICH, traduzione, in *Rivista dell'Informazione e dell'Informatica*, 1996, 604 ss. P. COSTANZO, *Profili costituzionali di internet*, in E. TOSI (a cura di), *Diritto di internet e dell'e-business*, III ed., Milano, Giuffrè, tomo I, 74 ss. *Conseil constitutionnel*, *décision* n. 2009-580 DC, 10 giugno 2009, *considérant* 12. La sentenza è consultabile in lingua italiana in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2009, 525 ss. Vedi, P. PASSAGLIA, *L'accesso ad Internet è un diritto (il Conseil constitutionnel francese dichiara l'incostituzionalità di parte della c.d. "legge anti file-sharing)*, in *Foro.it*, IV, 473. Molte Costituzioni di terza generazione costituzionalizzano il diritto di accesso ad Internet, in particolare, si annoverano la Costituzione greca del 2001, che all'art. 5, statuisce che «*All persons are entitled to participate in the Information Society. Facilitation of access to electronically handled information, as well as of the production, exchange and diffusion there of constitutes an obligation of the State, always in observance of the guarantees of articles 9, 9A and 19*»; la Costituzione dell'Honduras, il cui art. 182 parla espressamente di *habeas data*; la Costituzione del Venezuela che all'art. 108 obbliga lo Stato a garantire «*servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información*». E infine, l'art. 16, comma 3, della Costituzione dell'Ecuador che riconosce espressamente «*El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación*». Vedi, G. D'IPPOLITO, *La proposta di un art. 34-bis in Costituzione*, in M.R. ALLEGRI, G. D'IPPOLITO, (a cura di), *Accesso a Internet e neutralità della rete fra principi costituzionali e regole europee*, 2017.

³⁹ Il DESI è consultabile al seguente sito: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/shaping-digital-single-market>.

L'Italia si colloca al 25° posto del 2018 al 24 del 2019, su 28 Paesi, permanendo sotto la media EU, a causa di problemi strutturali che incidono sul risultato complessivo, nonostante si rilevi una tendenziale crescita in alcune aree indicizzate dal DESI. Migliora invece sul fronte della “Connettività” (da 26esimi dello scorso anno a 19esimi) e dei “Servizi pubblici digitali” (da 19esimi a 18esimi).

Il dato più preoccupante è quello relativo alla dimensione “*uso dei servizi internet da parte dei cittadini?*”, perché l'Italia si colloca al 25° posto senza che si siano registrati margini di miglioramento. In specie, mentre sono stati registrati lievi aumenti nello *shopping online* (dal 44 per cento degli utilizzatori di internet al 47 per cento, contro una media europea del 69 per cento), non vi è un miglioramento sull'utilizzo dei servizi pubblici on-line. In particolare la categoria degli “*utenti e-Government?*” è la peggiore, perché l'Italia si classifica al penultimo posto in classifica fra i paesi UE. La ragione non è attribuibile soltanto alla bassa “alfabetizzazione digitale”, bensì anche alla scarsa qualità dei servizi offerti on-line dalle pa perché poco accessibili e poco *user-friendly*. Come evidenziato dalla Corte dei conti «*l'utilità, l'usabilità e la facilità di utilizzo rappresentano una forte motivazione per avvicinare i cittadini ad adottare i servizi digitali*».

Traendo le fila e cercando di dare una risposta alla domanda posta *in limine* pare evidente che le nuove tecnologie sono sia un miglioramento, che una compressione dei diritti delle libertà fondamentali. Il miglioramento nell'esercizio degli stessi per il tramite delle nuove tecnologie è evidente, ma solo se gli Stati si dotano di strutture adeguatamente organizzare sia a livello infrastrutturale, sia a livello di conoscenze e di capitale umano da impiegare nel settore. Ma ciò comunque non basterebbe. La *digital transformation* anziché diventare veicolo di miglioramento dell'esercizio dei diritti, rischia di diventare un blocco agli stessi, appunto una intollerabile compressione dell'esercizio dei diritti fondamentali, come del resto l'attuale emergenza sanitaria ha portato a galla: famiglie prive di dotazione strumentali per affrontare le sfide del *lockdown*.

Gli Stati devono carpire il dato storico ovvero che il sistema di *Welfare* e, dunque, di garanzia dell'effettività dei diritti, ha futuro solo se si intraprende seriamente la via del digitale. L'effettività dei diritti e delle libertà fondamentali passa oramai per la via del digitale, che deve essere strutturata per non perdere le garanzie acquisite in termini di tutela del singolo individuo. Non cogliere tali sollecitazioni, significherebbe rinunciare allo sviluppo socioculturale ed economico dei popoli.

GIULIA PERNICE
Dottoranda in giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 d.l.69/2013
presso il Consiglio di Stato
giulia.pernice@libero.it

LE ORDINANZE DI NECESSITÀ E DI URGENZA ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

ORDINANCES OF NECESSITY AND URGENCY ACCORDING TO THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

SINTESI

Le osservazioni che emergono dall'articolo, perseguono l'obiettivo di analizzare le criticità emergenti dal ricorso allo strumento dell'ordinanza di necessità e di urgenza in relazione al periodo emergenziale.

In particolare, si vuole considerare il vulnus che è derivato dall'esercizio del potere in questione, traducibile nella sempre più marcata lesione del principio di affidamento dei destinatari dei provvedimenti.

L'esercizio del potere amministrativo in deroga ha infatti determinato un'azione vulnerabile, talvolta priva, complici anche gli input provenienti dalle fonti scientifiche, di chiarezza metodologica, rendendosi ostile e sempre più intollerabile ai destinatari delle restrizioni di volta in volta previste.

L'intento è fornire una lettura dei profili fallimentari delle ordinanze alla luce del principio di proporzionalità. Si reputa infatti che il ricorso alla mediazione operata dal principio di proporzionalità consenta un'armonizzazione di interessi non soltanto riferibile al piano dei destinatari ma anche al piano organizzativo amministrativo, rendendo meno onerosa la realizzazione della finalità perseguita.

ABSTRACT

The observations emerging from the article pursue the aim of analysing the critical issues arising from the use of the Ordinance of Necessity and Urgency in relation to the emergency period.

In particular, it considers the vulnerability deriving from the exercise of the power in question, which can be translated into the violation of the principle of legitimate expectation for the recipients of the measures.

Indeed, the exercise of exceptional administrative powers has led to vulnerable action, lacking in clarity, also due to the varied input from scientific sources, consequently resulting hostile and intolerable to the recipients of the restrictions imposed on occasion.

The intent of this article is to provide a study of the ineffective aspects of the ordinances in the light of the principle of proportionality. In fact, it is believed that the use of mediation operated by the principle of proportionality allows the harmonisation of the interests not only of the recipients of the plan, but also of the government, thus making achievement of the purported aim less onerous.

PAROLE CHIAVE: ordinanze di necessità e di urgenza, principio di legalità, funzioni amministrative, principio di proporzionalità, ordinanze regionali, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, forme di tutela.

KEYWORDS: ordinances of necessity and urgency, principle of legality, administrative functions, regional ordinances, decree of the President of the Council of Ministers, forms of protection.

INDICE: 1. Le ordinanze di necessità e di urgenza nel modello di rappresentazione degli interessi: il principio di proporzionalità come canone di condotta. – 2. La regolazione d'urgenza in materia sanitaria nell'ambito della distribuzione di competenze tra Stato e Regioni. – 3. I provvedimenti che si discostano dal canone di condotta proporzionale. Spunti di riflessione per un ampliamento dell'ambito di operatività del principio di proporzionalità. – 4. Conclusioni: limiti del sindacato giurisdizionale sul provvedimento sproporzionato e il rischio della privazione di tutela giudiziaria.

1. Le ordinanze di necessità e di urgenza nel modello della rappresentazione degli interessi: il principio di proporzionalità come canone di condotta.

L'analisi dell'azione amministrativa straordinaria esercitata per fronteggiare l'emergenza sanitaria, richiede preliminarmente di considerare la natura giuridica dei provvedimenti di necessità e di urgenza in questione.

Orientamento ormai consolidato riconosce alla suddetta categoria di provvedimenti la natura di atto amministrativo generale, escludendo dunque la natura di atto normativo¹ e comportando l'applicazione del regime giuridico tipico dell'atto amministrativo che, come si vedrà, nelle ipotesi in questione comporta anche una peculiare tutela dei destinatari improntata al rispetto del principio di proporzionalità in sede di azione di annullamento.

Ai fini che qui interessano, si ritiene che il principio di proporzionalità, tradizionalmente collegato alla fase dell'istruttoria del procedimento ordinario, debba assumere un ruolo cardine anche nell'ambito dell'adozione delle ordinanze di necessità e di urgenza. Infatti, in considerazione della libertà che caratterizza al livello contentutistico le ordinanze, la giurisprudenza ha cercato nel tempo di individuare i limiti intrinseci ai presupposti di necessità e di urgenza, individuandoli nella idoneità, necessità e adeguatezza della misura con cui si esercita il potere² "proporzionato".

Nella fase istruttoria, il principio di proporzionalità dialoga con il principio di ragionevolezza. Infatti, in sede di valutazione sostanziale³ degli interessi coinvolti dall'adozione del provvedimento, incide il principio di ragionevolezza secondo il

¹ Da ultimo, TAR Calabria, Sezione I, 9 maggio 2020, n. 841.

² Per una più completa disamina degli elementi costitutivi delle ordinanze di necessità e di urgenza, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, CEDAM, 1998.

³ ID., op. cit., individua gli elementi distintivi del principio di proporzionalità rispetto al principio di ragionevolezza. Mentre il principio di ragionevolezza determina una valutazione di congruità «sulla valenza qualitativa del bilanciamento» così che «dato un fine, individuati gli interessi presenti e valutare le condizioni storico-ambientali influenti sulla fattispecie, necessario verificare, in sede istruttoria, se sia "qualitativamente" giustificabile la prevalenza di un interesse sugli altri», il principio di proporzionalità «implica un'analisi relativa alla corretta intensità della misura del potere, compiuta attraverso la valutazione di conformità ai parametri di idoneità, necessità, adeguatezza», p. 360.

modello di rappresentazione degli interessi che deve guidare l'azione amministrativa in sede di ordinario procedimento⁴. Definita la prevalenza di un interesse su un altro, è poi opportuno scegliere la misura in cui tradurre il potere, incidendo in questa fase il principio di proporzionalità.

Laddove il procedimento di valutazione degli interessi si concluda con l'affermazione della prevalenza dell'interesse pubblico che richiede una tutela straordinaria, è necessario "giustificare" tale prevalenza quale proporzionata a livello di intensità del potere esercitato, oltre che necessitata e urgente, rispetto agli altri interessi pubblici e privati posti su un piano momentaneamente secondario. L'operazione si palesa fin da principio impegnativa se si considera che, nei procedimenti caratterizzati da straordinarietà, in sede procedimentale viene meno la fase istruttoria in cui «*elaborare misure fondate su un equilibrio di proporzioni*»⁵. Tuttavia le difficoltà meritano di essere superate, specie alla luce del recepimento sociale dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri pubblicati a partire dal 24 ottobre 2020 per fronteggiare la cosiddetta "seconda ondata" epidemica.

Così, infatti, l'esigenza che il principio di proporzionalità assuma maggiore rilievo nell'agire straordinario, incide in una duplice direzione. Da un lato si vuole guardare a un'anticipazione della tutela delle posizioni giuridiche rilevanti ancor prima di azionare la tutela giudiziale da parte dei destinatari, dall'altro si vuole mirare a una maggiore efficacia dei provvedimenti, traducibile nel rispetto delle prescrizioni che impongono un sacrificio al privato.

In conclusione, le considerazioni che seguiranno, assumendo il principio di proporzionalità come canone di condotta dell'azione amministrativa, vogliono individuare i profili fallaci emersi sia in relazione all'azione a livello nazionale sia in relazione all'azione consentita a livello regionale, nell'ottica di una funzionalizzazione sempre più mirata degli strumenti in questione allo scopo di tutela dell'interesse pubblico.

Il risultato auspicato, alla luce del principio di proporzionalità, è dunque pervenire a un modello di azione che agevoli l'accettazione dell'adozione di una misura eccezionale nella sua veste formale ma anche e soprattutto procedimentale, nel perseguimento dell'interesse pubblico minacciato e che richiede un sacrificio, provvisorio purché efficace, degli altri interessi pubblici e privati che vengono in rilievo⁶.

2. La regolazione d'urgenza in materia sanitaria nell'ambito della distribuzione di competenze tra Stato e Regioni.

Quanto fin qui premesso, ai fini che interessano, richiede ulteriormente di considerare i riferimenti normativi che hanno legittimato l'emanazione dei provvedimenti di urgenza. Le suddette coordinate di massima nel cui ambito si

⁴ F. SAITTA, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa economica tra libertà e ragionevole proporzionalità*, in *Dir. Soc.*, 2001.

⁵ S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè Editore, 2008.

⁶ A. SANDULLI, op. cit., richiamando all'allora recente giurisprudenza amministrativa, parla anche di «*una sorte di gerarchia dei valori, ordinata sulla base dell'equilibrio tra realtà e diritto positivo (...) si tratta però di realtà che va intesa in modo non rigido e assoluto, ma elastico e flessibile*».

sviluppano le osservazioni, richiedono infatti di esaminare la rilevanza assunta dal principio di proporzionalità in relazione alla ripartizione delle competenze amministrative e alla luce del principio di legalità.

Come chiarito, le ordinanze in questione rappresentano provvedimenti amministrativi che si caratterizzano per la necessità ed urgenza di provvedere. La conseguenza che ne deriva è che esse implicano una deroga al principio di legalità che governa l'azione amministrativa. Infatti quest'ultimo se da un lato sancisce i presupposti per il ricorso agli strumenti straordinari, individuandoli nelle condizioni di necessità e urgenza, nei fini da perseguire e nei soggetti legittimati alla loro adozione, dall'altro lato trova un limite laddove non può incidere sul contenuto.

Dunque il principio di legalità trova concreta realizzazione in relazione al profilo della legalità indirizzo, non potendo invece incidere sui presupposti sostanziali in relazione al profilo della legalità garanzia⁷. Il contenuto delle ordinanze è infatti rimesso del tutto alla discrezionalità della pubblica amministrazione.

In relazione alla situazione emergenziale appare opportuno delineare brevemente il quadro normativo sulla base del quale, nella prima fase emergenziale, si è scelto di procedere all'adozione delle ordinanze straordinarie.

In primo luogo viene in rilievo la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, n. 833 del 23 dicembre 1978, che all'art. 32 riconosce al Ministro della sanità il potere di emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente in materia di sanità pubblica, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale. Il medesimo potere è poi riconosciuto al presidente della giunta regionale e al sindaco, con efficacia delle ordinanze limitata rispettivamente alla regione e al territorio comunale⁸. Nell'individuare l'interesse pubblico prevalente, la legge individua anche le competenze degli organi cui riconosce il potere di ordinanza. Tuttavia, compresi che tali strumenti non erano in grado di fronteggiare gli effetti conseguenti allo sviluppo del virus, né gli organi su visti erano in possesso delle competenze necessarie a emanare le stesse ordinanze negli altri ambiti materiali coinvolti, dopo una prima fase di disorientamento dato dal repentino avanzamento, si è voluto procedere all'accentramento delle funzioni am-

⁷ V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2020.

⁸ Legge 23 dicembre 1978, n. 833. L' art. 32 così recita «Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni. La legge regionale stabilisce norme per l'esercizio delle funzioni in materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria, ivi comprese quelle già esercitate dagli uffici del medico provinciale e del veterinario provinciale e dagli ufficiali sanitari e veterinari comunali o consortili, e disciplina il trasferimento dei beni e del personale relativi. Nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale. Sono fatte salve in materia di ordinanze, di accertamenti preventivi, di istruttoria o di esecuzione dei relativi provvedimenti le attività di istituto delle forze armate che, nel quadro delle suddette misure sanitarie, ricadono sotto la responsabilità delle competenti autorità. Sono altresì fatti salvi i poteri degli organi dello Stato preposti in base alle leggi vigenti alla tutela dell'ordine pubblico».

ministrative in capo all'organano governativo, conformemente al dettato di cui all'art. 118 Cost.

Si rileva, al contempo, che nella gestione emergenziale della seconda fase pandemica, al suddetto strumento è stata riconosciuta maggiore applicabilità ai fini dell'individuazione delle diverse aree regionali esposte a un maggiore rischio di contagio⁹, ampliando il potere di ordinanza del Ministro della Salute, d'intesa con le Regioni.

In secondo luogo, viene in rilievo il Decreto Legge 25 marzo 2020, n.19 che ha individuato nel Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, d'ora in avanti d.p.c.m., la forma di ordinanza di necessità ed urgenza più adeguata alla gestione unitaria della crisi sanitaria.

Alla luce di quanto ricordato, la scelta di attrarre le funzioni amministrative in sussidiarietà appare perfettamente conforme al principio di proporzionalità.

Lo strumento infatti, per natura di rapida emanazione, è stato ritenuto il più efficace a gestire la diffusione del COVID-19 sul territorio nazionale e al contempo ha comportato un accentramento a livello statale delle funzioni amministrative in ragione delle esigenze unitarie.

Ciò che preme rilevare rispetto a quanto contenuto nel d.l. n. 19 del 2020, riguarda le competenze riconosciute a livello regionale e comunale in una materia che, si rammenta, è di natura concorrenziale ai sensi di quanto disposto dall'art. 117, terzo comma della Costituzione.

L'art. 3, primo comma del d.l. n.19, se da un lato non ha riconosciuto alcun potere di ordinanza ai Sindaci, dall'altro ha riconosciuto un peculiare potere di ordinanza di natura integrativa-restrittiva alle Regioni. La peculiarità risiede nelle condizioni cui è subordinato tale potere che, infatti, può essere esercitato nelle more dell'adozione di un nuovo d.P.C.M e in relazione a specifiche situazioni di aggravamento del rischio sanitario, nell'ambito di attività di competenza regionale e senza che ciò incida sulle attività produttive di rilievo nazionale¹⁰.

⁹ Così il d.P.C.M. del 3 novembre 2020 che all'art. 2 rubricato «Ulteriori misure di contenimento del contagio su alcune aree del territorio nazionale caratterizzate da uno scenario di elevata gravità e da un livello di rischio alto» che rimette il potere di ordinanza ricordato al Ministro della Salute in relazione all'andamento del rischio epidemiologico.

¹⁰ La formulazione dell'art. 3 del d.l. 19 del 25 marzo 2020, è la conseguenza delle modifiche apportate al precedente d.l. n. 6 del 2020. Sulle difficoltà di coordinamento interistituzionali proprie della prima fase di decretazione d'urgenza M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista trimestrale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2020, p. 135, riferendosi al nuovo d.l. 19 del 2020: «Ora, è evidente che in questo modo il nuovo decreto-legge non si è limitato a far salvi gli effetti delle pregresse ordinanze statali, ma ha fatto salvi anche quelli delle ordinanze regionali, pur laddove illegittime per violazione dei limiti sopra indicati [contenuti all'art.3, comma 2 del d.l. n. 6 del 2020] (e ora confermati dallo stesso d.l. n. 19 del 2020!). Non solo: ne ha assicurato l'ultrattività per ulteriori dieci giorni. Poiché, come detto, l'apprezzamento dell'equilibrio tra i vari interessi coinvolti è riservato allo Stato, non si può dire che disposizioni del genere (che presuppongono la pur interinale condivisione del punto di bilanciamento identificato dalle Regioni) siano automaticamente illegittime. Prejudicano, però, gravemente l'esigenza di una conduzione unitaria dell'emergenza, necessaria anche per profili non sempre immediatamente percepibili, e quella di chiarezza e comprensibilità delle norme, specie in un mo-

3. I provvedimenti che si discostano dal canone di condotta proporzionale. Spunti di riflessione per un ampliamento dell'ambito di operatività del principio di proporzionalità.

Alla luce dei provvedimenti di carattere nazionale e regionale emanati sulla base delle delineate coordinate normative, si vogliono condividere di seguito le osservazioni nascenti da una lettura in chiave proporzionale, con specifico riferimento all'ordinanza contingibile e urgente n. 21 del 17 maggio della Regione Sicilia e ai d.p.c.m. del 24 ottobre 2020 e del 3 novembre 2020. Dalla preannunciata lettura, che persegue l'obiettivo di individuare gli elementi fallaci rispetto al canone di condotta rappresentato dal principio di proporzionalità, si ritiene possano emergere nuovi ambiti di applicazione del principio in questione.

Il Presidente della Regione Sicilia con ordinanza n. 21 del 17 maggio 2020, tenuto conto che l'andamento epidemiologico nel territorio siciliano, come accertato dai competenti Organi di controllo nazionali e della Regione, era di livello "basso" e che lo Stato, nel proprio decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 17 maggio 2020, aveva individuato le regole per consentire una maggiore mobilità territoriale, ha ritenuto opportuno mantenere il divieto di trasferimento e di spostamento, con mezzi di trasporto pubblico e privato, in una regione diversa rispetto a quella in cui attualmente ci si trovava, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute, nonché per il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza.

In particolare, per tutti gli abilitati all'ingresso nel territorio siciliano, l'art. 18 prevedeva l'obbligo di permanere in isolamento obbligatorio presso la propria residenza o domicilio con successivo obbligo di sottoporsi a tempone rinfaringeo al termine della quarantena. La previsione regionale rispettava, pertanto, i ricordati limiti delle funzioni amministrative riconosciute ai sensi del D.L. n. 19 del 2020, prevedendo così misure più restrittive rispetto a quelle nazionali.

La suddetta ordinanza, ai sensi dell'art. 25, ha avuto validità fino al 6 giugno 2020. Da questa data è entrata in vigore una nuova ordinanza contingibile e urgente, n. 24 del 6 giugno 2020, che in merito alle disposizioni che qui rilevano ha escluso che chi facesse ingresso nel territorio dovesse sottoporsi alla quarantena obbligatoria, raccomandando unicamente di registrarsi presso le apposite strutture ivi indicate.

È certamente vero che quest'ultima ordinanza, nella parte in esame, si pone in continuità con quanto previsto dal d.l. del 16 maggio 2020, n. 33 che ha consentito la riapertura della mobilità interregionale e dei confini interna-

mento come questo, in cui i cittadini hanno bisogno di certezza. La sola lettura dell'elenco di ordinanze regionali adottate sino ad oggi (centinaia!) fa capire che si sarebbe dovuto avere ben altro "passo" istituzionale, sia al centro che in periferia».

zionali a far data dal 3 giugno 2020. È altrettanto vero che, se letta alla luce del criterio di proporzionalità, non sembra porsi in continuità con l'intensità di potere fino a quel momento esercitato. Per meglio dire, sembra venir meno il tenore più rigoroso previsto nell'ordinanza adottata pochi giorni prima, senza margini di gradualità.

La questione non è priva di rilevanza se si considera che, in assenza di un "regime transitorio", le prescrizioni contenute nell'ordinanza regionale previgente, la n. 21 del 2020, dovevano essere rispettate da tutti coloro che, provenienti da altre regioni d'Italia in presenza delle su ricordate condizioni, facevano ingresso nella regione fino al 5 giugno. Chi invece, proveniente indistintamente dall'Italia o dall'estero, faceva ingresso nel territorio siciliano a partire dal 6 giugno non doveva sottoporsi a nessuna misura di cautela preventiva.

Dalle delineate previsioni, si rileva che il mancato rispetto del principio di proporzionalità, sul piano dei destinatari, si traduce in un vizio di contraddittorietà e nella più grave conseguenza del mancato rispetto delle previgenti indicazioni, non ritenendo giustificato il sacrificio richiesto. Sul piano dell'azione, invece, si traduce nella lesione del principio di efficienza, uno dei corollari del principio di proporzionalità ma soprattutto di inefficacia delle preventive misure adottate.

L'amministrazione regionale infatti, da un approccio cauto e graduale, teso a preservare maggiormente il territorio rispetto alle misure nazionali, sembra aver mutato repentinamente i parametri di riferimento in relazione ai quali operare il bilanciamento tra interessi pubblici e privati e calibrare l'intensità del potere esercitato.

Risultano pertanto vane le risorse economiche fino a quel momento impiegate per la somministrazione degli esami rinofaringei, così come vani risultano gli sforzi di coloro che nel periodo di quarantena obbligatorio hanno limitato fortemente la propria libertà di movimento per la tutela del bene pubblico.

Alla luce di quanto rilevato, si ritiene che il principio di proporzionalità possa trovare una nuova applicazione, a spettro più ampio, per tutelare l'ordine pubblico dalle autonome deliberazioni.

In quest'ottica, dunque, ci si domanda se, nelle peculiari circostanze come quelle pandemiche di cui si tratta, in cui dunque è necessario agire ripetutamente in via straordinaria, è possibile rileggere le ordinanze di necessità e di urgenza non come singoli provvedimenti amministrativi ma come insieme di provvedimenti di un unico procedimento. In tal senso l'unitarietà dello scopo perseguito, sia a livello centrale sia a livello locale, verrebbe preservata da un'applicazione uniforme del principio di proporzionalità. Le singole deliberazioni dunque si porrebbero in un rapporto di continuità, senza il rischio di incorrere in un'incompatibilità tra mezzi e scopo.

Tali osservazioni ben si adattano anche sul piano nazionale, con specifico riferimento al d.p.c.m. del 24 ottobre 2020 e al recepimento che ne è derivato sul piano sociale.

Non volendo discutersi in questa sede sulle ragioni di opportunità tecnico scientifica che hanno condotto all'adozione del d.p.c.m. in questione, si

vuole ancora una volta rilevare l'importanza di un modello procedimentale unitario in riferimento ai d.p.c.m., alla luce del principio di proporzionalità.

Come noto, le ulteriori misure restrittive adottate per fronteggiare l'emergenza sanitaria in quella che in più occasioni è stata denominata seconda ondata epidemica, non sono state recepite di buon grado dalle categorie maggiormente esposte al rischio sanitario. Dimostrazione ne è stato l'evolversi di manifestazioni pacificamente organizzate in pressoché le maggiori aree del territorio nazionale.

Senza voler scendere nel dettaglio di ogni singola previsione, emerge che nei d.p.c.m. pubblicati in questa seconda fase, manchi l'elemento giustificativo del potere rappresentato dalla imprevedibilità¹¹ della situazione che presuppone l'adozione delle suddette misure. È infatti vero che la situazione di fatto rappresentata dalla circolazione del virus non ha rappresentato un evento straordinario ed eccezionale. È altrettanto vero che, nel panorama di convivenza con l'infezione epidemiologica, si è cercato di consentire una ripartenza dei settori maggiormente colpiti dai periodi di forzata sospensione delle relative attività con, tuttavia, un grado di sacrificio diversificato.

Nel perseguire, infatti, l'interesse a una ripresa dell'attività economica è stato chiesto agli attori del mercato un ulteriore sforzo, in termini di adeguamento delle strutture per preservare la salute dei lavoratori e dei clienti, di rifornimento di dispositivi di protezione e, nello specifico, di adozione delle peculiari misure previste per ogni categoria.

Il suddetto impegno imposto alle categorie professionali ricordate, si è posto in contraddizione rispetto alla ripresa di alcune attività esposte a maggiore rischio, individuabili genericamente nelle attività ricreative caratterizzate dall'elevata presenza di soggetti sia per le caratteristiche proprie che dei luoghi presso i quali si svolgono. Ma la contraddizione è rilevabile anche nelle campagne di sensibilizzazione turistica, volte a sfruttare la stagione estiva per ristorare l'economia delle regioni meridionali compromesse dal periodo di sospensione delle attività economiche.

Pur tuttavia, le conseguenze derivanti dal tentativo di ribilanciamento degli interessi pubblici non trovano positivo riscontro alla luce dell'ultimo d.p.c.m. del 4 novembre 2020 che nella maggior parte delle regioni del Sud d'Italia riscontra i livelli di rischio epidemiologico che approssimativamente si avvicinano agli indici registrati alla vigilia della dichiarazione dello stato di emergenza, nel febbraio 2020.

Tutto ciò premesso relativamente all'ambito che qui interessa, ancora una volta permette di rinvenire il profilo pratico derivante dal rispetto del principio di proporzionalità.

Infatti, il mancato riscontro di parametri proporzionali nelle misure adottate a partire dal 24 ottobre 2020, rispetto allo scopo perseguito e allo sforzo richiesto ai destinatari delle stesse, si pone su "un piano di discontinuità pro-

¹¹ Sull'associazione imprevedibilità, straordinarietà, eccezionalità, R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità, Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.

porzionale” rispetto a quegli stessi sforzi chiesti alle categorie maggiormente coinvolte dalle precedenti disposizioni.

Anche sul piano nazionale dunque si rileva la medesima esigenza di contemplare un modello unitario procedimentale quanto all'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri e alla luce dei decreti legge, improntato al canone di condotta proporzionale che meglio indirizzi il mezzo utilizzato allo scopo prefissato e, dunque, alla tutela dell'interesse pubblico.

4. Conclusioni: limiti del sindacato giurisdizionale sul provvedimento sproporzionato e il rischio della privazione di tutela giudiziaria.

Allo stato dell'arte, la sede in cui il principio di proporzionalità trova maggiore applicazione è la sede giudiziaria.

È certo che la proporzionalità consente un penetrante controllo del giudice amministrativo che rileva l'eccesso di potere laddove vi è una sproporzione nel rapporto tra il mezzo utilizzato e l'entità del sacrificio imposto al privato *«si da valutare se il mezzo adottato dall'amministrazione sia idoneo a conseguire lo scopo, in modo tale da comportare il raggiungimento dello stesso con il minor sacrificio possibile degli altri interessi compresenti e con il conseguimento della giusta misura del bilanciamento degli interessi, mediante la valutazione dei costi e dei vantaggi dell'azione»*¹².

Il giudizio si incentra sulla rilevazione dell'incoerenza di ponderazione degli interessi e la misura adottata, traducendosi il provvedimento in un irragionevole svantaggio degli interessi rilevanti¹³.

Non potendo il giudice amministrativo sostituirsi all'amministrazione quanto all'opportunità della misura adottata, deve limitarsi a rilevarne se sussiste o meno il vizio dell'eccesso di potere che ne pregiudica lo scopo.

Laddove però il vizio dell'eccesso di potere si manifesti solo in seguito all'adozione di un nuovo provvedimento, il privato rischia di essere privato di tutela. Il vizio di un provvedimento può emergere dunque da una successiva determinazione? È questo il quesito che sorge a seguito delle precedenti osservazioni. E si reputa che lo stesso rischia di non ricevere risposta se non si ripensa alle ordinanze di necessità e di urgenza in ambito emergenziale sanitario come insieme di un unico procedimento amministrativo governato dal principio di proporzionalità.

¹² A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit.

¹³ Sul punto, S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit.

PIER GIUSEPPE PUGGIONI
Dottorando in Scienze Giuridiche
Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa
piergiuseppe.puggioni@phd.unipi.it

POTERE, LIBERTÀ E AUTONOMIA. PARADOSSI DEL PENSIERO GIURIDICO ALL'EPOCA DELLA CRISI

POWER, LIBERTY AND AUTONOMY. PARADOXES IN LEGAL THOUGHT AT THE TIME OF CRISIS

SINTESI

L'obiettivo di questo lavoro è, anzitutto, di evidenziare l'insufficienza euristica di alcune categorie del pensiero giuridico moderno, quali il potere, la libertà e l'autonomia. Prendendo spunto da alcune discussioni relative alle odierne vicende pandemiche, si sosterrà che l'emergenza sanitaria rappresenti un momento di particolare accentuazione della crisi, già in atto, della concezione giuridica liberale. Questo schema teorico, fondato sulla legalità dell'azione politica e sulla validità delle norme in base alla gerarchia delle fonti, non può funzionare senza l'adeguata considerazione del carattere 'governamentale' dei dispositivi attraverso cui lo Stato esercita il potere. Analogamente, la concezione della libertà come diritto soggettivo non può, da sola, emancipare l'individuo dal potere 'paterno' dello Stato, ma dev'essere integrata con un'idea di autonomia come libero riconoscimento del proprio dovere verso l'altro. In conclusione, si affermerà che le proposte concettuali avanzate possono servire, se non a trasformare, quantomeno a riformare gli schemi teorici della dottrina giuridica contemporanea.

ABSTRACT:

This paper aims first to stress that some modern legal categories, such as power, liberty and autonomy, are heuristically inadequate. Moving from the current doctrinal debate on the 'covid-19' pandemics, I will argue that this emergency is likely to exacerbate the ongoing crisis of the liberal conception of law. This theoretical framework, which is grounded on the legality of political action and validity of norms in relation to a hierarchy of normative sources, is no longer able to work without considering the 'governmental' devices employed by the State. On a similar ground, I will maintain that conceiving liberty as a kind of subjective right cannot succeed in emancipating the individual from the 'paternalistic' power of the State: the idea of liberty needs a concept of autonomy connected to the free recognition of our duties towards the 'other ones'. To conclude, I will state that all these theoretical hypotheses can help to reform, if not to transform, the conceptual framework of contemporary jurisprudence.

PAROLE CHIAVE: autonomia, diritto, governamentalità, libertà, potere.

KEYWORDS: autonomy, law, governmentality, liberty, power.

INDICE: 1. Concezioni giuridiche e pandemia tra modernità e post-modernità – 2. Alcuni concetti problematici – 3. Leggere l'azione di governo: legalità e governamentalità – 4. Possibile integrazione tra gli schemi epistemici – 5. Libertà, autonomia e paternalismo nello Stato di diritto – 6. Dalla libertà per l'autonomia all'autonomia per la libertà – 7. Un possibile 'rischiamento' dei concetti

1. Concezioni giuridiche e pandemia tra modernità e post-modernità

Non è facile attribuire un senso 'intellettuale' o 'teorico' alla riflessione sul rapporto fra diritto e persona nel periodo dell'emergenza pandemica. Lo studio e la comprensione del diritto positivo, d'altronde, assumono l'esistenza di certe caratteristiche del mondo e dell'uomo, ponendole a fondamento del sistema giuridico¹. Poiché, tuttavia, le concezioni del diritto devono fare i conti con l'inevitabile carattere «*contingente*»² di tali elementi, il mutamento di questi ultimi consente di rivelare e 'smascherare' la portata relativa – e non assoluta – di alcune categorie politiche e giuridiche. Il tentativo di analizzare il contenuto del diritto durante un periodo di sconvolgimento della vita sociale potrebbe, dunque, apparire privo di senso, dal momento che le condizioni empiriche poste alla base della stessa idea di diritto rappresentano la condizione di possibilità della sua comprensione. Tuttavia, la trasformazione dei fatti che la scienza giuridica occidentale pone a fondamento del diritto sembra in grado, a certe condizioni, di mettere allo scoperto la nostra tendenza a credere che una data concezione del fenomeno giuridico rappresenti la sua stessa 'essenza' e che, in altri termini, del diritto non possa darsi un significato diverso da quello che gli è stato attribuito nel corso della storia.

Si può sostenere, dunque, che la pandemia, apportando significativi cambiamenti alla nostra maniera di 'stare nel mondo', sia capace di farci acquistare una maggiore consapevolezza della portata normativa di concetti quali il 'potere', il 'diritto soggettivo', la 'libertà', la 'democrazia' e così via. Il verificarsi di avvenimenti catastrofici tende a riflettersi sul nostro modo di concepire i rapporti tra il 'mondo della vita' e quello delle 'norme', mostrando, in particolare, la forte dipendenza del secondo dal primo³. Può essere utile, pertanto, affrontare il problema dell'incidenza dell'emergenza sui sistemi giuridici nazionali

¹ Su questa linea si pone, ad esempio, il cosiddetto «*contenuto minimo del diritto naturale*», che per Hart, com'è noto, si fonda su «*alcune generalizzazioni molto ovvie [...] riguardanti la natura umana e il mondo in cui gli uomini vivono*» [H. L. A. HART, *The Concept of Law* (1961), trad. ita. di M. A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, II ed., Torino, Einaudi, 2002, p. 224].

² Si tratta di una proprietà (la non-necessità, o contingenza) sottolineata più volte da H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 223, 227, 232, con riguardo alle 'verità ovvie' su cui si basa il 'diritto naturale minimo'.

³ Tale nesso risulta evidente, ad esempio, nella teoria comunicativa di Habermas, per il quale la dimensione del diritto, come forma di 'mediazione' tra fatti e norme, trae le proprie premesse dalla particolare configurazione del «*mondo di vita*» e della complessità sociale, in quanto «*sono soprattutto i processi della differenziazione sociale quelli che innescano una pluralità di funzioni specializzate, ruoli sociali, situazioni d'interesse*» [J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (1992), trad. ita. di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 34].

in quanto lo sviluppo della prima può riflettersi sul concetto stesso di diritto, ossia sui termini e sulle categorie attraverso cui tale fenomeno normativo viene compreso e 'costruito'.

Un attento sguardo al corso della pandemia sembra in grado, in un certo senso, di gettare luce sulla demarcazione fra un modo 'moderno' di concepire il diritto ed un diverso modo 'post-moderno', una distinzione già tratteggiata dalla storiografia giuridica⁴ e che forse si presterebbe ad un'indagine più approfondita sotto un profilo teorico. Alcune categorie fondamentali del pensiero giuridico 'moderno' mostrano, in quest'epoca di crisi, una certa precarietà, non trovando più riscontro in una realtà materiale, etico-sociale e politica che sperimenta alterazioni e mutamenti radicali. La 'radicalità' di tali trasformazioni dipende, a sua volta, dalla relazione fra le caratteristiche della vita sociale e le categorie normative che determinano il nostro concetto di diritto: il mutamento, cioè, può dirsi tanto più rilevante quanto più stretto è il legame tra un certo significato attribuito alle relazioni intersoggettive e i concetti che fondano le nostre rappresentazioni del sistema giuridico. In tal senso, quindi, sarebbe possibile esaminare lo sviluppo del discorso giuridico in rapporto alla 'crisi' sanitaria, riconducendo l'emergenza alla categoria di «*crisi*» che Reinhart Koselleck ha individuato nel campo della filosofia della storia, ossia un «*concetto epocale, che indica una fase critica di passaggio, dopo la quale molte cose, se non tutte, saranno fondamentalmente diverse*»⁵.

Nella misura in cui la crisi tende ad accentuare o, comunque, a porre in evidenza una trasformazione già in atto, l'osservazione della pandemia potrebbe allora autorizzare o confermare una visione che distingue non tanto i 'contenuti giuridici' della modernità da quelli della 'post-modernità', quanto piuttosto i 'concetti' o le 'concezioni' moderne del diritto da quelle che potremmo chiamare 'post-moderne'. Da questa premessa, si badi, non discende la completa inutilizzabilità di certi concetti e categorie 'moderni' quando si tratti di comprendere un fenomeno ('post-moderno') al quale altri strumenti concettuali sarebbero più adatti. Ciò che si vuole mostrare è la più semplice idea che determinate categorie abbiano maggiore efficacia euristica se impiegate per la comprensione di certi fenomeni, piuttosto che di altri, e che la misura di tale efficacia sia grossomodo correlata alla sovrapposizione tra i presupposti 'di fatto' sui cui si fondano i fenomeni studiati e quelli che fondano la 'costruzione' dei concetti impiegati. Nelle pagine che seguono, si cercherà di affrontare questo problema con riferimento ad alcune categorie-chiave del pensiero politico e giuridico, mostrando, per un verso, come la pandemia tenda a farne emergere alcu-

⁴ Si tratta di una distinzione che ricorre in diversi testi di Paolo Grossi: accennata nelle conclusioni di P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 255-257, essa viene sviluppata in altri scritti, come P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007; ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012; ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015; ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, in particolare da p. 3 ss. e p. 90 ss.

⁵ R. KOSELLECK, *Crisi. Per un lessico della modernità*, a cura di G. Imbriano e S. Rodeschini, Verona, Ombre corte, 2012, p. 51.

ni limiti e cercando, per altro verso, di proporre una lettura che non si fermi alla de-costruzione, ma ipotizzi una possibile ri-costruzione delle stesse.

2. Alcuni concetti problematici

Fra le categorie politico-giuridiche di cui la pandemia sembra far vacillare il fondamento, è possibile selezionare tre concetti particolarmente rilevanti e, peraltro, largamente discussi in questo periodo: si tratta del problema della legittimità del potere, delle limitazioni alla libertà e dell'autonomia dei soggetti nella definizione dei contenuti normativi. Nell'economia di questo breve intervento, non si pretende di esaurire tutte le questioni relative a tali argomenti, e nemmeno, a ben guardare, sarebbe possibile esaminare in modo puntuale tutte le implicazioni dell'interazione fra tali concetti e l'emergenza da 'covid-19'. Sembra, tuttavia, possibile riflettere su alcune questioni in cui si palesa, con particolare evidenza, la discrasia tra la definizione 'moderna' di questi concetti e le circostanze di fatto che stiamo sperimentando nel tempo presente. Chi scrive è, inoltre, consapevole che il significato di tali concetti nella cultura moderna è fortemente controverso, ma, non potendo prendere in esame tutte le posizioni teoriche espresse in rapporto a quegli argomenti, il nostro discorso si limiterà a considerarne un significato che appare, in un certo qual modo, assodato o prevalente in seno alla scienza giuridica dei giorni nostri.

Orbene, se si può affermare che a qualificare la 'crisi' di questo tempo sia il rapporto tra la pandemia e le relazioni politico-sociali, è opportuno articolare il discorso in diversi sotto-temi a seconda delle diverse prospettive da cui osservare tale interazione. In primo luogo, infatti, si osserverà la gestione della crisi in rapporto all'azione di governo (*recte*, dello Stato), considerando il profilo della legittimità del potere. In secondo luogo, sarà possibile esaminare la prospettiva del singolo, osservando, da una parte, il suo rapporto con lo Stato, dove emerge il problema della libertà rispetto agli obblighi di distanziamento sociale, e considerando, d'altra parte, il tema dell'autonomia come fonte di regolamentazione nei rapporti tra soggetti, per mostrare come, in una situazione di indebolimento dell'apparato istituzionale preposto al controllo e alla disciplina delle condotte, l'azione spinta dal rispetto per l'altro sia fondamentale per la protezione dei diritti di molti.

La breve disamina che segue rileverà, da un lato, l'inadeguatezza degli strumenti concettuali abitualmente impiegati per cogliere il significato 'giuridico' degli atti emanati dallo Stato, mettendo in luce, dall'altro lato, il carattere precario e velatamente contraddittorio della nozione di 'libertà' come diritto soggettivo. Si cercherà, infine, di sostenere che la prospettiva individualistica del diritto soggettivo potrebbe lasciare spazio a quella fondata sul dovere intersoggettivo e 'comunicativo', che sembra capace spegnere l'illusione di una falsa autonomia e di gettare una luce meno oscura sul rapporto di alterità tra governo e cittadini.

3. Leggere l'azione di governo: legalità e governamentalità

Il criterio per selezionare le problematiche da affrontare, con riferimento a tutti i profili considerati, ma in particolar modo per quanto riguarda il 'potere', è dato dalla portata teorico-giuridica dei concetti e dei temi legati a tale nozione, nonché dalla rilevanza che tali concetti abbiano (o possano avere) per la scienza giuridica. La questione sul 'potere' che rileva ai nostri fini, dunque, si riferisce essenzialmente al tema del giudizio sull'azione del governo o, in altri termini, al problema della legittimità dell'esercizio di un potere normativo. Occorre, in questa sede, indagare i criteri e parametri in base a cui è possibile comprendere, spiegare e, in certa misura, valutare gli atti normativi e i provvedimenti adottati dall'autorità giuridica pubblica.

Si tratta di un problema che ha avuto grande risonanza nel dibattito dottrinale, soprattutto nella fase iniziale della gestione della malattia nel nostro Paese, quando il Governo emanava i primi provvedimenti anti-contagio e stabilì il *lockdown* nazionale. La discussione, d'altra parte, prosegue ancor oggi seguendo l'emanazione di nuovi atti 'eccezionali' e riguarda, in particolare, la legittimità e la validità delle misure di contenimento, in quanto appare dubbio il rispetto, da parte degli organi di governo statali e regionali, delle norme costituzionali sul rapporto tra fonti normative. Il dibattito interno alla scienza giuridica, com'è noto, ha tendenzialmente diviso gli autori a favore della legittimità costituzionale delle misure da chi, invece, ne rigettava la validità per violazione delle garanzie poste dalla Costituzione a presidio della libertà contro l'esercizio arbitrario del potere.

Dal punto di vista teorico-giuridico, dunque, la dottrina ha adottato un criterio fondato sulla *legalità* degli atti, assumendo come parametro le norme della Costituzione e valutando i provvedimenti del governo da un punto di vista gerarchico-formale. D'altronde, i principi che regolano i rapporti tra fonti del diritto si fondano sulla logica kelseniana per cui le condizioni di validità di una norma giuridica vanno cercate nelle norme di rango superiore⁶. Tali condizioni di validità, peraltro, non si limitano alla fissazione di procedure per l'approvazione delle norme di rango inferiore, ma delimitano altresì la sfera dei contenuti che determinate fonti sono legittimate a disciplinare: la Costituzione, per esempio, attribuisce ad una determinata tipologia di fonti la competenza a regolamentare determinate materie. Si tratta, com'è evidente, di una struttura logica che permea tutto l'apparato concettuale attraverso cui noi leggiamo il sistema giuridico. Lo stesso concetto di 'riserva di legge', in forza del quale si potrebbe contestare l'adozione di misure draconiane attraverso lo strumento del d.p.c.m., implica un principio di gerarchia tra fonti che si articola tanto in relazione alle procedure di approvazione quanto in ordine ai contenuti o alla materia oggetto di regolazione.

⁶ Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1943), trad. ita. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1952 p. 41, in particolare da p. 95.

Orbene, il paradigma della legalità, di per sé, non sembra in grado di cogliere appieno il 'senso' dell'agire governativo o, in generale, del 'governo', se con tale espressione intendiamo non tanto il 'soggetto' titolare del potere esecutivo o di un potere normativo all'interno dell'organizzazione dello Stato, quanto piuttosto la 'pratica' che concretamente si esprime secondo operazioni di vario tipo – legate in larga misura all'organizzazione, alla gestione, al controllo – e si esercita in forme non necessariamente costitutive di rapporti giuridici 'diretti' tra il singolo e autorità. Con riferimento alle strategie governative per il 'controllo' della malattia, alcuni hanno parlato di una *«fine della legalità»* per alludere al fatto che, nel nostro tempo, ben prima del virus, *«si è finalmente compiuto, [giungendo] alla sua fine, un tipo di potere che aveva per forma il diritto – e anzitutto la sua espressione nella legge – in quanto pensava se stesso e agiva secondo una logica dell'obbedienza»*⁷. La concezione del potere attraverso lo schema 'giuridico' della legalità conduce oramai a valutazioni estranee rispetto alla dinamica concreta del potere, la quale – per dirla in termini foucaultiani – appare più vicina alla messa in opera di *«dispositivi di sicurezza»* per il *«governo della popolazione»* piuttosto che all'*«esercizio di una sovranità che aspira a scendere nei dettagli più minuziosi dei comportamenti individuali»*⁸.

Alla luce dell'apparente insufficienza dell'alternativa binaria tra 'legalità' e 'illegalità', sarebbe, dunque, possibile leggere l'esercizio del potere secondo il paradigma della *governamentalità*, che parrebbe in grado di cogliere in modo più 'completo' il significato del 'governo' inteso come 'pratica' di gestione e controllo di fenomeni in relazione alla 'popolazione'. In uno dei più noti corsi tenuti al Collège de France (quello dell'anno 1977-1978), Michel Foucault distinse infatti la nozione di *«popolo»*, quale 'soggetto' (o, meglio, insieme di soggetti) che si contrappone al sovrano rivendicando determinate prerogative giuridico-contrattuali, da quella di *«popolazione»*, che appare invece l'*«oggetto»* del controllo da parte di un'autorità di governo, il quale agisce *«su un insieme di fattori apparentemente lontani dal comportamento immediato»* della popolazione stessa⁹. Se, da un lato, i dispositivi giuridici sembrano per lo più legati al rapporto tra popolo e governo, dall'altro lato i dispositivi di sicurezza e le tecniche governamentali postulano un'impostazione 'gestionale' del rapporto fra soggetto governante e soggetto governato. In altri termini, data la necessità di perseguire determinate esigenze, stabilite in base ad un calcolo utilitaristico¹⁰, chi eserciti il potere sull'insieme della popolazione cerca di gestirne l'esistenza *«nel miglior modo possibile»*¹¹ in rapporto ai mutamenti delle condizioni ambientali. È, appunto, su tali condizioni ambientali che agiscono le pratiche governamentali, cercando di

⁷ T. GAZZOLO, *Epidemia, o la finzione della peste*, in *Endoxa. Prospettive sul presente*, 2020, 24, pp. 51-52.

⁸ M. FOUCAULT, *Securié, territoire, population* (2004), trad. ita. di P. Napoli, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, Feltrinelli, 2005, p. 58.

⁹ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., pp. 62-63.

¹⁰ Foucault sottolinea, appunto, come *«la filosofia utilitarista sia stata il sostegno per [il] governo delle popolazioni»* (ivi, p. 64).

¹¹ Ivi, p. 44.

‘giocare’ con fattori naturali o comportamenti umani mediante lo sfruttamento di correlazioni statistico-probabilistiche e di previsioni basate su conoscenze tecnico-scientifiche.

4. Possibile integrazione tra gli schemi epistemici

L’opacità dell’approccio fondato sulla legalità potrebbe ricondursi al carattere, per certi versi, eccessivamente restrittivo della rappresentazione assunta in ordine alla relazione tra il soggetto che pone le norme ed il soggetto destinatario delle medesime. L’ordine del discorso¹² ‘giuridico’ sembra presumere che tale rapporto si espliciti secondo lo schema dell’obbedienza, o disobbedienza, all’obbligazione derivante da un contratto sociale. Il meccanismo ‘legale’ suddivide l’oggetto delle proprie norme, cioè le possibili condotte dell’individuo, «secondo un codice che è quello del lecito e del vietato» e specificando «ciò che è permesso o, piuttosto, obbligatorio»¹³. Il diritto, dunque, tende ad agire sull’atteggiamento positivo od omissivo del singolo attraverso prescrizioni formalmente definite e, perciò, l’analisi e la valutazione del sistema giuridico devono considerare solamente le caratteristiche formali del rapporto tra l’individuo e l’autorità.

La scienza giuridica compie, pertanto, una ‘selezione’ degli elementi contestuali e situazionali che risultino rilevanti al fine di esaminare la relazione fra la libertà dell’individuo, qualificata in termini di non-impedimento o assenza di legge¹⁴, e l’obbligo giuridico posto dall’autorità. Orbene, il criterio impiegato per determinare la *rilevanza* degli elementi fattuali nel ragionamento giuridico è, per lo più, quello della sussunzione di tali elementi sotto una norma giuridica di rango superiore a quella oggetto di valutazione. Se, ad esempio, per giudicare la ‘legittimità’ delle disposizioni amministrative adottate dal governo per imporre il *lockdown*, si avvertisse l’opportunità di considerare il presupposto della necessità di agire in poco tempo, senza l’aggravio di numerose formalità e con la probabilità di dover mutare nuovamente una regolamentazione dettagliata nel breve periodo, si dovrebbe verificare se l’impiego di tali strumenti normati, il contenuto di talune regole al loro interno o le ragioni particolari della loro adozione trovino ancoraggio in una previsione di rango costituzionale. Il giurista tende a considerare illegittimo, dal punto di vista metodologico, l’interrogarsi in

¹² Per la categoria foucaultiana di «ordine del discorso», è utile rinviare ad altre opere dell’autore, come M. FOUCAULT, *L’archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura* (1969) (trad. ita. di G. Bogliolo, Milano, Rizzoli, 1997, p. 1, da p. 174). L’espressione, talora sostituita dalla parola «*episteme*», allude all’insieme di concetti e valori, attribuibili ad un certo contesto storico, «in cui le conoscenze, considerate all’infuori di ogni criterio di riferimento al loro valore razionale o alle loro forme oggettive, affondano la loro positività» [ID., *Le parole e le cose. Un’archeologia delle scienze umane* (1966), trad. ita. di E. Panaitescu, Milano, Rizzoli, 1967, p. 12].

¹³ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione*, cit., p. 46.

¹⁴ T. HOBBS, *Leviathan* (1651), ed. J. C. A. Gaskin, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 1, in particolare da p. 139, dove si afferma che ‘libero’ è colui «al quale non sia impedito di fare ciò che vuole» e che, dunque, la libertà «significa propriamente l’assenza di opposizione» (trad. mia).

termini «causal» o simil-causali sui fattori per i quali «un legislatore abbia emanato proprio queste e non altre norme e quali effetti abbiano avuto le sue disposizioni»¹⁵.

E, chiaramente, la ricerca di una garanzia contro l'arbitrio di chi governa a determinare in noi il bisogno di trovare un riscontro normativo puntuale per fatti che giustifichino non solo l'adozione di norme eccezionali fondate su una dichiarazione di 'stato d'emergenza', ma l'emanazione, in generale, di qualsiasi norma. Quest'istanza garantistica, che presuppone un rapporto inevitabilmente (ed 'essenzialmente') conflittuale tra gli interessi dei singoli e quelli perseguiti dal governo, non abbandona il campo delle valutazioni giuridiche anche laddove il rapporto 'politico' tra i soggetti assume un carattere sensibilmente più complesso di quanto la sua rappresentazione in termini di 'rapporto obbligatorio' lasci intravedere. La dottrina giuridica contemporanea tende a ipostatizzare il presupposto fattuale della concezione legalistica o formalistica di tale relazione politica, rendendosi cieca in una doppia direzione. Essa è, da un lato, cieca verso il passato, in quanto dimentica che il presupposto fondamentale del paradigma da essa impiegato, la vigenza della Costituzione, è, per molti versi, frutto di un evento eccezionale, «l'unico», anzi, «davvero accaduto, tale da dare un senso determinato ad espressioni contenute nella costituzione formale che, altrimenti, ne sarebbero del tutto prive»¹⁶. La cecità, d'altro canto, riguarda anche e soprattutto il presente, poiché la legittimità del potere tende sempre più a fondarsi su differenti presupposti, che spesso non si fondano primariamente sulla ricerca dell'obbedienza dei soggetti. Secondo alcuni, «ciò che richiede essenzialmente il potere, ora, non è l'obbedienza – o, più correttamente: quella con il potere non è più una relazione di obbedienza (per quanto, ovviamente, ciò non significa che non continueranno ad esistere obblighi e divieti»¹⁷. Quest'affermazione sembra, in effetti, confermata da uno sguardo complessivo alla strategia di contenimento adottata dal nostro governo.

Attraverso un approccio 'governamentale' alla valutazione dell'azione politica, sembra dunque possibile cogliere in modo soddisfacente il funzionamento dei meccanismi strategici messi in campo da chi esercita il potere. L'istituzione degli obblighi di isolamento, la limitazione della possibilità di circolare liberamente sul territorio, la previsione di divieti o obblighi relativi al vestiario, alla distanza interpersonale o all'igiene fanno parte, da questo punto di vista, «di una serie di dispositivi, di relazioni, che non hanno più a che vedere con la pretesa del potere di essere obbedito»¹⁸, bensì con l'esigenza di governare un fenomeno, che nel nostro caso è la rapida diffusione del virus a fronte delle limitate risorse del sistema sanitario, attraverso strategie di calcolo, previsione e controllo.

¹⁵ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 54. Com'è noto, il giurista praghese definisce questa pratica scientifica «sociologia giuridica» e, pur senza metterne in questione il valore intellettuale, nega che essa abbia a che fare «con le norme giuridiche come specifiche strutture qualitative».

¹⁶ A. RACITI, *Tanto peggio per i fatti: l'idiosincrasia del positivismo giuridico*, in *Endoxa. Prospettive sul presente*, 2020, 25, p. 123.

¹⁷ T. GAZZOLO, *Epidemia, o la finzione della peste*, cit., p. 47.

¹⁸ Ivi, p. 50.

Ci si potrebbe, tuttavia, chiedere in che modo sia possibile 'valutare' l'esercizio del potere secondo una prospettiva che tenga conto della sua governamentalità, posto che uno schema di questo tipo presenta alcune criticità dal punto di vista teorico, per lo meno quando si cerchi di invocarlo per denunciare l'obsolescenza degli argomenti improntati al formalismo giuridico. Potrebbe obiettarsi, in primo luogo, che l'attuazione delle pratiche governamentali avviene, in ogni caso, attraverso strumenti che hanno carattere formalmente giuridico o, comunque, che rientrano nello spettro di quanto la scienza giuridica moderna considera oggetto del proprio sapere. D'altronde, si deve notare come il paradigma governamentale e quello giuridico-legale presentino diversi punti di contatto, tali da farli sembrare meno distanti di quanto possano apparire a prima vista. Per un verso, infatti, la pratica governamentale presuppone la presenza del diritto nel contesto in cui deve attuarsi: presuppone, cioè, che nello spazio sociale vi siano relazioni ispirate ad un 'rapporto di obbligazione', in cui l'individuo rivendica 'spazi' di libertà e il governo cerca di 'disciplinare' la sua condotta. Per altro verso, invece, lo stesso rapporto di 'obbligazione', che si vorrebbe legare in modo biunivoco al dispositivo giuridico-legale, non può considerarsi se non alla luce del fondamento stesso di tale obbligazione: la configurazione giuridica di una relazione in termini di 'obbligo' presuppone, infatti, il fatto che un soggetto assuma volontariamente l'obbligo, o comunque accetti di rispettare un sistema di obblighi per un certo fine. L'ordinamento giuridico, come nota Hart, ha bisogno di prevedere norme con un certo contenuto, proprio perché, se tali norme non vi fossero (ad esempio, se non vi fossero regole per limitare un comportamento violento), tale ordinamento non verrebbe 'accettato' e dunque mancherebbe di effettività¹⁹. Lo stesso Hobbes, com'è noto, sottolinea che l'obbedienza allo Stato si giustifica attraverso un'esigenza empirica, che consiste nella sicurezza e nella protezione dei soggetti che aderiscono al patto sociale²⁰.

Il rapporto fra le due concezioni si complica ulteriormente quando si constati che, mentre l'approccio 'giuridico' contempla la possibilità per il giurista, come per ogni soggetto, di giudicare la legittimità di una norma in base a determinati criteri, un approccio 'sociologico' non consente, di per sé, di formulare un simile giudizio. La dottrina della governamentalità permette di spiegare il legame tra alcuni fenomeni sociali e l'esercizio del potere, ma si espone al problema logico di non poter ricavare un giudizio 'normativo' a partire da proposizioni di fatto (è la famosa 'legge' di Hume). Per poter esprimere una valutazione sul potere è necessario, dunque, agganciare la premessa sociologica

¹⁹ Tesi sostenuta, fra gli altri, da M. A. CATTANEO, *Il diritto naturale nel pensiero di H.L.A. Hart*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XIII (1965), p. 689, e C. GASPAROLI, *Il Diritto tra Natura e Politica. Per una lettura di H.L.A. Hart*, Firenze, Altralea Edizioni, 2013, p. 133 riferimento, in particolare, a H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 231, dove l'autore suggerisce che la «definizione delle forme fondamentali» del diritto e della morale non può essere compiuta «senza riferimento a un contenuto specifico o a bisogni sociali».

²⁰ T. HOBBS, *Leviathan*, cit., p. 114, dove si parla di «security» e «safety», e p. 147, dove l'autore usa il termine «protection» per indicare il fine dell'obbedienza.

ad un riferimento normativo, in modo da autorizzare una conclusione che si esprima in senso normativo sulla legittimità del potere.

Ora, posto che il diritto – qui inteso, in senso lato, come mezzo di condizionamento per le relazioni sociali ‘esterne’ –, non costituisce l’unico dispositivo ‘normativo’ che regola i rapporti umani (accanto ad esso vi è, infatti, ciò che chiamiamo ‘religione’, ‘morale’, ‘costume’), esso si è affermato, nel corso della storia, come il mezzo più efficace per la risoluzione dei conflitti d’interessi in uno spazio sociale molto ampio e, dunque, diversificato. Sarebbe, allora, possibile integrare gli strumenti concettuali ‘giuridici’ attraverso la conoscenza degli altri paradigmi attraverso cui il potere agisce. Il giurista potrebbe, così, accostarsi al contenuto di alcune norme adottate dallo Stato assumendo la teoria della governamentalità o della sicurezza quale sapere utile a livello interpretativo, atto a esplicitare le ‘ragioni’ sottese alle norme oggetto di giudizio. Un tale approccio ‘integrativo’ consentirebbe, ad esempio, di valutare in modo più completo (rispetto all’impiego del solo metodo giuridico-formale) previsioni quali la restrizione della libertà di circolazione, l’obbligo di indossare le maschere protettive o il coprifuoco. Integrare la conoscenza dei criteri ‘giuridici’ con quella delle esigenze governamentali comporterebbe, inoltre, una maggiore consapevolezza in relazione a valutazioni che la scienza giuridica compie abitualmente. L’analisi giuridica, infatti, richiama spesso le considerazioni sottese alle pratiche di governo, quando si tratta di comprendere il motivo per cui una certa norma abbia un dato contenuto: la previsione, ad esempio, del limite massimo di velocità nella circolazione stradale non si spiegherebbe solo attraverso il riferimento ai «*motivi di sicurezza*» di cui all’art. 16 Cost., che imporrebbero di ‘guidare con prudenza’, ma occorre altresì riflettere sui prevedibili problemi applicativi che deriverebbero dall’esatta riproduzione di questa *ratio* nel testo del codice della strada²¹. Le medesime considerazioni possono applicarsi, *mutatis mutandis*, alle previsioni che stabiliscano, ad esempio, l’obbligo di indossare la mascherina pressoché in ogni circostanza di non-convivenza e non-isolamento, o che vietino a chiunque, salvo alcune eccezioni, di circolare sulla pubblica via oltre un certo orario. In estrema sintesi, si può sostenere che l’acquisizione di una teoria ‘sociologica’ del potere alle tecniche interpretative ‘giuridiche’ rappresenti, in generale, un potenziale arricchimento per la scienza giuridica, non solo nella prospettiva della comprensione dei meccanismi di

²¹ Si tratta di riflessioni già formulate da F. SCHAUER, *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning* (2009), trad. ita. di G. B. Ratti, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Roma, Carocci, 2016, pp. 50-51, dove l’autore prende in esame il caso di una previsione che, nel codice dello Stato del Montana, richiedeva di guidare in modo «*ragionevole e prudente*», dichiarata invalida dalla Corte suprema del medesimo Stato per eccessiva vaghezza. L’impostazione di Schauer, tuttavia, procede da una prospettiva di giudizio squisitamente ‘giuridica’, cioè fondata sulle norme stesse e non sulle loro ‘ragioni’: egli afferma, infatti, che «*la concreta formulazione di una norma, e non la sua giustificazione di fondo, normalmente rappresenta ciò che il diritto esige*» (ivi, p. 51).

funzionamento del potere, ma anche in direzione di una progressiva apertura della giurisprudenza alle altre scienze sociali²².

5. Libertà, autonomia e paternalismo nello Stato di diritto

I problemi del giudizio sull'esercizio del potere sono, per certi versi, connessi a quelli relativi al concetto di 'libertà'. In entrambi i casi, si può sostenere che il paradigma giuridico-legale, nella sua configurazione 'moderna', fornisca una soluzione insoddisfacente alle questioni che vorrebbe risolvere. La concezione liberal-individualistica del diritto mostra, con riguardo ai diritti del singolo nei confronti dello Stato, degli esiti quasi 'aporetici', per lo meno se si considera il diritto soggettivo come portato dell'ideologia liberale, che vorrebbe, a un tempo, limitare l'arbitrio del potere sovrano e garantire l'autodeterminazione dell'individuo²³. Risulta evidente, dunque, il forte nesso che lega, dal punto di vista teorico-politico e filosofico-giuridico, i concetti di 'libertà' e 'autonomia', ragion per cui sembra opportuno trattare congiuntamente i due argomenti.

La questione della 'libertà' nasce dalla preoccupazione generale (non solo dottrinale, evidentemente) per le stringenti misure che incidono su aspetti della vita personale e sociale considerati irrinunciabili nel nostro tempo. Nella prospettiva del giurista, queste limitazioni non riguardano 'fatti' della vita, ma posizioni giuridiche soggettive garantite nell'ambito dello Stato democratico di diritto, ossia alcuni fra i più importanti diritti di rilevanza costituzionale ('diritti fondamentali'). La preoccupazione dottrinale riguarda, in particolare, lo scavalco delle garanzie formali e materiali, di cui si è già discusso nelle pagine addietro, per l'adozione di disposizioni di carattere emergenziale²⁴. D'altra parte, l'impiego iniziale, da parte del Governo e dei Presidenti delle Regioni, di un apparato sanzionatorio penale per garantire il rispetto delle misure, giustificava

²² Al giurista dell'epoca 'post-moderna' servono, com'è stato segnalato, «occhiali che gli permettano di leggere nelle maglie, fitte di molte linee, che compongono [il piano del diritto globale]: geopolitica, economica, culturale, antropologica» [T. GRECO, *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia*, in *Diritto e Società*, 2017, 1, p. 81].

²³ Si può qui richiamare la formula, sintetica ed efficace, con cui un importante teorico della social-democrazia sottolineava che una delle maggiori aspirazioni del liberalismo sia quella di «rivendicare il diritto dell'individuo a plasmare il proprio destino, senza riguardo per qualsiasi autorità che possa tentare di limitare le sue possibilità» [H. J. LASKI, *The Rise of European Liberalism. An Essay in Interpretation* (1936), II ed., Delhi, Aakar Books, 2005, p. 17, trad. mia].

²⁴ Un esempio, tra molti, potrebbe essere quello di G. SILVESTRI, *Situazioni di emergenza e garanzie costituzionali*, in M. Malvicini, T. Portaluri, A. Martinengo (a cura di), *Le parole della crisi. Le politiche dopo la pandemia. Guida non emergenziale al post-Covid-19*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 21, che esprime forti e sensate perplessità nei confronti delle argomentazioni dottrinali che supportano la legittimità delle misure. Secondo l'autore, infatti, si dovrebbe dubitare della costituzionalità del lockdown se l'interpretazione coordinata delle fonti «autorizzasse qualunque deroga non in sede di attuazione (anzi, coordinamento dell'attuazione) degli interventi di protezione civile, ma in sede di predisposizione normativa, fino a poter disporre limitazioni a diritti fondamentali dei cittadini» (ivi, p. 32).

un timore siffatto per via dell'apparente sospensione 'eccezionale' dei presidi costituzionali della riserva di legge (art. 25, co. 2, Cost.) e di competenza statale (art. 117, co. 2, lett. l, Cost.)²⁵. Il problema del giurista è, però, legato ad una generale paura delle limitazioni dei diritti nello Stato di diritto, dove l'individuo vede la propria libertà colpita da varie misure 'governamentali' che sembrano obbedire alla strategia machiavelliana di «presupporre tutti gli uomini reo»²⁶.

La questione della libertà è, perciò, legata a doppio filo a quella della legittimità del potere 'sovrano' (il potere che pone norme giuridiche), in quanto, da una parte, «il sovrano è colui che è capace di dire 'no' al desiderio di un individuo»²⁷, mentre quest'ultimo, a sua volta, oppone al primo il proprio «no» non solo disobbedendo, ma altresì rivendicando il proprio diritto di libertà. L'assetto 'giuridico' di questo rapporto tra l'individuo e lo Stato è determinato alla base dalla percezione dell'autorità come una minacciosa 'alterità' dalla quale occorre proteggere la sfera 'privata' dell'individuo. Il problema sembra, dunque, avere origine nel presupposto antropologico del concetto di 'libertà' assunto dalla cultura giuridica occidentale, poiché il desiderio di porre un freno alle pretese, potenzialmente arbitrarie, dello Stato attraverso meccanismi di garanzia legale e costituzionale non esclude, in realtà, la permanenza di un rapporto 'paternalistico' tra l'autorità politico-giuridica e il soggetto.

L'individuo, infatti, sembra costantemente alla ricerca di una 'definizione' chiara, precisa e stabile di ciò che può e non può fare, per mantenere una convivenza civile pacifica che gli consenta di realizzare i propri desideri. Egli ha bisogno che qualcuno stabilisca in modo netto i presupposti e le conseguenze della distinzione fra lecito e illecito, ma desidera, al contempo, che i confini della propria condotta lecita e del proprio 'potere' giuridico (cioè, di quelle prerogative che permettono di azionare meccanismi produttivi di effetti giuridici) siano il più possibile ampi ed estesi, con il corrispondente restringimento dell'ingerenza altrui nella propria sfera individuale²⁸. Il singolo, in quanto 'cittadino', si aspetta che sia lo Stato stesso a delimitare l'ambito della libertà individuale, dove per 'Stato' si intende non solo l'autorità di carattere nazionale, ma

²⁵ Com'è noto, nella fase iniziale della gestione dell'emergenza, il Governo e le Regioni rinviavano costantemente all'art. 650 c.p., per stabilire la punibilità del «mancato rispetto delle misure di contenimento» (come recitava il d. l. 23 febbraio 2020, n. 6). Dal punto di vista giuridico-formale, era dubitabile che i costanti rinvii a questa fonte, contenuti nei successivi d.p.c.m. e nelle ordinanze regionali, fossero coerenti con la riserva di legge imposta dalla Costituzione, dal momento che l'estensione della punibilità (l'art. 650 c.p. non è, come da tempo afferma la giurisprudenza, una norma penale 'in bianco') a condotte nuove e, peraltro, indeterminate richiederebbe, quantomeno, una fonte di rango legislativo adottata dallo Stato.

²⁶ N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* (1531), a cura di A. Sfonti, Modigliana (FC), Associazione Mazziniana Italiana, 2003, I, 3, p. 10.

²⁷ M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione, cit.*, p. 64.

²⁸ Secondo la celebre lezione di Kant, è, appunto, la ricerca della 'certezza' e del carattere «perentorio» di un dato assetto di relazioni che conduce alla necessità dell'istituzione dello Stato. A prescindere dalla «costituzione civile», infatti, potrebbe darsi una distinzione fra *mio* e *tuo*, ma si tratterebbe di «un possesso giuridico provvisorio», mentre «quello che si riscontra in un effettivo stato giuridico sarebbe un possesso perentorio» [I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), trad. ita. di G. Landolfi Petrone, *Metafisica dei costumi*, Milano, Bompiani, 2006, p. 115].

in senso lato tutto il complesso degli organi e delle fonti normative facenti capo all'ordinamento costituzionale. L'ideale della certezza e della prevedibilità, dunque, non fa che tradurre sul piano giuridico una sorta di sentimento recondito che viene attribuito all'essere umano in quanto tale e che consiste in una duplice *ansia del limite*. Quest'ultima è duplice in quanto si declina secondo due direttrici, una delle quali è verticale e negativa, in quanto si riferisce alla volontà dell'individuo di espandere il proprio diritto soggettivo in contrapposizione allo Stato, allontanando così il 'limite' alla propria libertà. La seconda direttrice, invece, ha carattere – si potrebbe dire – orizzontale e positivo, poiché l'individuo cerca, contestualmente, il limite per sé e per la propria controparte (l'altro), in base all'assunto che una libertà priva di limiti sarebbe foriera di pericoli e danni tali da giustificarne la paura²⁹.

L'ansia del limite e l'«antropologia» della libertà «negativa» (per cui vi è libertà solo negli spazi in cui il diritto positivo è assente) sfociano, con la dottrina moderna del diritto, nella configurazione della libertà stessa come «diritto soggettivo». Quest'ultima categoria, d'altronde, non è altro che un nome o un *medium* linguistico tramite cui s'individua l'attribuzione al soggetto di prerogative giuridiche tese ad escludere altri da uno spazio (fisico o «sociale») o ad accrescere i mezzi per soddisfare il proprio desiderio³⁰. La sanzione giuridica dei diritti di libertà ha, dunque, l'effetto di «rafforzare» l'antropologia dell'individualismo liberale, poiché grazie ad essi il cittadino è capace di «sfruttare» proficuamente le relazioni intersoggettive in uno spazio sociale dove può sentirsi protetto attraverso la delimitazione dei diritti propri, degli altri individui e dello Stato stesso. Egli non accetta, tuttavia, l'ingerenza dello Stato quando questo intervenga a modificare il confine precedentemente fissato per il suo diritto. Ciò si verifica, per fare un esempio pertinente al nostro tema, anche quando il Governo, attraverso le misure di contenimento, proibisce la circolazione in determinate ore del giorno o vieta di spostarsi verso un certo territorio se non per giustificati motivi. Ogni ridefinizione del perimetro del diritto soggettivo rappresenta, per l'individuo, una sorta di «mutilazione», per scongiurare la quale egli avverte la necessità di invocare parametri di rango costituzionale, che si pongono «al di sopra» dell'esecutivo e del Parlamento.

Tali parametri, tuttavia, devono essere applicati da un organo superiore, proprio perché non può farsi affidamento su di un'auto-limitazione da parte del Governo o del Parlamento. L'appello ad un organo come la Corte costituzionale, dunque, è un passaggio fondamentale per *limitare* efficacemente, in «seconda istanza», l'ingerenza del potere pubblico nel proprio spazio di libertà.

²⁹ Il riferimento «classico», da questo punto di vista, è ancora una volta T. HOBBS, *Leviathan*, cit., pp. 82-86.

³⁰ È utile, a tal proposito, richiamare la nota concezione russiana, per la quale il concetto di «diritto soggettivo» «non designa qualche fenomeno che si inserisca fra la fattispecie e le conseguenze giuridiche derivate, ma è soltanto un mezzo che consente di rappresentare [...] il contenuto di un insieme di norme giuridiche, di quelle norme cioè che connettono una pluralità disgiuntiva di fatti ad una certa pluralità cumulativa di conseguenze giuridiche» [A. ROSS, *On Law and Justice* (1958), trad. ita. di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, IV ed., Torino, Einaudi, 1965, p. 164].

Tuttavia, si può sostenere che la relazione fra l'organo superiore e l'individuo riproponga, per certi versi, lo stesso problema del rapporto fra l'individuo medesimo, che cerca di auto-determinarsi, e l'autorità titolare del potere che, di fatto, ostacola tale autodeterminazione. Infatti, se, da una parte, l'arbitrio del Governo sembra avere una vocazione 'paternalistica' nella misura in cui impedisce al singolo di compiere da sé le proprie scelte di vita, d'altra parte, la garanzia costituzionale contro le potenziali perversioni del potere giuridico e 'governamentale' dello Stato non appare, sotto questo profilo, molto diverso. L'applicazione dei parametri costituzionali, per stabilire se una legge sia coerente con la Carta costituzionale, oppure per risolvere un conflitto di attribuzioni, ripropone, a ben guardare, le caratteristiche del governo paternalistico. È noto, d'altronde, che tali parametri presentino spesso un contenuto estremamente vago ed impreciso: si pensi, ad esempio, a principi come la «ragionevolezza» e la «proporzionalità» che, impiegati in numerose pronunce della Corte costituzionale, dovrebbero servire a «moderare la discrezionalità del legislatore»³¹.

L'individuo, dunque, non può che rimettersi giudizio di un altro soggetto, con il quale, anche nel contesto di uno Stato di diritto costituzionale, instaurerà necessariamente un rapporto in cui l'organo pubblico stabilisce il contenuto della condotta legittima ed il cittadino recepisce passivamente l'esito di un giudizio che, sebbene si supponga 'illuminato', non può essere ulteriormente limitato da altri contro-poteri. Pertanto, si può affermare che la cultura giuridica moderna non elimini, ma proietti sul piano costituzionale le caratteristiche dell'*imperium paternale*, «vale a dire», come sottolinea Kant, di «un governo paterno, dove dunque i sudditi, come i figli minorenni, che non sanno decidere cosa sia loro veramente utile o dannoso, siano costretti a comportarsi in modo puramente passivo»³². Da questo punto di vista, la crisi derivante dall'emergenza 'covid-19' non è che uno dei molteplici momenti in cui emerge quest'aporia insita nelle concezioni 'moderne' e liberali dei rapporti fra individuo e Stato, da una parte, e fra individui 'privati', dall'altra.

6. Dalla libertà per l'autonomia all'autonomia per la libertà

Abbiamo visto che la categoria della libertà, nel suo significato 'moderno' e 'negativo'³³ di non-impedimento, mette in luce una significativa contraddizione nella concezione liberale dell'ordine giuridico. Per sentirsi al sicuro, si dice, l'individuo ha bisogno che il diritto positivo limiti la sua libertà insieme a

³¹ M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, a cura del Servizio Studi della Corte costituzionale, Roma, luglio 2013, disponibile all'indirizzo <https://www.cortecostituzionale.it/documenti>, p. 9.

³² I. KANT, *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi* (1793), in *Id., Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 138.

³³ Ci si riferisce alla nota distinzione fra «positive sense» e «negative sense of freedom» formulata da I. BERLIN, *Four Essays on Liberty* (1969), in *Id., Liberty*, ed. by H. Hardy, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 3, da p. 166.

quella altrui, ma al contempo ha bisogno di erigere una serie di garanzie contro la potestà 'limitativa' dello Stato, le quali, tuttavia, producono a loro volta una definizione eteronoma della libertà individuale. Di conseguenza, nemmeno il concetto di 'autonomia', intesa come capacità di determinare da sé le regole della propria condotta attraverso le dimensioni giuridiche della libertà (ad esempio, con la libertà negoziale), sembra capace di compiersi nel concreto, in quanto è sempre la norma giuridica posta da qualcun altro a rappresentarne la condizione di possibilità. Purtroppo, anche l'istituzione della rappresentanza democratica, in cui consiste la strategia moderna per risolvere il problema dell'alterità fra autorità e 'subiettività', non pare in grado di annullare il carattere eteronomo del diritto positivo. Ciò accade, in primo luogo, perché la definizione del diritto soggettivo dipende da una statuizione autoritativa sulla quale l'individuo 'rappresentato' non può incidere che in misura minima e, in secondo luogo, perché la forma democratica, in una situazione di governo emergenziale, finisce per essere scavalcata in quanto risulta 'scomoda' per una gestione efficiente. D'altronde, l'impiego del concetto di 'crisi' come categoria politica sembra spezzare, attraverso l'assunto dell'«inevitabile necessità di agire»³⁴, il requisito di legittimazione democratica del potere.

Si può, dunque, sostenere che il problema della realizzazione dell'autonomia e della libertà non sia risolvibile con il solo riferimento alla dottrina dell'individualismo liberale, in quanto le premesse di quest'ultima non sembrano costituire le a condizione di possibilità per il raggiungimento di tali obiettivi. Per quella che, in questa sede, abbiamo definito 'dottrina individualistico-liberale', il soggetto può realizzare da sé i propri fini qualora non vi siano limiti giuridici 'esterni', i quali sono, tuttavia, necessari dal momento che *altri soggetti*, perseguendo il proprio interesse, potrebbero ostacolare tale realizzazione. Si assume, infatti, che il soggetto non prenda in considerazione il bisogno o il desiderio dell'altro e che, quindi, la comunicazione e l'interazione fra interessi contrapposti debba essere 'mediata' dall'autorità, seppure attraverso una regolamentazione minima. Alla base di tale impostazione si può intravedere, almeno apparentemente, un riferimento implicito alla dottrina economico-politica di Adam Smith, per cui i soggetti, perseguendo ciascuno il proprio interesse nel mercato, garantirebbero il massimo benessere possibile per la collettività. È da rilevare, tuttavia, che l'idea appena ricordata rischia di travisare il presupposto filosofico-morale della teoria c.d. della 'mano invisibile'. Per Smith, infatti, il sentimento del *self-love* o *self-interest*, che porta l'uomo alla cura dei propri interessi, dev'essere 'temperato' e 'controbilanciato' dalla *sympathy*, vale a dire dall'attitudine a provare certe «passioni» immaginando la situazione altrui³⁵. Il

³⁴ R. KOSELLECK, *Crisi. Per un lessico della modernità*, cit., p. 49.

³⁵ A. SMITH, *Theory of Moral Sentiments* (1759), ed. D. D. Raphael, A. L. Macfie, Indianapolis, Liberty Fund, 1984, p. 1, da p. 10 e da p. 137. Per L. BAGOLINI (*La simpatia nella morale e nel diritto. Aspetti del pensiero di Adam Smith*, Bologna, Zuffi, 1952, p. 52) la 'simpatia' smithiana allude alla «partecipazione al dolore altrui», ma in un senso più ampio rispetto a quello di 'pietà' o 'compassione', in quanto implica «la rappresentazione mentale della situazione altrui» e la capacità di «porre se stessi nella situazione di un'altra persona» [ID., *The Topicality of Adam Smith's Notion of Sympathy and*

funzionamento del mercato, nella dottrina smithiana, non si basa (e non può basarsi) esclusivamente sull'«egoismo» – così come non può basarsi sulla mera «benevolenza» – degli attori economici, ma dipende dalla considerazione che essi abbiano per gli interessi altrui, oltre che per i propri: anche quando, in un famoso passaggio, Smith fa riferimento al «*self-love*» del «*macellaio, del birraio e del fornaio*»³⁶, la conclusione dell'affare si fonda, in realtà, sulla previa considerazione, da parte del «consumatore», dell'interesse del venditore, ossia di un desiderio «altro» ed esterno rispetto alla propria sfera individuale.

La dottrina giuridica «moderna» sembra, dunque, per certi versi omettere o, comunque, considerare irrilevante il riferimento a questa matrice intersoggettiva o relazionale dell'ordine sociale, giacché il «diritto» dell'individualismo liberale non è concettualmente determinato dalle relazioni, bensì è la premessa fondamentale ed indispensabile dell'interazione sociale. Secondo alcuni, addirittura, «*porre la relazionalità quale fattore originario dell'ordine implica [...] un corollario che non può rientrare negli schemi di una scienza giuridica formalistica, qual è quella moderna: il corollario secondo cui la relazionalità rappresenta un fattore normativo antecedente alla (e indipendente dalla) norma positiva sanzionata*»³⁷. Invece, la considerazione dell'altro e del bisogno altrui è una delle possibili basi della dimensione giuridica, nonché del funzionamento stesso del diritto: la relazione, infatti, presuppone che il soggetto si rappresenti la situazione dell'altro e consideri le potenzialità della propria azione alla luce di essa, in una prospettiva di «comunicazione» o «comunicabilità». Interrogarsi sul punto di vista dell'altro significa, come sostiene Hannah Arendt, «*andare oltre la nostra specifica condizione soggettiva per il bene di altri*»³⁸, applicando quello che Kant chiama «*senso comune*». Quest'ultimo, infatti, nell'affermare che il giudizio di tipo «riflettente» (in cui il soggetto ricerca l'universale a partire dal particolare) richiede l'impiego del «senso comune», sottolinea l'importanza del «*pensare in modo allargato*» (*erweiterte*), che tiene conto del modo di giudicare «*di tutti gli altri*», cosa che «*avviene quando paragoniamo il nostro giudizio con quello degli altri, [...] e ci poniamo al posto di ciascuno di loro*»³⁹.

Judicial Evaluation, in A. S. Skinner, T. Wilson (ed.), *Essays on Adam Smith*, Oxford, University Press, 1975, p. 104].

³⁶ A. SMITH, *The Wealth of Nations* (1776), trad. ita. di A. Baglioni e T. Baglioni, *La ricchezza delle Nazioni*, Torino, Utet, 2013, p. 92, che riprende un passaggio analogo di ID., *Lectures on Jurisprudence* (1762-1764), trad. ita. di V. Zompanti Oriani, *Lezioni di Glasgow*, a cura di E. Pesciarelli, Milano, Giuffrè, 1989, p. 443.

³⁷ T. GRECO, *Relazioni giuridiche. Una difesa dell'orizzontalità del diritto*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2014, 1, p. 12.

³⁸ H. ARENDT, *Lectures on Kant's Political Philosophy*, ed. R. Beiner, Chicago, The University of Chicago Press, 1992, p. 67.

³⁹ I. KANT, *Kritik der Urteilskraft* (1790), trad. ita. di A. Gargiulo e V. Verra, *Critica del giudizio*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 264-265. È senz'altro utile, ai nostri fini, ricordare l'applicazione della dottrina kantiana del giudizio estetico al «giudizio politico» ad opera di H. ARENDT, *Lectures on Kant's Political Philosophy*, cit., *passim*. Invece, sulla possibile formulazione, a partire da queste premesse, di una «teoria del giudizio giuridico», si veda A. LO GIUDICE, *Giudizio*.

La dimensione relazionale presenta notevoli potenzialità con riguardo al modo di concepire il diritto e la realtà politica, in quanto si presta a rivelare la capacità dell'individuo di spingersi al di là dello stretto recinto del proprio interesse, scoprendo il proprio *dovere* nei confronti degli altri. È, infatti, la consapevolezza del dovere da parte dei soggetti a determinare il funzionamento dei meccanismi giuridici, e l'adempimento degli obblighi non deve essere per forza indotto dalla minaccia di una sanzione. In altri termini, si può sostenere, ancora una volta, che il funzionamento del diritto poggia su dinamiche relazionali che non hanno una matrice 'coercitiva'. Non ci interessa, a questo punto, stabilire se tali dinamiche debbano qualificarsi come 'diritto' o come 'morale', ma è importante ribadire che, in un momento in cui la legittimazione democratica vacilla sulla scia della politica emergenziale, vi è comunque uno spazio per l'autonomia del singolo. Questo spazio è dato dalla possibilità di considerare le difficoltà e i bisogni che altri soggetti sperimentano e di comprendere (o cercare di comprendere) autonomamente il contenuto del proprio *limite*.

Alcuni studiosi, a proposito dell'attuale pandemia, hanno stabilito una connessione fra il «*diritto alla salute*» e il «*dovere di salute*». Si tratta di un collegamento da non sottovalutare, specie in un periodo di vertiginosa risalita dei contagi, giacché «*l'impegno a stare bene diventa presupposto per la tutela del diritto alla salute altrui e di tutti*»⁴⁰ ed impone, almeno in questi casi, di mettere da parte la netta separazione fra l'interesse proprio e quello dell'altro. La decostruzione della separazione, della distinzione e della lontananza tra sfere soggettive può consentire, d'altronde, il recupero di una certa dimensione 'comunitaria' nell'esperienza relazionale, in cui l'avvicinamento all'altro è conseguenza della rappresentazione mentale di ciò che si ha in comune con esso. Ciò accade, ad esempio, quando ci confrontiamo con il rapporto tra *vulnerabilità* e *cura*: dalla rappresentazione della vulnerabilità altrui, infatti, è possibile acquisire consapevolezza del *proprio* essere vulnerabile e, così, 'limitare' e orientare la propria azione alla *cura* dell'altro⁴¹.

In una prospettiva siffatta, dunque, il problema della libertà si risolve 'insieme' a quello dell'autonomia, dal momento che, attraverso l'auto-comprensione critica del proprio dovere, la 'limitazione' della mia libertà diventa manifestazione della libertà stessa nell'ambito di una definizione 'autonoma' della prospettiva del mio agire. Questo non significa, d'altra parte, che si debbano eliminare le garanzie contro l'esercizio arbitrario e 'dannoso' della libertà: al contrario, la democrazia e la *rule of law* potrebbero trarre giovamento da una

Lo scarto tra intelletto e volontà, in A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 249.

⁴⁰ C. DEL BO, *Diritto alla salute e solidarietà*, in *Rivista Il Mulino*, 6 aprile 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.rivistailmulino.it/news>.

⁴¹ Può essere utile rinviare all'intervista in cui Elena Pulcini afferma, per un verso, che «*la cura che non deriva dalla consapevolezza della nostra ontologica vulnerabilità si rovescia facilmente in una cattiva cura*» e distingue, per altro verso, fra *cure* e *care*, «*dove cure vuol dire essenzialmente terapia, cura di un copro, mentre care è prendersi cura di un'altra persona*» (F. MERENDA, E. PULCINI, *Piccolo vocabolario filosofico per il post-pandemia*, in *Le parole della crisi*, cit., p. 475, da p. 485).

rifondazione dei rapporti politici in chiave relazionale, in quanto concepire la partecipazione dell'individuo ai meccanismi giuridico-istituzionali vorrebbe dire anche assumere la sua auto-responsabilità nei rapporti con gli altri. Ciò significa, in altri termini, che l'ordinamento potrebbe considerare il soggetto alla luce della sua capacità di andare verso l'«altro», ridimensionando il sospetto «confittualista» nei confronti delle relazioni intersoggettive. Questo significato di libertà, che si presta ad una declinazione al «positivo», potrebbe addirittura aiutarci a procedere verso un'idea di democrazia, più complessa rispetto a quella liberale o «capitalistica»⁴², in cui la concezione autoritativa e coercitiva dello Stato possa risolversi, come auspicato da alcuni teorici, «dentro una filosofia che in qualche modo concepisca come storicamente possibile il passaggio dal regno della necessità al regno della libertà»⁴³.

7. Un possibile «rischiamento» dei concetti

Nell'epoca della pandemia, i concetti giuridici moderni sviluppano una sorta di sintomatologia patologica che contribuisce a farne emergere le criticità, peraltro, già da tempo messe in evidenza da una parte della dottrina giuridica. Ci si potrebbe chiedere, allora, in che modo – e in quale misura – sia possibile rivederne i connotati alla luce dell'evoluzione storica e del tempo che stiamo vivendo. Non è detto, infatti, che passando dalla «teoria» alla «prassi» sia sempre possibile prospettare una revisione totale dei dispositivi epistemici che ci consentono di intendere e, al contempo, di intervenire sull'ordine del discorso.

Nel corso di queste pagine si è cercato di sostenere che i concetti tramite cui noi indaghiamo e «comprendiamo» il fenomeno giuridico non hanno una configurazione teorica «essenziale», nel senso che non si può dire che le premesse da cui essi si sviluppano siano le uniche possibili condizioni di una riflessione giuridica. Le premesse, infatti, dipendono dai criteri «normativi» (ossia, fondati su giudizi di valore) applicati dalla dottrina per enucleare dalla realtà i fatti e le circostanze da ritenersi «rilevanti» per costruire i concetti. Tuttavia, pur mantenendo questa consapevolezza, non conviene sottovalutare l'influenza esercitata sulle capacità «discorsive», cioè sulla possibilità di formulare «discorsi» teorici alternativi, da parte di categorie storicamente affermate e sedimentate nella cultura giuridica in cui si compie la nostra formazione dottrinale.

Da una parte, è importante cercare di cogliere i limiti della concezione teorica che appare «dominante» in un certo ambito scientifico o, comunque, intellettuale, per apprezzare al contempo le possibilità offerte da schemi teorici alternativi. D'altra parte, occorre tenere a mente che ogni nuova elaborazione o proposta interpretativa si colloca inevitabilmente all'interno di un ordine del

⁴² Così la definisce, tra molti, H. J. LASKI, *Democracy in Crisis* (1933), trad. ita. di A. Schiavi, *Democrazia in crisi*, Bari, Laterza, 1935, *passim*.

⁴³ A. PIGLIARU, *L'autonomia come riforma democratica della sovranità e come momento della estinzione democratica dello Stato* (1963), ora in ID., *Scritti di Scienza politica*, Editrice Dattena, Cagliari 1975, p. 187.

discorso che la precede e che, in un certo senso, ne determina in parte la struttura logica ed il contenuto, condizionando altresì le sue probabilità di successo. Una prospettiva 'post-moderna' tende, ad esempio, ad articolarsi come un ribaltamento delle tesi 'moderne', ma tale ribaltamento in realtà assume l'apparato concettuale 'moderno' variandone certi aspetti, oppure, quando si articola una tesi come 'negazione' di un sistema concettuale, essa assume quest'ultimo come sistema di riferimento, pur se in via 'negativa'.

In questa prospettiva, dunque, una 'rivoluzione' nei concetti potrebbe, nella prassi, risultare quasi sempre in una 'riforma', dal momento che la decostruzione totale di un 'sistema' di pensiero sembra un'operazione tutt'altro che semplice. Cionondimeno, questa sorta di impossibilità pragmatica di rivedere interamente il modo di concepire il diritto non impedisce di trarre frutto da una maggiore contezza della complessità in cui si cala la teoria giuridica. Sarebbe possibile, in altri termini, conservare il 'diritto' e i concetti giuridici dell'individualismo liberale e moderno, ma al contempo considerare anche le altre possibili (e, spesso, anche concrete, effettive) configurazioni dei rapporti tra lo Stato e gli individui, da un canto, e fra singoli soggetti, dall'altro. In base alle proposte interpretative richiamate e descritte in questa sede, si potrebbe sfruttare l'osservazione del rapporto fra l'emergenza pandemica e le categorie teorico-giuridiche per tentare un 'rischiaramento' di queste ultime. La riconduzione del fenomeno giuridico a prospettive teoriche differenti da quelle a cui la dottrina fa tradizionalmente riferimento potrebbe, in certa misura, portare il giurista ad accostarsi alla complessità delle vicende socio-relazionali con un maggiore spirito critico, senza lasciarsi determinare in modo passivo da una concezione giuridica formalistica.

