ISSN 1826-3534

federalismi.it
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

30 GENNAIO 2023

federalismi.it

Fascicolo n. 3/2023

La tenuta dello stato costituzionale ai tempi dell'emergenza da Covid-19. Profili giuridico-finanziari

a cura di
Emilio Castorina, Pierpaolo M. Sanfilippo,
Adriana Ciancio, Elisa D'Alterio e Giuseppe Chiara

Fascicolo pubblicato grazie al Programma della ricerca di ateneo Unict 2020-22, Linea 2 e con il contributo dell'apposito fondo per le pubblicazioni in Open Access del Dipartimento di Giurisprudenza di Catania.

federalismi.it
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

ISSN 1826-3534
Numero 3, 2023
Tutti i contributi, ad eccezione dell'editoriale di apertura, sono stati sottoposti a *double blind peer review*.

Direttore responsabile: Prof. Annamaria Poggi

Vice Direttore responsabile: Prof. Federica Fabrizzi

Comitato di direzione: Prof. Andrea Biondi, Prof. Luisa Cassetti; Prof. Marcello Cecchetti; Prof. Carlo Curti Gialdino; Dott. Renzo Dickmann; Dott. Antonio Ferrara; Prof. Tommaso Edoardo Frosini; Prof. Diana Urania Galetta; Prof. Roberto Miccù; Prof. Andrea Morrone; Prof. Giulio M. Salerno; Prof. Maria Alessandra Sandulli; Prof. Sandro Staiano.

Redazione: dott. Federico Savastano (Redattore Capo); Prof. Francesco Battaglia; Prof. Cristina Bertolino; dott. Giovanni Boggero; Prof. Tanja Cerruti; dott. Caterina Domenicali; Prof. Giovanni Piccirilli; Prof. Massimo Rubechi; Prof. Martina Sinisi; Prof. Alessandro Sterpa.

Segreteria di redazione: dott. Simone Barbareschi; dott. Lucio Adalberto Caruso; dott. Adriano Dirri; dott. Luisa Giurato; dott. Eleonora Iannario; dott. Ekaterina Krapivnitskaya; dott. Nicola Pettinari; dott. Giulia Renzi; dott. Francesco Severa; dott. Sergio Spatola.

E-mail: redazione@federalismi.it

Sommario

INTRODUZIONE

- Presentazione, di *Emilio Castorina, Pierpaolo M. Sanfilippo, Adriana Ciancio, Elisa D'Alterio* e *Giuseppe Chiara* v
- Relazione introduttiva, di *Mario Libertini* vii

SAGGI E ARTICOLI

L'IMPATTO SULLE ATTIVITÀ AMMINISTRATIVE E SULLA FINANZA PUBBLICA 1
- Pandemia e aiuti di stato: riflessi sui diritti sociali finanziariamente condizionati, di *Damiano Carmelo Paternò* 2
- I vincoli europei e la crisi pandemica tra opportunità ed esigenze di coordinamento della fiscalità europea, di *Floriana Santagata* 10

PROFILI COMPARATISTICI 19
- Il Federalismo latino americano alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19. Il contrasto tra enti territoriali ed esecutivo centrale dinanzi al Giudice costituzionale federale in materia di tutela della salute. I casi del Messico e del Brasile, di *Salvatore Mario Gaias* 20
- L'impatto dell'emergenza Covid-19 sulla tutela del turismo nell'Ordinamento interno, di *Daniele Vitale* 31

FORMA DI STATO E GARANZIE DEI DIRITTI 46
- Gli «esperti di chiara fama» nel processo costituzionale, di *Luca Di Majo* 47
- Libertà religiosa e pandemia: verso un nuovo paradigma di relazioni tra Stato e confessioni religiose?, di *Davide Dimodugno* 57
- *Nulla (altera) poena sine (altero) crimine*. Dalla crisi pandemica alla crisi dei diritti fondamentali alla salute ed allo studio delle persone detenute, di *Luca Mariantoni* 71
- Misure anti – pandemiche e ruolo dei giudici, di *Rocco Scicchitano* 83

LA GESTIONE DELL'EMERGENZA TRA DIRITTO ALLA SALUTE E DIRITTO AL LAVORO 92
- Pandemia e parità di genere. L'impatto del Covid-19 nel mondo del lavoro, di *Ilaria De Cesare*. 93
- L'art. 41 Cost. alla prova dell'emergenza da Covid-19: un'inevitabile soluzione emergenziale o un nuovo bilanciamento tra mercato e diritti della persona? , di *Annachiara Montesano* 104
- La libertà nella manifestazione del consenso informato a seguito dell'introduzione della Certificazione verde rafforzata, di *Giovanni Vaccaro* 114