L'impiego del termine 'rischiaramento', che richiama il saggio di Kant sull'*Illuminismo* (in tedesco: *Aufklärung*, rischiaramento), potrebbe apparire fuori luogo, o addirittura contraddittorio, in questo contesto, dal momento che, come si noterà, l'autore di Königsberg si riferisce alla necessità per gli uomini di determinarsi attraverso la propria ragione secondo una prospettiva 'liberale'. Ciò non elimina, tuttavia, la possibilità di riprenderne il senso per 'adattarlo' alle caratteristiche del nostro tempo, recuperando, in particolare, l'appello all'autonomia della scienza rispetto a determinazioni esterne. Secondo la lezione kantiana, infatti, il 'rischiaramento' denuncia non tanto la «mancanza di intelletto», quanto piuttosto la «mancanza di decisione e di coraggio nel servirsi del proprio intelletto senza la guida di un altro»⁴⁴, sottolineando il legame fra l'uscita dalla 'minorità' e l'esercizio concreto della ragione da parte di chi «non si accontenta di rimanere sotto tutela»⁴⁵, sia nei rapporti di potere che nell'ambito della discussione scientifica. Nella dottrina del diritto, in ultima analisi, il 'rischiaramento' dei concetti dipende dalla capacità della scienza giuridica di auto-determinarsi ri-

⁴⁴ I. KANT, *Risposta alla domanda: che cos'è illuminismo?* (1784), in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., p. 45.

⁴⁵ M. C. PIEVATOLO, *Immanuel Kant: una critica dell'università*, in *Bollettino telematico di filosofia politica*, disponibile all'indirizzo https://btfp.sp.unipi.it/dida/kant_s/index.xhtml, di cui, in particolare, la parte su *Il conflitto legittimo delle facoltà superiori con l'inferiore*, paragrafo 4.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

spetto alla tradizione dogmatica liberale, osservando attentamente i dati empirici ed attingendo da altri saperi⁴⁶, per emanciparsi con sentimento critico dal rigore legalistico-formale che la storia delle idee ci ha tramandato.

⁴⁶ Può essere utile rinviare alle considerazioni sull' 'autonomia' o 'eteronomia' della scienza giuridica nel saggio di T. GRECO, *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia*, cit., passim.

RICCARDO BIANCHINI
Avvocato del Foro di Prato
avv.riccardobianchini@gmail.com

IL COSTITUZIONALISMO E IL PARADOSSO DI UNA IEROCRAZIA MEDICA

THE CONSTITUTIONALISM AND THE PARADOX OF A MEDICAL HIEROCRACY

SINTESI

La scienza non conosce eresie, ma soltanto teorie: anche il più profondo dissenso è legittimamente ammesso e, anzi, proprio la possibilità che un'opinione del tutto minoritaria si imponga come nuovo paradigma scientifico è ciò che distingue la scienza dal dogmatismo. E in forza della propria capacità di fornire una neutrale ricostruzione dello stato delle cose, l'opinione scientifica si rende autorevole e, dunque, rilevante sia sul piano politico che su quello giuridico. Allo stesso tempo, l'ordinamento giuridico è sempre più teso verso il paradigma biopolitico: paradigma in cui il corpo umano diviene il terreno su cui si esercita il potere pubblico. Anche la tutela della salute degli individui si colloca in tale paradigma. Ma nel momento in cui l'ordinamento si fa carico del compito di promuovere la salute (individuale e collettiva) necessariamente esso deve delegare al sapere medico-scientifico parte dell'esercizio del suo potere. La definizione del rapporto salute/malattia (come le nozioni legali di vita e di morte) possono entrare nel circuito politico-giuridico solo attraverso la mediazione del sapere medico. Il paradosso provocatoriamente evocato nel titolo riguarda tale dipendenza delle scelte politico-giuridiche dal ruolo giocato dalla comunità medico-scientifica: un ruolo che svela l'inconsistenza dei presupposti teorici che ne avevano legittimato l'attribuzione. L'autorevolezza dei membri della comunità medico-scientifica deriva infatti dall'asserita neutralità delle loro opinioni, ma una volta che tali opinioni entrino nel meccanismo della co-produzione della scelta politico-giuridica svelano di non essere mai state tali, soprattutto quando – come oggi – su molte cruciali questioni bioetiche manca un consolidato paradigma scientifico. Il lavoro si propone di ricondurre nel terreno giuridico quelle acquisizioni ottenute nei vari filoni epistemologici raggruppati attorno all'idea post-positivista di una *theory-laden observation*: un'idea che critica ogni teoria del “puro dato”, minando alle fondamenta la contrapposizione – tutta moderna – tra fatto e norma. La prassi quotidiana, processuale come procedimentale, mostra con evidenza come sempre più questioni bioetiche siano risolte solo mediante l'adesione ad opinioni scientifiche che, tuttavia, non si sono ancora consolidate in uno stabile paradigma. Ma il diritto non ha strumenti per sindacare l'opinione scientifica: la modernità ha infatti costruito il sistema di tutela delle libertà costituzionali fondandolo su una distinzione tra fatto e norma che presuppone la neutralità dell'accertamento del fatto. Quando questo schema va in crisi, occorre ripensare radicalmente i meccanismi di tutela delle libertà individuali poiché di fronte ad una “decisione maggioritaria” della comunità scientifica non vi è alcun equivalente di una corte

costituzionale. O, meglio, non ve ne sono più dopo che, giustamente, si è abolito il credo religioso come fonte di legittimazione del sapere scientifico, aprendo alla possibilità che il vuoto lasciato dalla tradizionale ierocrazia sacerdotale sia adesso - e sempre più incisivamente - riempito da una ierocrazia medico-scientifica cui il giurista (con tutto il suo armamentario teorico) non può che prestare fede. La pandemia ha portato a piena evidenza questo stato delle cose.

ABSTRACT

In science there aren't heresies, but only theories: even the deepest dissent is legitimately permitted because what distinguishes science from dogmatism is the opportunity for a isolated opinion to stand out as a new scientific paradigm.

Based on its capacity to provide a neutral world vision, scientific opinion becomes trustworthy and, therefore, legally and politically influential.

Meanwhile, the legal system is more and more directed to the biopolitical paradigm: a paradigm in which the human body becomes the field where public power is exercised.

Even healthcare legal protection resides in this paradigm. But when the legal system takes charge of the duty to support healthcare (individual and collective), it has to necessarily delegate to medical-scientific knowledge part of its power. The definition of the healthcare/illness relationship (like the legal notions of life and death) can enter the political-legal decision only through the mediation of medical knowledge.

The paradox recalled provocatively in the title is related to this link between political-legal choices and the role of the medical-scientific community: a role that discovers the inconsistency of the theoretical presuppositions that legitimized its attribution.

Indeed, the prestige of the members of the medical-scientific community derives from the supposed neutrality of their opinions; but when these opinions enter into the machinery of law-making, it appears they have never been neutral, especially if – as today – there is not a consolidated scientific paradigm regarding a lot of crucial bioethical topics.

The paper aims to bring the acquisitions achieved by various post-positivist epistemological tendencies linked to the theory-laden observation into legal field: an idea that criticizes every “pure date” theory, undercutting the modern law-fact distinction.

The daily routine – in the courts such as in the public administration procedures – shows more and more bioethical topics are solved only with accepting scientific opinions that have not yet become an undisputed paradigm. But the law does not have the instruments to criticize scientific opinions: the modernity has build the constitutional liberties' system founding it on a law-fact distinction that premises the neutrality fact and its assessment.

When this frame is in a crisis, we need to radically rethink the instruments of liberties' protection because there is nothing such as a High Court to use against a “majority decision” brought by the members of scientific community. In other words: since we rightly suppressed religious faith as the source of legitimation of scientific knowledge, we have opened the opportunity that the void left by the traditional sacerdotal hierocracy can be filled – now and with increasingly force - by a medical-scientific hierocracy in which the jurist (with all his formal knowledge) can only have faith.

The pandemic has clearly showed this situation.

PAROLE CHIAVE: Biopolitica, Biodiritto, Distinzione tra fatto e norma, Opinione scientifica, Libertà fondamentali

KEYWORDS: Biopolitic, Biolaw, Fact-Law distinction, Scientific opinion, Liberties

INDICE: Premessa - 1. Biopolitica e scienza medica - 1.1 Malattia e salute - 1.2 Biopolitica come politica *della* vita - 2. Scienza medica e scelta politico-giuridica - 2.1 La a-modernità di Latour come svelamento della compromissione di scienza e politica - 2.2 La definizione normativa di scienza - 3. Puntuazione provvisoria - 4. Il fatto e il diritto nel diritto pre-moderno - 5. Biopolitica e diritto alla salute: una delega di potere - 5.1 Il tempo della decisione politica-giuridica, l'onere della prova e il biodiritto amministrativo - 5.2 L'insindacabilità giuridica del giudizio tecnico-scientifico - 5.4 Epistemologia e diritto - Conclusioni. Il paradosso e la tenuta delle garanzie del liberalismo

La scienza medica non si pone la domanda se e quando la vita valga la pena di essere vissuta. Tutte le scienze naturali danno una risposta a questa domanda: che cosa dobbiamo fare se vogliamo dominare tecnicamente la vita? Ma se vogliamo e dobbiamo dominarla tecnicamente, e se ciò, in definitiva, abbia veramente un significato, esse lo lasciano del tutto in sospeso oppure lo presuppongono per i loro fini.

(M. Weber)¹

Premessa

L'attualità ha portato a piena evidenza una debolezza strutturale che riguarda gli strumenti di tutela delle libertà.

Esse sono protette da dispositivi costruiti presupponendo una netta distinzione: da un lato il fatto, che – quando le conoscenze comuni non bastano – la migliore scienza ed esperienza consentirebbe di accertare in modo obiettivo; dall'altro la norma, suscettibile di discutibilità e che richiede contrappesi e bilanciamenti per evitare derive illiberali.

La scelta politica e la decisione giuridica trovano quindi la propria legittimità in accertamenti eseguiti da soggetti estranei al circuito giuridico-politico: gli esperti scientifici, intesi come neutrali verificatori.

Questa impostazione è il frutto della modernità (non solo giuridica): una modernità costruita sulla contrapposizione tra politica e scienza.

Ma la tenuta del sistema delle garanzie viene meno se l'accertamento del dato scientifico si fa: (i) sempre meno sicuro e (ii) sempre più implicato con l'esercizio di un potere pubblico che ha ad oggetto la cura del corpo fisico.

Se il fatto diviene discutibile e la discussione sull'accertamento del fatto riguarda l'applicazione di norme riguardanti il corpo umano, si verifica una compromissione del sapere scientifico (ed in particolare medico) tanto con il piano politico che con quello giuridico (assumendo una tenuta della tradizionale distinzione fra piano politico e piano giuridico: ed anzi nel prosieguo si userà proprio la dicitura “politico-giuridico” per segnalare la problematicità della di-

1 M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi*, Torino, Einaudi, 1977, p. 26-27.

stinzione e la necessità di una presa di posizione sul punto²) che ha un rilevante impatto sulla tenuta del sistema di protezione delle libertà fondamentali.³

Questa premessa sarà sviluppata seguendo tre direttrici.

La prima – relativa alla dimensione di contesto – riguarda l'affermazione del paradigma biopolitico come fondato strumento di comprensione dello scenario attuale.

La seconda riguarda in linea generale la compromissione dei piani politico-giuridico e medico-scientifico nella prospettiva epistemologica post-positivista.⁴

La terza riguarda invece l'analisi dei meccanismi attraverso cui la compromissione si realizza.

La risultante è un paradosso circolare: in virtù di una supposta neutralità dell'accertamento del fatto, la decisione politico-giuridica relativa alla cura del corpo umano trova legittimità nelle opinioni dei membri della comunità scientifica, così attribuendo ad essi un ruolo politico-giuridico; ma l'attribuzione di tale ruolo svela essa stessa l'inconsistenza dei presupposti teorici che ne avevano legittimato l'attribuzione (ossia la neutralità dell'accertamento).

Un paradosso il cui esito è una ierocrazia medico-scientifica⁵ pericolosa quanto ogni dogmatismo religioso, in quanto l'opinione politica si ammantava del gergo scientifico avendone tuttavia perso completamente il metodo e il rigore scettico. Su questi presupposti, Agamben non ha esitato a intitolare uno dei suoi brevi scritti pubblicati sul portale dell'editore Quodlibet in modo inequivocabile: *La medicina come religione*⁶.

Non è qui in questione *questo* Governo e *queste* scelte concrete di fronte alla pandemia: il punto è generale, in quanto l'attualità conferma una modalità di funzionamento del circuito politico-giuridico pericolosamente privo di anticorpi nei confronti di opinioni politiche medicalmente assistite. E la circostanza

2 A tale riguardo pare d'obbligo il riferimento al recente lavoro di P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza 2020, in cui, riprendendo argomentazioni già esposte in precedenti lavori e culminandole in una sintesi “di raccoglimento”, l'autore dichiara ormai vetusto e superato il principio di separazione dei poteri.

3 O meglio a protezione di un assetto che la società civile si dà in modo da poter convivere in modo pacifico e perseguire l'ideale di una buona vita, ché la stessa teoresi dei diritti e delle libertà individuali costituisce, essa stessa, una modalità di perseguire tale finalità pre-giuridica.

4 L'impostazione qui seguita appiattisce l'*ars medica* nella pratica medico-scientifica di tipo riduzionista. La questione potrebbe essere problematizzata approfondendo il tema, sotto il profilo del rapporto fra riduzionismo e metodo scientifico, nel senso di sondare se: (i) soltanto a una pratica fondata sugli assunti del naturalismo riduzionista possa attribuirsi il predicato di “sapere scientifico”; (ii) anche a pratiche non fondate sugli assunti del naturalismo riduzionista possa attribuirsi il predicato di “sapere scientifico”; (iii) a nessuna pratica fondata sugli assunti del naturalismo riduzionista possa attribuirsi il predicato di “sapere scientifico”.

5 Vale la pena di ricordare come all'origine del positivismo fosse stato proprio Comte ad accostare il ruolo di biologi e scienziati positivisti a quello di “nuovi sacerdoti” della auspicata era della *bio-cratie*. Sul punto: D. CAMMELLI, *Da Comte a Foucault attraverso Canguilhem. L'avventura ermeneutica della biopolitica*, in *Filosofia Politica* n. 1/2006, p. 21.

6 G. AGAMBEN, *La medicina come religione*, disponibile su www.quodlibet.it/giorgio-agamben-la-medicina-come-religione il cui *incipit* non lascia ambiguità: «Che la scienza sia divenuta la religione del nostro tempo, ciò in cui gli uomini credono di credere, è ormai da tempo evidente.»

za che le scelte così prese possano essere giuste, non esclude che il meccanismo sia comunque profondamente errato e pericoloso.

Due precisazioni finali sono d'obbligo.

La prima. Le argomentazioni esposte si articolano anche nella trattazione del rapporto tra fatto e norma: un tema, centrale nella storia del pensiero (non solo) giuridico, che imporrebbe un'analisi ben più minuziosa per essere affrontato in modo esaustivo. Ciò nondimeno si crede che, pur nei limiti del presente scritto (e dunque in modo consapevolmente e radicalmente incompleto), il tema debba essere posto, confidando nell'ammissione perlomeno provvisoria delle tesi qui sostenute, intendendole come momento logico di un più ampio ragionamento che altrimenti non potrebbe esser condotto.

La seconda. Molte delle considerazioni esposte non riguarda, in generale, il rapporto tra diritto e sapere scientifico. Ciononostante, per la stretta pertinenza del programma biopolitico con il tema delle libertà fondamentali e per l'evidenza empirica della stagione che stiamo vivendo, il *focus* pare inevitabilmente destinato a stringersi sull'ambito medico.

1. Biopolitica e scienza medica

Seguendo la ricostruzione di Foucault è possibile vedere come il corpo dell'essere umano sia sempre più il campo su cui opera l'azione politica. Nelle incisive parole di un suo noto passo: «*Per millenni, l'uomo è rimasto quel che era per Aristotele: un animale vivente ed inoltre capace di un'esistenza politica; l'uomo moderno è un animale nella cui politica è in questione la sua vita di essere vivente.*»⁷

Il contesto attuale ha maturato a pieno questa attitudine a fare della vita il centro dell'interesse politico. Tant'è che: «*Oggi non è immaginabile una politica che non si rivolga alla vita in quanto tale – che non guardi al cittadino dal lato del suo corpo vivente. Ma ciò può avvenire in forme reciprocamente opposte che mettono in gioco il senso stesso della biopolitica: o la rivolta autodistruttiva dell'immunità contro se stessa o l'apertura al suo rovescio comune.*»⁸

Tale relazione tra potere politico e vita è mediata (anche) dal sapere medico-scientifico. E tanto la comunità medica può essere implicata nei peggiori programmi di svilimento della dignità umana (come nei casi accertati di coinvolgimento dei medici nei crimini nazisti), quanto, sul versante astrattamente e apparentemente opposto, essa è la necessaria intermediaria di azioni a tutela della vita.

Questa seconda prospettiva – che è quella presa in esame in questo scritto – presuppone tuttavia una netta presa di posizione su un tema cruciale quanto opaco: il tema della definizione della polarità salute/malattia. Un tema che peraltro si pone proprio come prodromo dello sviluppo del concetto stesso di biopolitica operato da Foucault: in particolare il lavoro di Canguilhem, con il quale viene problematizzato il rapporto tra fisiologia e patologia in una chiave

7 M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, Milano, Feltrinelli, 1978, p. 127.

8 R. ESPOSITO, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino, Einaudi, 2002, p. 170.

di filosofia della medicina.⁹ Una problematizzazione che apre a quella riflessione critica intorno al ruolo della medicina su cui Foucault potrà innestarsi attribuendo al vocabolo biopolitica una nuova veste concettuale.¹⁰

Conviene dunque ripartire proprio dall'opera di Canguilhem per poi riprendere quell'ambivalenza della mediazione medica nel rapporto tra politica e vita di cui si è detto poco sopra.

1.1 Malattia e salute

Canguilhem chiudeva il suo più noto lavoro¹¹ con una precisazione che segna una scelta di campo netta: «*È dunque innanzitutto perché gli uomini si sentono malati che vi è una medicina. È solo secondariamente – per il fatto che vi è una medicina – che gli uomini sanno in che cosa essi sono malati.*» Affermazione che trova il suo epilogo nella considerazione secondo cui «*l'anormale, logicamente secondo, è esistenzialmente il primo.*»¹²

Una scelta di campo, si è detto, in quanto viene assunta come priorità epistemologica il dato esistenziale, lasciando invece il ruolo secondario all'intervento tecnico del sapere medico-scientifico.

E a tale considerazione il filosofo francese aggiunge un ulteriore elemento: ossia che si debba definire lo stato di salute da quello di malattia, e non viceversa.

In altri termini, sarebbe l'esame della patologia (ossia di ciò che il malato percepisce come indesiderato) a fornire, in negativo, la chiave per ricostruire lo stato fisiologico, e non il contrario.

Il paradigma positivista si è però mosso in direzione opposta: partendo dalla considerazione che ogni malattia non è che una variazione quantitativa di uno stato fisiologico (il cosiddetto principio di Broussais, elevato da Comte a momento centrale della nascente biologia)¹³, è giunto ad una visione normativa dello stato fisiologico. È la conoscenza della fisiologia che rende possibile la comprensione della patologia, e dunque è la scienza medica che, conoscendo

9 G. CANGUILHEM, *Saggio su alcuni problemi riguardanti il normale e il patologico*, in ID. *Il normale e il patologico*, Torino, Einaudi, 1998 (1966), p. 5-194: saggio scritto nel 1943 ed edito nuovamente in modo inalterato, con delle considerazioni aggiuntive in appendice, nel 1966.

10 Per una sintetica ricostruzione della storia della parola "biopolitica" può vedersi R. ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, Torino, 2004, p. 7-16, dove viene indicato in R. KJELLEN, *Grundriss zu einem System der Politik*, Leipzig, 1920, p. 93, il primo utilizzo della parola, il quale motivava il lemma *bios* come vita culturale e non solo vita biologica (*zōē*): ciò in modo quasi paradossale, visto che l'influente sviluppo del concetto poi operato da Agamben individuerà il paradigma della biopolitica proprio nel ribaltamento di *bios* in *zōē*.

11 G. CANGUILHEM, cit., p. 190-191.

12 G. CANGUILHEM, *Nuove riflessioni intorno al normale e al patologico*, in *Il normale e il patologico*, cit., p. 206.

13 G. CANGUILHEM, cit., p. 24 e ss., il quale comunque nota che lo stesso Broussais avrebbe ripreso il principio da precedenti pensatori.

quale debba essere lo stato fisiologico, può prescrivere al malato a quali parametri debba corrispondere per uscire dallo stato patologico.¹⁴

Così facendo il rapporto tra malattia e salute compie una completa deviazione da quello che Canguilhem ritiene essere un principio irrinunciabile: «*che non vi sia nulla nella scienza che prima non sia apparso nella coscienza*»¹⁵. La clinica affronta malattie visibili, *in primis*, al malato stesso ed la percezione della malattia a fondare il bisogno di cura. Ma nel momento in cui la malattia diviene una modifica quantitativa di funzioni fisiologiche la prospettiva (per così dire, esistenziale) della percezione della malattia del malato (e del clinico) diviene irrilevante. Diviene cioè pensabile una malattia di cui clinici e malati siano perfettamente ignari.

Eccoci giunti d'un balzo ai nostri giorni in cui il tema del “malato asintomatico” diviene centrale e che è suscettibile di essere pensato soltanto a patto di acconsentire ad alcuni presupposti teorici: che si accetti la tesi della omogeneità qualitativa fra patologia e fisiologia e che, conseguentemente, si ammetta l'irrilevanza della percezione della malattia quale elemento costitutivo della stessa.¹⁶

In tal modo la scienza medica assume il potere di normare cosa sia o meno fisiologico. In altri termini: la fisiologia cessa di essere uno stato di fatto per diventare (anche) il dover essere a cui il singolo individuo debba corrispondere per evitare di ricadere nel patologico.

Da questa premessa generale sul rapporto tra malattia e salute si pongono le basi per una biopolitica fondata sul sapere medico-scientifico e volto alla cura del corpo umano.

1.2 Biopolitica come politica *della* vita

Una volta che il compito della scienza medica sia quello di individuare quale debba essere lo stato fisiologico del corpo umano, al medesimo sapere

14 Questo è uno dei temi che Canguilhem tenta di contestare nel suo lavoro affermando «*che i termini più e meno, nel momento in cui entrano nella definizione del patologico come variazione quantitativa del normale, abbiano un significato puramente quantitativo*» (G. CANGUILHEM, *cit.*, p. 82). Il tema, per stessa ammissione dell'autore, riprende lo spunto hegeliano secondo cui una variazione quantitativa può determinare una variazione qualitativa.

15 G. CANGUILHEM, *cit.*, p. 66.

16 Un chiarimento è d'obbligo: non si nega che esista un virus che causi la malattia denominata Covid-19, né che persone che non presentano sintomi possano diffondere il virus stesso. Il punto è teorico (e quindi politico): si contesta, o comunque si vuol problematizzare, la possibilità di indicare come “malattia” una situazione in cui non vi è alcuna sintomatologia. A riprova, può citarsi il caso della meningite, dove nessuno pensa di chiamare “malati” (e neppure di additarli come “asintomatici contagiosi”) i portatori sani del meningococco. Si legge sul portale EpiCentro, coordinato scientificamente dal Centro Nazionale per la Prevenzione delle malattie e la Promozione della Salute (CNAPPS) dell'ISS: «*Il meningococco alberga nelle alte vie respiratorie (naso e gola), spesso di portatori sani e asintomatici (2-30% della popolazione). La sua presenza non è correlata a un aumento del rischio di meningite o di altre malattie gravi. Si trasmette da persona a persona attraverso le secrezioni respiratorie con un periodo di incubazione media di 3-4 giorni (ma che può variare da 2 fino a 10 giorni). La principale causa di contagio è rappresentata dai portatori sani del batterio: solo nello 0,5% dei casi la malattia è trasmessa da persone affette dalla malattia*» Fonte: <https://www.epicentro.iss.it/meningite/>. Ultima consultazione: 08.10.2020.

medico-scientifico spetta, indirettamente, anche il compito di definire la stessa nozione di essere umano.

Definire il rapporto salute/malattia implica infatti l'adesione ad una qualche visione dell'essere umano, ad una specifica antropologia filosofica che sia assunta come cornice concettuale di riferimento per declinare il rapporto stesso. Una visione che si trasforma, quindi, in una antropologia medicalmente assistita, la quale, in ragione del punto di vista da cui viene a prodursi (ossia quello medico-scientifico), tende a rafforzare la tendenza della biopolitica di vedere nell'essere umano niente altro che un essere vivente inteso in senso biologico.¹⁷

17 Una serie di considerazioni che rischierebbero di portare lontano riguardano il tipo di antropologia filosofica veicolato dal sapere medico nell'attuale scenario. Deve tuttavia farvisi qualche brevissimo accenno. Sebbene un'analisi comparata delle culture mediche, soprattutto sotto il profilo temporale, potrebbe mostrare una molteplicità di visioni del rapporto uomo-salute-malattia, la storia occidentale degli ultimi secoli appare segnata da un percorso di netta confluenza verso la riduzione dell'essere umano al suo corpo e, al contempo, al concetto di salute legato al permanere in vita del corpo stesso. Sul punto vale la pena citare la provocatoria presa di posizione relativa alla proposta di inserimento di studi di religione e spiritualità nei corsi di medicina (K.M. COLLIER, C.A. JAMES, S. SAINT, J.D. HOWELL, *Is it time to more fully address teaching religion and spirituality in medicine?*, in *Annals of Internal Medicine*, 19 may 2020): una presa di posizione audace quanto autorevole, ma che mostra la chiara natura riduttivamente biologica dell'attuale stato del sapere medico predominante. Peraltro, ancora Canguilhem (*Normale e patologico*, cit., p. 16 e ss) poteva notare come si fossero da sempre fronteggiate una concezione "ontologica" e una concezione "dinamica" della malattia. La concezione "ontologica" vede nella malattia un qualcosa di esterno all'essere umano che vi si aggiunge (alterando le modalità di funzionamento dell'organismo). Una visione che accumuna, per quanto strano possa apparire, le pratiche magiche con la microbiologia: in entrambi i casi la narrazione che viene data dello stato patologico è quella di un qualcosa di esterno che disturba il funzionamento fisiologico di una parte dell'organismo, e che la tecnica medica può rimuovere, correggere, così eliminando la malattia. Una malattia in senso ontologico in quanto collegata ad una qualche entità (sia esso uno spirito maligno come un'infezione batterica) che l'uomo, ottimisticamente, può diventare capace di rimuovere. Al contrario la visione dinamica della malattia (fra le quali Canguilhem annovera la medica ippocratica come, più modernamente, «i disturbi endocrini e tutte le malattie con prefisso dis-»: p. 17) prende le mosse dall'idea che la salute sia soltanto una questione di equilibrio fra diverse funzioni e che un disequilibrio non crei causalmente la malattia: al contrario, il disequilibrio è la compensazione con cui l'organismo tenta di recuperare il proprio equilibrio, con cui tenta di guarirsi. In questa prospettiva, la tecnica medica sta quindi nell'aiutare l'organismo a recuperare uno stato fisiologico, assecondando i suoi moti. È decisamente evidente come questa contrapposizione si riproponga, nella nostra contemporaneità, nella alterità tra medicina convenzionale e forme di varie medicine "alternative", che richiamano metodologie e approcci "naturali" e "olistici": la circostanza poi che le seconde siano generalmente dette, appunto, "alternative" mostra in modo deciso come la partita, al momento, appaia vinta da una visione ontologica della malattia. Sia consentita una notazione a margine: quando diciamo che la causa di una malattia è una predisposizione genetica – senza peraltro essere in grado di spiegare in quali modi la mutazione genetica si sia prodotta (cosa che, notoriamente, costituisce da sempre il punto dolente del darwinismo e di ogni sua ripresa) – sentendosi così ottimisticamente appagati di aver raggiunto un adeguato grado di conoscenza, non si fa altro che reiterare ciò che Canguilhem indica come motivo antropologico di ogni teoria ontologica della malattia: il tentativo di dare una risposta all'ignoto indicandolo come un'entità esterna alla fisiologia dell'essere umano che la tecnica (oggi o domani) potrà abbattere. Una visione evidentemente viziata da profondo primitivismo mascherato (e quindi ancor più gravemente infettante) da rassicuranti espressioni linguistiche.

Ma, come si è evidenziato in apertura, la vocazione della biopolitica ad occuparsi in modo prioritario del corpo umano inteso in senso biologico (e dunque scevro dalla valenza relazionale del lemma *bios*, opposto a quello di *zōē*: della “nuda vita”, secondo l'efficace immagine usata da Agamben¹⁸) può muovere in due contrapposte direzioni: biopolitica intesa come soggettivazione e quindi, politica *della* vita; biopolitica come morte e oggettivazione e quindi politica *sulla* vita.¹⁹

Il potere della biopolitica è completamente altro rispetto al “tradizionale” potere della sovranità in quanto, come enfaticamente osserva Foucault in un passo molto citato: «*al vecchio diritto di far morire o di lasciar vivere si è sostituito un potere di far vivere o di respingere nella morte.*»²⁰ Biopolitica nel senso dunque di protezione della vita e, contemporaneamente, biopolitica come tanatopolitica, come potere politico che diffonde la morte.

Una nozione di biopolitica dunque che si contrappone a quella, tradizionale, di sovranità, in quanto, la seconda esercita se stessa nel potere di dare la morte mentre la prima (anche) nel curare la vita.²¹ Ma è proprio questo curare la vita in senso biologico che impone alla politica di legarsi al sapere medico, custode unico del rapporto malattia/ salute.

La biopolitica comporta dunque un'inevitabile compromissione tra sapere medico e potere politico, una compromissione che – nel momento in cui il decisore politico attua il proprio programma d'azione ed ha dunque necessità di un orizzonte di senso verso cui operare – fonda una antropologia filosofica medicalmente assistita.

2. Scienza medica e scelta politico-giuridica

Proprio dal sorgere di una tale antropologia, che rimane implicita e mai apertamente esposta, si matura una delega a favore della comunità di medico-scientifica. Una delega che affonda in un rapporto ambivalente fra politica e medicina che si muove, intensificandosi, lungo un ampio lasso di tempo.

Al riguardo Esposito ha mostrato come la trattatistica politica del Seicento segua una progressiva assimilazione del gergo medico e della metafora organologica che equipara corpo politico e corpo fisico nella diagnosi degli stati patologici.²²

Ma ciò che appare ancor più rilevante è la bidirezionalità della relazione: a fronte di un primo periodo in cui è la riflessione politica a mutuare il gergo medico, segue poi una fase in cui, a partire dalla metà dell'Ottocento, è il sapere medico ad adottare il lessico politico in una sorta di processo di ritorno²³. Tan-

18 G. AGAMBEN, *Homo Sacer. Edizione integrale 1995-2015*, Macerata, Quodlibet, 2018, in cui il tema della “nuda vita” è il filo conduttore dell'intera ricostruzione.

19 Sul punto R. ESPOSITO, *Bios cit.*, p. 38 e ss.

20 M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, Milano, Feltrinelli, 1976, p. 122.

21 R. ESPOSITO, *Immunitas cit.*, p. 162.

22 R. ESPOSITO, *Immunitas, cit.* p. 151 e ss.

23 R. ESPOSITO, *Immunitas, cit.* 155-156.

to che Canguilhem, a proposito del reflusso che si verifica in tal modo, può porre apertamente la questione della corrispondenza fra teorie mediche e teorie politiche: «una teoria biologica è dominata da una filosofia politica. Chi può dire se si è repubblicani per il fatto di essere sostenitori della teoria cellulare o, invece, se si è sostenitori della teoria cellulare per il fatto di essere repubblicani?»²⁴

L'attualità a noi contemporanea mostra poi un ulteriore elemento di compromissione. Un elemento – che è quello oggetto del paradosso che stiamo analizzando – apparentemente di senso opposto: la scelta politico-giuridica tenta di rinvenire una fonte di legittimazione politica e di legittimità giuridica nel sostegno che il sapere scientifico può darle. La scelta è giusta in quanto fondata su chiare evidenze scientifiche: questo il motto che – non da oggi, ma oggi più che mai – ridonda nel gergo politico e trova una sua immediata ricaduta nella sostanziale insindacabilità giuridica degli accertamenti tecnici e dell'esercizio della discrezionalità tecnica.

La compromissione tra sfera politico-giuridica e sapere medico-scientifico è quindi articolata su più fronti: da un lato politica e scienza-medica hanno proceduto parallelamente influenzando l'una il gergo dell'altra, come a segnalare la reciproca relazione; dall'altro l'opinione scientifica costituisce l'argomento decisivo per tacitare ogni dissenso politico e ogni sindacabilità giuridica.

Ma a fronte di questa apparente distanza tra le due sfere è possibile seguire percorsi che svelino, invece, come il rapporto fra di esse sia di piena e completa interferenza e compromissione; oppure (che è lo stesso) che il metodo scientifico e il suo connesso rigore scettico è radicalmente irriducibile alla scelta politico-giuridica e che dunque, quel sapere scientificamente fondato – giustamente tributato di fede privilegiata – non può rimanere tale una volta che entri nel circuito della decisione politico-giuridica.

2.1 La a-modernità di Latour come svelamento della compromissione di scienza e politica

I dispositivi concettuali utilizzati da Latour risultano particolarmente idonei allo scopo di svelare l'origine dell'idea secondo cui sfera politico-giuridica e sfera del sapere scientifico siano al contempo estranee l'una all'altra ma suscettibili di entrare in un rapporto per cui le attestazioni della seconda sono idonee a giustificare le scelte della prima.

Latour proclama in una delle sue più note opere che *Non siamo mai stati moderni*²⁵: con tale provocatoria enunciazione l'autore evidenzia come la modernità non consista in altro che una narrazione fallace secondo cui sarebbe possibile distinguere cultura e natura (sociale e natura, nel lessico dell'autore)

24 G. CANGUILHEM, *La conoscenza della vita*, Mulino, Bologna, 1976, p. 108.

25 B. LATOUR, *Non siamo mai stati moderni*, Milano, Eléuthera, 2018. Da notare, anche a giustificazione del titolo del paragrafo, come Latour si impegni intensamente nel confutare il paradigma post-moderno: per l'autore non si tratta di una modernità oramai superata, quanto invece di una modernità mai nata. Per questo esso preferisce il lemma di a-moderno.

depurando la narrazione da tutti quei fenomeni che implicano una commistione tra naturale e culturale di cui, paradossalmente, proprio tale rimozione rende possibile la proliferazione.

Non a caso nel suo lavoro Latour pone come chiave narrativa la contrapposizione tra Hobbes e Boyle: lo scienziato politico che si dedica con altrettanta cura all'esame di problemi matematici, e lo scienziato naturale che si dedica alla teoria politica. Solo la narrazione moderna successiva avrebbe individuato in Hobbes e Boyle la frattura tra politica e natura, attribuendo al primo al ruolo di capostipite della modernità politica e al secondo quello della modernità scientifica, quando invece erano entrambi immersi allo stesso modo nell'inestricabile groviglio di sociale e natura.

Semmai *Non siamo mai stati moderni* nel senso che ciò che chiamiamo modernità consiste, unicamente, nell'aver abbandonato l'idea che il ragionamento universale sia da solo fonte di conoscenza, sostituendolo con l'opinione controllata da *teams* di specialisti che operano in ambienti protetti (ossia gli scienziati che operano nei laboratori), mentre la modernità racconta sé stessa come un'altra cosa: come quello stadio della storia in cui finalmente sono emersi i fatti puri di una natura intesa come scindibile (e quindi scissa) dalla sfera del sociale (e dunque dalla morale e dal potere politico). Latour nota poi un elemento di particolare significato per il giurista: il divario tra scienza e politica nasce quando Boyle fonda la pratica empirica di dare prevalenza all'esperimento condotto in laboratorio piuttosto che al ragionamento teorico di stampo razionalista. Ma nel fare ciò Boyle si rifà esplicitamente alla pratica del tribunale: l'evidenza scientifica si costruisce infatti a partire da principio secondo cui un testimone autorevole può attestare l'esistenza di un fatto. Ossia, l'opinione qualificata (ma che rimane opinione) di un ristretto gruppo di persone attendibili, ossia i testimoni nel processo e gli scienziati in un esperimento in un laboratorio.²⁶

In altri termini, dalla pratica del tribunale pre-moderno, che operava in un contesto culturale in cui la scissione tra fatto e valore non era ancora così matura, sono state prese le mosse per edificare una narrazione della modernità che porterà a quella netta separazione fra fatto e diritto (sconosciuta negli ordinamenti premoderni).

Una notazione di estremo rilievo: Latour non sostiene affatto che la scienza debba collassare nel sociale. Esso, al contrario, contesta ogni teoria costruttivista per cui i fatti si riducono al potere e alla società, e rifugge da una qualsiasi riduzione del proprio pensiero ad una ermeneutica post-moderna che lasci collassare la realtà effettiva in una logica del discorso.²⁷

26 B. LATOUR, *cit.*, p. 39 e ss.

27 Gli attacchi più duri di Latour sono forse proprio rivolti verso i teorici del post-moderno, colpevoli di aver intravisto le deficienze e le incongruità della narrazione moderna, senza tuttavia aver saputo capire che era il paradigma di fondo ad essere sbagliato. Ossia quella contrapposizione tra natura e cultura che invece i post-moderni continuano ad utilizzare come sfondo della propria riflessione, così accettando il terreno dello scontro scelto dall'avversario contro cui muovono la propria critica. Il suo tentativo è semmai quello di fondare, come recita

Per Latour esiste semmai una rete composita che rende arbitraria ogni distinzione ontologica fra due sfere contrapposte: tutto appare semmai liquido, in un proliferare di ibridi di attori umani e attori non-umani in cui natura e collettivo si intersecano continuamente.

Seguendo il ragionamento di Latour e innestandolo nelle considerazioni sopra esposte, potrebbe quindi concludersi in una considerazione di sintesi provvisoria: politica e medicina risultano intrinsecamente connesse per una ragione fondante che Latour smaschera. Ossia per la circostanza che politica (e più in generale la sfera “culturale”) e medicina (e più in generale la sfera “naturale”) non sono mai state scisse, perché esse non sono affatto scindibili. Tesi fatta propria da una copiosa letteratura epistemologica che, pur variegata in molti distinti filoni, viene accomunata nella generale categoria del post-positivismo. Un insieme eterogeneo di prese di posizioni unite dal ritenere che «*There is no gulf between fact and value*»²⁸. Ossia nel contravvenire alla separazione tra fatto e valore introdotta da Hume.

2.2 La definizione normativa di scienza

La ricostruzione di Latour è chiara nel puntare verso un obiettivo: il sapere scientifico non è scisso dal sapere politico in quanto entrambe le sfere si costruiscono nella logica del collettivo. Il “fatto” è solo un dispositivo concettuale su cui il paradigma culturale²⁹ della comunità scientifica concorda.

Tuttavia la compromissione tra le due sfere emerge con evidenza anche constatando l'inevitabilità di un circolo vizioso per cui, da un lato, il paradigma biopolitico impone al potere politico-giuridico di munirsi di un adeguato supporto medico-scientifico per disciplinare la “nuda vita” ma, allo stesso tempo, è il sapere scientifico che può definirsi tale solo per mezzo di dispositivi politico-giuridici.

Il punto riguarda la circostanza che l'affermarsi del paradigma biopolitico comporta non una generica delega a favore di un astratto “sapere medico-scientifico”, quanto invece a favore dei membri della comunità medico-scientifica: sempre più (e sempre più in relazione a questioni cruciali) si pone la necessità di una delega politico-giuridica a favore di coloro che acquistano la *status* sociale di membro della comunità medico-scientifica.

Chiaramente si apre qui il tema di come l'attribuzione di tale *status* sociale (che è anche *status* politico-giuridico) non segua criteri “scientifici” riducibili alla logica della pura evidenza empirica.

un suo lavoro, un *umanesimo scientifico* (B. LATOUR, *Cogitamus. Sei lettere sull'umanesimo scientifico*, Bologna, Il Mulino, 2012).

28 J.H. ZAMMITO, *A nice Derangement of epistemes. Post-positivism in the study of science from Quine to Latour*, Chicago, The University of Chicago Press, 2004, p. 13, il quale offre una completa – per quanto assai critica – disamina delle varie anime del post-positivismo.

29 Il dispositivo concettuale del “paradigma” è quello fatto proprio nella notoria opera di Khun (in particolare T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1975): dispositivo analogo alla “black box” di Latour.

In altri termini, se già la giustificazione teorica di una “esperienza pura” (e dunque di un “dato puro”³⁰) pare fortemente compromessa in ambito epistemologico dalle correnti post-positiviste, la tesi che l'attribuzione dello *status* giuridico di “esperto scientifico” non segua criteri meramente scientifici risulta una mera tautologia.

Poiché l'acquisizione di uno *status* giuridicamente rilevante di “esperto scientifico” segue procedimenti amministrativi, pensare che l'acquisizione di un tale *status* segua criteri scientifici significherebbe immaginare un ossimoro: che possano esservi “procedimenti amministrativi scientificamente validi”, che sia possibile l'esercizio della discrezionalità amministrativa in modo “scientificamente accertabile”.

Dietro il lessico scientifico sempre più utilizzato per avvalorare in ogni ambito la fondatezza del contenuto delle proprie affermazioni rimane un dato ineliminabile: che l'ordinamento giuridico, nel momento in cui decide che certe “questioni di fatto” siano decise dal sapere scientifico, non può dimenticare che il sapere scientifico non è altro che l'opinione di una comunità di individui a cui l'ordinamento stesso attribuisce lo *status* di esperto. E che, allo stesso tempo, il modo in cui vengono selezionati i membri della comunità scientifica è una pratica sociale, e non un astratto e neutrale procedimento matematico di tipo logico-deduttivo.³¹

In altri termini, se da un punto di vista teorico la domanda di cosa sia o meno scientifico (e metodo scientifico) non ha ancora trovato una risposta definitiva, è invece evidente che, da un punto di vista giuridico, sia semplice evidenziare che gli appartenenti alla comunità scientifica non solo altri che coloro ai quali l'ordinamento attribuisce tale *status*.

Come ricorda, non senza enfasi, Foucault nel suo ultimo scritto: «*La vita e la morte non sono mai in sé problemi di fisica, neppure quando il fisico, nel suo lavoro, rischia la propria vita o quella degli altri; per lui si tratta di una questione di morale, o di politica, non di questione scientifica*».³²

3. Puntuazione provvisoria

Pare il momento di riepilogare quanto fin qui esposto, riassumendolo nei seguenti passaggi:

30 Una critica serrata al “dato puro” si ritrova in numerosi autori del Novecento, fra i quali spiccano Quine e Sellars, indicati da Rorty (nel saggio introduttivo a W. SELLARS, *Empirismo e filosofia della mente*, Torino, Einaudi, 2004) come gli autori che sconfessando il mito del “dato puro” hanno segnato l'abbandono del neopositivismo.

31 Una pratica sociale di cui la componente giuridica è solo una parte: come mostra con spirito etnografico Latour in una delle sue più note opere, in cui ricostruisce dettagliatamente come si affermino le teorie scientifiche: B. LATOUR, *Science in action*, Harvard, Harvard University Press, 1987.

32 M. FOUCAULT, *La vita: l'esperienza e la scienza*, postfazione a G. CANGUILHEM, *Il normale e il patologico cit.*, p. 280: ultimo lavoro di Foucault in quanto costituiva la prefazione allo scritto di Canguilhem per l'edizione americana, frutto della rielaborazione di un precedente saggio e consegnata all'editore pochi mesi prima della morte.

- (i) lo scenario attuale è sempre più dominato dal paradigma biopolitico;
- (ii) il paradigma biopolitico può volgersi, anche, verso la cura della vita biologica;
- (iii) la cura della vita biologica come obiettivo politico-giuridico comporta necessariamente una compromissione tra sfera politico-giuridica e sapere medico-scientifico;
- (iv) tale compromissione comporta necessariamente che il decisore politico-giuridico, perseguendo la cura della “nuda vita” dei consociati, assuma come presupposto una nozione di salute (e di malattia) che può mutuare solo dal sapere medico-scientifico;
- (v) si verifica così una delega di esercizio del potere politico-giuridico a favore dei portatori “sapere medico-scientifico”;
- (vi) tale compromissione, inoltre, è connessa alla stessa storia della modernità ed è circolare, nel senso che: *a)* il decisore politico-giuridico si appoggia al sapere medico-scientifico per stabilire quale sia la decisione “sorretta da evidenze scientifiche” e sulla base di tale appoggio trova la propria autorevolezza (politica) e legittimità (giuridica), ma al contempo; *b)* è solo in forza di processi sociali e procedimenti giuridici che viene acquistato lo *status* di “esperto” titolato ad esprimere quali siano le migliori evidenze scientifiche disponibili.

Nei successivi paragrafi si intende dunque evidenziare secondo quali dispositivi tale delega sia esercitata in concreto in campo giuridico.

Prima di ciò sembra tuttavia inevitabile soffermarsi su di un breve *excursus* relativo alla distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* e alla sua una storia prettamente moderna.

4. Il fatto e il diritto nel diritto pre-moderno

La tesi che si sta sostenendo può essere così riassunta: la modernità si è costituita attorno alla fallace narrazione di una serie di dicotomie. Le dicotomie natura/società, giudizio sul fatto/giudizio di valore: e la netta contrapposizione teorica tra fatto e diritto in campo giuridico (che è appunto netta solo sul piano teorico quando invece la realtà fenomenica ci mostra una gradazione di sfumature estremamente ampia) non è che il portato, in campo giuridico, di questa narrazione.

Eppure si potrebbe eccepire che il diritto, ancor prima della modernità, abbia conosciuto la distinzione tra diritto e fatto e che anzi proprio questa distinzione è stata una feconda immagine riportata in campo epistemologico per chiarire la distinzione fatto/norma (non ultimo la nota immagine di Kant posta nell'introduzione alla *Critica della ragion pura*).

Il punto è però che né gli antichi né il Medioevo conoscevano una così netta distinzione fra normatività e fatto. E soprattutto a tale alterità non veniva assegnato lo stesso significato che invece le assegna la modernità: quello per cui all'accertamento del fatto corrisponde un'analisi su di un dato oggettivo completamente esterno all'osservatore, passibile di un giudizio di verità.

È solo con la modernità che la prova ha ad oggetto un qualcosa di “non controverso”, un qualcosa che non deve essere ricostruito secondo una *ratio probabilis*, quanto invece un “dato oggettivo” esterno all'attività di accertamento.³³ Ed è solo con questa concezione moderna che la questione di fatto diviene autonoma dalla questione di diritto e viene ad essere rappresentata come un'operazione tecnica.³⁴

Il *factum* è letteralmente un “fatto” in quanto frutto di un percorso di costruzione artificiale³⁵: prima della modernità il fatto era concepito come l'esito di un processo di ricostruzione che prendeva le mosse da un giudizio di valore. E questo secondo una linea tradizionale che partendo dall'antica Grecia e dai giuristi romani, per tramite Cassiodoro, Boezio e Isidoro di Siviglia avrebbe contaminato la cultura europea medievale e rinascimentale fino alle soglie della modernità.³⁶

Tant'è che in epoca medievale risultava difficoltoso per i giuristi riuscire finanche a distinguere, in concreto, la *quaestio facti* dalla *quaestio iuris*³⁷ e un illustre giurista rappresentativo del suo tempo - Cino da Pistoia - aveva ad affermare che «*omnis quaestio facti est quaestio iuris*».³⁸

Solo con la modernità giuridica, invece, prende pienamente campo l'idea che le due sfere (del fatto e del diritto) siano nettamente separabili.

Il paradigma biopolitico sembra proprio svelare questo, soprattutto in campo giuridico: che la separazione sia solo apparente e che, pertanto, si stia verificando una delega nell'esercizio della *potestas decidendi* a tutto vantaggio dei membri della comunità scientifica. E poiché molte delle più controverse questioni riguardano il corpo umano, la delega avviene a favore dei portatori del sapere medico-scientifico.

5. Biopolitica e diritto alla salute: una delega di potere

Biopolitica (intesa come “politica della vita”) e medicina sono connesse nel momento in cui l'ordinamento giuridico si fa portatore di promuovere il valore costituzionale della salute.

E il fronte della salute individuale è stato il congegno teorico più efficace per consentire la sfera delle posizioni giuridiche suscettibili di ottenere tutela giurisdizionale. Cosa che, evidentemente, rimette ancora al centro dell'azione l'opera del sapere medico-scientifico, “competente” a definire cosa sia “danno alla salute”, fornendo non solo la cornice concettuale (ossia il rapporto fisiolo-

33 A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 226.

34 M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 97-98.

35 M. VOGLIOTTI, *cit.*, p. 92.

36 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Laterza, (1989) 2009, p. 116.

37 M. VALLERANI, *I fatti nella logica del processo medievale. Note introduttive*, in *Quaderni storici* 3/2001 p. 667.

38 M. BELLOMO, *Medioevo edito e inedito. Vol. II Scienza del diritto e società medievale*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1997, p. 73.

gia/patologia) entro cui la giurisprudenza è chiamata ad operare ma anche a decidere, di volta in volta attraverso l'istituto della consulenza tecnica d'ufficio, la *quaestio facti* del caso concreto. A decidere, cioè, se e in quali limiti sia stata lesa la “salute” e attraverso quali processi causali.

Ma si tratta di un valore costituzionale (appunto quello della salute) che nella sua effettiva realizzazione si trova esposto alla necessità di una presa di posizione su due questioni cruciali di ricerca di equilibrio: l'equilibrio tra salute individuale e salute pubblica; l'equilibrio tra salute (pubblica o individuale) e altri valori costituzionali (in particolare le libertà individuali).

In entrambi i casi un equilibrio politico-giuridico che, tuttavia, ha bisogno per la sua realizzazione dell'acquisizione di saperi scientifici (e significativamente vi è chi ha parlato del sapere scientifico come parametro di costituzionalità interposto nell'interpretazione giuridica³⁹).

Il primo dei due equilibri (quello fra salute individuale e salute pubblica) appare consegnarsi completamente nelle mani del sapere scientifico, posta l'asserita possibilità di quantificare i rischi e i benefici di ogni possibile combinazione: dalla quantificazione segue infatti l'ascrizione della questione alla categoria del fatto (e non a quella del giudizio di valore) e dunque al dominio del sapere scientifico.

Ma anche la ricerca del secondo profilo non può prescindere dal confronto con il sapere medico-scientifico: solo un'ipotetica quantificazione di rischi connessi alla salute è in grado di porre una base per un “calcolo politico-giuridico” relativo alla possibilità di comprimere libertà individuali.

E conviene ricordare come non solo l'alterità salute/malattia sia completamente nel dominio del sapere medico-scientifico: ancor più significativamente occorre ricordare che del dato esistenziale per eccellenza, ossia l'alterità vita/morte, l'ordinamento dà una definizione fondata, anch'essa, sull'elaborazione medico scientifica. Ciò che potrebbe apparire come dato immediato e neutrale, il vivere e il morire, la comprensione se un soggetto sia o meno vivente, da momento antropologico qualificante diviene predicato di un giudizio medico dal quale discendono enormi ricadute bioetiche.⁴⁰

Non è qui interesse sondare l'enorme letteratura sul tema del diritto alla salute e della definizione di vita e di morte. Importa segnare un punto: di tutto ciò l'ordinamento non recepisce alcun dato immediato, dettando semmai definizioni normative sotto la guida del sapere medico-scientifico.

39 C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2016, https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/-2_2016_Casonato.pdf

40 Pare superfluo richiamare l'ambito dibattito sul tema dell'inizio vita, mentre appare decisamente meno frequentato il tema della nozione legale di morte, sul quale può vedersi, in chiave storica e nel dibattito internazionale, C. A. DEFANTI, *La morte cerebrale. Definizioni tra etica e scienza*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 2037 e ss., nonché, per un inquadramento normativo sulla definizione di morte e suo accertamento in Italia, P. BECCHI, *Definizione e accertamento della morte: Aspetti normativi*, in S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (a cura di), *cit.* p. 2053 e ss..

Se questo avviene su di un piano generale e, per così dire, teorico, un'indagine sulle effettive dinamiche che si innestano fra sapere tecnico-scientifico e ragionamento giuridico può illustrare come il sapere medico-scientifico si renda potere politico-giuridico.

5.1 Il tempo della decisione politica-giuridica, l'onere della prova e il biodiritto amministrativo

Un atteggiamento che sia autenticamente scientifico rinnega l'idea che possa aversi una qualche certezza immutabile. La scienza è tale proprio nel suo dinamismo, nel suo essere disponibile a rivedersi: la scienza si contrappone al dogmatismo in quanto ammette la legittimità di un'idea contraria che possa, alla prova empirica, risultare migliore.

La scienza non conosce eresie, ma solo teorie che, sebbene estremamente minoritarie, possono improvvisamente scalzare preesistenti convinzioni.

In modo esemplare, in pieno dibattito post-darwiniano, Huxely aveva a dichiarare: «*La storia ci insegna che le nuove verità hanno il frequente destino di cominciare come eresie e di finire come superstizioni; e oggi è facile prevedere che, di qui a venti anni, i ragazzi della nuova generazione, cresciuti nel clima attuale, correranno il pericolo di accettare le teorie dell'Origine delle specie con tanto poca riflessione, e fors'anche tanto poco fondamento, quanto gli uomini della vecchia che la rifiutavano vent'anni fa. Preghiamo ardentemente perché non sia così, perché la mentalità scientifica è più importante dei suoi prodotti, e verità professate in modo irrazionale possono essere più nocive degli errori razionali. L'essenza della mentalità scientifica è la critica.*»⁴¹

La scienza, per rimanere tale, deve godere di un lusso che la sfera politico-giuridica non può permettersi: la perenne rivedibilità delle proprie statuizioni, accompagnata da un costante scetticismo anti-dogmatico che consenta di ritenere completamente errato l'intero costruito di credenze su cui ci si era basati fino a quel momento.

O meglio, il sapere scientifico teorico può consentirsi un anti-dogmatismo che nessuna arte pratica chiamata a prendere decisioni irreversibili può sostenere. La decisione politico-giuridica necessita di risposte immediate, fornite dalla cosiddetta migliore scienza ed esperienza disponibile al momento. E allo stesso tempo l'*ars medica* è costretta a decisioni immediate non più correggibili, relative all'applicazione della terapia ritenuta più adatta in concreto e per il singolo caso.⁴²

Ciò presuppone però che vi sia una “migliore scienza ed esperienza” accertabile con criteri non politico-giuridici.

41 Traggio la citazione da G. BARSANTI, *Una lunga pazienza cieca*, Torino, Einaudi, II ed. 2005, p. 369, il quale indica in bibliografia i seguenti estremi: Huxley, T. H., 1880, 396, *The coming of age of the Origine of species*, *Nature* XXII 1-4 e ripreso in *Collected Essays*, London 1893-94 p. IV, 248-64.

42 L'analogia tra decisione giudiziale e decisione clinica potrebbe aprire ad altre suggestioni: che la clinica – come ogni attività pratica – sia irriducibile al sapere teorico e che invece essa, al pari dell'*ars interpretandi*, non viva che della creatività della decisione del caso concreto.

Al contempo, la decisione giuridica prevede anche l'ipotesi di mancanza di essa: il dispositivo dell'onere della prova è un criterio di decisione per il caso non accertato (o non accertabile), una compensazione pratica all'ipotesi in cui un fatto non sia accertabile. È lampante come l'assenza di prove di un fatto (sebbene possa fondare la decisione giuridica) non possa essere trasformato in un giudizio diverso: quello dell'assenza del fatto stesso.

Se il dispositivo dell'onere della prova esonera il diritto dal doversi dotare, in positivo, di una migliore scienza ed esperienza solo in alcuni ambiti (in particolare nel processo civile e penale), il progredire del paradigma biopolitico rende invece sempre più presente un diritto amministrativo che si fa biodiritto amministrativo: un biodiritto amministrativo esercitato in provvedimenti amministrativi fondati su valutazioni tecniche.

Il tema diviene sempre più quella della discrezionalità tecnica e del suo sindacato: e in questo caso, il principio dell'onere della prova non costituisce più una regola di giudizio. Di fronte alla discrezionalità tecnica, il privato si trova esposto alla sostanziale impossibilità di sindacare quella che l'amministrazione ha giudicato essere la migliore scienza ed esperienza disponibile. L'amministrazione, con la forza dei propri atti autoritativi, è infatti capace di imporre valore giuridico a quella che essa ritiene essere la migliore scienza del momento.

La conseguenza è che nel paradigma biopolitico, che si esercita in un biodiritto amministrativo denso di discrezionalità tecnica applicata al campo medico, il sapere scientifico perde il proprio connaturato scetticismo per dover, invece, affermare in positivo una teoria.

L'attualità ci pone tuttavia un tema critico: l'individuazione della migliore scienza ed esperienza quando (i) l'accertamento si fa incerto in ragione della mancanza di uno stabile paradigma culturale e, al contempo, (ii) l'accertamento incide sempre di più sul corpo umano e dunque sulle più rilevanti libertà fondamentali.

Riprendendo la ricostruzione di Latour, è facile constatare come solo allorquando vi sia un paradigma scientifico già consolidato possono rinvenirsi teorie così diffusamente accettate da costituire inequivocabilmente la "migliore scienza disponibile".

Ma la tenuta teorica di un tale assetto è messa radicalmente in discussione dallo sviluppo tecnico, scientifico e sociale in cui vengono a porsi le attuali questioni medico-giuridiche. La radicale novità di molti quesiti posti all'attenzione del biodiritto non consente agli esperti di volta in volta incaricati di fornire indicazioni che siano ancorate a un pacifico paradigma culturale. I quesiti tecnici necessari a risolvere una controversia giuridica sono sempre più contraddistinti dal riferirsi ad un settore ancora fluido: l'uso dei cellulari in quale misura è dannoso per la salute umana? Una dieta vegana è compatibile con la salute di un minorenne? Vi è una correlazione tra pratiche vaccinali e l'insorgere di alcune patologie? Sono quesiti a cui la comunità medica risponde senza che il trascorrere del tempo abbia consentito il costituirsi di un consolidato paradigma culturale entro cui essa accetti pacificamente di muoversi.

Riguardo a tali questioni manca una scienza che sia ritenuta “migliore” in forza di meccanismi diversi dall'attribuzione di un preciso *status* sociale⁴³, trasformando il dissenso scientifico in eresia politico-giuridica e, quindi, sovvertendo il principio cardine dell'anti-dogmatismo scientifico: ossia, come insegna la storia della teoria copernicana, che non devono esistere eresie, ma solo teorie.⁴⁴

La questione è quella posta con estrema chiarezza da Latour, del quale vale la pena riportare un intenso passaggio in cui mostra l'inadeguatezza della modernità giuridica a governare il presente: «*Se non spuntasse fuori che qualche pompa a vuoto, si riuscirebbe ancora ad archivarla in uno dei due classificatori, quello delle leggi naturali o quello delle rappresentazioni politiche, ma quando ci si trova invasi da embrioni surgelati, da sistemi esperti, da macchine a controllo numerico, da robot sensorizzati, dagli ibridi del granturco, dalle banche dati, dagli psicotropi forniti per legge, dalle balene dotate di radio-sonda, da sintetizzatori di geni, dagli analizzatori di audience e così via, quando i giornali riempiono le pagine con tutti questi mostri e nessuna di queste chimere si sente al suo posto né accanto agli oggetti né vicino ai soggetti e nemmeno a metà strada, bisognerà pur fare qualcosa.*»⁴⁵

In definitiva, se sempre l'appartenenza alla comunità scientifica è una questione di pratiche sociali, può considerarsi che tale pratica sociale riesce bene a mascherare la propria vera natura non schiettamente scientifica in tempi di stasi, mentre laddove il cambio di paradigma scientifico è in atto o in fase di consolidamento viene a piena evidenza la contaminazione tra sfera politico-giuridica e sfera scientifica.

5.2 L'insindacabilità giuridica del giudizio tecnico-scientifico

Il rapporto che l'ordinamento vivente pone tra valutazione tecnico-scientifica e valutazione giuridica è chiaro: un rapporto che trova nell'istituto della discrezionalità tecnica emerso nella giurisprudenza amministrativa un'efficace esemplificazione. È infatti in sede di giudizio amministrativo che la decisione tecnica (esposta dalla pubblica amministrazione nei propri provvedimenti che su di essa si fondano) può diventare effettivamente la base e il contenuto dell'esercizio del potere politico-giuridico.

E nell'ambito della giurisprudenza amministrativa sul tema della sindacabilità della discrezionalità tecnica emerge un orientamento oramai granitico secondo cui essa è «*notoriamente sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità nei soli casi di esiti abnormi o manifestamente illogici.*»⁴⁶

43 Un punto è qui essenziale ribadire: la circostanza che i vertici dei sistemi istituzionali siano coesi nel sostenere una tesi avversata da una minoranza di esperti non determina alcuna validità scientifica della tesi maggioritaria, quanto semmai una sua affermazione politica.

44 Pare una fertile suggestione quella di notare come il dominio del politico sia declinabile in termini teologici secondo il lessico di Schmitt, aprendo così alla possibilità di introdurre una dimensione religiosa e insieme politica del concetto di eresia.

45 B. LATOUR, *Non siamo mai stati moderni*, cit., p. 72.

46 Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2020, n. 2504.

Ma quando sono in discussione questioni non risolte in un paradigma scientifico consolidato dal tempo, la rimessione della soluzione della questione tecnica non è neutrale.

Il presupposto di fondo che ha portato ad un sistema di pesi e contrappesi in ambito giudiziario e politico è che sia irragionevolmente pericoloso assegnare ad un unico soggetto il compito di definire, in modo autoreferenziale, quale debba essere l'ultima parola. La comunità di giuristi è così disarticolata in una molteplicità di funzioni (legislativa, giudiziaria, di controllo di costituzionalità), ostacolando – o rendendo più difficoltoso – il consolidarsi di un monopolio.

Riguardo alla decisione tecnica (ossia alla interpretazione del fatto), l'ordinamento si accontenta di tenere separate le due sfere - della norma e del fatto – senza preoccuparsi quale sia la comunità di esperti deputati ad accertare il fatto.

Quella questione di fatto che, scientificamente accertata, dovrebbe fondare la legittimità della decisione giuridica è però risolta dal titolare di uno *status*, quello di esperto scientifico, che di per sé non dà (o, quantomeno, potrebbe non dare, nel nostro attuale contesto) certezze di neutralità.

Quando è in discussione questioni in cui si intrecciano valutazioni su temi controversi e non ancora consolidati, l'appartenenza alla comunità scientifica non è però un'assicurazione di neutralità.

Ma la legittimità giuridica, come quella politica, delle scelte effettuate trova comunque forza nel presupposto che l'accertamento del fatto sia un evento neutrale e rispetto al quale il decisore giuridico come quello politico non possa svolgere che un controllo estremamente superficiale: appunto volto a correggere solo abnormità e palesi illogicità.

Ciò concreta un vero e proprio paradosso: la forza legittimante starebbe in un accertamento neutrale del fatto, quando invece proprio la contaminazione dell'accertamento del fatto con il circuito della decisione politico-giuridica rende tale accertamento non neutrale. La scelta della persona fisica a cui affidare la valutazione tecnica su temi segnati dal cristallizzarsi di un dato paradigma scientifico può anche considerarsi neutrale, ma non può certo essere tale la scelta di chi debba prendere posizione su temi ancora non stabilizzati.

A meno che – ed è questo il rischio più grande e che motiva tutto il nostro ragionamento – non si intenda, surrettiziamente, contrabbandare la rilevanza dello *status* sociale dell'esperto con l'acquisizione di una stabilità della conoscenza scientifica. Cosa che significherebbe – come detto in apertura – accontentarsi del gergo scientifico e rinunciare, invece, a ciò che conferisce il crisma della scientificità: ossia il metodo e l'antidogmatismo.

In altri e più radicali termini: non è perché la maggioranza degli esperti di un settore disciplinare affermi una tesi che essa diviene scientificamente inattaccabile. Altrimenti, si scambia la forza politico-giuridica del meccanismo maggioritario con il contenuto delle tesi: ossia proprio ciò che la narrazione della modernità ha negato in ogni modo per edificare la distinzione tra norma e fatto. E come ricordano Allen e Pardo in un noto articolo dedicato al tema del-

la supposta distinzione tra fatto e norma, essa, nata nei sistemi anglosassoni per evitare “selvagge e capricciose” decisioni delle giurie sulle questioni di diritto, ha finito per legittimare altrettanto “selvagge e capricciose” decisioni di giudici e legislatori su questioni di fatto.⁴⁷

5.4 Epistemologia e diritto

Quanto fin qui esposto rischia di provare troppo.

E questo è il rischio che l'approccio post-positivista – come tutta l'epistemologia contemporanea – tenta di evitare ricercando altrove, lontano da un “dato puro”, un diverso momento di obiettività che non lasci naufragare in un prospettivismo in cui la nozione di realtà diviene nient'altro che funzione della volontà del più forte.

La ricerca di una teoria della verità che sostenga una realtà obiettiva con cui confrontarsi senza crollare in un completo soggettivismo è infatti la scommessa dell'epistemologia contemporanea: il complesso percorso di Putnam (che a più riprese ha cambiato orientamento sulla questione⁴⁸) come l'intero movimento del neo-realismo, o il tentativo di ritrovare una base di oggettività nelle pratiche discorsive e comunitarie sono la ricerca di ancorare il ragionamento alla possibilità di un fatto che non sia, come nel noto aforisma di Nietzsche, nient'altro che una mascherata interpretazione⁴⁹, secondo quel prospettivismo per cui «*Le verità sono illusioni di cui si è dimenticato la natura illusoria.*»⁵⁰

Un intento non solo ragionevole, ma imposto dalla necessità: in campo giuridico la stessa credibilità di un processo volto ad accertare responsabilità e nessi causali perderebbe di qualsiasi consistenza e, dunque, di qualsiasi possibilità di legittimazione, se si dovesse infine ammettere l'impossibilità logica di accertamenti di fatto.⁵¹

Ammettere che la condanna di un giudice possa fondarsi sulla tesi che non esistano fatti ma solo interpretazioni e, dunque, che essa prescinda da qualsiasi riscontro obiettivo è evidentemente l'anticamera del dispotismo e della non controllabilità delle decisioni.

Ma la soluzione a questo problema non si crede stia nel ribadire le tesi di un positivismo oramai superato, fondato sulla distinzione moderna tra fatto e norma: se l'ordinamento continua a muoversi su di un paradigma caratterizzato

47 R.J. ALLEN, M.S. PARDO, *Facts in Law and Facts of Law*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 7/3 n. 153, July 2003, p. 154.

48 Ma che assai significativamente intitolava un suo lavoro *Fatto/valore: fine di una dicotomia* (H. PUTNAM, *Fatto/valore: fine di una dicotomia e altri saggi*, Roma, Fazi, 2004).

49 «*Contro il positivismo che si ferma ai fenomeni: “ci sono solo fatti”, direi: no, proprio i fatti non ci sono, bensì solo interpretazioni*»: F. NIETZSCHE, *Frammenti postumi, 1885-1887*, in G. COLLI, M. MONTINARI (a cura di), *Opere di Friedrich Nietzsche, Vol III/1*, Milano, Adelphi, 1974, p. 290.

50 F. NIETZSCHE, *Su verità e menzogna in senso extramurale*, in G. COLLI, M. MONTINARI (a cura di), *Opere di Friedrich Nietzsche, Vol III/2*, Milano, Adelphi, 1973, p. 361.

51 Per un'ampia e articolata ricostruzione del tema, declinato in chiave giuridica, può vedersi G. CORRADO, *Processo alla verità o processo della verità?*, Pisa, Edizioni ETS, 2019.

dalla chiara distinzione tra fatti e norme, omettendo di considerare le aporie di cui stiamo trattando, si consegna ugualmente al rischio dell'insindacabilità delle decisioni.

L'incedere del biodiritto amministrativo rende infatti sempre più vistosa la presenza di provvedimenti autoritativi (così come atti legislativi) fondati su valutazioni attinenti ad una discrezionalità tecnica che, per costante giurisprudenza, diviene insindacabile. E allo stesso tempo, nell'ambito processuale, la mancanza di paradigmi scientifici stabilizzati, rende tutt'altro che neutrale la scelta relativa a quale consulente affidare la perizia.

La circostanza che sia difficoltoso trovare un dispositivo teorico sostitutivo della contrapposizione tra fatto e norma non può giustificare la cecità verso la disfunzionalità e i rischi del perseverare in questa impostazione.

Un'impostazione, come si è tentato di argomentare, che dà origine ad un paradosso circolare.

Conclusioni. Il paradosso e la tenuta delle garanzie del liberalismo

L'esito del percorso seguito fin qui è che il metodo scientifico e, in particolare, il rigore scettico che necessariamente lo accompagna, perda la propria identità nel momento in cui il sapere scientifico entra a far parte di una scelta politico-giuridica. Il presupposto dell'atteggiamento rigorosamente scientifico consistente nell'essere ogni credenza suscettibile di revisione e, dunque, teoreticamente transeunte, mentre una delle caratteristiche della scelta politico-giuridica è quella di non poter revisionare perennemente decisioni che devono essere prese irrevocabilmente nell'adesso.

E se pure la tradizionale formula giuridica secondo cui il diritto decide secondo la migliore scienza ed esperienza disponibile al momento abbia avuto una qualche possibilità di applicarsi nell'ambito di società "tecnologicamente stabili", in cui cioè il contesto tecnico-scientifico rimaneva immutato per periodi sufficientemente lunghi a far sì che si maturasse un sapere condiviso, certamente tale formula non è più seraficamente applicabile al contesto attuale.

In questo scenario il rapporto fra sapere medico-scientifico e decisione politico-giuridica evidenzia l'emersione di un potere politico-giuridico di cui gli appartenenti alla comunità medico-scientifica dispongono entro l'assetto istituzionale. Un potere esercitato nel momento in cui essi cooperano alla produzione della scelta politico-giuridica e debbano necessariamente spogliarsi del rigore scettico del metodo scientifico, della perenne falsificabile revisionabilità delle proprie teorie per asserire, invece, in positivo la piena fondatezza "scientifica" delle proprie tesi, rischiando di far collassare il funzionamento del meccanismo dell'onere della prova (mezzo con cui l'ordinamento giuridico, dovendo decidere immediatamente su di una controversia, stabilisce come decidere in caso di dubbio) nel parallogismo che trasforma la mancata prova di una relazione causale nella prova dell'assenza della relazione causale stessa (*id est*: la mancata prova di un nesso eziologico tra un vaccino e l'insorgere di una certa patologia si trasforma rapidamente nell'agone politico nella insostenibile tesi secondo cui

sarebbe dimostrata l'assenza di correlazione tra il vaccino e l'insorgere della patologia).

A dover essere messa in discussione è allora l'alterità fra scienza e politica. Un'alterità che però investe categorie concettuali più ampie: quelle del fatto e della norma. La distinzione (peraltro solo moderna) tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* consegna al consulente del giudice (in campo processuale) e alla pubblica amministrazione (nel biodiritto amministrativo) la piena signoria sulla ricostruzione, appunto, del fatto.⁵²

La conclusione è un paradosso circolare.

La comunità scientifica è tale perché persegue l'obiettivo di una conoscenza fondata su di un metodo, appunto, scientifico, e l'affermarsi della rilevanza di questa modalità di conoscere il mondo fa assumere uno *status* politico-giuridico ai membri della comunità scientifica; tuttavia, l'acquisizione di tale *status* porta i membri della comunità scientifica a cooperare all'assunzione di scelte politiche e giuridiche in modo determinante, ma tanto l'acquisizione dello *status* di membro della comunità scientifica quanto la decisione politico-giuridica cui essi partecipano non rispondono più ad un criterio "scientifico".

E la decisione così presa, una volta ammantatasi dell'aurea di scientificità, risulta politicamente e giuridicamente insindacabile.

L'esito cui conduce il paradosso è una ierocrazia scientifica in cui l'accostamento apparentemente ossimorico tra "ierocrazia" e "scienza" indica ad un tempo l'inconsistenza della distinzione fatto-norma e il collasso del sapere scientifico in credenza verso cui gli organi politico-giuridici non possono che effettuare un atto di fede.

La diretta conseguenza è che gli strumenti posti dal costituzionalismo moderno per preservare le libertà fondamentali dall'arbitrio del sovrano si scoprono basati su un modello del tutto inefficace. Ma se, come si crede, tale modello non è che un'altra delle tante mitologie della modernità⁵³, allora questi dubbi dovrebbero condurre a ripensare radicalmente i meccanismi di tutela delle libertà individuali posto che, di fronte ad una ipotetica "decisione maggioritaria" della comunità scientifica non vi è alcun equivalente di una corte costituzionale. O, meglio, non ve ne sono più dopo che, giustamente, si è abolito il

52 Vale la pena di ricordare come nei lavori di Pardo e Allen il tema della *law-fact distinction* fosse declinato proprio in senso allocativo, ossia come strumento di attribuzione della *potestas decidendi* al giudice togato o alla giuria di pari (R.J. ALLEN, M.S. PARDO, *cit.*, ID., *The Mith of Law-Fact distinction*, in *Northwestern Law Review*, n. 97-2003, p. 1769-1808).

53 Il richiamo evocativo è qui al lavoro di P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007. Si coglie l'opportunità di questa nota per un'ulteriore suggestione: la dissoluzione della mitologia del legalismo (in Grossi come in altri autori a lui consoni, in particolare Zagrebelsky e, per certi versi, Habermas) svela la sua monolitica falsità nel momento in cui le costituzioni del Novecento veicolano un pluralismo di valori; da tale pluralismo deriva un nuovo ruolo per il giudice "inventore del diritto" e la "crisi della fattispecie" (per riprendere l'immagine con cui Irti a più riprese stigmatizza questo andare delle cose); analogamente si potrebbe vedere il suo corrispondente nel dissolversi di un unico monolitico paradigma della cultura scientifica, nel suo rendersi liquido e post-moderno, nel suo farsi "multiverso": tanto il pluralismo di valori costituzionali quanto l'adesione ad una epistemologia post-positivista attaccano, ciascuno dal proprio lato, la falsa contrapposizione tra fatto e norma.

credo religioso come fonte di legittimazione del sapere scientifico, aprendo alla possibilità che il vuoto lasciato dalla tradizionale ierocrazia sacerdotale sia adesso e sempre più incisivamente riempito da una ierocrazia medico-scientifica.

Finché si continuerà a nutrire fiducia nell'alterità fatto/norma affidando l'accertamento del fatto (ossia di quel dato che si presume verificabile in modo neutrale, al di là dell'apporto teorico, e quindi soggettivo, dell'osservatore) a soggetti in definitiva incontrollabili da parte di un giudice, non si farà altro che affidare la ricostruzione di quei principi e quei valori che dovrebbero fondare l'ordinamento giuridico nelle mani di una carismatica ierocrazia scienziasta, il cui imperscrutabile vaticinio non è poi troppo diverso da quello di una consimile ierocrazia sacerdotale che ci fregiamo (e illudiamo) di aver relegato in un nostro passato remoto.

Non solo *Non siamo mai stati moderni*, ma illudendoci di esserlo (o di esserlo stati) abbiamo smarrito ogni anticorpo contro quel tipo di menzogna rispetto alla quale una società a-moderna, che non conosca l'alterità tra fatto e potere, ha invece ben chiara la necessità di dover costantemente vigilare.

*

I tempi di un'epidemia globale in cui ogni scelta politica è assicurata da esperti e ogni decisione giudiziaria ipotecata dall'insidiabilità di valutazioni tecnico-scientifiche sono tristemente il momento migliore per rendersi conto dei rischi che oggi più che mai corre il liberalismo: non che le scelte prese oggi siano sbagliate – non è questo il punto – ma che il metodo con cui sono prese è assolutamente pericoloso, laddove induce la credenza che possano esistere scelte politiche e decisioni giuridiche scientificamente fondate.

IRENE ROMANO

Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi della Campania 'Luigi Vanvitelli'

ireneromano1990@gmail.com

**SPUNTI DI RIFLESSIONE SULL'APPLICAZIONE DEL
PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ AI TEMPI DEL
COVID-19: CONSIDERAZIONI A MARGINE DEI DECRETI
CAUTELARI DEL TAR CAMPANIA AVENTI AD OGGETTO
LA SOSPENSIONE DELLE ATTIVITÀ EDUCATIVE E
DIDATTICHE IN PRESENZA AD OPERA
DELL'ORDINANZA DEL PRESIDENTE DELLA GIUNTA
REGIONALE N. 79/2020**

**POINTS FOR REFLECTION ON THE APPLICATION OF THE
PROPORTIONALITY PRINCIPLE DURING COVID-19: MARGINAL
CONSIDERATIONS REGARDING THE PRECAUTIONARY DECREES
OF THE CAMPANIA REGIONAL ADMINISTRATIVE COURT ON
THE SUSPENSION OF EDUCATIONAL AND TEACHING ACTIVITIES
IN PERSON THROUGH ORDINANCE NO. 79/2020 OF THE
PRESIDENT OF THE CAMPANIA REGION**

SINTESI

I decreti presidenziali del TAR Campania-Napoli, sez. V, nn. 1921 e 1922 del 2020 inducono a sviluppare qualche breve considerazione al fine di mettere in luce l'utilizzo sovente ondivago del principio di proporzionalità da parte del giudice amministrativo e la possibilità, invece, mediante una corretta applicazione di esso, di esercitare, nel pieno rispetto dei confini definiti dal principio di separazione dei poteri, un utile sindacato sull'esercizio del potere amministrativo.

ABSTRACT

Presidential decrees no. 1921 and no. 1922, 2020 of Section V of the Campania-Naples Regional Administrative Court lead to some brief considerations highlighting the use of the proportionality principle by administrative courts and the possibility, through its correct application, of carrying out a useful review of the operations of administrative authorities in full compliance with the boundaries defined by the principle of separation of powers.

PAROLE CHIAVE: Proporzionalità, ragionevolezza, sindacato giurisdizionale, ordinanze d'urgenza, potere amministrativo.

KEYWORDS: Proportionality, reasonableness, judicial review, emergency ordinances, public power.

INDICE: 1. Premessa – 2. L'ordinanza n. 79 del 15 ottobre 2020 del Presidente della Giunta regionale della Campania e il suo scrutinio in sede cautelare da parte del TAR – 3. Il principio

di proporzionalità allo stato dell'arte della dottrina e della giurisprudenza – 4. Rilievi critici sull'iter argomentativo del TAR Campania relativamente all'applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza

1. Premessa

La pandemia da Covid-19 ed i conseguenti provvedimenti adottati per contrastarne la diffusione hanno stimolato accesi dibattiti su alcuni fra i più tradizionali paradigmi concettuali e le più consolidate categorie del diritto.

In particolare, i provvedimenti adottati nella fase emergenziale in atto hanno stimolato la riflessione della dottrina principalmente sul sistema delle fonti e della sua tenuta, per effetto dei provvedimenti a tutela della salute dei cittadini assunti dal Governo, dai Presidenti delle Regioni e dai Sindaci, sia sotto il profilo del riparto di attribuzioni fra Stato e autonomie territoriali, sia sotto quello del rispetto del principio di legalità, in presenza del larghissimo ricorso ad ordinanze di necessità ed urgenza.

Il caso della ordinanza della Regione Campania inerente alla sospensione delle attività educative e didattiche in presenza costituisce l'occasione per riflettere altresì sull'applicazione giurisprudenziale dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, di cui, invero, la dottrina si occupa da tempo.

Nelle brevi notazioni che seguono, dopo aver illustrato il contenuto dell'ordinanza regionale impugnata e le motivazioni rese dal giudice amministrativo in sede cautelare, si richiamerà brevemente lo stato dell'arte nell'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza relativamente al principio di proporzionalità, per rassegnare alcune brevi considerazioni conclusive in merito al percorso argomentativo seguito dal giudice amministrativo.

2. L'ordinanza n. 79 del 15 ottobre 2020 del Presidente della Giunta regionale della Campania e il suo scrutinio in sede cautelare da parte del TAR

Con l'ordinanza n. 79 del 15 ottobre 2020 – avente ad oggetto l'adozione di «*Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*» – il Presidente della Giunta regionale della Campania adotta diverse misure, ben più restrittive rispetto a quelle stabilite a livello nazionale¹, ispirate dalla esigenza «*di contenere la diffusione del virus*». Fra queste, preso atto del «*lieve aumento*» dei «*focolai in cui la trasmissione potrebbe essere avvenuta in ambito intrascolastico*», accertato nel Report di monitoraggio elaborato dal Ministero della Salute², viene

¹ Il riferimento è alle misure contenute nel d.p.c.m. del 13 ottobre 2020.

² Si tratta del Report definitivo di Monitoraggio Fase 2 – Report settimanale Report 21/Report completo. Dati relativi alla settimana 28 settembre – 4 ottobre 2020 (aggiornati al 6 ottobre 2020), elaborato dal Ministero della Salute, Istituto Superiore di Sanità, Cabina di Regia, ai sensi del d.m. Salute 30 aprile 2020.

imposta la sospensione «in tutte le scuole dell'infanzia [...] [del]l'attività didattica ed educativa, incompatibile con lo svolgimento da remoto» e «nelle scuole primarie e secondarie [...] [del]le attività didattiche ed educative in presenza», a decorrere dal 16 ottobre e fino al 30 ottobre 2020.

Limitatamente a tali prescrizioni, con due distinti ricorsi il provvedimento in parola viene impugnato innanzi al TAR Campania-Napoli onde ottenerne la caducazione, previa sospensione cautelare degli effetti.

Più nel dettaglio, i ricorrenti, in qualità di genitori e nell'interesse dei figli minori, allegano l'emergenza, nelle more del tempo necessario per giungere alla trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, di un danno grave e irreparabile costituito, da un lato, dalla impossibilità di attendere alle proprie attività professionali attesa la necessità di prestare assistenza ai propri figli in regime di sospensione dell'attività didattica, nonché, dall'altro, dalla compromissione del diritto alla istruzione dei figli stessi.

Ai fini della decisione sulle summenzionate istanze, il Presidente della V sezione del TAR napoletano, con i decreti monocratici nn. 1914 e 1915 del 17 ottobre 2020, ordina alla Regione Campania di depositare la nota dell'Unità di crisi regionale richiamata nell'ordinanza impugnata, dalla quale dovrebbero potersi desumere gli elementi sulla cui base l'Amministrazione è pervenuta «alla valutazione di idoneità, proporzionalità e indispensabilità della grave misura imposta [...] indubbiamente incidente, come rilevato dai ricorrenti, sui diritti delle persone (al lavoro e all'istruzione) e tuttavia valutati recessivi rispetto al diritto alla salute in tesi messo in pericolo dall'esercizio dei primi», nonché tutti gli atti istruttori sui quali la determinazione si fonda, «ivi compresi quelli relativi alla, pure allegata, incompleta dotazione dei presidi scolastici deputati al distanziamento interpersonale, nonché ogni altro elemento utile ai fini della decisione [...] entro le ore 10 del 19 ottobre 2020».

Ottemperate tempestivamente tali incombenze istruttorie dall'Amministrazione regionale, il TAR rigetta le istanze cautelari.

Nell'argomentazione del giudice, un peso significativo appare essere assegnato al rispetto del principio di proporzionalità da parte dell'Autorità amministrativa procedente³.

Ed invero, pur senza dichiarare espressamente di fare ricorso al principio in parola, il TAR sin dall'inizio del proprio iter argomentativo ne richiama alcune componenti, evidenziando come la Regione abbia dato conto della «idoneità della misura adottata», ravvisandola nella «correlazione tra aumento dei casi di positività al COVID-19 e frequenza scolastica (verificata non solo limitatamente alla sede intrascolastica, ma anche con riguardo ai contatti sociali necessariamente "indotti" dalla didattica in presenza), nonché della diffusività esponenziale del contagio medesimo» e della «proporzionalità della stessa», attesa la «progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura,

³ Il TAR, inoltre, dà conto del fatto che le misure disposte con la impugnata ordinanza n. 79/2020 sono state nelle more revocate, quanto alla sospensione delle attività didattiche in presenza per la scuola dell'infanzia (fascia 0-6 anni), e confermate, per quanto di interesse, quanto al resto, dalla sopravvenuta ordinanza n. 80 del 16 ottobre 2020, rimettendo alla valutazione del Collegio la questione della improcedibilità del ricorso in relazione a tali aspetti.

su base regionale, per effetto della diffusione del contagio, ben rilevante anche in ottica di prevenzione dell'emergente rischio sanitario».

Preso atto delle motivazioni offerte dalla Regione Campania, il giudice amministrativo, procedendo ad operare «*il doveroso bilanciamento degli interessi proprio della fase cautelare che ne occupa*», ritiene opportuno «*nelle more, doversi dare prevalenza all'interesse pubblico sotteso al provvedimento impugnato; tenuto conto che tale interesse pubblico espressamente affonda nell'esigenza di tutelare il diritto primario alla salute, messo in pericolo dalla pure evidenziata scarsità delle risorse, da riguardare complessivamente su base regionale e non meramente locale, alla stregua dell'attuale riparto di competenze [...]*», escludendo la sussistenza dei presupposti di estrema gravità ed urgenza, che legittimerebbero il riconoscimento della tutela invocata, sulla scorta della considerazione che la lamentata compromissione degli altri diritti involti – segnatamente, al lavoro e alla istruzione – «*non sembra affatto assoluta, in ragione della assicurata continuità delle attività scolastiche mediante la pur sempre consentita didattica digitale a distanza, nonché della non dimostrata impossibilità di contemperare le attività lavorative degli esercenti la potestà genitoriale con l'assistenza familiare nei confronti dei figli minori*».

Nondimeno, il giudice sottolinea la necessità di rimodulare la misura adottata dalla Regione all'esito del sopravvenuto d.p.c.m. del 18 ottobre, facendo osservare che le disposizioni ivi contenute, in vigore dal 21 ottobre, comporterebbero la dequotazione del pregiudizio lamentato nel ricorso. A far data da tale momento, infatti, trovando applicazione il d.p.c.m. statale, gli istituti scolastici potrebbero ricominciare le relative attività in presenza anche senza una espressa revoca da parte dell'Amministrazione regionale.

3. Il principio di proporzionalità allo stato dell'arte della dottrina e della giurisprudenza

In generale, può ritenersi sufficientemente pacifico che, sul piano del diritto, la proporzionalità viene in rilievo in relazione ad ogni attività implicante l'esercizio di un potere – pubblico certamente, ma anche privato – in quanto «*strumento di armonizzazione tra forze confliggenti e di moderazione del potere, volto al perseguimento della giustizia dell'azione*»⁴.

Più in particolare, nel diritto amministrativo, altrettanto può dirsi in merito all'affermazione che la stessa è utilizzata al fine di «*verificare quale sia, tra le alternative praticabili, quella che consenta di esplicitare la giusta misura del potere*»⁵.

Ed il principio di proporzionalità rappresenta, in effetti, uno dei temi più significativi fra quelli attualmente in discussione da parte della dottrina ammini-

⁴ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998, p. 2.

⁵ A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, p. 5. Sul punto, cfr. anche ID., (voce) *Proporzionalità* in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 4643 ss., 4646, ove l'A. precisa che il principio di proporzionalità possiede un'area di estensione vastissima: esso, infatti, non vede la sua applicazione limitata solo alla verifica relativa al non corretto uso della potestà discrezionale, ma si estende a quelle attività in cui la discrezionalità manchi quasi del tutto e pure a quelle dalla struttura contenziosa e quasi-giudiziale.

strativistica⁶. Lo si evince dal numero sempre crescente di studi monografici che nel corso degli ultimi vent'anni si sono occupati di ricostruirne le origini e di chiarire i connotati che esso assume nell'ordinamento italiano, nonché dall'ampio spazio dedicatogli nell'ambito delle ricerche aventi ad oggetto la discrezionalità, l'eccesso di potere, i principi generali dell'azione amministrativa, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo e il rapporto fra legittimità e merito⁷.

I tanti contributi rivelano, tuttavia, una non insignificante incertezza definitoria, già dal lessico adoperato: la proporzionalità, infatti, appare variamente e indifferentemente indicata come 'principio', 'clausola generale', 'valore', 'ca-

⁶ Cfr. A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 2008, 14, p. 60, i quali utilizzano l'espressione «viral quality» per descrivere il fenomeno della diffusione dell'utilizzo della proporzionalità nei sistemi giuridici dei diversi Stati membri. Cfr., inoltre, L. BENVENUTI, *Dell'autorità e del consenso*, in ID., *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 203, secondo il quale il principio di proporzionalità rappresenta la «sintesi e il precipitato storico dei mutamenti attualmente in corso».

⁷ Fra i primi Autori ad occuparsi del principio di proporzionalità, si v. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 1993, pp. 837 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 1994, pp. 142 ss.; A. SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità: profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 1995, pp. 329 ss.; ID., *La proporzionalità dell'azione amministrativa* cit.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998; M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999. Dopo gli anni 2000, si v. E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 2000; D.U. GALETTA, *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, pp. 439 ss.; F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità come parametro di legittimità delle sentenze della Corte di giustizia sulle normative nazionali relative alla circolazione delle merci e alla tutela dei consumatori*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, pp. 1544 ss.; A. SANDULLI, (voce) *Proporzionalità* cit.; D.U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, Nota a Cons. Stato sez. V 14 aprile 2006, n. 2087, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 10, pp. 1107-1111; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008; F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, Nota a Cons. Stato sez. VI 17 aprile 2007, n. 1736, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 3-4, pp. 1002-1012; D.U. GALETTA, (voce) *Principio di proporzionalità (dir. amm.)*, in *Enc. Treccani online*, 2010; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2012; ID., *Il dialogo tra Corti in Europa e l'emersione della proporzionalità amministrativa*, in M. BIANCHINI, G. GIOIA (a cura di), *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità*, Padova, Cedam, 2013, pp. 405-433; A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, Franco Angeli, 2013; A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministratori*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2016, 3, pp. 697 ss.; L. LAMBERTI, *Attività amministrativa e principio di proporzionalità*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI, (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, t. I, pp. 535-561. Si segnala, inoltre, che la proporzionalità compare anche in due note a sentenza assai risalenti in tema di espropriazione per pubblica utilità: V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Eccesso di potere per sproporzionata gravosità dei vincoli imposti alla proprietà privata*, in *Riv. giur. ed.*, 1958, pp. 626 ss. e ID., *Sulla necessaria proporzione tra area espropriata e pubblica utilità*, in *Riv. giur. ed.*, 1961, I, pp. 825 ss.

none', 'criterio guida', 'metro dell'azione', 'parametro', 'standard', 'paradigma di legittimità'⁸.

Tale incertezza sembra potersi ascrivere ad almeno quattro principali fattori.

Innanzitutto, deve considerarsi che la proporzionalità è riferibile ad attività demandate a diversi soggetti, quali il legislatore⁹, la P.A. e il giudice¹⁰, e che sotto questo profilo, è evidente che la proporzionalità sia destinata ad assumere un ruolo e (di conseguenza anche) una denominazione differenti, a seconda del contesto – legislativo, amministrativo o giurisdizionale – in cui viene calata, costituendo, rispettivamente: parametro, criterio, nella costruzione della norma giuridica; canone, criterio guida e metro dell'azione amministrativa; parametro e paradigma di legittimità per il sindacato giurisdizionale.

In secondo luogo, deve segnalarsi la scarsa precisione delle norme, che, senza mai definirla¹¹, ne impongono il rispetto da parte della P.A., richiaman-

⁸ Ed invero, talvolta sembra sfuggire proprio la distinzione a monte fra valori, regole e principi e fra questi ultimi, astrattamente considerati, e le loro modalità di applicazione e di misurazione sul piano concreto. Sul punto, si v. le chiarificatorie considerazioni di G. D'ALFONSO, *La proporzionalità e la ragionevolezza nella proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità* cit., pp. 245-283, 246-247, nt. 5, che, pur contestualizzate nel diritto civile, possono ritenersi riferibili al diritto in generale. La distinzione tra valori, regole e principi, nel diritto amministrativo, è fondamentale per comprendere il funzionamento del sistema, come spiega bene M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA, F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012 pp. 1-39, 38. Tutt'altro che semplice è anche la distinzione fra principi, regole e clausole generali. Sul punto sembra di grande utilità il contributo di S. PATI, *Ragionevolezza e clausole generali*, 2^aed., Milano, Giuffrè, 2016, pp. 109 ss.

⁹ È senza dubbio espressione del principio di proporzionalità rivolto all'attività del legislatore, ad esempio, il divieto di *gold plating*, di matrice europea, che preclude allo Stato membro di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, inerenti alla materia dei contratti pubblici (art. 1, co. 1, lett. a della legge 28 gennaio 2016, n. 11).

¹⁰ Che anche la tutela processuale si ispiri alla proporzionalità emerge da una importante pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria – la sentenza del 22 dicembre 2017, n. 13 –, in cui viene riconosciuta la possibilità che esso, in sede Plenaria, moduli la portata temporale della propria sentenza, facendone decorrere gli effetti solo per il futuro, al ricorrere di alcune specifiche condizioni: la obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; la esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche (il *leading case* di tale orientamento – fondato anche sulla previsione di cui all'art. 1, c.p.a., per il quale «La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo» – è considerata la pronuncia del Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755). La possibilità di modulare la portata temporale delle decisioni giurisdizionali è un principio affermato, inoltre, già ai massimi livelli dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e, seppure in maniera meno incisiva, anche dalla Corte costituzionale (si v. Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, Commissione c. Consiglio, in C-81/72; 1999, Parlamento c. Consiglio, in C-164/97 e 165/97; e Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10).

¹¹ Tale dato non deve sorprendere: è raro, infatti, che una legge fornisca la definizione di un principio.

dola o in maniera indiretta, attraverso un mero rinvio alle fonti comunitarie¹², o in maniera diretta, ma approssimativa, assieme agli altri principi sovranazionali, senza che le si attribuisca – almeno in apparenza – uno specifico valore, quasi come se fosse una clausola di stile¹³. In particolare, essa è solo indirettamente richiamata quale principio generale dall'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (come modificato dalla novella del 2005), che, nell'indicare i «criteri» che reggono l'attività amministrativa, menziona pure i «principi dell'ordinamento comunitario», fra i quali figura, appunto, anche quello di proporzionalità, che, attualmente codificato all'interno dei Trattati¹⁴, esisteva già da prima, introdotto dalla interpretazione 'creativa' della Corte di Giustizia delle Comunità europee¹⁵.

¹² Il riferimento è, anzitutto, all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale recita: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario»; ma anche dall'art. 3-bis del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, ai sensi del quale «Le pubbliche amministrazioni locali partecipanti possono procedere al ripiano delle perdite subite dalla società partecipata con le somme accantonate ai sensi del comma 1, nei limiti della loro quota di partecipazione e nel rispetto dei principi e della legislazione dell'Unione europea in tema di aiuti di Stato».

¹³ È la sensazione che emerge dal richiamo alla proporzionalità operato da diverse disposizioni contenute in alcuni testi normativi di settore come, ad esempio, il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, il quale, all'art. 178, co. 3, la menziona espressamente fra i criteri a cui deve conformarsi l'attività di gestione dei rifiuti; la legge 11 novembre 2011, n. 180, che, all'art. 9, impone alla P.A., nei rapporti con le imprese, di comportarsi secondo il generale canone di buona fede, oltre che nel rispetto di una serie di principi fra cui quello di proporzionalità; nonché il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale la indica, ad esempio, tra i principi che governano l'affidamento di contratti pubblici esclusi (art. 4, co. 1) e l'aggiudicazione, la esecuzione di appalti e concessioni (art. 30, co. 1).

¹⁴ Com'è noto, nel 1992, il Trattato di Maastricht ha inserito nel TCEE l'art. 3B, il quale, al co. 3, recita: «l'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato», disposizione che, a sua volta, è rimasta inalterata nella versione consolidata del TCE (art. 5, co. 3). Successivamente, la proporzionalità ha trovato riconoscimento nel Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità annesso al Trattato di Amsterdam del 1997, ed è stata esplicitamente menzionata all'art. 5 del TUE, ove il co. 3 dell'art. 5 TCE è stato così riformulato: «In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità» (co. 4).

¹⁵ Le prime tracce del riconoscimento del principio di proporzionalità comunitario si collegano nella sentenza resa nel caso *Fédération Charbonnière de Belgique*, del 1956, avente ad oggetto la legittimità di un provvedimento dell'Alta Autorità CECA che imponeva l'abbassamento dei listini dei prezzi del carbone ritenuto misura non necessaria sulla scorta della considerazione che l'Autorità avrebbe dovuto scegliere, tra i diversi mezzi disponibili ugualmente idonei a perseguire il fine prefissato, quello meno pregiudizievole per i cittadini comunitari. Pur senza evocare espressamente il principio di proporzionalità, la Corte dimostra di aver utilizzato l'impostazione e la logica sottese ad esso, in particolare quanto al *test* di idoneità e necessità. La pronuncia decisiva per il riconoscimento del principio di proporzionalità a livello comunitario, però, è quella relativa al caso *Internationale Handelsgesellschaft*, del 1970, riguardante la tutela dei diritti fondamentali, in cui, posta di fronte al dubbio inerente alla fonte giuridica del principio in parola, la Corte ne ha sostenuto il rango costituzionale (nella specie la Corte di Lussemburgo ha considerato che «il sistema delle licenze d'importazione e d'esportazione implicanti il deposito

In proposito, è diffusamente condivisa la ricostruzione secondo cui quest'ultima lo abbia mutuato dall'ordinamento tedesco¹⁶ mediante il ben noto meccanismo secondo il quale, dopo aver individuato la *'better law'*, essa 'prende in prestito' i principi elaborati all'interno dei diritti nazionali, ridefinendoli e rimodellandoli (per poi restituirli agli ordinamenti d'origine – c.d. *'feed back effect'* – nonché a tutti gli altri ordinamenti degli Stati membri – c.d. *'spill over effect'*)¹⁷. Più nel dettaglio, secondo lo schema logico elaborato dal giudice tedesco, poi accolto da quello europeo, il sindacato di proporzionalità si articola in tre passaggi successivi (c.d. *«teoria dei tre gradini»*), volti a valutare, in primo luogo, la congruità del mezzo impiegato rispetto al perseguimento del fine pubblico prestabilito (idoneità); in secondo luogo, la inesistenza di alternative più miti di quella concretamente adottata (necessarietà); infine, la tollerabilità delle limitazioni che l'intervento pubblico comporta alla sfera giuridica dei destinatari (proporzionalità in senso stretto o adeguatezza).

Tuttavia, nell'ordinamento giuridico italiano, in giurisprudenza, la proporzionalità viene utilizzata, talora, in funzione strumentale, come 'mezzo' finalizzato all'attuazione di altri principi, siano essi previsti in Costituzione – come l'uguaglianza (art. 3), l'imparzialità e il buon andamento (art. 97), – o semplicemente presupposti come fonti di integrazione dell'ordinamento – come la buona fede e il legittimo affidamento –, o, ancora, considerati immanenti al sistema – come l'equità, tutti caratterizzati da una connaturata caratura relazionale¹⁸. Di qui il terzo fattore di incertezza: la definizione, l'essenza e la con-

cauzionale costituisce uno strumento necessario e adeguato, ai sensi degli articoli 40, n. 3, e 43 del trattato CEE, allo scopo di consentire alle autorità competenti di determinare nel modo migliore i loro interventi sul mercato dei cereali», così negando un contrasto fra il sistema delle licenze in parola e la tutela dei diritti fondamentali).

¹⁶ In Germania, il principio di proporzionalità nacque e si sviluppò nell'ambito del diritto di polizia, fungendo da limite, per le autorità di pubblica sicurezza, al sacrificio della libertà individuale oltre quanto strettamente necessario per la realizzazione dell'interesse pubblico. La prima applicazione di esso è comunemente considerata quella relativa al noto caso *Kreuzberg*, del 1882, in relazione al quale il *Preußisches Obergerverwaltungsgericht* (Tribunale amministrativo prussiano) sottopose ad un giudizio di necessità l'adozione, da parte dell'autorità di polizia, di un atto che imponeva la chiusura di uno spaccio, il cui titolare era stato sorpreso a vendere alcolici senza licenza. In seguito, il principio è stato utilizzato in maniera costante dalle Corti amministrative e dal *Bundesverfassungsgericht* (Corte costituzionale federale) nel sindacare il legittimo esercizio del potere, assumendo contorni sempre più nitidi fino ad acquisire l'attuale conformazione tridimensionale, che lo rende scomponibile in tre diversi elementi: la idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto (o adeguatezza).

¹⁷ Si v., *ex multis*, D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit., pp. 3 ss.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 175; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, cit., pp. 37-39; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi*, cit., pp. 133 ss. Al riguardo, si esprime in maniera piuttosto critica S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità*, cit., pp. 38 ss., rilevando che, sebbene appaia incontestabile che il Giudice comunitario sia solito richiamare nelle proprie decisioni il modello tedesco, in realtà finisce poi per dare applicazione alla nozione di proporzionalità che più direttamente si desume dalle norme comunitarie, la quale si incentra, principalmente, su una valutazione di 'necessità' della misura adottata.

¹⁸ La natura relazionale del principio di proporzionalità e le modalità attraverso le quali esso interagisce con altri principi ugualmente relazionali sono efficacemente evidenziate da V. FAN-

sistenza del principio di proporzionalità nonché le modalità con le quali esso interagisce con tali altri principi generali, sono quanto mai incerte proprio laddove essi si intrecciano nella risoluzione delle fattispecie concrete.

Infine, l'ultimo (ma non in ordine di importanza) profilo di incertezza, riguarda il rapporto tra proporzionalità e ragionevolezza¹⁹.

Ed infatti, nella giurisprudenza amministrativa italiana, la proporzionalità, applicata come parametro di giudizio della legittimità dell'azione amministrativa, non di rado appare assimilata alla ragionevolezza, se non inglobata in essa, in quanto legata a doppio filo all'eccesso di potere e alle sue manifestazioni²⁰. Non è infrequente, inoltre, che entrambe compaiono richiamate – talvolta in maniera consapevole, talaltra inconsapevolmente – a mo' di endiadi²¹.

TI, *op. ult. cit.*, pp. 146 ss. Cfr., inoltre, A. SANDULLI, (*voce*) *Proporzionalità*, cit., pp. 4648-4649, il quale ne mette in luce le diverse forme di applicazione.

¹⁹ Tra gli Autori che si sono espressi sul controverso rapporto fra proporzionalità e ragionevolezza, propendono per la coincidenza G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 566; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, Giuffrè, 1993; M.P. VIPIANA, *Introduzione allo studio al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1993; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000; A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 2000, 4, pp. 567 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011. Ne sostengono la distinzione, invece, G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 421 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit.; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit.; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, cit.

²⁰ Più precisamente, la sua violazione da parte della P.A. nell'adozione della decisione è stata ricondotta, nel corso del tempo, al c.d. 'sviamento di potere'; alla totale assenza o insufficienza della motivazione; alle figure sintomatiche connesse alla logicità e ragionevolezza della motivazione – quali la illogicità, la contraddittorietà e la incongruità di questa –; ad altre manifestazioni inerenti alla logicità e alla ragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità – come l'eccesso di potere per travisamento di fatti, per difetto di istruttoria, per violazione di norme interne, per disparità di trattamento, per ingiustizia manifesta e per contraddittorietà fra provvedimenti.

²¹ In alcune sentenze, peraltro, la proporzionalità e la ragionevolezza non sono neppure indicate come principi, ma come 'criteri'. Cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3723, ove si afferma che «ove non fosse ammessa la facoltà di costituire servitù strettamente interdipendenti con l'esercizio in concreto del servizio di interesse generale si dovrebbe ricorrere allo strumento ordinario dell'esproprio del diritto di proprietà con un effetto ben più incisivo delle posizioni private coinvolte dall'espletamento del servizio di interesse generale». La considerazione che appare al Collegio decisiva è però quella che, nella specie, il potere amministrativo è ritenuta «da esercitare secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza sindacabili in sede giurisdizionale, ma necessariamente strutturato in modo da consentire la scelta discrezionale delle modalità concrete di esercizio della servitù per garantire il minor sacrificio possibile al privato interessato rispetto al beneficio assicurato al gestore del servizio pubblico ovvero al privato che realizza ed esercita impianti di pubblica utilità, in relazione alla estrema varietà e diversità delle tipologie degli impianti di produzione di energia (ma anche per quel che la legge prevede con riguardo alle opere attinenti ai settori dei trasporti, delle telecomunicazioni e della gestione dell'acqua)».

Se è innegabile che si possa ritenere esistente una forte contiguità fra i due principi, tuttavia, come meglio si evidenzierà a breve, il parametro della ragionevolezza, ai fini della valutazione della legittimità dell'azione amministrativa, rischia di assumere connotazioni, per un verso, assai più ampie nonché, per altro verso, più indefinite, rispetto a quello di proporzionalità così come ricostruito nella giurisprudenza europea, ed il sindacato esercitato mediante la sua applicazione dal giudice amministrativo appare caratterizzarsi per una maggiore soggettività di valutazione, con risultati che appaiono talora 'timidi' e talaltra incisivi e penetranti, ma in qualche caso arbitrari.

Invero, il principio di proporzionalità viene dalla giurisprudenza amministrativa sovente richiamato e dettagliatamente illustrato nelle sue articolazioni, tuttavia, non sempre facendone, poi, conseguentemente applicazione in maniera altrettanto puntuale. Nelle decisioni in cui pure si evoca la proporzionalità, intatti, non sempre si ricorre a parametri di giudizio riconducibili in maniera netta a quelli propri del controllo trifasico di matrice tedesca ed europea. Più in particolare, oltre ai casi in cui alla enunciazione del principio segue la concreta applicazione del relativo controllo in tutte e tre le sue componenti (idoneità, necessità e adeguatezza)²², si registrano: arresti in cui il controllo si articola in alcune soltanto di esse (idoneità o idoneità e necessità)²³; casi nei quali può dirsi completamente assente una valutazione articolata nei tre *step*²⁴; deci-

²² In tal senso, cfr. TAR Lombardia-Brescia, 19 dicembre 2005, n. 1356, il quale annulla per violazione del principio di proporzionalità il provvedimento di diniego relativo ad una richiesta di autorizzazione agronomica per l'utilizzo di reflui zootecnici e alcune disposizioni contenute nelle norme tecniche di attuazione allegate al piano regolatore (in base alle quali il diniego era stato emesso), che vietavano in maniera assoluta ed inderogabile, su tutto il territorio comunale, allevamenti suinicoli ad esclusione di quelli a stretto uso familiare, ritenendo che tale misura «*pur idonea a risolvere in radice ogni interferenza tra allevamenti ed aree residenziali, risulta chiaramente porre un inutile e gravoso limite al diritto di proprietà ed alla libertà di iniziativa economica della ricorrente, un vincolo che, eccedendo lo scopo della tutela della salubrità dell'ambiente, non è necessario e risulta sproporzionato*».

²³ Paradigmatiche sono le pronunce del Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 2010, n. 2264, e ID, 5 marzo 2010, n. 1275. Nella prima, l'operato della P.A. viene giustificato facendo applicazione soltanto del primo gradino del controllo di proporzionalità: il giudice amministrativo, infatti, rileva che «*l'amministrazione comunale ha in concreto valutato le circostanze ed ha provveduto in modo non illogico, arbitrario o irragionevole, effettuando la scelta della barriera antirumore, che ben può essere ritenuta idonea a contemperare i vari interessi e a mitigare le problematiche ambientali*», così lasciando l'impressione, peraltro, che la proporzionalità non venga utilizzata quale un principio autonomo, ma a mo' di *test* nel sindacato sulla ragionevolezza. Nella seconda pronuncia, invece, il Supremo Consesso amministrativo puntualizza che il giusto contemperamento di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti dall'azione amministrativa, «*trova il suo punto di incontro mediante la scelta della soluzione più idonea al raggiungimento dell'interesse pubblico, che è primario, sacrificando l'interesse privato, che è secondario e recessivo, ma nella misura strettamente utile e necessaria alla cura del primo, non in quella ritenuta soggettivamente ed unilateralmente più comoda o percorribile dalla P.A.*».

²⁴ Nei casi in parola, la misura prescelta dalla P.A. viene stigmatizzata genericamente in quanto adottata a prescindere dalla ricerca di soluzioni alternative e meno pregiudizievoli, come emerge, ad esempio, dalla pronuncia del TAR Puglia-Lecce, 7 luglio 2010, n. 1698, afferente alla decisione di collocare un impianto di depurazione della fognatura nei pressi dei terreni di proprietà del ricorrente, in cui si legge che «*Solo laddove sia stata accertata la impercorribilità, attraverso adeguata istruttoria sul piano tecnico, di una scelta alternativa, la decisione potrà risultare immune da censure di irrazionalità*». L'articolazione trifasica che dovrebbe caratterizzare l'applicazione del princi-

sioni in cui la proporzionalità appare menzionata in meri *obiter dicta*, rivestendo un ruolo sostanzialmente ininfluenza ai fini della risoluzione della controversia²⁵; e, infine, casi in cui la verifica sulla proporzionalità si confonde con quella sul buon andamento²⁶ o, ancora più spesso, con quella sulla ragionevolezza²⁷.

Il rapporto fra proporzionalità e ragionevolezza, d'altro canto, è oggetto di discussione nella dottrina amministrativistica sin da epoca molto risalente, essendo fortemente avvertito il bisogno che l'azione dei soggetti pubblici sia conforme ai criteri di razionalità e logicità, quali strumenti idonei a presidiare il rispetto del principio di buon andamento (inteso come massima soddisfazione dell'interesse pubblico specifico primario col minor sacrificio possibile degli interessi secondari, pubblici e privati)²⁸.

pio di proporzionalità, poi, non si rinviene quasi mai nelle pronunce che annullano i provvedimenti che impongono divieti assoluti e generalizzati, come dimostrano gli arresti del TAR Lazio-Roma, sez. II, 4 febbraio 2019, n. 1366, inerente alle restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività commerciali di media grandezza, e del Cons. Stato, sez. VI, 05 agosto 2005, n. 4159, relativo alla installazione delle stazioni radio. In entrambe le fattispecie, infatti, viene censurata la decisione di imporre divieti assoluti e generalizzati su tutto il territorio per difetto di proporzionalità e di motivazione, tuttavia, non solo non viene data una spiegazione di 'sproporzione' che consenta di sostenere che il provvedimento non fosse semplicemente irragionevole, ma, a ben vedere, appare decisivo che a sostegno di tali determinazioni la P.A. non abbia fornito alcuna motivazione, sicché, addirittura, non sembra peregrino affermare che il richiamo alla proporzionalità non sia del tutto pertinente.

²⁵ Ciò sembra ricavarsi, ad esempio, dalla pronuncia del TAR Sardegna-Cagliari, sez. II, 16 ottobre 2018, n. 875, la quale annulla l'ordinanza di demolizione, principalmente, per difetto di istruttoria e di motivazione e, solo in ultima battuta, perché essa è, fra l'altro, anche sproporzionata.

²⁶ Tra le varie, si cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2019, n. 7057, il quale, evidenziando la necessità di valutare l'opportunità di ricorrere alla demolizione comparando l'interesse pubblico al recupero dello *status quo ante* con il rispetto delle posizioni giuridiche soggettive del privato che aveva confidato nell'esercizio legittimo del potere amministrativo, in ossequio al principio di proporzionalità «che impone all'Amministrazione il perseguimento del pubblico interesse col minor sacrificio possibile dell'interesse privato», sembra affermare una sostanziale coincidenza fra il contenuto dei principi di buon andamento e di proporzionalità.

²⁷ In generale, tale confusione si rinviene in quasi tutte le pronunce in cui il giudice amministrativo, dichiarando di avvalersi del paradigma della proporzionalità, arresta il proprio giudizio al primo *step*, vale a dire quello implicante una valutazione sulla idoneità della misura adottata dalla P.A. Il difficile discernimento fra idoneità e ragionevolezza, in particolare, è ben evidente nella pronuncia del Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2008, n. 4648, relativa alla scelta dell'amministrazione comunale di dotarsi di un Piano per gli insediamenti produttivi. In tale occasione, infatti, il Supremo Consesso amministrativo, nel rilevare la incapacità delle censure mosse dal privato a provare «l'arbitrarietà e l'irragionevolezza» della scelta urbanistica, ritenendo invece che emergesse in maniera evidente «la caratteristica vocazione produttiva della zona in un contesto omogeneo e contermini di attività produttive dedicate con riguardo alla vicinanza del Paese e della grande viabilità», sembra compiere una valutazione in termini di idoneità, utilizzando quest'ultima ai fini di una verifica sulla ragionevolezza/non arbitrarietà della decisione amministrativa.

²⁸ È il caso di ricordare che i prodromi del principio di proporzionalità sono comunemente individuati negli scritti di G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, da Cesare Orena nella stamperia Malatesta, 1814, pp. 16 ss., contributo successivamente confluito nei *Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, Guasti, 1835, in cui si legge che la quale la regola direttrice dell'amministrazione pubblica, nel caso del conflitto degli

I principi di proporzionalità e ragionevolezza, dunque, nascono dalla medesima esigenza che il bene comune sia perseguito ‘razionalmente’: una volta, cioè, che la norma attributiva di potere abbia fissato in astratto l’interesse pubblico specifico, la P.A. deve raggiungerlo sul piano concreto in maniera non arbitraria. È necessario, in altre parole, che il passaggio dall’astratto dell’attribuzione del potere al concreto dell’atto amministrativo avvenga *«in maniera logica e razionale»*²⁹.

Se, però, è difficilmente revocabile in dubbio che la proporzionalità, in quanto concetto *«correlato»* ad un fine (il perseguimento dell’interesse pubblico specifico), rappresenti una delle manifestazioni della razionalità nell’esercizio del potere³⁰, è, invece, controverso se essa costituisca – come propugnato da una certa dottrina – una possibile ‘faccia’ del principio di ragionevolezza, oppure si definisca autonomamente rispetto a questo.

Per il vero, proporzionalità e ragionevolezza presentano non pochi punti di contatto. Entrambe, infatti: vengono tradizionalmente ricondotte ad un superiore (benché inespresso) principio di giustizia sostanziale; sono considerate dai più clausole generali dell’azione amministrativa; e trovano, infine, secondo una diffusa opinione, i propri riferimenti costituzionali nelle stesse norme contenute negli artt. 3 e 97, le quali esprimono, rispettivamente, i principi di uguaglianza e di imparzialità e buon andamento dell’Amministrazione.

In dottrina, tuttavia, prevale l’orientamento rivolto a distinguere i principi/clausole generali di proporzionalità e di ragionevolezza, che tendono ad es-

interessi del privato con quelli del pubblico, *«si è far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità»*, vale a dire *«far prevalere la cosa la cosa pubblica alla privata col minor possibile sacrificio della privata proprietà e libertà»*, specificando, inoltre, che *«la prevalenza della cosa pubblica alla privata non colpisce il fine o l’effetto, ma il semplice mezzo»*. È discusso se Romagnosi ignorasse o meno che tale regola era già stata affermata, poco tempo prima, nel *Polizeistaat* tedesco, ma resta significativo che già in epoca post-rivoluzionaria era fortemente avvertita la necessità di salvaguardare i valori fondamentali della sfera individuale (libertà personale e proprietà privata) dai possibili abusi dell’autorità.

²⁹ F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità*, cit., p. 9.

³⁰ F. MERUSI, *op. ult. cit.*, pp. 44-45, il quale, dopo aver evidenziato che la proporzionalità non coincide con un fine, ma rappresenta un concetto ‘correlato’ ad un fine, spiega che a tale correlazione viene rapportata la razionalità: è la correlazione, infatti, *«che viene misurata razionalmente e che fa del principio di proporzionalità una particolare e qualificata manifestazione della razionalità necessaria per esercitare un potere discrezionale»*. Circa il rapporto fra proporzionalità, ragionevolezza e razionalità, cfr. anche M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Atti alla Conferenza trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese*, Roma, 24-26 ottobre 2013, la quale rimarca la differenza *«qualitativa che contraddistingue i giudizi di ragionevolezza e proporzionalità da quelli di razionalità intesa come coerenza e non contraddizione dell’ordinamento, che pure sono presenti nella giurisprudenza costituzionale»*. In particolare, l’A. chiarisce che *«Razionale e ragionevole sono due aggettivi che esprimono, entrambi, conformità a ragione; tuttavia non si tratta di termini equivalenti e interscambiabili, perché [...] presuppongono una diversa idea di ragione [...]»*. Tuttavia, affermare che il principio di ragionevolezza non appartiene alla razionalità logico-formale di tipo deduttivo non equivale a degradarlo ad una forma di *“pensiero debole”*. Al contrario, il ragionevole esprime una ragione potenziata e più adeguata all’ambito dei comportamenti umani che essa è chiamata a conoscere attraverso il diritto. Il controllo di ragionevolezza esige una ragione concreta, *“situata”*, che conosce l’ordinamento nella sua vitale commistione con l’esperienza giuridica» (pp. 15-16).

sere considerati diversi e non sovrapponibili, sia nel momento in cui il potere di scelta viene esercitato dalla P.A., sia in occasione del successivo ed eventuale controllo giurisdizionale, rivelandosi essenziale ai fini della individuazione del «limite di demarcazione fra libertà e vincolo nell'applicazione della regola astratta al caso concreto»³¹.

In proposito si è osservato che, del resto, già a monte, delle due nozioni di base, ragione e proporzione, l'una non implica necessariamente l'altra, poiché «da una parte la ragione può dettare scelte che potrebbero anche risultare non proporzionate; dall'altra la proporzione può comportare scelte che potrebbero anche risultare non ragionevoli»³². La ragionevolezza, infatti, implica un giudizio sulla plausibilità degli effetti della misura prescelta ed ha un ambito di applicazione piuttosto circoscritto, in quanto «esclude la possibilità di adozione di un provvedimento il cui contenuto superi i valori del buon senso e dell'astratta razionalità: da ciò deriva che, ove il giudice accerti in giudizio il vizio di irragionevolezza, la P.A. procedente ben potrà adottare il medesimo provvedimento, previa correzione o integrazione della motivazione»³³. La proporzionalità, invece, mira ad una soluzione «che raggiunga il maggior risultato della somma algebrica di costi e benefici per tutti i soggetti coinvolti nella valutazione»³⁴. Diversamente da quanto affermato in ordine alla ragionevolezza, qualora il giudice accerti la sproporzione della decisione adottata, dovrà considerarsi definitivamente precluso alla P.A. il reimpiego del mezzo scelto in precedenza³⁵.

In base a tale lettura, dunque, il principio di proporzionalità costituisce non un corollario del principio di ragionevolezza, ma «un concetto autonomo, teso al conseguimento della moderazione della misura del potere amministrativo»³⁶.

Insomma, proporzionalità e ragionevolezza presentano certamente degli elementi di assonanza, condividendo anche – secondo l'opinione dei più – la medesima natura di clausole generali, ossia (secondo una generalissima acce-

³¹ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 206. Per le diverse ricostruzioni dottrinali sul rapporto fra i principi in parola, si v. *retro*, nt. 19.

³² S. COGNETTI, *op. ult. cit.*, p. 208, il quale, sembrando discorrere di proporzionalità in termini più 'umanistici' che strettamente 'giuridici', osserva che mentre la ragionevolezza costituisce «un valore umano da valutare anche col supporto della proporzione», la proporzionalità «non è altro che un metodo di misurazione pura, applicabile ad un qualunque oggetto di indagine, il cui funzionamento dipende asetticamente dal modo col quale quel medesimo oggetto di indagine viene programmato e, conseguentemente, decodificato in base a quelle stesse coordinate assunte» (p. 210). Conseguentemente, la proporzionalità, in base all'assunzione di *standard*, diviene metodo di misurazione pura anche della ragionevolezza, «ma non si identifica tout court con essa né a maggior ragione con i suoi standard che pure utilizza»; solo a misurazione avvenuta, poi, potrà constatarsi che entrambe «si integrano e combaciano nel caso specifico, ma [...] non sempre ciò avviene necessariamente» (pp. 211-212). Emerge così anche come la proporzionalità e la ragionevolezza, a dispetto di quanto sostenuto da una certa dottrina, non rappresentano *standard*, ma clausole generali determinabili in base a *standard*: «mentre la ragione detta culturalmente i parametri applicativi di ogni regola astratta, la proporzione utilizza tecnicamente quei parametri per misurare in modo lineare e neutrale le distanze fra i rispettivi destinatari di ogni regola stessa» (p. 211).

³³ V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, cit., p. 120.

³⁴ V. FANTI, *op. ult. cit.*, p. 120.

³⁵ V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 2006, pp. 717 ss., 725.

³⁶ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., p. 323.

zione) di enunciati contrassegnati da una (fisiologica) indeterminatezza che rende necessaria un'attività integrativa dell'interprete, ma tali elementi non sembrano essere sufficienti per aderire alla tesi che costruisce il rapporto fra esse in termini di genere a specie o di perfetta coincidenza. Pertanto, pur senza misconoscere i tratti comuni ai due principi, i quali consentono entrambi di operare una verifica 'sostanziale' improntata a canoni di logicità e congruità, in dottrina si pone in risalto come attraverso il *test* trifasico del controllo di proporzionalità sia possibile raggiungere non semplicemente una decisione ragionevole, ma «la più ragionevole possibile in relazione agli interessi dei soggetti coinvolti dall'attività amministrativa»³⁷.

L'esame della giurisprudenza, invece, rivela la sussistenza di un quadro concettuale disorientante, da cui è complicato indurre un significato della nozione di proporzionalità sufficientemente preciso. Ad eccezione di alcune decisioni, infatti, la proporzionalità quasi mai appare corrispondente alla ricostruzione concettuale messa a fuoco in dottrina nonché dalla giurisprudenza dell'Unione europea.

Per il vero, il giudice amministrativo tende non solo ad omettere di specificare il contenuto dei parametri che utilizza, ma è ondivago nella scelta dei termini atti ad indicarli: la proporzionalità e la ragionevolezza, infatti, appaiono utilizzate non sempre in maniera del tutto propria, a prescindere dal fatto che siano richiamate insieme o singolarmente.

Talune sentenze suggeriscono l'idea che la giurisprudenza stenti a riconoscere una piena autonomia al principio di proporzionalità, che sembra piut-

³⁷ V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo*, cit., p. 717. A sostegno della ricostruzione che distingue fra i summenzionati principi, la dottrina è solita citare la sentenza del TAR Campania-Salerno, sez. II, 16 aprile 2010, n. 3933, per il quale la differenza fra la ragionevolezza e la proporzionalità starebbe in ciò: la prima atterrebbe al «bilanciamento qualitativo» degli interessi in gioco, riferendosi all'esercizio del potere in sé considerato (volto a stabilire, cioè, se sia possibile adottare un determinato provvedimento); la seconda, invece, «presupponendo già una scelta qualitativamente ragionevole», ne sarebbe «parametro di legittimità sotto il profilo quantitativo, riferendosi alla necessità che la scelta sia concretamente posta in essere con l'esercizio di una quantità di potere che sia idonea al perseguimento dell'interesse pubblico con il minor sacrificio per il contrapposto interesse privato che ne è inciso». Diversamente dalla proporzionalità, inoltre, la ragionevolezza sarebbe un principio assoluto e inderogabile, ossia non bilanciabile con altri principi, il quale esprime il canone secondo cui sono vietate le decisioni arbitrarie o irragionevoli. Tuttavia, come osservato da V. FANTI, *La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell'ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale* (n. 20/2019), in *Federalismi.it*, 2020, 5, pp. 34 ss., 53, è difficile immaginare che un valore possa essere «interamente realizzabile nella sua astratta, ideale configurazione, quasi fosse l'unico valore da considerare in senso assoluto e lo si potesse, dunque, perseguire nel suo massimo grado». Ogni valore, infatti, «può essere perseguito in concreto solo nel giusto temperamento con esigenze diverse ed a volte contrapposte, ma non per questo meno meritevoli di tutela». Nella ricerca del punto di equilibrio fra più esigenze contrapposte, ma ugualmente tutelate, alla P.A. – salvo che non sia la legge ad indicare, in modo vincolato, la soluzione da preferire – si prospetta una vasta gamma di soluzioni possibili: proprio in ciò sta l'essenza della discrezionalità, l'esercizio della quale non può che avvenire nel rispetto del principio di proporzionalità. Soltanto l'applicazione di esso, infatti, permette alla P.A. di giungere alla soluzione meno pregiudizievole per gli altri interessi (o valori) concretamente in gioco e al giudice di verificare che il sacrificio sia tollerabile.

tosto il risultato dell'importazione di una versione del principio di ragionevolezza: così, segnatamente, appaiono quegli arresti in cui i giudici compiono una valutazione in termini di idoneità ai fini di una verifica sulla ragionevolezza/non arbitrarietà della decisione amministrativa³⁸. Nelle decisioni in parola, infatti, la proporzionalità, sebbene utilizzata limitatamente al suo primo 'gradino', si configura più che altro come uno 'strumento' della ragionevolezza: essa, cioè, non rilevarebbe in quanto principio a sé, ma a mo' di *test* nel sindacato sulla ragionevolezza.

A ben vedere, distinguere fra *idoneità* e *ragionevolezza* è tutt'altro che agevole: la ragionevolezza, infatti, serve a giustificare le scelte assunte dalla P.A. secondo un criterio di *congruità* cui appare ispirata anche la verifica sulla idoneità della misura adottata rispetto allo scopo individuato dalla norma attributiva di potere.

Nondimeno, se anche una sovrapposizione fra le due categorie c'è, essa non necessariamente sconfessa la tesi per la quale la proporzionalità e la ragionevolezza costituiscono principi distinti. Ed invero, si potrebbe sostenere che dei tre parametri che compongono il principio di proporzionalità, soltanto uno, il primo (la idoneità), presenta un contenuto assimilabile alla ragionevolezza: esso, a ben vedere, diversamente dagli altri (la necessità e l'adequatezza), non implica una idea di misurazione 'quantitativa', valutando, non dissimilmente dalla ragionevolezza, la generica plausibilità e giustificabilità della decisione assunta. In quest'ottica, la proporzionalità verrebbe in evidenza come uno 'stadio avanzato' della ben più generale ragionevolezza, con la quale presenterebbe un nucleo comune: la verifica sulla idoneità/congruità dello strumento scelto dalla P.A. rispetto al fine da perseguire.

Secondo una parte della dottrina, in realtà, la ragionevolezza arriverebbe a comprendere anche il secondo parametro, quello cioè della necessità, cui la proporzionalità aggiungerebbe le ulteriori valutazioni sull'adequatezza. In questo senso si è argomentato che mentre il controllo inerente alla mera ragionevolezza consente di prendere in considerazione soltanto il provvedimento in sé sulla scorta della congruità della motivazione, la proporzionalità, introducendo un meccanismo di ponderazione degli interessi, obbliga altresì al minor sacrificio possibile degli interessi secondari concorrenti con quello pubblico primario alla cui soddisfazione mira il provvedimento³⁹.

³⁸ Fra le varie, cfr. Cons. Stato, n. 2264/2010 cit., in cui si legge che «l'amministrazione comunale ha in concreto valutato le circostanze ed ha provveduto in modo non illogico, arbitrario o irragionevole, effettuando la scelta della barriera antirumore, che ben può essere ritenuta idonea a contemperare i vari interessi e a mitigare le problematiche ambientali».

³⁹ Cfr. V. PARISIO, *Protezione dell'ambiente, sviluppo sostenibile e controllo giurisdizionale*, in Riv. giur. urb., 2006, p. 537 ss. Per una lettura ancora diversa, si v. G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza*, cit., pp. 939 ss., secondo cui la ragionevolezza esige il bilanciamento degli interessi da parte della P.A. procedente, mentre la proporzionalità valuta in un secondo momento la misura del provvedimento. Sul punto, inoltre, E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi*, cit., p. 235, sottolinea anche che, sia che si voglia aderire alla tesi per cui la ragionevolezza si sovrappone alla sola idoneità, sia che si voglia ritenere che essa si estenda a comprendere anche la necessità, l'ordine temporale delle verifiche di ragionevolezza e di proporzionalità

Ad ogni modo, ciò che, in realtà, sembra dirimente ai fini della distinzione fra i principi in parola è che rispetto alla ragionevolezza, la proporzionalità esige anche la necessaria ricerca di soluzioni alternative e meno gravose, solo per il tramite delle quali è possibile trovare la soluzione meno pregiudizievole per il privato⁴⁰.

Tale assunto sembra peraltro trovare conferma anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di accesso agli atti amministrativi. Partendo dal considerare che *«nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango»*, nel caso specifico del conflitto fra il diritto di accesso e quello alla riservatezza posto da una norma che imponeva la pubblicazione di una massa significativa di dati personali dei dirigenti (l'art. 14, co. 1-bis, lett. f, d.lgs. n. 33/2013), il Giudice delle leggi ha ritenuto che quest'ultima non superasse il *test* di proporzionalità giacché alla compressione del diritto alla protezione dei dati personali non corrispondeva un paragonabile incremento né della tutela del contrapposto diritto dei cittadini ad essere correttamente informati, né dell'interesse pubblico alla prevenzione e alla repressione dei fenomeni di corruzione⁴¹.

Se, per un verso, la proporzionalità rischia di confondersi concettualmente con la ragionevolezza, per altro verso, di essa viene dai più offerta una definizione sostanzialmente identica rispetto a quella generalmente condivisa di buon andamento, inteso come il principio costituzionale (art. 97 Cost.) in forza del quale la P.A. è tenuta a *«raggiungere il risultato prefissato dalla legge con il minor dispendio di energie possibile, e perciò di realizzare il massimo dell'interesse pubblico specifico con il minor pregiudizio di tutti gli altri interessi coinvolti nell'azione amministrativa»*⁴².

Nelle pronunce della giurisprudenza amministrativa, infatti, ricorre con una frequenza significativa l'affermazione per cui il principio di proporzionalità *«impone alla P.A. di valutare attentamente le esigenze dei soggetti titolari di interessi coinvol-*

dovrebbe restare inalterato: la collocazione della verifica avente ad oggetto la ragionevolezza della decisione amministrativa, infatti, si inserirebbe comunque in un momento antecedente rispetto a quella avente ad oggetto la sua proporzionalità, e ciò sia nella fase, sostanziale, della traduzione del potere in provvedimento, che in quella, successiva, eventuale e processuale, del controllo giurisdizionale.

⁴⁰ Appare esemplificativa la pronuncia del TAR Lazio-Latina, sez. I, 11 marzo 2019, n. 176, che annulla una delibera comunale che vietava in modo assoluto l'ingresso agli animali sulle spiagge. In tale occasione il giudice afferma che *«l'amministrazione avrebbe dovuto valutare la possibilità di perseguire le finalità pubbliche del decoro, dell'igiene e della sicurezza mediante regole alternative al divieto assoluto di frequentazione delle spiagge, ad esempio valutando se limitare l'accesso in determinati orari, o individuare aree adibite anche all'accesso degli animali, con l'individuazione delle aree viceversa interdette al loro accesso»*.

⁴¹ Corte cost., 23/01/2019, n. 20.

⁴² G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 409.

ti nell'azione amministrativa al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio per gli interessi stessi»⁴³.

Pertanto, giacché entrambi esigono che la P.A. operi un equo contemperamento degli interessi in gioco in vista dell'adozione del provvedimento finale, non è raro che il giudice amministrativo, pur richiamando il principio proporzionalità – solo o insieme a quello di ragionevolezza –, in realtà intenda denunciare la violazione del principio di buon andamento, così consentendo di formulare l'ipotesi che la proporzionalità costituisca non già un principio autonomo, quanto una declinazione di quest'ultimo⁴⁴.

Che il principio di proporzionalità sia ricavabile in sede ermeneutica dalla interpretazione dell'art. 97 – oltre che, in parte, dell'art. 3 Cost. – è opinione largamente diffusa anche in dottrina⁴⁵.

Ciò che ai presenti fini interessa evidenziare è che l'affermazione della coincidenza in parola, lungi dall'essere il risultato di un mero esercizio teorico, è ricca di conseguenze pratiche. Se, infatti, la proporzionalità può dirsi 'contenuta' nel buon andamento, infatti, essa può dirsi esistere da tempo nel diritto amministrativo italiano, oltre che costituzionalizzata nell'art. 97, e la possibilità di un sindacato giurisdizionale sulle sue violazioni trova un solido fondamento normativo nella stessa Carta fondamentale dalla quale è possibile derivare anche il principio di separazione dei poteri che tende a delimitare gli ambiti delle rispettive attribuzioni, amministrativa e giurisdizionale.

Come si proverà ad evidenziare a breve, nel quadro dei principi che 'orientano' l'azione amministrativa la proporzionalità può rappresentare senza dubbio una «chiave di volta» che, se correttamente utilizzata, attraverso il procedimento trifasico che caratterizza tanto l'iter motivazionale dell'esercizio del potere quanto il relativo sindacato del giudice, consente, da un lato, a quest'ultimo, specie in mancanza di più evidenti vizi consistenti in specifiche violazioni di legge o in evidente sviamento di potere, di esercitare una tutela effettiva, fino al suo limite estremo ma senza travalicarlo, e, dall'altro, alla P.A. di approdare a decisioni che siano quanto più possibile idonee, necessarie e proporzionate⁴⁶.

⁴³ TAR Lombardia-Milano, 5 giugno 2013, n. 1448; TAR Abruzzo-Pescara, sez. I, 15 luglio 2014, n. 351; TAR Campania-Salerno, sez. IV, 12 giugno 2014, n. 3249; TAR Campania-Napoli 12 giugno 2014, n. 3249; TAR Campania-Salerno, sez. I, 13 gennaio 2015, n. 152.

⁴⁴ Si v., ad esempio, TAR Campania-Salerno, sez. I, 20 gennaio 2003, n. 40.

⁴⁵ Si v. C. MALINCONICO, *Il principio di proporzionalità*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 49 ss., 66; A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 39 ss., 48; M.V. FERRONI, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 106.

⁴⁶ L. LAMBERTI, *Attività amministrativa e principio di proporzionalità* cit., pp. 535-561, 560.

4. Rilievi critici sull'iter argomentativo del TAR Campania relativamente all'applicazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza

Nelle decisioni del TAR Campania in esame viene in rilievo, anzitutto, la scarsa linearità del percorso argomentativo sviluppato dal giudice, il quale appare un po' ondivago.

In un primo momento, infatti, il giudice amministrativo napoletano sembra ritenere di poter fondare il rigetto delle istanze sulla mancanza del *fumus boni iuris* – laddove afferma che «alla stregua della delibazione consentita nella presente fase cautelare, la Regione Campania sembra aver esaurientemente documentato l'istruttoria sulla base della quale ha inteso emanare la gravosa misura sospensiva» –, salvo, poi, argomentare (in maniera un po' ultronea laddove con la precedente affermazione avesse inteso esprimere, ai sensi dell'art. 55, co. 9, c.p.a. una «ragionevole previsione» negativa «sull'esito del ricorso») sull'assenza del *periculum in mora*, asserendo che «sulla base del doveroso bilanciamento degli interessi proprio della fase cautelare che ne occupa e della verifica rigorosa dei presupposti di “estrema gravità e urgenza” nelle more della trattazione collegiale dell'istanza cautelare, da porre a fondamento dell'eventuale concessione della invocata tutela, sembra, nelle more, doversi dare prevalenza all'interesse pubblico sotteso al provvedimento impugnato; tenuto conto che tale interesse pubblico espressamente affonda nell'esigenza di tutelare il diritto primario». Ed altrettanto sul piano della «valutazione del pregiudizio allegato» (art. 55, co. 9, c.p.a.) appare sviluppare la considerazione relativa alla «non dimostrata impossibilità di contemperare le attività lavorative degli esercenti la potestà genitoriale con l'assistenza familiare nei confronti dei figli minori».

Più dubbia, invece, appare la valenza – sul piano del *fumus* o del *periculum* – di ulteriori affermazioni dell'iter argomentativo, secondo le quali «la lamentata compromissione degli altri diritti involti non sembra affatto assoluta, in ragione della assicurata continuità delle attività scolastiche mediante la pur sempre consentita didattica digitale a distanza», e «la espressa temporaneità della misura e il manifestato proposito [...] di modulazione della stessa, all'esito del sopravvenuto DPCM 18 ottobre 2020 - le cui disposizioni, per quanto rileva (art. 1, comma 1, lettera d), n. 6), in materia di attività didattiche), si applicano a far data dal 21 ottobre 2020 -, valgono a dequotare il pregiudizio nelle more lamentato». Invero, sebbene sembri che il giudice intenda spenderle piuttosto nell'ambito della valutazione del *periculum*, esse appaiono rilevanti quanto ad una valutazione, sotto il profilo del *fumus*, della proporzionalità delle misure adottate dalla Regione.

Se è chiaro, infatti, il rilievo, nell'ambito dell'apprezzamento del pregiudizio allegato nella fase cautelare, del delicato problema di bilanciamento degli opposti interessi cui si richiama espressamente lo stesso TAR, sembra altrettanto indiscutibile che tale bilanciamento non possa prescindere da una valutazione di proporzionalità delle misure contenute nel provvedimento impugnato avverso il quale si chiede tutela anche, ed innanzitutto, in via cautelare. E, pur prescindendo dal problema della sua valenza, nell'ambito della fase cautelare, sul piano del *fumus* e/o su quello del *periculum*, è proprio sulla modalità di effet-

tuare tale valutazione di proporzionalità che la motivazione dei provvedimenti monocratici in commento desta le maggiori perplessità.

È evidente, infatti, che una delle componenti del *test* di proporzionalità – quella della *idoneità* – è evocata allorché il giudice afferma che, mediante l'esauriente documentazione dell'istruttoria sulla base della quale è pervenuta ad emanare il provvedimento impugnato, la Regione abbia dato «conto, in particolare, quanto alla idoneità della misura adottata, della correlazione tra aumento dei casi di positività al COVID-19 e frequenza scolastica (verificata non solo limitatamente alla sede intrascolastica, ma anche con riguardo ai contatti sociali necessariamente “indotti” dalla didattica in presenza), nonché della diffusività esponenziale del contagio medesimo». Ed è altrettanto evidente che un'altra componente – quella della *proporzionalità* in senso stretto (che costituisce il terzo ‘gradino’ del *test* trifasico) – venga, a sua volta, evocata nell'affermazione che l'Ente territoriale abbia dato conto, «quanto alla proporzionalità della stessa [cioè della misura adottata], della progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura, su base regionale, per effetto della diffusione del contagio, ben rilevante anche in ottica di prevenzione dell'emergente rischio sanitario».

Ma sembra del pari evidente che, in tal modo, la proporzionalità, pur evocata, non venga adeguatamente valutata mediante una puntuale e corretta applicazione del relativo *test* trifasico, finendo la relativa valutazione per assumere un contenuto analogo a quello della ragionevolezza. Ed invero, mentre, come già riferito, la valutazione sulla idoneità, in quanto volta a stabilire soltanto la congruenza dell'intervento posto in essere dalla P.A. rispetto all'interesse pubblico indicato dalla norma attributiva del potere, è quella che ‘fisiologicamente’ più si sovrappone al sindacato sulla ragionevolezza dell'azione, lo stesso non dovrebbe valere quanto alla valutazione sulla proporzionalità in senso stretto. Del resto, è proprio quest'ultimo il parametro di più complicata applicazione in sede processuale, giacché, introducendo un meccanismo di bilanciamento ‘quantitativo’ fra gli interessi in gioco, apre alla possibilità, per il giudice, di esercitare un sindacato particolarmente incisivo, che rischia di invadere la sfera del ‘merito amministrativo’ riservata dall'ordinamento alla P.A.

È il caso di puntualizzare che il rischio in parola è avvertito particolarmente con riguardo al sindacato sull'esercizio del potere normativo *extra ordinem*⁴⁷, di cui l'ordinanza regionale impugnata costituisce esercizio⁴⁸. D'altro can-

⁴⁷ È ormai da qualche decennio che il tema del potere contingibile e urgente della P.A. è al centro della riflessione degli studiosi del diritto amministrativo; ciò, principalmente, per effetto del suo utilizzo in continua crescita a causa, da un lato, delle molteplici calamità naturali che hanno colpito il Paese, e, da un altro, di diverse situazioni emergenziali che hanno richiesto interventi rapidi ed incisivi. Benché a tutt'oggi una grandissima attualità, il tema del potere *extra ordinem* è parecchio risalente, affondando le sue radici nella teoria del rapporto tra stato di diritto e potere amministrativo. Fra i molti autorevoli contributi, si v. M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, vol. XXVIII, 1948, pp. 389 ss.; V. CRISAFULLI, *Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune*, in *Giur. it.*, 1956, I, pp. 863 ss.; G.U. RESCIGNO, (voce) *Ordinanza e provvedimenti di necessità ed urgenza*, in *Nss. dig. it.*, vol. XII, 1965, pp. 89 ss.; F. BARTOLOMEI, (voce) *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980, pp. 970 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990; F. MIGLIARESE, (voce) *Ordinanze di necessità*, in *Enc. giur.*

to, le ordinanze contingibili ed urgenti devono far fronte a situazioni di pericolo utilizzando, ove possibile, misure che salvaguardino l'interesse pubblico con il minor sacrificio di quello privato, risultando illegittime se adottino misure sproporzionate, ossia qualora impongano un sacrificio degli interessi secondari eccessivo rispetto alla salvaguardia di quello pubblico specifico, raggiungibile con misure alternative.

Nel caso di specie il TAR adotta un approccio decisamente timido ed approssimativo. Partendo dalla valutazione inerente alla idoneità della misura prescelta dall'Amministrazione regionale, il giudice amministrativo opera – ripercorrendo l'iter argomentativo ricavabile dagli atti istruttori depositati dalla P.A. – una valutazione di tipo qualitativo, relativa alla «*correlazione tra aumento dei casi di positività al COVID-19 e frequenza scolastica [...] nonché della diffusività esponenziale del contagio medesimo*». Passando, poi, subito a seguire, ad esaminare la decisione amministrativa sotto il profilo della proporzionalità in senso stretto, anziché formulare una comparazione degli interessi in conflitto in termini quantitativi – come tale *step* richiederebbe –, ritiene la misura proporzionata, attesa la «*progressiva saturazione delle strutture di ricovero e cura, su base regionale, per effetto della diffusione del contagio, ben rilevante anche in ottica di prevenzione dell'emergente rischio sanitario*», così esprimendo nuovamente un giudizio di tipo qualitativo che in nulla pare differenziarsi da quello volto ad indagarne la idoneità/ragionevolezza.

Sembra che si riproponga, dunque, la confusa assimilazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza largamente rilevata in giurisprudenza, che svisciva la peculiare dimensione procedurale che dovrebbe connotare la verifica giurisdizionale (come originariamente elaborata dai giudici tedeschi), lasciando pressoché inesplorati gli aspetti relativi all'impatto dell'esercizio del potere sui

Treccani, vol. XXII, 1990; F. SATTA, (voce) *Ordine e ordinanza amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, 1990; B. CAVALLO, (voce) *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1995, vol. X, pp. 434 ss.; G.U. RESCIGNO, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995, 3, pp. 2185 ss. Più di recente, invece, si v. V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 2, pp. 345 ss.; C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 2, pp. 317 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 2010, pp. 336 ss.; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011; M. BROCCA, *L'altra amministrazione – Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; A. DE SIANO, *Le ordinanze di necessità e urgenza quali atti amministrativi capaci di regolare la vita associata. Il caso delle ordinanze che dispongono agevolazioni a favore di imprese e cittadini colpiti da calamità naturali*, in *Giust.Amm.it*, 2015, 9, pp. 29 ss.

⁴⁸ In passato, invece, tale problema non era particolarmente avvertito in ragione del fatto che le summenzionate ordinanze rientravano nella giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Nella giurisprudenza più risalente cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 1996, n. 220, per il quale esse «*possono essere pienamente sindacate dal giudice amministrativo con riferimento non solo a tutti gli aspetti concernenti la legittimità, ma anche ai profili relativi alla sufficienza ed all'attendibilità dell'attività istruttoria ovvero alla convenienza, opportunità ed equità delle determinazioni adottate*».

suoi destinatari, la cui valutazione richiede che l'operato della P.A. passi anche attraverso lo scrutinio della necessità e dell'adeguatezza della soluzione adottata. È proprio lo scrutinio in parola, infatti, ad assegnare al controllo di proporzionalità quella caratura 'valoriale' di cui è privo il sindacato sulla ragionevolezza, il quale si caratterizza, al contrario, per la sua 'neutralità'.

Rispetto a quest'ultima, la proporzionalità possiede sicuramente una forza maggiore, incidendo in modo assai più pregnante sia sull'azione amministrativa che sul sindacato giurisdizionale.

Per concludere, pare potersi affermare che nella fattispecie in commento il giudice abbia rinunciato a cogliere appieno le potenzialità applicative del principio di proporzionalità e l'apporto, assolutamente innovativo, che ad esso è stato fornito dall'articolazione trifasica di derivazione europea. Quest'ultima, infatti, se esattamente rispettata, si sostanzia in una guida metodologica fondamentale sia per la P.A. che per il giudice, in grado, da un lato, di contribuire a rendere l'azione amministrativa più razionale ed efficiente, nonché, dall'altro, di rafforzare gli argini eretti a contrastare il pericolo di un'indebita invasione del merito amministrativo da parte della funzione giurisdizionale, senza però depotenziarne il sindacato, ma consentendo, anzi, di esercitarlo oltre quanto sarebbe possibile facendo ricorso al canone della mera ragionevolezza.

ALESSIO LO GIUDICE

Professore ordinario di Filosofia del Diritto
presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina
alessio.logiudice@unime.it

L'EMERGENZA PERMANENTE E LO STATO DI SICUREZZA NELL'ERA DELLA TECNICA

THE PERMANENT EMERGENCY AND THE STATE OF SECURITY IN THE AGE OF TECHNICS

SINTESI

L'articolo propone di inquadrare i provvedimenti di natura giuridica adottati a livello locale dagli Stati nazionali, a fronte delle contemporanee situazioni di emergenza, nel contesto irreversibile, e politicamente non governato, della techno-economia globale. Un contesto che sancisce l'assenza della categoria della sovranità e che mostra come ciò che stiamo vivendo rappresenti una condizione di emergenza permanente e non uno stato di eccezione. Siamo dinanzi ad uno scenario nel quale le scelte politiche non sono in grado di determinare nuovi ordini volti a normalizzare una situazione anormale (sarebbe questa la situazione tipica dello stato di eccezione). Piuttosto, assistiamo alle reazioni strutturali e impersonali degli ordini dati (o meglio degli ordinamenti) di fronte a minacce permanenti che sono tali proprio perché indissolubilmente intrecciate con l'incessante (permanente) processo di globalizzazione che le alimenta. Reazioni che hanno determinato, nel tempo, una pericolosa tendenza verso una peculiare forma di Stato di sicurezza. Tali meccanismi di reazione ordinamentale vanno compresi nella loro portata concettuale se s'intende provare a governarne, per quanto possibile, il funzionamento, ridimensionando gli effetti violenti che essi producono in relazione alla tutela delle nostre libertà fondamentali.

ABSTRACT

The article aims at framing the present legal acts, enacted at a national level in order to face with contemporary emergency situations, within the irreversible and politically ungoverned context of global techno-economy. Such a context determines the absence of the category of sovereignty and shows that our situation has to be read as a condition of permanent emergency and not as a state of exception. Indeed, we are dealing with a scenario where political choices are not able to establish new orders devoted to normalizing an abnormal situation (that would be the typical situation expressed by a state of exception). We are observing structural and impersonal reactions of given political and legal orders against permanent threats strictly linked with the perpetual globalization pro-

cess. Such reactions established a dangerous tendency towards a peculiar form of State of security. Actually, the general conceptual scope of these mechanisms of reactions implemented by legal orders have to be understood if we aim, at least, at trying to govern their way of functioning in order to reduce the violent effects they produce anyway on the protection of our fundamental freedoms.

PAROLE CHIAVE: Emergenza – Sicurezza – Tecnica – Globalizzazione – Libertà.

KEYWORDS: Emergency – Security – Technics – Globalization – Freedom.

INDICE: 1. Crisi. – 2. Stato di eccezione o condizione di emergenza? – 3. La minaccia alla sicurezza nell'era globale della tecnica – 4. Il carattere "impolitico" della globalizzazione. – 5. La deriva securitaria nell'emergenza permanente. – 6. La violenza che minaccia il diritto.

1. Crisi

Nell'ambito delle analisi sorte a commento degli effetti della pandemia da Covid-19, il richiamo al concetto di crisi è uno dei più diffusi. È un richiamo da prendere sul serio se si vuole approntare una cornice concettuale di fondo in grado di inquadrare correttamente il rapporto tra le scelte contingenti del decisore politico e la strisciante trasformazione, sul piano materiale, dell'assetto istituzionale ispirato dall'ideale dello Stato di diritto.

Il concetto di crisi è, come è noto, espressione di una categoria fondamentale della cultura occidentale, e ciò è sicuramente testimoniato dalla sua rilevanza semantica nella lingua greca. Derivando da *krino*, e quindi da separare, decidere, valutare, *krisis* evoca l'idea stessa della decisione ultima e definitiva. Una decisione, in particolare, che ha per oggetto alternative irriducibili come quelle che conducono a scegliere, ad esempio, tra la vita e la morte. E, non a caso, nell'ambito della scuola di Ippocrate la parola *krisis* designa il momento critico di una malattia. La fase in cui al medico tocca, appunto, prevedere quale sarà l'esito della lotta tra la vita e la morte. Nell'apparato teorico aristotelico la *krisis* indica, d'altra parte, tanto la posizione e la conservazione del diritto quanto la decisione fondata su un misurato giudizio politico. Ed è proprio il rapporto tra *krisis* e *judicium* a fare da sfondo ermeneutico alla filosofia dell'azione che ruota intorno al concetto di crisi sin dal mondo antico. Sia *krisis* sia *judicium* rinviano, infatti, ad una costellazione di significati giuridici che, con la cornice teologica del Nuovo Testamento, conducono al giudizio per antonomasia: il giudizio di Dio.

Di conseguenza, come sostiene Reinhart Koselleck, nelle matrici del pensiero occidentale il concetto di crisi comprendeva *«tutte le situazioni decisionali della vita interna ed esterna, della singola persona e della sua comunità. Si trattava sempre di alternative definitive, sulle quali doveva essere presa una decisione adeguata, ma la cui*

realizzazione alternativa era anche insita nella cosa stessa di cui si trattava»¹. È, dunque, l'urgenza dei fatti a porre la questione, a illudere spesso l'uomo circa la possibilità di decidere adeguatamente su una realtà rappresentata in termini alternativi, secondo una logica addirittura binaria, anche quando, a ben vedere, la situazione rispetto alla quale occorre decidere è irriducibile ad alternative chiare e distinte. È il tempo che preme a identificarsi con la crisi. Perché è proprio quando il tempo a disposizione sta per esaurirsi che ci troviamo in crisi in quanto forzati a giudicare e decidere. Lo stato di crisi è, quindi, uno stato in cui occorre giudicare in condizioni di incertezza perché non vi è tempo per acquisire ulteriori informazioni, per valutare tutti gli aspetti della vicenda.

Naturalmente, nella modernità la crisi si trasforma sempre più in un concetto di filosofia della storia, esprimendo il punto di vista di chi presume di poter interpretare il corso della storia a partire dal contesto in cui egli si trova, e assumendo quindi il proprio tempo, necessariamente, come crisi. Ma, a prescindere dai modelli semantici generali riferibili al concetto di crisi, resta insuperata, dal punto di vista dell'esperienza esistenziale, l'idea greca di crisi come condizione nella quale il giudizio non è rinviabile, la situazione in cui si è obbligati a decidere. Non si può non essere, dunque, d'accordo ancora con Koselleck quando sostiene che *«la crisi nel significato greco di necessità di decidere e di agire sotto l'incalzare dell'urgenza rimane un concetto irrinunciabile anche nelle complesse condizioni della società moderna»².*

2. Stato di eccezione o condizione di emergenza?

Ebbene, l'odierno e diffuso utilizzo del termine crisi nelle letture della (e sulla) pandemia acquista un significato preciso nella misura in cui lo associamo proprio all'esperienza del giudizio. L'espressione "giudicare in tempo di crisi" indica l'esperienza diffusa che, meglio di altre, consente di dare un nome e un significato al tempo che stiamo vivendo a causa della pandemia. Ciò che la crisi pone in risalto, del resto, è l'urgenza del giudizio in assenza di criteri generali certi, indiscutibili e stabili, nonostante l'esistenza di linee guida, principi deontologici, pareri scientifici e tecnici. Questa è la situazione dei medici di fronte al dilemma etico, alla scelta tragica da compiere nel triage. Bisogna seguire a tutti i costi il principio della parità di trattamento? Occorre seguire il criterio della maggiore probabilità di successo clinico, con l'annessa valutazione sul discutibile parametro dell'aspettativa di vita? O invece basterebbe attenersi al criterio cronologico: chi prima arriva viene curato fino ad esaurimento posti? Ma è giudizio in assenza di una regola generale indiscutibile anche quello che il decisore politico deve esprimere di fronte alla necessità di aprire o chiudere lo spazio sociale ed economico-produttivo. Lo è perché si tratta di bilanciare, in concreto, principi e interessi costituzionalmente

¹ R. KOSELLECK, *Il vocabolario della modernità. Progresso, crisi, utopia e altre storie di concetti* (2006), Bologna, il Mulino, 2009, p. 96.

² *Ivi*, p. 105.

protetti che, nel loro insieme, esprimono la trama complessa di una società³. Mettere in discussione uno qualsiasi di questi principi, dalle libertà alla salute, dall'uguaglianza all'iniziativa economica, comporta comunque una ferita nel tessuto sociale con tempi di recupero assolutamente non prevedibili.

Ma, nonostante tutte queste difficoltà, chi giudica in uno stato di crisi è necessariamente chiamato a deliberare in una situazione letteralmente eccezionale? Sembrerebbe di sì considerata la reviviscenza di categorie buone per tutte le stagioni, come nel caso proprio del diffuso riferimento allo stato di eccezione⁴. Ma siamo davvero di fronte alla necessità di giudicare in uno stato di eccezione? Possiamo coerentemente, traendone tutte le conseguenze, leggere l'emergenza che stiamo vivendo attraverso la categoria dello stato di eccezione? In altre parole, giudicare in tempo di crisi equivale a giudicare sullo stato di eccezione?

In realtà, parafrasando la celebre formula di Carl Schmitt, nella fase che stiamo attraversando non sembra esserci alcun sovrano che decide sullo stato d'eccezione, semplicemente per due ragioni. La prima è che l'emergenza determinata dalla crisi di cui abbiamo contezza è cosa profondamente diversa dallo stato d'eccezione di cui parlava Schmitt⁵. La situazione eccezionale che egli evocava non è, infatti, soltanto una minaccia all'ordine, seppur grave, importante e potenzialmente nociva, ma la destrutturazione stessa dell'ordine, il suo venire meno. Per questo, la situazione eccezionale acquisisce un valore

³ Un imprescindibile riferimento, per cogliere la complessità di tale operazione giuridica e politica, è la teoria della ponderazione o bilanciamento proposta da Robert Alexy nell'ambito della sua teoria dei diritti fondamentali. Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Bologna, il Mulino, 2012.

⁴ Penso, ad esempio, agli interventi di Giorgio Agamben che, dopo un primo contributo, pubblicato con il titolo *Lo stato d'eccezione provocato da un'emergenza immotivata*, in *il Manifesto* del 26 febbraio 2020 (<https://ilmanifesto.it/lo-stato-deccezione-provocato-da-unemergenza-immotivata/>), ha proposto ulteriori letture della realtà pandemica sul sito dell'editore Quodlibet: <https://www.quodlibet.it/una-voce-giorgio-agamben>.

⁵ La formula originale recita, naturalmente, che «Sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione» e si trova in C. SCHMITT, *Le categorie del politico* (1922), Bologna, il Mulino, 1972, p. 33. Ciò implica che il dominio di azione dell'istituzione sovrana non è compreso dal campo del diritto positivo proprio perché la situazione eccezionale non è giuridicamente né prevedibile né regolabile. Al contrario, è il potere di chi, o di cosa, si afferma come sovrano a determinare le condizioni di normalità sociale entro le quali può essere applicato il diritto. La sovranità va intesa dunque come concetto limite, che non si apprende nella vita istituzionale ordinaria bensì nell'eccezionalità di una situazione che la rende manifesta, sempre che un sovrano ci sia davvero. È, quindi, la stessa evidente riconducibilità a norme giuridiche di diritto positivo delle decisioni, apparentemente politiche, assunte in questi mesi, al di là della critica sull'utilizzo appropriato di uno specifico strumento normativo, ad escludere il carattere eccezionale della situazione. Stupisce, da questo punto di vista, che proprio Agamben, autore di uno degli studi più acuti sullo stato d'eccezione, non abbia, a quanto pare, tenuto conto di questa considerazione nei suoi interventi recenti. Al contrario, una tale considerazione è ben presente in altri suoi lavori sistematici: «False sono tutte quelle dottrine che cercano di annettere immediatamente lo stato di eccezione al diritto; e tali sono sia la teoria della necessità come fonte giuridica originaria sia quella che vede nello stato di eccezione l'esercizio di un diritto dello stato alla propria difesa o il ripristino di un originario stato pleromatico del diritto» (G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri 2003, p. 66).

anche simbolico non riducibile all'idea dell'emergenza: «*Con stato d'eccezione va inteso un concetto generale della dottrina dello Stato, e non qualsiasi ordinanza d'emergenza o stato d'assedio*»⁶. La seconda è che l'emergenza non si è manifestata attraverso una decisione, non si è costituita per mezzo della decisione sul caso d'eccezione. È semplicemente franata sui governi come un fatto travolgente e indecidibile. Al contrario, seguendo la riflessione di Schmitt, è la decisione sul fatto stesso che sussista uno stato d'eccezione, e su ciò che occorre fare per superarlo, a manifestare la "sovranità" di colui che se ne fa carico attraverso una decisione in sé eminente. Attraverso il caso limite dello stato d'eccezione, che consente di misurare il concetto limite della sovranità, Schmitt, in realtà, riconduce la riflessione teorica sul potere sovrano all'assenza di vincoli come origine concettuale di qualsivoglia sovranità: «*Tanto il presupposto quanto il contenuto della competenza sono qui [rispetto allo stato d'eccezione] necessariamente illimitati*»⁷.

Con tutto questo, non intendo dire che non ci siano state scelte politiche e che non siano stati commessi errori da parte dei governi nel tentativo di gestire gli effetti della pandemia. Né esonerare alcuno dalle proprie responsabilità. Intendo, invece, sostenere che ciò che stiamo vivendo rappresenta una condizione di emergenza e non uno stato di eccezione. E intendo provare a ragionare sulla torsione che lo Stato di diritto subisce verso una forma di Stato di sicurezza, causata dalla necessità di affrontare una, più emergenze, o addirittura una condizione di emergenza permanente. Quest'ultima rappresenta, a ben vedere, proprio l'opposto concettuale dello stato di eccezione.

3. La minaccia alla sicurezza nell'era globale della tecnica

Il nesso tra sicurezza e potere ha un carattere fondativo rispetto all'istituzione del legame sociale⁸. Ciò è vero soprattutto, anche se non esclusivamente, in relazione all'esperienza moderna. Infatti, è il processo di secolarizzazione a fare da sfondo a una riconfigurazione dei fondamenti di giustificazione del potere che si consolida a partire dal XVII secolo⁹. La secolarizzazione, infatti, implica il passaggio, nella sfera delle condizioni che legittimano l'ordine, dal tempo di Dio al tempo secolare del soggetto. Un

⁶ C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., p. 33.

⁷ *Ivi*, p. 34.

⁸ Nell'ambito di una letteratura sul tema naturalmente vasta si segnala, anche per il suo valore ricognitivo, T. GRECO (a cura di), *Dimensioni della sicurezza*, Torino, Giappichelli, 2009.

⁹ Per un'analisi dei significati attribuibili al processo di secolarizzazione, soprattutto in relazione agli effetti istituzionali comprensibili da un punto di vista filosofico-giuridico, cfr., tra gli altri, L. LOMBARDI VALLAURI, G. DILCHER (a cura di), *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milano, Giuffrè, 1981; F. D'AGOSTINO, *Diritto e secolarizzazione. Pagine di filosofia giuridica e politica*, Milano, Giuffrè, 1982. Per un'analisi approfondita della complessità storica e semantica che caratterizza il concetto di secolarizzazione, si rinvia inoltre a G. MARRAMAO, *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*, Roma, Editori Riuniti, 1983; ID., *L'ordine di-sincantato*, Roma, Editori Riuniti, 1985; ID., *Cielo e terra. Genealogia della secolarizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 1994.

tempo confinato nel secolo, nell'arco di una vita, o comunque nell'arco di una o, al massimo, due generazioni. Non è cioè il tempo dell'eternità e non è il tempo di una totalità. È invece il tempo di una singolarità che, seppure pensata in universale, misura la legittimità dell'ordine a cui appartenere attraverso i limiti della propria presenza nel mondo¹⁰. In questo senso, il tempo del secolo esclude la rilevanza legittimante di fini che trascendono la dimensione umana, perché è proprio tale dimensione, basata sul fondamento metafisico del soggetto, ad avere bisogno di una giustificazione nel mondo.

Di conseguenza, l'esigenza della sicurezza, declinata innanzitutto come protezione della vita, come richiesta di sopravvivenza, acquista una decisiva funzione legittimante in epoca moderna. Proprio perché il bisogno di sicurezza appartiene integralmente alla dimensione mondana, al tempo dell'uomo. La sicurezza, intesa come protezione del bene della vita, esprime una richiesta essenziale per l'uomo nel mondo e quindi incarna un fondamentale motivo di giustificazione del potere. Non a caso, già nelle prime teorie moderne in cui si ritrovano i fondamenti dell'idea di Stato, il tema della sicurezza è centrale, a prescindere dalle diverse sfumature e dalla forma istituzionale infine proposta. A titolo di mero esempio, basti pensare a come tanto nella grammatica filosofica di Thomas Hobbes¹¹, quanto in quella di John Locke¹² e Jean-Jacques Rousseau¹³, la sicurezza giochi un ruolo decisivo nella formulazione dell'ipotesi contrattualista quale fondamento razionale di legittimazione dell'autorità e quindi del potere da essa esercitato.

Ma già nelle teorie dei contrattualisti citati si coglie l'ambiguità di fondo che caratterizza la categoria della sicurezza. Essa è, infatti, tanto interesse supremo di una collettività che, nel nome di quest'ultimo, può limitare l'esercizio delle libertà degli individui, quanto condizione indispensabile per l'esercizio delle libertà stesse. Del resto, l'ambiguità costitutiva che possiamo cogliere nel concetto di sicurezza, allorché si intreccia con quello di potere, presta, naturalmente, il fianco alla manipolazione politica¹⁴. E quindi, come la storia ha spesso mostrato, l'esigenza di sicurezza, abilmente narrata, può diventare lo strumento per giungere al diverso fine, cui spesso mirano i

¹⁰ Sul rapporto tra il concetto di secolarizzazione e quello di tempo, cfr., tra gli altri, R. BRAGUE, *Non esiste una società secolare?*, in S. BELARDINELLI, L. ALLODI, L. GATTAMORTA (a cura di), *Verso una società post-secolare?*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009, pp. 83-93; C. TAYLOR, *L'età secolare*, Milano, Feltrinelli, 2009.

¹¹ Cfr. T. HOBBS, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile* (1651), Roma-Bari, Laterza, 2001.

¹² Cfr. J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile* (1690), Milano, Rizzoli, 1998.

¹³ J.-J., ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), Torino, Einaudi, 1994.

¹⁴ In questa sede, il concetto di sicurezza è inteso in un'accezione ampia tale da comprendere diverse declinazioni. In questo senso, sulla scorta di quanto precisato, ad esempio, da T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, Bonomo, 2010, nell'ampio concetto di sicurezza vanno incluse direttrici diversificate, come quelle relative al rapporto tra sicurezza esterna e sicurezza interna, sicurezza individuale e sicurezza collettiva, sicurezza materiale e sicurezza ideale.

detentori del potere, della limitazione della libertà degli individui¹⁵. Sembrerebbe dunque ragionevole leggere anche secondo la logica strumentale della compressione dell'esercizio di alcuni diritti fondamentali, come condizione che alimenta un esercizio pieno e completo del potere politico, i provvedimenti che in molti Paesi occidentali, non solo europei, sono stati adottati per reagire, da anni, contro la minaccia terroristica di matrice islamica, e adesso contro la minaccia pandemica del Covid-19.

La pandemia ha, certamente, delle caratteristiche distintive che differenziano notevolmente la portata della minaccia che essa rappresenta rispetto a quella incarnata dal terrorismo internazionale degli ultimi 20 anni. I virus, infatti, quali agenti dell'attacco che subiamo, non sono soggetti politici e non rispondono quindi alla logica dell'intenzionalità e della contrapposizione politica a cui si può reagire con le previsioni strategiche. Sono dei parassiti obbligati. Le loro dimensioni variano dai 28 ai 200 nanometri (miliardesi di metro), di conseguenza sono visibili solo al microscopio elettronico e, politicamente, invisibili. Ciò che però accomuna la minaccia terroristica e quella pandemica è il bene che, in via immediata, esse mettono in discussione. Naturalmente, è il bene della vita. Ma anche il bene che in via mediata è posto in pericolo è il medesimo. Infatti, per le conseguenze sociali che entrambe le minacce hanno prodotto, il bene della libertà individuale, quale tratto caratteristico della forma di vita occidentale, rappresenta un ulteriore oggetto di minaccia. Si tratta di fattori comuni che non vanno sottovalutati. Non a caso, sono molti i leader politici che, in questi anni e in questi mesi, di fronte sia alla minaccia del terrorismo sia a quella della pandemia hanno fatto riferimento al concetto di guerra e al corollario di sentimenti e atteggiamenti che tale concetto porta con sé.

D'altra parte, tanto il terrorismo globale internazionale quanto la pandemia acquistano un significato particolare, il loro proprio significato, entro la condizione contemporanea dell'uomo nell'era della tecnica. Di un uomo cioè che ha così tanto moltiplicato le sue appendici tecnologiche, quali mezzi che servono per conoscere e agire, sino a diventare egli stesso un prodotto tecnologico. La tecnologia, infatti, ricade incessantemente sull'uomo e sulla società: con un effetto di rimbalzo si riflette costantemente indietro foggiano il nostro modo di essere uomini¹⁶. Ebbene, l'uomo nell'era della tecnica è il

¹⁵ La narrazione genera una determinata percezione soggettiva della sicurezza individuale e collettiva su cui si gioca anche la possibilità di giustificare un determinato esercizio del potere. E lo stesso bilanciamento costituzionale tra libertà e sicurezza rischia di essere influenzato dalla percezione della sicurezza socialmente diffusa. L'interrogativo potrebbe essere formulato nei termini seguenti: «il soddisfacimento del bene "sicurezza" inteso in senso soggettivo può comprimere la tutela dei beni specifici costituzionalmente protetti, subordinando il bilanciamento tra i medesimi all'obiettivo di rafforzare la percezione soggettiva della sicurezza stessa?» (M. DOGLIANI, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in G. Cocco, (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 6).

¹⁶ Per una magistrale riflessione sull'effetto retroflesso della tecnica si rimanda a C. SINI, *L'uomo, la macchina, l'automa. Lavoro e conoscenza tra futuro prossimo e passato remoto*, Torino, Bollati Boringhieri 2009. Resta poi insuperabile la lezione antropologica di A. GEHLEN, *L'uomo nell'era*

principale veicolo che genera gli effetti globali del terrorismo e della pandemia. In quanto prodotto tecnologico, egli, infatti, non può fare a meno di essere se stesso, quindi di dare vita ad attività sociali, economiche e produttive globalmente interconnesse dal punto di vista tecnico, con tutto ciò che ne consegue rispetto, ad esempio, alla mobilità e ai trasporti. Attività che alimentano e rendono possibili, tecnicamente, gli effetti sia delle azioni terroristiche sia della diffusione del virus.

Inoltre, l'emergenza data dalla pandemia di Covid-19 ha mostrato un tratto caratteristico dei sistemi sociali nell'epoca della globalizzazione che anche la minaccia terroristica aveva già reso evidente. Tali sistemi, sullo sfondo di un mondo reale strutturalmente complesso, si trovano a fronteggiare un ambiente nel quale il numero delle situazioni particolari, dato dalle possibilità concrete e attuabili, è aumentato esponenzialmente a causa dell'accelerazione del processo tecnologico ed economico. La selezione delle possibilità offerte dall'ambiente, volta a ridurre il divario tra la molteplicità delle esperienze possibili e quelle attuabili, e cioè volta a ridurre la complessità sociale, è, di conseguenza, sempre più ingovernabile. Come ha magistralmente spiegato Niklas Luhmann, la riduzione di tale complessità è l'operazione che costituisce, e in qualche modo giustifica, i sistemi e, in particolar modo, i sottosistemi sociali (diritto, politica, economia, scienza, morale etc.) quali strumenti specifici volti a diminuire la distanza che esiste tra aspettative e possibilità concretamente esperibili¹⁷. L'ambiente globale è però un ambiente incredibilmente complesso. I sistemi sociali faticano a delimitare il proprio ambito rispetto a tale ambiente e un sottosistema come quello politico, chiamato, attraverso l'esercizio del potere delle forze politiche e della pubblica amministrazione¹⁸, a governare la complessità, finisce con il mostrarsi sempre più inefficace e inadeguato.

Per evocare una categoria impegnaviva, ciò che si determina è, dunque, l'assenza del sovrano e non certo la presenza di colui che decide sullo stato di eccezione. Si determina, cioè, l'assenza di colui (in senso figurato) che decide in maniera eminentemente politica affermando una specifica interpretazione dell'interesse generale. Ma si tratta di una novità? L'assenza del sovrano, che in una democrazia è il popolo rappresentato nelle istituzioni che decidono in nome dell'interesse generale, si è notata soltanto adesso, in occasione della necessità di gestire gli effetti della pandemia, o negli ultimi venti anni di lotta al terrorismo globale? A ben vedere, il sovrano assente è l'emblema del consolidato e progressivo processo di arretramento del piano politico rispetto a quello tecnico-economico. Il sovrano non è assente soltanto nei singoli Stati nazionali (da qui, e anche da altro, l'evidente miopia dei sovranismi del nostro tempo). Il sovrano è assente a livello continentale e regionale (vedi l'Unione Europea). Il

della tecnica (1957), Roma, Armando Editore, 2003.

¹⁷ Cfr., N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale* (1984), Bologna, il Mulino, 1990.

¹⁸ Cfr. N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale* (1971), Napoli, Guida, 1978; ID., *Potere e complessità sociale* (1975), Milano, il Saggiatore, 1979.

sovrano è assente soprattutto a livello globale, dove più che in altri “luoghi” sarebbe necessaria la sua presenza, vista la portata sempre più globale delle questioni che incidono sulla vita quotidiana di ciascuno di noi. La crisi scaturita dal Coronavirus non fa altro, dunque, che rendere straordinariamente evidente un processo che è da tempo in pieno svolgimento e che già la minaccia del terrorismo internazionale aveva portato alla luce.

4. Il carattere “impolitico” della globalizzazione

Nell'edizione del 16 maggio 2020, il titolo della pagina di copertina dell'*Economist* non poteva essere più emblematico: «*Goodbye globalisation. The dangerous lure of self-sufficiency*». Nell'editoriale, intitolato «*Has covid-19 killed globalisation?*», si spiega come ci sia «una nuova propensione all'autosufficienza e alla chiusura delle frontiere in tutto il mondo, al punto che circa il 90% della popolazione mondiale vive in stati con le frontiere chiuse». La conseguenza di tutto questo, si precisa nell'editoriale, «è che la circolazione di persone, merci e capitali ha subito un calo verticale, probabilmente senza precedenti». D'altra parte, poche settimane prima il presidente francese Macron, sulle pagine del *Financial Times*, dichiarava di considerare la pandemia da Covid-19 «come un evento che cambierà la natura della globalizzazione e la struttura del capitalismo internazionale». E anche il Presidente Trump, in una intervista a *Fox Business*, ribadiva l'impatto epocale del Covid-19 sul piano della politica economica internazionale: «Questa pandemia dimostra che l'era della globalizzazione è finita». L'impressione è che queste considerazioni, per certi versi apocalittiche, sugli effetti di sistema della pandemia da Covid-19, andrebbero riviste riflettendo in maniera più analitica almeno su due fondamentali versanti del processo di globalizzazione: quello economico e quello politico.

Rispetto al primo versante occorre ricordare come il processo di globalizzazione sia, innanzitutto, una forma di esasperazione delle interdipendenze a livello economico¹⁹. Esasperazione resa possibile, come sopra ricordato, dall'evoluzione tecnica. Non comprenderemmo, infatti, l'espansione del processo di globalizzazione se non fossimo in grado di considerare la rilevanza della rivoluzione tecnologica (in particolare nel settore dei trasporti e in quello delle Ict, cioè delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione), e il conseguente abbattimento dei costi logistici e di trasporto. La globalizzazione è, dunque, un prodotto della tecnica, assecondato nel suo sviluppo da scelte politiche favorevoli alla liberalizzazione del commercio internazionale. Scelte politiche che, a loro volta, hanno trovato stimolo e compimento nel contesto geopolitico favorevole che si è determinato con la caduta del Muro di Berlino. In ogni caso, in quanto prodotto della tecnica, il

¹⁹ La letteratura sui processi di globalizzazione è, naturalmente, sterminata. In questa sede è, quanto meno, doveroso il riferimento a U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria* (1997), Roma, Carocci, 1999; Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone* (1998), Roma-Bari, Laterza, 1999.

processo di globalizzazione economica è, per certi versi, irreversibile. Lo scopo strutturale della tecnica è, infatti, il suo stesso potenziamento. Vivendo nell'era della tecnica avanzata, comprendiamo tutti come quest'ultima non sia mossa da fini prefissati, bensì dalla logica interna di un autopotenziamento sempre più accelerato dai risultati raggiunti²⁰. È ragionevole presumere che questa dinamica, una volta innescata, non possa essere ostacolata efficacemente dalle momentanee reazioni politiche di chiusura scaturite dall'impatto della pandemia.

La logica della tecnica è, infatti, destinata a prevalere perché ha generato un processo, come è quello di globalizzazione, radicato in profondità nella struttura organizzativa delle catene del valore. L'interconnessione tra le diverse economie mondiali, a livello tecnologico e infrastrutturale, è il prodotto di 50 anni di investimenti e scelte organizzative che non possono essere revocati in virtù di un semplice atto legislativo o di decisioni politiche contingenti. Del resto, la tecnica incide così profondamente sulla dimensione sociale da determinare l'auto-rappresentazione stessa dell'uomo. Scelte politiche definitivamente in grado di interrompere il processo di globalizzazione sono improbabili perché l'uomo, da sempre *homo technologicus*, oggi inquadra sistematicamente, più o meno consapevolmente, e con tutte le eccezioni del caso, la propria esistenza nella dimensione globale della tecnica avanzata. L'*homo technologicus* è tale, infatti, non soltanto nelle azioni che determinano macroscopicamente i processi speculativi del capitalismo finanziario, ma anche nelle molteplici condotte quotidiane che presuppongono un'interconnessione tecnologica a livello globale. Sul versante economico (che è quello originario), dunque, il *requiem* della globalizzazione appare quanto meno affrettato se non proprio ingiustificato.

Cosa si può invece affermare rispetto al versante politico? Questo lato della medaglia del processo di globalizzazione va associato, soprattutto, alla gamma di esperienze riconducibili alla cosiddetta *governance* globale²¹. Si pensi a realtà prevalentemente di tipo settoriale che, a prescindere dalla genesi storica e dall'inquadramento giuridico, sono finalizzate a coordinare le scelte politiche in senso lato a livello globale e che, per questa ragione, possono essere considerate come vere e proprie istituzioni della globalizzazione²² (ad esempio

²⁰ Cfr., tra gli altri, E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, Rizzoli, 1998; U. GALIMBERTI, *Psiche e Techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, Feltrinelli, 1999.

²¹ La letteratura su tale concetto, strutturalmente ambiguo, è ormai vasta. Per il loro prezioso carattere ricostruttivo e per la profondità dell'analisi, si segnalano comunque i seguenti lavori: J. N. ROSENAU, E. O. CZEMPIEL, *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992; J. KOOIMAN, *Modern Governance: New Government-Society Interactions*, London, Sage, 1993; A. PALUMBO, S. VACCARO, *Governance. Teorie, principi, modelli, pratiche nell'era globale*, Milano, Mimesis, 2007; M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, il Mulino, 2010; A. ANDRONICO, *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Torino, Giappichelli, 2012; G. FIASCHI (a cura di), *Governance: Oltre lo Stato?*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008.

²² Per un'analisi della fenomenologia delle istituzioni della globalizzazione si rimanda a M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bolo-

WTO, OMS, OIL, Fondo monetario internazionale, Banca Mondiale, Icaan etc.). Ebbene, limitandosi ai casi più recenti, e cioè alla minaccia terroristica globale esplosa nel 2001 e mai sopita, alla crisi economica del 2008 e, naturalmente, alla crisi sanitaria del 2020, è risultata evidente l'incapacità delle competenti organizzazioni a governare fenomeni di natura globale così rilevanti. A ciò potremmo aggiungere l'incapacità, a titolo ancora di esempio, delle organizzazioni tradizionali, come le Nazioni Unite, a fronteggiare efficacemente un problema emblematicamente globale qual è quello rappresentato dai cambiamenti climatici. Tutto questo ci induce a sostenere che alla globalizzazione economica non corrisponde, oggi, un adeguato livello organizzativo politico in grado di governare fenomeni di rilevanza sociale che sempre più assumono una portata globale. Dunque i tentativi di dirigere politicamente la globalizzazione sono sin qui falliti a dimostrazione del carattere radicalmente "impolitico", in senso tradizionale, del processo che l'ha innescata. Un processo che è, appunto, refrattario a qualsiasi forma di governo politico. Le ragioni di questi fallimenti sono molteplici e non è questa la sede per approfondirle. In ogni caso, tra le ragioni del fallimento non va esclusa la prevalenza di un approccio economicistico che, in realtà, ha ispirato l'attività di gran parte delle istituzioni della globalizzazione. Un approccio che, evidentemente, non ha consentito di affermare, a livello globale, il primato del governo politico sui processi economici. Al contrario, si è avuta spesso l'impressione di trovarsi di fronte all'assenza di un controllo politico, in particolar modo di tipo democratico, dei processi decisionali globali che incidono sulle nostre vite. E ciò proprio perché le uniche istituzioni politiche effettive sono rimaste anacronisticamente ancorate al livello nazionale²³. La pandemia da Covid-19, e la conseguente incapacità di governarla a livello globale (così come già avvenuto nei confronti del terrorismo), come mostrato ad esempio dall'azione quanto meno evanescente dell'OMS, non ha dunque fatto altro che confermare il ritardo sul piano politico dei processi di globalizzazione. A questo livello non vi è traccia di una politica effettivamente globale, di quella che Jürgen Habermas ha più volte definito come una politica interna mondiale.

5. La deriva securitaria nell'emergenza permanente

È dunque nel contesto irreversibile, e politicamente non governato, della tecno-economia globale che vanno compresi i provvedimenti adottati a livello locale dagli Stati nazionali nelle contemporanee situazioni di emergenza. Un contesto che sancisce, come ricordato in precedenza, l'assenza del sovrano. Siamo dinanzi, quindi, ad uno scenario nel quale le scelte politiche non sono in

gna, il Mulino, 2000.

²³ Il tema è stato posto in maniera impareggiabile già da J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia* (1998), Milano, Feltrinelli, 2002.

grado di determinare nuovi ordini volti a normalizzare una situazione anormale (sarebbe questa la situazione tipica dello stato di eccezione). Piuttosto, assistiamo, come si preciserà nel prossimo paragrafo, alle reazioni strutturali e impersonali degli ordini (o meglio degli ordinamenti) dati di fronte a minacce permanenti che sono tali proprio perché indissolubilmente intrecciate con l'incessante (permanente) processo di globalizzazione che le alimenta. Reazioni che hanno determinato, nel tempo, una pericolosa tendenza verso una peculiare forma di Stato di sicurezza. In questo senso, analogamente a quanto accaduto a seguito dei più importanti attentati terroristici di matrice islamica, molti Paesi europei, a fronte della minaccia pandemica, hanno reiterato, con diverse sfumature, uno schema politico generale che ha determinato, semplificando, tre effetti principali. Il primo è rappresentato dall'adozione di misure restrittive delle libertà fondamentali, da quella di movimento a quella economica. Al di là del macroscopico caso ungherese, si è trattato, sin qui, di provvedimenti tendenzialmente temporanei e valutati come proporzionali rispetto all'obiettivo perseguito, dato naturalmente dall'esigenza di limitare i contagi a tutela della salute di ciascun cittadino. Il secondo effetto s'incarna nella centralità assunta dal potere esecutivo (attraverso le sue diverse articolazioni) nella regolazione delle condotte degli individui. Il terzo effetto, come conseguenza dell'effetto precedente, è dato dalla marginalizzazione del ruolo dei Parlamenti e quindi, di fatto, dalla limitazione del funzionamento della forma democratica, giustificata dall'esigenza di affrontare l'emergenza sanitaria.

A prescindere dai giudizi di merito sui singoli provvedimenti, sulle diverse strategie seguite dai diversi Paesi europei, e al netto delle differenze tra gli stessi Paesi che generano una configurazione diversa degli effetti appena elencati, siamo comunque di fronte ad un'articolazione del rapporto tra sicurezza e potere che ricorda, nella forma, proprio ciò che solitamente avviene nei contesti bellici. Conseguenza di tutto questo è, sicuramente, un'alterazione dell'equilibrio tra sicurezza, libertà e democrazia. Possiamo quindi ragionevolmente affermare che la gestione della pandemia da parte dei Paesi europei abbia prodotto un'affievolimento generalizzato dell'applicazione dei principi tipici dello Stato di diritto democratico. Siamo dunque di fronte ad uno squilibrio istituzionale che, se da una parte è comprensibile alla luce della portata della pandemia che stiamo fronteggiando, dall'altra consolida una deriva securitaria già in atto da tempo. Una deriva che produce atti di "violenza dotata di autorità" (*Gewalt*) che tipicamente si sostanziano nella limitazione reiterata (a volte indeterminata) delle libertà fondamentali.

Come già accennato, si tratta di una tendenza che, in epoca recente, ha avuto sicuramente origine nella reazione globale all'attentato alle Torri Gemelle del 2001 e che si è ulteriormente consolidata in occasione della recrudescenza della minaccia terroristica ad opera dell'ISIS nel secondo decennio del XXI secolo. Questa tendenza si concretizza attraverso la progressiva erosione degli spazi di libertà che uno Stato di diritto dovrebbe garantire, giustificata dall'esigenza, in nome proprio della possibilità di tornare a vivere tali spazi, di contrastare la minaccia contingente. La tendenza si caratterizza per gli effetti di

lungo termine che derivano dalla sospensione dei principi dello Stato di diritto, e che, proiettandosi in un tempo indefinito, sono in grado di incidere violentemente sulle nostre vite a prescindere dalla persistenza del pericolo originario. Siamo di fronte, naturalmente, a un processo che ha coinvolto in vario modo l'Occidente e che ha trovato negli Stati Uniti, e nella Francia colpita dalla strage del *Bataclan*, degli esempi emblematici. L'impressione è comunque che una nozione tanto vaga, quanto totalizzante, di sicurezza sia sempre più in grado di prendere il sopravvento su altre categorie politiche, determinando una riconfigurazione dello Stato di diritto e tendendo così più al suo tradimento che alla sua protezione²⁴. La prevenzione rischia di ridursi, nel lungo termine, a una sorta di obiettivo apparente, dietro il quale sembrerebbe celarsi la volontà di stabilire uno Stato di sicurezza fondato su controlli e limitazioni sempre più generalizzati e invasivi.