INDIRIZZO POLITICO, FORMA DI GOVERNO E SISTEMA DELLE FONTI 123
- Le linee guida tra forma e sostanza. Il sistema delle fonti nel vortice dell'emergenza pandemica, di *Dario Martire* 124
- Il sistema delle fonti e la rilevanza delle circolari amministrative nella governance dell'emergenza pandemica, di *Gloria Francesca Pulizzi* 135
- Procedure normative per l'attuazione del PNRR: tra vecchie e nuove prospettive di riforma, di *Claudia Tozzi* 147

RAPPORTI TRA GLI ENTI TERRITORIALI 159
- Profili di "collaborazione debole" tra Stato e regioni nell'emergenza sanitaria, di *Cristina Equizi* 160

- La leale collaborazione nell'emergenza sanitaria. Il ruolo del conflitto di attribuzione fra Stato e regioni, di *Alessia Fonzi* 170
- La dimensione dell'uguaglianza nell'accesso alle prestazioni sanitarie. L'effetto della pandemia di Covid-19, di *Francesca Paruzzo* 180
- La pandemia e le Regioni. Il riparto di competenze alla prova dell'emergenza sanitaria, di *Philipp Rossi* 191

DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA E DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA 200
- Le Camere dopo la pandemia. Una prospettiva a partire dall'esperienza del coronavirus, di *Guglielmo Agolino* 201
- La Camere nell'emergenza da Covid-19. Notazioni ricostruttive e spunti problematici, di *Luca Cavalli* 212
- Pandemia e compressione dei diritti fondamentali: l'eccezione del referendum, di *Paolo Inturri* 228

IMPRESA, CRISI E CONTRATTI 239
- L'emergenza covid-19 e le misure sul capitale sociale, di *Claudia D'Urso* 240
- A due anni dal d. «Cura Italia». Calcolo degli interessi nei finanziamenti bancari sospesi a causa dell'emergenza Covid-19, di *Luca Serafino Lentini* 251
- L'applicazione della normativa emergenziale ai contratti di sponsorizzazione sportiva, di *Antonio Torrisi* 262
- Gli effetti della pandemia sulla disciplina dei contratti: soluzioni del legislatore italiano e confronto con altri ordinamenti europei, di *Carla Vasta* 271

RELAZIONE FINALE 281
- Diritto dei contratti e delle imprese nella pandemia da COVID-19. Alcune considerazioni finali, di *Vincenzo Di Cataldo* 282

Presentazione*

di Emilio Castorina, Pierpaolo M. Sanfilippo, Adriana Ciancio, Elisa D'Alterio e Giuseppe Chiara

Questo numero speciale* raccoglie oltre la metà degli interventi presentati dalle giovani e dai giovani studiosi, provenienti da ogni parte d'Italia, che, in risposta ad apposita *call of papers,* hanno preso parte al Convegno svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania nei giorni 30 giugno e 1luglio 2022. Esso, inoltre, si arricchisce delle Relazioni, introduttiva e finale, magistralmente tenute, rispettivamente, dai Professori Mario Libertini e Vincenzo Di Cataldo, entrambi già ordinari di Diritto commerciale nelle Università "Sapienza" di Roma, il primo, e di Catania, il secondo.
Il Convegno, di taglio interdisciplinare (con particolare riguardo a profili di diritto costituzionale, diritto pubblico comparato ed europeo, diritto amministrativo e diritto commerciale) è stato organizzato tra le attività dell'omonimo progetto biennale di ricerca dipartimentale avviato già nei primi mesi dalla deflagrazione del Covid-19, con lo scopo di indagare i diversi risvolti, di carattere, appunto, giuridico-finanziario, nonché economico e sociale, della pandemia, sotto il coordinamento scientifico degli Autori di queste brevi note di presentazione e, cioè, oltre alla Professoressa Adriana Ciancio (Principal Investigator del Progetto), altresì i Professori Emilio Castorina, Pierpaolo M. Sanfilippo, Elisa D'Alterio e Giuseppe Chiara, tutti afferenti al medesimo Dipartimento di Giurisprudenza di Catania.
Invero, come noto, sin dalla prima ondata, la pandemia da Covid-19 ha rappresentato un formidabile banco di prova per la tenuta del sistema costituzionale italiano, chiamato a fronteggiare un'emergenza del tutto imprevista.
L'esigenza di preservare la salute pubblica, contrastando la diffusione del contagio e garantendo cure adeguate ai pazienti, si è imposta in cima all'agenda politica, inducendo Parlamento e Governo a mobilitare ingenti risorse e ad assumere, sul piano normativo, decisioni spesso assai drastiche, oltre che in costante adeguamento secondo l'evolversi della situazione dal punto di vista non solo strettamente medico-sanitario, ma anche economico e finanziario. In dottrina, tuttavia, è stato ripetutamente espresso il timore che una simile gestione dell'emergenza abbia finito per premere contro strutture fondamentali dello Stato costituzionale, sotto molteplici profili.