A quanto appena affermato si potrebbe obiettare che le misure di emergenza sono state sempre comprese e adottate nei regimi costituzionali moderni quali reazioni temporanee e provvisorie a minacce comunque contingenti. Ma il carattere sempre più indefinito e sfuggente delle minacce che scompaginano gli assetti della società contemporanea (dal terrorismo di matrice islamica alla pandemia di Covid-19), unito all'impossibilità di identificare univocamente tali minacce e di comprenderne la reale portata, producono oggi, a ben vedere, le condizioni per uno stato di emergenza permanente e non certo contingente²⁵. Per una reazione, dunque, dagli effetti indeterminati. Producono i presupposti di uno Stato di sicurezza che rischia di trasformare radicalmente i termini del legame sociale a partire dalla base stessa dell'atteggiamento politico che, nella tradizione dello Stato di diritto, denota i singoli individui rispetto all'autorità pubblica. Naturalmente, il bene della sicurezza, come si è mostrato in precedenza, ha rappresentato e rappresenta uno dei fattori di legittimazione dello Stato moderno. Quindi, apparentemente, non ci sarebbe nulla di nuovo nelle tendenze contemporanee. La gestione della sicurezza è, infatti, una delle prerogative più importanti, e allo stesso tempo ambivalenti, dello Stato e delle istituzioni politiche liberali. Ma, in realtà, uno Stato di sicurezza deforma persino il significato che nella modernità ha assunto il monopolio della sicurezza da parte delle istituzioni.

L'impressione è di trovarsi in una condizione che supera la tipologia del potere nello Stato moderno magistralmente delineata da Michel Foucault. Supera sicuramente il potere sovrano che, in nome della sicurezza del sovrano stesso, dispone della vita e della morte: «il diritto di far morire o di lasciar vivere»²⁶.

²⁴ Per una magistrale ricostruzione storico-filosofica dell'idea di Stato di diritto, come forma di stato nella quale la limitazione giuridica del potere garantisce uno spazio alla rivendicazione e alla tutela dei diritti fondamentali degli individui, è d'obbligo il rinvio a P. COSTA, D. ZOLO, (a cura di), *Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002.

²⁵ Sulle distorsioni prodotte dalla narrazione di uno stato di emergenza permanente cfr. ancora G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit.

²⁶ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1* (1976), Milano, Feltrinelli, 2005, p. 120.

Ma supera anche il potere disciplinare, affermatosi a partire dal XVII secolo in particolare, non più fondato esclusivamente sulla gestione della morte bensì, come sostiene Foucault, sulla perpetuazione, e quindi sul controllo, della vita: «*Si potrebbe dire che al vecchio diritto di far morire o di lasciar vivere si è sostituito un potere di far vivere o di respingere nella morte*»²⁷. Il potere disciplinare pare, a prima vista, più affine al paradigma della società del controllo e quindi allo Stato di sicurezza. La disciplina dei corpi, la loro amministrazione, la misurata iscrizione, anche attraverso forme di coercizione, dei comportamenti dei singoli entro canovacci prestabiliti e quindi controllabili, tipici appunto della società disciplinare a cui si riferisce Foucault, sembrerebbero coerenti con ciò a cui assistiamo oggi.

Ma, a ben vedere, si tratta soltanto di impressioni. In realtà, la biopolitica della popolazione descritta da Foucault si fonda sull'obiettivo di normalizzare la vita della popolazione stessa in modo da esercitare su di essa un potere generale. Natalità e mortalità, salute e divertimenti sono scrupolosamente regolati per normalizzare e quindi disciplinare e ordinare una società. Il diritto, inteso come norma che normalizza più che come legge che impone, svolge proprio una funzione regolativa e correttiva in base alla lettura di Foucault. Non si tratta infatti di brandire la spada, minacciando la morte attraverso il comando della legge, quanto di distribuire ciò che fa parte del vivente per rendere normalmente docili e funzionali gli individui: «*Un tale potere deve qualificare, misurare, apprezzare, gerarchizzare, piuttosto che manifestarsi nel suo scopo omicida; non deve tracciare la linea che separa i nemici del sovrano dai soggetti obbedienti; opera distribuzioni intorno alla norma*»²⁸.

Ebbene, la tendenza contemporanea sembra invece seguire una direzione opposta alla normalizzazione dei contesti sociali. Prende atto del disordine e sul mantenimento di esso costruisce, per una via quasi obbligata, gli spazi di potere. La gestione e il controllo dell'emergenza, che presuppongono la persistenza dell'emergenza stessa, rappresenterebbero le condizioni tanto per l'acquisizione quanto per l'esercizio del potere. Affermare ciò, naturalmente, non equivale a ridimensionare la pericolosità delle minacce, siano esse rappresentate dal terrorismo o dalla pandemia, né, tanto meno, a sostenere una delle tante tesi complottistiche che sorgono quotidianamente. Equivale, invece, a prendere atto dell'intreccio fra la reale portata dei pericoli contemporanei e il percorso di trasformazione culturale che sta interessando l'Occidente. Lo studio di quest'intreccio, che si riflette nelle dinamiche contemporanee del potere, ci potrebbe consentire di comprendere più a fondo il percorso istituzionale che la nostra forma di vita, più o meno consapevolmente, sta intraprendendo. Del resto, nell'ambito del modello securitario a cui ci stiamo riferendo, le minacce, i pericoli e i conflitti, tutti reali, generano, allo stesso tempo, le condizioni per l'affermazione di meccanismi di potere volti a gestire gli effetti del disordine a patto che il disordine permanga. Tra minaccia e reazione delle istituzioni sembra stabilirsi un circolo vizioso (e violento) che non produce un nuovo ordine

²⁷ *Ivi*, p. 122.

²⁸ *Ivi*, pp. 127-128.

perché comunque non è in grado di produrlo. È un circolo che alimenta, al contrario, rendite di potere attraverso la precarizzazione delle libertà individuali il cui esercizio è destinato a fare i conti con la realtà (o la finzione) di un'emergenza permanente.

6. La violenza che minaccia il diritto

A conclusione di questa riflessione, svolta a partire da alcuni indizi della torsione contemporanea dello Stato di diritto in Stato di sicurezza, occorre segnare una traccia ulteriore. In questo senso, bisogna soffermarsi sulla legge che, secondo Walter Benjamin, regola il rapporto tra diritto e violenza, a prescindere dalla finalità messianico-rivoluzionaria che lo stesso Benjamin, nel suo celebre scritto *Per la critica della violenza*²⁹, attribuisce all'idea di violenza pura. La riflessione di Benjamin trae spunto da una constatazione sempre valida: «*Si può formulare come principio universale della presente legislazione europea che tutti i fini naturali di persone singole entrano necessariamente in collisione con fini giuridici quando vengono perseguiti con violenza*»³⁰. Ma la tendenza, da parte del diritto, al monopolio della violenza e dell'uso della forza che da tale principio segue, tendenza come è noto già perfettamente individuata da Max Weber, non è causata dall'ovvia pretesa di salvaguardare i fini pratici dell'ordinamento giuridico. In realtà, è il diritto stesso come fenomeno sociale, nel suo complesso, ad essere posto in pericolo se si estendono senza controllo gli spazi della violenza privata. Per questo, Benjamin suggerisce di prendere in considerazione la possibilità che «*la violenza, quando non è in possesso del diritto di volta in volta esistente, rappresenti per esso una minaccia, non a causa dei fini che essa persegue, ma della sua semplice esistenza al di fuori del diritto*»³¹.

Ebbene, seguendo l'ultima frase di Benjamin qui riportata, si potrebbe certamente provare a qualificare come violenza esterna al diritto quella rappresentata dal terrorismo islamico. Potrebbe invece sembrare discutibile qualificare analogamente la violenza esercitata dal Covid-19. Ma è proprio così? In realtà, se adottiamo il punto di vista degli effetti, e non quello delle cause, l'impatto della pandemia si mostra chiaramente come l'esercizio di una violenza generalizzata al di fuori del diritto, priva di qualsiasi carattere pubblico identificabile ed equivalente alla giustapposizione (esponenziale) di atti di violenza singoli. In altre parole, se non si rimane impigliati nella categoria della soggettività "politica" riscontrabile, seppure in maniera *sui generis*, solo nel caso del terrorismo, il fenomeno della pandemia rappresenta comunque una minaccia violenta ed extra-giuridica. Rappresenta una violenza che esiste al di fuori del diritto e che esprime l'esistenza di un "potere" (perché può, perché produce effetti) altro dal diritto, potenzialmente in grado di deporlo. Da questo punto di vista è sor-

²⁹ Cfr. W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in ID., *Angelus Novus. Saggi e frammenti* (1955), Torino, Einaudi, 1995.

³⁰ *Ivi*, p. 9.

³¹ *Ibidem*.

prendente come in *Cecità* di José Saramago, il romanzo che più di altri ha immaginato gli effetti sociali ed esistenziali di un'epidemia ingestibile, le istituzioni fatalmente crollino³².

Ed è proprio dalla conoscenza dei tratti di fondo del processo di genesi di ogni ordinamento giuridico che scaturisce il timore nei confronti della minaccia rappresentata dall'esistenza della violenza al di fuori del diritto. La minaccia riflette, infatti, il rapporto costitutivo tra violenza e diritto che Benjamin in un celebre passo riduce al seguente meccanismo: «Ogni violenza è, come mezzo, potere che pone o che conserva il diritto»³³. Il diritto avverte come minaccia l'esistenza della violenza al di fuori di esso proprio perché qualsiasi diritto è posto e conservato grazie alla violenza come mezzo. La violenza fuori dal diritto “ricorda” dunque l'origine del diritto stesso e quindi rappresenta una minaccia per l'ordinamento vigente. La complessa indagine di Benjamin trova una felice sintesi nel passo dedicato alla duplice funzione della violenza rispetto al diritto: «La funzione della violenza nella creazione giuridica è, infatti, duplice nel senso che la creazione giuridica, mentre persegue ciò che viene instaurato come diritto, come scopo con la violenza come mezzo, pure – nell'atto di insediare come diritto lo scopo perseguito – non depone affatto la violenza, ma ne fa solo ora in senso stretto, e cioè immediatamente, violenza creatrice di diritto, in quanto insedia come diritto, col nome di potere, non già uno scopo immune e indipendente dalla violenza, ma intimamente e necessariamente legato a essa. Creazione di diritto è creazione di potere, e in tanto un atto di immediata manifestazione di violenza»³⁴.

Da questa dinamica segue come, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, una violenza-forza esterna al diritto, che è comunque manifestazione di un contropotere, sebbene non identificabile attraverso la categoria della soggettività, vada necessariamente combattuta per garantire la sopravvivenza dell'ordinamento giuridico, a sua volta espressione di determinati poteri, assetti istituzionali e stili di vita socialmente e storicamente affermatasi. È quindi concettualmente comprensibile come la stessa reazione alla violenza manifestata da un contropotere tenda a generare, in realtà, una relazione dialettica con l'ordinamento giuridico di riferimento, con tutte le violazioni/sospensioni, ritenute opportune, delle norme giuridiche vigenti. La posta in gioco supera, infatti, qualsiasi principio di organizzazione interna, seppur fondamentale e consolidato come nel caso dei principi cardine dello Stato di diritto.

Con ciò non si intende certo giustificare la torsione degli ultimi decenni dello Stato di diritto in Stato di sicurezza, né, tanto meno rallegrarsene. Si tratta, invece, di provare a fuggire dalla facile e spesso superficiale lettura di tale torsione come espressione di una chiara intenzionalità politica del sovrano di turno che decide sullo Stato di eccezione o, peggio, del governante del momento che intende ampliare il proprio potere. Quest'ultima rappresentazione può caratterizzare certamente singoli casi ma non coglie il senso della dinamica in atto. Siamo di fronte, infatti, seguendo la concezione di Benjamin, ad una dinamica endemica. Assistiamo, cioè, al funzionamento di un meccanismo gene-

³² Cfr. J. Saramago, *Cecità* (1995), Milano, Feltrinelli, 2010

³³ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit., p. 17.

³⁴ *Ivi*, p. 24.

tico dell'ordinamento giuridico. Un meccanismo che prescinde, nella sua portata generale, da chi esercita il potere nella situazione contingente. Si tratta, dunque, di un meccanismo di protezione dell'ordine che scatta di fronte al carattere duraturo o permanente dell'emergenza. Un meccanismo che va compreso se s'intende provare a governarne, per quanto possibile, il funzionamento, ridimensionando gli effetti violenti che esso produce in relazione alla tutela dei nostri diritti e delle nostre libertà. Seguendo una tale traccia di riflessione assumerebbe un significato diverso, al di là dell'indubitabile condizionamento dato dal contesto storico di riferimento che l'ha generata, anche la celebre ottava tesi di filosofia della storia enunciata da Benjamin: «*La tradizione degli oppressi ci insegna che "lo stato di emergenza" in cui viviamo è la regola*»³⁵. L'emergenza permanente, infatti, in un modo o nell'altro, genera oppressione, sia a causa della minaccia della violenza da cui è determinata sia a causa della reazione, comunque violenta, con la quale si intende contrastarla.

³⁵ W. BENJAMIN, *Tesi di Filosofia della storia*, in ID., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, cit., p. 79.

II STUDI

Premessa

La sezione studi di questo fascicolo prosegue l'idea, avviata con il saggio di Pierpaolo Forte pubblicato nel fascicolo II/2019, di ospitare un contributo di uno dei componenti la Direzione della Rivista dedicato ad un tema che da tempo studia e che si presta a provocare una riflessione su temi generali del diritto pubblico, concentrandosi particolarmente sui suoi profili evolutivi, sul cambiamento che dobbiamo capire, affrontare e portare a sistema a servizio del godimento pieno ed uguale dei diritti delle persone. La struttura della sezione era pensata nel senso che lo stesso fascicolo ospitasse anche prime reazioni di discussione, da parte di studiosi che avevano avuto la possibilità di leggere il testo con adeguato anticipo.

Con il notevole saggio di Massimo Monteduro che pubblichiamo in questo fascicolo, l'esperimento muta in parte la sua struttura, giacché le riflessioni innescate dal saggio troveranno posto in una porzione della seconda sezione della rivista nel primo fascicolo dell'anno successivo. Si tratta di una novità pensata per consentire anche ad altri studiosi che ritenessero di voler intervenire sui temi posti dal saggio, in aggiunta a coloro che già sono stati ingaggiati in questo senso. Si tratta, come sempre nella tradizione della Rivista, di un invito aperto e diretto a sostanziare un confronto non formale sulle idee.

MASSIMO MONTEDURO
Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze
Giuridiche dell'Università del Salento
massimo.monteduro@unisalento.it

**DOVERI INDEROGABILI
DELL'AMMINISTRAZIONE
E DIRITTI INVIOLABILI DELLA PERSONA:
UNA PROPOSTA RICOSTRUTTIVA**

**THE PUBLIC ADMINISTRATION'S NON-DEROGABLE
DUTIES AND THE HUMAN PERSON'S NON-VIOLABLE
RIGHTS: A WORKING HYPOTHESIS**

SINTESI

L'articolo, ponendosi in distonia con l'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione tradizionalmente invalsa nella dottrina maggioritaria, offre e sviluppa argomenti a sostegno di una diversa lettura: lo stesso art. 2 Cost. fonderebbe direttamente, nell'*an*, l'esistenza di «doveri inderogabili» in capo alle pubbliche amministrazioni, serventi alla garanzia del «nucleo irriducibile» dei «diritti inviolabili» della persona umana nel prisma della solidarietà costituzionale. Nello scritto, dichiaratamente di carattere esplorativo, si discutono presupposti, antitesi, tesi e corollari di questa diversa interpretazione, mostrando come dall'accoglimento di essa potrebbe discendere un cambio di paradigma, a vari livelli, nel modo di ricostruire le relazioni tra persona e amministrazione.

ABSTRACT

The paper, placing itself in contrast to the interpretation of art. 2 of the Italian Constitution traditionally well established in the major legal literature, offers and develops some arguments in support of a different interpretation: the art. 2 Const. would directly form the basis of the existence of public administration's «non-derogable duties», instrumental to guarantee the «irreducible core» of human person's «non-violable rights», in the light of constitutional solidarity. The paper – just exploratory – discusses assumptions, antitheses, theses and corollaries of this different interpretation, showing how it may lead to a paradigm shift, at various levels, in reconstructing the relationship between human persons and public administrations.

PAROLE CHIAVE: doveri inderogabili, diritti inviolabili, amministrazione pubblica, persona umana, sovranità

KEYWORDS: non-derogable duties, non-violable rights, public administration, human person, sovereignty

INDICE: Le ipotesi di lavoro. – I. Parte prima (§§ 1-9): il problema dell'imputazione alle pubbliche amministrazioni dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. [sul piano soggettivo]. – II.

Parte seconda (§§ 10-27): il problema dell'identificazione dei doveri inderogabili dell'amministrazione in relazione ai diritti inviolabili della persona nel prisma dell'art. 2 Cost. [sul piano oggettivo]. – III. Parte terza (§§ 28-46): il problema della perimetrazione dei doveri amministrativi inderogabili nei loro rapporti con la sovranità, la legalità, i poteri amministrativi, gli interessi legittimi e pubblici, l'organizzazione, i vincoli finanziari, le tutele giurisdizionali [sul piano relazionale].

Le ipotesi di lavoro.

Lo studio offre al dibattito alcune ipotesi di lavoro, che possono essere parzialmente anticipate nei seguenti termini:

- l'art. 2 Cost. fonda direttamente, nell'*an*, l'esistenza di «doveri inderogabili» in capo alle pubbliche amministrazioni, serventi alla garanzia del «nucleo irriducibile» dei «diritti inviolabili» della persona umana nel prisma della solidarietà costituzionale;

- tali doveri inderogabili non hanno solo ad oggetto, in negativo, l'astensione da ingerenze, bensì soprattutto, in positivo, l'intervento sostenutore delle pubbliche amministrazioni; i doveri amministrativi inderogabili corrispondono, in prospettiva sistematica, a quelle che la Corte EDU definisce «*positive obligations*» in capo agli Stati, scaturenti per gemmazione dagli stessi diritti fondamentali dell'uomo i quali, per non restare teorici o illusori, richiedono che le pubbliche amministrazioni si attivino con proprie misure per consentirne concretamente l'esercizio e renderne effettivo il godimento;

- i doveri amministrativi inderogabili non sono irrelati, ma integrano situazioni giuridiche soggettive relazionali cui corrisponde, dal lato attivo, la sovranità popolare in una delle sue «forme» costituzionali, ossia la sovranità «impressa» nei diritti inviolabili rispetto al loro nucleo irriducibile;

- i doveri amministrativi inderogabili non si confondono, identificano o esauriscono nei soli obblighi che specifiche disposizioni di legge impongono alle pubbliche amministrazioni; gli obblighi di legge relativi all'esercizio del potere, infatti, sono derogabili da altre, diverse o speciali, disposizioni di legge, mentre non lo sono i doveri amministrativi inderogabili, i quali costituiscono «limiti» permanenti alla sovranità «espressa» – nella forma della legge – dalle maggioranze contingenti;

- i doveri inderogabili rappresentano le situazioni giuridiche soggettive fondamentali, primarie ed originarie che connotano le pubbliche amministrazioni, mentre i poteri amministrativi autoritativi sono configurabili come situazioni giuridiche soggettive strumentali all'«adempimento» dei doveri inderogabili.

I. Parte prima (§§ 1-9): il problema dell'imputazione alle pubbliche amministrazioni dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. [sul piano soggettivo].

§ 1 La dottrina costituzionalistica ritiene, in larga maggioranza, che titolari dei «doveri inderogabili di solidarietà» cui si riferisce l'art. 2 Cost. siano soltanto soggetti privati, singoli o associati, escludendo che la previsione costituzionale sia riferibile a soggetti pubblici quali le pubbliche amministrazioni¹.

Una simile visione evidentemente precluderebbe, in radice, lo stesso avvio di uno studio sui doveri *amministrativi* inderogabili che intenda fondarsi sull'art. 2 della Costituzione.

Poiché il presente contributo intende invece tentare di percorrere tale strada, diviene necessario dar conto delle ragioni variamente addotte a sostegno della tesi – come si è detto, tuttora maggioritaria – che tradizionalmente esclude la riferibilità alle pubbliche amministrazioni del dettato dell'art. 2 Cost., ed interrogarsi sull'insuperabilità o meno di tali argomenti.

§ 2 La tesi *sub* § 1 che esclude dal perimetro semantico dell'art. 2 Cost. i soggetti pubblici afferma che questi ultimi sarebbero non già titolari di «doveri inderogabili» bensì attributari di «competenze», di «funzioni», di «interessi pubblici» o sottoposti a «limiti» costituzionali: secondo questo orientamento, i concetti di competenza, funzione, interesse pubblico o limite sarebbero inassimilabili e irriducibili a quello di dovere (costituzionalmente) inderogabile.

Occorre tuttavia considerare quanto segue.

§ 3 In primo luogo, tale tesi è stata sottoposta a critica da una parte, seppur rimasta minoritaria, della stessa dottrina costituzionalistica².

Secondo questo orientamento, possono qualificarsi come doveri costituzionali inderogabili anche quelli al cui adempimento sono chiamati non soggetti privati, ma organi o soggetti pubblici dell'ordinamento costituzionale – tra cui le pubbliche amministrazioni –, in quanto:

(i) non vi sarebbe disomogeneità tra il concetto di *funzione pubblica di rilievo costituzionale* (e quelli, legati alla funzione, di competenza, limite e interesse pubblico) e il concetto di *dovere costituzionalmente inderogabile*; al contrario, il pri-

¹ In tal senso (esemplificativamente, tra i molti autori) G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 10 ss.; C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 63 ss.; G. GEMMA, *Doveri costituzionali e giurisprudenza della Corte*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi* (Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006), Torino, Giappichelli, 2007, p. 365 ss., spec. p. 366; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 52-53; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in www.forumcostituzionale.it, 20 aprile 2015, p. 5.

² B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 232 ss., spec. p. 249 ss.; ID., *Etica repubblicana e Costituzione dei doveri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 61 ss.

mo dovrebbe ritenersi implicato logicamente e attratto giuridicamente nel secondo³;

(ii) accanto ai doveri inderogabili «individuali» o «personali», imputati ai soggetti privati o in quanto singoli o in quanto associati in formazioni sociali (ad esempio, i doveri di cui agli artt. 4 c. 2, 17 c. 3, 18 c. 2, 30 c. 1, 48 c. 2, 52, 53, 54 c. 1, XII disp. trans. c. 1, Cost.), sarebbero evincibili dal testo costituzionale anche doveri inderogabili «funzionali» o «istituzionali», imputati a organi e soggetti pubblici di rilievo costituzionale in seno alla Repubblica (possono citarsi ad esempio gli artt. 5, 6, 9, 13 c. 3, 21 c. 4, 24 c. 3, 27 c. 3, 31, 32 c. 1, 33 c. 2, 34 c. 4, 35 cc. 1, 2 e 4, 37 c. 3, 38 c. 4, 77 c. 2, 85 c. 2, 86 c. 2, 87 cc. 3 e 6, 94 cc. 1 e 3, 97 c. 1, 111 c. 6, 112, 119 c. 5, 120 Cost.⁴);

(iii) mentre i doveri costituzionali individuali inciderebbero sulla sfera soggettiva delle libertà personali (e sarebbero garantiti nella loro effettività da una sanzione di natura personale a carico dell'inadempiente), i doveri costituzionali funzionali comprimerebbero, piuttosto, le sfere di autonomia e di discrezionalità dei soggetti pubblici (caratterizzandosi per la capacità di neutralizzare le condotte poste in essere in violazione del dovere, in aggiunta alla sanzione personale del singolo preposto all'ufficio).

In una prospettiva non lontana, altra parte della dottrina ha sottolineato come la Costituzione richieda l'«adempimento dei doveri di solidarietà da parte delle persone, delle formazioni sociali e degli apparati pubblici» nel prisma del «principio di solidarietà che lega le persone, le formazioni sociali e gli apparati pubblici nel segno di una nuova sintesi storica tra libertà ed eguaglianza»⁵; in senso analogo, si è aggiunto che «nella solidarietà della Costituzione rientrano [...] i comportamenti doverosi dello Stato, di enti pubblici o di individui»⁶.

§ 4 In secondo luogo, non può ignorarsi come più volte la Corte costituzionale abbia inequivocabilmente intestato anche a soggetti pubblici, e non solo a soggetti privati, la titolarità dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost.

³ Nella letteratura amministrativistica, per la dimostrazione del radicamento della funzione – e dell'organizzazione amministrativa – nel dovere, sia pur con accenti diversi e senza riferimenti diretti all'art. 2 Cost., v. F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005 (la quale richiama l'insegnamento di G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 81; si v. di recente ID., *Interessi e amministrazioni pubbliche. Gli interessi a soddisfazione necessaria*, in D. PAPPANO [coord.], *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, Vol. I. *Il metodo e la teoria generale. Nozioni elementari e gradazioni* [a cura di D. D'Alessandro e D. Pappano], Torino, Giappichelli, 2019, p. 105 ss., spec. p. 128) e S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; per un radicamento fondato esplicitamente sull'art. 2 Cost. v. invece, di recente, L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere* [dattiloscritto inedito destinato agli Scritti in onore di Franco Gaetano Scoca, in corso di pubblicazione], 2020.

⁴ Gli esempi richiamano, con alcune ulteriori integrazioni, l'elenco fornito da B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, cit., pp. 255-256, nt. 75 e 76.

⁵ F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 24 ss., citazioni a p. 38 e a p. 44 (corsivi aggiunti).

⁶ L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, p. 44 ss., citazione a p. 50 (corsivi aggiunti).

Si veda in particolare la sentenza n. 208 del 16 dicembre 1971 (Rel. Crisafulli), in cui la Consulta è stata chiarissima nell'affermare che «*tutti* devono animosamente cooperare, nell'adempimento di quei “doveri inderogabili di solidarietà ... sociale” che l'art. 2 della Costituzione ha solennemente posto a base dell'ordinamento vigente *e che non concernono i soli individui, ma incombono del pari sui gruppi organizzati e gli enti di qualsiasi species*»⁷, riferendosi, in quel caso, ai doveri costituzionali inderogabili incombenti sullo Stato-apparato «in presenza di catastrofi che commuovono la pubblica opinione, anche internazionale, reclamando la massima concentrazione di energie umane e di mezzi materiali, ivi compresi quelli di cui soltanto lo Stato è in grado di disporre».

In successive sentenze, la Corte costituzionale ha riferito ad altri enti pubblici, quali le regioni, i doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost.: ad esempio, nella sentenza n. 331 del 3 novembre 2010, ove si legge che «non è immaginabile che ciascuna Regione [...] possa sottrarsi in modo unilaterale al sacrificio [...] in evidente violazione dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale»; o nella sentenza n. 219 del 16 luglio 2013, in cui la Corte, sempre a proposito delle regioni, ha affermato che «autonomia non significa, infatti, potestà di deviare rispetto al comune percorso definito dalla Costituzione, sulla base della condivisione di valori e principi insensibili alla dimensione territoriale, tra i quali spicca l'adempimento da parte *di tutti* dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.)».

§ 5 Anche parte della giurisprudenza amministrativa ha manifestato, in alcune occasioni, piena consapevolezza di ciò.

Meritevole di citazione appare, in particolare, una recente pronuncia del CGARS: «il Collegio, ai fini del decidere, ritiene di richiamare quanto previsto dall'art. 2 della Costituzione, secondo il quale “*la Repubblica ... richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”. Secondo la comune interpretazione e *conformemente alle parole usate dal Costituente, l'affermato dovere di solidarietà è riferito a tutti i soggetti che operano all'interno della Repubblica, siano essi soggetti privati o soggetti pubblici*, persone fisiche o giuridiche, i quali quindi sono chiamati a prestare appoggio, sostegno, aiuto, ovvero a condividere, nel senso di alleviare nei limiti del possibile, le situazioni di svantaggio, di disagio, disofferenza, nella quale possano trovarsi altri soggetti. Peraltro, il compito di rimuovere ostacoli che limitando di fatto l'uguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana è ribadito dal comma 2 del successivo art. 3 della Costituzione. Bene inteso il Collegio non intende disconoscere che le modalità attraverso le quali deve concretizzarsi la solidarietà sono di norma stabilite dalla legge (*quantunque l'art. 2 non vi faccia nessun rinvio, ma operi una chiamata diretta della Repubblica, ovvero di tutti i soggetti che operano nel suo ambito*), ma ciò non toglie che il principio di solidarietà possa essere un principio guida per l'esercizio della discrezionalità e per l'organizzazione dei procedimenti amministrativi e soprattutto di quelli finalizzati ad “alleviare” gravi si-

⁷ Corsivi aggiunti.

tuazioni di svantaggio degli individui. Ciò in estrema sintesi significa che *le amministrazioni, che rappresentano una parte significativa della Repubblica, non possono chiudersi nella difesa degli interessi affidati alla loro cura in un processo di assolutizzazione dei medesimi*⁸.

§ 6 In terzo luogo, vi è un ulteriore percorso argomentativo che meriterebbe di essere esplorato.

La dottrina e la giurisprudenza costituzionale considerano titolari dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost., oltre alle persone singole, anche le «formazioni sociali» menzionate dallo stesso art. 2⁹.

Ciò posto, va ricordato che, secondo una nota proposta ricostruttiva¹⁰, cui qui si aderisce, anche le pubbliche amministrazioni potrebbero rientrare all'interno della nozione di «formazioni sociali» se intesa in senso ampio: la latitudine di tale nozione, peraltro, sembra in parte riconosciuta anche dalla Corte costituzionale, secondo la quale «per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico»¹¹. Secondo autorevole dottrina, la stessa «Repubblica» sarebbe da considerarsi formazione sociale, ed anzi «la massima formazione sociale, che permette a tutti i soggetti dell'ordinamento di svolgere la propria personalità individuale»¹².

Ove si condivida questa lettura, non vi sarebbero ostacoli ad imputare i doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. anche alle «formazioni sociali pubbliche», oltre ovviamente a quelle private.

Si tratta tuttavia di un passo che, ad oggi, ancora non è stato compiuto neppure dalle posizioni dottrinali più avanzate sul tema, le quali, pur qualificando le pp.aa. come formazioni sociali, restano attestare sulla tesi secondo cui i doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. sarebbero riferibili non già alle pubbliche amministrazioni come persone giuridiche, bensì soltanto alle singole

⁸ Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. 25 luglio 2017, n. 343 (corsivi aggiunti).

⁹ Per i «doveri delle formazioni sociali in quanto tali», il cui «dato normativo di partenza è l'art. 2 Cost., in quanto applicabile anche alle formazioni sociali, come ha incidentalmente sostenuto la Corte costituzionale nella sent. n. 208 del 1971», v. I. MASSA PINTO, *Doveri e formazioni sociali. Il dovere di fedeltà alla Repubblica come dovere di non rompere l'armistizio tra gruppi portatori di fini non negoziabili (ovvero il dovere di comprendere le ragioni degli altri)*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 52 ss., citazione a pp. 73-74; ma cfr. già A. BARBERA, *Art. 2. Principi fondamentali (artt. 1-12)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 97, nt. 2; M. VILLONE, *Sciopero e solidarietà nella Costituzione italiana*, Napoli, Jovene, 1980, pp. 48-49.

¹⁰ M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 579 ss., spec. p. 582, la cui impostazione, sul punto, è stata ripresa e sviluppata soprattutto da F. FRACCHIA, *Il pubblico dipendente nella "formazione sociale" "organizzazione pubblica"*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, p. 769 ss.

¹¹ Corte cost., sentenza n. 138 del 15 aprile 2010.

¹² F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, Libreria universitaria editrice, 1975, p. 57.

persone fisiche – funzionari e dipendenti –incardinate nell'organizzazione amministrativa¹³.

§ 7 L'ultimo profilo menzionato (*sub* § 6, in fine) merita una riflessione.

È pacifico che nel novero dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. sia da includersi il «*dovere di svolgere*, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, una attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4 c. 2 Cost.).

Il riferimento allo svolgimento di una *funzione* come oggetto di un dovere inderogabile di adempimento richiesto dalla Repubblica è vieppiù rafforzato dal testo costituzionale ove si tratti di una *funzione pubblica*: da un lato, l'art. 51 c. 3 impone a «chi è chiamato a *funzioni pubbliche elettive*» il dovere del «loro *adempimento*» (ed è evidente l'identità del lemma «adempimento» rispetto all'art. 2 Cost. che lo riferisce appunto ai doveri inderogabili); dall'altro lato, e soprattutto, l'art. 54 c. 2 stabilisce che «i cittadini cui sono affidate *funzioni pubbliche* hanno il *dovere di adempierle* con disciplina ed onore» e l'art. 98 c. 1 aggiunge che «i pubblici impiegati sono *al servizio esclusivo della Nazione*».

A giudizio di chi scrive, sarebbe un errore ritenere che il dovere inderogabile di adempiere alle funzioni pubbliche al servizio esclusivo dell'intera comunità nazionale resti, per così dire, «segregato» – in una prospettiva particolare – solo nelle limitate sfere individuali dei singoli funzionari, senza invece ascendere, espandersi ed estendersi transitivamente – in una prospettiva sistemica – anche alle pubbliche amministrazioni cui essi appartengono, che tramite essi agiscono, che da essi sono composte e vivificate.

Come è stato condivisibilmente osservato, «il legislatore costituzionale configura un'amministrazione “al servizio esclusivo della Nazione”: l'espressione è rivolta ai dipendenti della P.A. [...] ma è indubbiamente *traslabile all'apparato amministrativo nel suo complesso*»¹⁴.

Un concetto-cerniera che, per il tramite dell'organizzazione amministrativa, può consentire l'irradiazione dei doveri inderogabili dalla persona fisica del funzionario come “singolo” alla persona giuridica pubblica come “formazione sociale”, effondendo, comunicando e amplificando in capo a quest'ultima i medesimi doveri, è quello del «dovere d'ufficio», oggetto di notissimi contributi

¹³ Si v. ad es. F. FRACCHIA, *Il pubblico dipendente nella “formazione sociale” “organizzazione pubblica”*, cit., secondo cui «il riferimento all'art. 2 Cost. non può essere forzato oltre misura nell'impostazione dello studio dell'organizzazione pubblica», dovendosi invece ritenere che «all'uomo, in quanto inserito nella formazione sociale (nel caso: al dipendente o a chi svolge comunque un'attività nell'ambito dell'organizzazione pubblica), vada riferito un catalogo di diritti inviolabili e di doveri inderogabili [...] il riconoscimento di diritti e doveri alla persona consente anzi di delineare una netta distinzione tra amministrazione e dipendente, che si configurano come parti contrapposte».

¹⁴ F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, cit., pp. 82-83 (corsivi aggiunti).

quali quelli di Ledda e Marongiu e recentemente posto al centro di una rinnovata e raffinata riflessione da parte della dottrina amministrativistica¹⁵.

Se si accede a una ricostruzione costituzionalmente orientata nel segno di «una concezione *realistica* dell'amministrazione, intesa come insieme coordinato di istituzioni composte da una pluralità di individui» e volta a «valorizzare il ruolo della persona all'interno della stessa organizzazione amministrativa»¹⁶, ricordando che «“l'amministrazione” è un concetto astratto [...] la realtà dell'amministrazione è invece costituita da tutte le persone in carne ed ossa che, lavorando in modo coordinato, operano per le finalità che giuridicamente vengono considerate proprie dell'amministrazione»¹⁷, può ritenersi che riferire l'adempimento dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. anche alle pubbliche amministrazioni non rappresenti altro, in definitiva, che imputare a queste ultime la “sintesi” giuridica degli adempimenti simultanei e coordinati dei doveri d'ufficio “individuali” da parte di tutti i funzionari che, nel loro complesso, costituiscono realmente¹⁸ le varie organizzazioni amministrative.

§ 8 La tesi maggioritaria *sub* § 1 ritiene che nella struttura dell'art. 2 Cost. occorrerebbe riconoscere una sorta di necessaria identità soggettiva (anche per un'influenza sui costituenti del pensiero mazziniano relativo ai doveri dell'uomo) tra titolari dei diritti inviolabili e titolari dei doveri inderogabili; essendo i primi indubbiamente identificabili nelle persone umane, non nelle pubbliche amministrazioni, non potrebbe logicamente giungersi a conclusioni differenti per i secondi.

Tuttavia, in disparte le considerazioni di cui ai precedenti §§ che obiettivamente si frappongono agli esiti di una tale lettura, anche sul piano testuale occorre rimarcare una differenza tra la prima e la seconda parte dell'art. 2 Cost.

La congiunzione «e» lega due distinti enunciati: in entrambi il soggetto è «La Repubblica», ma nella prima frase compare il complemento di specificazione «dell'uomo» con la funzione di perimetrare l'ambito soggettivo di titolarità dei «diritti inviolabili», mentre ciò non accade nella seconda frase. I «doveri inderogabili di solidarietà» non vengono esplicitamente ristretti solo a quelli «dell'uomo», nè il predicato «richiede» è seguito da alcun complemento di termine: il testo costituzionale, in tal modo, con la sua stessa formulazione letterale lascia spazio a una lettura alternativa che consideri “aperto”, oltre il limite degli individui, il novero dei soggetti che la Repubblica chiama all'adempimento dei doveri inderogabili.

Dal ventaglio di possibilità ermeneutiche così dischiuse dal testo costituzionale può dispiegarsi un'interpretazione sistematica della Carta, che legga

¹⁵ S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, p. 22 ss.

¹⁶ A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 677 ss.

¹⁷ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 9ª ed., Bologna, Il Mulino, 2018, p. 207.

¹⁸ Si vedano, in prospettiva generale, le riflessioni di M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, in *Jus*, 1999, p. 741 ss.

l'art. 2 Cost. coordinandolo con altre disposizioni, quali, ad esempio, l'art. 114 e l'art. 119 Cost.

Secondo l'art. 114, «la Repubblica» – si noti, lo stesso soggetto di entrambe le proposizioni contenute nel precedente art. 2 Cost. – «è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato», i quali dunque *devono* esistere *iussu Constitutionis*: gli enti pubblici territoriali, pur non esauendo la Repubblica (*constituire* non equivale a *coincidere*), rappresentano gli indefettibili contrafforti di sostegno (*constituire* implica *sostenere*) del vasto edificio repubblicano entro il quale coabitano gli uomini, i cittadini e le loro formazioni sociali.

Secondo l'art. 119, tutti gli enti pubblici territoriali, con lo Stato in ultima istanza, sono chiamati a «promuovere [...] la solidarietà sociale [...] rimuovere gli squilibri economici e sociali [...] favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona».

Alla luce di una lettura complessiva dell'ordito costituzionale, sembra perciò plausibile ritenere che «la Repubblica», ai sensi dell'art. 2 Cost., nel momento in cui «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà», richieda tale adempimento non solo ai soggetti privati ma anche, per così dire, a sé stessa, *rectius* ai propri componenti costitutivi ex art. 114 Cost. ossia agli enti pubblici territoriali, essendo questi ultimi certamente vincolati (come conferma indirettamente la formulazione dell'art. 119 Cost.) alla solidarietà costituzionale per la garanzia dei diritti inviolabili. Come è stato ben osservato, «la solidarietà dell'art. 2» è a ben vedere «doverosa tanto per il soggetto quanto per la Repubblica»¹⁹.

§ 9 Non sembra che la ricostruzione fin qui proposta sia inficiata dalla distinzione tra solidarietà «orizzontale» o «fraterna» e solidarietà «verticale» o «paterna»²⁰. Secondo questo trasversale orientamento dottrinale, all'art. 2 Cost. sarebbe riferibile la prima forma di solidarietà (privata, orizzontale, fraterna), fondata sulla paritarietà dei rapporti tra le persone e caratterizzata da un moto «dal basso verso l'alto», mentre la seconda forma di solidarietà (pubblica, verticale, paterna) si radicherebbe piuttosto nell'art. 3, comma 2, Cost., chiamando in causa l'esercizio di poteri pubblici (e amministrativi in particolare) per riequilibrare le situazioni di disegualianza sostanziale, secondo un moto «dall'alto verso il basso».

Tuttavia, non vi è una netta cesura tra l'art. 2 (adempimento dei doveri inderogabili) e l'art. 3, comma 2, Cost. (rimozione degli ostacoli che anche di fatto impediscano il godimento dei diritti inviolabili in condizioni di eguaglianza).

¹⁹ G. BASCHERINI, *La solidarietà politica nell'esperienza costituzionale repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, p. 125 ss., citazione a p. 162.

²⁰ G. ALPA, *La solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 365 ss., spec. p. 372; S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, p. 10 ss.; E. ROSSI, A. BONOMI, *La fraternità fra 'obbligo' e 'libertà'. Alcune riflessioni sul principio di solidarietà nel nostro ordinamento*, in A. MARZANATI, A. MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, Città Nuova, 2007, p. 61 ss.

za sostanziale), né conseguentemente vi è una frattura interna che impedisca di riconoscere una sostanziale unitarietà del principio di solidarietà costituzionale.

È stato in proposito sottolineato, da alcuni, come sia «inimmaginabile qualsivoglia forma di separazione» tra le due forme di solidarietà²¹, e come, in ogni caso, «la distinzione tra solidarietà orizzontale e solidarietà verticale, sebbene utile [...] appaia meno netta di quanto possa sembrare *prima facies*»²².

Da altri è stata messa in luce la «rilevanza del comma 2 dell'art. 3 per la ricostruzione del sistema dei doveri [...] la connessione dei doveri è con la solidarietà nei settori (politica economica e sociale) considerati proprio nel comma 2 dell'art. 3. Non può non cogliersi che vi è la stessa identica formulazione utilizzata nel comma 2 dell'art. 3»²³, onde «basterebbe la coincidenza di ambiti materiali prospettata dalle due norme, fra la triplice direzione dei doveri di solidarietà (politica, economica e sociale) e la triplice configurazione dei piani ove si estrinseca l'effettiva partecipazione degli uomini all'organizzazione (politica, economica e sociale) del Paese, per convincersi del collegamento fra le stesse norme»²⁴.

Secondo un'efficace paragone, «come la sussidiarietà non può essere interpretata – a meno di fraintenderla completamente – nel senso di un'alternativa o contrapposizione tra azione pubblica (istituzionale) e azione privata (sociale), ma va letta come il riconoscimento della strutturale, reciproca incompletezza tra società e istituzioni, allo stesso modo la solidarietà pubblica si alimenta della fraternità»²⁵. Si tratta dunque di «ipotizzare una sorta di “alleanza” tra titolari di doveri, cioè lo Stato da un lato e i privati dall'altro», e ciò proprio al fine di rimuovere situazioni lesive del principio di eguaglianza sostanziale²⁶.

II. Parte seconda (§§ 10-27): il problema dell'identificazione dei doveri inderogabili dell'amministrazione in relazione ai diritti inviolabili della persona nel prisma dell'art. 2 Cost. [sul piano oggettivo].

§ 10 Può ritenersi, alla luce di quanto argomentato nella prima parte, che la tesi *sub* § 1 (per quanto maggioritaria) si fondi su argomenti non insuperabili e che, dunque, sul piano soggettivo del *quis*, la titolarità dei «doveri inderogabili

²¹ V. SATTA, *La fraternità interterritoriale nella Costituzione italiana*, in A. MARZANATI, A. MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, cit., p. 227 ss., citazione a p. 233.

²² M. COSULICH, *Nuove forme di solidarietà sociale*, in *Il Libro dell'Anno del diritto Treccani*, 2017.

²³ V. COCOZZA, *Relazione di sintesi*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 542 ss., citazione a p. 544.

²⁴ V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Rivista AIC*, 2010, p. 1 ss., citazione a p. 10.

²⁵ F. PIZZOLATO, *La fraternità come trama delle istituzioni*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2013, p. 200 ss., citazione a p. 205.

²⁶ L. VIOLINI, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 517 ss., citazione a p. 525.

di solidarietà» di cui all'art. 2 Cost. possa essere imputata *anche alle pubbliche amministrazioni*.

Si pone a questo punto la questione, sul piano oggettivo del *quid*, di comprendere quali siano i doveri amministrativi inderogabili ex art. 2 Cost., ossia il problema di come identificare questi ultimi nella loro esistenza e consistenza.

§ 11 Un nodo che immediatamente emerge a questo proposito è rappresentato dal fatto che la dottrina costituzionalistica, in maggioranza, ritiene tuttora che i doveri inderogabili corrispondano non già ad una clausola aperta, bensì a un *numerus clausus*, da limitarsi tassativamente alle sole fattispecie doveristiche contemplate in maniera espressa in specifici articoli della Costituzione, in particolare negli artt. 4 c. 2, 30, 48, 52, 53 e 54 Cost.²⁷.

Minoritaria è rimasta, invece, la dottrina favorevole a riconoscere caratteri “aperto” al catalogo dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost.²⁸.

Accedendo alla tesi restrittiva, lo spazio dei doveri amministrativi inderogabili sarebbe molto limitato, dato che le citate disposizioni costituzionali contemplano specifiche figure di dovere (lavoro, cura dei figli, voto, difesa della Patria, pagamento dei tributi, fedeltà alla Repubblica e osservanza della Costituzione) riferite all'uomo o al cittadino, salvo il dovere di adempiere alle funzioni pubbliche con disciplina ed onore, quest'ultimo riferibile ai funzionari pubblici.

Tuttavia, a tale impostazione si può obiettare quanto segue.

§ 12 Il principale timore che è sotteso alla tesi restrittiva *sub* § 11 si radica in un'esigenza fondamentalmente garantistica: dilatare il novero dei doveri in-

²⁷ Così ad es. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., p. 40, secondo cui «i doveri inderogabili dell'art. 2 non sono altro che quelli espressi analiticamente dalle altre norme costituzionali riferibili alla categoria»; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 68, secondo cui «esistono in Costituzione solo doveri enumerati [...] del tutto inaccettabile è la tesi che vi sia un 'principio di solidarietà' da cui possano scaturire altri doveri non enumerati»; G. GEMMA, *Doveri costituzionali e giurisprudenza*, cit., p. 368; A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, 5ª ed., Torino, Giappichelli, 2010 p. 460; E. LONGO, *Corte costituzionale, diritti e doveri*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale. Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 341 ss., spec. p. 357; M. CAVINO, *Dignità e Costituzione: la centralità del lavoro per il pieno sviluppo della persona umana*, in G.P. DOLSO (a cura di), *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, Trieste, Università di Trieste, 2019, p. 11 ss., spec. p. 15.

²⁸ In tal senso cfr. C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, cit., p. 87 ss.; T. MARTINES, *Diritti e doveri ambientali*, in *Panorami*, n. 6/1994, 1 ss., ora in ID., *Opere. Libertà e altri temi*, Milano, Giuffrè, 2000, Tomo IV, p. 189 ss.; A.W. PANKIEWICZ, *I doveri costituzionali degli immigrati extracomunitari*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 424 ss., spec. p. 428, secondo cui «per i doveri costituzionali, occorre domandarsi se all'art. 2 Cost. si debba attribuire solo una funzione introduttiva dei doveri previsti in Costituzione, o se esso si debba considerare, invece, clausola aperta all'individuazione di nuovi doveri inderogabili. Preferiamo questa seconda interpretazione, poiché al continuo ampliarsi dei diritti di libertà non può non corrispondere un ampliamento anche dei doveri di solidarietà».

derogabili, come accadrebbe ove si interpretasse la seconda parte dell'art. 2 Cost. come fattispecie "aperta", condurrebbe di riflesso a una compressione potenzialmente incontrollabile degli stessi diritti inviolabili. Ciò in quanto, secondo questa tesi, i doveri nel loro complesso rappresenterebbero un limite, un freno e un contraltare ai diritti della persona, ponendosi dunque come un'eccezione alla regola del *favor libertatis* in quanto astringenti le libertà. Come è stato detto, «principio generale del sistema è la liceità e la libertà, non anche la doverosità e l'obbligo»²⁹, ragion per cui vi sarebbe «un principio di tassatività dei doveri che non può essere rintracciato per la categoria dei diritti»³⁰; l'interpretazione dell'art. 2 Cost. dovrebbe rendersi «coerente con la logica garantistica del Testo costituzionale»³¹, onde i diritti inviolabili (di cui alla prima parte dell'art. 2) avrebbero una naturale «capacità espansiva», mentre i doveri inderogabili (di cui alla seconda parte dell'art. 2) invece dovrebbero essere interpretati in modo «rigorosamente restrittivo»³².

Qui emerge un aspetto che occorre evidenziare con chiarezza ai fini del discorso che si sta conducendo.

Le preoccupazioni garantistiche circa l'espansione dei doveri costituzionalmente inderogabili possono condividersi solo se ci si pone – come in effetti fa la quasi totalità della dottrina – nella prospettiva tradizionale che imputa i doveri inderogabili esclusivamente alla persona umana, la cui posizione giuridica originaria è quella della libertà. Solo in questa prospettiva il dovere, limitativo della libertà, si mostrerebbe come eccezione (da restringere) anziché come regola (da espandere).

Pertanto, anche collocandosi da questo punto di vista e volendo privilegiare la salvaguardia dello spazio di operatività dei diritti inviolabili della persona, la tesi del carattere "chiuso" del novero dei doveri inderogabili si esporrebbe ad alcune criticità.

In particolare, come ha sottolineato un'autorevole dottrina³³, sarebbe intrinsecamente contraddittoria un'interpretazione dell'art. 2 Cost. che ritenesse "chiuso" il catalogo dei doveri inderogabili ed "aperto", invece, quello dei diritti inviolabili.

Pertanto, «se si perviene alla conclusione che in ordine alle libertà l'articolo in commento si pone come una norma anche di apertura verso altri valori che emergono dalla realtà sociale sottostante, altrettanto bisogna concludere per i doveri [...] nella misura in cui sarà quindi possibile una maggiore apertura verso nuovi spazi di libertà parallelamente non potranno non aprirsi nuovi orizzonti per una maggiore affermazione di doveri di solidarietà»³⁴; in termini ancor più netti, «se, come ormai ammesso dalla dottrina prevalente e

²⁹ A. CERRI, voce *Doveri pubblici*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1988, p. 1.

³⁰ F. GRANDI, *Doveri costituzionali*, cit. p. 59.

³¹ G. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., p. 40.

³² P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 68.

³³ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, 3^a ed., Padova, Cedam, 2003, p. 55.

³⁴ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 97.

dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, è possibile riconoscere nuovi diritti, non espressamente menzionati nella legge fondamentale, purché riconducibili alla trama normativa di quest'ultima, si può – ed anzi si deve – ammettere la possibilità di introdurre nuovi doveri, specialmente quando essi risultino necessari allo stesso esercizio dei nuovi diritti³⁵.

§ 13 In ogni caso, le preoccupazioni garantistiche che ispirano la tesi restrittiva *sub* § 11 non sembrano porsi quando (come qui si sostiene) la titolarità dei doveri inderogabili venga riferita a pubbliche amministrazioni, ossia a persone giuridiche pubbliche: siano queste ultime gli enti ed organi pubblici ad esistenza costituzionalmente necessaria³⁶ o gli altri enti pubblici, strumentali, funzionali o autonomi, ad esistenza sub-costituzionalmente necessaria in quanto istituiti con legge pur in assenza di una specifica disposizione costituzionale³⁷, fermo restando che l'esistenza di «enti pubblici» risulta in termini generali contemplata dal testo degli artt. 28, 43 e 117 lett. g) Cost. e, dunque, è postulata come necessità, non come accidente, dalla Costituzione stessa.

La posizione giuridica *originaria* che connota le *pubbliche amministrazioni non è* – a differenza dei soggetti privati – quella della *libertà*.

Pertanto, concepire i doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. come catalogo “aperto” non porrebbe problemi di limitazione di libertà delle persone giuridiche pubbliche, proprio perché queste ultime, a differenza della persona umana in carne ed ossa, non sono titolari di diritti inviolabili: esse non sono libere.

Né può obiettarsi che la posizione giuridica originaria delle pubbliche amministrazioni, se non di libertà, sia comunque di *potere*.

Quand'anche si ritenesse ciò, in ogni caso si tratterebbe di «potestà», non antitetica al (ma anzi continente il) dovere³⁸. Di più: parte della dottrina ha messo in luce come la posizione giuridica originaria predicabile in capo alle pubbliche amministrazioni sia proprio quella del dovere, di cui il potere sarebbe strumento di adempimento; in questa condivisibile prospettiva, «il rapporto tra dovere e potere [...] sembra doversi correttamente definire in senso di precedenza del primo rispetto al secondo» e della «sua [*del potere, n.d.r.*] strumentalità rispetto al dovere in ragione del quale quello è concesso», onde «la rilevata compresenza di dovere e potere [...] non va impostata come se le due situazioni costituissero due lati della stessa medaglia, ma, piuttosto, in termini di derivazione e, quindi, su due piani distinti [...] il dovere, allora, si pone come fon-

³⁵ A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, cit., p. 6.

³⁶ Innanzitutto gli enti pubblici territoriali dai quali la Repubblica «è costituita» ai sensi dell'art. 114 Cost., ma anche, ad esempio, le amministrazioni sanitarie presupposte dall'art. 32 Cost., le amministrazioni scolastiche e universitarie di cui all'art. 33 Cost., gli enti pubblici di previdenza, assistenza e tutela di cui all'art. 38 Cost., le amministrazioni militari di cui all'art. 52 Cost., i ministeri di cui all'art. 95 Cost., le amministrazioni dei servizi relativi alla giustizia di cui all'art. 110 Cost., etc.

³⁷ Cfr. art. 4 l. 20 marzo 1975, n. 70.

³⁸ F.G. SCOCA, M.R. SPASIANO, *Nozioni introduttive*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, Giappichelli, p. 3 ss., spec. p. 22.

te del potere [...] il rapporto di derivazione del potere dal dovere sembra prefigurare, quindi, un avanzamento rispetto all'ottica del potere funzionalizzato [...] il dovere è causa, fine e misura del potere conferito, così variamente conformandolo e limitandolo»³⁹.

§ 14 Si aggiunga che la dottrina costituzionalistica, nelle sue evoluzioni più recenti e sulla base di alcuni spunti variamente offerti dalla giurisprudenza della Consulta, sembra maggiormente aperta all'idea che anche a partire dall'art. 2 Cost. possano ricavarsi doveri inderogabili ulteriori rispetto a quelli tassativamente espressi in puntuali disposizioni costituzionali, vieppiù qualora tali doveri siano riferiti a soggetti pubblici: così, ad es., per il «dovere di solidarietà ambientale»⁴⁰; per il «dovere dei pubblici poteri nella lotta contro la povertà»⁴¹; per il «dovere di accoglienza nei confronti [...] di colui che si trova in una situazione di debolezza [...] come il minore, il disabile, lo straniero [...]»⁴²; per il «dovere pubblico di solidarietà alimentare»⁴³, etc.

³⁹ Così F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, cit., p. 76. Ancor più ampiamente, di recente, S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio*, cit., pp. 36-38, secondo cui «quando nell'approccio alla dinamica dell'agire amministrativo alla tradizionale prospettiva del potere si preferisca quella del dovere amministrativo ed in particolare del dovere d'ufficio» può pervenirsi a «un cambio di paradigma radicale: non si tratta infatti di anteporre il dovere al potere nel diagramma di flusso che spiega l'agire amministrativo – operazione di per sé già complessa e non unanimemente accettata – ma di andare ancora oltre, riconoscendo che la doverosità dell'agire amministrativo non può esaurirsi nell'esigenza di adozione della decisione provvedimento, così come rappresentata a livello di diritto positivo dall'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo, né tantomeno, in via ancora più generale, nel ricorso doveroso all'esercizio del potere per la realizzazione dell'interesse pubblico. Vi è infatti una doverosità che anticipa l'agire amministrativo e ne costituisce il presupposto: essa è data dal dovere d'ufficio [...] il funzionario pubblico agirà in adempimento al proprio dovere a prescindere dalle regole (variabili e contingenti) dell'agire amministrativo che l'ordinamento pone per garantire la realizzazione (doverosa) dell'interesse pubblico». Se si vuole, v. altresì M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: natura e caratteri*, in G. CARLOTTI, A. CLINI (a cura di), *Diritto amministrativo. Tomo primo – Parte sostanziale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, p. 105 ss., spec. pp. 107-112.

⁴⁰ G. GRASSO, *L'ambiente come dovere pubblico «globale»: qualche conferma nella giurisprudenza del giudice delle leggi?*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 386 ss., sulla scia di F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 215 ss.

⁴¹ M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 391 ss.; v. anche Q. CAMERLENGO, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 1-2/2019, p. 7 ss.

⁴² A. RANDAZZO, *Disabilità e acquisto della cittadinanza. Prime notazioni a margine della sent. n. 258 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 1-2/2019, p. 114 ss.

⁴³ M. BOTTIGLIERI, *La protezione del diritto al cibo adeguato nella Costituzione italiana*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2 marzo 2016; M. TROISI, *The Right to Food and Food Diversity in the Italian Constitution*, in A. ISONI, M. TROISI, M. PIERRI (eds.), *Food Diversity Between Rights, Duties and Autonomies. Legal Perspectives for a Scientific, Cultural and Social Debate on the Right to Food and Agroecology*, Cham, Springer International, 2018, p. 485 ss.

§ 15 Riassumendo, quando i soggetti titolari dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. corrispondono a pubbliche amministrazioni, non sembrano sussistere esigenze di garanzia del *favor libertatis* che impongano un'interpretazione restrittiva, in termini di *numerus clausus*, dei doveri inderogabili enunciati da tale articolo.

Accogliendo la possibilità di considerare i *doveri amministrativi inderogabili* una fattispecie “aperta”, riceve così risposta un interrogativo: *quanti* doveri?

Resta tuttavia da affrontare l'interrogativo fondamentale: *quali* doveri?

In questo contributo si offre al dibattito la seguente proposta ricostruttiva:

- *i doveri inderogabili dell'amministrazione pubblica sono in rapporto di inerenza e coimplicazione con i diritti inviolabili della persona umana; i primi, pertanto, sono identificabili in corrispondenza dei secondi;*

- *la nomopoiesi dei doveri amministrativi inderogabili si fonda sull'art. 2 Cost. in quanto fonte costituzionale che li genera direttamente e dinamicamente, facendoli scaturire dalla necessità di garantire e rendere effettivi i diritti inviolabili per evitare che questi ultimi restino flatus vocis illusori, declamabili teoricamente ma irrealizzabili praticamente;*

- *l'inderogabilità dei doveri amministrativi si radica nell'imperativo costituzionale di preservare l'invulnerabilità dei diritti umani riferita quanto meno al loro “nucleo irriducibile”.*

Il carattere eterodosso – rispetto all'*acquis* dottrinale – di questa proposta impone di giustificarne la plausibilità a fronte delle numerose obiezioni che potrebbero muoversi avverso la medesima.

§ 16 Una prima obiezione che si potrebbe muovere all'ipotesi di lavoro *sub* § 15 risiede nella convinzione, espressa dalla dottrina costituzionalistica a proposito dell'art. 2 Cost., secondo cui non vi sarebbe un rapporto di correlatività tra diritti inviolabili e doveri inderogabili: i secondi non potrebbero essere considerati, cioè, l'altra faccia di un'unica medaglia rispetto ai primi.

Questa obiezione è ben rappresentata da autorevoli affermazioni quali quella secondo cui «la figura del dovere [...] non è un mero risvolto, un mero rovescio della medaglia, di figure di situazioni giuridiche attive contrapposte [...] il dovere costituzionale non è un correlativo di diritti (costituzionali) [...] la negazione della correlazione necessaria fra diritto e dovere trova poi ulteriore riscontro nella previsione di doveri costituzionali. Non c'è bisogno di spendere molte parole per dimostrare che doveri come quello di voto o di fedeltà alla Repubblica, per esemplificare, non sono correlati a diritti [...] in conclusione, può essere condotto un discorso significativo sui doveri costituzionali perché la correlazione fra questi e i diritti o interessi pubblici non è una corrispondenza automatica e perciò una trattazione sui doveri non rappresenta un'appendice, una mera conseguenza, della riflessione relative alle situazioni giuridiche attive»⁴⁴. In termini simili, è stato di recente ribadito che «l'art. 2 Cost., in relazione ai doveri, come ai diritti, provvede ad individuare in via generale un certo tipo di situazione, evidenziando il collegamento tra gli uni e gli altri [...] tuttavia, alla giustapposizione “topografi-

⁴⁴ G. GEMMA, *Doveri costituzionali e giurisprudenza*, cit., pp. 367-368 (corsivi aggiunti).

ca” dei diritti e dei doveri *non corrisponde una simmetria necessaria tra le due situazioni fondata su una presunta (ed ineliminabile) correlazione* tra posizioni attive e passive»⁴⁵. Come si è detto, si tratta di opinione ben radicata in dottrina⁴⁶.

Tuttavia, se posta in relazione ai doveri inderogabili i cui titolari siano pubbliche amministrazioni, tale obiezione appare superabile, sotto più profili, come si tenterà ora di argomentare.

§ 17 Una delle ragioni principali che spinge i fautori della tesi *sub* § 16 a negare la correlatività tra diritti inviolabili e doveri inderogabili (ossia l'idea della simmetria tra due facce della stessa medaglia) è rappresentata dal fatto che questi autori rifiutano una risalente impostazione teorica: quella⁴⁷ che postula una concezione unitaria e “funzionale” del comportamento complessivo del *soggetto privato*, in cui i doveri inderogabili imposti *all'individuo* avrebbero la funzione di “mitigare” in senso sociale i principi individualistici propri dei diritti; se si accedesse a questa impostazione, infatti, i doveri finirebbero per assumere una posizione del tutto subalterna rispetto ai diritti, in quanto sarebbero ridotti a mero “rovescio” di questi ultimi, perdendo dunque ogni autonomia concettuale rispetto ai diritti medesimi.

Questa preoccupazione è condivisibile ma solo se, e finché, si resta ancorati alla prospettiva tradizionale secondo cui i doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. andrebbero a comprimere, gravare e limitare sempre *lo stesso soggetto* – ossia *la persona umana* – titolare dei diritti inviolabili.

Non vi è dubbio che forzare il binomio diritti-doveri costituzionali rispetto alla persona umana, per tentare di costringerlo nelle maglie di una sorta di sinallagma funzionale del tipo *cuius commoda eius et incommoda*, si porrebbe in contrasto con il «modello liberale», in cui tra diritti e doveri «il rapporto è asimmetrico e non sinallagmatico» e «i diritti precedono i doveri», in netta antitesi con il «modello totalitario», in cui «il rapporto appare invece simmetrico e quasi sinallagmatico» e «l'esercizio dei diritti è dovere e l'adempimento dei doveri diritto, con precedenza dei doveri sui diritti come dimostra la biblica massima “chi non vuol lavorare neppure mangi”»⁴⁸.

⁴⁵ F. GRANDI, *Doveri costituzionali*, cit., p. 54 (corsivi aggiunti).

⁴⁶ Ad es. v. in questo senso G. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., p. 568; F. POLACCHINI, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 679 ss., spec. p. 684; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri*, cit., p. 2.

⁴⁷ C. SCHMITT, *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, p. 208 ss.; seppur su diverse basi, cfr. altresì P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1953, p. 148.

⁴⁸ Così, molto efficacemente, J. LUTHER, *I doveri di chi giudica il giudice dei doveri*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 394 ss., citazione a p. 401: Luther richiama in proposito lo studio di V. GÖTZ, H. HOFMANN, *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension* (Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Konstanz vom 6. bis 9. Oktober 1982), in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 41, Berlin, De Gruyter, 1983, p. 7 ss.

Tuttavia, questa preoccupazione non sembra potersi estendere *tout court* ai casi in cui i diritti inviolabili e i doveri inderogabili siano in posizione di “asimmetria soggettiva”, ossia quando i primi vedano come titolare la persona umana e i secondi, invece, le pubbliche amministrazioni.

Ove cioè si ammetta la configurabilità di doveri *amministrativi* inderogabili ex art. 2 Cost., non sembra che porre tali doveri *in rapporto di inerenza e di complicazione con i diritti inviolabili della persona* (secondo la proposta qui avanzata *sub* § 15) comporti rischi di compressione dei diritti inviolabili: sembra piuttosto di poter affermare il contrario, giacché (come si propone in questo contributo) l'art. 2 Cost., nel fondare direttamente l'esistenza di doveri inderogabili *in capo alle pubbliche amministrazioni*, li configura al contempo come *presidi dei diritti inviolabili della persona umana*.

I doveri amministrativi inderogabili, pertanto, lungi dal porsi come reagenti di “mitigazione” dei diritti inviolabili, rappresenterebbero agenti di “anti-riduzione” dei medesimi a salvaguardia quanto meno del loro nucleo irriducibile.

§ 18 La proposta ricostruttiva *sub* § 15 qui delineata, nel configurare tra i doveri inderogabili dell'amministrazione pubblica e i diritti inviolabili della persona umana un rapporto di inerenza e complicazione, non priva di autonomia concettuale i primi né li riduce a mera appendice o pallido riflesso dei secondi.

I doveri amministrativi inderogabili, infatti, non appaiono essere né “echi” né “ombre” dei diritti inviolabili ma, al contrario, “motori” di garanzie per l'effettività dei medesimi.

Come è stato detto, in termini generali, da attenta dottrina, «*i diritti [...] sono anche la ragion d'essere dei doveri. I doveri [...] sono tutti funzionali* nel senso che fungono da “garanzia sociale” dei diritti civili, sociali e politici. Perfino il dovere di difesa può essere inteso come funzionale alla garanzia dei diritti di vita, libertà, proprietà ecc. altrui. *I doveri inderogabili sono “fondamentali” per quelle prestazioni dello Stato che risultano indispensabili perché i cittadini possano esercitare i propri diritti fondamentali [...]* in questo senso, *i doveri sono non semplici limiti dei diritti, ma anche contributi subordinati alla loro garanzia effettiva*. Si pongono in un rapporto asimmetrico rispetto ai diritti fondamentali perché la stessa interpretazione “funzionale” che risulta incompatibile con lo spirito dei diritti sembra invece doverosa e l'unica compatibile con lo spirito dei doveri. Nulla esclude peraltro che singoli doveri siano poi legati a singoli diritti fondamentali, per lo più sociali e culturali, come ad es. quello dei trattamenti sanitari di prevenzione al diritto alla salute, l'obbligo di frequenza con il diritto allo studio o il dovere di salvaguardare l'ambiente al diritto ad un ambiente salubre»⁴⁹. E recentemente si è ricordato che «l'articolo 2 Cost. declina al plurale e in coppia con i diritti inviolabili dell'uomo, nel medesimo comma, senza punti, né punti e virgola» i «do-

⁴⁹ Così ancora J. LUTHER, *I doveri*, cit., pp. 401-402 (corsivi aggiunti).

veri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale [...] come *precondizione per il godimento di quei diritti*⁵⁰.

§ 19 I fautori della tesi *sub* § 16 escludono la reciprocità tra «diritti inviolabili» e «doveri inderogabili» richiamandosi, per altro verso, all'autorevole magistero di Santi Romano, ampiamente recepito dalla dottrina italiana successiva.

Poiché il rinvio al pensiero del maestro palermitano si ripete ormai tralattivamente in molti dei contributi giuspublicistici sul tema dei doveri, sembra opportuno soffermarsi su di esso, per tentare di comprendere se, ed in che limiti, risulti ostativo alla formulabilità della proposta ricostruttiva avanzata nel presente lavoro.

Ai problemi posti dall'analisi di Santi Romano, e soprattutto alla necessità di riconsiderare i medesimi alla luce dell'evoluzione dello scenario giusfilosofico e costituzionale, saranno dedicati i successivi §§ 20-26, ove si tenterà di contestualizzare, chiarire ed approfondire, tanto sul piano della teoria generale quanto su quello del diritto positivo, la proposta qui delineata *sub* § 15.

§ 20 Come è noto, nella voce *Doveri. Obblighi* dei Suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*⁵¹, Santi Romano proponeva una *summa divisio* concettuale tra «doveri» e «obblighi», con queste parole: «ci sono dei doveri [...] che *non sono correlativi*, in nessuno dei sensi in cui questa correlazione può aversi, a *diritti di altri soggetti* e che quindi rimangono fuori l'orbita di ogni rapporto giuridico [...] con singole persone, e doveri che al contrario costituiscono uno dei termini di questi rapporti e appaiono *corrispondenti ad altrui diritti soggettivi* [...] è per conseguenza necessario proporre i nomi con cui si potrebbero designare le suddette due specie di doveri. Sembra che *i primi potrebbero dirsi doveri senz'altra specificazione*, cioè adoperando questa parola in senso stretto [...] *i secondi invece potrebbero dirsi obblighi*, nome questo che appare appropriato [...] sembra opportuno che [...] si parli di *doveri in senso stretto quando ad essi non sono correlativi dei diritti*, si parli invece di *obblighi nell'ipotesi contraria*»⁵².

Nella successiva e connessa voce dei *Frammenti*, altrettanto nota, *Poteri. Potestà*⁵³, nell'operare una netta distinzione tra «potere in senso stretto (o potestà)» e «diritto soggettivo», Santi Romano affermava che «il *diritto soggettivo* si svolgerebbe sempre *in un concreto e particolare rapporto giuridico o con una data cosa o verso date persone* che viceversa avrebbero *obblighi corrispondenti*», mentre invece il «*potere in senso stretto* [...] si svolgerebbe *in una direzione o aspetto generico, non avrebbe oggetti singolarmente determinati, non si risolverebbe in pretese verso altri soggetti e perciò non*

⁵⁰ C. TRIPODINA, *Aporofobia. Paura e povertà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2019, 1 ss., citazione a p. 17 (corsivi aggiunti).

⁵¹ S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 91 ss.

⁵² ID., *Doveri. Obblighi*, cit., pp. 104-105 (corsivi aggiunti).

⁵³ S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 172 ss.

sarebbe correlativo ad obblighi⁵⁴; dunque «il potere si svolge, non in un particolare e concreto rapporto giuridico, ma in una direzione più o meno generale»⁵⁵.

Sempre a proposito della distinzione tra diritti soggettivi e poteri, il chiaro Autore criticava aspramente il tentativo di configurare come «diritti» situazioni giuridiche soggettive non inserite in un rapporto giuridico particolare (ossia tra persone identificate) e concreto (ossia riferito ad oggetti specifici), definendo «sterile» ogni sforzo in questo senso e ravvisando la necessità di espungere teoricamente, per una sistematica rigorosa, «diritti astratti», «diritti che sarebbero tali perché servirebbero a tradurre in atto diritti latenti» o che si svolgerebbero in «rapporti giuridici ipotetici»: secondo Santi Romano, «simili espressioni» sarebbero da rifiutare perché con esse «si insinua evidentemente per lo meno il dubbio che questi “diritti” siano incompleti, non effettivi, soltanto potenziali, non ancora sviluppati, più germi di diritto e di rapporti che diritti e rapporti concreti»; l'errore di simili tesi consisterebbe, a giudizio di Santi Romano, nel fatto che «la verità è che come diritti non esistono affatto, ma esistono invece come poteri»⁵⁶.

In base a questa proposta, dunque, i «doveri» in senso stretto non sarebbero in correlazione con «diritti»; potrebbe semmai accadere che ai doveri «corrispondano invece dei poteri, che abbiano soprattutto la funzione di assicurarne l'adempimento: senonché questi poteri non danno luogo, assieme ad essi, ad alcun rapporto giuridico»; uno di questi casi si configurerebbe «quando si ha la figura della funzione a cui è inerente quella del cd. potere discrezionale: in questo caso [...] potere e dovere si uniscono e si accentrano nello stesso soggetto»⁵⁷.

Santi Romano aggiungeva infine che «nel diritto pubblico, la figura del dovere disgiunto da un altrui diritto è più frequente e, in taluni casi, più evidente. Sono, infatti, numerosissimi i doveri che sono sanciti a protezione di interessi del tutto oggettivi o che non si impersonano in soggetti diversi da quelli cui tali doveri sono imposti, in modo che il loro adempimento è garantito mediante l'esercizio di funzioni e, in genere, di poteri che non assumono la figura di diritti soggettivi [...] un dovere senza che ci sia un beneficiario di esso che abbia la qualità di persona e si possa quindi considerare come soggetto di un diritto correlativo. La consistenza di questo dovere deve allora ricercarsi nel potere, di cui è investito qualche altro soggetto, di pretendere il suo adempimento. Siffatto potere non è un diritto [...] e, tanto meno, è col dovere in una relazione di correlatività: il potere non è, in questa ipotesi, che una garanzia dell'osservanza del dovere e il soggetto di essi non entra col soggetto del dovere in un rapporto giuridico [...] e neppure un rapporto giuridico può rinvenirsi nel dovere considerato in sé e per sé, perché mancherebbe uno dei due termini fra cui ogni rapporto giuridico deve intercedere»⁵⁸.

§ 21 Ferma l'indiscussa autorevolezza dell'impostazione fornita da Santi Romano, non sembra tuttavia che un mero rimando ad essa basti a risolvere negativamente il problema del nesso tra diritti inviolabili e doveri inderogabili

⁵⁴ ID., *Poteri. Potestà*, cit., pp. 173-174 (corsivi aggiunti).

⁵⁵ ID., *Poteri. Potestà*, cit., pp. 180-181 (corsivi aggiunti).

⁵⁶ ID., *Poteri. Potestà*, cit., p. 187 (corsivi aggiunti).

⁵⁷ ID., *Doveri. Obblighi*, cit., pp. 106-107 (corsivi aggiunti).

⁵⁸ ID., *Doveri. Obblighi*, cit., pp. 95-96 (corsivi aggiunti).

in seno all'art. 2 Cost., nel senso di far ritenere i doveri irrelati ed avulsi da un rapporto giuridico con i diritti.

Secondo la nota parabola evangelica, «nessuno mette vino nuovo in otri vecchi; altrimenti il vino nuovo fa scoppiare gli otri, il vino si spande, e gli otri vanno perduti [...] il vino nuovo va messo in otri nuovi» [Luca 5, 37-38].

Nel caso di specie, vi è un punto da sottolineare, per quanto possa apparire ovvio: Santi Romano scriveva le pagine sopra riportate in un contesto *pre-costituzionale*⁵⁹.

La Costituzione non era perciò presente agli occhi dell'Autore che vergava i *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947) e che morì prima che la Carta vedesse la luce. Non si tratta di una precisazione meramente cronologica, ma di un aspetto che appare rilevante sul piano sistematico e ricostruttivo.

La Costituzione, nell'art. 2 Cost., scolpisce infatti due formule lessicali che segnano una netta discontinuità rispetto allo *status quo ante*: diritti riferiti all'«uomo» e qualificati come «inviolabili» – che non vengono creati ma riconosciuti dal Costituente – e doveri «di solidarietà» qualificati come «inderogabili» di cui «richiede l'adempimento» la stessa «Repubblica» nel suo complesso.

Di fronte alla novità rappresentata dall'avvento della Costituzione e del suo inedito linguaggio, non dovrebbe darsi per scontato che le definizioni stipulative di diritto, dovere ed obbligo proposte da Santi Romano *ante Constitutionem* siano “otri” concettuali idonei al meccanico riversamento in essi, *tout court*, del “vino” nuovo dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili enunciati dalla Carta costituzionale. Vi è, all'opposto, il rischio che operando acriticamente un travaso del genere, come nella parabola evangelica, si determini una rottura della forma di tali recipienti concettuali per l'incapacità dei medesimi di contenere la sostanza dei nuovi istituti forgiati dal diritto positivo.

L'interprete, nel momento in cui si trova di fronte a una Costituzione scritta e rigida che, al vertice dell'ordinamento positivo, impiega in maniera espressa e consapevole la formula testuale «doveri inderogabili», è dunque chiamato a ‘prenderla sul serio’: la provocatoria espressione dworkiniana, pensata per i diritti, vale anche per i doveri e, almeno a giudizio di chi scrive, rende non plausibile ritenere che i doveri costituzionalmente inderogabili siano de-quotabili, in sede di ricostruzione teorica, a chimeriche non-situazioni, postulando cioè che al *nomen* “doveri” non corrisponda in realtà alcuna *rosa* nel giardino delle posizioni giuridiche soggettive. Altrimenti si perverrebbe a una sorta di *interpretatio abrogans* del testo costituzionale, che non è consentita neppure dilatando al massimo la latitudine delle possibilità di manovra dell'interprete. Per queste ragioni, almeno rispetto ai «doveri inderogabili» di cui all'art. 2 Cost., non sembra che possa essere accolta neppure quella critica radicale alla figura del dovere che una raffinata dottrina, portando (coerentemente) alle sue estreme conseguenze l'impostazione di Santi Romano circa il carattere non-relazionale del dovere a fronte del carattere relazionale dell'obbligo, ha così sin-

⁵⁹ La voce *Poteri. Potestà* reca la data del dicembre 1945-gennaio 1946; la voce *Doveri. Obblighi* la data del marzo-aprile 1946.

tetizzato: poichè i doveri verso *tutti in generale* rischiano di (non) essere verso *nessuno in particolare* e quindi appaiono irrelati, «il dovere come situazione soggettiva non esiste: perché se è situazione è obbligo, se non è obbligo non è situazione»⁶⁰.

§ 22 Restando sul piano della teoria generale, la tormentata questione del rapporto di correlatività tra diritti e doveri ha formato oggetto di ampia discussione nella letteratura della seconda metà del Novecento che, come è noto, ha preso le mosse dalle seminali tavole di Hohfeld⁶¹ e, in particolare, dalla scomposizione del prisma del diritto soggettivo in distinte situazioni giuridiche “atomiche” – pretesa; libertà; potere; immunità – e dall’individuazione delle situazioni giuridiche “atomiche” ad esse rispettivamente correlative – dovere; non-diritto; soggezione; incompetenza –⁶².

L’aspetto più interessante del dibattito scaturito dall’opera hohfeldiana, e tuttora in corso, è la progressiva presa di coscienza della complessità e multidimensionalità dei concetti di «diritto» e di «dovere», della difficoltà di ridurli a relazioni puramente bilaterali tra individui in relazione ad oggetti specifici: problema che si acuisce nei contesti costituzionali, in cui emergono al centro della scena i diritti fondamentali, inviolabili, dell’uomo.

In questa evoluzione si coglie la necessità di andare oltre la visione di Santi Romano secondo cui il rapporto giuridico sarebbe sempre una relazione concreta e particolare, onde soltanto gli obblighi si collocherebbero dialetticamente all’interno di rapporti giuridici con i diritti, mentre i doveri vi resterebbero inesorabilmente estranei.

A ciò si può obiettare, come è stato notato ad altri fini in sede giusfilosofica, che un rapporto giuridico tra diritti e doveri è configurabile anche a fronte di *diritti e doveri connotati da diversi gradi di specificità*, purchè i diritti e doveri che si fronteggiano abbiano, *tra loro*, lo stesso grado di specificità: in altri termini, *un diritto generale è in rapporto di correlazione con un dovere generale, così come un diritto specifico è in rapporto di correlazione con un dovere specifico*⁶³. In tali casi, semmai, «sarà necessario esperire un’operazione di concretizzazione, magari mediata da passaggi intermedi in cui da un diritto molto generico e indeterminato si passa

⁶⁰ Così L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo del nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 130 e p. 132.

⁶¹ W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, Yale University Press, 1923 [trad. it. *Concetti giuridici fondamentali* (a cura di M. LOSANO), Torino, Einaudi, 1969].

⁶² Per questa traduzione italiana della terminologia di Hohfeld (come è noto, ve ne sono anche di differenti) e per una perspicua sintesi, v. G. PINO, *Diritti soggettivi*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 220 ss.

⁶³ Così, specificando la sistematica di Hohfeld, si esprime M.H. KRAMER nel noto saggio *Rights without Trimmings*, in M.H. KRAMER, N.E. SIMMONDS, H. STEINER, *A Debate over Rights: Philosophical Enquiries*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 7 ss., spec. pp. 42-43, il quale ivi aggiunge: «il diritto astratto è correlato soltanto a un dovere astratto, mentre ogni dovere concreto è correlato solo al corrispondente diritto concreto».

all'elaborazione di un altro diritto meno generico e indeterminato, e infine ad un diritto esattamente specificato»⁶⁴.

Già questo mostra come non sia esatto ritenere, in una logica *on/off*, che solo l'obbligo (e mai il dovere) si correli al diritto: occorre, invece, concepire gradualisticamente⁶⁵ sia il diritto che il dovere, distribuendoli lungo uno spettro, in cui da diritti a più basso grado di specificità si passa via via a diritti a più alto grado di specificità, con doveri che si correlano a tali diritti variando, a loro volta, da un grado più basso (i «doveri in senso stretto», nella terminologia romaniana) a un grado più alto (gli «obblighi», in senso romaniano) di specificità.

I «diritti astratti» criticati da Santi Romano non sono, dunque, entità necessariamente estranee all'orbita del rapporto giuridico; e i «doveri in senso stretto», che secondo Santi Romano sarebbero anch'essi fuori dal rapporto giuridico per la loro non riferibilità a soggetti specifici, in realtà sono suscettibili di correlarsi a quei «diritti astratti»⁶⁶, così come gli «obblighi» lo sono rispetto a «diritti concreti» ancorati a soggetti singoli e oggetti determinati.

Si aggiunga che si riconosce, ormai, come solo raramente i «diritti» corrispondano a singole situazioni giuridiche hohfeldiane, giacché invece, di regola, si tratta di «diritti a grappolo»⁶⁷, ossia di un «aggregato molecolare più o meno complesso di posizioni soggettive atomiche»⁶⁸; i «diritti», a dispetto dell'apparente semplicità del loro nome, si rivelano cioè quasi sempre «*cluster-rights*»⁶⁹, fasci inestricabilmente intrecciati di situazioni multiformi. Si è parlato in questo senso della necessità di distinguere «micro-diritti» da «macro-diritti»⁷⁰, onde potrebbe ipotizzarsi che, come a «micro-diritti» sono correlativi «micro-doveri», così a «macro-diritti» siano correlativi «macro-doveri».

§ 23 Quanto osservato nel precedente § 22 esige ulteriori precisazioni qualora, in luogo di diritti soggettivi «ordinari», vengano in gioco diritti *costituzionali* qualificati come *inviolabili, fondamentali o umani*.

In simili casi, infatti, può ritenersi – parafrasando una nota terminologia – che si tratti non tanto di «diritti contro» [*rights against*], ossia dei diritti soggettivi in senso tradizionale di un singolo nei confronti di un altro singolo e ad oggetto determinato [*special rights*], quanto piuttosto di «diritti a» [*rights to*], di

⁶⁴ G. PINO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 248.

⁶⁵ Per la prospettiva del metodo gradualista, si vedano le opere scientifiche di G. ROSSI, da ultimo selezionate nei tre volumi (con il coordinamento di D. PAPPANO) *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, cit.

⁶⁶ V. *supra*, nota 63.

⁶⁷ F. FERRARO, *Diritti*, in M. RICCIARDI, A. ROSSETTI, V. VELLUZZI (a cura di), *Filosofia del diritto: norme, concetti, argomenti*, Roma, Carocci, 2015, p. 131 ss., citazione a p. 134: l'Autore riprende l'espressione da J. FEINBERG, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1973 [trad. it. *Filosofia sociale* (a cura di L. ANDREOZZI), Milano, Il Saggiatore, 1996], pp. 124-125.

⁶⁸ G. PINO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 247.

⁶⁹ J.J. THOMSON, *The Realm of Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, p. 51 ss.

⁷⁰ M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 39-42.

portata ben più generale [*general rights*]⁷¹: come esempio di «diritto a», di portata generale e di rango costituzionale, «il diritto alla salute genera il dovere, in capo alle autorità statali, di garantire l'accesso alle cure agli indigenti [...] con l'istituzione e il mantenimento di un efficiente sistema sanitario pubblico; ma può anche, successivamente, generare il dovere da parte delle stesse autorità di tutelare l'ambiente e di sanare situazioni potenzialmente pericolose per la salute degli individui»⁷².

Risultati di notevole rilievo si determinano, soprattutto, ove si abbracci una «concezione dinamica dei diritti»⁷³ connotata dalla seguente tesi distintive: «1) un diritto non è (non necessariamente) una relazione elementare fra una coppia di individui determinati; 2) non è neppure un aggregato di simili relazioni; 3) v'è, effettivamente, un elemento comune alle diverse cose che chiamiamo «diritti»; 4) non necessariamente v'è correlatività fra diritti e doveri; piuttosto 5) un diritto è, tipicamente, una ragione per l'imposizione o il riconoscimento di un dovere (o di doveri, o in generale di ulteriori posizioni normative: soggezioni, incapacità, poteri, ecc.) ad esso riconducibili. Il diritto è, cioè, un criterio di individuazione, e un principio di giustificazione, di doveri, o ulteriori posizioni soggettive; è questo, precisamente, l'elemento unificatore del vocabolario dei diritti. Dunque 6) i diritti stanno in una relazione di priorità (concettuale, logica, assiologica, e talvolta cronologica) rispetto ai doveri – o, in generale, alle posizioni normative soggettive – da essi giustificati o giustificabili»⁷⁴.

Assumendo questa concezione, i diritti inviolabili fungono, come è stato detto, da «diritti-ragioni»⁷⁵, in quanto operano «nel senso di fondare e di giustificare doveri»⁷⁶. E si è aggiunto che «quando si parla di diritti fondamentali sembra che, generalmente, ci si riferisca a diritti-ragioni, che giustificano la creazione di sempre nuovi doveri [...] in accordo con il mutare delle circostanze [...] è il caso di notare, però, che i diritti fondamentali così considerati non sembrano più il prodotto di norme, per quanto di norme peculiari (i principi): sembrano costituire, invece, essi stessi delle norme, dei principi, dei valori da perseguire»⁷⁷.

Il rapporto tra diritti inviolabili e doveri inderogabili scolpito dall'art. 2 Cost., in questa cornice teorica, sembra riconducibile al modello generale teorizzato da un illustre studioso⁷⁸ secondo cui «*diritti generano doveri*»: in questa prospettiva, «i diritti devono essere considerati come generatori non solo di un singolo dovere, ma di ondate successive di doveri» [*waves of duties*] e «anche un

⁷¹ H.J. McCLOSKEY, *Rights*, in *The Philosophical Quarterly*, vol. 15, no. 59, 1965, p. 115 ss., spec. p. 118.

⁷² L'esempio è di F. FERRARO, *Diritti*, cit., p. 135.

⁷³ Cfr. B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2013, spec. p. 23 ss.

⁷⁴ ID., *op. ult. cit.*, p. 66.

⁷⁵ M. BARBERIS, *Introduzione allo studio del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 84-87.

⁷⁶ F. FERRARO, *Il linguaggio dei diritti tra inflazione e scetticismo*, in *Etica & Politica*, XV, 2013, 1, p. 25 ss., citazione a p. 33.

⁷⁷ F. FERRARO, *Diritti*, cit., p. 137.

⁷⁸ J. WALDRON, *Rights in Conflict*, in *Ethics*, vol. 99, no. 3, 1989, p. 503 ss.

particolare dovere, pensato come associato a un diritto, genera esso stesso ondate di doveri»; secondo questa tesi, «i diritti contrassegnano il modo in cui interessi generano doveri [...] un unico diritto può generare doveri sia negativi che positivi: alcuni richiederanno omissioni mentre altri richiederanno azioni e utilizzo di risorse. Ciò significa che può essere impossibile affermare in maniera certa che un dato diritto abbia carattere puramente negativo [...] o puramente positivo»⁷⁹.

Una costruzione particolarmente esplicativa al riguardo, elaborata dalla dottrina internazionalistica relativamente ai diritti umani⁸⁰ e fatta propria dal Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali⁸¹, è quella che mostra come tali diritti generino vari tipi di doveri dei soggetti pubblici, *in primis* degli Stati, classificati come doveri «di rispettare» [*to respect*], «di proteggere» [*to protect*] e «di realizzare» [*to fulfil*] i diritti umani; i doveri pubblici «di realizzare» sono, a loro volta, articolabili in doveri «di facilitare» [*to facilitate*], «di provvedere» [*to provide*] e «di promuovere» [*to promote*] i diritti⁸².

Si noti che, secondo la stessa dottrina, tra i doveri in capo allo Stato generati dai diritti umani vi sarebbe anche il «dovere di allestire le strutture istituzionali indispensabili alla realizzazione dei diritti», oltre al «dovere di fornire beni e servizi per soddisfare i diritti»⁸³: si tratta di doveri il cui assolvimento chiama in causa, con ogni evidenza, anche le pubbliche amministrazioni.

§ 24 Tutto quanto fin qui esposto sembra confermare la (non im)plausibilità dell'ipotesi di lavoro esposta *sub* § 15: ritornando al testo dell'art. 2 Cost., che resta il fulcro di questa indagine, il quadro teorico che precede consente, a questo punto, di compiere un ulteriore progresso nell'analisi.

Il passo in avanti che qui si propone consiste nell'interrelare, agli specifici fini di una migliore decifrazione del rapporto tra diritti inviolabili delle persone e doveri inderogabili delle amministrazioni, il tessuto costituzionale con il sistema della CEDU.

Non si intende sconfinare in questa sede in quel vero e proprio campo minato, costellato di insidie e pullulante di contrasti dottrinali e giurispruden-

⁷⁹ ID., *op. ult. cit.*, pp. 510-512 (corsivi aggiunti).

⁸⁰ H. SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, 2nd ed., Princeton, Princeton University Press, 1996; A. EIDE, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, in A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2nd ed., Dordrecht-Boston-Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 9 ss.; H.J. STEINER, P. ALSTON, R. GOODMAN, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, 3rd ed., New York-Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁸¹ Cfr. K.G. YOUNG, *Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*, in *Yale International Law Journal*, vol. 33, 2008, p. 113 ss.

⁸² Per questa classificazione, che il Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali ha trasfuso nel *General Comment No. 12* e nel *General Comment No. 14*, v. l'ampia disamina di M.M. SEPÚLVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Intersentia Publishers, 2003, p. 157 ss.

⁸³ H.J. STEINER, P. ALSTON, R. GOODMAN, *International Human Rights in Context*, cit., pp. 186-189.

ziali, che è divenuta la discussione del rapporto tra Costituzione e CEDU e, in conseguenza, tra Corte costituzionale e Corte EDU.

Tuttavia, sembra di poter fissare con sufficiente serenità almeno un punto. Anche a non voler aderire a quelle tesi che predicano una sostanziale equiordinazione “assiologico-sostanziale” tra CEDU e Costituzione in una prospettiva “intercostituzionale” basata sul “principio di apertura” della Costituzione e sul concorso armonico e “circolare” delle diverse Carte alla più intensa tutela dei diritti⁸⁴, e ribadire, invece, la subordinazione “gerarchica” alla Costituzione della CEDU in quanto fonte “subcostituzionale” e parametro “interposto” in una prospettiva di “predominio” della prima fonte sulla seconda (secondo quanto affermato sinora dalla giurisprudenza costituzionale, seppur con qualche oscillazione), può dirsi comunque, con le parole della stessa Consulta, che il sistema CEDU e la Costituzione «*si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione*»⁸⁵, onde occorre «*garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione*»⁸⁶.

In questa prospettiva, la giurisprudenza sviluppata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'interpretazione della CEDU, rispetto alla portata dei diritti fondamentali di cui alla Convenzione, soprattutto ove stabilizzatasi in un orientamento consolidato della stessa Corte di Strasburgo, può e deve essere «presa in considerazione»⁸⁷ come ausilio per proporre una rinnovata interpretazione del testo dell'art. 2 Cost. rispetto al nesso tra diritti inviolabili dei soggetti privati e doveri inderogabili dei soggetti pubblici.

Non si intende in alcun modo sostenere, ovviamente, che la giurisprudenza della Corte EDU sia utilizzabile per *imporre* una data interpretazione del testo costituzionale, ma solo che essa possa contribuire ad *argomentare* la plausibilità di una delle interpretazioni rese composibili dalla formulazione dell'art. 2 Cost. D'altra parte, anche chi si oppone all'idea che la giurisprudenza della Corte EDU divenga «un vincolo nell'interpretazione della Costituzione» (affermando che, se ciò accadesse, si sarebbe «in presenza di un vero e proprio ordinamento concorrente, rispetto al quale sarebbe forse bene definire dei “controllimiti”»), ammette invece, senza particolari riserve, che comunque «la CEDU possa e debba costituire un criterio di interpretazione delle norme dell'ordinamento

⁸⁴ Si tratta della nota posizione, per tutti, di Antonio Ruggeri, ribadita dal chiaro Autore in numerosi scritti, tra i quali A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. dir.*, n. 3/2010, p. 3 ss.; ID., *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in *www.diritticomparati.it*, 19 aprile 2013, p. 1 ss.; ID., *La oscillante “forza normativa” della CEDU, vista dalla Consulta*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 193 ss. Come è noto, tale posizione è condivisa da vari studiosi ma è aspramente criticata da altri: tra questi ultimi, in particolare, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, FrancoAngeli, 2018; ID., *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1, 2019, p. 11 ss.