* Pubblicato grazie al Programma della ricerca di ateneo Unict 2020-22, Linea 2 e con il contributo dell'apposito fondo per le pubblicazioni in Open Access del Dipartimento di Giurisprudenza di Catania.

Pertanto, la risposta dell'ordinamento alla diffusione del Coronavirus ha presto sollecitato un ampio dibattito giuridico, evidenziando una serie di rilevanti problematiche, particolarmente in ambito costituzionale: il sistema delle fonti; il principio di legalità; il sistema delle garanzie dei diritti fondamentali e, anzitutto, il problema del rispetto della riserva di legge; il bilanciamento tra principi e valori costituzionali diversi e, talora, contrapposti; la forma di governo e il rapporto tra gli organi costituzionali e, tra essi, in particolare, il funzionamento e l'autonomia organizzativa del Parlamento; il sistema delle competenze, soprattutto nei rapporti tra gli enti territoriali sono tutte categorie che hanno richiesto di venir riconsiderate nell'ottica dello "stato di emergenza" indotto dalla crisi epidemiologica e degli strumenti via via adottati dai Governi che si sono succeduti in oltre un biennio per contrastarne la diffusione.

Peraltro, tali misure hanno determinato non secondarie conseguenze economiche che, a loro volta, hanno innescato ulteriori risposte dell'ordinamento con effetti a catena. Così nuovi interrogativi si sono posti riguardo all'adeguatezza degli strumenti di tutela offerti dal sistema a fronte sia delle conseguenti sopravvenienze nei rapporti contrattuali di durata, sia delle ingenerate situazioni di crisi delle imprese. Pure l'impatto sul piano della finanza pubblica è stato molto significativo. Si sono resi necessari un rilevante scostamento dagli obiettivi di medio termine fissati nella programmazione economico-finanziaria e il ricorso a misure di sostegno da parte della UE. In un Paese come l'Italia, con un altissimo livello di debito pubblico, la tenuta dell'assetto finanziario è apparsa fortemente compromessa, soprattutto in assenza di una effettiva ripresa.

È stato, dunque, essenziale interrogarsi sulla capacità del sistema di fare fronte anche a questa "altra faccia" dell'emergenza, rispondendo ad alcuni quesiti fondamentali: quali sono stati gli interventi europei? Quali sono stati i principali effetti sulla Costituzione economica? Come ha reagito l'amministrazione finanziaria alle nuove esigenze? E, dunque, che impatto ha avuto la crisi sulla tenuta economico-finanziaria del Paese e sullo Stato sociale, e, più in generale, sulla tenuta politica e istituzionale nel rapporto tra organi e fra Stato e Regioni? Il Convegno, pertanto, a coronamento di un lungo ciclo di incontri a carattere seminariale sulle diverse tematiche testé accennate, ha inteso rileggere e interpretare – con approccio interdisciplinare e attenzione rivolta anche a taluni ordinamenti stranieri, oltre alle implicazioni derivanti dalla partecipazione dell'Italia alla UE – alcune categorie giuridiche alla luce dell'emergenza, per proporre analisi scientifiche che offrano talune chiavi di lettura per poter rispondere alla tante questioni ancora aperte, muovendo dall'interrogativo preliminare se gli strumenti utilizzati possano essere ricondotti nei limiti dei principi dell'ordinamento, *in primis* costituzionale, e in che misura, ovvero se l'emergenza non finisca piuttosto per essere elevata a fatto giustificativo *extra-ordinem*, costituendo essa stessa il fondamento di atti altrimenti illegittimi.

La tenuta dello stato costituzionale ai tempi dell'emergenza da covid 19. Profili giuridici e finanziari
Relazione introduttiva

di Mario Libertini
Professore emerito di Diritto commerciale
Sapienza –Università di Roma

Sommario: 1. Premessa. **2.** Il momento di crisi della dottrina giuridica. **3.** La cosiddetta elasticità delle fonti di diritto. **4.** La pandemia come detonatore dei fenomeni sopra descritti. Alcuni profili giuscostituzionalistici: legislazione di emergenza, rapporti fra diritto e scienza. **5.** Alcuni profili giusprivatistici: le sopravvenienze nei rapporti di durata; le situazioni di crisi nel diritto della concorrenza.

1. Premessa

Vorrei anzitutto esprimere i miei complimenti per l'ambizione riposta nel progetto che ha dato vita a questo convegno. Esso ha un valore scientifico in sé, come programma di ricognizione delle reazioni espresse da una serie aperta di giovani giuristi, messi di fronte ad un fatto straordinario come la pandemia, che ha investito le nostre società negli ultimi due anni.

L'esame degli abstract denota grande curiosità intellettuale e puntuale concretezza nella scelta dei temi. Non direi, però, che si possa ravvisare una particolare cifra "giovanile" comune, nei commenti espressi dai contributi. Piuttosto, questi manifestano una buona capacità di inserirsi, in modo maturo, in discussioni in corso sul piano generale della dottrina giuridica.

L'iniziativa che qui si avvia è meritoria, ma non può dirsi isolata. Mi sembra che essa si inserisca in un genere di comunicazione culturale che si è diffuso nelle scuole di dottorato, con pubblicazioni interne alle stesse e, soprattutto, con convegni di presentazione delle migliori tesi, organizzati dalle diverse associazioni disciplinari. Non mancano, poi, iniziative culturali di queste stesse associazioni, ove si promuove la discussione su paper relativi a ricerche in corso. Nella stessa prospettiva si collocano alcune iniziative editoriali, in cui temi di ampio respiro sono trattati o commentati da una serie di giovani autori, in genere appartenenti ad una certa scuola di dottorato o ad un comune ambiente accademico.

Questi fenomeni sono certo meritevoli di apprezzamento. E ciò vale, in particolare, per i contributi che saranno presentati nel corso di questo convegno. Spero di essere perdonato se non farò, in questa riflessione introduttiva, una sintesi di questi contributi – anche per non sovrappormi al compito dei

colleghi che coordineranno le diverse sessioni - ma mi permetterò di svolgere qualche riflessione personale, che mi è stata suscitata dall'iniziativa stessa e dalla lettura degli abstract che saranno illustrati nel corso del convegno.

Il primo punto che vorrei sottolineare è che il tipo di prodotto culturale di cui si è detto è molto apprezzabile, ma non si deve considerare lo standard della produzione scientifica in campo giuridico. Su questo punto, spero che mi sia consentita una riflessione preoccupata sullo stato attuale della ricerca giuridica.

2. Il momento di crisi della dottrina giuridica

In proposito, si deve muovere da alcune premesse, ben note. La prima è che la ricerca giuridica non può seguire il metodo scientifico sperimentale delle scienze "dure", e neanche può affidarsi interamente al metodo tipologico delle scienze storiche e sociali e della psicologia (pur essendo la ricostruzione tipologica della realtà premessa di ogni valido discorso giuridico positivo), perché la giurisprudenza positiva è una scienza normativa (che si apparenta, per questo profilo, alle discipline tecnologiche). La cifra della scientificità della dottrina giuridica (nell'approccio "interno" ad un determinato ordinamento, che è quello proprio del giurista positivo) è, da un lato, nella sua capacità di costruire norme eque ed efficienti sulla base di procedure convenzionalmente accettate in una certa "comunità epistemica" (una "comunità di dotti", si sarebbe detto un tempo); dall'altro, nella sua capacità di svolgere un "ragionamento informato", cioè di sviluppare argomentazioni che si fondano su una discussione in corso nell'ambito di quella comunità epistemica; cioè una discussione i cui partecipanti hanno una certa identità, perché sviluppano argomentazioni sulla base di concetti e ragioni convenzionalmente accettate da tutti gli appartenenti alla comunità stessa. E' in questo senso, storicamente concreto, che si può parlare ancor oggi – sebbene il termine sia divenuto desueto - di "scientificità" della ricerca giuridica. Si applica così una nozione ampia di "scientificità" che, negli stessi termini, si può estendere persino alla teologia; e ciò può dirsi, allo stesso modo, per materie tecniche (anche molto specialistiche), a cui la giurisprudenza positiva si apparenta, in senso lato, perché approda ad esiti finali normativi.