⁸⁵ Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388.

⁸⁶ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349.

⁸⁷ Per questa espressione, v. P. ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, p. 1 ss., da p. 24.

interno, e anche di quelle di rango costituzionale»⁸⁸. Dunque, la «apertura del tessuto costituzionale agli apporti sovranazionali» può avvenire conciliando «primato della Costituzione e “integrazione” con la CEDU», e ciò proprio «per il tramite privilegiato dell'interpretazione costituzionale, nella logica di un completamento reciproco tra Carte dei diritti e Costituzioni nazionali, che non pregiudichi il primato di queste ultime»⁸⁹, come d'altronde accade da tempo nell'ordinamento tedesco, ove il sistema CEDU opera «quale strumento di ausilio interpretativo (*Auslegungshilfe*) per la esatta determinazione di contenuti e portata di diritti fondamentali e di principi fondamentali dello stato di diritto recati dal *Grundgesetz*, nella misura in cui ciò non comporti comunque una limitazione o un ridimensionamento della tutela dei diritti fondamentali secondo la Costituzione»⁹⁰.

§ 25 La giurisprudenza della Corte EDU fornisce un contributo prezioso a proposito del nesso tra doveri pubblici e diritti umani: si tratta della teoria delle cd. «*positive obligations*» degli Stati.

Consolidato da oltre un cinquantennio, questo orientamento della Corte di Strasburgo si traduce in un'interpretazione della Convenzione che può così sintetizzarsi: laddove la CEDU consacra diritti fondamentali e ne esige il rispetto, questi ultimi non possono restare solo teorici o illusori, onde *dai diritti dell'uomo scaturiscono doveri positivi degli Stati*, che sono *implicati* dai diritti e quindi sono *enucleabili per deduzione giusgenerativa* da essi (considerati sia singolarmente che nel loro complesso): doveri che investono *lo Stato in tutte le sue articolazioni*, centrali e locali, e *in tutti i suoi apparati e organi*, siano essi legislativi, giudiziari o amministrativi; doveri sia di carattere *sostanziale* che di carattere *procedurale*; doveri che la Corte EDU definisce *positivi* in quanto essi consistono non già in mere astensioni da interferenze, bensì nella *necessità che i soggetti pubblici che compongono lo Stato si mobilitino e intervengano per proteggere, realizzare e rendere effettivo il godimento e l'esercizio dei diritti fondamentali*, non solo attraverso atti giuridici formali ma *anche attraverso prassi, comportamenti, informazioni, organizzazioni, prestazioni*, soprattutto quando sia a rischio il *nucleo essenziale* dei diritti medesimi⁹¹.

⁸⁸ F. MARONE, *La CEDU da parametro di legittimità costituzionale della legge a fonte concorrente con la Costituzione?*, in *www.giurcost.org, Studi*, 2014, p. 1 ss., citazioni a p. 11 (corsivi aggiunti).

⁸⁹ M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il “caso” dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 19 aprile 2013, citazioni alle pp. 7-8 (corsivi aggiunti); ma v. già ID., *La “funzione ermeneutica” delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2000, pp. 291 ss.

⁹⁰ V. BALDINI, *Tutela interna e tutela internazionale dei diritti umani tra sovranità democratica e Jurisdiktionsstaat (i limiti della Völkerrechtsfreundlichkeit nell'ordinamento costituzionale italiano)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 5 aprile 2013, citazione a p. 5 (corsivi aggiunti).

⁹¹ Per un'ampia analisi della teoria delle «*positive obligations*» nella vastissima casistica giurisprudenziale della Corte EDU, che può farsi partire dalla celebre sentenza *Affaire Linguistique Belge* del 23 luglio 1968, v. P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998; K. STARMER, *Positive Obligations under the Convention*, in J. JOWELL, J. COOPER (eds.), *Understanding Human Rights Principles*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 139 ss.; J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights : A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2007; R. SAPIENZA, *Art. 1 -*

Un'acuta dottrina, nell'esaminare la giurisprudenza della Corte EDU, ha proposto in maniera illuminante di rintracciare il fondamento delle «*positive obligations*» degli Stati, pur nel silenzio della Convenzione, nella «*teoria dell'inerenza*» ai diritti⁹²: la Corte, in questa prospettiva, non crea *ex nihilo* i doveri pubblici né opera un'interpretazione estensiva della Convenzione, ma *enuclea i doveri dello Stato dal loro rapporto di stretta e coesistente inerenza ai diritti fondamentali*.

La stessa Corte EDU aggiunge, però, che le operazioni interpretative che ricavano le «*positive obligations*» dall'inerenza ai diritti fondamentali devono rispettare alcuni invalicabili limiti: «*non imporre alle autorità un onere insostenibile o eccessivo*»; riconoscere ai soggetti pubblici «*un ampio potere di apprezzamento nella scelta del metodo da utilizzare*» per adempiere al loro dovere; considerare che le autorità pubbliche sono «*legate da un obbligo di mezzo e non di risultato*» alla protezione attiva dei diritti della Convenzione⁹³. La Corte ha aggiunto, coerentemente, che «*non rientra nelle attribuzioni della Corte sostituirsi alle autorità nazionali ed operare al posto di quest'ultime una scelta tra la vasta gamma di misure idonee a garantire il rispetto delle positive obligations*»; tuttavia, resta fermo che «*la Corte deve vigilare affinché gli Stati adempiano correttamente al loro dovere di proteggere i diritti delle persone*», onde «*la questione dell'adeguatezza della risposta delle autorità può sollevare un problema rispetto alla Convenzione*»⁹⁴.

§ 26 Il sistema CEDU, nel cui seno si è consolidata la teoria della «*inerenza*» ai diritti umani delle «*positive obligations*» quali doveri pubblici (in particolare, amministrativi) di garanzia e protezione attiva dei medesimi diritti da parte degli Stati, si integra nell'interpretazione con l'art. 2 Cost. e, per questa via, fornisce una chiave ermeneutica fondamentale per la decrittazione del rapporto che lo stesso art. 2 della Costituzione istituisce tra riconoscimento dei «*diritti inviolabili*» e richiesta di adempimento dei «*doveri inderogabili*».

Nella prospettiva dell'integrazione e del completamento reciproco, sul piano interpretativo, tra le due Carte, se i «*diritti inviolabili*» di cui all'art. 2 della Costituzione presentano un'evidente omologia con gli «*human rights*» della CEDU, allora sembra plausibile sostenere che i «*doveri inderogabili*» di cui all'art. 2 Cost. si prestino a ricomprendere in sé anche le «*positive obligations*», di cui al sistema CEDU, incumbenti sui soggetti pubblici.

Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, p. 13 ss.; D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London-New York, Routledge, 2013; L. LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship Between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2016.

⁹² F. SUDRE, *Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, 1995, p. 363 ss., spec. p. 367, seguito da P. PUSTORINO, *op. ult. cit.*, e da L. LAVRYSEN, *op. ult. cit.*

⁹³ Così, *ex multis*, la sentenza *Esterina Marro e altri* dell'8 aprile 2014, §§ 40 e 45.

⁹⁴ Così, *ex multis*, la sentenza *Talpis* del 2 marzo 2017, § 103.

L'integrazione interpretativa tra Convenzione e Costituzione può pertanto consentire:

- di superare la tradizionale lettura che restringe i «doveri inderogabili» di cui all'art. 2 Cost. ai soli doveri intestati a soggetti privati, liberando tutte le potenzialità semantiche latenti nel testo dell'enunciato costituzionale nel senso di attrarre, all'interno della sua cornice di significati, *non solo i doveri individuali inderogabili ma anche i doveri* (pubblici e, in particolare, per quel che in questa sede più rileva) *amministrativi inderogabili*;

- di ricostruire il rapporto tra doveri amministrativi inderogabili e diritti umani inviolabili non secondo un modello di correlatività speculare (come se fossero, cioè, due facce della stessa medaglia, ciascuna il mero rovescio dell'altra e reciprocamente convertibili in negativo), bensì secondo il modello (già esaminato supra, nel § 23) dei «diritti-ragioni» della persona umana che generano, in capo alla p.a., «ondate di doveri», questi ultimi «garanzie» amministrative per l'effettività dell'esercizio e del godimento dei diritti, alimentando un circolo positivo in cui *diritti della persona attivano doveri dell'amministrazione che catalizzano diritti della persona*.

§ 27 Si ritiene di aver fin qui fornito argomenti, sul piano della teoria generale e del diritto positivo, a sostegno della plausibilità della proposta ricostruttiva delineata supra, nel § 15.

Questo contributo si prefigge di offrire un'ipotesi di lavoro iniziale, aperta alla falsificabilità nel successivo e plurale dibattito che auspica di poter innescare, al fine di poterne registrare le reazioni e coglierne le feconde retroazioni. L'intenzione di chi scrive è quella di destinare una successiva indagine allo studio delle molteplici dimensioni, problematiche e sistematiche, che l'ipotesi qui esposta dischiude, dato il suo potenziale di innovazione dello *status quo* sia al livello sostanziale che al livello processuale.

Avendo assolto alla sua limitata missione "introduttiva", la presente riflessione potrebbe perciò, per ora, arrestarsi.

Tuttavia, sembra corretto non sottrarsi a un "inventario", seppur incompleto, di alcuni interrogativi che la sopra prospettata ipotesi di lavoro pone: si tratta di nodi che, in questa sede, possono essere solo indicati e, in una fase successiva della ricerca, richiederanno un approfondimento ulteriore rispetto ai pochi cenni di cui subito *infra*.

I problemi principali che restano aperti possono riassumersi – non esaustivamente – nei seguenti:

1. significato da attribuire alla formula «inderogabili» riferita ai doveri;
2. perimetro e limiti della inderogabilità dei doveri;
3. rapporto tra doveri amministrativi inderogabili e sovranità popolare;
4. distinzione di regime, in relazione al *favor libertatis*, tra i doveri inderogabili dei soggetti privati e i doveri inderogabili delle pubbliche amministrazioni;
5. distinzione tra fondamento/attribuzione (*an* e *quia*) e determinazione/specificazione (*quid*, *quomodo*, *quantum* e *quando*) dei doveri amministrativi inderogabili, in relazione al principio di legalità e alla *interpositio legislatoris*;

6. rapporto tra doveri amministrativi inderogabili, poteri amministrativi e interessi legittimi;
7. rapporto tra doveri amministrativi inderogabili e «interesse pubblico»;
8. rapporto tra doveri amministrativi inderogabili e organizzazione amministrativa;
9. «costo dei doveri» amministrativi inderogabili e possibilità di considerarli o meno finanziariamente condizionati o condizionabili;
10. sedi e rimedi per la giustiziabilità dell'inadempimento di doveri amministrativi inderogabili.

III. Parte terza (§§ 28-46): il problema della perimetrazione dei doveri amministrativi inderogabili nei loro rapporti con la sovranità, la legalità, i poteri amministrativi, gli interessi legittimi e pubblici, l'organizzazione, i vincoli finanziari, le tutele giurisdizionali [sul piano relazionale].

§ 28 Iniziando dalla questione *sub* 1) di cui al precedente § 27, basti in questa sede annotare quanto segue.

Il qualificativo «inderogabili» con cui l'art. 2 Cost. testualmente connota i doveri, e tra essi i doveri amministrativi ai fini che qui rilevano, richiede di essere 'preso sul serio'.

Lo esige il rispetto che l'interprete deve al linguaggio della Costituzione, in quanto fonte suprema dell'ordinamento (v. *supra*, § 21, in fine).

La struttura a due pilastri dell'art. 2 Cost. evidenzia una simbiosi tra *inderogabilità dei doveri* e *inviolabilità dei diritti* ivi menzionati⁹⁵: per quanto si è argomentato nei §§ precedenti, la disposizione costituzionale può essere interpretata nel senso che i doveri sono inerenti e coimplicati nei diritti, in quanto presidi costituzionali di sostegno per l'effettiva realizzazione di questi ultimi; se è così, tuttavia, ne discende che i diritti dell'uomo non potrebbero essere davvero *inviolabili* se non trovassero garanzia in doveri – per quanto qui interessa, amministrativi – davvero *in-derogabili*.

Se, cioè, non fosse scolpito in Costituzione il divieto di (rimuovere la *in*)derogabilità, ogni facoltà di introdurre deroghe ai doveri che fungono da garanzie fondamentali dei diritti dell'uomo si ripercuoterebbe in un corrispondente aumento dei rischi di violazione dei diritti medesimi, nel senso di un *vulnerus* non tanto al riconoscimento dei diritti in termini formali, nell'empireo degli enunciati, quanto alla loro effettività in termini sostanziali, intesa come realizzabilità nel mondo delle persone in carne ed ossa.

Se occorre 'prendere sul serio' il lessico costituzionale, un dovere qualificato dalla Costituzione come «inderogabile», semplicemente, non può essere derogato (se non dalla – o in base alla – stessa Costituzione).

⁹⁵ Cfr. V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 57, ove si sottolinea che «ai diritti “inviolabili” la Costituzione associa i doveri “inderogabili” dove il termine è *analogo* nel senso che la garanzia del loro adempimento è *altrettanto essenziale* per la Repubblica» (corsivi aggiunti).

Il divieto costituzionale racchiuso nell'art. 2 Cost., ultima parte, colpisce perciò ogni atto giuridico subordinato gerarchicamente alla Costituzione che pretenda di introdurre una deroga ai doveri di cui allo stesso art. 2.

Il divieto costituzionale, in questa prospettiva, si irradia su *atti normativi, atti giurisdizionali, atti amministrativi, atti negoziali*: in ogni caso, una violazione della Costituzione operata attraverso la decisione di derogare a ciò che costituzionalmente è qualificato come inderogabile determina, a rigore, l'*invalidità per incostituzionalità* di tale atto sub-costituzionale di deroga (ferme, ovviamente, le differenze tra i regimi di invalidità e di giustiziabilità dei diversi tipi di atti, in base alla loro natura giuridica).

Questo modo di concepire il carattere della «inderogabilità» dei doveri può apparire, forse, radicale; tuttavia, non sembrano preferibili a questa interpretazione altre tesi che, senza una base testuale nell'art. 2 Cost. (ed anzi, forse, *contra litteram*) all'opposto riducono drasticamente la portata della inderogabilità, sia sul piano soggettivo, riferendola esclusivamente «al legislatore», sia sul piano oggettivo, nel senso di ritenere che la Costituzione, con la qualificazione di inderogabilità, abbia «inteso non tanto prescrivere al legislatore di stabilire determinati doveri, quanto piuttosto imporgli, nel caso in cui decida liberamente di prevederli, di metterli in capo a tutti, senza alcuna distinzione tra i destinatari delle norme relative», onde l'art. 2 Cost. sarebbe una direttiva «d'ordine tecnico-legislativo mirante a condizionare il legislatore ordinario affinché disciplini i doveri in questione in maniera assolutamente generalizzata»⁹⁶. Secondo altri studiosi, invece, il riferimento alla inderogabilità andrebbe riferito al legislatore costituzionale, nel senso della sottrazione dei doveri di cui all'art. 2 Cost. alla revisione costituzionale⁹⁷.

In ogni caso, l'interpretazione della inderogabilità (dei doveri) ripropone alla dottrina un dilemma di fondo che Guastini ha rilevato per l'interpretazione della inviolabilità (dei diritti): «è una mera formula declamatoria – caratteristica del linguaggio retorico comunemente impiegato dai redattori dei testi costituzionali – e come tale priva di qualunque preciso contenuto normativo, o al contrario è gravida di effetti giuridici?»⁹⁸.

In questa sede si opta, decisamente, per la seconda risposta.

§ 29 Tuttavia, 'prendere sul serio' la «inderogabilità» dei doveri ex art. 2 Cost. richiede anche, per converso, un'estrema cautela nel perimetrare l'area della inderogabilità sul piano interpretativo e ricostruttivo.

Se infatti l'inderogabilità non è dequotabile a una retorica quanto innocua declamazione ma, al contrario, reca in sé la massima carica ordinamentale di

⁹⁶ Così A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit., p. 461 (alcuni dei corsivi sono aggiunti).

⁹⁷ Ad es. P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 68, secondo cui «l'aggettivo "inderogabili" ha un significato identico a quello di "inviolabili" (che è l'attributo dei diritti), cioè di non emendabilità, altro che in via di dettaglio, neppure da parte del legislatore costituzionale»; in senso analogo anche B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, cit., pp. 259-260.

⁹⁸ R. GUASTINI, *Esercizi d'interpretazione dell'art. 2 cost.*, in *Ragion pratica*, 29, 2007, p. 325 ss., citazione a p. 334.

cogenza, precludendo qualsiasi atto di deroga, allora occorre evitarne disinvolute e incontrollate dilatazioni: il problema diviene quello di individuare il limite entro il quale lo spazio giuridico dell'inderogabilità costituzionale è racchiuso, e oltre il quale, invece, si riespande la derogabilità secondo gli ordinari criteri che governano i rapporti tra fonti e tra atti sub-costituzionali.

Venendo così alla questione *sub* 2) prefigurata nel § 27, basti in questa sede annotare quanto segue.

L'ipotesi che qui si avanza è la seguente:

- nella struttura dell'art. 2 Cost., come si è detto, i doveri inderogabili sono garanzie di effettività inerenti e coimplicate nei diritti inviolabili;

- ne deriva che vi è omotopia tra l'area dell'inderogabilità e l'area dell'invio- labilità nella geometria costituzionale (all'*ubi* dell'invio- labilità corrisponde l'*ibi* dell'inderogabilità a presidio di essa);

- il problema diviene quindi quello di individuare con rigore se, e quando, si sia in presenza di un «diritto inviolabile»⁹⁹;

- per un verso, infatti, non tutti i «diritti» sono «inviolabili», essendovi ovviamente e per differenza anche diritti «non inviolabili», ossia non ascrivibili all'art. 2 Cost., sui quali però – non sorprendentemente – la dottrina si mostra meno propensa ad organiche indagini¹⁰⁰; il riferimento a questi ultimi compare talora in giurisprudenza¹⁰¹;

- per altro verso, e soprattutto, la «inviolabilità» degli stessi «diritti invio- labili» ex art. 2 Cost. deve tener conto del fatto che «ogni macro-diritto è composto da un *nucleo* [...] e da un *perimetro protettivo*»¹⁰²;

- viene in gioco, sul punto, un concetto senz'altro controverso e complesso, ma radicatissimo da decenni nel linguaggio della giurisprudenza costituzionale, ossia quello di «*nucleo irriducibile del diritto* [...] protetto dalla Costituzione come ambito *invio- labile* della dignità umana, il quale impone di impedire la *co- stituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto*»¹⁰³, altre volte denominato dalla Consulta «*nucleo incompressibile*» del diritto

⁹⁹ Ovviamente la questione è resa ancor più complessa, a monte, dal notissimo dibattito sulla natura di «fattispecie aperta», o meno, dell'art. 2 Cost. e sui cd. «nuovi diritti», sul quale v. almeno A. BARBERA, *Art. 2*, cit.; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., spec. p. 4 ss.; M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III, Napoli, 2009, p. 1055 ss.

¹⁰⁰ Ma v. G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 ottobre 2018, p. 4, che distingue nettamente tra un «diritto fondamentale [...] ascrivibile ad un principio costituzionale» e un «diritto soggettivo *tout court*, introdotto dal legislatore e da questo sempre eliminabile».

¹⁰¹ Ad es., per gli «interessi inerenti la persona non aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili», cfr. Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972.

¹⁰² G. PINO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 243.

¹⁰³ Corte cost., sentenze nn. 509/2000; 252/2001; 111/2005; 432/2005; 162/2007; 219/2008; 354/2008; 10/2010; 269/2010; 299/2010; 61/2011; 62/2013; 203/2016.

inviolabile¹⁰⁴, «nucleo intangibile»¹⁰⁵, «nucleo indefettibile»¹⁰⁶, «nucleo essenziale»¹⁰⁷, «nucleo minimo»¹⁰⁸, «contenuto minimo essenziale»¹⁰⁹, «misura minima essenziale»¹¹⁰, et similia;

- come in proposito ha osservato un autorevole maestro, «con qualche forzatura si potrebbe dire che ogni diritto fondamentale ha un contenuto essenziale che inerisce appunto alla sua essenza o alla sua natura, che preesiste alla Costituzione e attorno al quale la Costituzione costruisce una sua disciplina; senza che questo nucleo possa essere intaccato dal legislatore anche quando, magari sfruttando un'autorizzazione costituzionale, limita il diritto»¹¹¹;

- alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, può dunque ipotizzarsi che la «inviolabilità» di un diritto ex art. 2 Cost. sia da intendersi come «centripeta», riferita cioè alla garanzia assoluta del «nucleo» centrale di quel diritto (*inviolabilità costituzionale nel senso di presenza di uno spazio-limite invalicabile, interno al diritto, raggiunto il quale non è tollerata alcuna ulteriore riduzione del diritto da parte di qualsivoglia atto sub-costituzionale*);

- il «perimetro protettivo» del diritto, esterno al «nucleo», a differenza di quest'ultimo sarebbe assistito da una garanzia non assoluta ma relativa, ossia sarebbe elastico, duttile e parzialmente cedevole; questo consentirebbe contemporaneamente tra diritti che sarebbero impossibili se, invece, l'inviolabilità fosse erroneamente intesa come «centrifuga», ossia tale da effondersi radialmente dal centro del diritto verso il suo perimetro senza alcun limite, rendendo invulnerabile ed intoccabile qualsiasi proiezione e dimensione del diritto;

- questa impostazione può evitare il rischio di un approccio «irenico»¹¹² alla massimizzazione dei diritti *ad infinitum* che darebbe luogo, in definitiva, al paradosso contrassegnato da combattiva dottrina come «diritti insaziabili»¹¹³;

¹⁰⁴ Corte cost., sentenze nn. 222/2004; 45/2014; 95/2016; 275/2016; 260/2020; 83/2019.

¹⁰⁵ Corte cost., sentenze nn. 222/2013; 259/2017; 104/2018; 240/2019; 263/2020.

¹⁰⁶ Corte cost., sentenze nn. 240/1974; 251/2008; 80/2010; 162/2014; 206/2019; 152/2020.

¹⁰⁷ Corte cost., sentenze nn. 248/1974; 366/1991; 467/1991; 37/1992; 81/1993; 304/1994; 356/1995; 267/1998; 33/1999; 78/2002; 29/2003; 182/2008; 10/2010; 119/2012; 85/2013; 173/2016; 192/2017; 20/2018; 103/2018.

¹⁰⁸ Corte cost., sentenze nn. 226/2000; 342/2006; 293/2011; 87/2013; 55/2019.

¹⁰⁹ Corte cost., sentenza n. 184/1993.

¹¹⁰ Corte cost., sentenza n. 27/1998.

¹¹¹ G. CORSO, *La Costituzione come fonte di diritti*, in *Ragion pratica*, 11, 1998, p. 87 ss., citazione a p. 98.

¹¹² M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1644 ss.

¹¹³ A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, n. 2, 2000, p. 3 ss.: l'Autrice (p. 11) osserva che «l'idea della pura e semplice estensione di un diritto può acquistare un senso non problematico [...] solo nel quadro di alcune assunzioni molto impegnative. Essa deve presupporre che lo spazio morale dei diritti sia illimitato, dunque indefinitamente espandibile; deve presupporre inoltre che la «superficie» occupata da ciascun diritto, all'interno dello spazio morale, sia pensata come sempre precisamente delimitata; deve presupporre infine l'idea che nessuna delle superfici-diritti abbia mai punti di intersezione con le altre, talché l'ampliamento dell'una possa avvenire senza detrimento per le altre [...] il più grave limite di una concezione del genere è che essa, quantunque attraente nella sua semplicità assertiva dei diritti, collide con l'intuizione comune, che i diritti confliggono. I diritti possono in realtà confliggere tra loro e spesso entra-

- come è stato lucidamente osservato, in definitiva, «la teoria (o molto più vagamente l'idea) del *contenuto essenziale* dei diritti fondamentali, pur inaccettabile nelle sue formulazioni più ingenui e “cognitiviste” [...] può offrirci un utile *insegnamento sulla struttura dei diritti*: la disciplina di un diritto è cosa alquanto complessa, e *non tutto quello che vi sta dentro ha la stessa vicinanza con il nucleo centrale del diritto*, la stessa importanza strumentale alla realizzazione del valore che giustifica quel diritto. *Non sembra appropriato allora sostenere che ogni limitazione o sacrificio di un diritto sia per ciò stesso una soppressione di quel diritto* [...] da un punto di vista logico si può sostenere che *un diritto fondamentale* DF (inteso come *abstract right*) *include una serie indefinita di diritti più specifici (concrete rights)* DF₁, DF₂, DF₃ ecc. [...] e che a seguito di bilanciamento alcuni di questi diritti specifici impliciti cedano completamente a fronte di un altro diritto ritenuto più importante [...] questo equivale a dire che il diritto DF, senza ulteriori qualificazioni, è stato sacrificato?»¹¹⁴;

- da tutto ciò deriva una conclusione, rilevante ai fini di questa indagine: *anche l'area della «inderogabilità» dei doveri ex art. 2 Cost. deve essere delimitata, in quanto corrisponde alla garanzia del «nucleo irriducibile» dei diritti in cui consiste la «inviolabilità» dei medesimi.*

§ 30 Occorre naturalmente essere consapevoli della problematicità del concetto di «nucleo irriducibile» di un diritto inviolabile, del quale potrebbe ben dirsi, come Olinto nel Demetrio: «che vi sia, ciascun lo dice; dove sia, nessun lo sa».

In dottrina sono frequenti gli scetticismi, e vi è chi ha parlato di «concetto sfuggente [...] in realtà inafferrabile come l'immagine di una fata morgana»¹¹⁵.

Non solo nella letteratura italiana ma anche in quella straniera, si contrappongono sul punto tesi “assolutizzanti”, secondo cui l'identificazione del nucleo essenziale di un diritto sarebbe un *a priori* che precede e dunque limita le operazioni di bilanciamento con altri diritti, e tesi “relativizzanti” che invece

no in un gioco di rapporti reciproci a somma zero; questo ci costringe ad ammettere che lo spazio morale da essi occupato non è illimitato (per ragioni normative e non solo fattuali). Nel quadro di queste meno attraenti ma più realistiche considerazioni, l'idea di estensione del contenuto dei diritti finisce per perdere tutta la sua intuitiva autoevidenza e semplicità».

¹¹⁴ G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 113-114 (corsivi aggiunti) ed ivi nt. 49, il quale fa l'esempio (come *abstract right*) della «libertà di espressione» che «include» (come *concrete rights*) «il diritto di scrivere romanzi, di fare inchieste giornalistiche, di scrivere sui muri con una bomboletta, di insultare, di raccontare in pubblico fatti privati e imbarazzanti su altre persone, ecc.»; l'Autore aggiunge che «l'unica possibile replica a quanto affermato [...] potrebbe consistere nel sostenere che ad ogni diritto corrisponda un solo obbligo a carico di terzi», ma obietta condivisibilmente che questa sarebbe una «concezione dei diritti [...] piuttosto implausibile specialmente se applicata ai diritti fondamentali».

¹¹⁵ C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 11 ottobre 2013, citazione a p. 10.

ritengono che l'identificazione del nucleo sia un *a posteriori* del bilanciamento, ossia un risultato e non un presupposto di quest'ultimo¹¹⁶.

Pur riconoscendo tutto ciò, il giurista osservatore del diritto positivo non può comunque negare che il concetto di «nucleo irriducibile» (con tutti i suoi sinonimi) è obiettivamente presente, in maniera radicata e copiosa, nel lessico della Corte costituzionale e, dunque, non può essere in alcun modo ignorato né dequotato a dato irrilevante ai fini dell'interpretazione della Costituzione; anche sul piano comparatistico, peraltro, è noto che altre Costituzioni vi fanno un riferimento diretto ed espresso (ad es., l'art. 19, c. 2, della Costituzione tedesca¹¹⁷; l'art. 53, c. 1, della Costituzione spagnola¹¹⁸; l'art. 18 della Costituzione portoghese¹¹⁹); anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea contiene un'analoga formula testuale¹²⁰.

In ultima analisi, è la Corte costituzionale a tracciare volta per volta la linea di questo confine del giuridicamente intangibile, il che pone problemi di indeterminabilità *ex ante* e, dunque, di certezza del diritto: non sembra, tuttavia, che vi siano a ciò alternative ragionevoli, perché rimettere al legislatore *in toto* il potere di tracciare tale linea significherebbe sacrificare, sull'altare di una (presunta) certezza del diritto – da realizzare attraverso la (supposta, ma tutta da dimostrare) precisione determinata dalle formule della legge – la «certezza dei diritti»¹²¹, ossia la loro difesa costituzionale da abusi e soprattutto da omissioni o inazioni dello stesso legislatore.

¹¹⁶ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, spec. p. 96 ss.; A.L. MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 2/1998, p. 1309 ss.; ID., *Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2001, p. 1095 ss.; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 14, 2000, p. 15 ss.; G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, cit., p. 147 ss.; D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹¹⁷ Ove si stabilisce che «in nessun caso un diritto fondamentale può essere leso nel suo *contenuto essenziale*».

¹¹⁸ Ove si stabilisce che «i diritti e le libertà riconosciuti nel capitolo secondo del presente Titolo vincolano tutti i pubblici poteri. Soltanto mediante legge, che in ogni caso dovrà rispettare il loro *contenuto essenziale*, si potrà regolare l'esercizio di tali diritti e libertà».

¹¹⁹ Ove si stabilisce che «i precetti costituzionali in materia di diritti, libertà e garanzie sono direttamente applicabili e vincolanti per enti pubblici e privati. La legge può limitare i diritti, le libertà e le garanzie solo nei casi espressamente previsti dalla Costituzione e le restrizioni dovrebbero essere limitate a quanto necessario per salvaguardare altri diritti o interessi tutelati dalla Costituzione. Le leggi che limitano i diritti, le libertà e le garanzie devono essere di natura generale e astratta e non devono avere effetto retroattivo o diminuire l'estensione o la portata del *contenuto essenziale* dei precetti costituzionali».

¹²⁰ Art. 52, c. 1: «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il *contenuto essenziale* di detti diritti e libertà».

¹²¹ L'espressione è di A. RUGGERI, *La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), I, 2020, p. 161 ss., spec. p. 163 ss.

Se si disconoscesse il concetto di «nucleo irriducibile» dei diritti inviolabili, cioè, si aprirebbero enormi rischi di «abuso del diritto costituzionale»¹²² da parte del legislatore, giacchè per «tutti i diritti fondamentali enunciati e tutelati nella Costituzione [...] il “nucleo essenziale” è, di volta in volta, individuato dal giudice delle leggi in base a criteri non prefissati, ma comunque riferibili al dato costituzionale [...] questa “flessibilità”, legata a situazioni storiche di natura culturale, economica e sociale, non è in contrasto con la “certezza del diritto”, da molti invocata per ridurre al massimo l’incidenza dei principi costituzionali nell’ordinamento giuridico, ma al contrario, serve a garantire la certezza e l’effettività del diritto costituzionale, che possiede – non lo si dimentichi! – la peculiarità di dettare un dover essere normativo anche al potere legislativo. Negare ciò significherebbe negare le basi stesse dello Stato costituzionale»¹²³.

Sembra perciò potersi concludere nel senso della necessità di mantenere, come perno, il concetto di «nucleo irriducibile», per quanto imperfetto, tormentato e problematico, anche perchè proprio il «*criterio della soglia elementare* potrebbe essere un’utile guida per mantenere una linea di demarcazione tra il ruolo di garanzia operato dai giudici, in relazione alla *soglia elementare che non può essere sacrificata*, e il ruolo delle istituzioni politiche che ben possono essere chiamate a decidere su questioni relative ai diritti fondamentali, quando queste non hanno a che vedere con quel *nucleo* [...] in tal modo si manterrebbe intatta l’alterità dei diritti fondamentali rispetto alla decisione politica e al circuito maggioritario, senza però attrarre nella sfera giurisdizionale ogni decisione riguardante i diritti, anche quando il problema non è garantire, ma decidere»¹²⁴. Per riprendere la nota metafora degli ombrelli di Bin, il nucleo irriducibile di un diritto inviolabile è, al fondo, il «punto di massima protezione di esso [...] la testa sotto l’ombrello»¹²⁵.

§ 31 Nella prospettiva che qui si accoglie, dunque, l’art. 2 Cost. garantisce il *nucleo irriducibile* dei diritti inviolabili imponendo a protezione del medesimo *doveri inderogabili sui quali il legislatore stesso non può incidere in peius*, pena l’incostituzionalità (giustiziabile anche, in ipotesi, tramite pronunce “additive” della Consulta).

Ovviamente *il legislatore* è chiamato ad *estendere e massimizzare* la tutela di ciascun diritto andando *oltre il nucleo irriducibile* direttamente garantito dall’art. 2 Cost., e ciò normalmente avviene, ma in tal caso occorre riconoscere che si tratta di *scelte del legislatore incoercibili costituzionalmente*, nel senso che esse possono essere o non essere assunte nella sfera della discrezionalità legislativa e *possono*

¹²² L’espressione è di G. SILVESTRI, *L’abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 17 giugno 2016, p. 6 e p. 9.

¹²³ ID., *L’abuso*, cit., pp. 7-8.

¹²⁴ M. CARTABIA, *La Costituzione italiana e l’universalità dei diritti umani* (Relazione al Convegno *La Costituzione italiana 60 anni dopo*, Roma, Accademia dei Lincei, 28-29 febbraio, 2008), in *Astrid* (www.astridonline.it), 2008, p. 23 ss., citazione a p. 34 (corsivi aggiunti).

¹²⁵ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., p. 44.

essere derogate da scelte successive di segno riduttivo dello stesso legislatore in base al criterio *lex posterior derogat priori*.

Questa differenza marca una linea distintiva netta tra:

- i *doveri generali originati dall'art. 2 Cost. a garanzia del nucleo irriducibile dei diritti inviolabili*, doveri che trovano la loro fonte diretta nel testo costituzionale e la cui inderogabilità si traduce in divieto di deroga da parte di qualsiasi atto subordinato alla Costituzione (normativo, giurisdizionale, amministrativo, negoziale), inclusa la legge;

- *gli obblighi specifici imposti dalla legge per l'espansione oltre il nucleo irriducibile della tutela dei diritti inviolabili*, obblighi che sono inderogabili da parte di qualsiasi atto subordinato alla legge (giurisdizionale, amministrativo, negoziale), ma restano pur sempre derogabili dal legislatore con legge successiva.

Il *discrimen* tra doveri e obblighi costituzionali si colloca, dunque, lungo un preciso crinale: «nella materia costituzionale [...] la locuzione “dovere” viene impiegata per le fattispecie individuate in Costituzione e la parola “obbligo” per le successive specificazioni del dovere costituzionale operate dalla legge»¹²⁶.

Questa differenza, come si vedrà, è particolarmente importante a proposito dei doveri *amministrativi* inderogabili.

Un paradigma della distinzione che intercorre tra doveri inderogabili ex art. 2 Cost. e obblighi di fonte legislativa, anche quando entrambi riguardino le amministrazioni pubbliche, si può ricavare dall'art. 117, lett. m), Cost., ove si attribuisce al legislatore il compito di disciplinare con legge la «*determinazione dei livelli essenziali* delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale».

Una cosa, infatti, è il «nucleo irriducibile» di un diritto inviolabile che, in base all'art. 2 Cost., ove minacciato per commissione o omissione fa sorgere direttamente, *inssu Constitutionis*, un «dovere inderogabile» a contenuto minimo, invariabile e generale, gravante anche sulle pubbliche amministrazioni, di mobilitarsi in ogni caso per proteggere quel nucleo.

Altra cosa sono i «*livelli essenziali*», modulabili, variabili e specifici, che spetta nel dettaglio al legislatore di volta in volta tipizzare, con la «*determinazione*» di dettagliate «*prestazioni*» le quali mirano a proteggere il diritto inviolabile anche oltre il suo nucleo irriducibile.

Sul punto, «la dottrina e la giurisprudenza hanno da tempo chiarito che *i livelli essenziali delle prestazioni possono superare il contenuto minimo essenziale di un diritto* – giacché il concetto di *livello essenziale* è *difforme* da quello di *nucleo essenziale* del diritto – ma in ogni caso *i livelli essenziali devono garantire almeno il contenuto minimo essenziale del diritto sociale*»¹²⁷.

¹²⁶ F. GRANDI, *Doveri costituzionali*, cit., p. 171.

¹²⁷ M. BERGO, *I nuovi livelli essenziali di assistenza. Al crocevia fra la tutela della salute e l'equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, 19 maggio 2017, citazione a p. 4 (corsivi aggiunti); ma v. già C. PINELLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 887 ss.

§ 32 Una volta lumeggiata la distinzione *sub* § 31, si pone un interrogativo: quale rapporto intercorre tra doveri amministrativi inderogabili e *interpositio legislatoris*? Quei doveri sorgono e vincolano all'azione le pubbliche amministrazioni a prescindere dal fatto che (o prima che) intervenga la *interpositio legislatoris* o sono, invece, subordinati ad essa e, dunque, non sono operanti né giustiziabili prima di essa? In altri termini, i doveri amministrativi ex art. 2 Cost. precedono e fondano gli obblighi amministrativi *ex lege* o, all'inverso, sono giuridicamente *tamquam non essent* se, e fino a quando, non sopravvengano questi ultimi a determinarli e specificarli?

A queste domande si tenterà di dare una possibile risposta nei paragrafi che seguono.

§ 33 Occorre tuttavia, preliminarmente, affrontare la questione *sub* 3) di cui al § 27, che chiama in causa il rapporto tra i doveri amministrativi inderogabili e la sovranità popolare.

Questo contributo si alimenta e trae ispirazione dall'insegnamento di quella dottrina¹²⁸ la quale, muovendo da un'interpretazione sistematica degli artt. 1, 2 e 3 Cost., osserva come «con la Costituzione sia stata invertita la struttura tradizionale della sovranità, sicché la sua appartenenza al popolo (art. 1) la sottrae allo Stato; muovendo da questo [...] presupposto, sembra possibile rendersi conto che nel nostro ordine costituzionale *la sovranità delle persone si esprime primariamente con il trattenersi in esse, attraverso l'esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali, senza che ciò avvenga solo con trasferimento allo Stato attraverso il circuito della rappresentanza* [...] poiché la sovranità viene esercitata nelle forme fissate dalla Costituzione e quest'ultima riconosce e non pone i diritti inviolabili, non resta che considerare che questi vivono nell'ambito dell'esercizio diretto della sovranità. *I titolari della sovranità (le persone)*, quindi, nel momento in cui costituiscono l'ordinamento e fondano lo Stato *trattengono nell'ambito della (loro) sovranità i diritti inviolabili* [...] un fondamento unitario dei diritti nella sovranità [...] si registra nel combinarsi delle disposizioni di cui ai primi tre articoli del testo costituzionale [...] in essa ciascuno sarà garantito e protetto quanto al suo nucleo essenziale ed incompressibile e dovrà essere bilanciato con gli altri lungo le due direttive della garanzia delle libertà e della creazione delle condizioni dell'uguaglianza nel loro godimento»¹²⁹. Ed ancora: «l'art. 1 della Costituzione riserva al popolo la sovranità [...] la disposizione appena evocata chiarisce

¹²⁸ L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 ss.; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 61 ss.; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, p. 1153 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 119 ss.; ID., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, p. 3 ss.; ID., *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2019, p. 7 ss.

¹²⁹ ID., *I diritti*, cit., p. 101, p. 113 e pp. 118-119 (corsivi aggiunti).

ch'essa si esercita nelle forme stabilite dalla Costituzione. È, tuttavia, altrettanto innegabile che la Costituzione stessa contiene la smentita dell'idea che l'esercizio della sovranità popolare coincida con la legittimazione dei poteri dello Stato attraverso la rappresentanza. Quel che non pare facile negare è che l'art. 2 Costituzione "riconosce" i diritti inviolabili. Il che val quanto dire che nell'esercizio del potere sovrano (costituente) il popolo legittima le istituzioni repubblicane (che, come tali, non coincidono con l'autorità pubblica) e, tuttavia, *trattiene* all'esterno di esse *una porzione della sovranità* (costituente), *radicandola nei diritti inviolabili* [...] poiché *la sovranità è trasferita alle istituzioni repubblicane solo parzialmente ed in parte si trattiene, permanentemente, nell'ordine (giuridico) dei diritti inviolabili*, non sembra arbitrario concludere che *l'intero sistema dei poteri pubblici è funzionale alla massimizzazione del godimento di quei diritti della persona*¹³⁰.

Riprendendo questa concettualologia con lievi variazioni, sembra di poter dire che:

- la sovranità «appartiene» in maniera permanente e necessaria al popolo nel senso che il popolo non può privarsene, spogliarsene o delegarla irrevocabilmente nelle mani dell'autorità;

- fermo questo inestirpabile radicamento nel popolo, nel momento del suo «esercizio» la sovranità deve tuttavia assumere le «forme» e i «limiti» della Costituzione;

- vi sono, dunque, diverse «forme» di esercizio della sovranità popolare;

- queste «forme» si limitano reciprocamente; coesistono come forze in equilibrio e si bilanciano l'una con l'altra, evitando che il magma rovente della sovranità si coaguli in un unico canale e dividendolo in più direzioni per moderarne la potenza; ne discende che, in termini relazionali, le «forme» sono anche «limiti» e viceversa;

- proponendo stipulativamente, in questa sede, un lessico inconsueto, tra le «forme» costituzionali della sovranità può operarsi una distinzione tra sovranità *espressa* e sovranità *impressa*;

- vi è, infatti, una porzione di sovranità che la Costituzione richiede al popolo di *esprimere* con il voto, attraverso il circuito della rappresentanza e della maggioranza che genera la legge e, per il tramite del principio di legalità, fonda il potere amministrativo;

- vi è, al contempo, un'altra porzione di sovranità popolare che la Costituzione si incarica di *imprimere* essa stessa, direttamente e permanentemente, in ciascuna delle persone umane le quali sono, nel loro insieme, il popolo, precludendone la delegabilità tramite il voto e, in tal modo, vietando che tale porzione possa essere alla mercé della sovranità espressa nella legge dalle maggioranze contingenti; *la sovranità impressa coincide con i «diritti inviolabili» di cui all'art. 2 Cost.*

I diritti inviolabili, dunque, sono frammenti di sovranità popolare impressi, incisi indelebilmente e marchiati a fuoco nel codice genetico costituzionale di ogni persona: particelle elementari di sovranità intrasferibili, irrinunciabili, irriducibili, proprio per questo connotate dal vincolo della «inviolabilità».

¹³⁰ ID., *L'ordinaria*, cit., pp. 41-42 (corsivi aggiunti).

Come è stato autorevolmente ribadito, «la sovranità appartiene al popolo, dice ancora l'articolo 1 della Costituzione. Ma questa norma equivale a una garanzia: a una *garanzia negativa*, dato che stabilisce che la sovranità appartiene al popolo e a nessun altro e nessun potere costituito, né assemblea rappresentativa, né governi o presidenti eletti, può usurparla e appropriarsene; ma anche a una *garanzia positiva*, giacché *il popolo non esiste come macrosoggetto ma come l'insieme di tutti noi*, cioè di milioni di persone, sicché *la sovranità popolare equivale alla somma di quei frammenti di sovranità che sono i diritti fondamentali*, politici, civili, di libertà e sociali, *di cui tutti e ciascuno siamo titolari*»¹³¹.

Se si condividono queste premesse, emerge uno schema delle relazioni tra sovranità popolare e pubbliche amministrazioni:

- sovranità impressa → popolo/persone → diritti inviolabili → doveri amministrativi inderogabili di fonte costituzionale

- sovranità espressa → popolo/corpo elettorale → voto → leggi → obblighi amministrativi di fonte legale → poteri amministrativi autoritativi

Possono enuclearsi, a partire da questo schema, alcune tesi.

(i) *La sovranità impressa* (in quanto si incardina, *ante legem*, direttamente nella Costituzione) *precede la sovranità espressa* (dato che quest'ultima si incardina nella deliberazione legislativa delle maggioranze politiche).

(ii) *La sovranità impressa è preconditione e presupposto della sovranità espressa*, giacché il voto stesso è diritto inviolabile della persona e postula, per poter essere esercitato liberamente ed egualmente, che siano riconosciuti e garantiti, a monte, anche gli altri diritti inviolabili.

(iii) *La sovranità espressa è sussidiaria alla sovranità impressa*, in quanto *la prima* (con la legge) *non può mai ridurre la seconda* (il «nucleo irriducibile» dei diritti inviolabili), *ma soltanto accrescerla*, il che può accadere secondo due modalità, non alternative ma concorrenti:

(iii.a) *l'estensione in ampiezza*, quando la legge detta *obblighi specifici* che aumentano la tutela dei diritti inviolabili elevandola oltre il loro nucleo irriducibile, oppure danno protezione a diritti non inviolabili;

(iii.b) *la determinazione in profondità*, quando la legge detta *obblighi specifici* miranti ad aumentare il grado di determinatezza – definendo strumenti, misure organizzative, procedimenti, risorse, tempi e modi – dei *doveri generali* originati dalla sovranità impressa, precisando e concretizzando, cioè, il contenuto dei doveri inderogabili a garanzia della protezione del nucleo irriducibile dei diritti inviolabili.

In questo quadro, affermare che i doveri amministrativi inderogabili sono serventi alla garanzia e alla realizzazione effettiva dei diritti inviolabili ex art. 2 Cost. equivale, giuridicamente, ad affermare che i doveri amministrativi inderogabili sono serventi alla sovranità popolare ex art. 1 Cost., nella sua forma impressa.

¹³¹ L. FERRAJOLI, *Legalità*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ... aperta a tutti*, Roma, Roma Tre Press, 2019, p. 17 ss., citazioni alle pp. 18-19 (corsivi aggiunti).

Sono altresì serventi alla sovranità popolare, nella sua forma espressa, i poteri amministrativi autoritativi.

Si recupera in tal modo la vocazione più profonda dell'amministrazione. Essa rileva appunto come *ad-ministrare*, istituzione deputata a fungere strumentalmente da *minister* (da *minus*, con il significato di servitore, colui che 'vale meno' rispetto al *magister*, da *magis*, ossia il capo, colui che 'vale di più'): l'amministrazione esercita teleologicamente (*ad*) il suo ufficio a servizio delle persone, titolari della sovranità, le quali sono, nel loro insieme, il popolo (il *magister*) ex art. 1 Cost.

§ 34 Venendo al punto *sub* 4) di cui al § 27, emerge un'importante differenza, all'interno del *genus* dei doveri inderogabili ex art. 2 Cost., tra la *species* dei doveri *individuali* e quella dei doveri *amministrativi*, differenza che riguarda proprio il rapporto dei doveri con la legge (*interpositio legislatoris*).

Come si è sottolineato *supra* nel § 12, i doveri inderogabili individuali, ossia gravanti *sul soggetto privato*, si innestano sull'originaria posizione di *libertà* di quest'ultimo e la *limitano*: il principio del *favor libertatis* richiede, perciò, di circondare di particolari tutele l'imposizione al privato dei doveri.

Per questo *la stessa Costituzione* ha previsto, proprio al fine di evitare rischi di incontrollabile erosione delle libertà da parte dei doveri, la *necessità di una interpositio legislatoris quando si tratti di doveri individuali*¹³²; l'art. 23 Cost., infatti, stabilisce che solo «in base alla legge» possa essere «imposta» al privato qualsivoglia «prestazione personale o patrimoniale» specifica.

È questa la ragione che conduce la netta maggioranza della dottrina costituzionalistica a ritenere che «il dovere è sempre un'*eccezione* alla regola del *favor libertatis* che costituisce, come è a tutti noto, la stella polare del costituzionalismo contemporaneo»¹³³, ed a trarne la conseguenza «dell'*indispensabile intermediazione della legge tra la previsione costituzionale e l'insorgenza del dovere giuridico per l'individuo*, [nonché] dell'ampia discrezionalità del legislatore, chiamato a scolpire i contenuti dei doveri costituzionali *personali* e a fissare i modi attraverso cui questi diventano *esigibili*»¹³⁴; «i doveri costituzionali, siano essi di solidarietà politica, economica e sociale, *sono destinati a tradursi a livello delle posizioni giuridiche individuali tramite obblighi puntuali stabiliti, nel quadro del testo costituzionale, dal legislatore ordinario [...] i doveri fondamentali non possono esplicare la loro funzione tendenzialmente limitatrice dei diritti inviolabili se non in base ad una espressa previsione legislativa*»¹³⁵; «i doveri di solidarietà sono "inderogabili", nel senso che *le leggi che ne impongono l'adempimento (e che solo le leggi possono imporre* secondo un costante indiriz-

¹³² Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., p. 58.

¹³³ B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, cit., p. 235 (corsivi aggiunti).

¹³⁴ ID., *op. ult. cit.*, p. 258 (corsivi aggiunti).

¹³⁵ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 99 (corsivi aggiunti).

zo della Corte costituzionale) non possono essere derogate»¹³⁶; l'art. 23 Cost. renderebbe evidente un «principio di tassatività dei doveri giuridici» che richiede «la legge come necessario supporto di qualsiasi attività dei pubblici poteri volta ad incidere sulle situazioni individuali di garanzia»¹³⁷; se «i doveri costituzionali [...] implicano la *limitazione della sfera individuale*», allora «*la disposizione di cui all'art. 23 esprime la volontà della Costituzione di non venire in immediato contatto con le situazioni soggettive individuali, assegnando invece tale compito alle fonti di rango primario, nonché all'occorrenza anche a quelle di rango secondario (tale è il significato della riserva di legge relativa)*»¹³⁸.

La stessa Corte costituzionale ha più volte ribadito che «solo al legislatore, nell'esercizio della sua sfera di discrezionalità, compete l'individuazione dei doveri inderogabili di solidarietà *cui i cittadini sono tenuti*, nonché dei modi e limiti relativi all'adempimento di tali doveri»¹³⁹.

Tuttavia, le sopra citate affermazioni della dottrina e giurisprudenza costituzionale sono sempre riferite all'ipotesi in cui il dovere inderogabile ex art. 2 Cost. sia individuale, ossia gravi sulla persona umana in quanto soggetto privato.

Non sembra però, almeno a chi scrive, che le stesse conclusioni possano estendersi automaticamente all'ipotesi in cui si tratti, invece, di doveri amministrativi inderogabili, gravanti su soggetti di diritto pubblico quali le pp.aa.

Ciò in quanto:

- le pubbliche amministrazioni non si collocano in una posizione giuridica originaria di libertà, a differenza dei soggetti privati, bensì, all'opposto, in una posizione giuridica originaria di dovere (si rinvia a quanto già argomentato *supra*, nei §§ 12 e 13);

- l'imposizione alle pubbliche amministrazioni di doveri inderogabili ex art. 2 Cost. non comprime i diritti inviolabili delle persone bensì, all'opposto, ne garantisce l'incomprimibilità rendendone effettivo il godimento e l'esercizio (v. ancora *supra*, nel § 17, ove si è mostrato come i doveri amministrativi inderogabili sono presidi dei diritti inviolabili della persona umana e, pertanto, lungi dal porsi come reagenti di «mitigazione» dei diritti inviolabili, rappresentano agenti di «anti-riduzione» dei medesimi a salvaguardia quanto meno del loro nucleo irriducibile);

- non opera in favore della p.a. il principio del *favor libertatis*, dato che esso protegge il soggetto privato dal soggetto pubblico, non il soggetto pubblico dal soggetto privato;

- l'art. 23 Cost., allo stesso modo, appresta la garanzia della riserva di legge (ossia la necessità della *interpositio legislatoris*) per evitare che prestazioni per-

¹³⁶ C. PINELLI, *Questioni di frontiera. Cittadini, stranieri, persone*, in ID., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 169 ss., citazione a p. 178 (corsivi aggiunti).

¹³⁷ F. POLACCHINI, *I doveri inderogabili di solidarietà*, cit., p. 721.

¹³⁸ F. GRANDI, *Doveri costituzionali*, cit., p. 58 (corsivi aggiunti).

¹³⁹ Corte cost., sentenza n. 426/1993; ma v. già le sentenze nn. 12/1972, 29/1977, 252/1983.

sonali o patrimoniali vengano imposte arbitrariamente *dal* soggetto pubblico al soggetto privato; l'art. 23 non riguarda invece le fattispecie, del tutto differenti, in cui la prestazione sia imposta *al* soggetto pubblico per fornire garanzie di effettività ai diritti inviolabili della persona rispetto al loro nucleo irriducibile.

Parte della stessa dottrina costituzionalistica, seppur non relativamente ai doveri amministrativi ma in prospettiva generale, riconosce in proposito che «l'intermediazione della legge appare però necessaria solo quando il dovere incida su diritti di libertà, e ciò in forza del disposto dell'art. 23 Cost., a norma del quale, com'è noto, nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge. Negli altri casi [...] non è dato escludere un'applicazione diretta degli stessi enunciati prescriventi doveri costituzionali»¹⁴⁰.

Sembra dunque di poter enunciare, riprendendo tutte le considerazioni svolte nei §§ precedenti anche in ordine al significato della inderogabilità, la seguente tesi: *l'art. 2 Cost. fonda direttamente, nel quia e nell'an, l'esistenza e la precettività di «doveri inderogabili» in capo alle pubbliche amministrazioni, serventi alla garanzia del «nucleo irriducibile» dei diritti inviolabili della persona umana e, dunque, esigibili da quest'ultima: ciò anche ante legem, ossia senza che occorra necessariamente attendere, perché tali doveri inderogabili sorgano in capo alle pp.aa. e le vincolino all'azione, la interpositio legislatoris ex art. 23 Cost.*

§ 35 Quanto affermato nel precedente paragrafo richiede alcune precisazioni, per evitare possibili fraintendimenti. Ciò consentirà anche di affrontare la questione *sub* 5) di cui al precedente § 27.

Richiamando quanto già esposto nei §§ 31, 33 e 34, i *doveri amministrativi inderogabili, generali e non puntualmente determinati, di fonte costituzionale* – quelli generati dall'art. 2 Cost. a garanzia del «nucleo irriducibile» dei diritti «inviolabili» – *non si confondono con gli obblighi amministrativi, specifici e puntualmente determinati, di fonte legale* – ad es., quelli generati dalle leggi statali ex art. 117, lett. m], Cost. rispetto ai LEP –.

Tra i primi e i secondi vi è però una forte connessione che, ferma la loro distinzione, li federa solidalmente.

I doveri amministrativi inderogabili di fonte costituzionale, in quanto proiezioni della sovranità impressa, precedono gli obblighi amministrativi di fonte legale, in quanto proiezioni della sovranità espressa; gli obblighi sono sussidiari ai doveri, nel senso che ne accrescono la portata, o per estensione in ampiezza, o per determinazione in profondità (v. ancora *supra*, § 33).

Non si può certamente disconoscere la fondamentale funzione del legislatore nell'elevare, attraverso la fissazione degli obblighi amministrativi, il tasso di determinatezza nel *quid*, nel *quomodo*, nel *quantum* e nel *quando* del contenuto dei doveri amministrativi inderogabili.

¹⁴⁰ A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri*, cit., pp. 5-6.

L'*an* e il *quia* dei doveri inderogabili non dipendono, tuttavia, dall'esistenza o meno di obblighi di legge, radicandosi direttamente nella Costituzione.

Non potrebbero esistere obblighi amministrativi *ex lege* se, a monte di essi, non vi fossero presupposti doveri amministrativi *ex Constitutione*. Non è vero, però, il contrario, giacchè i doveri amministrativi inderogabili ex art. 2 Cost. resterebbero sussistenti, ed opererebbero vincolando le pp.aa., anche ove, per avventura, mancasse una disciplina legislativa di attuazione recante obblighi di dettaglio per la loro specificazione.

Quest'ultima evenienza normalmente non accade nel diritto positivo: basta osservare l'attuale quadro normativo per rendersi conto dell'abbondanza di leggi introduttive di obblighi a specificazione dei doveri. Nella situazione che ricorre più frequentemente, dunque, non vi sono doveri costituzionali "orfani" di obblighi legali che li determinino.

Tuttavia, *se in ipotesi il legislatore omettesse di intervenire, non fissando con legge obblighi amministrativi puntuali, questo di per sé non giustificerebbe l'amministrazione pubblica a rimanere inerte, ove essa si trovi di fronte a situazioni in cui il «nucleo irriducibile» di diritti inviolabili sia esposto a minaccia di lesione o di ineffettività: in tali casi, infatti, l'art. 2 Cost., anche sine lege, impone alla p.a. doveri inderogabili di intervento, a protezione e garanzia di quel «nucleo irriducibile».*

A quei doveri l'amministrazione non potrebbe perciò sottrarsi invocando la mancanza di una *interpositio legislatoris*: se fosse altrimenti, infatti, l'omissione legislativa giustificerebbe un'inammissibile deroga a ciò che è, invece, costituzionalmente «inderogabile».

L'«adempimento» dei doveri amministrativi inderogabili è pienamente esigibile dalla persona umana, titolare del diritto inviolabile il cui nucleo venga vulnerato dal non adempimento: l'*esigibilità dell'adempimento* implica, a sua volta, la *giustiziabilità* nelle sedi giurisdizionali, su iniziativa del titolare del diritto inviolabile, *dell'eventuale inadempimento* amministrativo al dovere inderogabile.

Conviene delineare, prima di procedere oltre, *tre scenari alternativi* in cui può porsi la dialettica tra doveri amministrativi inderogabili e obblighi amministrativi di legge.

§ 36 Nel primo scenario astrattamente ipotizzabile (*interposizione legislativa positiva*), il legislatore:

- interviene dettando con legge obblighi in capo all'amministrazione, che specificano e precisano i contenuti e le modalità di adempimento dei doveri amministrativi ex art. 2 Cost.;

- non vulnera l'inderogabilità dei doveri amministrativi ex art. 2 Cost., ossia non riduce la soglia di protezione dei diritti inviolabili al di sotto del loro nucleo irriducibile.

Si tratta dello scenario ottimale, fisiologico, normale, in cui la sussidiarietà degli obblighi rispetto ai doveri è rispettata, federando armonicamente entrambi.

In questa situazione-tipo, non vi è alcun conflitto tra obblighi e doveri: l'amministrazione, ottemperando ai primi (ossia agendo *secundum legem*), adempie anche ai secondi (ossia agisce *secundum Constitutionem*).

§ 37 Nel secondo scenario (*interposizione legislativa negativa*), il legislatore:

- interviene dettando con legge obblighi in capo all'amministrazione, che specificano e precisano i contenuti e le modalità di adempimento dei doveri amministrativi ex art. 2 Cost.;

- nel farlo, tuttavia, vulnera l'inderogabilità dei doveri amministrativi ex art. 2 Cost., in quanto pretende di ridurre la soglia di protezione dei diritti inviolabili al di sotto del loro nucleo irriducibile.

Si tratta di uno scenario patologico, anormale, in cui la legge con i suoi obblighi si pone in conflitto con la Costituzione ed i suoi doveri.

In questa situazione, la p.a. non può disapplicare la legge che le impone tali obblighi, sebbene questi ultimi siano incostituzionali perchè derogatori all'inderogabilità dei doveri ex art. 2 Cost. Nel conflitto tra obblighi e doveri, l'amministrazione è costretta ad ottemperare ai primi perchè non le è consentito ergersi, direttamente, a giudice della costituzionalità della legge che impone gli obblighi.

Tuttavia, la persona titolare del diritto inviolabile, il cui nucleo irriducibile sia vulnerato per insufficienza degli obblighi di fonte legislativa a tutelarlo, potrà agire in giudizio contro l'amministrazione per far valere la violazione dell'art. 2 Cost., chiedendo al giudice di sollevare questione di costituzionalità della legge impositiva degli obblighi.

A questo punto, sarà la Corte costituzionale a valutare se il legislatore abbia leso il nucleo irriducibile del diritto inviolabile e, in tal caso, a pronunciare l'incostituzionalità della legge impositiva degli obblighi, rimuovendo così l'"ostruzione" rappresentata dall'interposizione legislativa negativa nei confronti dei doveri amministrativi inderogabili di cui all'art. 2 Cost.

§ 38 Nel terzo scenario (*omissione legislativa*), il legislatore semplicemente *non* interviene, restando del tutto inerte e sottraendosi al compito di dettare, con legge, obblighi che specifichino e precisino i contenuti e le modalità di adempimento dei doveri amministrativi inderogabili ex art. 2 Cost.

Si tratta della situazione più insidiosa, perchè pone ineludibilmente l'amministrazione pubblica di fronte a un *aut-aut*. Ed infatti:

(i) o si ritiene che la mancanza di obblighi amministrativi specifici di fonte legislativa (sul *come* agire) comporti una paralisi dei doveri amministrativi generali di fonte costituzionale (sul *se* agire), sicchè la p.a. potrebbe – ed anzi dovrebbe – omettere ogni intervento volto a tutelare il nucleo irriducibile di diritti inviolabili, dichiarandosi non legittimata ad attivarsi ed incapace di agire proprio a causa del silenzio della legge; in tal caso, *l'omissione legislativa giustificerebbe l'omissione amministrativa*;

(ii) o si ritiene, invece, che i doveri amministrativi generali di fonte costituzionale (sul *se* agire) non possano, proprio in ragione della loro inderogabilità

consacrata ex art. 2 Cost., tollerare inerzie, inazioni, omissioni di intervento quando ad essere minacciato sia il «nucleo irriducibile» di diritti inviolabili, sicché la p.a., anche in mancanza di obblighi specifici di fonte legislativa, dovrebbe comunque intervenire esercitando la propria *discrezionalità amministrativa* (sul *come* agire) *nell'adempimento del dovere costituzionale* (inderogabilmente incombente sull'amministrazione); in tal caso, *l'azione amministrativa compenserebbe l'omissione legislativa*.

In coerenza con tutto quanto si è finora argomentato in questo contributo, chi scrive ritiene che il dilemma debba essere risolto in favore dell'opzione *sub* (ii), dato che che aderire all'opzione *sub* (i) equivarrebbe ad avallare la derogabilità (per omissione legislativa e amministrativa) dell'inderogabilità (per Costituzione), svuotando di qualsiasi significato non retorico la qualificazione dei doveri amministrativi di cui all'art. 2 Cost. come «inderogabili» e riducendo tale aggettivo a poco più del vano strepito di grida manzoniane.

§ 39 Lo scenario dell'*omissione legislativa* delineato *supra*, nel § 38, pone la questione della *discrezionalità nel dovere amministrativo*.

Il tema può qui essere solo evocato e sommariamente accennato, non affrontato dati i limiti di questo studio introduttivo. Vi è, però, almeno un aspetto che sembra necessario mettere in evidenza.

Gli studi sulla *discrezionalità amministrativa* hanno sempre correlato quest'ultima al *potere amministrativo* e al rapporto tra quest'ultimo e la *legge* attributiva e disciplinatrice del potere stesso¹⁴¹.

L'indubbia rilevanza della *discrezionalità nel potere* ha tuttavia posto in ombra, spesso, la *discrezionalità nel dovere*. L'attenzione della dottrina al *potere discrezionale* non è stata cioè pari a quella al *dovere discrezionale*¹⁴².

Se normalmente queste due forme di discrezionalità “coabitano”, tuttavia è *ipotizzabile che in taluni casi il dovere amministrativo discrezionale emerga in assenza di potere amministrativo discrezionale*, come accade proprio nel caso dell'omissione legislativa, quando la mancanza di una disposizione di legge attributiva di potere amministrativo determini (in forza dei principi di legalità e tipicità) la mancanza

¹⁴¹ In una letteratura immensa, cfr. di recente L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa*, cit., spec. p. 126 ove si sottolinea come «il problema del potere di determinare il precetto integrando il comando contenuto nella legge, pone il potere discrezionale al confluire di una relazione istituzionale decisiva, vale a dire (A) quella tra l'amministrazione e la giurisdizione, nell'ipotesi in cui si affermi che la discrezionalità consiste nell'interpretazione ed è quindi pienamente rivedibile dal giudice, ovvero (B) tra l'amministrazione e la legge, nella prospettiva in cui il comando incompleto del legislatore sia integrato dall'amministrazione, con limitate possibilità di revisione giurisdizionale (sostanzialmente limitate alle ipotesi di irragionevolezza, iniquità, ecc.), oppure (C) tra l'amministrazione e la politica, ove si faccia coincidere la discrezionalità con la scelta, appunto, politica tra alternative lecite». Si v. inoltre l'ampio e limpido saggio di G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 107 ss.

¹⁴² Concetto purtroppo lumeggiato da significativi studi sia giusprivatistici che giuspubblicistici: si cfr. da ultimo le osservazioni di G. POLI, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2012, p. 81 ss., spec. p. 138 ss. (ivi anche puntuali riferimenti bibliografici).

di quest'ultimo (carenza di potere). In simili casi, l'interprete può osservare contemporaneamente la *sussistenza di un dovere amministrativo inderogabile* (che rinvienga direttamente la sua fonte nell'art. 2 della Costituzione) e la *carenza di un potere amministrativo* (per silenzio della fonte legislativa). Ciò vale a dimostrare che il dovere discrezionale, pur correlandosi normalmente al potere discrezionale, è concettualmente autonomo rispetto a quest'ultimo.

Indagare la discrezionalità amministrativa quando essa si manifesta, per così dire, "in purezza", ossia si riferisce al dovere in assenza di potere, potrebbe schiudere orizzonti di ricerca interessanti e forse fecondi: ad esempio, sul ruolo giocato dai *principi* nel perimetrare la discrezionalità nel dovere amministrativo in assenza di legge¹⁴³; sul tormentato concetto di *merito*¹⁴⁴ ove declinato con riferimento all'adempimento del dovere; sulla non utilizzabilità, per il dovere, del concetto di *eccesso di potere* come vizio della discrezionalità¹⁴⁵, che dovrebbe essere in tal caso rimeditato come *difetto nell'adempimento del dovere*; sulla sindacabilità in sede giurisdizionale del cattivo esercizio, da parte della p.a., della discrezionalità nel dovere in assenza di potere, ove si osservi che, ad esempio, l'art. 34 c. 2 del codice del processo amministrativo vieta al giudice di pronunciarsi «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati», ma non reca analogo divieto di pronuncia con riferimento a doveri amministrativi inderogabili non ancora adempiuti.

§ 40 Quanto appena osservato conduce alle questioni *sub* 6) e 7) poste nel precedente § 27: le relazioni tra *dovere amministrativo inderogabile*, da un lato, e *potere amministrativo, interesse legittimo, interesse pubblico*, dall'altro.

I limiti di questo contributo, oltre che un istinto elementare di prudenza, consiglierebbero vivamente a chi scrive di arrestarsi sulla soglia del pluriverso di problemi implicati da questi rapporti, dato che ognuno degli istituti-chiave coinvolti, già di per sé, negli ultimi due secoli è stato oggetto di generazioni di studi che potrebbero riempire intere biblioteche.

Assumendo tutti i pericoli della palese insufficienza di una mera evocazione per ellissi, sembra tuttavia di non poter ritrarre lo sguardo da alcune suggestioni, accennate di seguito.

§ 41 La Repubblica «richiede l'adempimento» dei doveri amministrativi «inderogabili» ex art. 2 Cost.: a fronte di tale imperativo costituzionale, la p.a. dispone, a ben vedere, di *una vasta e variegata gamma di strumenti giuridici per*

¹⁴³ Cfr. sul punto F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, Cedam, 2017, spec. p. 273 ss.

¹⁴⁴ Si vedano le lucide riflessioni critiche di B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

¹⁴⁵ Si rinvia in argomento ancora alla poderosa indagine di F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., nonché ai saggi raccolti nella pregevole opera collettanea di S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, Giappichelli, 2018; si vedano inoltre gli spunti recentemente offerti dalla monografia di A. CADAURO, *Eccesso di potere e abuso del diritto nella pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2018.

l'adempimento dei doveri medesimi. Il nucleo irriducibile dei diritti inviolabili potrebbe infatti essere tutelato dall'amministrazione, alternativamente o cumulativamente:

- mettendo a disposizione della persona, in termini di accesso, fruizione ed uso condiviso, *beni pubblici*;
- fornendo alla persona prestazioni materiali attraverso l'erogazione di *servizi*;
- stipulando con la persona, o a favore della persona, *contratti*;
- adottando nei confronti della persona (non provvedimenti bensì) *comportamenti*, ad esempio fornendo *informazioni* o *interpretazioni* a supporto conoscitivo, agendo attraverso la *prassi amministrativa*, o attraverso la cd. attività amministrativa informale;
- infine, esercitando *poteri amministrativi* connotati da autoritatività/imperatività, ma in quest'ultimo caso solo in presenza di una *interpositio legislatoris*, ossia solo se sussista un'attribuzione in sede legislativa del potere (principio di legalità), dato che il potere come situazione giuridica soggettiva¹⁴⁶ limita le libertà individuali, onde il potere amministrativo autoritativo esige (a differenza del dovere amministrativo inderogabile direttamente fondato sull'art. 2 Cost.: v. *supra*) l'intermediazione previa, necessaria e indefettibile della legge, in virtù di quanto disposto dall'art. 23 Cost.

Da questo inventario, certamente non esaustivo, emerge come il potere amministrativo sia *solo uno, ma certamente non l'unico*, strumento possibile per l'adempimento di doveri amministrativi inderogabili.

Ne deriva soprattutto un'ipotesi, da esplorare. Se si concepisce il potere amministrativo come uno strumento, tra i molti composibili, per l'adempimento del dovere amministrativo inderogabile, allora può ritenersi che:

- i doveri amministrativi inderogabili rappresentino le situazioni giuridiche soggettive fondamentali, primarie ed originarie che connotano le pubbliche amministrazioni, mentre i poteri amministrativi autoritativi si configurino come situazioni giuridiche soggettive strumentali all'adempimento dei doveri inderogabili, a questi ultimi causalmente subordinate;
- i doveri amministrativi inderogabili di cui all'art. 2 della Costituzione rappresentino non solo il fondamento causale (in termini di *ratio* e ai fini dell'interpretazione) ma anche il canone di misura (in termini di proporzionalità e ai fini dell'applicazione) per l'esercizio dei poteri amministrativi autoritativi contemplati da fonti sub-costituzionali;
- i doveri amministrativi inderogabili continuino ad essere connotati dall'inesauribilità, a differenza di quanto (secondo acuta dottrina) può predicarsi dei poteri amministrativi autoritativi¹⁴⁷ loro strumenti.

¹⁴⁶ Sul punto, si veda di recente la profonda indagine, in chiave critica e ricostruttiva, di A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, Giappichelli, 2020, spec. p. 57 ss.

¹⁴⁷ Il riferimento, naturalmente, è alla densa ed elegante monografia di M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

§ 42 Circa l'interesse legittimo, esso è notoriamente (anche se non da tutta la dottrina) costruito come *situazione giuridica soggettiva della persona che dialoga con il potere*¹⁴⁸.

Ciò è senz'altro vero: tuttavia qualcosa di profondo, in questa costruzione, potrebbe forse mutare se si accedesse all'ipotesi di cui sopra, concependo cioè il *potere amministrativo autoritativo come situazione giuridica strumentale* – attraverso il “filtro” dell'*interpositio legislatoris* che specifica i doveri amministrativi generali in obblighi amministrativi puntuali ed attribuisce/disciplina i poteri amministrativi – *all'esercizio di una situazione giuridica principale e originaria rappresentata dal dovere amministrativo inderogabile*.

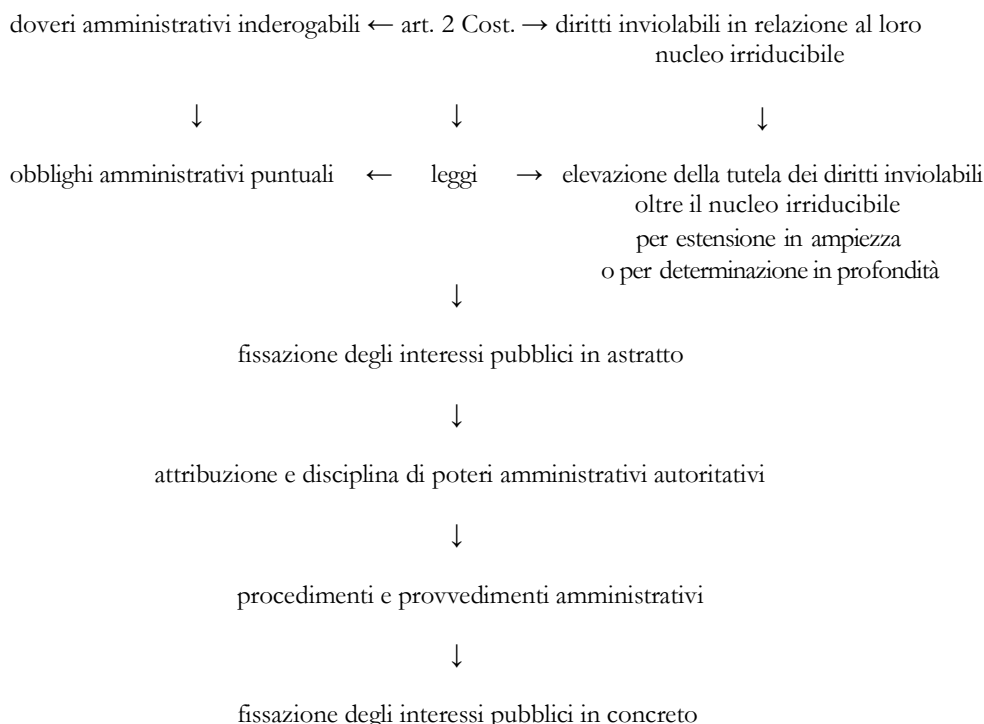
Accogliendo questa ipotesi, infatti, l'interesse legittimo si mostra come *situazione giuridica soggettiva della persona che dialoga, contemporaneamente, con il dovere amministrativo inderogabile* (di fonte costituzionale) *e con il potere amministrativo autoritativo* (di fonte legislativa) il quale “serve” il dovere.

Poiché dietro i doveri amministrativi inderogabili vi sono, nel prisma dell'art. 2 Cost., i diritti inviolabili della persona, può ulteriormente ipotizzarsi che *dentro* il poliedro dell'interesse legittimo vi siano, quindi, i diritti inviolabili che appartengono senza distinzione ad ogni uomo e che pretendono tutela anche da parte delle pubbliche amministrazioni. Sicché *la persona, simultaneamente, attraverso l'interesse legittimo, per un verso dialoga con il dovere amministrativo inderogabile e, rispetto a quest'ultimo, vanta una pretesa all'adempimento del dovere amministrativo inderogabile* che corrisponde all'irrinunciabile ed indisponibile («irriducibile») nucleo dei *propri diritti inviolabili*; per altro verso, e nello stesso tempo, *dialoga con il potere amministrativo autoritativo quando esso sia utilizzato dalla p.a. come strumento di adempimento del dovere amministrativo inderogabile*, e, rispetto al potere, vanta una *pretesa a che quest'ultimo non esoriti dai limiti strettamente necessari*

¹⁴⁸ È ovvio il riferimento all'insegnamento di F.G. SCOCA, da ultimo compendiato nell'opera fondamentale *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017. Si vedano comunque di recente, su versanti diversi, le osservazioni di A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., spec. p. 174 ss.; L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 723 ss.; S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, Giappichelli, 2019; G. GRECO, *Presentazione de “Il provvedimento amministrativo”* (R. Villata - M. Ramajoli) e de “L'interesse legittimo” (F.G. Scoca), in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 763 ss.; N. PAOLANTONIO, *Centralità del cittadino ed interesse legittimo (oltre le categorie, per una tutela effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1527 ss.; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa: per una piena realizzazione dello Stato di diritto*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017; M. MAZZAMUTO, *L'interesse legittimo: profili di teoria generale (a proposito di una recente monografia di Franco Gaetano Scoca)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, p. 1639 ss.; A. PIOGGIA, *Per una “ridrammatizzazione” della questione dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 113 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1005 ss.; F.M. NICOSIA, *L'interesse legittimo come pretesa a una quota del bene comune in regime di scarsità*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2012, p. 427 ss.; G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, Giappichelli, 2012; L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 935 ss.; P.L. PORTALURI, *Interessi e formanti giurisprudenziali: l'anti-Ranelletti?*, in *Urb. app.*, 2007, p. 1463 ss.

all'adempimento del dovere, né in difetto rispetto al dovere (interesse legittimo pretensivo) né in eccesso rispetto al dovere (interesse legittimo oppositivo).

§ 43 Circa l'interesse pubblico¹⁴⁹ (sperando che le osservazioni che seguono non appaiano troppo ingenue o criptiche) sembra di poter trarre da quanto fin qui argomentato un'idea embrionale, illustrabile con la sequenza:



Questa sequenza consente di porre in evidenza un punto fondamentale.

Secondo un'autorevole dottrina, in una visione realistica, «per quanto si debba auspicare che vengano considerati pubblici interessi almeno tendenzialmente generali, ciò che conta dal punto di vista giuridico è che sono da considerare “interessi pubblici” quelli qualificati tali dagli apparati politici (nel nostro ordinamento, organizzati secondo il principio democratico) e, talvolta, dalle stesse amministrazioni autonomamente. In altre parole, all’“interesse pubblico” non si può attribuire un significato sostanziale ma soltanto giuridico-formale»; è questa stessa dottrina ad aggiungere che «spesso non appare possibile distinguere, dal punto di vista sociale ed economico, l’“interesse pubblico” dagli “interessi privati” [...] possono essere qualificati come interessi pubblici interessi di privati (nell'ipotesi migliore, della

¹⁴⁹ Tormentatissimo meta-concetto, sul quale (riprendendo propri precedenti studi) è tornato, di recente, M. STIPO, *Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, F. SAITTA, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 2439 ss. Sempre fondamentale, pur a distanza di un cinquantennio, resta il saggio di A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 57 ss.

maggioranza dei cittadini) che contrastano con gli interessi di altri privati [...] *normalmente, dunque, un "interesse pubblico" altro non è che un insieme di interessi privati*¹⁵⁰.

Entrambe le affermazioni fanno riflettere in profondità.

Da un lato, esse mostrano come il concetto di «interesse pubblico» non possa essere «misticamente» eretto ad entità aliena al mondo degli interessi privati né concepito come irriducibile alle pretese della persona umana, singola o associata¹⁵¹.

Dall'altro lato, disvelano come tanto il legislatore quanto le pp.aa. compiano, rispettivamente in sede normativa (interesse pubblico «astratto») e in sede procedimentale (interesse pubblico «concreto»), operazioni di selezione tra i variegati interessi delle persone, per poi qualificare *ex lege* o *ex actu* solo alcuni di essi con il *nomen* di «interesse pubblico».

Tuttavia, la sequenza sopra schematizzata suggerisce che:

- dietro le leggi che attribuiscono e disciplinano i poteri amministrativi, a loro fondamento causale e giustificativo sul piano costituzionale, vi sono i doveri amministrativi inderogabili;

- dietro i doveri amministrativi inderogabili vi sono i diritti inviolabili delle persone;

- se è così, *il concetto di "interesse pubblico"*, fine dell'attribuzione e dell'esercizio dei poteri amministrativi nelle leggi che espressamente regolano questi ultimi, in quanto necessariamente da riannodare all'adempimento dei doveri amministrativi inderogabili di cui all'art. 2 Cost., esige di essere ricostruito quale *sintesi di compatibilità di diritti inviolabili garantiti in condizioni di eguaglianza sostanziale*;

- ne discende che l'interesse pubblico, sia nella sua accezione di interesse pubblico astratto, sia nella sua accezione di interesse pubblico concreto, non può essere dequotato a mera risultante, *a posteriori*, di una ponderazione devoluta completamente e senza limiti al legislatore, in sede normativa, o alla pubblica amministrazione, in sede procedimentale;

- l'interesse pubblico è certamente «duttile», per essere adattabile alla varietà delle fattispecie, in sede legislativa o amministrativa, ma ha anch'esso un «nucleo duro», costituzionalmente non modificabile (e, per questa parte, non rimesso a scelte contingenti di atti sub-costituzionali), che coincide in definitiva con lo stesso «nucleo irriducibile» dei diritti inviolabili dei quali l'interesse pubblico, appunto, è formula di sintesi giuridica.

§ 44 Con riferimento alla questione *sub* 8) di cui al precedente § 27, sembra di poter delineare la seguente ipotesi, rinviando a un precedente tentativo di esplorazione del problema¹⁵².

¹⁵⁰ D. SORACE, *Diritto*, cit., pp. 26-27 (corsivi aggiunti).

¹⁵¹ Si veda sul punto P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, p. 63 ss., spec. p. 77.

¹⁵² M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, p. 545 ss., spec. p. 560 ss.

I doveri amministrativi inderogabili di cui all'art. 2 Cost. si irradiano sull'intera sfera dell'amministrare: non sono limitabili alla sola *azione amministrativa*, ma investono anche l'area, troppo spesso in penombra, dell'*organizzazione amministrativa*.

Fermo il principio di legalità che, ex art. 97 Cost., richiede l'intervento del legislatore in materia organizzativa, deve infatti rilevarsi come la riserva di legge relativa di cui allo stesso art. 97 Cost. copra soltanto l'«organizzazione [...] nel suo nucleo essenziale»¹⁵³, mentre invece «per quanto sta al di fuori di tale nucleo, la Costituzione si limita a prescrivere l'individuazione legislativa di una o più regole in grado di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, coerentemente con la natura relativa della riserva in questione», in quanto «una “esasperazione” del principio di legalità può rivelarsi incompatibile con la ragion d'essere profonda dell'organizzazione, poiché rischia di mascherare un suo più intenso assoggettamento alla politica: in questo senso si può comprendere la ragione di una limitazione dell'intervento della legge»¹⁵⁴.

Da questo punto di vista, sono attratte nella sfera decisionale dell'amministrazione, e non del legislatore, sia le «scelte organizzative sulle competenze» cd. di «macro-organizzazione», che attengono alla «fondamentale articolazione organizzativa dell'ente», sia le «scelte sui compiti» cd. di «micro-organizzazione», che attengono «all'organizzazione interna agli organi, che è in parte organizzazione di uffici (meri uffici) e in parte organizzazione del lavoro»¹⁵⁵.

A fronte di questo scenario, si aprono vasti spazi per lo studio dei *doveri amministrativi inderogabili di organizzazione* e del loro adempimento, ancora scarsamente esplorati essendo finora prevalente, in dottrina, l'interesse per i *poteri organizzativi*, siano questi ultimi di diritto pubblico (macro-organizzazione autoritativa) o di diritto privato (micro-organizzazione manageriale); spazi per lo studio delle correlate *pretese all'organizzazione amministrativa da parte delle persone*, titolari di diritti inviolabili che necessitino dell'organizzazione, in concreto, per essere garantiti almeno nel loro nucleo irriducibile; e così, ancora, spazi per aumentare la profondità del sindacato sulla cd. *discrezionalità organizzativa*¹⁵⁶.

§ 45 Con riferimento alla questione *sub* 9) di cui al precedente § 27, ossia quella del “costo dei doveri” amministrativi inderogabili e della possibilità di considerare questi ultimi “finanziariamente condizionati” o condizionabili, ci si limita in questa sede alla seguente riflessione.

¹⁵³ Corte cost., sentenza n. 309/1997.

¹⁵⁴ P. CERBO, *Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione fra legalità e autonomia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 20 dicembre 2007, citazioni alle pp. 12-13.

¹⁵⁵ Così F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2016, p. 98; si veda comunque A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001.

¹⁵⁶ Sia consentito ancora il rinvio a M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa*, cit., e soprattutto al pensiero di Domenico Sorace ivi esaminato.

Nella fisiologia dei rapporti tra Costituzione e leggi, normalmente i doveri amministrativi generali, costituzionalmente inderogabili ex art. 2 Cost., vengono specificati in obblighi amministrativi puntuali ad opera del legislatore. In questi casi, è la legge stessa a compiere in sede politica le valutazioni di sostenibilità dei costi derivanti dall'attuazione degli obblighi amministrativi, in termini di compatibilità con le risorse di bilancio disponibili. La Corte costituzionale ha più volte chiarito che, da un lato, «si deve escludere [...] che possa essere la stessa Corte costituzionale a statuire [...] in contrasto con le determinazioni del legislatore [...] a quest'ultimo spettano le valutazioni di politica economica attinenti alle risorse disponibili nei diversi momenti storici», ma, dall'altro lato, che «è compito di questa Corte vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, in ipotesi incisi da interventi riduttivi dello stesso legislatore [...] il rovesciamento di ruoli [...] si pone in contrasto con il sistema costituzionale»¹⁵⁷. Ed ancora, *ex multis*: «alla Corte costituzionale non è dato sovrapporre le proprie valutazioni di merito a quelle che spettano e sono riservate al legislatore nelle determinazioni volte a predisporre i mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni dello Stato nella materia dei cosiddetti diritti sociali. Solo il legislatore è, infatti, costituzionalmente abilitato a compiere gli apprezzamenti necessari a comporre nell'equilibrio del bilancio le scelte di compatibilità e di relativa priorità nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello Stato. Nel rispetto dell'ampia discrezionalità che deve essere riconosciuta al legislatore, a questa Corte, nell'esercizio del controllo di costituzionalità sulle leggi, compete tuttavia di garantire la misura minima essenziale di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe, con l'elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti»¹⁵⁸.

Di recente, la Corte costituzionale ha rivolto in proposito un forte monito, ampiamente commentato dalla dottrina, nei seguenti termini: «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»¹⁵⁹; ed ha aggiunto che occorre «separare il fabbisogno finanziario destinato a spese incompressibili da quello afferente ad altri servizi [...] suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria», proprio per evitare di ingenerare «situazioni prive di tutela in tutti i casi di mancata erogazione di prestazioni indefettibili, in quanto l'effettività del diritto ad ottenerle non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto»¹⁶⁰.

Questo monito della Consulta vale a determinare l'incostituzionalità delle leggi che, specificando i doveri amministrativi inderogabili ex art. 2 Cost. in obblighi amministrativi puntuali, vulnerino però il nucleo irriducibile dei diritti inviolabili.

Non sembra che si possa giungere a conclusioni diverse nei casi di omissione legislativa, ossia quando (v. *supra*, § 38) il legislatore ometta di dettare,

¹⁵⁷ Corte cost., sentenza n. 119/2012.

¹⁵⁸ Corte cost., sentenza n. 27/1998.

¹⁵⁹ Corte cost., sentenza n. 275/2016.

¹⁶⁰ Corte cost., sentenza n. 169/2017.

con legge, obblighi che specifichino e precisino i contenuti e le modalità di adempimento dei doveri amministrativi inderogabili ex art. 2 Cost.

Come si è detto, infatti, anche in mancanza di obblighi specifici di fonte legislativa, la p.a. è tenuta comunque ad adempiere ai doveri amministrativi inderogabili di fonte costituzionale, esercitando la propria discrezionalità amministrativa nel dovere, in modo che l'azione amministrativa compensi l'omissione legislativa.

Tuttavia, si è altresì sottolineato (v. *supra*, § 29) che la «inderogabilità» dei doveri ex art. 2 Cost. ha un perimetro rigoroso: essa è limitata alla garanzia del «nucleo irriducibile» dei diritti in cui consiste la «inviolabilità» dei medesimi; non è volta ad una loro dilatazione *ad infinitum*.

Questo dovrebbe scongiurare l'evocazione di rischi di implosione o di scardinamento dei vincoli di bilancio, essenziali¹⁶¹ per salvaguardare la tenuta del sistema stesso di garanzie costituzionali dei diritti: il “costo” dei doveri amministrativi inderogabili, infatti, dovrà essere sostenuto “senza se e senza ma” dalle pubbliche amministrazioni qualora venga in gioco una minaccia al «nucleo irriducibile» di diritti inviolabili, restando invece affidate alla discrezionalità del legislatore le scelte sull'incremento, o meno, dei costi in relazione al rafforzamento del «perimetro protettivo» dei diritti medesimi.

§ 46 Infine, la questione *sub* 10) di cui al precedente § 27 chiama in causa le sedi, e i rimedi, per la giustiziabilità dell'inadempimento di doveri amministrativi inderogabili.

Le conseguenze sul piano processuale dell'ipotesi di lavoro in questa sede delineata, ove si ritenesse di accoglierla e di svilupparla, necessiterebbero di un'analisi dedicata la cui possibilità supera i limiti di questo scritto.

Ciò che qui si può sommariamente dire è che *non vi è un solo giudice dei doveri amministrativi inderogabili, così come non vi è un solo giudice dei diritti inviolabili* ai quali tali doveri sono inerenti in rapporto di complicazione.

Come di recente è stato sottolineato, «il diritto inviolabile non è altro che una categoria costituzionale descrittiva di un interesse, il quale, per essere fatto oggetto di protezione giurisdizionale, necessita di essere sottoposto ad un processo di qualificazione nei limiti della forma delle due situazioni giuridiche dell'art. 24 Cost.», onde «potrà essere riconosciuta a tale situazione giuridica, in funzione della riconducibilità nell'alveo di una disposizione costituzionale sui

¹⁶¹ E per questo presidiati da un articolato sistema di responsabilità a salvaguardia del corretto uso delle risorse pubbliche: cfr. in argomento A. SAITTA, *Dal bilancio quale “bene pubblico” alla “responsabilità costituzionale democratica” e “intergenerazionale”*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 216 ss.; F. SUCAMELLI, *La “iurisdictio” contabile e la tutela degli interessi diffusi nell'ottica dell'attuazione “domestica” del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio*, in *Federalismi.it*, n. 21/2017, 8 novembre 2017; P.L. PORTALURI, *Immagini dell'amministrazione: leggi finanziarie e responsabilità*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo alla prova delle leggi finanziarie* (Annuario AIPDA 2008), Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 57 ss.

diritti inviolabili, la natura di *diritto soggettivo fondamentale* o di *interesse legittimo fondamentale*¹⁶².

Sia il giudice ordinario che il giudice amministrativo, dunque, possono concorrere su questo terreno, a seconda della diversità delle situazioni che possono configurarsi¹⁶³. Solo a titolo di esempio, non vi è chi non veda la differenza tra *doveri amministrativi inderogabili non adempiuti in assenza di poteri amministrativi* (ad es., per mancata erogazione di una prestazione nell'ambito di un contratto, o di un servizio pubblico); *doveri amministrativi inderogabili non adempiuti attraverso l'esercizio di poteri amministrativi in senso sfavorevole alla persona* (ad es., nell'ambito di un diniego di autorizzazione o dell'irrogazione di una sanzione); *doveri amministrativi inderogabili non adempiuti attraverso il mancato esercizio di poteri amministrativi in senso favorevole alla persona* (ad es., nell'ambito del silenzio inadempiuto su domanda di provvedimento), etc.

I terreni di indagine che si aprono sono molteplici e, in larga parte, incogniti.

Restando al processo amministrativo, numerose conseguenze potrebbero discendere dall'ipotesi qui delineata nel modo di concepire, ad esempio, l'azione di accertamento, l'azione di adempimento, il giudizio sul silenzio, il giudizio di ottemperanza.

Soprattutto il tema del silenzio e della sua sindacabilità sembra poter risentire maggiormente dell'accoglimento, dal punto di vista ricostruttivo, della sussistenza di doveri amministrativi inderogabili direttamente fondati sull'art. 2 Cost.

La locuzione «ove il procedimento consegua *obbligatoriamente* ad un'istanza, ovvero *debba* essere iniziato d'ufficio», presente nell'art. 2 della l. 241/1990, se letta *secundum Constitutionem* potrebbe condurre infatti a un'interpretazione in parte eterodossa rispetto all'orientamento dottrinale e giurisprudenziale dominante: laddove emerga in capo alla p.a. un dovere amministrativo inderogabile ex art. 2 Cost., chiamato in causa da una minaccia riferita al nucleo irriducibile di un diritto inviolabile, si potrebbe ritenere che la domanda della persona lesa, a prescindere dalla presenza o assenza di specifiche disposizioni di legge che tipizzino tale domanda, attivi comunque nell'an un dovere di risposta amministrativa, giustiziabile in caso di inadempiimento proprio attraverso il rito del silenzio, fermi i margini di discrezionalità nell'adempimento del dovere riservati alla p.a. nel *quid*, nel *quomodo* e nel *quantum*.

Si tratta solo di esempi che confermano l'insufficienza delle frammentarie notazioni qui svolte ma, forse, anche della potenziale fecondità di un percorso da proseguire, su queste basi, in successive analisi.

¹⁶² N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 12/2020, p. 177 ss., citazioni alle pp. 185-186.

¹⁶³ Si rinvia, per un'aggiornata ricostruzione sistematica, a M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il Codice del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2018.

III

OPINIONI E RECENSIONI

ALBERTO ZITO

Professore Ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Teramo -
Facoltà di Giurisprudenza e docente a contratto presso la Scuola Nazionale
dell'Amministrazione
azito@unite.it

IL SISTEMA DELLA PERFORMANCE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE TRA DISEGNO ORGANIZZATIVO E SVOLGIMENTO DELLA FUNZIONE*

THE SYSTEM OF PUBLIC ADMINISTRATION PERFORMANCE BETWEEN ORGANIZATIONAL DESIGN AND EXERCISE OF THE ACTIVITY

SINTESI

Il sistema della *performance* della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione.

Lo studio della *performance* delle pubbliche amministrazioni da parte del giurista deve necessariamente assumere carattere interdisciplinare perché il tema è oggetto privilegiato di studio delle discipline aziendalistiche e del *management* pubblico. Muovendo da questo approccio, il saggio definisce il concetto di *performance* ed esamina i due modelli elaborati dalle suddette discipline. Il primo modello è maggiormente orientato a considerare la *performance* come uno strumento che serve a misurare il rapporto tra le risorse immesse nel processo e ciò che ne scaturisce in termini di *output*. Il secondo modello è maggiormente orientato a considerare la *performance* come uno strumento utile non soltanto a misurare il suddetto profilo, ma anche a valutare se l'*output* prodotto sia stato in grado di produrre ulteriori risultati (l'*outcome*) nel contesto di riferimento in cui si colloca. Esaurita l'analisi interdisciplinare, il saggio esamina quale dei due modelli sia maggiormente conforme al ruolo che la Costituzione assegna alle pubbliche amministrazioni e successivamente illustra i profili problematici della normativa (individuati in particolare nella sostanziale irresponsabilità degli organi titolari dell'indirizzo politico-amministrativo per la violazione degli obblighi gravanti sugli stessi in relazione al piano delle performance). Nella parte conclusiva il saggio individua gli effetti che il sistema di valutazione della performance determina sull'organizzazione e l'azione delle pubbliche amministrazioni.

ABSTRACT

The system of public administration performance between organizational design and exercise of the function.

The study of the performance of public administrations in a legal perspective must necessarily take on an interdisciplinary approach because the argument is

*Il saggio trae origine dalla relazione tenuta al Convegno annuale dell'AIPDA svoltosi a Pisa nei giorni 10, 11 e 12 ottobre 2019).

a privileged object of study of business disciplines and public management. Starting from this approach, the essay defines the concept of performance and examines the two models developed by the aforementioned sciences. The first model is more oriented towards considering performance as a tool useful to measure the relationship between the resources introduced into the process and what arises from it in terms of output. The second model is more oriented towards considering performance as a useful tool not only for measuring the aforementioned profile, but also for assessing whether the output was able to produce further value in the reference context. Once the interdisciplinary analysis has been completed, the essay examines which of the two models is more consistent with the role that the Constitution assigns to public administrations and subsequently illustrates the problematic profiles of the legislation (identified in particular in the substantial irresponsibility of the bodies holding the political-administrative direction for the violation of the obligations imposed on them in relation to the performance plan). Finally the essay identifies the effects that the performance evaluation system determines on the organization and action of public administrations.

PAROLE CHIAVE: Pubblica Amministrazione. *Performance*. Efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa. Legittimazione della pubblica amministrazione.

KEYWORDS: Public Administration. *Performance*. Efficiency and effectiveness of administrative action. Legitimization of public administration.

INDICE: 1. Il complesso delle norme che regolano direttamente e indirettamente la performance della p.a. e la rilevanza costituzionale del tema. – 2. Le difficoltà che il giurista incontra nello studio del tema della performance della pubblica amministrazione. – 3. I modelli di performance e la scelta del legislatore. – 4. Il principale nodo critico della disciplina di cui al d. lgs. n. 150/2009: la sostanziale irresponsabilità degli organi titolari dell'indirizzo politico-amministrativo per la violazione delle obbligazioni gravanti sugli stessi in relazione al piano delle performance. – 5. Considerazioni conclusive: il sistema di performance e il suo impatto sulla teoria dell'organizzazione e dell'azione amministrativa.

1. Il complesso delle norme che regolano direttamente e indirettamente la performance della p.a. e la rilevanza costituzionale del tema.

Lo studio della *performance* da parte del giurista, se non vuole risolversi in mera esegesi del dato normativo, si deve porre l'obiettivo di sistematizzare le norme, che, direttamente o indirettamente, si riferiscono a tale fenomeno attraverso l'utilizzo del metodo, delle categorie e dei concetti propri della scienza giuridica.

Un'operazione di tal fatta non può in ogni caso che partire dal diritto positivo il quale offre al riguardo solide basi. Il nucleo da cui prendere le mosse è ovviamente l'insieme delle disposizioni contenute nel D. Lgs. n. 150/2009 dove si rinviene non soltanto il riferimento alla *performance*, ma anche una serie di norme sul ciclo di gestione della *performance* stessa, sul sistema di misurazione e valutazione, sugli indicatori, sugli attori, sul collegamento tra *performance* (o, per meglio dire, sua misurazione e valutazione) e trasparenza ed *accountability*, non-

ché sugli incentivi e le penalizzazioni connesse al raggiungimento o meno degli obiettivi¹.

Non vi sono peraltro solo le disposizioni contenute nel suddetto D. Lgs. a venire in rilievo, perché queste ultime debbono necessariamente essere collegate a (e analizzate con) altre che, pur non occupandosi direttamente di *performance*, intercettano tale tematica.

Ci si riferisce innanzitutto a quelle norme (molte) che, pur sparse in testi diversi, fanno uso di termini quali per un verso economicità ed efficienza e per altro verso efficacia e risultato dell'azione amministrativa, additandoli nel contempo come principi regolativi di questa azione e come suoi fini².

Non è difficile capire perché le norme ricordate siano tali da intercettare la questione della *performance* delle pubbliche amministrazioni. I principi suddetti, indipendentemente dall'esatto significato che si voglia loro ascrivere (e sul quale vi sono una gran messe di contributi dottrinali e non pochi dissensi)³, presentano un minimo comune denominatore: tutti rinviano necessariamente ad un rapporto tra grandezze misurabili e/o valutabili. Il principio di economicità e quello di efficienza mettono in correlazione le risorse (gli *input*) immesse all'inizio di un processo e il prodotto (l'*output*) che scaturisce al termine del processo. Il principio di efficacia e quello del risultato aggiungono un ulteriore elemento rappresentato dall'*outcome* ossia dalla capacità dell'*output* di generare un risultato positivo nel contesto o nell'ambiente di riferimento. Sulla distinzione tra *output* ed *outcome* si tornerà nel prosieguo⁴. Per il momento è sufficiente notare che, se la *performance* delle pubbliche amministrazioni è uno strumento che serve proprio a misurare e valutare il raggiungimento degli obiettivi strate-

¹ Per un'analisi della normativa introdotta dal d. lgs. n. 150/2009 cfr. S. BATTINI - B. CIMINO, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2010, p. 255 ss. Per una analisi condotta da una prospettiva non giuridica cfr. F. MONTEDURO, S. MAMELI, M. BARBIERI, G. VALOTTI, L. HINNA, *Gestire e valutare le performance nella P.A.*, Rimini, Santarcangelo di Romagna, 2010.

² Per citare due norme "di sistema" si può ricordare l'art.1, comma, 1 della legge n. 241/1990 che prevede che l'attività amministrativa è retta da criteri di economicità e di efficacia e l'art. 30 comma 1, del Codice dei contratti pubblici, che stabilisce che l'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni si svolge nel rispetto dei principi di economicità ed efficacia.

³ Sui temi dell'economicità, efficienza, efficacia e sull'amministrazione di risultato il dibattito è sterminato. Non si può che rinviare dunque ai più recenti studi monografici che, nell'affrontare la ricostruzione di tutti o di parte dei principi richiamati, mostrano le difficoltà di sistematizzarli in un quadro coerente e, con accenti più o meno critici, le tensioni che essi determinano con il principio di legalità (cfr. R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016; D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Cedam, Padova, 2019). Per la genesi dell'espressione amministrazione di risultato resta sempre importante il contributo di A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "Amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Cassella*, Editoriale scientifica, Napoli, 2001, Vol. II, p. 813 ss.

⁴ La distinzione indicata nel testo intercetta una problematica più generale ossia quella dei modelli di performance e della loro caratterizzazione. La distinzione peraltro è risalente nel tempo come mostrato nell'analisi di carattere storico condotta da D. W. WILLIAMS, *Measuring Government in the Early Twentieth Century*, in *Public Administration Review*, Vol. 63, n. 6, 2003, pp. 643-659.

gici ed operativi in termini di *output* e di *outcome*, ne consegue che la *performance* stessa, il principio di economicità, il principio di efficienza, il principio di efficacia e il principio del risultato sono parenti stretti.

Se peraltro lo sguardo va oltre la legislazione ordinaria, non si può sotto-cedere come anche a livello costituzionale vi siano prescrizioni che catturano sia pure indirettamente la tematica della *performance*. In questo caso il pensiero corre subito, come è scontato, al principio del buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione. Ma forse, a venire in rilievo, è anche il principio dell'equilibrio di bilancio pure presente, a seguito della riforma costituzionale del 2012, sia nell'art. 97 sia nell'art. 81. Una simile affermazione potrebbe apparire singolare, ma non lo è più di tanto. Indipendentemente dalle molte questioni che l'introduzione del principio in questione ha posto alla dottrina ed il cui esame esula dagli obiettivi della presente analisi⁵, un dato è certo: ovvero che l'equilibrio di bilancio non può che dipendere anche da una pubblica amministrazione "performante" che sia cioè in grado di produrre gli *output* e gli *outcome* desiderati con un uso ottimale delle risorse e dunque realizzando, se del caso, risparmi di spesa⁶.

Non è allora azzardato dire in definitiva che la tematica della *performance*, della sua misurazione e valutazione, abbia una diretta rilevanza costituzionale in ben due norme della nostra Costituzione.

2. Le difficoltà che il giurista incontra nello studio del tema della performance della pubblica amministrazione.

L'insieme di norme (importanti per quantità e qualità) di cui il giurista dispone sembra, perlomeno *prima facie*, consentire di poter ragionare sulla *performance* in termini di istituto giuridico su cui innestare una coerente teorizzazione.

⁵ Molteplici sono le questioni che l'introduzione del principio dell'equilibrio di bilancio ha sollevato. In estrema sintesi la dottrina si è in primo luogo interrogata se, per effetto in particolare di quanto dispone il nuovo art. 81 Cost., vi sia stata, se non la costituzionalizzazione di una determinata dottrina economica a scapito delle altre, quantomeno una espressione di disfavore nei confronti della dottrina keynesiana, con la conseguenza che all'azione di politica economica dello Stato sia precluso oggi di seguire i canoni elaborati dalla dottrina avversata (cfr. O. CHES-SA, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in *Quaderni Costituzionali*, 2016, p. 455 ss). In secondo luogo il dibattito si è sviluppato sul dilemma "equilibrio di bilancio- pareggio di bilancio" (cfr. M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in, *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Giuffrè, Roma, 2013, in particolare p. 153). In terzo luogo si è discusso sulla profonda modifica che il principio ha indotto nel rapporto tra il Parlamento e il Governo con uno spostamento di poteri a favore di quest'ultimo in grado di incidere sulla stessa forma di governo (G. SCACCIA, *L'equilibrio di bilancio tra Costituzione e vincoli europei*, in *Osservatorio sulle fonti*.it, 2013, n. 2). Da ultimo, ma non certamente per ultimo, si è affrontato il tema degli effetti che il principio può determinare sulla tutela dei diritti sociali che hanno, come è noto, un costo "importante" (cfr. F. PALLANTE, *Dai vincoli "di" bilancio ai vincoli "al" bilancio*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2016, p. 2498 ss.).

⁶ Il collegamento tra *performance*, sua misurazione e valutazione, e risparmi di spesa è peraltro fatto direttamente dall'art. 8, comma 1, lettera f), del D. Lgs. n. 150/2009.

Realizzare ciò non è peraltro impresa agevole. Il punto d'attrito sta nel fatto che tutte le disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 150/2009 e le altre che sono state nel paragrafo precedente ricordate utilizzano concetti che sono propri di altri ambiti disciplinari non aventi carattere giuridico, quali in particolare la scienza economica, la scienza dell'organizzazione, la scienza del management pubblico e privato, la scienza aziendalistica.

Esiste dunque per il giurista un primo livello d'indagine che è quello di riempire di contenuto sostanziale le disposizioni normative in tema di *performance* utilizzando concetti, teorie e paradigmi elaborati in altri ambiti disciplinari.

Si badi bene: non è un'operazione meccanica o semplice. Non è in primo luogo meccanica perché non sarebbe corretto dal punto di vista del metodo giuridico operare una trasposizione pura e semplice di ciò che viene elaborato da altre scienze pur in presenza della tendenziale identità del fenomeno osservato. Le acquisizioni cui pervengono le scienze non giuridiche, infatti, devono essere, per così dire, filtrate e rielaborate alla luce del quadro assiologico che il sistema giuridico, per il tramite della normazione positiva, esprime.

Non è in secondo luogo un'operazione semplice perché nell'ambito delle scienze non giuridiche, che assumono ad oggetto lo studio della *performance* vi è accordo su alcune questioni, ma un grande dibattito su altre. Basti pensare che un dato comune nella sterminata letteratura non giuridica sull'argomento è rappresentato dal fatto che tutti o quasi gli studiosi concordano sulla circostanza che le performance della pubblica amministrazione siano in primo luogo difficili da misurare e valutare perché i "prodotti amministrativi" sono molteplici e con caratteristiche assai diverse⁷. Anche a volere superare tale problema riportando la misurazione e la valutazione alle specificità di ciascun "prodotto", resta il fatto che la costruzione del modello logico e metodologico che sottende la misurazione e la valutazione è in ogni caso assai difficile⁸.

Se già il primo livello d'indagine è dunque complicato per il giurista, tuttavia la scienza del diritto amministrativo è particolarmente attrezzata per condurre una operazione di tal fatta, ove si pensi, per un verso, che la ricostruzione giuridica di un istituto centrale per il diritto amministrativo, qual è la discrezionalità tecnica (per usare il *nomen* tradizionale), ha sempre comportato il confronto con categorie e concetti propri di altre scienze, nonché la loro ritradu-

⁷ Per comprendere le difficoltà cui si fa cenno nel testo è sufficiente riflettere sulla classificazione che le scienze economiche aziendalistiche e del management pubblico propongono dei "prodotti" amministrativi. Ad esempio, uno dei più autorevoli studiosi di tale problematica, ha sostenuto che l'attività odierna dell'amministrazione pubblica è orientata alla produzione delle seguenti tipologie di "prodotti": leggi e atti amministrativi; beni collettivi; beni individuali di interesse collettivo; trasferimenti finanziari; indirizzi programmi e linee guida (così E. BORGO-NOVI, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Milano, Egea, IV Ed., 2005, p. 61 ss.).

⁸ Sul tema cfr. J. STEWART - K. WHALSH, *Performance Measurement: When Performance can Never be Finally Defined*, in *Public Money & Management*, 1994, Vol. 14, n. 2, pp. 45-49.

zione dentro la sistematica giuridica⁹, e, per altro verso, che vi sono molti contributi di metodo su come collegare alla riflessione giuridica di tipo sistematico le acquisizioni di altre discipline che assumono ad oggetto, sia pure da altra prospettiva, fatti e fenomeni, di tipo sociale ed economico, oggetto di giuridificazione senza cadere in uno sterile sincretismo¹⁰.

L'obiettivo del presente contributo non è certamente quello di tratteggiare neanche per sommi capi una teoria giuridica della *performance* della pubblica amministrazione, bensì quello di esaminare tre questioni di particolare rilievo e interesse: a) verificare quale sia il modello di performance adottato dal legislatore; b) verificare se la disciplina di cui al D. Lgs. n. 150/2009 sia coerente rispetto al modello scelto; c) verificare quali effetti determini e quali prospettive di ricerca il tema della *performance* apra sul piano della teoria dell'organizzazione e dell'azione amministrativa.

3. I modelli di performance e la scelta del legislatore.

Al fine di spingere l'indagine nella direzione indicata è opportuno in via preliminare muovere dalla chiarificazione del concetto di *performance*. Quest'ultimo, nell'ambito delle scienze non giuridiche, che di esso primariamente si occupano, sta a denotare, nel contempo, il risultato di determinate azioni e condotte poste in essere in attuazione di obiettivi predefiniti ed a partire da risorse parimenti predefinite, il processo svolto per il conseguimento degli stessi e le diverse dimensioni attraverso le quali è possibile misurare e valutare tale conseguimento. Detto in altri termini la *performance* consiste essenzialmente nel collegamento tra obiettivi, risorse, processi, risultati e controllo di questi ultimi¹¹.

Chiarito questo punto, è necessaria qualche sintetica considerazione anche sui modelli di *performance* elaborati nella letteratura scientifica di riferimento. Si tratta infatti di un passaggio non eludibile se si vuole comprendere quale sia il modello scelto dal nostro legislatore e soprattutto se tale scelta sia in linea con lo statuto giuridico della pubblica amministrazione quale emerge in particolare dall'insieme dei principi e dei valori costituzionali.

⁹ Sul tema del rapporto tra diritto e tecnica cfr. da ultimo L. BENVENUTI, *Itinerari novecenteschi in tema di diritto amministrativo e valutazioni tecniche*, in *Lingua e potere nel diritto delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 9-53.

¹⁰ Sul punto si condivide la posizione metodologica di A. ROMANO TASSONE (di cui si vedano i saggi *Pluralità di metodo e unità della giurisprudenza*, in *Diritto Amministrativo*, 1998, p. 651 ss.; *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Diritto Amministrativo*, 2002, p. 11 ss.) secondo il quale nell'indagine scientifica il giurista deve muovere sempre dal fatto di realtà assunto nella sua integralità, avvalendosi anche proficuamente dell'apporto di altre discipline scientifiche che da diversa prospettiva lo studiano, per poi successivamente operare una selezione degli aspetti giuridicamente rilevanti.

¹¹ Da quanto detto nel testo consegue che il giurista è obbligato a ragionare in termini di processo e dunque che una adeguata sistemazione giuridica della performance deve essere in grado di spiegare non solo i singoli atti del processo, ma tutte le variabili di cui si compone colte nel loro ineliminabile e ontologico collegamento.

In proposito due sembrano i modelli di *performance* più accreditati nella riflessione non giuridica. Il primo è maggiormente orientato a considerare la *performance* come uno strumento che serve a misurare il rapporto tra le risorse immesse nel processo e ciò che ne scaturisce in termini di *output*. Più nello specifico questo modello tende ad accertare se, date certe risorse, si sia raggiunto il migliore *output* possibile dalla ovvero se, individuato un obiettivo di *output*, esso sia stato raggiunto con il minor dispendio di risorse.

Il secondo modello è maggiormente orientato a considerare la *performance* come uno strumento che serve non soltanto a misurare il profilo cui si è accennato, ma anche a valutare se l'*output* prodotto sia stato in grado di produrre ulteriori risultati (l'*outcome*) nel contesto di riferimento in cui si colloca¹².

I due modelli di *performance* che si sono tratteggiati sono figli di due diverse teorie sul management pubblico¹³ e, pur non essendo antitetici, presentano delle differenze importanti: il primo è infatti volto a trasferire nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, pur con i dovuti adattamenti, principi e metodi di controllo propri delle aziende private in una logica che potremmo definire interna all'organizzazione e dunque attenta all'economicità e all'efficienza; il secondo ha un respiro più ampio perché prende in considerazione nell'ambito della *performance* anche il valore aggiunto creato per il contesto di riferimento in una logica che potremmo definire "di comunità" e dunque attenta anche e soprattutto all'efficacia e al risultato. Il primo modello è volto a misurare piuttosto che a valutare; il secondo è volto, oltre che a misurare, anche a valutare.

In definitiva il modello di *performance* che si è definito aziendalista è uno strumento di valutazione della pubblica amministrazione intesa prevalentemente come fatto organizzato; il modello di *performance* "di comunità" è uno strumento di valutazione della pubblica amministrazione intesa anche come attore che concorre alla *governance* complessiva del settore in cui si colloca

¹² Un esempio può essere utile a chiarire il concetto di *outcome*. Una delle funzioni che la legge attribuisce ad ANAC è quella di rendere pareri di precontenzioso su questioni controverse che possono insorgere in sede di procedura di aggiudicazione di una gara d'appalto. In questo caso il parere reso può certamente essere oggetto di misurazione a partire dalle risorse umane, strumentali e finanziarie che sono state utilizzate a tal fine e dunque trattato come un *output*. Il parere può però essere valutato in termini *outcome* ossia di valore aggiunto che esso determina anche rispetto ad attori terzi quali le altre stazioni appaltanti che potranno disporre di un precedente qualificato utilizzabile per la soluzione di casi identici o simili e gli stessi giudici amministrativi che, nel decidere la controversia disporranno di materiale istruttorio aggiuntivo in grado di fornire un contributo alla chiarificazione sia della *quaestio facti* sia della *quaestio juris*. Se poi si formerà un orientamento giurisprudenziale che conferma quanto deciso nel parere di precontenzioso il valore aggiunto risulterà ancora maggiore.

¹³ Il primo modello scaturisce dal paradigma teorico del *Public Management* e dagli sviluppi che hanno dato luogo al *New Public Management* (su queste teorie cfr. di recente G. REBORA, *Public management: una prospettiva di scienza dell'organizzazione*, in *Rivista Italiana di Public Management*, 2018, Vol. 1, n. 1, p. 68 ss.). Il secondo modello scaturisce dal paradigma teorico del *Public Value Management* il cui autore più noto è M. MOORE, *Creating Public Value: Strategic Management in Government*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1995. Sui due paradigmi e sulle loro interazioni cfr. J. O'FLYNN, *From New Public Management to Public Value: Paradigmatic Change and Managerial Implications*, in *The Australian Journal of Public Administration*, 2007, Vol. 66, n. 3, pp. 353-366 ed in particolare p. 360 ss.

l'interesse pubblico attribuito alla sua cura e che consente di dare spazio a profili, quali ad esempio l'equità, l'etica ed il benessere delle persone, che vanno ben al di là dell'efficienza organizzativa.

Non è difficile capire, sulla base delle considerazioni svolte, quale dei due modelli sia quello maggiormente in linea con il ruolo e la funzione che la Costituzione assegna alla pubblica amministrazione. Sebbene per questa via si tocchi un tema vastissimo, si può sinteticamente ricordare come quest'ultima sia dalla Costituzione qualificata non tanto o non soltanto in termine di un potere, che pur godendo di autonomia, è comunque strumentale rispetto all'attuazione dell'indirizzo politico¹⁴; non tanto o non soltanto come attore al servizio della collettività e dei cittadini¹⁵; quanto prima ancora come soggetto che è subordinato necessariamente all'intero sistema dei principi e dei valori costituzionali della cui attuazione deve essere garante nel momento in cui si accinge a curare in concreto l'interesse pubblico affidato alle sue cure¹⁶. Ebbene, se la pubblica amministrazione non è né può ridursi ad una mera macchina efficiente, ma è necessariamente subordinata all'intero sistema dei principi e dei valori costituzionali, è evidente come la creazione di valore aggiunto (l'*outcome*) sia un preciso dovere giuridico che grava sulla stessa il cui corretto adempimento può e deve essere oggetto di valutazione in termine di *performance*. Dunque dal punto di vista strettamente giuridico il modello di *performance* da preferire, perché maggiormente in linea con il ruolo che la Costituzione assegna alla pubblica amministrazione è il secondo, ossia quello che si è prima definito "di comunità", nel

¹⁴ Il tema vanta una letteratura sterminata che non può essere richiamata senza incorrere in ingiustificate omissioni. In questa sede si può solo ricordare come G. BERTI si sia spinto sino a mettere in discussione la stessa ricostruzione della pubblica amministrazione in termini di potere, (cfr. G. BERTI, *La responsabilità pubblica. Costituzione e Amministrazione*, Padova, 1994, dove si sostiene che la p.a. è dalla Costituzione collegata direttamente alla società e che dunque essa non può che configurarsi come uno spazio d'azione libero, sia pure connotato da una particolare doverosità: "il fatto che la Costituzione non identifichi l'amministrazione ha ... un significato preciso e cioè che la Costituzione non ha pensato all'amministrazione come ad un potere dello stato e che ha, al contrario, inteso che l'amministrazione dovesse vedersi collegata immediatamente con la società... L'amministrazione insomma appare come forma della società e non come un'immagine dello stato").

¹⁵ Anche la prospettiva di inquadrare la pubblica amministrazione in termini di un servizio reso alla collettività e agli attori in essa presenti, piuttosto che come un potere autoritativo, è molto indagata, per cui anche in questo caso sarebbe impossibile fornire indicazioni bibliografiche esaurienti. Si può invece ricordare come la questione emerga con forza negli studi dottrinali già a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso (cfr. ad esempio le considerazioni di V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1964, in particolare p. 928, dove vi è il riferimento al fatto che nel mutato quadro costituzionale la pubblica amministrazione si è trasformata in "ente deputato a fornire prestazioni ai cittadini").

¹⁶ Per la prospettiva indicata nel testo cfr. *ex multis* G. MARONGIU, *Gli istituti della democrazia amministrativa*, in *La democrazia come problema*, Vol. I, Tomo II, Bologna, il Mulino, 1994, p. 479 ss. secondo cui "l'amministrazione vive nella Costituzione non solo in ragione delle norme che afferiscono direttamente alla disciplina della sua organizzazione e della sua azione, ma, ancor più, in ragione della sua necessaria subordinazione all'intero sistema dei valori costituzionali, sistema che diventa dunque la fonte ispiratrice e il criterio normativo principe del rapporto tra l'amministrazione, i cittadini e l'intera comunità civile e politica" (p.479-480).

quale ad essere oggetto di misurazione e/o di valutazione è non soltanto l'*output* ma anche l'*outcome*.

Se si volge ora lo sguardo al diritto positivo, si può ritenere che la scelta del legislatore sia stata a favore di questo modello? La risposta è positiva anche se una netta indicazione in tal senso manca.

Ed infatti il sistema di *performance*, come delineato dal d.lgs. n. 150/2009, riunisce insieme la *performance* individuale (che si risolve in un problema di produttività del lavoro), la *performance* dell'unità organizzativa (che si risolve in una performance di processo volta ad accertare il contributo che nel processo stesso viene fornito da ogni singola unità), e la *performance* dell'organizzazione in quanto tale (ai sensi dell'art. 3, comma 2, "ogni amministrazione è tenuta a misurare e a valutare la performance con riferimento all'amministrazione nel suo complesso, alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola e ai singoli dipendenti"). Il risultato finale del processo dunque non sfugge al sistema, anzi ne costituisce profilo essenziale. Tuttavia non è del tutto chiaro se il risultato da misurare e/o valutare sia quello di *output* o di *outcome*. E così ad esempio nell'art. 2, comma 1, si prevede che il sistema di valutazione delle strutture e dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è volto ad assicurare standard qualitativi e quantitativi del servizio tramite la valorizzazione dei risultati della *performance* organizzativa e individuale. Ed ancora ai sensi dell'art. 3, comma 4, le amministrazioni pubbliche adottano metodi e strumenti idonei a misurare, valutare e premiare la *performance* individuale e quella organizzativa secondo criteri connessi al soddisfacimento dell'interesse del destinatario dei servizi e degli interventi. Infine, l'art. 8, comma 1, lettera f), stabilisce che il sistema di misurazione e valutazione della *performance* organizzativa concerne l'efficienza nell'impiego delle risorse, con particolare riferimento al contenimento e alla riduzione dei costi, nonché all'ottimizzazione dei tempi dei procedimenti.

Come è evidente dai riferimenti alla qualità e quantità dei servizi e degli interventi, all'efficienza nell'impiego delle risorse e al contenimento dei costi la prospettiva che sembra si sia privilegiata è quella della misurazione e/o della valutazione dell'*output* piuttosto che dell'*outcome*. Tuttavia non mancano indicazioni che inducono ad una conclusione diversa. L'art. 4, comma 2, lettera a), nel parlare degli obiettivi stabilisce che essi devono essere rilevanti rispetto ai bisogni della collettività, alla missione istituzionale, alle priorità politiche ed alle strategie dell'amministrazione. In questo caso il riferimento ai bisogni della collettività e alle priorità politiche sembra rinviare ad un concetto di *performance* più ampio in cui a dovere essere misurato e/o valutato è anche l'*outcome*.

In definitiva il quadro normativo, seppure in chiaroscuro, autorizza l'interprete, anche sulla base dello statuto costituzionale della p.a., a ritenere che vi sia stata adesione ad un modello che comporta una misurazione e/o valutazione non circoscritta alla mera efficienza organizzativa, ma estesa anche all'efficacia.

Tanto detto, il punto maggiormente critico della normativa non è neanche questo, perché come si è visto per via interpretativa si giunge ad una conclusione attendibile. Esso sta invece nel fatto che la disciplina posta si occupa

soprattutto della *performance* individuale e di unità organizzativa, lasciando in penombra la performance di risultato quanto agli strumenti che ne sanzionano non tanto il mancato raggiungimento, quanto, come si vedrà, la mancata adozione del piano della *performance* o il non corretto contenuto dello stesso.

4. Il principale nodo critico della disciplina di cui al d.lgs. n. 150/2009: la sostanziale irresponsabilità degli organi titolari dell'indirizzo politico-amministrativo per la violazione delle obbligazioni gravanti sugli stessi in relazione al piano delle *performance*.

Indipendentemente dal modello di performance che viene scelto, il presupposto indefettibile per la costruzione ed il buon funzionamento di ogni sistema di performance è rappresentato dall'individuazione *ex ante* degli obiettivi.

Se si guarda, come è doveroso fare, alle scienze non giuridiche vi è un consenso pressoché unanime sul fatto che tale individuazione deve avvenire nel rispetto di certi principi: gli obiettivi (strategici ed operativi) devono essere formulati in modo chiaro e preciso e soprattutto ad essi devono essere associati criteri di misurazione e/o di valutazione adeguati¹⁷. Se prendiamo gli esempi che nella letteratura non giuridica vengono fatti, a proposito di obiettivi bene o male formulati, si legge quanto segue: ridurre i tempi di registrazione delle imprese nel registro non è una formulazione corretta; lo è invece ridurre i tempi di registrazione delle imprese nel registro del 20% entro il 2020¹⁸. Nel primo caso siamo di fronte ad una generica indicazione, quasi ad un'esortazione, ma non alla individuazione di un obiettivo il cui raggiungimento potrà essere misurato e valutato *ex post*. Nel secondo caso certamente sì, perché l'obiettivo non è vago e soprattutto perché è ad esso associato un indicatore volto a verificare empiricamente il suo raggiungimento.

Nel D. Lgs. n. 150/2009 il legislatore si è mostrato consapevole di tutto ciò dal momento che l'art. 5, comma 2, lettera b), prescrive che gli obiettivi siano specifici e misurabili in termini concreti e chiari. Si può discutere della formulazione linguistica dell'enunciato soprattutto nella parte in cui vi è il riferimento alla concretezza, ma il senso complessivo della disposizione non dà adito a dubbi. Il punto dolente non è dunque questo: esso riguarda invece la disciplina dell'atto di adozione del piano della *performance*, atto che è riconducibile nella categoria degli atti di indirizzo politico-amministrativo o, secondo altra

¹⁷ Cfr. ad esempio la ricerca della SNA "La misurazione delle performance nelle pubbliche amministrazioni" (2008) coordinata da Luca Anselmi nella quale oltre all'introduzione del curatore sono contenuti saggi di E. BORGONOV, E. GUARINI, D. GALLI, L. DEL BENE, V. SFORZA, R. RUFFINI, G. CANZONETTI (la ricerca è consultabile sul sito istituzionale della SNA). Il riferimento alla chiarezza e alla precisione degli obiettivi è ricordato in molti dei contributi.

¹⁸ L'esempio fatto nel testo è tratto da saggio di R. RUFFINI, *I principi organizzativi per lo sviluppo di sistemi di rilevazione di indicatori di performance a livello nazionale e aziendale*, pp. 170-211, contenuto nella ricerca indicata nella nota precedente.

terminologia, che non ne altera la sostanza appena indicata, nella categoria degli atti di programmazione strategica¹⁹.

In proposito la norma prevede che tale atto, nel quale devono essere fissati gli obiettivi, sia di competenza dell'organo titolare dell'indirizzo politico-amministrativo, che si avvale a tal fine dell'ausilio della dirigenza.

Ebbene la normativa ha previsto in capo a tali organi (*rectius* in capo ai soggetti che ne hanno la titolarità) un dovere d'ufficio il cui oggetto si sostanzia in due obbligazioni puntuali di *facere*: la prima riguarda l'adozione del piano, di guisa che la mancata adozione è da qualificare come inadempimento; la seconda riguarda il contenuto del piano che deve essere chiaro e preciso nell'indicazione degli obiettivi strategici ed operativi di guisa che un piano che l'assenza di tale presupposto determina parimenti un inadempimento²⁰.

Si badi bene: siamo di fronte ad obbligazioni i cui inadempimenti sono particolarmente gravi perché in entrambi i casi si vanifica l'intero sistema della *performance*. Anzi si deve sottolineare come l'inadempimento del secondo tipo rischi di essere nella sostanza più grave del primo perché cela un fenomeno elusivo della normativa, atteso che il piano della *performance* risulterebbe tale nella forma, ma non nella sostanza, e dunque qualsiasi misurazione e/o valutazione della stessa sia in termini individuali sia in termini di unità organizzativa sia in termini di organizzazione intesa nel suo complesso sarebbe necessariamente inattendibile.

¹⁹ Sul tema resta fondamentale lo studio monografico di M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2001. al quale si rinvia per ulteriori considerazioni sul rapporto tra indirizzo politico e programmazione strategica.

²⁰ Il dovere d'ufficio vive una felice stagione di rinnovato interesse da parte della dottrina che sempre più considera tale concetto centrale per la ricostruzione dell'agire della pubblica amministrazione, come testimoniato dalla recente pubblicazione di alcune monografie che ricostruiscono la nozione ovvero la utilizzano come presupposto indispensabile per lo studio di profili particolarmente importanti dell'azione amministrativa (Sul punto cfr. F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016). A questi studi si deve aggiungere di recente quantomeno l'interessante contributo di M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: natura e caratteri*, in G. CARLOTTI – A. CLINI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Tomo primo - Parte sostanziale, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 105 ss. nel quale il provvedimento è ricostruito proprio a partire dal dovere. Una coerente linea di ricerca e di scavo sulle potenzialità del concetto è portata avanti con particolare impegno anche da S. DETTORI, secondo cui il dovere d'ufficio è categoria dalla quale non si può prescindere per ricondurre a sistema alcune rilevanti novità che emergono a livello giurisprudenziale sul tema della responsabilità della p.a. nei confronti del cittadino (cfr. S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, 4/2017, p. 861 ss.) ovvero per rivisitare in chiave innovativa alcuni concetti fondamentali della teoria dell'organizzazione e dell'azione amministrativa quale ad esempio il concetto di coordinamento. (cfr. S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, in corso di pubblicazione). Resta peraltro fondamentale sul tema del dovere, perché anticipa molte delle questioni che oggi sono affrontate dalla dottrina, il contributo di G. MARONGIU, *L'ufficio come professione. Saggio sul rapporto d'impiego con lo Stato*, in *La democrazia come problema*, Vol. I, Tomo II, Bologna, il Mulino, 1994, pp. 71-179.

Ebbene qual è il presidio posto dalla legislazione vigente a tutela del corretto adempimento delle suddette obbligazioni? In proposito l'art. 10, comma 5, prevede, in caso di mancata adozione del piano della *performance*, che, per un verso, è fatto divieto di erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti che hanno concorso alla sua mancata adozione e che, per altro verso, l'amministrazione non può procedere ad assunzioni di personale o al conferimento di incarichi di consulenza o di collaborazione comunque denominati. La norma in questione prevede dunque un meccanismo sanzionatorio per la mancata adozione del piano che riguarda i dirigenti, cui peraltro si accompagna una discutibile penalizzazione dell'organizzazione nel suo complesso (ci si riferisce alla parte relativa al divieto di assunzione e di conferimento di incarichi rispetto alla quale non si capisce bene perché il mancato adempimento di una puntuale obbligazione gravante in capo ai dirigenti si debba riverberare sulla p.a. di cui sono organi). Sempre il suddetto articolo stabilisce che, nel caso la mancata adozione sia imputabile all'omissione o all'inerzia degli organi titolari dell'indirizzo politico-amministrativo, l'erogazione dei trattamenti e delle premialità previste dalla normativa è fonte di responsabilità amministrativa per i titolari dell'organo suddetto.

Il quadro che emerge in caso di mancata adozione del piano è dunque il seguente: l'inadempimento dell'obbligazione puntuale gravante sull'organo di indirizzo politico comporta paradossalmente un divieto, quello di corrispondere le premialità ai dipendenti, che va a colpire e penalizzare soggetti che non hanno avuto alcuna responsabilità al riguardo, tranne che non siano dirigenti che avevano l'obbligo di collaborazione ai fini dell'adozione del piano.

Da quanto detto consegue che allo stato attuale il mancato adempimento dell'obbligazione di adottare il piano della *performance* non determina alcuna responsabilità in capo ai titolari dell'organo di indirizzo politico-amministrativo inadempiente, tranne per l'ipotesi, peraltro teorica, in cui, pur in mancanza del piano, si sia avuta la corresponsione delle premialità di risultato che fa scattare la responsabilità per danno erariale.

La situazione non migliora, anzi peggiora nel caso in cui il piano risulti adottato, ma gli obiettivi non siano puntualmente indicati ovvero ad essi non sia associato un adeguato criterio di misurazione e/o di valutazione dalla cui applicazione possa discendere una efficace rendicontazione circa il loro effettivo raggiungimento. In questo caso nessuna responsabilità viene associata al mancato adempimento di tale obbligazione, sebbene come si è detto in precedenza tale inadempimento sia più grave di quello derivante dalla totale omissione dell'adozione del piano della *performance*.

Allo stato attuale dunque gli organi titolari dell'indirizzo politico-amministrativo non sono responsabili né per l'omissione del Piano né per la sua errata formulazione (e per quest'ultima peraltro non sono responsabili neanche i dirigenti che debbono coadiuvarli nella adozione del piano) pur gravando sui medesimi precise obbligazioni giuridiche.

La situazione è dunque tutt'altro che soddisfacente perché oggi la possibilità di censurare la violazione dell'obbligo di indicare nel piano obiettivi pre-

cisi e puntuali è affidata in buona sostanza al soggetto che, ritenendosi leso dalla valutazione negativa della sua *performance* individuale, la contesti dinanzi al giudice alla luce della genericità degli obiettivi strategici ed operativi contenuti del piano²¹ o è affidata, a tutto concedere, ad una non facile *class action*.

Se le cose stanno così, si impone una domanda: può mai funzionare bene un sistema di *performance* se la normativa che di esso si occupa risulta carente nel suo snodo nevralgico qual è quello costituito dalla ascrizione di una effettiva responsabilità per la violazione dell'obbligazione avente ad oggetto l'indicazione puntuale degli obiettivi strategici ed operativi? La risposta non può che essere negativa. Occorrerebbe dunque intervenire sul punto al fine di colmare una grave lacuna e di introdurre strumenti sanzionatori da attivare direttamente nei confronti degli organi titolari dell'indirizzo politico che violino il proprio dovere d'ufficio ove adottino un piano che non prevede obiettivi chiari e precisi.

In proposito si può pensare ad una sanzione di tipo pecuniario sul modello ad esempio di quella prevista in tante norme per i dirigenti che omettono di adottare gli atti di loro competenza nel termine fissato dalla legge, affidando tale potestà sanzionatoria ad un organismo indipendente che potrebbe essere costituito in seno all'ANAC²². Come pure, a volerla dire tutta, si dovrebbe ragionare anche sul fatto che i dirigenti ricevono una sanzione solo nell'ipotesi di omissione del piano e non nell'ipotesi della loro partecipazione alla predisposizione di un piano il quale è tale solo nella forma, ma non nella sostanza, intervenendo legislativamente.

5. Considerazioni conclusive: il sistema di *performance* e il suo impatto sulla teoria dell'organizzazione e dell'azione amministrativa.

L'analisi svolta consente di svolgere alcune considerazioni conclusive sugli sviluppi scientifici cui può condurre il tema della *performance* della pubblica amministrazione.

La *performance* o, per meglio dire, la sua misurazione e/o valutazione non costituisce una indebita aziendalizzazione delle pubbliche amministrazioni, ma un elemento coerente con il ruolo e la funzione loro assegnata dalla stessa Costituzione, atteso che non v'è dubbio che le stesse debbano per un verso gestire le risorse pubbliche in modo da soddisfare il principio di efficienza e per altro verso generare risultati che forniscano valore aggiunto ai sistemi sociali

²¹ Vi sono al riguardo pronunce del giudice amministrativo in cui la domanda di annullamento della scheda di valutazione del dipendente è accolta in ragione della carenza di indicazioni puntuali rispetto agli obiettivi strategici ed operativi (cfr. di recente TAR Lazio, Sez. III, n. 3023/2020).

²² Propone un maggiore coinvolgimento di ANAC a presidio della corretta operativa del sistema di *performance*, sia pure con riferimento agli OIV, E. N. FRAGALE, *Studio sul principio di distinzione tra politica e amministrazione. La riserva di indirizzo come nuovo punto logico di partenza*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2020, p. 466.

ed economici e dunque agli attori che in esso operano così da soddisfare anche il principio di efficacia.

In questo particolare stadio dell'evoluzione del diritto positivo si deve dunque riconoscere che la legittimazione della pubblica amministrazione nell'ambito del sistema giuridico sia duplice. Per un verso rimane la tradizionale legittimazione basata sul modello weberiano dell'agire legale razionale, un agire che può continuare ad essere spiegato secondo gli schemi concettuali ben noti e collaudati arricchiti da tutto quanto la dottrina ha saputo innestarvi in più di un secolo di riflessione. Dall'altro vi è una legittimazione basata sull'agire legale di risultato (o anche sull'agire legale "performante") nei termini che si sono in precedenza tratteggiati, che richiede una parziale rivisitazione di alcuni concetti che attengono sia al piano dell'organizzazione amministrativa sia al piano dell'azione.

Dal punto di vista dell'organizzazione, pare evidente come a dovere essere rimessa al centro del discorso è la pubblica amministrazione intesa come unitario soggetto di diritto, verrebbe quasi da dire la pubblica amministrazione come persona giuridica. Se da un cinquantennio a questa parte tutti gli studi sull'organizzazione hanno ridimensionato la rilevanza del tema della personalità giuridica delle pubbliche amministrazioni, preferendo ricorrere al concetto, più duttile di figura giuridica soggettiva, oggi la misurazione e la valutazione della *performance* impongono che si torni a ragionare di pubblica amministrazione proprio in termini di persona giuridica cui si imputa unitariamente il risultato in termini di efficienza (*output*) e di efficacia (*outcome*). Come si è visto infatti la *performance* va riferita non soltanto all'unità organizzativa e ai funzionari che in essa operano, ma direttamente alla pubblica amministrazione come organizzazione, ciò discendendo da una espressa previsione legislativa ossia dall'art. 3, comma 2, il quale prevede, come già ricordato, che la *performance* vada misurata e valutata con riferimento all'amministrazione nel suo complesso, oltre che con riferimento alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola e ai singoli dipendenti.

Dal punto di vista dell'azione non si può non rimarcare come la *performance*, la sua misurazione e/o valutazione richiedano che l'attività svolta dalla pubblica amministrazione sia trattata come un processo produttivo del quale i singoli elementi vanno studiati da un triplice punto di vista: in sé considerati, nel loro interno collegamento e nella loro relazione con l'ambiente esterno o, se si preferisce, con il sistema in cui la singola pubblica amministrazione opera.

Per effetto dell'introduzione del sistema di *performance* si palesa dunque la necessità di un doppio registro d'analisi: quello (classico) basato come detto sul paradigma dell'agire legale razionale e quello basato sul paradigma dell'agire legale di risultato. L'emergere di un doppio registro non elimina però alcuni tratti comuni ai due paradigmi che possono essere assunti come presupposti di qualsivoglia ricostruzione sistematica della pubblica amministrazione e della sua azione. Alla base di entrambi i paradigmi rimane in primo luogo fermo il necessario riferimento alla legalità dell'agire amministrativo e alla sua razionalità sia pure ad una razionalità che si declina in modi parzialmente diversi, assu-

mendo rispetto all'amministrazione legale di risultato una caratterizzazione anche di tipo economico-aziendalistico. Vi è infine un terzo tratto comune rappresentato dal fatto che il *proprium* dell'agire amministrativo è dato dal suo essere incessante processualità da ricostruire, per un verso, nel prisma del procedimento amministrativo e, per altro verso, nel prisma del processo produttivo.

MASSIMILIANO BELLAVISTA
Professore Associato di Diritto Amministrativo
presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Internazionali
dell'Università degli Studi di Siena
massimiliano.bellavista@unisi.it

**RECENSIONE A MARTIN P. GOLDING, *IL
RAGIONAMENTO GIURIDICO*, A CURA DI V.
VELLUZZI E A. ZAMBON, SOVERIA MANNELLI,
RUBBETTINO, 2020**

**REVIEW OF MARTIN P. GOLDING, *LEGAL REASONING*,
CURATED BY V. VELLUZZI E A. ZAMBON, SOVERIA
MANNELLI, RUBBETTINO, 2020**

SINTESI

Il contributo si propone di condurre un'analisi dell'opera di Golding per sottolineare alcuni argomenti fondamentali, che dimostrano una propria attualità nello studio del diritto pubblico e dell'amministrazione. Tale analisi è svolta tenendo conto della peculiare metodologia dell'opera, e del suo inserimento nell'ambito del sistema di *common law*.

ABSTRACT

The paper aims at reviewing Golding's work to highlight some of the most important topics that are of current interest in the field of public law and administrative law. This review is carried out considering the methodology of the work and the peculiarity of the common law system.

PAROLE CHIAVE: Golding – ragionamento giuridico – common law

KEYWORD: Golding – legal reasoning – common law

INDICE: 1. Un testo apparentemente dedicato solamente alla didattica – 2. Forme di precomprensione, autenticità del ragionamento giuridico e razionalizzazione della decisione – 3. Ragione esplicativa e ragione giustificatrice – 4. L'appello al diritto e l'appello ai diritti

1. Un testo apparentemente dedicato solamente alla didattica

Questo volume è la traduzione del pregevole testo di M.P. Golding “*Legal Reasoning*”, la cui prima edizione è datata al 1980.

Si tratta di un testo formalmente dedicato alla didattica (come sottolineato, pure, nell'introduzione all'edizione italiana), ma ciò non deve, o non dovrebbe, trarre in inganno il lettore.

Dietro la modestia dell'intento, sta la ricostruzione teorica del ragionamento giuridico, supportata da una mole non indifferente di materiale (ragionato dall'autore) proveniente principalmente dalla giurisprudenza, ma in taluni casi, anche, dalla dottrina.

Infatti, dall'analisi del caso, si perviene alla ricostruzione teorica, secondo un percorso (tipico dei sistemi culturali di *common law*) inverso a quello indicato dalla blasonata *giurisprudenza dei concetti* continentale, dalla quale ancora oggi si stenta ad emanciparsi.

Non è, dunque, l'astratta costruzione dei concetti giuridici a guidare l'interpretazione della norma e la conseguente decisione operativa, ma è la "spietata" dissezione dell'argomentazione giuridica pratica (che sostiene la soluzione data ad un certo caso concreto) a causare l'occasione per la ricostruzione teorica del ragionamento giuridico operativo.

Questa operazione è tanto più importante, dal momento che (ed oltre gli intenti didattici dell'autore) essa costituisce un'occasione di riflessione sulle dinamiche del potere pubblico, in relazione ai fatti della vita.

Il porre l'accento sul ragionamento giuridico, piuttosto che sulla sua ipostasi nella motivazione è fattore altrettanto importante; tenuto conto del fatto che esso libera lo studio della decisione dalle anguste maglie della forma contenuta nella motivazione.

L'indagine è condotta dall'autore con metodo analitico. Non deve, perciò, trarre in errore la semplicità del linguaggio (non tradita, grazie ai curatori, dall'edizione italiana), visto che il testo è un susseguirsi di analisi e ragionamenti attraverso i quali l'autore porta per mano il lettore.

L'opera si articola in tre capitoli attinenti: il primo, allo studio del "ragionamento giuridico"; il secondo ai "tipi di argomentazione giuridica"; il terzo al "precedente ed all'analogia".

Sarà permesso a chi (come colui che scrive) non si ispira al metodo degli analitici, di vagare all'interno del testo e, quindi, della ricostruzione proposta dall'autore (senza darne conto rigorosamente), al fine di segnalare argomenti che potrebbero, o potranno, essere l'abbrivio per riflessioni ulteriori.

2. Forme di precomprensione, autenticità del ragionamento giuridico e razionalizzazione della decisione

Il ragionamento giuridico può essere inteso sia in senso lato, sia in senso ristretto: nel primo caso esso attiene al sistema di valori ed alle esperienze che condiziona ogni persona, per il fatto di essere tale, a prescindere dalla funzione che esercita; nel secondo caso, lo stesso si riferisce alla sola argomentazione che l'operatore pratico del diritto pone a giustificazione di una decisione presa.

Da ciò consegue che il ragionamento in senso lato può essere interessante per studi che riguardino la psicologia, la morale ecc., mentre quello in senso stretto è di pertinenza della logica.

Tale ricognizione di confini, nondimeno, non risulta essere indiscutibile; dal momento che, come dimostra l'autore durante l'analisi di numerosi casi

concreti (i quali, visti con gli occhiali di oggi, potrebbero a torto essere considerati curiosi, se non proprio paradossali), dall'analisi del ragionamento in senso stretto è facile desumere quali possono essere i fattori extragiuridici che sono stati in grado, anche solo in parte, di aver determinato la decisione.

È la ritornante questione delle forme di precomprensione (sia perdonato l'uso di questa locuzione, decisamente poco attinente al metodo analitico) delle quali l'operatore pratico del diritto (per il fatto di "esserci" in un certo tempo ed in un determinato luogo) difficilmente rimane indifferente nell'esercizio delle proprie funzioni.

E questo vale in tutti gli ordinamenti e sistemi giuridici. La differenza fra la giurisprudenza continentale e quella di *common law* sta solo nella differente capacità di velare tali forme di precomprensione.

L'ombra lunga della giurisprudenza dei concetti permette, qui, di ammantare la decisione (attraverso una prosa meno trasparente rispetto a ciò che avviene oltre manica ed oltre oceano) di un'oggettività che, spesso, tale non è.

La qual cosa non vuol dire che le decisioni della giurisprudenza di *common law* siano migliori delle decisioni di quella di *civil law*, ma significa che le prime sono certamente maggiormente autentiche delle seconde.

Sotto un altro profilo è utile sottolineare che se è vero che la conoscenza scientifica (come più volte sottolineato, anche, da Ernst Cassirer) non ha una dimensione esclusivamente oggettiva (nutrendosi di fattori soggettivi, come l'intuizione), è pure vero che la medesima precisazione, come sottolinea l'autore, può essere fatta per la conoscenza giuridica del fatto e la conseguente decisione.

L'esistenza del fattore soggettivo, tuttavia, non inferisce necessariamente in maniera negativa sulla validità del risultato. Tutto dipende, infatti, dal successivo processo di razionalizzazione; il quale, per certi versi, sottopone a prova di veridicità il prodotto scaturito dal, od anche grazie al, fattore soggettivo.

Inoltre, il ragionamento giuridico non può essere autoreferenziale, poiché il medesimo, nei suoi risultati, ha un pluralità di destinatari; essi sono tanto le parti (le quali devono essere rassicurate che la decisione non è certo arbitraria, anche se può essere errata), quanto il consorzio sociale (al quale si deve mostrare l'affidabilità dell'esercizio della funzione pubblica).

Su questa linea, più la razionalizzazione della decisione è completa, maggiormente l'autore mostra rispetto sia per le parti (soprattutto per quelle soccombenti) sia per i consociati.

Così facendo, però, si allarga il sistema di legittimazione del potere pubblico, il quale non può rimanere ancorato al solo rispetto formale della norma giuridica, dovendo lo stesso ulteriormente dimostrare la correttezza della decisione (sebbene l'atto che la racchiude possa essere annullato o riformato nel contenuto) ovvero che essa è seria, non essendo frutto d'arbitrio, ancorché possibilmente imperfetta.

Questo argomento aprirebbe lo spazio di un altro, ossia quello della certezza del diritto, che, per le sue dimensioni, non può essere qui affrontato, ma se ne può fare solo un breve cenno.

La fallacia dell'assunto, che la certezza del diritto sia ricavabile dalla sola norma scritta, ha causato l'attuale stato di ipertrofia normativa che semmai determina il suo contrario; senza considerare che il normatore, nell'intento di includere quante più ipotesi possibili all'interno di una stessa disposizione, ha reso spesso la norma sempre meno decifrabile, finanche agli addetti ai lavori.

Per effetto di questo, nel nostro ordinamento, in una certa misura la certezza è, oramai affidata all'operatore pratico del diritto e, in questo senso, non ci si riferisce solo alla giurisprudenza, ma parimenti all'amministrazione.

Se così è però il ragionamento giuridico pratico deve essere quanto più possibile intellegibile, per fare in modo che esso non sia solamente comprensibile, ma sia anche misurabile in rapporto alle dinamiche interne ad uno singolo processo o procedimento.

Qualora questo risultato non venga perseguito, si corre il rischio di assommare all'opacità del testo della norma giuridica, quella della motivazione della sentenza o del provvedimento amministrativo e, quindi, di continuare a fare un cattivo servizio alla causa della certezza del diritto.

3. Ragione esplicativa e ragione giustificatrice

Nell'ambito del ragionamento giuridico operativo vi è un momento di scoperta (attinente all'esistenza di determinato fatto) ed un momento giustificativo (pertinente, come si è visto sopra, alla bontà del percorso che ha portato alla decisione) e gli stessi momenti hanno come riflesso due tipi di ragioni: quella esplicativa e quella giustificatrice.

Queste due ragioni non sono l'esclusivo frutto del foro interno di colui che decide, ma esse sono al medesimo tempo espressione della modalità con la quale si svolge il percorso decisionale ossia quella del contraddittorio fra le parti.

Lo stesso non è solo utile alle parti stesse, ma lo è pure per chi ha l'incombenza di dover decidere. Chi ha la ventura di partecipare ad un processo ha tutto l'interesse a valorizzare tutti i dati possibili a sostegno della propria tesi; è, invero, nell'incrocio fra tesi ed antitesi che il giudice acquisisce le conoscenze necessarie per poter decidere.

La circostanza che quanto rilevato valga nell'ambito della giurisdizione (ed è questo il perimetro entro il quale si mantiene l'autore), non significa che questa cosa sia indifferente per l'amministrazione.

Se dovessimo ammettere il contrario, dovremmo essere pronti, però ad accettarne le conseguenze, ovvero che la decisione amministrativa possa essere frutto di un ragionamento giuridico sorretto da dei parametri di correttezza molto al di sotto di quelli giurisdizionali.

Forse nel secolo scorso, almeno sino agli anni novanta, c'è stato più di un esponente della dottrina che ha ritenuto che dovesse essere così; ma oggi tale posizione sarebbe quanto meno antistorica e, peraltro, sarebbe contraddetta dal diritto vigente.

Invero, se si pone attenzione al contenuto della prima parte dell'art. 3 della L. 241/90, ci si può rendere conto che esso indica quali siano i criteri attraverso cui si deve snodare il ragionamento giuridico del responsabile del provvedimento.

Guarda caso, li ritroviamo gli stessi elementi propri di quello del giudice ovvero la “ragione esplicativa” e la “ragione giustificatrice”; essi si intendono nelle locuzioni “presupposti di fatto” e “ragioni giuridiche”: i primi, da soli, danno seguito alla ragione esplicativa e la combinazione fra i primi e le seconde dà seguito alla ragione giustificatrice.

Pure nell'ipotesi della decisione amministrativa, il ragionamento giuridico è strettamente dipendente dal contraddittorio, per come questo è disegnato dagli articoli 10 e 10 *bis* della legge sul procedimento amministrativo.

Tutto ciò, dimostra la comunanza fra procedimento e processo, pure con riferimento al ragionamento giuridico che è strumentale alla decisione.

4. L'appello al diritto e l'appello ai diritti

La struttura del ragionamento giuridico si snoda generalmente secondo il metodo deduttivo (secondo la classica forma del sillogismo pratico), ma ciò non toglie che, più o meno apertamente, lo stesso possa appoggiarsi a quello induttivo (tramite il ricorso al precedente ed all'analogia).

In tutti e due le ipotesi entrano in gioco vari tipi di ragioni che possono essere poste a fondamento della scelta operata, ad esempio: l'appello al diritto; l'appello allo scopo dello stesso; l'appello ai diritti.

La ragione concernente “l'appello ai diritti” è quella che ha, al tempo stesso, più forza espansiva ed innovativa, rispetto agli altri tipi. Per questa sua caratteristica, essa è di frequente osteggiata e, conseguentemente, è oggetto di contrasti giurisprudenziali.

Su questo punto, l'autore sottolinea che al fine di limitare la forza espansiva di un diritto, di frequente si oppone l'argomento della *reductio ad absurdum*, per il quale la negazione della dell'ipotesi di partenza porterebbe a conseguenze illogiche od incoerenti; cosicché essa, come alternativa a quella principale, deve essere scartata.

In questo caso, l'ipotesi di partenza è l'assenza attuale del riconoscimento di un certo diritto, la sua negazione (ovvero l'affermazione dell'esistenza del diritto in questione) porterebbe a conseguenze assurde (magari in tema di sovraccarico dei ruoli giudiziari); sicché una volta falsificata la negazione, è confermata la tesi di partenza, ossia che l'ordinamento giuridico non riconosce tale diritto.

A contrapposizione di tale orientamento, ve ne sono altri (come rileva l'autore) che sono tese all'innovazione dell'ordinamento, pure a prescindere dai costi che ciò comporta.

In altri casi, le corti statunitensi, al fine di mantenere un orientamento conservativo, si sono trincerate dietro la riserva di legislazione che coprirebbe il tema del riconoscimento di nuovi diritti.

Se questo può essere un argomento fra gli altri nell'ordinamento d'oltreoceano, nel nostro rischia di essere decisivo, sebbene non sia necessariamente corretto.

Per rendersene conto, basterebbe porre la giusta attenzione alla prescrizione contenuta nell'art. 2, comma 1, cost., laddove recita che Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo; di per sé non esiste e non può esistere un elenco chiuso di questi, come al contrario avviene colla disciplina dei diritti reali contenuta nel codice civile.

Essi sono legati al correre della vita allo sviluppo ed al cambiamento storico dei rapporti sociali ed economici; i quali, nel porre all'ordinamento giuridico nuove esigenze, possono determinare, anche, l'emersione dallo stato pregiudicato di nuovi diritti.

Tuttavia, la dinamicità della realtà non sempre si concilia con i tempi e con i modi della legislazione; ecco perché questa non è in grado detenere il monopolio sul riconoscimento e sulla tutela dei diritti fondamentali.

In questo senso, la giurisprudenza può recitare un ruolo fondamentale; anche l'amministrazione può non risultare indifferente, sebbene con una prospettiva più limitata rispetto alla prima, ovvero diretta alla tutela piuttosto che al riconoscimento.

Su questa linea, nell'argomentazione giuridica (e, dunque, nella decisione) la staticità "dell'appello al diritto" dovrebbe lasciare il passo alla dinamicità "dell'appello ai diritti".

A contrario non varrebbe l'argomento che nel nostro ordinamento (per il fatto di essere collocato nel sistema di *civil law*) l'appello ai diritti dovrebbe essere ricompreso in quello al diritto; dal momento che la storia ci mostra, in maniera impietosa, quante volte nel tempo i diritti fondamentali sia stati sacrificati sull'altare della norma formale.

RENATO ROLLI
Professore Associato
Dipartimento di Scienze Aziendali e Giuridiche
dell'Università della Calabria
renatorolli@hotmail.com

MARIAFRANCESCA D'AMBROSIO
Dottoranda in Giurisprudenza
arfairam00@gmail.com

**RECENSIONE A E. CATERINI, *L'INTELLIGENZA
ARTIFICIALE «SOSTENIBILE» E IL PROCESSO DI
SOCIALIZZAZIONE DEL DIRITTO CIVILE*,
EDIZIONI SCIENTIFICHE ITALIANE, 2020**

«[...] l'intelligenza artificiale, nella sua accezione normativa, è strumento della sostenibilità «sociale». Con essa si possono ausiliare in modo formidabile gli attori dell'ordinamento giuridico a semplificare l'accesso e la effettività dei diritti e dei doveri. Se lo stato di avanzamento dell'attuazione della Costituzione e dei suoi principi subisce forti resistenze, se non arretramenti, l'intelligenza artificiale può essere un facilitatore che spinge e agevola le azioni verso la sostenibilità.»

Il rapido incedere della “società algoritmica” nel mondo del diritto impone all'interprete un approfondimento e una rilettura delle categorie giuridiche tradizionali. Tale compito può essere agevolato dalla lettura dell'opera de qua, che attraverso una comparazione di teorie e prassi, fornisce una visione dinamica del fenomeno e stimola la riflessione del lettore proiettandolo nel suo concreto manifestarsi.

Mediante un linguaggio tecnico e pragmatico, l'Autore esamina il graduale processo di automazione dell'uomo, e del mondo, generato dall'intelligenza artificiale evidenziando i vantaggi e le criticità ad esso connessi.

L'opera prende le mosse dall'analisi di due fattori costituenti il se-stante del diritto civile: lo Stato e la persona. Alla base dei Trattati dell'Unione Europea non v'è più la considerazione dello Stato-nazione fondato sulla sovranità e sulla forza economica, bensì il rispetto dell'identità e delle prerogative dei singoli Stati. Inevitabilmente, valori quali la democrazia, l'eguaglianza, la solidarietà, la persona, assumono significati differenti a seconda del contesto culturale nel quale vengono declinati e il ricorso alle clausole generali, come la sostenibilità, principio generale dell'ordinamento italo-europeo, diviene più frequente.

Analizzato il contesto culturale e ordinamentale, l'Autore esamina il fenomeno dell'intelligenza artificiale sotto un duplice punto di vista. L'AI ha reso il mondo automatato ed ha posto al centro di esso l'uomo automatato. Quest'ultimo diviene "un catalizzatore di dati, passati e futuri, che deteranno i rapporti non soltanto tra gli esseri umani ma anche con l'ambiente dei viventi e dei soggetti elettronici".

L'intelligenza algoritmica manifesta le sue potenzialità nei settori più disparati, da quello economico, a quello finanziario, dal settore legale (il diritto "si ingegnerizza") a quello di gestione. Non solo, anche in campo medico le capacità della macchina superano quelle dell'uomo, fornendo rimedi terapeutici e diagnostici che consentono un'analisi più approfondita delle devianze comportamentali ed organiche della persona.

D'altra parte, il fenomeno de quo non è esente da problematiche. L'analisi del problema è accompagnata dall'enunciazione di soluzioni o di ipotesi risolutive.

Il primo ad essere esaminato è il problema etico della vita automatica, al quale si può ovviare mediante l'introduzione di un'etica nella macchina che le consenta di comportarsi secondo morale. Invero, ciò che distingue l'intelligenza umana da quella artificiale è la coscienza, ossia "la ricerca del senso di giustizia che implica l'intelligenza per trovarla e la volontà per compierla".

Segue il bisogno di intellegibilità degli algoritmi e di verificabilità delle scelte etiche effettuate, che è risolto, invece, mediante il riferimento all'insegnamento Kantiano secondo il quale "ogni agente morale deve rendere ragione delle proprie azioni, di tal che la macchina che decide e conosce deve spiegare le giuste ragioni delle sue azioni".

Ulteriore problema è quello relativo all'accessibilità: si deve evitare, cioè, che l'intelligenza artificiale si trasformi in una fonte di discriminazione in quanto non accessibile a chiunque. Per non incorrere in tale rischio è necessario imprimere un fine "sociale" alle azioni della macchina. Di fatti, sottolinea l'Autore, gli strumenti di cui si avvale l'uomo, nei suoi affari personali e patrimoniali, devono conformarsi alla clausola della sostenibilità.

Particolarmente interessante è l'analisi del problema relativo alla responsabilità. L'Autore ricostruisce una nota dottrina tedesca risalente a Teubner, secondo il quale "la società automatata non può sottrarsi all'istanza di giustizia", e il sistema giuridico, dunque, non può accettare che vi siano fatti dannosi privi di un responsabile o addossati a chi responsabile non è. Il problema si pone laddove l'algoritmo sia in grado di pervenire a decisioni imprevedibili, incontrollabili dallo stesso programmatore. In tali ipotesi emergerebbe, secondo Teubner, una soggettività altra, diversa dall'uomo e dalla persona giuridica, che racchiude la capaci-

tà del nodo decisionale algoritmico, consentendo di concepire l'uomo e l'algoritmo come autonomi centri di decisioni.

Tuttavia, rileva l'Autore, nella determinazione della responsabilità gioca un ruolo decisivo il legame neuronale con l'uomo che ha generato l'algoritmo. "Pertanto, ferma l'emersione di nuove soggettività parziali (o limitate) come quella algoritmica, la soluzione secondo giustizia della responsabilità generata dall'«attante» non trova una risposta univoca ed aprioristica se non dopo la ponderazione degli interessi e dei soggetti concretamente in relazione".

L'Autore si avvia alla conclusione ponendo degli interrogativi e fornendo delle risposte: "Qual è la natura giuridica dell'algoritmo? Come può essere qualificato giuridicamente?". L'algoritmo è la sequenza matematica frutto dei flussi informativi prescelti dall'autore, onde in esso si intravede "la medesima libertà del ricercatore che, nel processo di accumulo di informazione, in partenza contraddittori e caotici, procede per gradi alla sistemazione di essi secondo una linea interpretativa e ricostruttiva volta a dimostrare la composizione di un sistema ordinato e coerente".

L'algoritmo, e ciò che da esso deriva, è espressione della capacità di produrre regole. Quando risoltrice di problemi, la regola algoritmica non può essere esente da controlli giuridici e sociali.

In quest'ottica il processo di soggettivazione dell'intelligenza artificiale e la sua connessione con la dignità umana conducono alla responsabilizzazione degli autori algoritmici e degli attanti meccanici.

"Anche l'umanità automata deve assolvere alla funzione sociale di consentire e agevolare l'«accessibilità a tutti» di quelle applicazioni dell'intelligenza artificiale che garantiscono il «minimo vitale»".

L'intelligenza artificiale deve proiettare in avanti l'intelligenza umana, senza mai avere il sopravvento su quest'ultima. L'innovazione tecnologica offre un ventaglio di opportunità di potenziamento dell'agire umano nell'universo giuridico. Occorre, tuttavia, predisporre il binario che essa dovrà percorrere per raggiungere una condizione costituzionale di progresso, nella quale la persona conserva il suo ruolo cardine e l'algoritmo funge da strumento di ausilio.

Solo così l'algoritmo potrà restituire valore alla persona, anziché sottrarlo.

GIULIANO TAGLIANETTI
Ricercatore di Diritto Amministrativo
Università degli Studi di Napoli Federico II
giuliano.taglianetti@unina.it

L'OGGETTIVIZZAZIONE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO, TRA TENDENZE LEGISLATIVE E INTERPRETAZIONI GIURISPRUDENZIALI

THE “OBJECTIVATION” OF THE ADMINISTRATIVE PROCESS BETWEEN LEGAL TRENDS AND JUDICIAL REVIEW

SINTESI

Il lavoro esamina in modo critico alcune disposizioni normative ed alcuni orientamenti giurisprudenziali da cui emerge una certa tendenza all'oggettivizzazione del processo amministrativo.

Quest'ultimo, in una serie di ipotesi non trascurabili per numero e rilevanza, appare finalizzato a tutelare non soltanto gli interessi individuali (è fuori discussione che la giurisdizione amministrativa sia «di diritto soggettivo», cioè deputata alla tutela di situazioni soggettive protette, vale a dire diritti e interessi legittimi), ma anche l'interesse generale della collettività alla stabilizzazione degli effetti delle decisioni pubbliche.

La tematica è resa ancora più attuale dal d.l. n. 76/2020 (cd. «decreto semplificazioni») che nel settore dei contratti pubblici ha introdotto misure protettive dell'amministrazione e degli interessi sottesi al contratto (il riferimento è, in particolare, all'estensione del perimetro di applicazione dell'art. 125 c.p.a.), inevitabilmente limitative dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Il contributo induce a riflettere sulla persistente, consistente ed ineliminabile presenza dell'interesse pubblico nell'ambito del processo amministrativo e sulla tenace propensione del giudice amministrativo a esercitare ampi margini di valutazione in nome di tale interesse.

ABSTRACT

The work examines the regulatory provisions and the case-law from which a certain tendency towards the objectification of the administrative process emerges.

The latter is aimed at protecting not only individual interests (i.e., delegated to the protection of subjective situations), but also the general interest of the community in stabilizing the effects of public decisions. The topic has acquired greater relevance by the so-called “simplification decree” which provided measures aimed at safeguarding the public administration and the stability of the contract, leading to a reflection on the persistent presence of the public interest in the administrative process and on the issue of the judicial discretion in the evaluation of such interest.

PAROLE CHIAVE: oggettivizzazione; processo amministrativo; interesse pubblico

KEYWORDS: objectification, administrative process; public interest

INDICE: 1. Premessa: l'effettività della tutela giurisdizionale quale principio cardine nella sistematica del codice del processo amministrativo. – 2. I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo, tra tendenze legislative ... – 3. *Segue*: ... e giurisprudenziali. – 4. Considerazioni conclusive: la perdurante attualità della dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva.

1. Premessa: l'effettività della tutela giurisdizionale quale principio cardine nella sistematica del codice del processo amministrativo.

Rinvenire tracce del principio di effettività all'interno del Codice del processo amministrativo non richiede all'interprete particolari sforzi investigativi ed ermeneutici: il d.lgs. n. 104/2010 comprende un considerevole numero di disposizioni poste a garanzia del soggetto richiedente tutela.

Si potrebbe finanche sostenere, volendo enfatizzare, che «tutto il quadro normativo ruota intorno ad un principio-obiettivo, la *pienezza della tutela*»¹.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche amministrazioni² rinviene un esplicito riconoscimento nei primi due articoli del Codice, all'interno del quale è significativamente annoverato tra i «principi generali»³: se l'articolo 1 esige che la giustizia amministrativa assicuri

¹ P. L. PORTALURI, *Le macchine «pigre» ed un codice ben temperato*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo (Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010)*, Napoli, 2011, p. 68. In senso sostanzialmente analogo si esprime F. FRATTINI, *Il processo amministrativo e il sistema delle tutele in Europa*, *Ivi*, p. 413, secondo il quale i principi generali enunciati nel Codice hanno, probabilmente, origini e finalità diverse, «ma è palese la loro interazione e la comune direzione verso una concreta realizzazione delle finalità proprie di ogni sistema della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione: l'obiettivo della “effettività”».

² Senza alcuna pretesa di esaustività, tra gli scritti più significativi sull'argomento, oltre alle opere già citate, si segnalano: C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, p. 165 ss.; L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in *Giustamm.it*, 2010; R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo (Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010)*, Napoli, 2011; R. CAPO-NIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2011, p. 1707 ss.; S.S. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1397 ss.; M. A. SANDULLI, *L'introduzione delle astreintes nel processo amministrativo: tra effettività e incertezza*, in *Dir. e proc. amm.* 2013, p. 883 ss.; ID. *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, in *Dir. soc.*, 2015, p. 649 ss.; M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivistaaic.it*, n. 4/2014; G. ACQUARONE, *La tutela degli interessi legittimi in forma specifica*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 2019, p. 47 ss.

³ Come si osserva nella relazione generale illustrativa al Codice, i principi generali consentono all'interprete di orientarsi nei casi di conflitto apparente tra norme coesistenti e di scegliere la c.d. interpretazione conforme alla fonte superiore. In principio di effettività diviene, in tal modo, un principio-guida, dal quale è possibile trarre criteri interpretativi validi per l'interpretazione delle disposizioni codicistiche.

una tutela piena ed effettiva, il successivo articolo 2 richiede, a sua volta, che questo risultato venga raggiunto attraverso un giusto processo⁴.

È inutile dire che i due aspetti sono tra loro indissolubilmente connessi, poiché senza un processo che garantisca il contraddittorio e la possibilità di esplicitare in modo pieno e completo le proprie difese non è pensabile che possa raggiungersi il risultato di una tutela effettiva della situazione giuridica dedotta in giudizio⁵.

In altre disposizioni del Codice il principio di effettività - inteso nell'accezione chiovendiana, vale a dire come principio tendente a garantire al titolare di una situazione soggettiva «tutto quello e proprio quello» che il diritto sostanziale riconosce⁶ - trova invece implicita attuazione.

In nome e in ragione dell'effettività sono stati profondamente rafforzati i mezzi di tutela processuale del cittadino attraverso l'attribuzione al Giudice del potere di adottare tutte le misure «idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio» (art. 34, comma 1, lett. c).

Nella medesima prospettiva, in determinate materie considerate dal legislatore «sensibili», in ragione della loro rilevanza economica e sociale, sono previsti termini processuali accelerati, finalizzati a velocizzare la celebrazione dell'udienza di merito e, quindi, la definizione del giudizio (si vedano gli artt. 119, comma 3, e 120, comma 6, c.p.a.), nonché termini abbreviati per il deposito della sentenza (cfr. gli artt. 119, comma 5 e 120, comma 9, c.p.a.)⁷.

⁴ Come osserva in proposito M. INTERLANDI, *La pregiudiziale amministrativa tra modelli processuali ed effettività della tutela*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2013, p. 3, l'esigenza di un processo amministrativo effettivo è sollevata con una certa determinazione dalla normativa europea che, com'è noto, già con le direttive del Consiglio europeo 665/89 e 93/13, impose agli Stati membri di predisporre in materia di contratti pubblici meccanismi processuali idonei ad accordare un risarcimento dei danni per la lesione della disciplina europea. In argomento, v., *amplius*, E. PICOZZA, *L'effettività della tutela e l'impatto del diritto comunitario sul processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, p. 797 ss.

⁵ Sulla connessione tra giusto processo ed effettività della tutela, cfr. M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e «civiltà»*, in G. DELLA CANANEA e M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 505 ss.; G. CORAGGIO, *Introduzione alla prima sessione*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo*, cit., p. 11 ss.; C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 758 ss., spec. p. 773 ss.

⁶ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 41. Simile accezione è la più accettata in dottrina: cfr., per tutti, I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 401, secondo cui «parlare di effettività della tutela significa essenzialmente ... valorizzare al massimo il principio chiovendiano, in virtù del quale il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva "tutto quello e proprio quello" che il diritto sostanziale riconosce». Conferma di tale lettura si rinviene in Cass., sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, p. 3121 ss.: ad avviso della Corte il «diritto ad una tutela effettiva è la facoltà di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato».

⁷ Cfr. F. LUBRANO, *Effettività, ragionevole durata e giusto processo amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, cit., p. 879 ss., ove si rileva criticamente come tali termini nella realtà molto spesso non vengano rispettati da parte del giudice amministrativo.

Le disposizioni testé richiamate - regolando, in particolare, l'attività del giudice - producono l'effetto di abbreviare la fase decisoria del giudizio e di accelerare i tempi di svolgimento del processo, assicurando quindi al ricorrente una tutela giurisdizionale più efficace ed effettiva⁸: una sentenza anche favorevole, ma che intervenga a grande distanza di tempo, spesso non vale a realizzare l'interesse che aveva determinato la proposizione del giudizio e può essere suggestivamente paragonata a «una bella cornice all'interno della quale manca del tutto un quadro»⁹.

La rilevanza del principio di effettività emerge anche dalla normativa che attribuisce al giudice dell'ottemperanza il potere di imporre, su richiesta di parte, il versamento di una somma di denaro a titolo di penalità di mora che matura per ogni violazione, inosservanza o ritardo nell'esecuzione del giudicato (art. 114, comma 3, lett. e, c.p.a.)¹⁰.

Nell'ambito dello stesso giudizio di ottemperanza è altresì prevista la possibilità di esperire le azioni cognitive di mero accertamento, definite anche

⁸ Rende bene il legame esistente tra la rapida definizione dei processi e l'effettività della tutela giurisdizionale la celebre affermazione di Montesquieu, secondo la quale «giustizia ritardata è giustizia negata». Per una compiuta analisi del rapporto di connessione esistente tra speditezza processuale ed effettività della tutela giurisdizionale cfr. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivistaic.it*, n. 4/2014, p. 41, ove si sostiene che un «processo lento [...] non è soltanto incapace di soddisfare nel migliore dei modi l'aspirazione ad ottenere un certo bene della vita, ma è anche un disincentivo agli investimenti ed ostacola l'attrazione di capitali stranieri nel nostro Paese»); R. CHIEPPA, *Il giudice amministrativo e il mercato: verso una nuova dimensione economica del processo amministrativo?*, in G. PELLEGRINO - A. STERPA (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Roma, 2014, p. 192, secondo cui «l'effettività della tutela e la certezza del diritto vengono vanificate se la decisione del giudice arriva oltre un ragionevole tempo di attesa». Anche in giurisprudenza non si è mancato di prospettare un collegamento tra i principi di effettività della tutela e di speditezza processuale. In particolare, è stato affermato che «l'effettività della tutela dei propri diritti cui è preordinata l'azione, ed in definitiva la stessa efficacia della giurisdizione, si combina con la durata ragionevole del processo» (Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388, punto 2.1, in *www.giurcost.it*); che «da effettività della tutela non è scindibile dal requisito della prontezza» (Corte cost. 2 aprile 1992, n. 154, punto 2, in *Foro amm.*, 1992, p. 1045, nonché in *Giur. cost.*, 1992, 1228); che le «ragioni di economia processuale [...], in via generale, sono da ritenere collegate a sostanziali esigenze di effettività della tutela» (Cons. Stato, sez. IV, 8 luglio 2003, n. 4046, punto 4, in *Foro amm. CdS.*, 2003, 2183). In altre pronunce i suddetti principi sono stati considerati come un'endiadi: talvolta, infatti, si è fatto riferimento ai «principi di effettività della tutela e di ragionevole durata del processo» (Corte cost., 11 novembre 2011, n. 304, punto 6.5., in *www.giurcost.it*); altre volte si è parlato di «diritto costituzionale alla ragionevole durata del processo e alla effettività della tutela giurisdizionale» (Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7584, punto 7.3., in *Foro amm. CdS.*, 2010, p. 2200); altre volte ancora sono stati evocati «i criteri dell'effettività della tutela giurisdizionale e dell'economia processuale» (Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8154, punto 5, in *Foro amm. CdS.*, 2010, p. 2377). Di recente, sulla rilevanza del «fattore tempo» nel giudizio amministrativo, cfr. G. ROMEO, *Il tempo e il giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 429 ss.; M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017, *passim*, spec. 242 ss.

⁹ F. LUBRANO, *op. cit.*, p. 879.

¹⁰ Sulle questioni interpretative sollevate dalla «troppo scarna» disciplina dettata dalla disposizione, cfr. M. A. SANDULLI, *L'introduzione delle astreintes nel processo amministrativo: tra effettività e incertezza*, cit., p. 883 ss.

«delucidative» (art. 112, comma 5, c.p.a.)¹¹. E ciò proprio in ragione del fondamentale principio di effettività della tutela «in quanto, qualora si dovesse rigorosamente tenere distinte le sfere della cognizione e dell'esecuzione, si finirebbe col tornare indietro costringendo il ricorrente, vittorioso in un primo giudizio, ad inseguire le amministrazioni soccombenti. Amministrazioni che, sovente, cedono alla tentazione di utilizzare gli spazi di discrezionalità residua, pura o tecnica, per emanare altri atti ulteriormente lesivi del suo interesse pur ritenuto meritevole dalla sentenza di cognizione»¹².

Parte integrante del principio di effettività è altresì il principio di concentrazione delle tutele dinanzi allo stesso giudice, consacrato sia nell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo) che indica tra i «criteri direttivi» quello di assicurare la concentrazione e l'effettività della tutela, sia nel Codice, che all'art. 7, comma 7, pone in diretto collegamento i summenzionati principi: «il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi».

Privilegiando l'effettività della tutela (e l'economia processuale), il successivo art. 8, comma 1, stabilisce che tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, che sono alla base della pretesa fatta valere, la cui risoluzione sia necessaria per la pronuncia della decisione, sono attribuite allo stesso giudice amministrativo.

Si tratta di un'elencazione meramente esemplificativa e disorganica di disposizioni codicistiche poste a presidio del principio di effettività, non essendo intenzione di chi scrive soffermarsi su tale principio.

D'altronde, l'obiettivo di perseguire la cosiddetta effettività della tutela giurisdizionale nei confronti dell'attività amministrativa è coltivato da tempo risalente e ha da sempre destato il vivo interesse della dottrina che lo ha analizzato nelle sue molteplici declinazioni¹³.

¹¹ Cfr. S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza alla luce del codice del processo amministrativo*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, 4 ed, 2011, p. 590.

¹² Virgolettato tratto da N. DI MODUGNO, *Il processo amministrativo come processo d'accertamento*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, cit., pp. 599-600.

¹³ La bibliografia sull'effettività della tutela giurisdizionale e sugli strumenti di garanzia di questo principio-obiettivo è naturalmente vastissima. Senza alcune pretese di esaustività, si segnalano solamente alcuni tra i contributi più significativi a carattere monografico: P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano 1953; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; S. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009; N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009; A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli 2009; G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, 2013. Con specifico riguardo al principio di effettività della tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tra gli scritti più significativi sull'argomento, cfr. C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza delle tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, p. 165 ss.; L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in *Giustamm.it*, 2010; R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in AA.VV., *Il*

La comunità scientifica non si è invece ancora soffermata in maniera organica sulle disposizioni processuali tese a tutelare la stabilità delle decisioni amministrative e l'interesse pubblico perseguito attraverso le stesse.

Quest'ultima esigenza non trova neppure un esplicito riscontro nel Codice: nell'enunciazione dei principi generali è da notare l'assenza di ogni possibile riferimento a valori che potrebbero attenuare o limitare il valore dell'effettività.

In particolare, «non è presente alcuna indicazione riguardante il possibile rilievo dell'interesse pubblico»¹⁴.

Esso rappresenta una presenza incombente, ingombrante, conosciuta da tutti (si potrebbe anche ipotizzare che la mancata menzione dell'interesse pubblico è dovuta all'ovvietà della sua rilevanza), ma allo stesso tempo «invisibile», «muta», sempre defilata.

Eppure, numerose regole processuali sono fondate sull'idea «che l'amministrazione agisce nell'interesse pubblico e che il suo andamento non deve essere troppo intralciato»¹⁵.

La giurisdizione amministrativa non ruota solamente intorno al principio-obiettivo di effettività e adeguatezza della tutela; non serve soltanto a garantire la qualità della giustizia resa ai cittadini.

Al contrario, si preoccupa anche di tutelare l'interesse pubblico che attraverso l'esercizio del potere viene perseguito, lasciando intravedere la sua natura parzialmente oggettiva, intendendosi come «oggettiva» una giurisdizione preordinata alla tutela di un interesse alla legalità o comunque di un interesse pubblico^{16 17}.

nuovo processo amministrativo (Atti del Convegno di Lecce del 12-13 novembre 2010), Napoli, 2011; P. L. PORTALURI, Le macchine «pigre» ed un codice ben temperato, Ivi, p. 67 ss.; R. CAPONIGRO, Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo, in Foro amm. CdS, 2011, p. 1707 ss.; S. S. SCOCA, L'effettività della tutela nell'azione di annullamento, in Dir. proc. amm., 2012, p. 1397 ss.; M. A. SANDULLI, L'introduzione delle astreintes nel processo amministrativo: tra effettività e incertezza, in Dir. e proc. amm. 2013, p. 883 ss.; ID., Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli, in Dir. soc., 2015, p. 649 ss.; M. LUCIANI, Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale, in Rivistaaic.it, 2014; G. ACQUARONE, La tutela degli interessi legittimi in forma specifica, in AA.VV., Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte, Napoli, 2019, p. 47 ss.

¹⁴ Come rileva F. FRATTINI, *Il processo amministrativo e il sistema delle tutele in Europa*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo*, cit., p. 417.

¹⁵ Così S. LICCIARDELLO, *Regime delle competenze e «specialità» del processo amministrativo* (scritto in collab. con S. ASTUTO), in *Dir. e proc. amm.*, 2012, p. 441 ss., richiamando C. FERRARI, C. BREEUR, *La giurisdizione amministrativa in Francia. Evoluzione e tendenze attuali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, p. 413 ss.

¹⁶ Come osserva in proposito F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Conc. Merc.*, 2013, p. 112, quando la giurisdizione di diritto oggettivo si afferma con pienezza presenta i seguenti caratteri: «il primo e più importante sta nel fatto che il giudice non tutela unicamente situazioni soggettive individuali, bensì un interesse generale, ad esempio quello alla legalità, o al buon andamento e all'imparzialità dell'azione amministrativa ... ; in altri termini, non viene più in gioco un interesse legittimo, bensì è come se rilevasse un interesse di mero fatto, ossia proprio quell'interesse del *quivis de populo*, disseminato tra tutti i cittadini, alla realizzazione di un interesse pubblico generale, che sappiamo essere ammesso invece eccezionalmente nei

Inutile nascondersi che non di rado una tutela piena ed effettiva nei confronti della pubblica amministrazione viene percepita da parte dei pubblici poteri, e del potere esecutivo in particolare, come «un controllo invadente e limitante e che la frequenza con cui vi si ricorre produce, oltre che inevitabili ritardi nell'azione amministrativa, talvolta anche una molesta sensazione di incertezza in chi ha il compito di amministrare»^{18 19}.

soli casi tassativi di azione popolare e pressoché esclusivamente nel caso del contenzioso elettorale; (ii) il giudice non si pronuncia necessariamente solo sullo specifico vizio-motivo dedotto dal ricorrente, ma spazia sino a ponderare l'interesse generale che viene in gioco secondo la volontà dell'ordinamento; (iii) la sentenza del giudice non produce un effetto che si limiti alla sfera giuridica del ricorrente, perché si espande anche verso i terzi.

¹⁷ Non sono pochi gli Autori che intercettano nel processo amministrativo elementi di giurisdizione oggettiva. Tra gli altri, cfr. S. CASSARINO, *Attuali problemi del processo amministrativo*, in *Foro. amm.*, 1994, VII, pp. 1991-1993 («il processo amministrativo non è soltanto un processo di tipo soggettivo, un “processo di parti”; ma anche, al contempo, un processo di tipo oggettivo, e pertanto *sui generis*, di natura mista»); E. CASETTA *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 689 ss.; B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 74 ss.; F. FRANCIOSI, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, in *laministrativista.it*, 2016; G. LEONE, *Legittimazione ed interesse ad agire tra giurisdizione soggettiva e oggettiva del giudice amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, p. 73 ss.; N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 237 ss.

¹⁸ Così D. CORLETTI, *L'impugnazione degli atti amministrativi regionali innanzi al Giudice amministrativo*, in P. CAVALERI, E. GIANFRANCESCO (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della regione del Veneto*, Torino, 2013, p. 461 ss., da cui è tratto il virgolettato (p. 469). Sul tema, cfr. altresì G. MONTEDORO, *Processo economico, sindacato giurisdizionale ed autonomia dell'amministrazione: la questione del merito amministrativo*, in *Aperta Contrada. Riflessioni su società, diritto, economia*, § 4: «occorre riequilibrare il rapporto fra giurisdizione ed amministrazione che rischia di essere squilibrato in forza della sola insistenza sul principio di effettività, riconsiderando i limiti esterni alla giurisdizione [...] La difesa dell'autonomia dell'amministrazione nasce dall'esigenza che l'azione di quest'ultima, se funzionale alla realizzazione degli interessi pubblici previsti dalla legge, non subisca indebite interferenze da alcun potere o soggetto ad essa estraneo». Per una lucida analisi dell'impatto («molto significativo e negativo») che una giurisdizione di annullamento di atti e decisioni amministrative può comportare sullo sviluppo economico del Paese cfr. A. POLICE, *La cooperazione pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche*, in *Nuove auton.*, 2016, p. 65 ss.

¹⁹ In merito a tale tendenza del potere politico, ribatte A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 966 che «quando la vicenda della crisi economica porta gli interpreti a lamentarsi della generale giustiziabilità delle scelte dell'amministrazione, che incarnano e danno corpo alle scelte di politica economica, c'è il rischio, accanto alla denuncia di difficoltà e di errori pure esistenti, di dimenticare i precetti di cui agli artt. 24 e 113 Cost., e dell'art. 6 della Carta dei diritti dell'uomo e di chiedere, per quanto paradossale possa sembrare, agli organi di giustizia amministrativa di comportarsi non come un giudice terzo, come impongono la Costituzione ed il diritto europeo, ma come i vecchi apparati del contenzioso amministrativo, tutti interni all'amministrazione ed alle sue ragioni, così negando le stesse origini del sistema italiano di giustizia amministrativa, che sull'abolizione del contenzioso amministrativo è fondato». In linea con quest'ultima posizione, è stato osservato come il giudice amministrativo - «visto di volta in volta come troppo vicino al potere o, al contrario, come troppo intrusivo rispetto all'esercizio del potere, come tutore degli interessi diffusi o come freno allo sviluppo economico, come troppo formalista o come troppo sostanzialista» - sia in realtà «soltanto il terminale di tensioni e conflitti che si creano altrove e la frequenza con la quale queste ten-

Si è così affermata la necessità che la tutela contro la pubblica amministrazione non paralizzi l'azione amministrativa, e, «anzi, procuri, ad un tempo, la soddisfazione dell'interesse del singolo e quello della stessa amministrazione»²⁰.

2. I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo, tra tendenze legislative ...

Ciò ha dato luogo a scelte legislative in certi casi fuorvianti rispetto all'obiettivo di garantire una tutela piena del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Il legislatore ha cercato su più fronti di rendere il processo amministrativo strumentale alla realizzazione dell'interesse generale, spesso coincidente con l'interesse a garantire una maggiore stabilità alle decisioni amministrative.

Si pensi, ad esempio e banalmente, alla previsione di termini decadenziali brevi, la cui *ratio* è stata identificata dalla dottrina più autorevole nella necessità «di assicurare il rapido formarsi di una certezza definitiva in relazione ai rapporti amministrativi»²¹.

sioni e questi conflitti approdano nel processo ha soprattutto due ragioni. Prima ragione: le norme sono troppe, contraddittorie, aggrovigliate, stratificate, spesso incomprensibili. La legge non opera più come uno strumento di ordine, ma viene utilizzata come strumento di comunicazione. Con le leggi, o più spesso con l'annuncio di una legge, si inviano messaggi all'elettorato o a specifici gruppi di interesse e più raramente si pongono regole. Anche quando le regole vengono poste, ci sono continui ripensamenti e cambiamenti di rotta, a volta addirittura con effetti retroattivi, rendendo così necessaria un'attività di interpretazione continua, che inevitabilmente viene ad un certo punto rimessa al giudice. La seconda ragione sta nella inefficienza dell'amministrazione italiana. Impoverita quanto a risorse tecniche e finanziarie, dotata di strumenti e di modi di produzione antichi e superati, l'amministrazione preferisce l'inerzia all'azione, opera con tempi inaccettabili per una società moderna, rifugge dalla decisione e quando decide spesso lo fa senza una istruttoria completa. Al giudice si finisce per chiedere, di conseguenza, un'opera di supplenza e di rimedio ad insufficienze altrui, che a volte può anche andare oltre i limiti del sindacato giurisdizionale»: L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 190 s.

²⁰ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 33, secondo il quale «la tutela del singolo non può essere che una tutela mediata e coordinata a quella dell'interesse pubblico ... un accertamento unico e bivalente, il quale cadendo sulla legalità del comportamento amministrativo, insieme procura la soddisfazione dell'interesse obiettivo della collettività (e dell'amministrazione) e quella dell'interesse del singolo».

²¹ A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, p. 233. Dello stesso avviso A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, pp. 251-252: «la previsione di un termine decadenziale, di durata limitata, riflette l'esigenza di certezza nelle situazioni giuridiche, per l'Amministrazione e per i cittadini interessati che possono aver prestato affidamento nel provvedimento in questione. Le ragioni della tutela del cittadino, leso in un suo interesse legittimo da un provvedimento amministrativo, devono conciliarsi con quelle generali e di garanzia dei terzi». Per una profonda riflessione sui limiti temporali a cui è sottoposto l'esercizio dell'azione davanti al giudice amministrativo, nonché sulla discrezionalità di cui gode il legislatore nel fissare tali limiti, v. M. RAMAJOLI *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2018, *passim*, la

Al riguardo, è stato osservato che il processo amministrativo, sin dalla sua origine, «è stato congegnato in modo da rispettare la fondamentale esigenza della certezza e della stabilità: questa è la ovvia ragione in vista della quale l'azione è soggetta a termini decadenziali assai brevi, decorsi i quali la situazione, creata dall'amministrazione, si consolida e non può più essere messa in discussione»²².

In questa prospettiva, è essenziale, più ancora che per le controversie tra privati, che il processo si concluda in tempi ragionevoli²³.

Il fondamento dell'inoppugnabilità si ravvisa, dunque, in una «ragione pratica» di pubblico interesse: il «bisogno di permettere all'amministrazione di procedere speditamente, senza essere esposta troppo a lungo al rischio di impugnativa del proprio provvedimento»²⁴.

quale condivisibilmente osserva come all'interno della problematica del termine s'annidi una contrapposizione tra l'esigenza di tutela piena ed effettiva del cittadino e quella di stabilità dei provvedimenti amministrativi (*Ivi*, p. 7); in senso analogo si esprimono anche M. LIPARI, *La decorrenza del termine di ricorso nel rito superspeciale di cui all'art. 120, co. 2-bis e 6-bis, del CPA: pubblicazione e comunicazione formale del provvedimento motivato, disponibilità effettiva degli atti di gara, irrilevanza della "piena conoscenza"; l'ammissione conseguente alla verifica dei requisiti*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018, p. 11: «la disciplina positiva (così come ricostruita dalla giurisprudenza) dovrebbe individuare un ragionevole punto di equilibrio fra l'interesse generale alla certezza dei rapporti giuridici amministrativi (e alla inoppugnabilità dei provvedimenti che ne costituiscono la fonte) e il contrapposto diritto di difesa, costituzionalmente garantito»; A. MARRA, *Termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, p. 124: «attraverso la disciplina del termine di decadenza occorre «ricercare quel punto di equilibrio che consente da una parte di non immolare la giustizia sull'altare della certezza ... e, dall'altra, di non cedere alla tentazione di dare tutto alla giustizia finendo così per scivolare ... nell'impossibilità di fare affidamento sulle decisioni dell'amministrazione»; G. SORICELLI, *Il tempo quale bene della vita nel procedimento amministrativo e il danno da ritardo: un falso problema?*, in *www.gazzettaamministrativa.it*, 2017, p. 4: «la fissazione del termine "breve" di sessanta giorni per la proposizione dell'azione di annullamento è certamente un elemento di garanzia a presidio della stabilità delle misure amministrative e, quindi, della certezza delle situazioni giuridiche che dialogano con il potere amministrativo».

²² D. CORLETTI, *L'impugnazione degli atti amministrativi regionali innanzi al Giudice amministrativo*, in P. CAVALERI, E. GIANFRANCESCO (a cura di), Torino, 2013, *Lineamenti di diritto costituzionale della regione del Veneto*, p. 469.

²³ Come suole ripetere la Corte costituzionale, l'illegittimità del provvedimento non dovrebbe poter essere messa in discussione a distanza di anni: Corte cost., 31 gennaio 2014, n. 18, che non ha ritenuto applicabile al processo amministrativo la previsione di cui all'art. 291, primo comma, del codice di procedura civile, che consente la rinnovazione della notifica nulla in caso di contumacia del convenuto, proprio in ragione della «peculiare struttura del giudizio amministrativo». In tale occasione la Corte costituzionale, richiamando la giurisprudenza del Consiglio di Stato (n. 319 del 2007 e n. 5816 del 2004) ha chiarito che «detto ultimo giudizio è caratterizzato da brevi termini perentori per la sua introduzione e dall'assenza dell'istituto della contumacia», e che per lo stesso «vige l'opposto principio per cui, ai fini della regolare instaurazione del rapporto processuale, il ricorso deve, entro il prescritto termine di decadenza, essere ritualmente notificato all'amministrazione resistente (ed almeno a un controinteressato)».

²⁴ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 34, ove si richiama M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 189, da cui è tratto il virgolettato.

Non meno significativa, nel medesimo spirito, è la previsione del ristretto e atipico termine breve di centoventi giorni per richiedere il risarcimento del danno derivante da un provvedimento illegittimo, volta ad assicurare la certezza del rapporto giuridico amministrativo nella sua declinazione risarcitoria²⁵.

Ma la stabilità delle decisioni pubbliche il legislatore non l'ha assicurata soltanto attraverso la previsione di termini decadenziali brevi (talvolta brevissimi²⁶).

Nell'ambito delle disposizioni volte ad attribuire all'interesse pubblico un rilievo centrale nel processo amministrativo, un ruolo di assoluta importanza deve essere riconosciuto alle disposizioni processuali in materia di contratti pubblici che intensificano e amplificano i poteri del giudice²⁷.

Si pensi, a titolo di significativo esempio, all'art. 122 c.p.a. (recante «inefficacia del contratto negli altri casi», vale a dire nei casi di «violazioni non gravi», o «meno gravi», se si preferisce), che attribuisce al giudice amministrativo un potere discrezionale assai ampio nel decidere la sorte del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva²⁸.

La possibilità riconosciuta al giudice di non dichiarare l'inefficacia del contratto nonostante l'illegittimità dell'aggiudicazione si pone potenzialmente in conflitto con l'obiettivo di garantire una tutela giurisdizionale piena ed effettiva che richiederebbe, invece, di sacrificare sempre e comunque l'efficacia del contratto.

La *ratio* della previsione è evidentemente quella di tutelare l'interesse alla stabilità delle decisioni pubbliche inerenti alle procedure di gara preordinate all'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture e, con esso, il coacervo di interessi sottesi al contratto stipulato all'esito di tali procedure.

Tale norma è sintomatica del mutamento della veste del giudice amministrativo, che dismette gli abiti di mero censore della legittimità dei provvedi-

²⁵ Su tale aspetto cfr. A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 510, il quale considera esempio emblematico della contiguità del giudice amministrativo alla pubblica Amministrazione l'elaborazione, da parte della giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore del c.p.a., della regola della pregiudizialità, che ha comportato un netto ridimensionamento delle pretese risarcitorie.

²⁶ Si pensi, ad esempio, al giudizio avverso le operazioni elettorali preparatorie, disciplinato dall'art. 129 c.p.a. Sull'inderogabilità e la funzione dei termini decadenziali previsti nel rito elettorale cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2014, n. 755, in *Foro amm.*, 2014, p. 460 ss.: «nelle controversie aventi ad oggetto la regolarità del procedimento elettorale devono essere rispettati inderogabilmente i termini decadenziali sanciti a salvaguardia della stabilità del risultato elettorale, decorrenti, indipendentemente dalla conoscenza di elementi di fatto sopravvenuti (legittimanti eventualmente la proposizione di motivi aggiunti), dalla proclamazione degli eletti ... , ovvero dalla notificazione del ricorso principale ... ».

²⁷ In argomento, cfr. F. FRANCIOSI, *op. cit.*, § 3, il quale osserva condivisibilmente come la normativa processuale in materia di contratti pubblici valorizzi il carattere oggettivo della giurisdizione amministrativa.

²⁸ Il giudice è chiamato, così, ad operare «un vero e proprio apprezzamento del miglior bilanciamento fra gli interessi in gioco, come dimostrano fuor da ogni dubbio la potestà di determinare la decorrenza dell'inefficacia (anche retroattivamente) e la potestà di graduare le sanzioni alternative» (L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, cit., § 2).

menti per indossare quelli del «regolatore», o «amministratore», dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini, se non addirittura quelli del decisore politico²⁹.

Il processo amministrativo diventa, di conseguenza, non più soltanto il mezzo per assicurare la protezione degli interessi legittimi, ma anche lo strumento per individuare e scegliere quale interesse (pubblico o privato) debba prevalere nel caso concreto³⁰.

Elementi di giurisdizione oggettiva sono stati ravvisati da autorevole dottrina anche nell'art. 99 c.p.a. e, segnatamente, nel potere riconosciuto all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato di decidere nell'interesse della legge su questioni di diritto non più rilevanti per definire la controversia³¹: il riferimento è soprattutto al quinto comma del predetto art. 99, che prevede una pronuncia nell'interesse della collettività anche nel caso in cui il ricorso in appello sia divenuto irrituale («Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato»)³².

²⁹ Per un esame dell'evoluzione del progressivo cambiamento delle funzioni del giudice amministrativo, «che hanno garantito contemporaneamente alla collettività uno strumento formidabile sia di tutela nei confronti dell'azione amministrativa, sia di ausilio alle pubbliche amministrazioni», cfr. C. FRANCHINI, *L'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, p. 533 ss.; C. VARRONE, *Il ruolo del giudice nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2012, p. 5, il quale richiama la «inevitabile contiguità e la conseguente possibilità di sovrapporsi al potere» come «uno dei temi di maggiore attualità e di possibile frizione, il cui corretto componimento, tuttavia, è in prevalenza affidato alla sensibilità istituzionale dei singoli Collegi giudicanti». In una prospettiva più vasta, per una ricostruzione in chiave diacronica delle origini e dell'evoluzione della giustizia amministrativa cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010; F. G. SCOCA, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in ID. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, p. 3 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 115 ss.; R. ROLLI, *La giustizia amministrativa nella Costituzione del 1948 e le determinazioni finali*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2017, p. 1 ss.; F. MERUSI, *Incontri pericolosi ... Crispi e la nascita della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 13 ss.; A. MASSERA, *«Giustizia nell'amministrazione» e «ingiustizie amministrative» tra passato e presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 33 ss.

³⁰ D'altronde, come è stato riconosciuto anche dalla dottrina togata, se dall'attuale stato di degradazione delle fonti consegue che «l'assetto di interessi non è "dato" ma deve essere episodicamente forgiato dai pubblici poteri all'interno di una logica prettamente compositiva», «ben si comprende il costante ricorso alla tecnica giudiziale del bilanciamento» (A. PAJNO, *La giustizia amministrativa nel 2018*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, p. 13).

³¹ Cfr. spec. M.A. SANDULLI, *Profili oggettivi e soggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in *www.federalismi.it*, 2017. R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in *www.federalismi.it*, n. 2/2017, il quale osserva come il quinto comma dell'art. 99 c.p.a. riecheggi quanto stabilito dall'art. 363, c.p.a., recante «Principio di diritto nell'interesse della legge».

³² Cfr. R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in *www.federalismi.it*, n. 2/2017, il quale osserva come il quinto comma dell'art. 99 c.p.a.

Un ulteriore esempio emblematico della centralità dell'interesse pubblico nella normativa processuale - e, forse, sintomatico dell'atteggiamento di sfiducia nei confronti del giudice amministrativo - è l'art. 95 del d.lgs. 6 novembre 2015, n. 180, ove si giunge finanche a stabilire che nei giudizi avverso le misure di gestione delle crisi bancarie «si presume fino a prova contraria che la sospensione dei provvedimenti della Banca d'Italia o del Ministro dell'economia e delle finanze sarebbe contraria all'interesse pubblico»³³.

Altre forme ancora di tutela di diritto oggettivo sono state ravvisate nell'introduzione del ricorso per l'efficienza della pubblica amministrazione, la c.d. *class action* all'italiana³⁴, o nella attribuzione all'Autorità Garante per la Concorrenza e il mercato della legittimazione ad agire in giudizio «contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato»³⁵.

Anche la previsione di elevati costi di accesso alla giustizia amministrativa rappresenta uno strumento (in questo caso surrettizio) per tutelare l'interesse pubblico alla certezza dell'azione amministrativa³⁶: invero, non è re-

chieggi quanto stabilito dall'art. 363 c.p.c., recante «Principio di diritto nell'interesse della legge».

³³ Si veda quanto osserva sul punto G. SAPORITO, *Quando si fondono momenti di amministrazione e di giustizia*, in *www.astrid-online.it*, n. 18/2016, p. 5: «L'articolo 95 del d.lgs. 180/2015 (crisi bancarie) non si limita più a svalutare l'interesse del ricorrente, ma aumenta direttamente l'impenetrabilità, la resistenza del provvedimento impugnato ... Nella competizione cautelare in materia bancaria, il distacco tra ricorrente e P.A. quindi aumenta, perché si avvantaggia apertamente la resistente P.A. (Banca d'Italia e Ministero)».

³⁴ Per tutti, cfr. G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2011.

³⁵ Per tutti, cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Conc. Merc.*, 2013, p. 107 ss.

³⁶ Il contributo unificato e i vari incrementi di valore che esso ha subito nel corso degli anni hanno suscitato da sempre l'interesse della dottrina amministrativistica, che non ha mancato di rilevare i profili di contrasto della relativa disciplina con il principio di effettività della tutela giurisdizionale. In argomento, cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contributo unificato nel processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2007, p. 139 ss.; L. GILI, *Avvocato, ma quanto mi costa? Note e divagazioni sull'attuale diritto alla difesa in materia di affidamenti di contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2012, p. 355 ss.; M. A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2012; A. DAIDONE, *L'effettività della tutela giurisdizionale e la misura del contributo unificato nella materia dei contratti pubblici (nota a TRGA Trento, ordinanza 29 gennaio 2014, n. 23)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 478 ss.; F. G. SCOCA, *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 1414 ss.; F. SATTA, *Appalti pubblici e infrastrutture: per una maggiore efficacia della giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm.*, 2014, p. 1643 ss.; L. PRESUTTI, *L'incompatibilità del contributo unificato negli appalti pubblici con la direttiva ricorsi (nota a TRGA, Trento, ord. 29 gennaio 2014, n. 23)*, in *Urb. e app.*, 2014, p. 708 ss. La problematica del contributo unificato è stata analizzata anche dagli studiosi del diritto costituzionale e comparato nell'ambito della più ampia tematica dell'accesso alla giustizia: cfr., in particolare, M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access to Justice. A World survey*, Milano-Alphenandendrijn, 1978; R. G. RODIO, *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale*, Padova, 1990;

vocabile in dubbio, per un verso, che l'importo e la debenza o meno del contributo unificato incidano notevolmente sulla scelta di intraprendere un giudizio e che, per altro verso, la stabilità di un atto amministrativo è inversamente proporzionale alla sua suscettibilità di essere impugnato.

La tendenza a tutelare la stabilità e la certezza dell'azione amministrativa risulta ulteriormente rafforzata dai più recenti interventi normativi.

Invero, il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120) ha previsto che per le opere realizzate in applicazione degli articoli 1 e 2, comma 2, del medesimo decreto - che disciplinano rispettivamente le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture sotto soglia e quelle aperte, ristrette e negoziate di importo pari o superiore alle soglie europee la cui determina a contrarre «o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021» - si applichi l'art. 125, comma 2, c.p.a.: questo significa che il giudice in sede di valutazione dell'istanza cautelare dovrà tener «conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare», della «irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure».

Il «decreto semplificazioni» ha altresì previsto l'applicabilità integrale dell'art. 125 c.p.a. in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui all'articolo 2, comma 3, dello stesso decreto, che disciplina le procedure negoziate esperite in via d'urgenza per l'affidamento di contratti di valore superiore alle soglie di rilevanza europea la cui determina a contrarre «o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021».

Quest'ultima previsione appare di notevole rilevanza in quanto il citato art. 125 è particolarmente incisivo nel tutelare l'interesse pubblico alla sollecita realizzazione delle opere, stabilendo rilevanti limiti alla caducazione del contratto in caso di annullamento dei provvedimenti impugnati e, quindi, al pieno dispiegarsi del principio di effettività.

Esso prevede, per un verso, un aggravamento dei presupposti processuali per la concessione della tutela cautelare e, per altro verso, la regola secondo cui per tutti i vizi diversi da quelli più gravi, di cui all'art. 121 c.p.a., la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comportano la caducazione del contratto già stipulato, sicché il risarcimento del danno avviene solo per equivalente: questo significa che per le opere di valore superiore alle soglie di rilevanza europea la cui procedura venga esperita in via d'urgenza ex art. 2, comma 3, del d.l. n. 76/2020, al di fuori dei casi di «gravi violazioni», la conservazione del contratto diviene la regola, l'inefficacia del contratto l'eccezione.

ID., *Alcuni rilievi costituzionali sul contributo unificato nel processo amministrativo*, in www.osservatorioaic.it, 2014.

Dunque, anche dalla normativa più recente emerge una certa tendenza alla oggettivizzazione del processo amministrativo attraverso l'introduzione di misure protettive dell'amministrazione e dell'interesse pubblico di cui essa è portatrice, inevitabilmente limitative dell'effettività della tutela giurisdizionale.

3. *Segue: ... e giurisprudenziali.*

Altre volte è la giurisprudenza che, pur in assenza di copertura legislativa, ovvero di una chiara e specifica indicazione normativa, immola l'effettività della tutela giurisdizionale sull'altare dell'interesse pubblico alla stabilità e alla certezza dell'azione amministrativa³⁷.

Viene in mente, ad esempio, l'orientamento consolidato del Consiglio di Stato, che, pur in assenza di una specifica preclusione legislativa, tende ad escludere la proponibilità dei motivi aggiunti nel giudizio elettorale quando, ormai scaduto il termine di decadenza di trenta giorni decorrente dalla proclamazione degli eletti, il ricorrente deduce di aver conosciuto ulteriori vizi delle operazioni elettorali per effetto delle verifiche istruttorie disposte dal giudice amministrativo.

A sostegno di tale soluzione interpretativa il giudice amministrativo richiama il «principio di certezza dei rapporti pubblici»³⁸, a cui il legislatore avrebbe inteso dare rilievo prevedendo il rigoroso termine di decadenza di trenta giorni entro il quale l'interessato può contestare le operazioni elettorali, e quello, ad esso strettamente collegato, di «immutabilità»³⁹ dei risultati elettorali non tempestivamente impugnati.

I due principi testé richiamati, secondo questo ragionamento, risponderebbero all'esigenza di interesse pubblico «di assicurare la corretta funzionalità degli organi elettivi delle autonomie locali, espressione del modello costituzionale della democrazia rappresentativa, tanto più significativa in relazione ad istituzioni (come quelle comunali) che presentano una stretta correlazione con la realtà territoriale autoamministrata, esprimendone tutti gli interessi (generalmente ancorché localizzati)»⁴⁰: emerge chiaramente la subordinazione del momento soggettivo della tutela dei cittadini rispetto a quello oggettivo della salvaguardia dell'interesse pubblico alla stabilità degli organi elettivi e alla certezza dei risultati elettorali.

Da questo punto di vista, il rigore giurisprudenziale, pur dettato dalla necessità di assicurare le condizioni minime di certezza e di stabilità nei delicati

³⁷ In termini generali, sull'ascesa e sui limiti del diritto giurisprudenziale cfr. l'interessante contributo di P. GROSSI, *A proposito de "il diritto giurisprudenziale"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, p. 1 ss.

³⁸ Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2002, n. 4715, punto 9, in *Foro amm. CdS*, 2002, p. 2063.

³⁹ Su tale principio, oltre alla citata pronuncia del Consiglio di Stato n. 4715/2002, si vedano pure Cons. Stato, sez. V, 29 settembre 1999, n. 1219; 4 febbraio 1998, n. 146; 30 giugno 1997, n. 768.

⁴⁰ Cons. Stato, sez. IV, 16 ottobre 2002, n. 5608, punto 13.

rapporti giuridici che si correlano agli esiti delle consultazioni elettorali, risulta forse essere eccessivamente limitativo del diritto del cittadino ad una tutela piena ed effettiva.

Si pensi, ancora, all'orientamento che in sede cautelare non esita a dare spazio, spesso determinante, alla valutazione dell'interesse pubblico (talvolta enfatizzando la risarcibilità del pregiudizio che potrebbe essere ristorato all'esito della pronuncia di merito)⁴¹; ovvero alle interpretazioni del citato articolo 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, spesso favorevoli all'amministrazione resistente⁴².

⁴¹ La lettura delle pronunce cautelari adottate dai giudici amministrativi - anche al di fuori dei casi regolati da norme speciali processuali - evidenzia che continua ad essere utilizzato, senza particolari esitazioni, il criterio dell'interesse pubblico, e della sua possibile prevalenza sulle ragioni di urgenza rappresentate dal ricorrente, quale filtro, spesso determinante, della decisione di accoglimento o di rigetto, anche a discapito del *fumus* (per un simile rilievo, cfr. M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in *Federalismi.it*, 5/2017, p.11). Si veda, a titolo di significativo esempio, il recente decreto presidenziale 19 ottobre 2020, n. 1922, con cui la quinta sezione del TAR Napoli, all'esito del «doveroso bilanciamento degli interessi proprio della fase cautelare», ha espressamente attribuito «prevalenza all'interesse pubblico sotteso al provvedimento impugnato». Dunque, l'interesse pubblico rappresenta un elemento di valutazione ineludibile e imprescindibile per il giudice amministrativo in sede cautelare. In tal senso, cfr. A. DE SIANO, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2020; M. SANTIASE, *La tutela cautelare nel processo amministrativo fra rito ordinario e modelli speciali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2018; G. LEONE, *Legittimazione ed interesse ad agire tra giurisdizione soggettiva e oggettiva del giudice amministrativo*, pp. 81-82: quest'ultimo A. osserva che «da tempo, il giudice amministrativo non si limita a valutare il pregiudizio grave ed irreparabile allegato dal ricorrente (comma 1 dell'art. 55), ma esamina e compara anche gli interessi confliggenti e contrapposti dell'amministrazione e del controinteressato, che potrebbero essere lesi dalla decisione della domanda cautelare favorevole al ricorrente, ancorché la norma di riferimento (il citato art. 55) formalmente sia 'tarata' sulla sola posizione soggettiva del ricorrente». Quanto sopra rilevato è confermato dal recente decreto presidenziale 19 ottobre 2020, n. 1922, con cui la quinta sezione del TAR Napoli, all'esito del «doveroso bilanciamento degli interessi proprio della fase cautelare», ha espressamente attribuito «prevalenza all'interesse pubblico sotteso al provvedimento impugnato». Questa tendenza giurisprudenziale è stigmatizzata da quanti evidenziano che «il giudice amministrativo non può considerare l'esigenza concreta dell'amministrazione come un parametro di riferimento o un valore da tutelare al di là di quanto il legislatore non abbia previsto allorché ha dettato la disciplina positiva dell'esercizio del potere e dei rapporti tra amministrazione e cittadino» (C.E. GALLO, *Servizio e funzione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 87). Al riguardo, è stato rilevato che il criterio dell'interesse pubblico non rileva perché l'art. 55 c.p.a. non lo richiama: in questo senso Corte di Cassazione, Sez. Un., 24 giugno 2004, n. 11750, secondo cui la legge «prende in considerazione le sole ragioni del ricorrente, in funzione del pregiudizio che potrebbe subire dalla esecuzione del provvedimento impugnato, senza alcun richiamo al bilanciamento tra questo pregiudizio e quello derivante all'amministrazione, originariamente contemplato, dalla giurisprudenza amministrativa».

⁴² Il tema della dequotazione delle regole dell'azione amministrativa è molto delicato e meriterebbe ben più ampio sviluppo ed argomentazione, non possibili in questa sede. Qui basti ricordare che il giudice amministrativo ha tratto, per lungo tempo, dal secondo comma dell'art. 21-*octies* un elemento dello sviluppo del processo amministrativo verso un impianto sostanzialistico. In virtù di tale disposizione la giurisprudenza non ha tardato ad affermare che devono essere attenuate le conseguenze del principio del divieto di integrazione postuma della motivazione, dequotando il relativo vizio, tutte le volte in cui: 1) l'omissione di motivazione successi-

Da tali significativi arresti giurisprudenziali emerge la persistente inclinazione del giudice amministrativo ad ascrivere un particolare rilievo alla tutela dell'interesse pubblico, in nome del quale non esita a posporre l'effettività della tutela delle situazioni giuridiche soggettive.

Sulla stessa scia si pone quella giurisprudenza che, nell'ottica di conciliare l'effettività della tutela giurisdizionale con la salvaguardia dell'interesse pubblico, ammette la possibilità di modulare nel tempo gli effetti della sentenza di annullamento in modo che l'assetto di interessi regolato dall'atto amministrativo non venga travolto oltre a quanto strettamente necessario ad assicurare la piena tutela del ricorrente⁴³.

vamente esternata non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato; 2) in fase infraprocedimentale risultano percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato; 3) trattasi di atti dal contenuto vincolato (Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194, in *Foro amm. CdS*, 2013, p. 2104 ss.). Sulle interrelazioni tra procedimento e processo in relazione alla motivazione dell'atto amministrativo cfr. M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991, p. 127, il quale osserva come la motivazione possa fungere «da cerniera tra la tutela procedimentale e la tutela giurisdizionale»; G. TROPEA, *La c.d. motivazione «successiva» tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 3, pp. 626-627, che richiama la «“circolarità” fra procedimento e giudizio»: essa, nel mentre «sembra far emergere l'idea della funzione giurisdizionale come “funzione di alta amministrazione”», conduce a un interessante punto di incontro fra maggiore effettività di tutela giurisdizionale e piano sostanziale del divieto di ingiustificato aggravamento del procedimento di cui all'art. 1 comma 2 l. n. 241 del 1990, potendo la motivazione successiva evitare una riapertura del procedimento in seguito all'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento»; L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 175: «il modello procedimentale impone all'amministrazione, tra l'altro, di farsi carico di compiti di giustizia [...]. In conseguenza, il compito principale del giudice amministrativo dovrebbe consistere nel garantire l'effettività della tutela del privato nell'ambito del procedimento amministrativo». Sul tema, *ex multis*, cfr. V. PARISIO, *Vizi formali e integrazione della motivazione in corso di giudizio: alcune considerazioni*, in AA.VV., *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, p. 161 ss.; G. TACCOGNA, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 696 ss.

⁴³ Fautore di questo orientamento giurisprudenziale è stato Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, con note e commenti di A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e “non annullamento” dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, p. 936 ss.; P. QUINTO, *La specificità della giurisdizione amministrativa ed una sentenza di “buon senso”*, in *giustamm.it*, 2011; M. SAPIO, *Un caso di sospensione degli effetti caducatori del giudicato amministrativo in applicazione della rilevanza del diritto europeo sul diritto processuale amministrativo nazionale*, ivi; M. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1310 ss.; E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 439 ss.; E. LORIA, *Accertata l'illegittimità dell'atto impugnato il giudice può decidere della non retroattività*, in *Guida dir.*, 26/2011, p. 103 ss.; G. FONDERICO, *Nota a Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755*, in *Guida dir. Dossier*, 9/2011, 32; R. POLITI, *Atipicità delle azioni e chirurgia giurisprudenziale dell'azione di annullamento: la “sovrascrittura del programma”*, in *Foro amm.-Tar*, 2011, 1071 ss.; C. FELIZIANI, *Oltre le Colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, in *Foro amm.-CdS*, 2012, 427 ss.; C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 280 ss.; A. GIUSTI, *La “nuova” sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, ivi, 293 ss.; L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, ivi, 1128 ss.; F. CARINGELLA, *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in *Urb. e app.*, 2012, p. 17 ss.; R.

Emblematica di siffatta tendenza risulta una sentenza emessa nell'anno 2012 dal Consiglio di Stato⁴⁴ che, confermando la pronuncia del Giudice di primo grado, ha annullato una delibera adottata dal Garante delle Comunicazioni che aveva utilizzato le graduatorie Corecom come criterio per l'assegnazione automatica dei canali alle emittenti locali.

Con la citata pronuncia i Giudici di Palazzo Spada hanno condannato l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ad adottare nuove determinazioni per l'assegnazione automatica dei canali sul telecomando delle emittenti locali, impiegando un metodo più adeguato per accertare le abitudini e le preferenze degli utenti; nondimeno, allo scopo di evitare fratture nella continuità dell'azione amministrativa e, segnatamente, lacune regolamentari nella programmazione delle emittenti, la medesima decisione ha prorogato gli effetti del piano di numerazione automatica dei canali televisivi, mantenendo ferma nelle more l'efficacia del menzionato provvedimento amministrativo - quantunque giudicato illegittimo - e, dunque, differendo gli effetti del disposto annullamento giurisdizionale.

DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1273 ss.; M. FORNACIARI, *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento ... che non annulla!*, ivi, p. 1662 ss. La fattispecie esaminata dalla sesta sezione trae origine dal ricorso promosso da un'associazione ambientalista italiana che aveva impugnato, innanzi al TAR Bari, la deliberazione del Consiglio regionale della Regione Puglia approvativa del «piano faunistico venatorio regionale 2009-2014», deducendo molteplici vizi procedurali e sostanziali, tra cui, in particolare, la mancata attivazione del procedimento sulla «valutazione ambientale strategica», prevista dalla legislazione statale. Il Consiglio di Stato - ribaltando la pronuncia del Giudice di prime cure - aveva ritenuto fondata la censura afferente alla mancata attivazione del procedimento di valutazione ambientale strategica, affermando che illegittimamente la Regione aveva ritenuto sufficiente la «valutazione di incidenza» e non necessaria la VAS prescritta dalla normativa statale del 2006 (d.lgs. n. 152/2006), con lesione degli standard minimi di tutela ambientale fissati dalla stessa legge statale. Secondo i Giudici della VI sezione, invero, ove fosse stato seguito il suddetto procedimento sulla valutazione ambientale strategica si sarebbero ragionevolmente disposte misure protettive per la fauna più adeguate rispetto a quelle disposte in concreto. Dunque, la sentenza aveva condannato la Regione a riscrivere il Piano faunistico venatorio, nel termine di 10 mesi dalla notifica della sentenza, dotandosi preventivamente della VAS; essa, tuttavia, aveva mantenuto fermi, nelle more dell'adozione del nuovo Piano, tutti gli effetti dei provvedimenti impugnati in primo grado al fine di tutelare gli interessi pubblici di cui era portatrice l'associazione ambientalista appellante. Invero, secondo il ragionamento dei giudici di Palazzo Spada, l'annullamento *ex tunc* ovvero anche *ex nunc* del Piano, in ragione della mancata attivazione della VAS, avrebbe travolto tutte le prescrizioni del piano stesso, con la gravissima e paradossale conseguenza di privare il territorio pugliese di qualsiasi regolamentazione e di tutte le prescrizioni di tutela sostanziali contenute nell'atto regolativo già approvato.

⁴⁴ A commento della quale sia consentito rinviare a G. TAGLIANETTI, *I limiti del sindacato giurisdizionale amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse delle autorità indipendenti: punti fermi e perduranti incertezze*, in *Foro amm.-CdS*, 2012, p. 2817 ss. Per uno scrutinio degli approdi giurisprudenziali in tema di modulazione degli effetti caducatori della sentenza di annullamento si rinvia a I. PERNA, *L'annullamento "atipico" del provvedimento tipico e le interferenze con la regolazione*, in *Rass. Amm. Stato*, n. 4/2016.

Torna, ancora una volta e sotto una diversa angolatura, il tema della progressiva trasformazione delle funzioni del processo amministrativo in relazione al mutare della fisionomia dei pubblici poteri ed al mutare dei rapporti fra essi e i cittadini: la riconosciuta «flessibilità» degli effetti dell'annullamento giurisdizionale, determinando una parziale sovrapposizione dell'esercizio delle funzioni di *ius dicere* a quelle di amministrazione attiva, rappresenta un ulteriore segno rilevatore del cambiamento del ruolo del giudice.

In questo quadro, sembra attenuarsi il tradizionale principio di separazione dei poteri e appare meritevole di attenta considerazione la nota affermazione di chi sostenne che «*juger l'administration c'est encore administrer*»⁴⁵.

La propensione della giurisprudenza amministrativa ad attribuire un rilievo centrale all'interesse pubblico affiora anche da quell'orientamento secondo il quale, in assenza di graduazione dei motivi di ricorso, il giudice adito deve esaminare preliminarmente i motivi che evidenziano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento (e non quelli il cui accoglimento comporterebbe un maggiore vantaggio per il ricorrente), in omaggio all'interesse della collettività alla legalità dell'azione amministrativa⁴⁶.

Più in particolare - senza tuttavia scendere nel dettaglio tecnico della questione, estremamente complesso e ricco di implicazioni sistematiche su natura e caratteri del processo, non solo amministrativo - l'adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la nota sentenza n. 5/2015⁴⁷, pur prestando formale ossequio al principio di effettività e a quello della domanda, si è spinta a ritenere che in caso di mancata espressa graduazione dei motivi da parte del ricorrente si riespanda il potere del giudice di esaminare prioritariamente il vizio di illegittimità più grave e radicale, a prescindere dalla maggiore soddisfazione del ricorrente, dandosi priorità «all'interesse generale della collettività da un lato alla

⁴⁵ Il noto aforisma risale a PIERRE PAUL NICOLAS HENRION DE PANSEY nella sua opera *De l'autorité judiciaire en France*, Parigi, 1818. In molti hanno ribadito l'attualità di questo antico canone: cfr., tra i tanti, L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010, (v., in part., § 3); F. TRIMARCHI, *Aspetti «sostanziali» della tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Scritti giuridici*, Milano, 2012, p. 487. Sul pericolo che l'attività giurisdizionale «venga confusa con quella amministrativa», si veda, in particolare, G. ROMEO, *La giustizia amministrativa: passato, presente e futuro*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 284. Su tale ultimo profilo cfr., *amplius*, G. TROPEA, *L'«ibrido fiore della conciliazione»: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 965 ss.; F. MANGANO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, Milano, 2013; M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 67 ss.

⁴⁶ Il panorama dottrinario sull'ordine di esame dei motivi e delle domande è delineato da A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 803 ss.

⁴⁷ Cons. Stato, Ad. plen, 27 aprile 2015, n. 5, in *Foro it.*, 2015, III, p. 265, e in *Giur. It.*, 2015, p. 2192, con nota di E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*. Su tale pronuncia cfr., altresì, le riflessioni di L. R. PERFETTI, G. TROPEA, «Heart of darkness»: *L'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 218 ss.; M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Ivi, p. 1101 ss.

corretta gestione della cosa pubblica, e dall'altro a una corretta gestione del processo» (punto 9.1).

Di modo che, derogando al principio soggettivistico del processo, al Giudice amministrativo non appare incongruo far conseguire alla parte un risultato «minore» (in termini di utilità concreta ed immediata) rispetto a quello richiesto, laddove quest'ultimo si ponga in contrasto con l'interesse pubblico⁴⁸.

Sotto questo profilo merita di essere rammentato quell'orientamento giurisprudenziale che ha mantenuto fermo il principio per cui l'accoglimento del ricorso, nei limiti della domanda e di quanto è stato richiesto, provoca l'annullamento del regolamento con effetti *erga omnes*⁴⁹.

Tale orientamento pone in rilievo la necessità di valutare la legittimità dell'atto più che la tutela delle posizioni giuridiche soggettive; e questo con la

⁴⁸ Secondo un diverso indirizzo interpretativo, su cui sembra convergere la dottrina amministrativistica prevalente (per tutti, cfr. V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979, p. 24; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, p. 252; R. DE NICOTOLIS, *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in *www.federalismi.it*, n. 18/2010, p. 21), il principio dispositivo e quello di effettività, che caratterizzano un processo ormai divenuto di parti, impongono al giudice di dare prevalenza al risultato maggiormente soddisfacente per l'interesse del ricorrente piuttosto che all'interesse pubblico. Seguendo tale orientamento, con specifico riferimento al contenzioso in materia di contratti pubblici, in presenza di un motivo il cui accoglimento comporta l'aggiudicazione della gara in favore del ricorrente e di altro motivo tendente ad una rinnovazione (parziale o totale) delle operazioni di gara, il giudice dovrebbe accogliere il primo motivo, assorbendo il secondo (per tutte, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213, in *Foro amm. CdS*, 2008, p. 579 ss., con nota di S.S. SCOCA, *Soccombenza e appello; aggiudicazione e contratto: profili di interesse della sentenza annotata*). In effetti, il codice del processo amministrativo, essendo saldamente ancorato al principio dispositivo e a quello di effettività della tutela, sembra far propendere per quest'ultima soluzione. D'altronde, l'accoglimento della censura che comporta l'aggiudicazione della gara in favore del ricorrente, comportando il subentro del ricorrente vittorioso in giudizio all'aggiudicatario illegittimo, non solo è in grado di evitare soluzioni di continuità nello svolgimento delle prestazioni, ma determina anche una maggiore economicità per l'attività amministrativa della stazione appaltante che, diversamente, si vedrebbe costretta a bandire una nuova gara. Aderendo a tale ultima soluzione interpretativa, non va tuttavia sottaciuto il rischio che il ricorrente vittorioso consegua l'aggiudicazione sulla scorta di una procedura il cui bando è viziato.

⁴⁹ Per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1469, in *Foro amm. CDS* 2011, p. 947; 12 novembre 2009, n. 7023, in *Foro amm. CdS*, 2009, p. 2642, secondo cui la decisione di annullamento - che per i limiti soggettivi del giudicato esplica in via ordinaria effetti soltanto fra le parti in causa - acquista invece efficacia *erga omnes* nei casi di atti a contenuto generale inscindibile, ovvero di atti a contenuto normativo, quali sono i regolamenti nei quali gli effetti dell'annullamento non sono circoscrivibili ai soli ricorrenti, essendosi in presenza di un atto a contenuto generale sostanzialmente e strutturalmente unitario, il quale non può esistere per taluni e non esistere per altri. L'annullamento della norma regolamentare, poiché opera *erga omnes*, deve essere pubblicato, anche se manca nel vigente ordinamento, a differenza di ciò che avviene per le decisioni costituzionali, una espressa previsione in tal senso. In conseguenza di ciò, in giurisprudenza (Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 1993, n. 954, in *Giust. civ.*, 1994, p. 841; Cons. Stato, Ad. Gen., 8 febbraio 1990, n. 16, in *Foro Amm.*, 1990, p. 270) si afferma l'applicazione in via analogica dell'art. 14, comma 2, del d. P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, relativo ai ricorsi straordinari al Capo dello Stato, secondo cui all'annullamento di atti amministrativi generali a contenuto normativo deve essere data pubblicità nelle medesime forme dell'atto annullato.

giustificazione che, altrimenti, visti i limiti del controllo svolto dalla Corte costituzionale solo sulle leggi, i regolamenti andrebbero esenti da ogni sindacato giurisdizionale di legittimità⁵⁰.

L'interesse generale alla stabilità dei provvedimenti amministrativi è valorizzato altresì da quell'orientamento secondo cui il termine di decadenza per la notifica del ricorso decorre dalla mera conoscenza del carattere potenzialmente lesivo del provvedimento, a prescindere dalla conoscenza della relativa motivazione⁵¹, da cui trae origine il controverso indirizzo interpretativo che, più nello specifico, fa decorrere il termine di decadenza per la notifica del ricorso *ex art.* 120 c.p.a. dalla data di conoscenza dell'aggiudicazione definitiva e non dalla data di effettiva conoscenza dei vizi della stessa aggiudicazione e degli atti a essa preordinati: ancora una volta si ritiene preminente l'interesse generale a garanti-

⁵⁰ In argomento, anche per ulteriori citazioni, si rinvia *funditus* a L. MAZZAROLLI, *La giurisdizione sui regolamenti è di diritto oggettivo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 1 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino 2007, spec. p. 233 ss. Come osserva quest'ultimo A., una giurisdizione di diritto soggettivo dovrebbe «limitarsi alla disapplicazione del regolamento per tutelare la posizione individuale del ricorrente, perché l'annullamento è un effetto esorbitante che produce a sua volta incertezza, incoerenza e disarmonia, mancando congrui strumenti di pubblicità delle decisioni, di estensione *erga omnes* dei suoi effetti e di garanzia del contraddittorio» (p. 288).

⁵¹ Per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 gennaio 2010, n. 292, *Foro amm. CDS*, 2010, p. 126: «... la piena conoscenza dell'atto censurato si concretizza con la cognizione degli elementi essenziali quali l'autorità emanante, l'oggetto, il contenuto dispositivo ed il suo effetto lesivo, essendo tali elementi sufficienti a rendere il legittimato all'impugnativa consapevole dell'incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica, avendo egli la concreta possibilità di rendersi conto della lesività del provvedimento, senza che sia necessaria la compiuta conoscenza della motivazione e degli atti del procedimento, che può rilevare solo ai fini della proposizione dei motivi aggiunti». In senso diametralmente opposto, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 23 gennaio 2012, n. 281, in *Foro amm. CDS*, 2012, p. 92, secondo cui «il termine per l'impugnazione non può validamente decorrere dalla semplice conoscenza del contenuto dispositivo sfavorevole del provvedimento, posto che al riguardo necessita anche la consapevolezza in capo al destinatario del provvedimento medesimo dei vizi da cui eventualmente esso è affetto, conseguita attraverso la valutazione della motivazione». La problematica della decorrenza del termine *a quo* di proposizione del ricorso è stata esaminata da numerosi autori, tra cui ci si limita a richiamare S. BACCARINI, *La comunicazione del provvedimento amministrativo tra prassi e nuove garanzie*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 8 ss.; R. DAMONTE, *Conoscenza del provvedimento amministrativo e termini di proposizione del ricorso al giudice amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2000, p. 1136 ss.; A. REGGIO D'ACI, *La «piena conoscenza» del provvedimento amministrativo e la decorrenza del termine per la sua impugnazione*, in *Urb. e app.*, 2007, p. 1367 ss.; A. MARRA, *op. cit.*, spec. p. 149 ss.; S. MARTINO, *Termine decadenza e la sua decorrenza: regole, applicazione, prospettive*, in F. FRANCIOSI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018, p. 223 ss.; F. GASPARI, *Decorrenza del termine per ricorrere, piena conoscenza dell'atto lesivo e giusto processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2020, p. 389 ss. Quanto ai margini di compatibilità della disciplina nazionale dei termini decadenziali con il diritto europeo, cfr. M. ELIANTONIO, *The Influence of the ECJ's Case Law on Time Limits in the Italian, German and English Administrative Legal Systems: a Comparative Analysis*, in *European Public Law* 15, n. 4/2009, p. 615 ss., spec. p. 617 ss.; G. TAGLIANETTI, *La disciplina dei termini per ricorrere nel rito speciale in materia di contratti pubblici tra certezza e giustizia: considerazioni a margine dell'ordinanza della Corte di giustizia UE, 14 febbraio 2019, C-54/18*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, p. 485 ss.

re stabilità e certezza agli effetti delle decisioni pubbliche rispetto all'effettività e pienezza del diritto di difesa⁵².

4. Considerazioni conclusive: la perdurante attualità della dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva.

Emerge dalle considerazioni svolte finora la perdurante attualità della dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva; emerge cioè una sorta di «doppia anima» del processo amministrativo: accanto alle norme preordinate a garantire una maggiore effettività della tutela giurisdizionale, esiste un secondo gruppo di disposizioni attraverso le quali il legislatore nazionale ha predisposto misure protettive dell'amministrazione e dell'interesse pubblico di cui essa è portatrice.

Quest'ultimo - non di rado ipostatizzato come «convitato di pietra» del processo amministrativo⁵³ ovvero come «stella polare»⁵⁴ che deve guidare il

⁵² Per tutte, cfr. Cons. Stato sez. V, 27 aprile 2017, n. 1954 in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui il termine per proporre l'impugnativa avverso gli atti delle procedure di affidamento di contratti pubblici decorre inesorabilmente dalla comunicazione di cui all'articolo 76, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, qualora quest'ultima sia rispondente ai requisiti di legge. Secondo i Giudici della quinta sezione, «la diversa interpretazione che fissi la decorrenza al momento in cui è conosciuto il vizio che in ipotesi inficia l'aggiudicazione, e che pure possa costituire l'unico vizio, all'esito dell'accesso a questi ultimi ... , renderebbe mutevole e in definitiva incerto il momento in cui gli atti di gara siano divenuti inoppugnabili, e dunque il momento in cui l'esito di questa possa ritenersi consolidato»; una siffatta interpretazione produrrebbe, cioè, un «elevato tasso di incertezza sulle procedure di affidamento di contratti pubblici». L'orientamento in parola è stato in parte contraddetto da una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 12 del 2 luglio 2020, in *www.giustiziainsieme.it*, con commento di M. A. SANDULLI, *L'Adunanza Plenaria n. 12/2020 esclude i "ricorsi al buio" in materia di contratti pubblici, mentre il legislatore amplia le zone grigie della tutela*), la quale ha stabilito che il termine di decadenza per la proposizione del ricorso non decorre dalla comunicazione dell'aggiudicazione, se da questa non sono ancora evincibili i vizi della stessa ovvero degli atti a essa preordinati. Invero, il Supremo Consesso ha precisato, in relazione ai contenuti dell'offerta dell'aggiudicatario e alle sue giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, che, «poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso 'al buio' ... cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti»; pertanto, conclude la Plenaria, «la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta».

⁵³ Per tutti, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2015, cit.: «l'interesse pubblico di cui è portatrice una delle parti in causa rimane il convitato di pietra che impronta più o meno consapevolmente svariate disposizioni».

⁵⁴ Figura emblematica a cui fa esplicito richiamo F. BIANCHI, *Attività amministrativa illegittima: danni e rimedi anche di tipo riparatorio*, in *www.lexitalia.it*, n. 2/2004, § 1. Sul punto, cfr. G. D. COMPORTI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, spec. pp. 754-755 ss., il quale nota il crescente, «quasi rassicurante», richiamo alla «stella polare dell'interesse pubblico» nelle Relazioni dei Presidenti del Consiglio di Stato e dei

giudice amministrativo - rappresenta un elemento di valutazione ineludibile e imprescindibile anche per la giurisprudenza, che lo invoca ogniqualvolta esso possa risultare compromesso dalla tutela accordata al ricorrente, talvolta anche in assenza di una disposizione legislativa che gli attribuisce una specifica rilevanza⁵⁵.

Tribunali amministrativi regionali in occasione delle cerimonie di inaugurazione degli anni giudiziari.

⁵⁵ A questo proposito, si veda quanto osservato da N. PICA, *La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'AGCM*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 925: «alla luce di quanto detto, può forse ritenersi che il giudice amministrativo, sebbene sempre più incline alla piena tutela delle situazioni giuridiche soggettive, ancora non rinunci - forse opportunamente o forse no - ad ascrivere un certo peso all'interesse pubblico generale». La «specialità» del giudice amministrativo è interpretata in maniera analoga da S. VENEZIANO nella relazione per l'inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2019 del TAR Campania del 1° marzo 2019, pp. 7-8, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «il Giudice amministrativo non dovrà dimenticare le ragioni della propria “specialità”, culturale e istituzionale, ponendo in essere il massimo sforzo possibile per coniugare le esigenze di tutela dei diritti del cittadino con le ragioni, organizzative e finanziarie, delle amministrazioni a garanzia dell'interesse pubblico della collettività alla predisposizione delle risorse finanziarie ed organizzative atte a garantire all'intera comunità la fruibilità dei servizi».

DONATO VESE
Researcher Associate at University of Oxford, Faculty of Law,
Centre for Socio-Legal Studies
Assegnista di ricerca, Università di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza
Professore a contratto, Università di Milano, Dipartimento di Scienze Politiche
donato.vese@csls.ox.ac.uk; donato.vese@unito.it; donato.vese@unimi.it

LA STRATEGIA ITALIANA PER GESTIRE L'EMERGENZA COVID-19 E LA SFIDA DELLA CONDIVISIONE DEI POTERI AMMINISTRATIVI*

THE ITALIAN STRATEGY FOR MANAGING THE COVID- 19 EMERGENCY AND THE CHALLENGE OF SHARING ADMINISTRATIVE POWERS

*“Cosa sono i soldi?
L'inizio e la fine di tutte le cose: amore, onore, rabbia, violenza, odio, gelosia, vendetta.”*
Pietà, Kim Ki-Duk (김기덕, 金基德, Gim Gideok, Kim Kidök).
<https://www.raiplay.it/programmi/pieta>

SINTESI

Il presente articolo analizza le misure amministrative e, più nello specifico, la strategia amministrativa adottata nell'immediatezza dell'emergenza dal governo italiano al fine di determinare se tale strategia sia stata efficace nel gestire la pandemia COVID-19 su tutto il territorio nazionale. Nell'analizzare ciò, l'articolo sottolinea il ruolo svolto dall'attuale sistema

* Ho scritto questo articolo durante un periodo di ricerca al Center for Socio-Legal Studies dell'Università di Oxford fra marzo e maggio 2020. Una versione più estesa e in lingua inglese di questo articolo è stata pubblicata, dopo la revisione scientifica a doppio cieco (*double blind peer review*), su *European Journal of Risk Regulation*, 1, 2021, Cambridge University Press, consultabile in *open access* al link <https://cup.org/34uMHzT> [citazione completa: VESE, D. (2020). Managing the Pandemic: The Italian Strategy for Fighting COVID-19 and the Challenge of Sharing Administrative Powers. *European Journal of Risk Regulation*, 1-28. doi:10.1017/err.2020.82.]

Desidero ringraziare Luca Perfetti, maestro, collega e amico per i preziosi suggerimenti. Ringrazio anche Denis Galligan, Gabriele Bottino, Francesco Follieri, Enrico Mauro, Viviana di Capua, Antonio Dell'Atti e Federica Lazzari per l'utile discussione e i loro commenti ad una bozza preliminare di questo articolo. Infine, sono particolarmente grato a Giovanni D'Elia per la sua assistenza nella stesura della versione italiana dell'articolo.

Nell'epigrafe, ho voluto rendere omaggio ad un maestro del cinema contemporaneo scomparso prematuramente l'11 dicembre 2020 a causa del coronavirus: grazie Kim per i tuoi capolavori.

di separazione dei poteri costituzionali nella gestione delle emergenze e come questo sistema possa influire sulla valutazione del rischio sanitario. Viene fornita una spiegazione del sistema di gestione del rischio nella legislazione italiana e dell'Unione Europea (UE) e vengono affrontati i seguenti nodi legali: (i) la nozione e le caratteristiche della regolazione dell'emergenza da una prospettiva pandemica, distinguendo tra rischio ed emergenza; (ii) il potenziale e i limiti del principio di precauzione nel diritto dell'UE; (iii) lo scenario costituzionale italiano rispetto alle principali disposizioni che regolano i poteri del governo centrale, regionale e degli enti locali. Nello specifico, questo articolo sostiene che la strategia amministrativa per attuare efficacemente la regolazione dei rischi di emergenza basata su un'adeguata e corretta valutazione del rischio richiede la "condivisione dei poteri" nei diversi livelli di governo con la partecipazione di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale: governo, regioni ed enti locali.

ABSTRACT

This paper discusses the administrative measures and, more specifically, the administrative strategy implemented in the immediacy of the emergency by the Italian government in order to determine whether it was effective in managing the COVID-19 pandemic throughout the country. In analysing the administrative strategy, the paper stresses the role that the current system of constitutional separation of powers plays in emergency management and how this system can impact health risk assessment. An explanation of the risk management system in Italian and European Union (EU) law is provided and the following key legal issues are addressed: (1) the notion and features of emergency risk regulation from a pandemic perspective, distinguishing between risk and emergency; (2) the potential and limits of the precautionary principle in EU law; and (3) the Italian constitutional scenario with respect to the main provisions regulating central government, regional and local powers. Particularly, this paper claims that the administrative strategy for effectively implementing emergency risk regulation based on an adequate and correct risk assessment requires "power sharing" across the different levels of government with the participation of all of the institutional actors involved in the decision-making process: government, regions and local authorities.

PAROLE CHIAVE: rischio, emergenza, regolazione, principio di precauzione, condivisione dei poteri amministrativi.

KEYWORDS: risk, emergency, regulation, precautionary principle, sharing administrative powers.

Indice: 1. Introduzione. – 2. La strategia forte: le misure di emergenza per la gestione delle pandemie. – 3. Principali questioni giuridiche nel contesto della pandemia. – 3.1. Regolazione dell'emergenza. – 3.2. Il principio di precauzione nel diritto dell'UE: potenzialità e limiti. – 3.3. Regole che disciplinano poteri e competenze nello scenario costituzionale. – 4. Perché la strategia amministrativa è stata inefficace. – 4.1. Condivisione dei poteri amministrativi di emergenza. – 4.1. a. Ripensare l'approccio incrementale del Governo. – 4.1. b. Attuazione del piano sanitario nazionale per le pandemie. – 4.2. Possibili soluzioni dal punto di vista costituzionale. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il COVID-19 è diventato un'emergenza sanitaria globale¹. L'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) aveva inizialmente dichiarato l'epidemia di COVID-19 una «*emergenza sanitaria pubblica di interesse internazionale*» (PHEIC)². A causa dei suoi successivi livelli di diffusione e pericolosità in tutto il mondo, l'OMS ha conseguentemente classificato il COVID-19 come una "pandemia"³.

La pandemia si è diffusa rapidamente in diversi Stati membri dell'Unione Europea. L'Italia, tuttavia, rappresenta un caso particolare: qui l'epidemia di COVID-19 è cresciuta prima e più gravemente che altrove in Europa, raggiungendo un alto tasso di mortalità e creando le condizioni per il collasso del sistema sanitario pubblico.

In questo scenario, il governo italiano (d'ora in poi il governo) ha dichiarato lo stato di emergenza a livello nazionale⁴, seguito da misure sempre più restrittive volte a rallentare e contenere la diffusione del virus e mitigare gli effetti della pandemia sotto l'ormai noto imperativo «*flattening the curve*» (appiattire la curva del contagio). L'ultima di queste misure⁵ ha imposto il lockdown nazionale, estendendo le norme emergenziali all'intero Paese per sei mesi⁶ (poi prorogate sino al 31 gennaio 2021)⁷ e, più in generale, fornendo quello che è stato

¹ COVID-19 è il nome che a livello mondiale è stato attribuito alla malattia causata dal nuovo coronavirus SARS-CoV-2.

² Cfr. OMS, *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, Ginevra, Svizzera, 30 gennaio 2020 <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))>. Il PHEIC è stato definito nel Regolamento Sanitario Internazionale (IHR) del 2005 come un evento straordinario che può (i) costituire un rischio per la salute pubblica ad altri Stati attraverso la diffusione internazionale della malattia; (ii) un evento che richiede una risposta internazionale coordinata. Inoltre, questa definizione implica una situazione che è: a) grave, insolita o inaspettata; b) comporta implicazioni per la salute pubblica oltre i confini nazionali dello Stato colpito; c) può richiedere un'azione internazionale immediata.

³ Cfr. OMS, *Osservazioni di apertura del Direttore generale al briefing per i media su COVID-19*, 11 marzo 2020 <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020>>.

⁴ Cfr. Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, adottata ai sensi del Decreto Legislativo 1/2018 (Codice della Protezione Civile) <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/01/20A00737/sg>>. Sulla dichiarazione delle regole emergenziali, si v. Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia) <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1995\)012-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1995)012-e)>.

⁵ DPCM 9 marzo 2020 <www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/09/62/sg/pdf>.

⁶ Per un quadro generale di tutte le misure adottate dallo stato italiano durante l'emergenza COVID-19, si v. <https://www.camera.it/temi/documentazione/temi/pdf/1203754.pdf?_1588279335853>.

⁷ <<http://www.salute.gov.it/portale/malattieInfettive/dettaglioNotizieMalattieInfettive.jsp?lingua=italiano&id=5105>>.

definito il modello italiano per combattere il COVID-19⁸, ossia «diminuire i contagi virali attraverso la quarantena; potenziare le strutture mediche; adottare misure volte alla ripresa sociale e finanziaria per affrontare la crisi economica causata dalla pandemia».

In questo articolo, partendo dai principali atti normativi e considerando le recenti conoscenze scientifiche e dati epidemiologici sul COVID-19, esamineremo le misure amministrative adottate dal governo e la strategia che ha messo in atto per fronteggiare la pandemia nell'immediatezza dell'emergenza. Dopo questa prima analisi, potremmo legittimamente chiederci se quelle misure e quella strategia si siano dimostrate efficaci nel contenere la pandemia.

Più in generale, analizzando la strategia amministrativa, l'articolo sottolinea il ruolo che l'attuale sistema di separazione dei poteri costituzionali svolge nella gestione delle emergenze e come questo sistema possa influire sulla valutazione del rischio.

A questo fine, verrà fornita una spiegazione del sistema di gestione del rischio nella legislazione italiana e comunitaria e verranno analizzati i seguenti aspetti giuridici: (i) la nozione e le caratteristiche della regolazione dell'emergenza da una prospettiva pandemica, distinguendo tra rischio ed emergenza; (ii) il potenziale e i limiti del principio di precauzione nel diritto dell'UE; e (3) lo scenario costituzionale italiano in riferimento alle principali disposizioni che regolano i poteri del governo centrale, regionale e locale.

Nello specifico, l'articolo sostiene che la strategia amministrativa per attuare efficacemente la regolazione dell'emergenza, basata su un'adeguata e corretta valutazione del rischio richiede la "condivisione dei poteri" tra i diversi livelli di governo con la partecipazione di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale: governo, regioni ed enti locali.

2. La strategia forte: le misure di emergenza per la gestione delle pandemie.

A seguito della dichiarazione dello stato di emergenza, il Governo ha approvato il Decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, il quale attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri ampi poteri al fine di gestire l'emergenza, emanando propri decreti amministrativi⁹.

In particolare, il D.L. 6/2020 ha attribuito al Presidente del Consiglio il potere di emanare misure amministrative tipiche in una cornice emergenziale al fine di garantire il distanziamento interpersonale, aree di lockdown, la chiusura di uffici e servizi pubblici e di sospendere determinate attività economiche.

⁸ F.G. NICOLA, *Exporting the Italian Model to Fight COVID-19*, in *The Regulatory Review*, 23 April 2020, <<https://www.theregreview.org/2020/04/23/nicola-exporting-italian-model-fight-covid-19/>>.

⁹ D.L. 6/2020 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/23/20G00020/sg>>, convertito, con modificazioni, nella L. 5 marzo 2020, n. 13 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/09/20G00028/sg>>.

Inoltre, gli ha permesso di esercitare poteri amministrativi atipici per stabilire «ulteriori misure di contenimento e gestione delle emergenze»¹⁰.

In pochi giorni il governo ha approvato tre importanti atti normativi basati sull'attuazione del D.L. 6/2020¹¹: il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) 8 marzo 2020¹²; il DPCM 9 marzo 2020¹³ e infine il DPCM 11 marzo 2020¹⁴, con i quali il governo ha stabilito stringenti misure amministrative emergenziali per evitare la diffusione della pandemia in tutto il paese¹⁵.

In un primo momento queste misure sono state gradualmente e hanno interessato specifici comuni, province o regioni – specie nel Nord Italia – più colpiti dal virus e quindi classificati come “zone rosse”, soggette a blocchi locali imposti dal governo. Successivamente, il governo ha stabilito il *lockdown* nazionale e le misure di emergenza sono state estese per sei mesi all'intero paese (poi, come detto, prorogati sino al 31 gennaio 2021).

In particolare, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del DPCM 8 marzo 2020, il governo ha imposto un *lockdown* in Lombardia e in altre quattordici province dell'Italia settentrionale. In tal modo, sono stati introdotti diversi divieti legali, come il divieto alle persone di viaggiare da e per i luoghi nelle zone rosse. Con il successivo *lockdown* nazionale, il governo ha imposto divieti di spostamento ai sensi dell'articolo 1, comma 1, DPCM 9 marzo 2020, ed ha impedito ogni forma di assembramento interpersonale in luoghi pubblici o aperti al pubblico, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, DPCM 9 marzo 2020. Inoltre, ai sensi degli articoli 1 commi 1, 2 e 3 del DPCM 11 marzo 2020, le attività commerciali al dettaglio ed i servizi alla persona sono stati sospesi¹⁶.

Come conseguenza del *lockdown* nazionale, l'ordinanza del Ministro della Salute del 20 marzo 2020 ha previsto diverse misure stringenti che hanno vietato

¹⁰ Il D.L. 6/2020 ha inoltre consentito ai Presidenti delle Regioni di adottare «ulteriori misure di emergenza nei casi di estrema urgenza».

¹¹ Va notato che gli atti normativi amministrativi del governo (i DPCM) non violano la riserva di legge, in quanto si basano sul D.L. 6/2020. Tuttavia, ci sono alcuni aspetti che mettono in discussione la legalità degli atti normativi del governo. Per il recente dibattito su questo punto, si v. M. SIMONCINI, *The Need for Clear Competences in Times of Crisis. Clashes in the Coordination of Emergency Powers in Italy*, *Verfassungsblog*, 9 April 2020, <<https://verfassungsblog.de/the-need-for-clear-competences-in-times-of-crisis/>>; A. VEDASCHI, C. GRAZIANI, *Coronavirus Emergency and Public Law Issues: an Update on the Italian Situation*, *Verfassungsblog*, 12 March 2020, <<https://verfassungsblog.de/coronavirus-emergency-and-public-law-issues-an-update-on-the-italian-situation/>>; D. TEGA, M. MASSA, *Fighting COVID 19 – Legal Powers and Risks: Italy*, *Verfassungsblog*, 23 March 2020, <<https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-italy/>>.

¹² DPCM 8 marzo 2020 <www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/08/59/sg/pdf>.

¹³ DPCM 9 marzo 2020 <www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/09/62/sg/pdf>.

¹⁴ DPCM 11 marzo 2020 <www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/11/64/sg/pdf>.

¹⁵ Nell'ordinamento giuridico italiano, i poteri amministrativi del governo (compresi i DPCM) e di altre autorità amministrative nazionali (in particolare dei ministri) sono specificamente regolati dalla Legge 23 agosto 1988, n. 400 (Articoli 14-17) <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1988/09/12/088G0458/sg>>.

¹⁶ Ulteriori misure di attuazione del D.L. 6/2020 sono previste dal DPCM 22 marzo 2020 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/22/76/sg/pdf>>.

to molte attività, come il divieto di accedere a tutti i luoghi pubblici, di svolgere attività in luoghi pubblici e di recarsi presso le seconde case¹⁷. Inoltre, con ordinanza del 28 marzo 2020, il Ministro della Salute, d'intesa con il Ministro dei Trasporti, ha stabilito che «le persone che intendono fare ingresso nel territorio nazionale tramite trasporto di linea aereo, marittimo, lacuale, ferroviario o terrestre», debbano dichiarare «il motivo del viaggio, l'indirizzo dove si svolgerà l'isolamento fiduciario, con che mezzi intendono ivi recarsi e il loro contatto telefonico» in modo che le autorità possano contattarli durante la quarantena obbligatoria di quattordici giorni¹⁸.

Inoltre, numerose sanzioni amministrative sono state gradualmente stabilite nei vari atti normativi. L'ultimo di questi atti ha introdotto sanzioni rigorose per le persone che escono di casa senza validi motivi e per le imprese che non rispettano l'ordine di chiusura¹⁹.

Nel frattempo, anche le regioni e gli enti locali hanno adottato diverse ordinanze che stabiliscono misure amministrative di emergenza per contrastare la pandemia all'interno dei propri territori²⁰.

Il governo, infine, ha emanato il Decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con l'obiettivo di razionalizzare e coordinare i poteri di emergenza tra i diversi livelli di governo²¹.

Nelle pagine seguenti, enfatizzando il ruolo che l'attuale struttura di separazione costituzionale dei poteri esercita nella valutazione del rischio, sosterrò che i principali problemi della strategia amministrativa italiana per la gestione della pandemia da COVID-19 sono dovuti alla carenza di un'effettiva "condivisione dei poteri" e, più precisamente, alla mancata condivisione dei poteri di regolamentazione amministrativa tra i diversi livelli di governo, con la partecipazione e la cooperazione di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale d'emergenza: governo, regioni ed enti locali²².

¹⁷ Ordinanza del 20 marzo 2020 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/20/20A01797/sg>>.

¹⁸ Ordinanza del 28 marzo 2020 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/29/20A01921/sg>>.

¹⁹ D.L. 19/2020 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/25/20G00035/sg>>.

²⁰ Per un'analisi delle diverse ordinanze emanate dalle regioni per gestire la pandemia COVID-19 si veda M. SIMONCINI, op. cit., *supra*, nota 11; vedi anche V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, 1, 2020, pp. 1-28; Per un'analisi delle ordinanze locali, si v., tra gli altri, I. FORGIONE, *La gestione locale dell'emergenza da Covid-19*, in *Diritto dell'Economia*, 2, 2020, pp. 92-100.

²¹ In particolare, l'art. 2, comma 3, del decreto-legge 19/2020 non ha avuto efficacia sugli effetti prodotti e sugli atti adottati sulla base di decreti e ordinanze emanati ai sensi del D.L. 6/2020 o dell'articolo 32 della L. 833/1978, e ha stabilito che continuino ad applicarsi entro i termini originari le misure precedentemente adottate dalle DPCM dell'8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 ancora in vigore alla data di entrata in vigore del suddetto Decreto-legge.

²² V.A. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Carmel, IN, Liberty Fund, 1982. Per una discussione più recente sull'argomento nel diritto dell'UE, V.O. BEAUD, *The Allocation of Competences in a Federation. A general introduction* in L. AZOULAI (a cura di), *The Question of Competences in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 19-23 e 34-35.

Da questo punto di vista, come cercherò di spiegare, la mancata condivisione dei poteri di regolamentazione può avere un impatto determinante sulla valutazione dei rischi a livello nazionale in termini di efficacia/inefficacia delle strategie adottate dai diversi attori istituzionali chiamati per gestire l'emergenza nelle proprie aree.

Ora, per condivisione dei poteri mi riferisco all'idea che gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale cooperino nell'esercizio dei loro poteri, adottando misure coerenti di interesse pubblico; vale a dire, con l'obiettivo di attribuire il massimo valore ai diritti delle persone come richiesto dalla Costituzione italiana²³.

La condivisione dei poteri non significa omologazione. Infatti, l'adozione di diverse strategie amministrative a diversi livelli di governo potrebbe aumentare l'efficacia della risposta alla pandemia, ma queste misure devono necessariamente essere condivise tra tutti gli attori coinvolti nella gestione dell'emergenza per dimostrarsi efficaci.

La condivisione di poteri, misure e strategie locali sarà utile per una politica efficace di contenimento della diffusione del virus a livello nazionale basata su una valutazione complessiva del rischio.

Quindi, l'idea della condivisione dei poteri enfatizza il ruolo della cooperazione in contesti istituzionali specifici, come quello italiano, dove le competenze sono allocate ai diversi livelli di governo. La sensazione, più in generale, è che la condivisione dei poteri in sistemi multilivello consente agli stati di ottenere risultati migliori in termini di democrazia, poiché i poteri sono bilanciati tra i livelli statale e locale²⁴.

Come vedremo, tuttavia, l'assenza di un'efficace condivisione del potere a tutti i livelli di governo in una pandemia può produrre seri problemi nella corretta valutazione del rischio e di conseguenza nella strategia di gestione dell'emergenza.

In particolare, discuterò il problema della mancanza di un'efficace condivisione del potere nelle politiche italiane da due punti di vista chiave: *i)* la strategia amministrativa del governo nell'affrontare la diffusione del virus attraverso un "approccio incrementale" (§ 4.1.a); *ii)* e la strategia amministrativa del governo nell'attuazione di un piano sanitario nazionale in caso di pandemia (§ 4.1.b).

Prima di farlo, descriverò alcune questioni legali chiave per gli argomenti esaminati in questo articolo. In particolare, per contestualizzare la strategia amministrativa ideata dal governo nell'emergenza COVID-19, analizzerò: la nozione e le caratteristiche della regolazione dell'emergenza da una prospettiva pandemica, distinguendo tra rischio ed emergenza; il potenziale e i limiti del principio di precauzione nel diritto dell'UE; lo scenario costituzionale italiano

²³ Si v. il seminale studio di L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Diritto pubblico*, 1, 2013, p. 61.

²⁴ P. NORRIS, *Driving Democracy: Do Power Sharing Institutions Work?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

rispetto alle principali disposizioni che disciplinano i poteri del governo, delle regioni e degli enti locali.

Questa analisi preliminare delle principali questioni legali è utile per capire perché la strategia amministrativa si è dimostrata inefficace nella gestione della pandemia (§§ 4.1.a e 4.1.b).

3. Principali questioni giuridiche nel contesto della pandemia.

3.1. Regolazione dell'emergenza.

Collocando la nozione e le sue caratteristiche principali nel contesto di una pandemia, potremmo definire la regolazione dell'emergenza come l'azione intrapresa nell'immediatezza di una pandemia per attenuarne l'impatto²⁵.

Da questo punto di vista, dobbiamo tenere presente la distinzione tra rischio ed emergenza. In generale, l'approccio tradizionale del diritto amministrativo si riferisce alla nozione di emergenza e non anche a quella di rischio, che la dottrina giuridica tocca solo marginalmente²⁶. Per quanto riguarda l'emergenza, come clausola di salvaguardia per affrontare in modo flessibile i rischi di pandemia²⁷, i governi e le altre autorità pubbliche possono invocare l'uso di poteri straordinari per ripristinare il normale corso dei rapporti legali²⁸. Inoltre, le autorità hanno utilizzato per molti anni strumenti di emergenza per gestire un rischio, sebbene non si possa negare che un rischio sia un pericolo potenziale, mentre un'emergenza è un pericolo reale. In effetti, dovrebbe essere sufficientemente chiaro che i poteri emergenziali sono inefficaci se applicati in una situazione che è solo potenzialmente pericolosa. A questo proposito, è stato affermato che le modalità di esercizio dei poteri amministrativi possono essere regolate meglio spostandole dalla categoria di emergenza a quella di regolazione e gestione del rischio²⁹.

Potremmo osservare che se la nozione di rischio caratterizza un peculiare stato intermedio tra sicurezza e devastazione³⁰, nell'emergenza l'equilibrio tra

²⁵A. ALEMANNI (a cura di), *Governing Disasters: The Challenges of Emergency Risk Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, XIX, 2011.

²⁶ Tuttavia, la nozione di rischio nel diritto amministrativo italiano è analizzata da A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006; M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

²⁷ Per questa tesi, si v. il fondamentale studio di M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.* 1948, pp. 951-953; si v. anche ID., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 102; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 267. Sull'argomento, si v. anche V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 143.

²⁸ M. SIMONCINI, *Regulating Catastrophic Risks by Standards*, in *European Journal of Risk Regulation*, 1(2), 2011, p. 39, dove l'autrice spiega l'approccio di diritto pubblico su "emergenza" e "regolazione del rischio".

²⁹ ID., *ivi*, p. 91.

³⁰ U. BECK, *Risk Society Revisited*, in B. ADAM, U. BECK, J. VAN LOON (a cura di), *The Risk Society and Beyond: Critical Issue for Social Theory*, London, Sage, 2000, pp. 211-229; si v. anche il

questi due poli tende chiaramente verso quest'ultimo³¹. Infatti, poiché è innescata da una pandemia, la regolazione dell'emergenza presuppone l'esistenza, o la semplice minaccia, di una pandemia. La pandemia, come possibile causa di disastro per gli esseri umani, è un evento di entità sostanziale che provoca danni fisici significativi o distruzione, perdita di vite umane o drastico cambiamento dell'ambiente naturale³². In genere, si parla di pandemia quando si percepisce una minaccia per la salute delle persone che richiede un'azione correttiva urgente in condizioni di incertezza³³.

Fondamentalmente, la regolazione dell'emergenza in un evento pandemico, come in altri disastri, trova il suo naturale spazio normativo in due fasi: mitigazione e risposta all'emergenza³⁴. In linea di principio, gli sforzi di mitigazione tentano di ridurre il potenziale impatto di una pandemia prima che si verifichi, mentre una risposta a una pandemia tende a farlo dopo l'evento. Tuttavia, la distinzione tra mitigazione delle emergenze e risposta alle emergenze non è sempre molto netta. Quando chiamati ad agire sotto la minaccia di una pandemia, i governi devono sia mitigare che rispondere alla minaccia in una situazione caratterizzata da repentinità (emergenza) e importanza³⁵. In una pandemia, la regolazione dell'emergenza è chiaramente chiamata a operare nella fase iniziale della diffusione della malattia, quando la semplice minaccia oscura il contesto normativo in virtù del suo status di emergenza.

Di conseguenza, le strategie più convenienti per aumentare la preparazione alla pandemia con la regolamentazione amministrativa, specialmente in contesti con risorse limitate, possono consistere in: *i*) investimenti per rafforzare le principali infrastrutture sanitarie pubbliche; *ii*) aumento della consapevolezza pubblica circa la situazione; *iii*) rapido contenimento di ulteriori focolai che potrebbero estendere la pandemia. Inoltre, soprattutto una volta che la pandemia è iniziata, dovrebbe essere implementata una risposta coordinata in cui le autorità amministrative si concentrino su: *iv*) mantenimento della consapevolezza circa la situazione; *v*) costanti comunicazioni in materia di salute pubblica; *vi*) riduzione della trasmissione di malattie; e *vii*) cura e trattamento dei malati. Una pianificazione di emergenza di successo e una strategia ammini-

fondamentale studio di U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986. Beck si occupa di analizzare la dimensione sociopolitica della gestione del rischio e in particolare il problema del rapporto tra scienza e società attraverso la critica al monopolio che attualmente detiene la razionalità scientifica.

³¹ A. ALEMANN, op. cit., *supra*, nota 25, XXII.

³² ID., *Ibidem*, XXII-XXIII. Si v. anche D.D. CARON, *Addressing Catastrophes: Conflicting Images of Solidarity and Self Interest*, in D.D. CARON, CH LEBEN (a cura di), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles*, Hague, The Hague Academy of International Law, 2001; M.L. DAUBER, *Fate, Responsibility and 'Natural' Disaster Relief: Narrating the American Welfare State*, in *Law & Society Review*, 33, 1999, pp. 257-261.

³³ U. ROSENTHAL, R.A. BOIN, L.K. COMFORT (a cura di), *Managing Crises: Threats, Dilemmas, Opportunities*, Springfield, IL, Charles C. Thomas, 2001.

³⁴ A. ALEMANN, op. cit., *supra*, nota 25, XXII.

³⁵ ID., *Ibidem*, XXIII. Secondo l'autore, la "repentinità" è il criterio più rilevante per definire una pandemia ai fini della regolazione dell'emergenza.

strativa che utilizzi l'approccio di regolazione dell'emergenza richiedono la capacità di aumentare la fornitura di interventi sanitari in proporzione alla gravità dell'evento, al patogeno e alla popolazione a rischio³⁶.

La pandemia può produrre impatti significativi sul contesto normativo giustificando la sospensione parziale o totale dell'ordinario processo decisionale³⁷. Gli scostamenti dallo stato di diritto o semplicemente dalle procedure stabilite sono generalmente percepiti come necessari se l'evento ha raggiunto la soglia di significatività. Tuttavia, il ricorso a misure amministrative di emergenza, come misure temporanee ed eccezionali, dovrebbe essere considerato legittimo solo per il periodo in cui dura la pandemia³⁸. Al contrario, prolungare le disposizioni eccezionali oltre il periodo della pandemia significa che tutti i poteri e le misure concepiti per essere temporanei saranno resi permanenti, intensificando la capacità dell'autorità di controllo, sebbene ciò potrebbe limitare il godimento dei diritti individuali³⁹. Inoltre, se la necessità generale di prevenire una pandemia non può essere ignorata, dovrebbe essere pensata come un'opportunità per la regolazione del rischio per prevenire non solo l'impatto improvviso di una situazione pandemica, ma anche gli eventuali effetti distorsivi o la cattiva gestione del ricorso ai poteri urgenti.

Di conseguenza, si potrebbe ora dedurre che la regolazione dell'emergenza nel contesto di una pandemia è una metodologia di regolamentazione rilevante che combina l'approccio del rischio con la possibilità di ricorrere a misure straordinarie in caso di pandemia. Questa metodologia è essenziale per una strategia amministrativa efficace a fronteggiare una pandemia perché consente il monitoraggio e la gestione costanti dei rischi che possono avere gravi conseguenze per la società. Valutando i rischi e adottando misure proporzionate, gli effetti negativi dell'emergenza possono essere ridotti e l'uso dei poteri di emergenza può essere limitato.

Occorre sottolineare che il principio di ragionevolezza, generalmente invocato nell'esercizio dei poteri di emergenza contro il pericolo immediato, non opera nella regolazione dell'emergenza. Vero è che, come affermerò in seguito, sarà il principio di precauzione ad operare (cfr. § 3.2). Inoltre, va detto che la regolazione dell'emergenza implica una valutazione accurata della situazione di

³⁶ N. MADHAV et al., *Pandemics: Risks, Impacts, and Mitigation*, in D.T. JAMISON et al. (a cura di), *Disease Control Priorities: Improving Health and Reducing Poverty*, Washington, DC, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2017.

³⁷ M.B. GERRARD, *Emergency Exemptions from Environmental Laws after Disasters*, in *Natural Resources & Environment*, 20(10), 2006, pp. 10-14.

³⁸ G. MARTINICO, M. SIMONCINI, *Emergency and Risk in Comparative Public Law*, Verfassungsblog, 9 May 2020 <<https://verfassungsblog.de/emergency-and-risk-in-comparative-public-law/>>. Secondo gli autori, sono i fatti e non la legge a indicare la conclusione di un'emergenza. Pertanto, dovrebbero essere considerati i rischi posti dall'uso di misure amministrative straordinarie, soprattutto al termine dell'emergenza, quando i poteri del governo dovrebbero essere soggetti a controllo legale al fine di evitare deviazioni dagli obiettivi originari. Nello stesso senso, vedi anche M. SIMONCINI, op. cit., *supra* nota 28 e *infra* nota 40.

³⁹ Sullo stato di eccezione, si v. C. SCHMITT, *Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.

fatto basata su prove scientifiche⁴⁰. Per applicare correttamente questa metodologia, una varietà di fattori deve essere considerata – compreso il livello reale della minaccia e il modo in cui le persone la percepiscono – in un'analisi step-by-step basata sulle conoscenze scientifiche disponibili.

In particolare, come affermerò nell'analisi sulle politiche italiane (cfr. §§ 4.1.a e 4.1.b), la strategia amministrativa per attuare efficacemente la regolazione dell'emergenza in una pandemia richiede la condivisione dei poteri tra i diversi livelli di governo con la partecipazione di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale al fine di adottare misure coerenti basate sul costante monitoraggio e aggiornamento della valutazione del rischio epidemiologico a livello nazionale.

Pertanto, un'efficace condivisione dei poteri amministrativi – e più specificamente dei poteri amministrativi di regolazione delle emergenze – tra governo, regioni ed enti locali, ottimizzerebbe l'adozione di misure proporzionate di controllo e contenimento del virus su tutto il territorio nazionale, evitando o quantomeno ritardando l'applicazione di misure rigorose come il lockdown di comuni, province, regioni o interi stati.

Nella gestione della pandemia, la strategia amministrativa del governo dovrebbe tenere conto della metodologia di regolazione dell'emergenza che abbiamo appena delineato.

3.2. Il principio di precauzione nel diritto dell'UE: potenzialità e limiti.

Nell'ordinamento giuridico dell'UE, il principio di precauzione⁴¹ è descritto all'articolo 191, paragrafo 2, TFUE sulla politica ambientale⁴².

⁴⁰ G. MARTINICO, M. SIMONCINI, op. cit., *supra*, nota 38.

⁴¹ Cfr., tra gli altri, R. HARDING, E. FISHER (eds.), *Perspectives on the Precautionary Principle*, Alexandria, Federation Press, 1999; N. DE SADELEER, *Les avatars du principe de precaution en droit public (effet de mode au revolution silencieuse)?*, in *Revue Française de Droit Administratif*, 17, 2001, p. 547; A. ALEMANNO, *Le principe de precaution en droit Communautaire: stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au marché intérieur?*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 4, 2001, p. 917; E. FISHER, *Precaution, Precaution Everywhere: Developing a 'Common Understanding' of the Precautionary Principle in the European Community*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 9, 2002, p. 7. Per una discussione generale, si v. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, cap. 2, 2012. Le origini giuridiche del principio di precauzione vanno ricercate nel *Vorsorgeprinzip* istituito dalla legislazione ambientale tedesca a metà degli anni '70; si v., ad esempio, T. CHRISTOFOROU, *The Origins and Content of the Precautionary Principle in European Community Law*, in C. LEBEN, J. VERHOVEN (eds.) *Le principe de precaution – Aspect de droit International et Communautaire*, Paris, Pantheon Assas LGDJ Diffuseur, 2002. Per il principio di precauzione in materia di salute, si v. tra gli altri, D. VOGEL, *The Politics of Precaution: Regulating Health, Safety, and Environmental Risks in Europe and the United States*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2012.

⁴² In questo articolo mi riferirò solo al principio di precauzione e non anche al principio di prevenzione semplicemente perché i due principi sono spesso discussi insieme e considerati intercambiabili nel diritto dell'UE. Infatti, secondo L. KRAMER, *EU Environmental Law*, London, Sweet & Maxwell, 2016, p. 24, c'è una stretta relazione tra i due principi che ha portato alcuni a sostenere che possono essere usati "in modo intercambiabile". Tuttavia, altri autori

La giurisprudenza della Corte di giustizia europea ha svolto un ruolo di primo piano nell'elevare il principio di precauzione allo status di principio generale del diritto dell'UE. Alcune sentenze della Corte di giustizia europea in materia di salute sono fondamentali a questo proposito⁴³. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, il principio di precauzione richiede che le autorità competenti adottino misure amministrative adeguate a prevenire specifici rischi potenziali per la salute. L'approccio della Corte di giustizia europea sostiene che un'applicazione appropriata del principio di precauzione presuppone l'identificazione di effetti ipoteticamente dannosi per la salute derivanti dal provvedimento amministrativo contestato, combinata con una valutazione globale dei rischi per la salute basata sui dati scientifici più affidabili disponibili⁴⁴.

Allo stesso modo, la Commissione europea ha contribuito in modo significativo a delineare le caratteristiche del principio di precauzione nel sistema giuridico dell'UE. Nella Comunicazione del 2000, la Commissione ha cercato di stabilire un'intesa comune dei fattori che hanno condotto a ricorrere al principio di precauzione e al suo ruolo nel processo decisionale⁴⁵. Secondo la Comunicazione in questione, il principio di precauzione copre quelle circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, inconcludenti o incerte, ma in cui la valutazione scientifica preliminare fornisce ragionevoli motivi di preoccupazione che gli effetti potenzialmente pericolosi sulla salute umana potrebbero non essere coerenti con il livello scelto di protezione⁴⁶. Vari fattori possono far scattare l'adozione di misure precauzionali. Questi fattori determinano la decisione se agire o meno, trattandosi di una decisione eminentemente politica, in

sostengono che il principio di prevenzione si applica in situazioni in cui il rischio rilevante è "quantificabile" o "noto" e vi è la certezza che si verificherà un danno. In questo senso, si v., rispettivamente, W.T. DOUMA, *The Precautionary Principle in the European Union*, in *Review of European Community & International Environmental Law*, 9(2), 2000, p. 132; si v. anche E. FISHER, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 318. Per una spiegazione esaustiva si v. S. KINGSTON, V. HEYVAERT, A. CAVOSKI, *European Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 99. La dottrina giuridica italiana, invece, distingue tra principio di precauzione e principio di prevenzione. Qui, il mero potenziale o possibilità di danno è l'aspetto fondamentale per cui la precauzione differisce dalla prevenzione, in quanto quest'ultima è fondata su una situazione di certezza. Si v. F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto Dell'ambiente*, 2, 2001, pp. 23-26. Tuttavia, per la tesi che combina precauzione e prevenzione nello stesso principio, si v. P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Diritto Amministrativo*, 2, 2010, p. 355.

⁴³ CGUE, Causa T-13/99, Pfizer Animal Health SA v Council [2002] ECR II-3305; Cause T-74, 76, 83-85, 132, 137 e 141/00 Artégodan GmbH v Commission [2002] ECR II-4945.

⁴⁴ CGUE, causa C-77/09, Gowan [2010] Racc. I-13533, punti 73-78. Nello stesso senso, si v. anche causa C-157/96, National Farmers' Union [1998], Racc. I-2211, punto 63; Causa C-180/96 Regno Unito contro Commissione [1998], Racc. I-2729, punto 99; Causa C-236/01 Monsanto Agricoltura Italia [2003], Racc. II-8105, punto 111.

⁴⁵ Commissione Europea, Sul Principio di Precauzione, COM(2000)1 final, 8 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/AUTO/?uri=celex:52000DC0001>>.

⁴⁶ Id., *Ibidem*, pp. 9-10.

funzione del livello di rischio che è accettabile per la società a cui il rischio è imposto⁴⁷.

La Commissione Europea ha anche stabilito linee guida per quelle situazioni in cui si ritiene necessaria un'azione basata sul principio di precauzione per gestire il rischio. In queste situazioni, si raccomanda un'analisi costi-benefici per confrontare i probabili effetti positivi e negativi dell'azione prevista e dell'inazione, e dovrebbe includere anche considerazioni non economiche⁴⁸. Tuttavia, la gestione del rischio secondo il principio di precauzione dovrebbe essere proporzionata, il che significa che le misure amministrative dovrebbero essere corrispondenti al livello di protezione desiderato. In alcuni casi, una risposta amministrativa che imponga un divieto totale può non essere proporzionale a un rischio potenziale; in altri, potrebbe essere l'unica risposta possibile. In ogni caso, tali misure dovrebbero essere rivalutate alla luce dei recenti dati scientifici e, se necessario, modificate.

Nel diritto dell'UE, quindi, il principio di precauzione è stato ampiamente riconosciuto come principio determinante della regolazione dei rischi insieme all'obiettivo normativo di un elevato livello di protezione. Tuttavia, questo principio potrebbe rivelarsi inefficace o addirittura dannoso se applicato in una forma "forte". La forma forte del principio è stata criticata in modo autorevole da Sunstein⁴⁹ in quanto suggerisce che la regolazione è necessaria ogni volta che esiste un rischio potenziale per la salute, anche se le prove a sostegno sono congetturali e i costi economici della regolazione amministrativa sono elevati.

In particolare, se i governi adottassero la forma forte del principio, questa richiederebbe sempre attività di regolazione – di conseguenza imponendo ogni volta un onere della prova – anche se non è possibile dimostrare che tali attività possano causare danni⁵⁰. Inoltre, poiché la necessità di selettività delle precauzioni non è semplicemente un fatto empirico ma è un fatto inevitabile concettualmente, nessuna società può essere altamente precauzionale rispetto a tutti i rischi⁵¹.

Quindi, in questa forma forte, il principio di precauzione si rivela inefficace e persino dannoso richiedendo misure amministrative rigorose che possono essere paralizzanti, in quanto vietano la regolazione e tutte le linee d'azione,

⁴⁷ ID., *Ibidem*, p. 15.

⁴⁸ ID., *Ibidem*, pp. 16-21.

⁴⁹ In questo senso, si veda il lavoro fondamentale di C.R. SUNSTEIN, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; ID., *Beyond the Precautionary Principle*, in *University of Pennsylvania Law Review*, p. 1003 (da cui citerò). Sunstein ha enunciato una serie di elementi comportamentali - come l'avversione alla perdita, la negligenza alla probabilità e la negligenza dell'impatto di interventi *una tantum* - che potrebbero indurre le persone a rendersi ciechi su alcuni aspetti della situazione di rischio e concentrarsi su un particolare sottoinsieme dei pericoli coinvolti.

⁵⁰ ID., *ivi*, pp. 1006, 1012-13 e 1023. La forma forte del principio impone un onere della prova a coloro che creano rischi potenziali e richiede una regolamentazione delle attività anche se non è possibile dimostrare che tali attività possono produrre danni significativi.

⁵¹ ID., *ivi*, p. 1029.

inclusa l'inazione. Così concepito, questo principio non può portare in alcuna direzione o fornire una guida precisa a governi e autorità amministrative.

Recentemente sono stati analizzati i limiti del principio di precauzione nel campo del diritto amministrativo e costituzionale. Un interessante lavoro propone che il costituzionalismo precauzionale e ottimizzante siano una dicotomia⁵². In sintesi, la teoria avanza due distinte proposizioni. La prima è che le costituzioni dovrebbero essere viste come mezzi per regolare i rischi politici. Tali rischi politici sono indicati come rischi di secondo ordine, in contrapposizione a rischi di prim'ordine come guerre, malattie e altri danni sociali⁵³. Molti di questi rischi sono descritti come "rischi di coda grassa" i quali è estremamente improbabile che si concretizzino, ma più probabile rispetto ad una normale dislocazione, inoltre, se si concretizzano, sono estremamente dannosi, come nel caso di una pandemia⁵⁴.

Nell'ambito dell'approccio sui "massimi sistemi costituzionali" si suggerisce che le norme precauzionali possano compensare eccessivamente questi rischi a bassa probabilità e persino causare gli stessi pericoli che cercano di prevenire⁵⁵. Pertanto, il costituzionalismo precauzionale è miope nel concentrarsi su determinati rischi e la nozione di rischi non apprezzati o non compensati è centrale. Sulla base di questa ipotesi, il modo migliore per regolare il rischio è quindi quello di evitare visioni ossessive in riferimento all'elusione o alle precauzioni del rischio e consentire invece una maggiore flessibilità nell'affrontare l'intera gamma di rischi⁵⁶. Ciò che Vermeule chiama "ottimizzazione del costituzionalismo" è una risposta a coloro che inquadrano la loro comprensione della Costituzione lungo principi di precauzione più rigidi⁵⁷.

L'approccio di Vermeule è stato criticato⁵⁸. A seguito di queste critiche, credo che tale approccio riveli anche alcuni punti deboli sulla nozione di rischio. In effetti, a meno che non si adotti una nozione più fungibile di rischio, non credo che il "costituzionalismo precauzionale" di cui parla Vermeule sia non ottimale per il rischio. Dipende da come si pesano i rischi, anche se si accetta l'analisi dei rischi come la migliore misura per il successo di un sistema costituzionale.

⁵² A. VERMEULE, *The Constitution of Risk*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013. Tuttavia, per alcuni dei concetti fondamentali della teoria di Vermeule, si v. anche ID., *Precautionary Principles in Constitutional Law*, in *Journal of Legal Analysis*, 4(1), 2012, pp. 181-222; ID., *Introduction: Political Risk and Public Law*, in *Journal of Legal Analysis*, 4(1), 2012, pp. 1-6. Per la terminologia "matura", Vermeule si riferisce a A.O. HIRSCHMAN, *The Rhetoric of Reaction: Perversity, Futility, Jeopardy*, Cambridge and London, Belknap, 1991.

⁵³ A. VERMEULE, *The Constitution of Risk*, cit., p. 3, *supra*, nota 52.

⁵⁴ ID., *ivi*, p. 49.

⁵⁵ ID., *ivi*, pp. 71-72.

⁵⁶ ID., *ivi*, p. 52.

⁵⁷ ID., *ivi*, p. 24.

⁵⁸ J. TURLEY, *A Fox in the Hedges: Vermeule's Vision of Optimized Constitutionalism in a Suboptimal World*, in *University Chicago Law Review*, pp. 517-572; si v. anche P. STONE, *Review of The Constitution of Risk. By Adrian Vermeule*. New York: Cambridge University Press, 2013. 200p., in *Perspectives on Politics*, 13(3), 2015, pp. 851-853.

Ritengo, più in generale, che applicare correttamente il principio di precauzione, sebbene funzioni meglio in un contesto di rischio piuttosto che di emergenza, è comunque importante nella gestione di una pandemia perché consente di ritardare l'attuazione di rigorose misure di emergenza. Abbiamo sottolineato che le misure cautelari amministrative, a differenza di quelle di emergenza, non sospendono lo stato di diritto, poiché attivano una regolamentazione soft che non pregiudica i diritti fondamentali in concomitanza con quelli minacciati dal pericolo imminente.

Quindi, a mio avviso, le misure precauzionali, laddove siano effettivamente condivise tra i diversi livelli di governo attraverso un'adeguata valutazione del rischio, servirebbero ad evitare o almeno a ritardare l'attivazione dello stato di emergenza da parte dei governi. L'attivazione dello stato di emergenza, di conseguenza, innescherebbe una regolamentazione hard del governo attraverso misure di emergenza che sospendono lo stato di diritto e quindi mettono a repentaglio i diritti fondamentali.

In un contesto particolare come la pandemia COVID-19, il principio di precauzione potrebbe essere invocato anche – e sarebbe utile l'attuazione di misure amministrative precauzionali – in presenza di una dichiarazione di emergenza emessa dai governi. In questo senso, sostengo che la dichiarazione di stato di emergenza per una pandemia si basa su una valutazione del rischio in senso tecnico (cioè mediante discrezionalità tecnica⁵⁹) da parte dell'amministrazione. In una pandemia, quindi, l'emergenza riguarda essenzialmente la capacità delle amministrazioni (ad es., governi, autorità sanitarie) di gestire casi che necessitano di assistenza sanitaria (ad es., terapia intensiva per supporto respiratorio, ricoveri per trattamenti farmacologici avanzati e così via). Pertanto, l'oggetto della valutazione tecnica del fatto (la pandemia) è fornito dalla valutazione relativa alla capacità dell'amministrazione di adempiere ai

⁵⁹ La dottrina giuridica italiana, come è noto, distingue tra “discrezionalità amministrativa” e “discrezionalità tecnica” sotto l'influenza di M.S. GIANNINI, *Il Potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939, pp. 74-79. Sulla differenza si veda E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza Italiana*, 4, 1910, p. 15. Sempre sul tema della discrezionalità, si v. F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 1983, p. 371; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro Italiano*, 1987, p. 3165. Nella dottrina italiana più recente, si veda D. DE PRETIS, *Valutazioni amministrative e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2004, p. 439; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1993; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2008, p. 791; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto Amministrativo*, 3, 2013, p. 309. Sulla discrezionalità amministrativa si veda il libro seminale di D. GALLIGAN, *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, Oxford, Oxford University Press, 1986, pp. 1-55. Recentemente, si veda anche J. BELL, *Judicial Review in Administrative State*, in J. DE POORTER, E.H. BALLIN, S. LAVRIJSSEN (a cura di), *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, The Hague, Springer, 2019, pp. 3-27.

compiti stabiliti dall'ordinamento giuridico a tutela del diritto alla salute sancito dall'articolo 32 della Costituzione italiana (cfr. § 4.2).

Inoltre, per essere efficace in situazioni di emergenza come una pandemia, la nozione del principio a cui mi riferisco non dovrebbe comportare l'attivazione di misure precauzionali tipiche della sua versione forte che è esemplificata nella nota frase *"better safe than sorry"*. Nella sua versione forte, infatti, il principio di precauzione sarebbe sia paralizzante che antieconomico, poiché richiede che siano prevenuti tutti i rischi, anche quelli che hanno meno probabilità di verificarsi o sono stati creati artificialmente per ragioni politiche (si pensi alla dottrina della guerra preventiva messo in atto da George W. Bush) al fine di giustificare severe misure amministrative emanate dai governi per scopi non necessariamente legati al presunto rischio.

Al contrario, il bilanciamento dei costi-benefici potrebbe fornire la base di un approccio del principio di precauzione per prendere decisioni in contesti complessi, come l'ordinamento italiano, dove l'attuale separazione costituzionale dei poteri può portare a una valutazione inadeguata e errata dei rischi e quindi ad un'inefficace gestione delle emergenze da parte dei diversi livelli di governo.

In ogni caso, le prove scientifiche sono un prerequisito essenziale per una migliore regolazione del rischio agendo in base al principio di precauzione. Per essere efficaci in termini di costi, i governi dovrebbero adottare misure amministrative precauzionali basate sulla conoscenza scientifica e quindi valutare attentamente i rischi che intendono gestire.

Prendere in considerazione il potenziale e i limiti del principio di precauzione dalla prospettiva che abbiamo delineato sopra potrebbe avere un impatto sulla capacità dei governi di affrontare efficacemente le emergenze pandemiche.

Questo è importante nel caso dell'Italia, dove l'attuale struttura della separazione costituzionale dei poteri tra governo, regioni ed enti locali gioca un ruolo cruciale per gestire efficacemente una emergenza, come quella sanitaria.

3.3. Regole che disciplinano poteri e competenze nello scenario costituzionale.

Analizzando lo scenario costituzionale italiano si può fornire una guida sostanziale per comprendere la struttura giuridica dei poteri e delle competenze di governo, regioni ed enti locali e spiegare perché la valutazione del rischio pandemico può essere influenzata da una data separazione dei poteri. Questo genere di analisi può far luce sulla strategia amministrativa implementata dal governo nella pandemia e consentirci di valutare la sua efficacia nella gestione del COVID-19 in tutto il paese.

Prima di tutto, dobbiamo tenere presente che la Costituzione italiana non fa esplicito riferimento al potere di emergenza, tranne che per lo stato di guerra

(articolo 78). Tuttavia, questo potere è stato tradizionalmente incluso nei poteri tipici che la Costituzione attribuisce al governo.

Nel sistema costituzionale, le regole principali che disciplinano i poteri del governo sono stabilite dagli articoli 76 e 77 Cost. Il Parlamento, infatti, non ha il monopolio del potere legislativo, e il governo può anche emanare leggi con due strumenti legali che dovrebbero essere intesi come straordinari: il decreto legislativo e il decreto-legge.

In particolare, l'articolo 76 Cost. consente al Parlamento di delegare il proprio potere legislativo al governo, cui a sua volta è conferito il potere di emanare decreti legislativi. Il decreto legislativo è quindi una forma di potere legislativo delegato, in cui il Parlamento può approvare un atto delega che incarica il governo di adottare uno o più atti aventi forza di legge. In generale, il decreto legislativo è uno strumento legislativo che spesso trova applicazione in tutte le materie in cui è presente un forte contenuto tecnico.

Il secondo strumento straordinario, il decreto-legge, è previsto dall'articolo 77 Cost. Si tratta di una forma di legiferazione attraverso poteri di emergenza che il governo può esercitare in "casi eccezionali di necessità e urgenza" e sotto "la propria responsabilità"⁶⁰. Il governo può quindi emanare – senza atto di delega da parte del Parlamento come previsto dalle disposizioni dell'articolo 76 – provvedimenti amministrativi aventi forza di legge ordinaria. Tuttavia, tali provvedimenti amministrativi perderanno la loro efficacia dalla data di emissione se il Parlamento non li recepirà in una legge ordinaria entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione⁶¹.

Con la grande riforma sulle autonomie amministrative stabilita dalla Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 che ha modificato il Titolo V della Costituzione, l'Italia ha rapidamente devoluto alle regioni poteri legislativi e regolamentari⁶². Fondamentalmente, il provvedimento costituzionale ha fornito un nuovo quadro per la distribuzione dei poteri e delle competenze tra il livello nazionale e quello locale⁶³. Ha stabilito una nuova struttura istituzionale dividendo competenze e poteri legislativi e amministrativi tra i diversi livelli di governo⁶⁴.

Gli articoli modificati della Costituzione sono la base per la riforma fondamentale dell'autonomismo amministrativo.

L'articolo 114 riconosce gli enti locali (comuni, province, città metropolitane) e le regioni come enti autonomi dello stato con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione.

⁶⁰ Art 77 della Costituzione <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>.

⁶¹ Si v., tra gli altri, V. BARSOTTI, P.G. CARROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI (eds.), *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 164-166.

⁶² G. BERTI, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Roma, Luiss Press, p. 2002.

⁶³ S. CASSESE, *L'amministrazione nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2011, p. 1193.

⁶⁴ G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 1993, p. 455.

L'articolo 117 stabilisce il ruolo e le competenze legislative dello stato e delle regioni, indicando quelle materie per le quali lo stato ha potestà legislativa esclusiva e quelle per le quali è possibile una legislazione concorrente sia dello stato che delle regioni. Le regioni hanno competenza esclusiva in tutto quanto non espressamente disciplinato dalla legge dello stato. I comuni, le province e le città metropolitane hanno altresì poteri regolamentari per l'organizzazione e l'attuazione delle funzioni loro attribuite. Nello specifico, l'articolo 117, comma 3, stabilisce che lo stato e le regioni hanno poteri concorrenti, e le regioni hanno poteri regolamentari, in materia di sanità pubblica⁶⁵. In questo contesto, a livello nazionale, il Parlamento e il governo sono chiamati a: *i*) adottare i principi sanitari fondamentali mediante leggi quadro e linee guida; *ii*) stabilire livelli essenziali di assistenza sanitaria. A livello regionale, le regioni attuano: *i*) attività legislativa e amministrativa generale; *ii*) l'organizzazione delle strutture e dei servizi sanitari; e *iii*) la fornitura di assistenza sanitaria basata su specifiche esigenze locali.

L'articolo 118 prevede il principio di sussidiarietà, in base al quale tutte le funzioni sono esercitate dai comuni, mentre resta la possibilità di conferirle ai livelli di governo più elevati al fine di garantire l'esercizio unitario sul territorio nazionale.

L'articolo 120 garantisce l'unità nazionale e la natura unitaria del sistema costituzionale prevedendo il potere sostitutivo del governo⁶⁶. Ai sensi dell'articolo 120, comma 2, il governo può agire per conto delle regioni e degli altri enti locali se: *i*) questi ultimi non si conformano alle norme e ai trattati internazionali o alla normativa comunitaria; *ii*) in caso di grave pericolo per la sicurezza e l'incolumità pubblica; *iii*) ogniqualvolta tale azione sia necessaria per preservare l'unità giuridica o economica e in particolare per garantire la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, indipendentemente dai confini geografici delle autorità locali. A tal fine, la legge stabilirà le procedure per garantire che i poteri sussidiari (cioè il potere di sostituzione del governo) siano esercitati nel rispetto dei principi di "sussidiarietà" e "leale cooperazione".

Infine, per quanto riguarda i poteri e le competenze in caso di emergenza, si segnala che nell'ordinamento italiano più autorità possono introdurre specifici atti normativi che stabiliscono misure amministrative necessarie per fronteggiare le emergenze ai sensi della Costituzione.

⁶⁵ G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2002, p. 89.

⁶⁶ La natura giuridica del "potere sostitutivo dello Stato", nella dottrina giuridica italiana, è stata ampiamente discussa. In particolare, alcuni studiosi sostengono che l'art. 120 prevede una forma di sostituzione "amministrativa" dello stato sulle regioni, e che l'art. 117, comma 5, riguarda la sostituzione "legislativa". Altri studiosi concordano sull'idea che l'art. 120 fornisce il genere dei poteri di sostituzione, mentre l'art. 117.5 si riferisce a una specie del genere, essendo una semplice specificazione dell'art. 120. Tuttavia, la Costituzione sembra chiara su questo punto. Come abbiamo visto, le disposizioni dell'articolo 120 parlano di "Governo", mentre le disposizioni dell'articolo 117.5, parlano di "stato". Per una ricostruzione del dibattito nella dottrina giuridica italiana, si veda C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 5-14.

Il potere di ordinanza ha un ruolo particolare nella gestione delle emergenze, in quanto può essere esercitato in situazioni di necessità e urgenza. In particolare, l'ordinamento giuridico prevede: 1) le ordinanze del Ministro della Salute, dei Presidenti delle regioni e dei sindaci ai sensi dell'articolo 32 della Legge 833/1978 (Legge sul Servizio Sanitario Nazionale); 2) ordinanze dell'autorità di pubblica sicurezza ai sensi della legge 225/1992 (legge sul servizio di protezione civile nazionale); 3) ordinanze locali adottate dal Sindaco in situazioni di emergenza sanitaria ai sensi dell'articolo 117 D.lgs. 112/1998; 4) ordinanze del sindaco ai sensi dell'articolo 54 della legge 267/2000 (TU Enti locali). 5) Infine, l'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 112/1998 prevede l'adozione di "provvedimenti amministrativi urgenti" da parte di regioni e comuni in tutti gli altri casi consentiti dalla legge⁶⁷.

Come vedremo, la struttura di potere appena descritta evidenzia il problema della valutazione del rischio tra gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale amministrativo. Sebbene l'attuale sistema di attribuzione di poteri e competenze alle regioni e ad altri enti locali possa rappresentare un vantaggio in termini di corretta valutazione e gestione dei rischi nelle loro aree, a livello nazionale, tale sistema richiede un'efficace condivisione di poteri e strategie fra centro e periferia, dove i provvedimenti delle regioni e degli enti locali devono essere adottati secondo i provvedimenti proposti dal governo e viceversa.

Poiché una corretta valutazione del rischio da parte di un'autorità deve tenere conto delle caratteristiche della sua area – dati sulla situazione epidemiologica, ad esempio, o sull'età media della popolazione, e sulla capacità del sistema sanitario per quanto riguarda soprattutto la disponibilità di letti di cura – si potrebbe presumere che nell'ordinamento italiano un'efficace valutazione dei rischi possa essere facilitata dalle specifiche competenze stabilite dalla Costituzione per le regioni e gli altri enti locali in materia sanitaria.

Tuttavia, come sosterrò, questo è un vantaggio teorico che funziona solo se il potere è effettivamente condiviso tra i diversi livelli di governo.

L'attuale sistema, infatti, per fornire un'adeguata e corretta valutazione dei rischi a livello nazionale e adottare misure efficaci per contenere e gestire la pandemia, necessita di poteri e strategie condivise tra governo, regioni ed enti locali.

4. Perché la strategia amministrativa è stata inefficace.

4.1. Condivisione dei poteri amministrativi di emergenza

La condivisione dei poteri amministrativi a tutti i livelli di governo è una componente fondamentale del compito degli stati⁶⁸. In effetti, il miglioramento

⁶⁷ Per un'analisi dei poteri amministrativi in ambito emergenziale nell'ordinamento italiano, si v. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 375-379.

⁶⁸ OCSE, *The Territorial Impact of COVID-19: Managing the Crisis across Levels of Government* (ultimo aggiornamento 16 giugno 2020) <https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128287-

della governance normativa multilivello è diventato una priorità in molti Stati dell'UE. Per questo motivo, l'UE incentiva la condivisione dei poteri amministrativi incoraggiando una migliore regolamentazione a tutti i livelli di governo, invitando gli Stati membri a incentivare il coordinamento ed evitare la sovrapposizione di responsabilità tra le autorità amministrative⁶⁹.

In Italia, fino all'adozione della Legge Costituzionale 3/2001, la riforma normativa era stata promossa, progettata e attuata principalmente a livello nazionale. Con la riforma, come abbiamo visto (cfr. § 3.3), un tale approccio centralizzato ha perso terreno giuridico e politico. Allo stesso tempo, le responsabilità per lo sviluppo e l'attuazione delle politiche di regolamentazione amministrativa non sono state esplicitamente attribuite né allo stato, né alle regioni, né agli enti locali. Pertanto, la responsabilità della regolamentazione amministrativa e della riforma normativa spetta a ciascuno dei livelli di governo nelle materie in cui esercitano poteri legislativi. Allo stesso modo, non vi è alcuna competenza generale a livello centrale per monitorare e controllare i programmi di riforma della regolamentazione a livello locale. Di conseguenza, la nuova struttura costituzionale richiede un'effettiva condivisione dei poteri amministrativi tra i diversi livelli di governo.

Sulla base dell'analisi fin qui svolta, sostengo ora che i principali problemi della strategia amministrativa italiana per la gestione della pandemia COVID-19 sono dovuti alla mancanza di effettiva condivisione dei poteri amministrativi e, più precisamente, alla mancata condivisione dei poteri di regolazione tra i diversi livelli di governo con la partecipazione e la cooperazione di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale d'emergenza: governo, regioni ed enti locali. In particolare, questo problema ha inciso sulla valutazione del rischio delle diverse autorità chiamate a gestire l'emergenza sanitaria. Di conseguenza, il problema ha avuto un impatto sulla valutazione del rischio a livello nazionale e, dunque, sulla gestione dell'emergenza sui vari territori dello stato, portando all'adozione di misure incoerenti da parte dei diversi attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale amministrativo.

In particolare, discuterò questo problema sulle politiche italiane da due punti di vista chiave: la strategia amministrativa del governo per la gestione della diffusione del virus mediante un "approccio incrementale" (§ 4.1.a) e la strategia amministrativa del governo per l'attuazione del piano sanitario nazionale in caso di pandemia (§ 4.1.b). Nel fare ciò, terrò conto delle considerazioni sopra esposte in merito alla regolazione dell'emergenza (§ 3.1), al principio di

5agkkojaaa&title=The-territorial-impact-of-covid-19managing-the-crisis-across-levels-of-government>.

⁶⁹ Comitato europeo delle regioni (CdR), *Division of Powers between the European Union, the Member States and Regional and Local Authorities* (dicembre 2012) <<https://cor.europa.eu/en/engage/studies/Documents/Study-Division-Powers/Study-Division-Powers-EN.pdf>>. Vedi anche, OCSE-PUMA, *Managing across Levels of Government* (1997) <<http://www.oecd.org/governance/budgeting/1902308.pdf>>.

precauzione (§ 3.2) e alle regole che disciplinano i poteri nello scenario costituzionale (§ 3.3).

4.1. a. Ripensare l'approccio incrementale del Governo.

Uno dei principali problemi della strategia italiana in relazione alla inefficace condivisione dei poteri amministrativi per la gestione della pandemia si manifesta chiaramente in quello che definirò approccio incrementale⁷⁰.

Questo approccio si basa essenzialmente sull'applicazione progressiva di misure di emergenza da parte del Governo per gestire la diffusione esponenziale del virus. La strategia amministrativa italiana per la pandemia è fondamentalmente fondata su tale approccio. Infatti, come abbiamo visto (cfr. § 2), il governo ha affrontato la pandemia emanando diversi decreti (DPCM) che aumentavano progressivamente le restrizioni nelle aree di *lockdown* (zone rosse), che sono state poi estese di volta in volta fino alla loro applicazione definitiva all'intero paese con il *lockdown* nazionale.

A mio avviso, sebbene l'approccio incrementale possa rappresentare una corretta applicazione del principio di proporzionalità, dato l'uso proporzionato da parte del governo dei poteri di emergenza nell'affrontare la pandemia, esso è il risultato di una condivisione inefficace dei poteri di regolamentazione amministrativa tra governo, regioni ed enti locali. Infatti, la progressiva applicazione delle zone di lockdown, che di volta in volta ha aumentato l'entità e la gravità delle misure di emergenza, dimostra la difficoltà di governare la diffusione del virus nelle zone rosse piuttosto che l'efficace attuazione di una strategia amministrativa proporzionata. E ciò è dovuto principalmente alla mancanza di un'efficace collaborazione tra governo e regioni nell'esercizio dei rispettivi poteri di emergenza.

Da un punto di vista generale, l'approccio incrementale rivela la scarsa efficacia delle misure e strategie nazionali e locali per la gestione e il contenimento della pandemia quando tali misure e strategie non sono condivise.

Ritengo che anche il rigoroso *lockdown* nazionale⁷¹ sia essenzialmente il risultato della inefficace condivisione e pianificazione di misure e strategie amministrative per la gestione della pandemia tra i diversi livelli di governo e soprattutto, in questo caso, tra il governo e le regioni. Ci si può legittimamente chiedere se il governo possa adottare un'efficace strategia amministrativa per la gestione dell'emergenza senza condividere e pianificare i propri provvedimenti con quelli delle regioni.

Da questa prospettiva, possiamo dire che l'approccio incrementale del governo si è dimostrato inefficace nell'affrontare la pandemia. Spiegherò ora il motivo nei seguenti punti.

⁷⁰ Riguardo quest'approccio si v. G. PISANO, R. SADUM, M. ZANINI, *Lessons from Italy's Response to Coronavirus*, in *Harvard Business Law Review*, 27 March 2020 <<https://hbr.org/2020/03/lessons-from-italys-response-to-coronavirus#comment-section>>.

⁷¹ DPCM 9 marzo 2020 <www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/09/62/sg/pdf>.

1. Per quanto riguarda la valutazione del rischio per le pandemie, la scienza⁷² mostra che la diffusione del COVID-19 è rapida ed esponenziale. Di conseguenza, l'approccio incrementale non funziona se non è adeguatamente implementato con l'effettiva partecipazione di tutti gli attori istituzionali coinvolti nella gestione della pandemia. I dati scientifici⁷³ e le statistiche⁷⁴ sulla diffusione del virus non erano predittivi di quale sarebbe stata la situazione a breve e medio termine. Pertanto, una corretta valutazione del rischio di diffusione del virus a livello nazionale avrebbe suggerito che le misure amministrative e, più in generale, le strategie avrebbero dovuto essere condivise tra tutti gli attori coinvolti nella strategia principale. Molto spesso, però, la strategia del governo non è stata in linea con quelle delle regioni, rivelando una valutazione inadeguata del rischio che il virus si diffondesse sul territorio nazionale, e quindi l'inefficace condivisione dei poteri di emergenza. Infatti, alcune importanti misure di emergenza attuate dalle regioni contraddicono chiaramente la strategia principale del governo.

Per fare alcuni esempi⁷⁵, l'ordinanza della regione Marche del 25 febbraio 2020, n. 1, emanata ai sensi del D.L. 6/2020, ha stabilito misure più stringenti di quelle del governo, prescindendo dalla strategia di quest'ultimo. Per questo motivo, il governo ha impugnato l'ordinanza dinanzi al giudice amministrativo⁷⁶. Nonostante sia stata emessa una sentenza favorevole al governo e l'ordinanza impugnata sia stata sospesa, la regione Marche ha legittimamente adottato una nuova ordinanza che istituisce misure di emergenza sulla base del medesimo D.L. 6/2020, ancora una volta in disaccordo con la strategia del governo.

Un altro caso paradigmatico è fornito da una serie di ordinanze della regione Campania volte ad imporre un lockdown più stringente a livello locale rispetto a quello stabilito dal governo a livello nazionale. A differenza del caso Marche, le ordinanze della regione Campania, sebbene impuginate dinanzi al giudice amministrativo, non sono state sospese, rendendo inefficace la strategia del governo⁷⁷.

Di conseguenza, in assenza di un'efficace condivisione e pianificazione della strategia principale con le regioni, il governo ha dovuto di volta in volta

⁷² Si v., tra gli altri, R. LI et al, *Substantial Undocumented Infection Facilitates the Rapid Dissemination of Novel Coronavirus (SARS-CoV2)*, in *Science*, 368, 2020, pp. 489-493.

⁷³ Si v., tra gli altri, V.J. MUNSTER et al., *A Novel Coronavirus Emerging in China, Key Questions for Impact Assessment*, in *New England Journal of Medicine*, 382, 2020, pp. 692-694.

⁷⁴ C. ZHU, J. ZHU, *Spread Trend of COVID-19 Epidemic Outbreak in China*, in *Bioscienze matematiche e ingegneria*, 17(4), 2020, pp. 3062-3087. Per i rapporti quotidiani in tutto il mondo, cfr. WHO, *Coronavirus Disease (COVID-2019) Situation Reports* <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/>>.

⁷⁵ Per un'analisi di altri casi paradigmatici, si v. M. SIMONCINI, op. cit., *supra*, nota 11.

⁷⁶ Il Decreto 27 febbraio 2020, n. 56, del TAR Marche ha sospeso l'ordinanza della regione Marche emessa il 25 febbraio 2020. Per un commento su questa sentenza, si v. G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza coronavirus tra stato e regioni: il caso Marche*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020, pp. 1-7.

⁷⁷ TAR Campania, Sezione V, Decreto 18 marzo 2020 n. 416, relativo all'ordinanza della regione Campania n. 15 del 13 marzo 2020.

“incrementare” le misure di emergenza fino a imporre definitivamente il rigoroso lockdown nazionale.

2. In assenza di condivisione dei poteri e strategie basate su una corretta valutazione del rischio a livello nazionale, l'approccio incrementale del governo sembra aver giocato un ruolo considerevole nell'influenzare il comportamento delle persone, inducendole a fare scelte sbagliate. Come mostrano i dati⁷⁸, il *lockdown* incrementale da parte del governo di comuni, province e regioni dell'Italia settentrionale ha indotto numerose persone a spostarsi verso le regioni meridionali, diffondendo il virus in parti dell'Italia che non erano ancora state colpite. Un caso emblematico di questo tipo si è verificato subito dopo che il DPCM 8 marzo 2020 (cfr. § 2) ha bloccato la Lombardia e altre quattordici province dell'Italia settentrionale, spingendo migliaia di persone a migrare verso il Sud.

Tali potenziali esternalità negative, così come altre ricadute o distorsioni negative, avrebbero dovuto suggerire al governo di condividere i propri atti normativi con quelli delle regioni target (ovvero le regioni settentrionali), nonché con le altre regioni che potrebbero essere indirettamente compromesse dalle misure di blocco (ad es., le regioni meridionali). In alternativa, il governo avrebbe dovuto impegnarsi a coordinare le strategie delle regioni e degli enti locali al fine di migliorare l'adozione di misure di controllo efficaci per le persone che escono dalle zone rosse e entrano nelle regioni meno colpite⁷⁹.

Più in generale, nell'applicazione delle misure di *lockdown*, il governo avrebbe dovuto condividere e programmare la propria strategia con quella delle regioni sulla base di una comune valutazione dei rischi che tenesse conto non solo dei territori regionali, ma dell'intero Paese. Di conseguenza, il governo avrebbe dovuto stabilire contromisure efficaci insieme a tutte le regioni potenzialmente coinvolte nelle decisioni relative al *lockdown*, per impedire la diffusione del virus dalle aree ad alto rischio a quelle a basso rischio. Una risposta efficace alle emergenze deve essere coordinata come un sistema coerente di azioni intraprese simultaneamente dai diversi attori coinvolti nel processo decisionale.

3. L'approccio incrementale del governo ha anche rivelato il problema della condivisione e della pianificazione efficaci di misure precauzionali (cfr. § 2) tra i diversi livelli di governo. La situazione critica che si è creata a causa della gravità dell'epidemia ha richiesto test efficaci dei casi sintomatici e asintomatici, nonché il tracciamento proattivo dei potenziali positivi in tutto il paese. Su questo punto, le misure precauzionali sono state supportate da dati scientifici sulla trasmissione del COVID-19 da parte di persone asintomatiche⁸⁰.

⁷⁸ G. GIORDANO et al., *Modelling the COVID-19 Epidemic and Implementation of Population-Wide Interventions in Italy*, in *Nature*, 26, 2020, pp. 855-860.

⁷⁹ Riguardo il coordinamento dei poteri si v. F.G. NICOLA, op. cit., *supra*, nota 8; M. SIMONCINI, op. cit., *supra*, nota 11.

⁸⁰ Si v., ad esempio, Y. BAI et al., *Presumed Asymptomatic Carrier Transmission of COVID-19*, in *JAMA*, 323(14), 2020, pp. 1406-1407.

L'assenza di una strategia condivisa per l'adozione e l'attuazione delle misure precauzionali si è rivelata particolarmente dannosa nelle regioni in cui il rischio epidemiologico è più elevato. Non è infatti un caso che l'epidemia si sia diffusa così rapidamente nel nord Italia e soprattutto in Lombardia. In questa regione, si ritiene che l'efficiente rete di trasporto pubblico ferroviario che collega le aree urbane, un gran numero di pendolari⁸¹ e gli alti livelli di inquinamento atmosferico⁸² abbiano aumentato l'incidenza dell'infezione. Da questo punto di vista è evidente che la valutazione del rischio è stata inadeguata e le strategie sono state quindi condivise in modo inefficace tra regione Lombardia e governo.

Il governo avrebbe dovuto promuovere un'efficace strategia di precauzione per i controlli sanitari condividendola con le strategie delle regioni e assicurando un'efficace attuazione a livello nazionale sulla base di una valutazione globale del rischio. Al contrario, i dati sulle infezioni e sui decessi rivelano che le strategie non sono state condivise efficacemente con le regioni più colpite.

4. L'approccio incrementale mostra che la maggior parte dei problemi di strategia amministrativa sono anche motivati da questioni politiche tra i partiti che governano le regioni e appartenenti alla coalizione che ora governa il paese.

Dal momento in cui il virus ha iniziato a diffondersi, la gestione multilivello dell'emergenza ha innescato concorrenza e divisione istituzionale tra governo e regioni⁸³ a causa delle differenze politiche dei decisori politici. La gestione della pandemia, infatti, ha messo in luce la profonda divisione politica tra il governo, guidato dalla coalizione di partiti di sinistra come il Partito Democratico e il Movimento Cinque Stelle, e le regioni più colpite – Lombardia e Veneto – guidate da partiti populistici tradizionalmente di destra come Lega e Fratelli d'Italia.

In particolare, molte delle misure amministrative adottate dalle regioni erano in contrasto con la strategia del governo, soprattutto per motivi politici. Da questo punto di vista si evince che c'è stato uno scontro istituzionale tra i governi regionali e il governo nazionale sulle azioni politiche e amministrative da intraprendere per gestire efficacemente l'emergenza. Non è un caso che il Ministro della Salute, sia membro del governo e al contempo esponente di uno dei partiti di opposizione in Lombardia e Veneto, e che i governatori di Lombardia e Veneto appartengano alla coalizione politica che si oppone al governo.

Per fare qualche esempio concreto, si è verificata un'aspra diatriba tra il presidente del Consiglio Giuseppe Conte e Attilio Fontana, governatore della

⁸¹ Z.A. NASIR et al., *Airborne Biological Hazards and Urban Transport Infrastructure: Current Challenges and Future Directions*, in *Environmental Science and Pollution Research*, 23(15), 2016, pp. 15757-15766.

⁸² L. SETTI et al., *Evaluation of the Potential Relationship between Particulate Matter (PM) Pollution and COVID-19 Infection Spread in Italy*, in *Italian Society of Environmental Medicine*, 2020 <http://www.simaonline.it/wpsima/wp-content/uploads/2020/03/COVID_19_position-paper_ENG.pdf>.

⁸³ Cfr. F. CORTESE, *Stato e Regioni alla prova del coronavirus*, in *Le Regioni*, 1, 2020, pp. 4-10.

Lombardia ed esponente del partito populista di destra della Lega, in merito alla gestione inefficace dell'emergenza nella regione più colpita dal virus. Allo stesso modo, come abbiamo visto, Luca Ceriscioli, governatore della regione Marche e membro del partito di centrosinistra nella coalizione di maggioranza, si è opposto alla decisione del governo di dichiarare lo stato di emergenza solo nelle regioni del nord⁸⁴.

In sostanza, queste forti divisioni politiche hanno avuto un impatto sull'effettiva condivisione del potere tra i diversi livelli di governo, causando problemi alla strategia amministrativa incrementale del governo.

5. L'approccio incrementale mostra anche il ruolo importante svolto dalla competenza scientifica nella gestione delle emergenze⁸⁵.

A questo proposito, uno degli obiettivi principali delle competenze scientifiche è quello di informare e legittimare le decisioni dei governi, soprattutto in situazioni di elevata incertezza relative alla salute pubblica. Durante l'epidemia di COVID-19, esperti scientifici e tecnici hanno assistito i governi centrali e regionali contribuendo al contenuto delle decisioni e, più in generale, delle strategie di gestione delle emergenze amministrative. Poiché le prove scientifiche sono alla base di sane scelte politiche, gli esperti scientifici e tecnici sono diventati parte della logica delle decisioni dei governi e sono stati utili per rassicurare il pubblico con soluzioni concrete⁸⁶. Infatti, nell'immediatezza di una pandemia, come è logico presumere, la richiesta di competenze scientifiche aumenta man mano che i governi cercano certezza nella comprensione dei problemi e nella scelta di misure efficaci per la gestione dell'emergenza. Soprattutto nelle fasi più delicate di un'emergenza, la competenza scientifica è utile per informare, legittimare e giustificare le valutazioni e le risposte del governo ai problemi, anche se considerazioni politiche e amministrative continuano a governare tali scelte. Il risultato è una maggiore dipendenza dall'esperienza scientifica e dalla politicizzazione delle informazioni scientifiche e tecniche⁸⁷. Invocando competenze scientifiche, i responsabili politici generano la necessità di ciò che è percepito come un processo decisionale basato su prove, il che suggerisce al pubblico che le decisioni politiche e amministrative si fondano su giudizi ragionati e informati⁸⁸ volti a perseguire l'interesse pubblico e tutelare i diritti individuali.

Tuttavia, un problema rilevante è quello per cui la competenza scientifica potrebbe offuscare la responsabilità delle decisioni. Poiché gli esperti scientifici e tecnici servono a informare e legittimare le decisioni politiche e amministrative, possono anche eclissare la responsabilità delle risposte e dei risultati delle politiche⁸⁹. Le competenze scientifiche aiutano a stabilire la gravità di una pan-

⁸⁴ F.G. NICOLA, op. cit., *supra*, nota 8.

⁸⁵ C.M. WEIBLE et al., *COVID-19 and the Policy Sciences: Initial Reactions and Perspectives*, in *Policy Science*, 53, 2020, pp. 225-241.

⁸⁶ ID., *ivi*, p. 231.

⁸⁷ ID., *Ibidem*.

⁸⁸ P. CAIRNEY, *The Politics of Evidence-Based Policymaking*, London, Palgrave Macmillan, 2016.

⁸⁹ C.M. WEIBLE et al., op. cit., p. 231, *supra*, nota 85.

demia in una popolazione, a comprendere l'andamento epidemiologico nel tempo e a valutare gli effetti delle misure politiche e amministrative, dalla mitigazione alla soppressione. Tuttavia, intraprendere azioni politiche è responsabilità dei leader di governo. Man mano che le competenze scientifiche diventano più importanti nel processo politico, chi è responsabile della definizione delle politiche diventa più oscuro⁹⁰. Per lavorare meglio in caso di emergenza, la competenza scientifica richiede un'efficace condivisione dei poteri amministrativi sulla base di un'accurata valutazione del rischio, come spiegherò ora.

In Italia, dall'inizio della diffusione del virus, i vari attori istituzionali, soprattutto governo e regioni, hanno costituito proprie task force scientifiche a supporto di misure e strategie amministrative nella gestione della pandemia. Il problema principale è che, così facendo, la valutazione del rischio a livello nazionale si è frammentata. Possono sorgere conflitti anche tra attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale. In questo scenario, infatti, il governo e le regioni hanno adottato decisioni e strategie amministrative basate sulle valutazioni dei rischi fornite dalle proprie task force centrali e regionali. Va notato che questa situazione, come altre qui discusse, deriva dall'attuale architettura costituzionale della separazione dei poteri in cui il processo decisionale è assegnato ai diversi livelli di governo.

Tuttavia, la gestione di una pandemia richiede una valutazione globale del rischio. Le questioni politiche italiane hanno dimostrato come, all'inizio della pandemia, le task force di alcune regioni sottovalutassero il COVID-19, mentre altre le attribuirono una certa importanza. Questo comportamento non è stato guidato dal governo, che, al contrario, ha criticato le soluzioni dei governi regionali. Il risultato, come ho affermato per l'approccio incrementale, è che le misure e le strategie del governo non sono state condivise con quelle delle regioni e viceversa, e la responsabilità dei responsabili politici è oscurata invocando competenze scientifiche per le decisioni di gestione della pandemia.

4.1. b. Attuazione del piano sanitario nazionale per le pandemie.

Non c'è dubbio che una pandemia colpisca l'intera società. Nessuna singola organizzazione può prepararsi efficacemente e da sola ad una pandemia e la preparazione non coordinata di organizzazioni pubbliche interdipendenti ridurrà la capacità di risposta del settore sanitario⁹¹. È necessario un approccio globale, condiviso e coordinato per prepararsi ad una pandemia⁹².

La strategia del governo, come abbiamo visto nell'approccio incrementale alla gestione dell'emergenza, si è rivelata particolarmente inefficace a causa della mancata condivisione dei poteri amministrativi con gli altri attori istitu-

⁹⁰ ID., *Ibidem*.

⁹¹ A. ALEMANNO, *The European Response to COVID-19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 11(2), 2020, pp. 307-316.

⁹² OMS, *Pandemic Influenza Risk Management Guidance* (17 maggio 2017) <https://www.who.int/influenza/preparedness/pandemic/PIRM_update_052017.pdf>.

zionali coinvolti nel processo decisionale, in particolare con le regioni. Ma questo, come vedremo ora, non è l'unico punto debole.

Sosterrò qui che un altro dei maggiori problemi è stata la mancanza di un'efficace attuazione del piano sanitario nazionale contro le pandemie. In particolare, vedremo come e perché l'inefficace attuazione del piano da parte di governo, regioni ed enti locali ha posto seri problemi per contenere la diffusione del virus e, più precisamente, per evitare il collasso del sistema sanitario pubblico.

Su questo punto, uno dei principali problemi per la salute pubblica posto dal nuovo coronavirus è la sua capacità di diffondersi con eccezionale facilità e velocità⁹³, minacciando di travolgere il sistema sanitario nazionale. In particolare, ciò che dovrebbe emergere particolarmente dai dati è la situazione critica del sistema di terapia intensiva in Italia⁹⁴ che è stato gravemente indebolito dalla pandemia⁹⁵ (oltre che dalle recenti politiche di *spending review*)⁹⁶. Di conseguenza, per mitigare il rischio di collasso del sistema sanitario, il governo dovrebbe verificare l'effettiva capacità del sistema di terapia intensiva a livello nazionale, cooperando con le regioni e le autorità locali per garantire che la disponibilità dei letti di terapia intensiva sia gestita in modo efficiente.

In questo caso, azioni efficaci condivise tra tutti gli attori istituzionali e basate su un'adeguata e accurata valutazione dei rischi a livello nazionale eviterebbero di saturare il sistema di terapia intensiva nel medio e lungo termine, mentre il governo dovrebbe poter aumentare la capacità nel breve termine. Eppure, i dati sul sistema di terapia intensiva mostrano che la situazione è stata gestita in modo inefficiente nelle regioni più colpite dal COVID-19, soprattutto in Lombardia, che ha pagato a caro prezzo a livello locale l'inefficace attuazione del piano sanitario pandemico al livello nazionale.

Più in generale, è opportuno sottolineare che questo punto dimostra anche l'importanza della condivisione dei poteri amministrativi tra governo, regioni ed enti locali per attuare efficacemente il piano di gestione della pandemia su tutto il territorio nazionale. A questo proposito, molti elementi basati su dati scientifici ed epidemiologici dimostrano che la pandemia COVID-19 richiedeva una cooperazione e un coordinamento efficaci a tutti i livelli di governo. Inoltre, bisogna tenere presente che combattere una pandemia dipende da molti fattori, la maggior parte dei quali richiede tempo o comunque non può essere realizzata rapidamente. La preparazione di un candidato vaccino, ad esempio, richiede molto tempo in termini di sviluppo sia preclinico che clinico. Allo

⁹³ R. LI et al., op. cit., pp. 1-8, *supra*, nota 72.

⁹⁴ Per la struttura giuridica del sistema sanitario italiano si v. A. PIOGGIA, *Diritto sanitario*, Torino, Giappichelli 2017, p. 77.

⁹⁵ A. RHODES et al., *The variability of critical care bed numbers in Europe*, in *Intensive Care Medicine*, 38, 2012, pp. 1647-1653.

⁹⁶ Coronavirus, la sanità italiana defianzata da dieci anni. Tagliati 43mila dipendenti e i posti letto sotto la media Ue. Ecco tutte le criticità, *Il fatto Quotidiano*, 5 Marzo 2020; <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/03/05/coronavirus-la-sanita-italiana-definanzata-da-dieci-anni-tagliati-43mila-dipendenti-e-i-posti-letto-sotto-la-media-ue-ecco-tutte-le-criticita/5725714/>.

stesso modo, lo sviluppo e il test di un farmaco efficace coinvolgono complessi studi clinici in più fasi.

Tali considerazioni potrebbero essere sufficienti da sole a giustificare l'adozione di azioni efficaci per mitigare l'impatto dell'emergenza pandemica sul sistema sanitario pubblico. In questa fase, come abbiamo visto, la regolazione dell'emergenza richiede che venga intrapresa un'azione normativa nell'immediatezza di un'emergenza al fine di mitigarne l'impatto (cfr. § 3.1). Per evitare il collasso del sistema sanitario pubblico, il governo avrebbe dovuto quindi contenere la diffusione del virus attuando efficacemente il piano nazionale di gestione della pandemia con la partecipazione di tutti gli attori istituzionali.

L'OMS ha riconosciuto l'importanza della condivisione dei poteri amministrativi attraverso la partecipazione e la cooperazione dei vari attori istituzionali coinvolti nella strategia contro le pandemie. A questo proposito, l'OMS ha redatto specifiche linee guida⁹⁷ per l'attuazione di un piano di preparazione all'influenza pandemica⁹⁸ che gli stati dovrebbero applicare per gestire la diffusione del virus nei loro territori. In particolare, le linee guida dell'OMS incoraggiano gli stati a sviluppare piani efficienti, basati sulle valutazioni nazionali del rischio, con l'effettiva partecipazione di attori istituzionali a tutti i livelli di governo.

In Italia il problema più grave è che il governo, pur avendo già elaborato un proprio piano nazionale per le pandemie⁹⁹, non lo ha attuato efficacemente¹⁰⁰ né ha cercato di favorirne l'effettiva adozione da parte delle regioni e degli enti locali, trascurando un punto fondamentale delle linee guida dell'OMS. Di conseguenza, la mancata attuazione del Piano nazionale pandemico, come abbiamo visto, ha creato le condizioni per il collasso del sistema sanitario pubblico, con il sovraffollamento dei reparti di terapia intensiva e la conseguente perdita di vite umane.

* * *

In conclusione, le politiche italiane riguardanti la pandemia COVID-19 possono dimostrare l'importanza di: (i) ripensare l'approccio incrementale; (ii) attuare un piano sanitario nazionale per le pandemie condividendo i poteri, e più specificamente i poteri di regolamentazione amministrativa per le emergenze sulla base di un'adeguata e accurata valutazione del rischio a livello naziona-

⁹⁷ OMS, *Pandemic Influenza Risk Management Guidance* (maggio 2017) <https://www.who.int/influenza/preparedness/pandemic/PIRM_update_052017.pdf>.

⁹⁸ Le linee guida dell'OMS sulla "Pandemic Influenza Risk Management" aggiornano e sostituiscono "Pandemic influenza preparedness and response: a WHO Guidance document", che è stato pubblicato nel 2009. Le Linee guida dell'OMS del 2017 tengono conto delle lezioni apprese dall'influenza pandemica A (H1N1) del 2009 e altri sviluppi significativi.

⁹⁹ Piano nazionale di preparazione e risposta per una pandemia influenzale, Ministero della Salute, 13 dicembre 2007 <http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_511_allegato.pdf>.

¹⁰⁰ La mancata attuazione del piano di preparazione all'influenza pandemica ha causato un'interrogazione parlamentare da parte di un senatore, Gregorio de Falco. A tal proposito, si veda l'atto n. 3-01464 (con procedure di emergenza), 1 aprile 2020, sessione n. 204 <<http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/showText?tipodoc=Sindisp&leg=18&id=1148825>>.

le, tra i diversi livelli di governo con la partecipazione, la cooperazione e il coordinamento di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale pandemico.

4.2. Possibili soluzioni dal punto di vista costituzionale.

Come abbiamo visto, la condivisione dei poteri amministrativi a diversi livelli di governo riveste un ruolo particolarmente importante in riferimento alla gestione delle emergenze nello scenario costituzionale, dove le competenze sono distribuite tra governo, regioni ed enti locali, e diversi attori istituzionali possono adottare atti normativi (cfr. § 3.3).

I grandi cambiamenti che le modifiche costituzionali hanno apportato alla definizione delle politiche nell'ordinamento giuridico italiano richiedono che venga fornito un supporto costante alle regioni e agli enti locali, soprattutto in caso di emergenza. Nonostante il significativo decentramento, il governo ha ancora un ruolo fondamentale da svolgere nella condivisione e nel coordinamento dei poteri amministrativi ai diversi livelli di governo e nell'assicurare una leale cooperazione tra tutti gli attori istituzionali coinvolti nei processi decisionali di emergenza.

Al governo spetta infatti il compito di promuovere e coordinare "l'azione del governo con le regioni" (art. 5 Legge 400/1988), nonché di sviluppare la cooperazione "tra stato, regioni ed enti locali" (art. 4 D.lgs. 303/1999)¹⁰¹. Allo stesso modo, il governo deve promuovere "le azioni necessarie per lo sviluppo dei rapporti tra stato, regioni ed enti locali" e assicurare "l'esercizio coerente e coordinato dei poteri e dei rimedi previsti per i casi di inerzia e inadempienza" (art. 4 del D.lgs. 303/1999).

Guardando alla prospettiva costituzionale, si potrebbero proporre alcune possibili soluzioni.

1. Nello scenario costituzionale italiano, sebbene il potere concorrente di legiferare in materia di sanità pubblica sia conferito allo stato (ossia al governo) e alle regioni ai sensi dell'articolo 117, comma 3, lo Stato (ossia il Governo e le Regioni insieme), sulla base del principio stabilito dall'articolo 32, comma 1, "tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività".

Sostengo, più specificamente, che la salvaguardia della salute è un compito dello Stato basato sul principio fondamentale della Costituzione di cui all'articolo 3, comma 2, dove il dovere dello Stato è quello di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale" che, vincolando la "libertà e l'uguaglianza dei cittadini", impediscono "il pieno sviluppo della persona uma-

¹⁰¹ Decreto Legislativo n. 303/1999 <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/99303dl.htm>>.

na e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

Pertanto, credo che, in base all'interpretazione congiunta dell'articolo 3, comma 2, e dell'articolo 32 della Costituzione, nonché del principio di leale cooperazione, il governo e le regioni debbano agire condividendo tra loro poteri e strategie amministrativi al fine di tutelare il diritto fondamentale alla salute.

In tal modo, il governo può svolgere un ruolo essenziale nel promuovere l'equilibrio istituzionale e la cooperazione tra i livelli nazionale e locale, massimizzando la leale cooperazione e attuando la sussidiarietà verticale e orizzontale.

2. La condivisione dei poteri amministrativi per le emergenze può anche essere incoraggiata e rafforzata attraverso l'efficace attuazione di strumenti costituzionali, come il sistema di conferenze basato sul principio della leale cooperazione.

2.1. La Conferenza sui rapporti tra stato, regioni e province autonome è lo strumento giuridico chiave per la negoziazione e la collaborazione politica multilivello. Serve in una capacità consultiva, normativa e di pianificazione e funge da piattaforma che facilita la condivisione del potere.

2.2. La Conferenza sui rapporti tra stato ed autonomie locali coordina i rapporti tra governo ed enti locali attraverso studi, informazioni e discussioni su tematiche che interessano questi ultimi.

2.3. La Conferenza permanente sui rapporti tra stato, regioni e le province autonome si occupa di aree di competenza condivisa¹⁰².

3. Al fine di “salvaguardare la salute come diritto fondamentale dell'individuo e come interesse della collettività”, l'articolo 120, comma 2, della Costituzione potrebbe essere applicato ogniqualvolta sia necessario garantire “l'unità nazionale e la natura unitaria del sistema costituzionale”.

Ritengo che questa disposizione, che stabilisce il potere sostitutivo del governo, prevede l'accentramento dei poteri amministrativi in casi specifici contemplati dalla Costituzione. In tal senso l'art. 120, comma 2, prevede che il governo possa agire per conto delle regioni e/o degli enti locali nei casi di “grave pericolo per l'incolumità e la sicurezza pubblica”. Alla luce di questa definizione, si potrebbe invocare la sostituzione del governo per le regioni e/o gli enti locali in conseguenza del “grave pericolo per la sicurezza pubblica”, nonché al fine di preservare l’“unità economica” e garantire la “tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”.

A mio avviso, tuttavia, il governo dovrebbe esercitare il suo potere di sostituzione come ‘extrema ratio’ ogniqualvolta non sia stata attuata una condivi-

¹⁰² Il Piano pandemico nazionale dell'Italia è stato adottato all'interno della Conferenza permanente sui rapporti tra stato, regioni, province autonome ed enti locali <<http://www.regioni.it/sanita/2006/02/14/accordo-stato-regioni-9-2-06-su-pandemia-influenzale-97179/>>.

sione effettiva tra tutti gli attori istituzionali. L'articolo 120, comma 2, è chiaro a questo proposito, richiedendo che il potere di sostituzione sia esercitato nel rispetto dei principi di "sussidiarietà" e "leale cooperazione".

In particolare, ritengo che tale potere sarebbe stato utile come rimedio all'inerzia o al ritardo da parte delle regioni e degli enti locali nell'attuazione del piano sanitario nazionale pandemico o nell'adozione di misure di emergenza. In tali casi i poteri sostitutivi possono essere conferiti al livello centrale di governo (il Ministero competente o il Consiglio dei Ministri), che interviene al posto del livello locale (le regioni e/o gli enti locali).

Le stesse considerazioni sul potere sostitutivo del governo possono essere applicate alle seguenti soluzioni come rimedi ex post per la mancata condivisione dei poteri amministrativi in modo efficace tra i diversi livelli di governo.

4. Il governo dispone del potere amministrativo straordinario di annullare misure illegittime (ad esempio ordinanze) emanate dalle autorità locali al fine di "salvaguardare l'unità del sistema giuridico nazionale" (articolo 138 della legge 267/2000¹⁰³ e articolo 2 della legge 400/1988)¹⁰⁴. Il potere, generalmente applicato ai provvedimenti emanati dai comuni, può essere esteso ai provvedimenti regionali sulla base dell'articolo 120, comma 2, della Costituzione¹⁰⁵.

5. Il governo ha il diritto di agire per impugnare i provvedimenti illegittimi emessi dalle regioni ed enti locali davanti al tribunale, in conformità con le disposizioni costituzionali che disciplinano il controllo giurisdizionale da parte della giustizia amministrativa italiana (articoli 24, 101, 103, 111, 113 e 125 della Costituzione).

5. Conclusioni.

In questo articolo, partendo dai principali atti normativi e considerando le conoscenze scientifiche e i dati epidemiologici sul COVID-19, si sono analizzate le misure e le strategie amministrative per combattere la pandemia messe in atto dal governo nell'immediatezza dell'emergenza.

In particolare, questa analisi è stata svolta per verificare l'efficacia della strategia nella gestione della pandemia in tutto il paese.

Nell'analizzare la strategia amministrativa, si è sottolineato il ruolo che l'attuale sistema italiano di separazione costituzionale dei poteri gioca nella gestione delle emergenze e come questo sistema possa influire sulla valutazione del rischio sanitario.

A tal fine, si è prima illustrato il sistema di gestione del rischio nel diritto italiano e comunitario e discusso alcune questioni legali fondamentali utili per chiarire i punti principali della questione e per comprendere le debolezze della

¹⁰³ Legge 267/2000 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2000/09/28/000G0304/sg>>.

¹⁰⁴ Legge 400/1988 <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1988/09/12/088G0458/sg>>.

¹⁰⁵ Cfr. il recente Parere del Consiglio di Stato, I, 7 aprile 2020, n. 735.

strategia amministrativa al fine di proporre soluzioni di cui il governo potrebbe tener conto nell'adozione della sua strategia.

In particolare, si sono esaminate la nozione e le caratteristiche della regolazione dell'emergenza (§ 3.1), le potenzialità e i limiti del principio di precauzione (§ 3.2) e le regole che disciplinano i poteri e le competenze nello scenario costituzionale italiano (§ 3.3).

Per sintetizzare i punti salienti di questa analisi, si è sottolineato che le politiche italiane di gestione della pandemia dimostrano l'importanza di un'efficace "condivisione dei poteri amministrativi" – e più nello specifico dei poteri di regolamentazione amministrativa per le emergenze – basata su un'adeguata e puntuale valutazione dei rischi, attraverso i diversi livelli di governo, con la partecipazione, la cooperazione e il coordinamento di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale di emergenza: governo, regioni ed enti locali.

Fondamentalmente, si è messo in luce come il caso italiano riveli l'importanza della condivisione dei poteri amministrativi da due punti di vista principali.

In primo luogo, si è argomentato che l'approccio incrementale per fronteggiare l'emergenza, sebbene basato sull'uso proporzionato dei poteri, è in gran parte inefficace o addirittura dannoso in assenza di cooperazione tra tutti gli attori – le regioni e gli enti locali – coinvolti nelle principali strategie attuate dal governo (§ 4.1.a).

In secondo luogo, si è discusso sull'importanza della cooperazione tra il governo, le regioni e le autonomie locali per l'attuazione efficace ed efficiente di un piano sanitario nazionale in caso di pandemia (§ 4.1.b).

Si è suggerito di guardare a questi punti da una prospettiva costituzionale in vista di proporre alcune possibili soluzioni. In questa prospettiva, i problemi di un'efficace condivisione dei poteri amministrativi tra i diversi livelli di governo potrebbero essere risolti interpretando sistematicamente la Costituzione e implementando specifici strumenti costituzionali forniti dall'ordinamento giuridico (§ 4.2).

In conclusione, più in generale, sostengo che – e questo è il filo conduttore della presente ricerca – i poteri amministrativi dovrebbero essere condivisi tra i diversi livelli di governo sulla base di un'adeguata e accurata valutazione del rischio con la partecipazione e la cooperazione di tutti gli attori istituzionali coinvolti nel processo decisionale di emergenza al fine di salvaguardare i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione nonché dal diritto internazionale ed europeo.

In caso di pandemia, questo obiettivo deve essere raggiunto non solo per garantire il diritto alla salute, ma anche per salvaguardare tutti i diritti che potrebbero essere pregiudicati dall'esercizio dei poteri amministrativi e, più specificamente, dall'esercizio dei poteri di emergenza dispiegati nella lotta alla pandemia. La misura forte del *lockdown*, ad esempio, dovrebbe essere una misura di *extrema ratio* dei poteri amministrativi perché sospende lo stato di diritto e mette a rischio i diritti individuali e sociali. Infatti, come ho affermato nell'analisi delle

politiche italiane, la condivisione dei poteri con un'efficace cooperazione tra governo, regioni ed enti locali nella gestione della pandemia ottimizzerebbe l'adozione di misure di contenimento del virus a livello nazionale, evitando o almeno ritardando l'applicazione di stringenti misure di emergenza come il blocco di comuni, province, regioni o anche dell'intero Paese.

Prendendo in considerazione la corretta applicazione della regolazione dell'emergenza (§ 3.1) e del principio di precauzione (§ 3.2), sebbene i *lockdown* mirino a contenere le aree specifiche più colpite dal virus, devono essere proporzionali al rischio che intendono ridurre. Quando si adottano tali misure per tutelare il diritto alla salute, come nel caso di una pandemia, questo diritto deve essere bilanciato con altri diritti. Tuttavia, se i poteri amministrativi non sono condivisi efficacemente tra i diversi livelli di governo, il principio di bilanciamento potrebbe essere ignorato mettendo a repentaglio uno o più diritti senza giustificazione legittima (ad esempio il diritto alla libertà di movimento sancito dall'articolo 16 della Costituzione).

Questo è il problema che le politiche italiane mettono in luce, un problema che credo il governo debba tenere in considerazione nel prossimo futuro nel gestire la pandemia COVID-19 e altre emergenze simili.

ALBERTO FABBRI
Professore associato di Diritto canonico e Diritto ecclesiastico
Presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università
degli Studi di Urbino Carlo Bo
alberto.fabbri@uniurb.it

L'INFERMIERE DI PARROCCHIA. UNA "SANA" E "AVVENIRISTICA" COLLABORAZIONE SOCIO- SANITARIA

THE PARISH NURSE. A "HEALTHY" AND "FUTURISTIC" COLLABORATION BETWEEN SOCIAL AND HEALTH CARE

SINTESI

Il Progetto Quadro e gli Accordi esecutivi firmati nel corso del 2019, per istituire la figura dell'Infermiere di Parrocchia, rappresentano una novità nel quadro di collaborazione tra istituti religiosi e civili. In particolare i livelli di rappresentanza che emergono per la parti firmatarie e le linee applicative, la parrocchia come spazio territoriale e non come comunità di fedeli, rendono di difficile collocazione queste accordi tra le fonti giuridiche e si inseriscono in un nuovo filone di regolamentazione bilaterale dei servizi ai cittadini.

ABSTRACT

The Framework Project and the Executive Agreements signed in 2019 to establish the figure of the Parish Nurse represent something new in the framework of collaboration between religious and civil institutes.

Specifically, the levels of representation that emerge with regard to the parties and the planned application – the parish as a territorial space rather than a community of the faithful – make it problematic to situate these agreements amid the legal sources and are part of a new strand of bilateral regulation of services for citizens.

PAROLE CHIAVE: Collaborazione – infermiere di parrocchia – tutela socio-sanitaria

KEYWORD: Collaboration – parish nurse – social and health protection

INDICE: 1. Il Progetto Quadro - 2. Prime riflessioni sul Progetto - 3. Gli Accordi esecutivi - 4. Il modello di collaborazione aperta - 5. Valutazione critica

1. Il Progetto Quadro

Il giorno 29 luglio 2019, L'Ufficio Nazionale per la Pastorale della salute della Conferenza Episcopale Italiana e l'Azienda Sanitaria Locale Roma 1, nelle

persone dei rispettivi rappresentanti, hanno sottoscritto un Progetto Quadro¹ per “predisporre e sperimentare il Progetto a valenza nazionale denominato Infermiere di Parrocchia”. Il documento costituisce l’incontro di due soggetti impegnati, nei rispettivi ambiti di competenza, a promuovere dei piani di sostegno alla cura e alla salute della persona, per attivare delle risposte alla necessità legate alla salute.

La collaborazione verte sulla promozione della figura dell’infermiere di comunità, calato nel contesto parrocchiale, per attivare una rete di contatti e informazioni, utili per monitorare l’ambito territoriale interessato in modo più capillare e circoscritto.

Il Progetto Quadro nasce per iniziativa dell’Ufficio della salute presso la CEI, nel ricercare una collaborazione tra la stessa CEI e il Servizio Sanitario Nazionale, con il coinvolgimento tecnico dell’ASL Roma 1, per promuovere il modello della figura dell’infermiere di parrocchia; questa figura verrà attivata attraverso un’azione combinata tra alcune diocesi, già individuate, e le Aziende Sanitarie Locali di competenza. Lo strumento per rendere operativo il progetto assumerà la forma dell’Accordo esecutivo.

In una logica di sussidiarietà, il Progetto è “finalizzato alla valorizzazione del ruolo delle Parrocchie all’interno del processo di costruzione della rete assistenziale di protezione socio-sanitaria di prossimità, e della realizzazione del modello di infermiere di comunità”.

I contraenti evidenziano che l’Accordo esecutivo, da sottoscrivere a livello locale, dovrà chiarire le finalità e gli obiettivi del progetto, le funzioni che l’infermiere sarà chiamato a svolgere, di modo che venga ad essere attivata o rinforzata una rete di prossimità dei servizi di natura sanitaria e socio-sanitari, all’interno del territorio parrocchiale.

In questa sinergia saranno inizialmente coinvolte le diocesi di Roma, Alba e Tricarico, in rappresentanza dell’intera penisola, con l’adesione delle Aziende Sanitarie Locali di competenza. L’intenzione è quella di predisporre un modello di collaborazione da estendere e diffondere, successivamente all’esito positivo della sperimentazione, su tutto il territorio nazionale.

In particolare, per valutare tutte le fasi che caratterizzano la sperimentazione del progetto, «*guidarne e monitorare l’applicazione e l’esecuzione*», viene istituito il Gruppo di coordinamento tecnico presso l’ufficio Nazionale per la pastorale della salute. Tale strumento di coordinamento e di valutazione, sarà composto, dai Direttori dei rispettivi uffici firmatari, da altri quattro membri scelti per metà dalla Segreteria Generale della CEI e per metà dalla Direzione Generale dell’ASL Roma 1, con possibilità di essere integrato dai referenti locali coinvolti nel progetto di sperimentazione.

Nel Progetto Quadro si fa menzione anche dell’intenzione di costituire una Consulta nazionale per i Servizi Sanitari di Prossimità (SSP), composta da rappresentanti degli ordini professionali e dei soggetti istituzionali dei servizi

¹ Per il testo cfr. https://www.olir.it/autori_documento/asl-roma-1/. L’iniziativa ha come partner professionali la Federazione degli ordini infermieristici (Fnopi) e la Federazione delle aziende sanitarie (Fiaso).

sanitari. L'organo rientrerebbe nella esclusiva giurisdizione della CEI, competente della nomina dei membri.

Il documento termina con l'indicazione della durata, fissata in un quinquennio, non senza aver esplicitato che «dalla sottoscrizione del presente Progetto Quadro non derivano obblighi di natura economica tre le Parti».

2. Prime riflessioni sul Progetto

Un primo dato che emerge in modo evidente dal documento, è la paternità dell'iniziativa, assunta dall'Ufficio nazionale per la pastorale della salute, il quale si avvale del "supporto tecnico", avviato con la richiesta di una "collaborazione tecnica", della ASL Roma 1. Pertanto, così come scritto, il testo appare come un compromesso imposto, in cui gli obiettivi pastorali della CEI, per essere meglio attuati sul territorio parrocchiale, richiedevano la partecipazione di un elemento esterno, trovato nel servizio sanitario territoriale.

La stessa indicazione di finalizzare il progetto «alla valorizzazione del ruolo della Parrocchie all'interno del processo di costruzione della rete assistenziale di protezione socio-sanitaria di prossimità», insieme alla riserva della Presidenza del costituendo Gruppo di coordinamento tecnico, in mano all'Ufficio proponente², costituiscono elementi che ad una prima analisi sembrano snaturare la logica di sussidiarietà e di collaborazione che ha generato il Progetto Quadro.

Il Progetto finalizzato alla sperimentazione del modello infermiere di parrocchia, per essere pienamente colto, deve essere inteso come un'evoluzione positiva della figura dell'infermiere di comunità, declinato in un territorio che coincide con la Parrocchia.

La tipologia dell'infermiere di comunità³ viene ricavato dal Documento Salute 21⁴, del 1998, partendo dalla figura dell'infermiere di famiglia, il quale

² Diversa natura assume la Consulta nazionale per i servizi Sanitari di Prossimità (SSP), indicato nel Progetto Quadro come una iniziativa esclusiva della CEI, la quale, come già indicato, è competente nella nomina dei membri, "dodici rappresentanti degli Ordini professionali e dei soggetti istituzionali dei servizi sanitari". Qui ci troviamo nell'ordine ecclesiale, con piena autonomia di nomina e di approvazione del regolamento di organizzazione delle attività.

³ M. PELLIZZARI, *L' infermiere di comunità. Dalla teoria alla prassi*, McGraw-Hill , Milano 2014; G. ROCCO - S. MARCADELLI - A. STIEVANO - C. CIPOLLA, *Infermiere di Famiglia e di Comunità. Proposte di policy per un nuovo welfare*. FrancoAngeli, Milano 2017.

⁴ *Health21: La salute per tutti nel 21° secolo. Introduzione alla strategia della Salute per tutti nella Regione Europea dell'Organizzazione Mondiale della Sanità*, Dichiarazione della Sanità Mondiale adottata dalla comunità della sanità mondiale nella cinquantunesima Assemblea Mondiale della Sanità, maggio 1998, in http://www.asl.vt.it/Staff/Formazione/educazione/files/doc_org_mondiale/P%201998%20HEALTH%2021.pdf.

Un primo richiamo indiretto a questa figura la possiamo ritrovare nel report Community Health Nursing, pubblicato dall'Organizzazione mondiale della sanità (Who) nel 1974, in cui viene sviluppato il concetto di assistenza a livello comunitario.

Anche nel recentissimo "Decreto Rilancio", decreto legge n. 34 "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza

dovrebbe interagire con le strutture della comunità locale sui problemi di salute, per promuovere una «assistenza sanitaria orientata alla comunità». Per garantire un miglior welfare comunitario, il testo raccomandava di attivare un processo di partecipazione allo sviluppo della sanità che coinvolga «partner specifici [...] a livello di comunità e nazionale, in grado di promuovere decisioni congiunte, di implementazione e responsabilità».

Il rafforzamento delle potenzialità delle comunità locali, attraverso una collaborazione anche con le istituzioni presenti sul territorio, ha come finalità quella di favorire politiche e programmi sanitari di comunità, al fine di garantire un sistema sanitario e sociale efficiente a livello locale.

Il Progetto Quadro nasce dunque dall'incontro naturale di due esigenze, quella di intensificare la vicinanza alle persone, anche negli aspetti legati alla salute, da parte ecclesiale, e di incentivare la creazione di una rete assistenziale sempre più capillare, da parte del servizio sanitario nazionale.

La parrocchia, in quanto comunità di fedeli cattolici presenti in un determinato territorio⁵, assegnata alla cura pastorale di un parroco, assume in questo progetto la valenza di soggetto coordinatore e conoscitore del territorio, come centro privilegiato di relazioni e contatti sul territorio sul quale far gravare il servizio; allo stesso tempo assume il compito di garante della corretta applicazione dei protocolli e delle procedure che vengono ad essere assunti nel promuovere il servizio attraverso la figura dell'infermiere preposto, nel coordinare gli operatori pastorali coinvolti nell'applicazione del Progetto.

Alcuni dubbi potrebbero essere sollevati dal richiamo che viene fatto alla «definizione delle funzioni che devono essere svolte nell'ambito del progetto infermiere di Parrocchia e del profilo professionale che deve caratterizzare gli operatori del Servizio Sanitario Nazionale coinvolti», in cui l'identificazione dell'infermiere con la parrocchia potrebbe generare l'equivoco di voler incentivare solo quelle figure infermieristiche di comprovata fede cattolica, esulando dal profilo professionale indicati dal decreto ministeriale n. 739 del 1994⁶. I dubbi vengono fugati nei diversi Accordi esecutivi, di cui tratteremo *infra*, in cui la parrocchia assume solo il compito di coordinatore territoriale, come punti di stazionamento, nel quale va ad operare l'infermiere. Lo spazio dove è ubicato il servizio non caratterizza il tipo di servizio che viene reso, il quale rispetterà i profili professionali propri dell'infermiere. In questo processo la parrocchia non costituisce una sede dislocata per l'erogazione di servizi di natura ambulatoriale, né intende svolgere servizi sanitari alternativi o aggiuntivi a quelli pubblici.

La denominazione assunta dal progetto "Infermiere di Parrocchia", non intende fare riferimento e promuovere un servizio di natura socio-sanitaria solo

epidemiologica da COVID-19", in *Gazz. Uff.* n. 128 del 19 maggio 2020, si rafforzano i servizi infermieristici distrettuali con l'infermiere di famiglia o di comunità, per potenziare la presa in carico sul territorio dei soggetti infettati da COVID-19.

⁵ Cfr. can. 518 *cic*.

⁶ D.M. 14 settembre 1994, n. 739 *Regolamento concernente l'individuazione della figura e del relativo profilo professionale dell'infermiere*, in *Gazz. Uff.* n. 69 del 13 gennaio 1995.

per coloro che “frequentano” la parrocchia come spazio ecclesiale, nella sue diverse attività, ma da indicazioni solo sulla circoscrizione territoriale ove il servizio andrà ad operare. Indubbiamente il titolo scelto, se contribuisce ad identificare immediatamente lo spazio interessato, si presenta di tendenza, e non aiuta nella comprensione del servizio che effettivamente viene attivato, anche nella individuazione dei potenziali fruitori.

Sotto questo aspetto gli Accordi esecutivi rendono ragione delle intenzioni che sottendono tutta l'iniziativa, chiarendo le procedure che devono essere attuate e utilizzando una terminologia identificativa del progetto più chiara, quale “infermiere di comunità in parrocchia”.

3. Gli Accordi esecutivi

A seguito del Progetto Quadro, sono stati sottoscritti tutti gli Accordi esecutivi previsti, rispettivamente tra la Diocesi di Tricarico e l'Azienda Sanitaria locale di Matera (29 ottobre 2019), tra la Diocesi di Alba e l'Azienda Sanitaria ASL Cuneo 2 (8 novembre 2019), tra la Diocesi di Porto Santa-Rufina e l'Azienda Sanitaria ASL Roma 1 (6 novembre 2019) e tra la Diocesi di Roma e l'ASL di Roma 1 (11 dicembre 2019).

I quattro documenti, firmati nello stesso lasso di tempo, si presentano identici, nella forma, nel contenuto e negli impegni procedurali assunti, con leggeri cambiamenti marginali⁷: l'Accordo Quadro viene indicato come parte integrante degli stessi Accordi Esecutivi e ad esso le parti rinviano per «quanto necessario alla realizzazione del presente progetto». Appare evidente come il fronte esecutivo fosse già stato oggetto di analisi e di elaborazione nella fase di stesura del Progetto Quadro, e semplicemente presentato ai soggetti interessati per la firma e i completamenti necessari, senza possibilità di inserire variazioni soggettive di rilievo.

Il Progetto, nella sua fattispecie, prevede due piani di azione, uno infermieristico e uno parrocchiale/pastorale, con momenti di sintesi.

Sul fronte infermieristico, sarà l'Azienda sanitaria ad indicare e a mettere a disposizione «un team di infermieri, con specifica formazione, cd “infermieri di comunità” che presteranno la loro attività presso ciascuna parrocchia», i quali saranno coordinati da un capofila già indentificato nello stesso Accordo in modo anagrafico.

Le diverse funzioni⁸ che saranno svolte dagli infermieri negli spazi indicati, saranno contenute in un piano di azione condiviso con la stessa struttura

⁷ Gli Accordi variano sulla tipologia del soggetto ecclesiale coinvolto, prevedendo di impegnare una sola parrocchia, una serie di parrocchie o alcune unità pastorali.

⁸ Le funzioni da eseguire vengono individuate nell'ascoltare, informare e orientare le persone all'interno della “Rete” dei servizi socio-sanitari territoriali” della Asl competente; «*facilitare i percorsi di accesso alle cure e/o assistenza interfacciandosi con il Distretto sanitario e i vari servizi territoriali di prossimità*»; «*intercettare gli “irraggiunti” e facilitarne il contatto con la “rete”*»; favorire azioni di promozione della salute e del benessere della Comunità”, così come indicato all'art. 3 di tutti gli Ac-

ospitante; il piano di azione menzionato dovrà comunque ricevere l'approvazione del Gruppo di coordinamento tecnico, per poter essere applicato.

Sul fronte parrocchiale⁹, la raccolta delle diverse esigenze, istanze e necessità socio-sanitarie e di natura assistenziale dei singoli presenti sul territorio parrocchiale, verrà svolta da alcuni operatori pastorali, debitamente formati. Le informazioni, le segnalazioni e i dati dagli stessi acquisiti, dovranno essere condivisi con l'infermiere, il quale deciderà le azioni, le procedure e i servizi da intraprendere sulla base delle informazioni possedute, al fine di dare soddisfacimento alle richieste segnalate e acquisite. Anche in questo caso un "Coordinatore parrocchiale di Pastorale della salute", sarà il referente della parrocchia, sia nella gestione delle relazioni con l'infermiere, sia nella gestione di eventuali problematiche legate alla gestione delle attività di monitoraggio.

La Parrocchia dovrà mettere a disposizione dell'infermiere un locale, con *«postazione di lavoro nelle ore previste, dotata di scrivania, linea telefonica e accesso alla rete internet, e di una sala utilizzabile per eventuali incontri con gruppi di persone»*¹⁰, in modo da garantire una autonomia e uno spazio adeguato al servizio che viene reso.

Sul fronte degli oneri economici, si precisa che "ciascuna parte sosterrà i costi connessi con la realizzazione delle attività previste in relazione agli impegni di propria spettanza"; così come per gli aspetti assicurativi, ogni ente, ASL o parrocchia si adopererà per il proprio personale, con un ulteriore onere per la parrocchia, in riferimento *«all'utilizzo dei locali e degli spazi messi a disposizione»* del personale infermieristico.

Dal momento che la sperimentazione viene spalmata lungo un asse di tempo annuale, rinnovabile per un ulteriore anno, durante questo periodo dovranno essere realizzati incontri *«con cadenza periodica di monitoraggio e valutazione dei risultati»*, *«condividendo con la comunità parrocchiale»* i risultati della sperimentazione.

Infine è da segnalare che nei documenti viene trattata anche la questione dell'acquisizione e del trattamento delle informazioni e dei dati sensibili, prevedendo il rispetto e la piena applicazione delle previsioni vigenti in materia di privacy.

4. Il modello di collaborazione aperta

L'analisi e la classificazione del modello di collaborazione sviluppato nei due diversi livelli, non si presenta semplice, per diversi ordini di ragioni. Un primo passaggio interessa i soggetti firmatari. Il Progetto Quadro vede impe-

cordi esecutivi. Va ricordato che il servizio prestato dall'infermiere rientra nell'ordinario attività, cambia solo il luogo in cui la prestazione viene eseguita.

⁹ Il procedimento adottato non varia se le comunità parrocchiali individuate nel progetto sono unità pastorali, così come previsto nel progetto Diocesi di Alba/Asl Cuneo 2.

¹⁰ Nell'Accordo esecutivo Diocesi di Tricarico/Asl Matera, si prevede la messa a disposizione, *«qualora necessario»*, di un mezzo di trasporto per gli spostamenti *«dalla Diocesi di Tricarico alle varie Parrocchie individuate»*.

gnati l'Ufficio Nazionale per la Pastorale della salute della CEI, attraverso il suo Direttore, e l'ASL Roma 1, attraverso il suo legale rappresentante; per gli Accordi esecutivi, le ASL interessate, attraverso i Direttori Generali, e le Diocesi, nella figura del vescovo¹¹.

Appare chiaro come solo nel secondo passaggio, quello a livello locale, la relazione avviene tra soggetti che interagiscono sul medesimo territorio e incidono sulla stessa comunità, elementi imprescindibili per poter applicare il progetto alle parrocchie/unità pastorali interessate. Diversamente, nel Progetto Quadro, i due interlocutori, non hanno lo stesso grado di rappresentanza, né della comunità, con un rapporto nazionale/locale ben marcato, né dell'ente di riferimento¹².

Inoltre colpisce che la stessa parte civile, l'ASL Roma 1 compaia anche come firmataria di uno degli stessi Accordi esecutivi.

Come è possibile che venga ad essere prospettata una simile iniziativa senza impostare un dialogo tra pari? Per rispettare questa regola basilare, il Progetto Quadro avrebbe dovuto coinvolgere, per un'azione tra soggetti di pari grado, come parte civile o lo stesso Ministero della salute, oppure un organo alle sue dipendenze, come l'Istituto superiore di sanità. In alternativa esisteva la possibilità di portare l'Accordo a un livello regionale, con il coinvolgimento, per parte ecclesiale, dell'Ufficio pastorale della salute, della Regione ecclesiastica Lazio; inutile dire che questo percorso avrebbe annullato la portata nazionale che si intendeva dare all'iniziativa.

Nel tentare di fornire una giustificazione formale, che sottende un preciso intento procedurale, possiamo rilevare come il Progetto Quadro viene impostato come un'ipotesi di fattibilità di un nuovo percorso ecclesiale, in cui la CEI richiede la collaborazione tecnica dell'ASL Roma 1; la stessa è coinvolta, così come chiaramente indicato nel Progetto, per valutare, per l'ambito di sua competenza, «*i presupposti di realizzabilità di modelli di collaborazione tra Parrocchie e Servizi territoriali del Servizio sanitario Nazionale*»¹³. Si tratterebbe dunque non di un progetto realizzato tra pari, ma di una iniziativa della CEI la quale, per predisporre e sperimentare il progetto Infermiere di parrocchia, si avvale del supporto tecnico di una azienda sanitaria locale, per tutte le procedure amministrative, finalizzato alla creazione di una comunità in rete.

¹¹ Nell'Accordo con la Diocesi di Roma, il documento porta la firma del vescovo Delegato per la pastorale sanitaria.

¹² L'Ufficio Nazionale per la pastorale della salute della CEI è stato istituito dal Consiglio Episcopale Permanente nella sessione del 23-26 settembre 1996, ai sensi dell'art. 29, § 2, dello Statuto e dell'art. 95 del Regolamento della Conferenza Episcopale Italiana. Cfr. art 1 del Regolamento dell'Ufficio nazionale per la pastorale della sanità e della sua Consulta, aggiornato al Consiglio Episcopale Permanente del 22-25 settembre 2008. Lo stesso Regolamento all'art. 5 afferma che l'Ufficio «*Collabora con istituzioni, organismi e aggregazioni a livello nazionale e internazionale che operano nel suo settore di competenza*». Già questa indicazione mostra la straordinarietà della procedura adottata in questo Progetto.

Sul fronte sanitario, la Regione Lazio annovera ben 10 Asl locali, con un ruolo primario assunto dall'Azienda Roma 1.

¹³ Così nel considerato del Progetto Quadro.

Nel proseguire la nostra analisi, la questione si sposta sulle fonti in cui andare a collocare questo modello di collaborazione.

È logico includerlo come naturale sviluppo dell'impegno che la Repubblica italiana e la Santa Sede assumono nella «reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese», così come indicato nell'Accordo di Villa Madama del 1984? Ancora, il ruolo della CEI¹⁴, richiamato nell'articolo 13 secondo comma dello stesso Accordo, nel convenire con «le competenti autorità dello Stato» a intese per avviare una necessaria collaborazione su ulteriori materie rispetto a quelle già esplicitamente indicate nell'Accordo, come deve essere collocato in questa nuova fase?

La dottrina si è ampiamente cimentata nel cercare di cogliere la portata di queste norme, in particolare nel tentare di evidenziare come la collaborazione indicata si inserisse perfettamente nella rilevanza che la separazione degli ordini produce¹⁵. In particolare il reciproco riconoscimento della sovranità e dell'indipendenza propria di ogni ordinamento, Stato e Chiesa, non poteva escludere una collaborazione in vista di un bene comune, nel rafforzare il primato della persona, così da favorire un miglior perseguimento delle specifiche finalità. In questo procedere le Alte Parti hanno evidenziato due aspetti sui quali esercitare questa possibilità, la promozione dell'uomo e il bene del Paese. Si è ritenuto che la piena realizzazione di questi beni, attraverso un accordo di cooperazione, non solo non fosse incompatibile con le reciproche indipendenze, ma diventasse la massima espressione della dimensione realizzativa

¹⁴ Sul ruolo assunto dalla CEI rinvio a G. FELICIANI, *La Conferenza episcopale come soggetto della politica ecclesiastica italiana*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2004; lo stesso autore rileva la nuova funzione collaborativa svolta dagli episcopati, G. FELICIANI, *Gli episcopati nuovi protagonisti delle relazioni tra la Chiesa e gli Stati*, in *Periodica de re canonica*, 89, 2000. In un'analisi sui principi che sorreggono le possibili nuove collaborazioni tra Stato e Chiesa in Italia a seguito dell'Accordo del 1984, c'è chi ipotizzava che ci sarebbe stato maggior "spazio a quelle esperienze di rapporto anche istituzionale tra i livelli inferiori di chiese e le istituzioni civili (conferenze episcopali regionali e regioni, parrocchie e comuni o UUSLL unitarietà sanitarie locali), prevedendo che «c'è da aspettarsi una richiesta di partecipazione a taluni momenti di consultazione e di programmazione prevista nell'ordinamento civile», cfr. L. PREZZI, *CEI e revisione concordataria La dissonanza creativa*, in *Il Regno*, 15 marzo 1984, n. 503, p. 112. L'imput per un tale pensiero, in cui il futuro dell'Accordo avrebbe interessato non solo il governo italiano ma anche i vescovi e i poteri locali, proveniva dal *Dichiarazione della Presidenza della CEI*, del 18 febbraio 1984, nella quale si prendeva atto che «restano fuori dall'esplicita normativa dell'Accordo oggi siglato aree significative di problemi nuovi e urgenti, quali la promozione della vita e della famiglia, l'educazione sanitaria e i servizi socio-sanitari e assistenziali, la lotta contro le nuove forme di emarginazione, le iniziative per la gioventù, la qualificazione dei mezzi della comunicazione sociale, la promozione del volontariato interno e internazionale, l'impegno per il terzo mondo e per la pace, la valorizzazione del territorio e della sua cultura», *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, n. 3, 29 febbraio 1984, p. 95.

¹⁵ G. LO CASTRO, *Ordine temporale, ordine spirituale e promozione umana. Premesse per l'interpretazione dell'art. 1 dell'accordo di Villa Madama*, in *Dir. Eccl.* 1984, I, p. 508; O. FUMAGALLI CARULLI, *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica: indipendenza, sovranità e reciproca collaborazione (a proposito dell'art. 1 Accordo di revisione concordataria)*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoeChiesa.it), n. 3/2014. In questo quadro si cita il modello di una bilateralità diffusa, cfr. A. VITALE, *Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Giuffrè, Milano 1996, p. 153 ss; C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Il Mulino, Bologna 1996, p. 240.

dell'Accordo stesso, associando un progetto valoriale ad uno pratico. Infatti l'indicazione di un piano aperto, sul quale pianificare una collaborazione di intenti e di solidarietà, riassume il senso di relazione che anima il contenuto del documento, permettendo di tracciare e improntare il percorso da seguire su stabili direttive.

I beni indicati dall'art. 1 dell'Accordo del 1984 esprimono valori condivisi, nella consapevolezza che il percorso utile per una affermazione delle loro potenzialità, necessita della partecipazione e del coinvolgimento di tutti quegli elementi che possono contribuire alla loro evoluzione, inclusa anche la dimensione religiosa.

Il richiamo dunque ad uno spettro così ampio, che coinvolge l'aspetto antropologico e politico, permette di includere in questo paniere anche la figura dell'infermiere di parrocchia, con le specificità che lo caratterizzano e con i tempi e gli spazi ad esso riservati. In riferimento all'oggetto dell'Accordo Quadro, l'inserimento delle Parrocchie nella rete dei servizi socio-sanitari territoriali non può costituire oggetto di una "nuova materia", piuttosto si tratta di una pianificazione territoriale, nella quale le strutture ecclesiali rivendicano un proprio ruolo attivo, per il perseguimento di un risultato utile, teso ad una promozione umana sempre più attenta ai bisogni fondamentali.

Fatto dunque salvo il modello collaborativo, è necessario soffermarci brevemente sul ruolo che assume la CEI nel Progetto indicato. Appare chiaro, come in questo ambito la stessa Conferenza riveste un ruolo esterno, per cui la stretta relazione con l'ufficio firmatario le fa assumere una funzione di garanzia per parte ecclesiale¹⁶, dal momento che il soggetto promotore è unicamente l'Ufficio in quanto tale. La CEI viene richiamata nel Progetto solo a proposito della istituzione della Consulta nazionale per i Servizi Sanitari di Prossimità, creata per un più efficace coordinamento delle diverse esperienze che si andranno a costituire.

Possiamo quindi affermare che la parte attrice non può essere identificata nella CEI, la quale agisce per voce del suo Presidente e non attraverso un suo ufficio interno.

La collaborazione avviata, rappresenta un nuovo modello per promuovere stabili relazioni tra istituzioni. Lasciati sullo sfondo gli oggetti della collaborazione richiamati dall'Accordo del 1984, come indiretti destinatari degli effetti prodotti dalla relazione, con questo Accordo Quadro si è dato accesso ad una nuova fase, nella quale la dimensione religiosa non rappresenta più l'aspetto da tutelare e da salvaguardare, ma diventa lo spazio nel quale la collaborazione trova espressione.

Il carattere religioso viene ad interessare solo la natura del soggetto preposto, la parrocchia, la quale, per una miglior vicinanza materiale-spirituale, si propone alle istituzioni pubbliche nel mettere a disposizione degli apparati sanitari, la propria conoscenza del territorio e le relazioni sociali, per attivare un

¹⁶ L'Ufficio promotore del Progetto si presenta come espressione della struttura della CEI, come viene indicato nel testo, tuttavia l'iniziativa collaborativa viene riferita all'Ufficio in quanto tale.

percorso finalizzato alla presa in carico della persona¹⁷, considerata nella sua completezza, spirituale e fisica. Ribadiamo che con questo procedimento non si intende garantire l'esercizio della libertà religiosa individuale e neppure collettiva, ma si promuove l'attività pastorale della parrocchia per assicurare un servizio di complemento.

Assistiamo ad una nuova modalità di collaborazione, in cui l'interesse di entrambi i soggetti, le istituzioni pubbliche e quelle religiose coinvolte, si esprime nella promozione di un servizio alla collettività, nel mettere in comune le rispettive competenze, conoscenze e strumenti, in cui la necessità di garantire dei servizi alla comunità passa attraverso una ricerca attiva e di vicinanza verso i potenziali soggetti interessati, così da raggiungere un risultato più efficace con un minor dispendio di risorse.

5. Valutazione critica

Può oggi questo Accordo relativo all'istituzione dell'infermiere parrocchiale trovare fondamento nell'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama?

Come declinare il modello collaborativo, così da risultare strumento ancora pienamente valido di promozione, per una più efficace soddisfazione delle esigenze anche religiose dell'uomo cittadino e per perseguire il bene del paese, inteso come spazio multiculturale?

Indubbiamente il contesto sociale nel quale prende forma questa collaborazione esprime un superamento del principio della separazione degli ordini, ormai ampiamente condiviso e rispettato; la collaborazione tende naturalmente a svilupparsi sempre più ad un livello locale, in cui il mantenimento della efficacia dei servizi, anche di natura pastorale, induce ad una continua sinergia tra le istituzioni interessate, anche religiose, per un risultato condiviso.

A questo proposito è interessante richiamare brevemente la recente sentenza della Corte Costituzionale¹⁸, nella quale si afferma che con il principio di sussidiarietà orizzontale indicato dall'art. 118 quarto comma della Costituzione, «*si è voluto superare l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale*»; il perseguimento di tali attività può essere riconosciuto anche ad una «*autonoma iniziativa dei cittadini*», come espressione di una «*società solidale*», fortemente radicata nel tessuto comunitario.

Al di là dell'oggetto del ricorso, indicato nel ruolo assunto dagli enti del terzo settore (ETS)¹⁹, la Consulta ha evidenziato come la collaborazione con i soggetti pubblici, tende sempre a «*elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e*

¹⁷ Inteso come concetto comprensivo dei soggetti che risiedono nella circoscrizione parrocchiale.

¹⁸ Corte cost., sentenza n. 131/2020.

¹⁹ La Corte afferma che «*lo specifico modello di condivisione della funzione pubblica prefigurato dall'art. 55 del decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117 (Codice del Terzo settore), in riferimento alla co-programmazione e co-progettazione, è però riservato in via esclusiva agli enti che rientrano nel perimetro definito dall'art. 4 CTS*».

protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico».

Ritengo che questa possa essere la chiave di lettura da applicare al Progetto, secondo una logica di sussidiarietà che vede coinvolti attori diversi.

Questo percorso risulta sempre più valido se la ricerca del primato della persona è effettuato nei modi e nei tempi rispettosi dei soggetti coinvolti. Tuttavia l'itinerario intrapreso, se rende merito dello spirito collaborativo che anima le istituzioni religiose e civili nella gestione del bene comune, contiene anche il rischio di snaturare la dimensione religiosa che necessariamente interviene nel rapporto e che assume una sua specifica valenza in quanto caratterizzante uno dei due soggetti interessati; infatti è sempre presente l'istinto statale di considerare la Chiesa solo nella veste di ottimo erogatore di servizi, e pertanto favorire un coinvolgimento degli apparati ecclesiali nei diversi compiti che sono propri dello Stato. Sul fronte ecclesiale il raggiungimento di finalità pastorali sempre più articolate anche con processi attivi su più fronti, spesso sostenute anche da finanziamenti statali, può portare alla necessità di rafforzare ed evidenziare la visibilità delle diverse istituzioni coinvolte, anche all'interno del contesto statale, derogando la ecclesiasticità da una dimensione costitutiva, ad una meramente esperienziale.

Questo processo, che vede coinvolte soggetti statali ed ecclesiali per lo svolgimento di servizi alla collettività, aveva trovato una prima forma embrionale di manifestazione con i servizi di oratorio, in cui lo Stato attraverso una legge ordinaria²⁰ aveva riconosciuto e finanziato le attività giovanili, in cui l'appartenenza religiosa del soggetto che ne fruisce non rilevava, dal momento in cui le strutture riconosciute che erogavano le attività non potevano discriminare la scelta dei soggetti richiedenti.

Questo nuovo modo di promuovere la collaborazione, in cui l'attore parte ecclesiale si rivolge alle istituzioni pubbliche per attivare un partenariato su

²⁰ Legge 1 Agosto 2003, n. 206 "Disposizioni per il riconoscimento della funzione sociale svolta dagli oratori e dagli enti che svolgono attività simili e per la valorizzazione del loro ruolo" pubblicata nella *Gazz. Uff.* n. 181 del 6 Agosto 2003. «Lo Stato riconosce e incentiva la funzione educativa e sociale svolta nella comunità locale, mediante le attività di oratorio o attività simili, dalle parrocchie e dagli enti ecclesiastici della Chiesa cattolica, nonché dagli enti delle altre confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato un'intesa ai sensi dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione». La situazione si è riproposta in questo periodo di pandemia; infatti con la Legge Regionale Marche n. 20 del 26/05/2020 sono state individuate «misure straordinarie ed urgenti connesse all'emergenza epidemiologica da COVID 19 per la ripartenza della Regione Marche».

In attuazione di tale legge con la DGR n. 743/2020, concernente le Misure per il rilancio economico da emergenza COVID, sono state assegnate, tra le altre, risorse finanziarie pari ad € 800.000,00 da destinare alla concessione di un contributo straordinario a fondo perduto in relazione all'emergenza COVID per sostenere la funzione socioeducativa degli Oratori parrocchiali, anche in relazione alla necessità di conciliare i tempi di lavoro con quelli familiari, agevolando il rientro al lavoro dei genitori. Lo stesso Decreto di adozione del Dirigente del Servizio Politiche Sociali e Sport chiarisce che «Il presente intervento non costituisce aiuto di stato, in virtù del principio solidaristico che contraddistingue le attività di interesse generale oggetto di contributo ed in quanto realizzate esclusivamente da operatori locali esclusivamente per utenti locali».

progetti di reciproco interesse, deve essere intesa come salvaguardia della promozione umana²¹, oggetto di entrambe le istituzioni.

Un'ultima evidenza presente nel Progetto Quadro, tutta da giustificare, riguarda la modalità di intendere l'ente Parrocchia.

Una prima indicazione sembra considerare la Parrocchia come soggetto giuridico, nella sua natura di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, in grado di collaborare con i Servizi territoriali del Servizio Sanitario Nazionale.

Immediatamente dopo emerge che la Parrocchia viene valorizzata «all'interno del processo di costruzione della rete assistenziale di protezione socio-sanitaria di prossimità», per cui quella che rileva è l'estensione territoriale che la caratterizza, intesa come bacino dei potenziali soggetti interessati dal servizio sanitario.

Questo modo di procedere viene confermato anche negli Accordi esecutivi, in cui viene dato rilievo alla “popolazione di riferimento”, e alla “rete sociale delle parrocchie”, nel considerare la dimensione territoriale e dunque comunitaria, che caratterizza la parrocchia.

Il modello identificativo applicato, che si esprime nella rilevanza che acquista la circoscrizione territoriale, conferma la natura del modello di collaborazione proposto, in cui la parrocchia risulta non per il suo carattere ecclesiale, ma per la conoscenza del proprio territorio. Diversamente, se si fosse considerata la parrocchia come “comunità di fedeli” costituita stabilmente nell'ambito di una chiesa particolare²², avrebbero dovuto essere coinvolti nel progetto solo coloro che «sono stati incorporati a Cristo mediante il battesimo»²³, con una applicazione discriminativa per coloro che non sono battezzati o non frequentatori della parrocchia.

Si profila non già la tutela di un interesse di gruppo collettivo (solo per i fedeli che sono ricompresi nella parrocchia)²⁴, ma il soddisfacimento di un interesse di serie, cioè di quanti vivano entro i confini di una circoscrizione ecclesiastica cattolica, per altro di non facile individuazione per le istituzioni civili, indipendentemente dalla loro appartenenza confessionale.

²¹ Una dimensione che prenderà sempre più spazio è quella del Terzo settore, nel riuscire a declinare il principio di solidarietà secondo la natura del soggetto erogatore del servizio, per un pieno sviluppo della persona umana.

²² Così come indicato dal can. 515 *cic*.

²³ Cfr. can. 204 *cic*, ai sensi del can. 11.

²⁴ Per un ampio approfondimento sugli interessi religiosi collettivi rinvio a S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Giuffrè, Milano 1967.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2020