Il dato empirico, su cui si fonda la "scientificità" di certe produzioni culturali, sta dunque nella identità e continuità del circuito informativo in cui il singolo contributo si inserisce. Ogni contributo scientifico pone questioni che hanno senso all'interno di un quadro di conoscenze storicamente determinato e convenzionalmente accettato e si connette idealmente al quadro complessivo di informazioni ed enunciati precedenti, formatisi nell'ambito della disciplina. Esso costituisce dunque un tassello di una costruzione complessiva, e il lettore di un saggio scientifico dovrebbe essere, idealmente, sempre in grado di collocare

il contenuto del saggio in un quadro complessivo di conoscenze organizzate, come conferma di tesi già enunciate da altri o proposta di questioni o soluzioni nuove.

A me sembra che, nello stato attuale della dottrina giuridica, questo circuito informativo si sia spezzato. Si è, nei fatti, legittimata una produzione dottrinale in cui la base informativa è selezionata discrezionalmente (o meglio: casualmente e, non di rado, arbitrariamente; nel peggiore dei casi, faziosamente). Questo non è solo un male italiano. Accade anche, per esempio, nella produzione dottrinale statunitense (che, salvo limitatissime eccezioni, ignora la produzione dottrinale in lingue diverse dall'inglese e, spesso, anche gli scritti in lingua inglese di autori non anglofoni). La differenza, rispetto al paese leader (gli USA), è che lì si segue ancora il metodo scolastico della tradizione, per cui gli scritti dottrinali si aprono generalmente con una questione chiaramente posta e un programma di sviluppo della stessa, chiaramente enunciato; sicché il lettore può comunque tentare di inquadrare lo scritto in un suo quadro generale di conoscenze. In Italia si preferisce invece un metodo espositivo rapsodico.

Tutto ciò porta ad un impoverimento della produzione dottrinale. Si è realizzata una sorta di "populismo" della ricerca giuridica, per cui "uno vale uno". I risultati operativi degli scritti di diritto positivo sono, spesso, poco approfonditi o meramente ricognitivi di dati giurisprudenziali. Non di rado capita di accorgersi, in occasione della redazione di un parere legale pro veritate o comunque di fronte alla necessità di formulare indicazioni precise su un caso concreto della esperienza giuridica, di quanto sia povera di soluzioni concrete "operative" una produzione dottrinale che, su quella materia, magari può vantare diverse monografie e una miriade di articoli e note.

C'è dunque oggi un problema di organizzazione culturale: troppi convegni e conseguenti pretese di tradurre in stampa tutto ciò che si dice negli stessi. Troppa letteratura strumentale al raggiungimento di "mediane" o di standard concorsuali basati sul genere letterario di appartenenza dello scritto. Accade così che gli articoli scientifici siano spesso letteratura d'occasione, tratta da relazioni o interventi a convegni, da pareri legali o, peggio, da scritti difensivi. Le monografie, poi, sono spesso lavori compilativi, incentivati dalle regole concorsuali, ma ben lontani dai "capolavori" (chefs d'oeuvre) della tradizione delle corporazioni d'arti e mestieri, che si era trasmessa nel costume accademico delle generazioni passate.

La realtà della produzione dottrinale è perciò in stridente contrasto con quanto si apprende dagli scritti metodologici, ove, da lungo tempo, si chiede al giurista positivo una profonda conoscenza del problema trattato, sotto il profilo storico-comparatistico, ed anche sotto il profilo economico; e ciò accanto ad una razionale argomentazione della soluzione del problema stesso, in cui dovrebbero convergere principi costituzionali, norme espresse di diritto positivo ed altre fonti che, ad oggi, non sono più individuate in modo tassativo. In questo contesto "fluido", in cui il compito del giurista non è più (solo) quello di porsi

di fronte ad un testo da interpretare, e alla giurisprudenza si riconosce normalmente un ruolo "creativo", la dottrina viene chiamata, da molti, a svolgere un ruolo unificante e di orientamento.

Questo compito è superiore alle forze di un ricercatore medio. O comunque richiederebbe uno sforzo di ricerca di diversi anni, per affrontare qualsiasi problema. Per di più, si tratterebbe di uno sforzo per lo più inane, dato che ogni scrittore successivo si sente legittimato a variare le premesse dei ragionamenti svolti. Ciò in una prospettiva "postmoderna", in cui si dà per scontato che non possa aversi una coerenza piena del sistema giuridico e si sviluppa la tendenza verso circuiti informativi specialistici sempre più isolati l'uno dall'altro (il che è funzionale, ed ha un grande significato, per l'organizzazione dei servizi professionali; ma questo è un altro discorso).

Credo dunque che oggi si ponga seriamente un'esigenza di ricostituzione di una dottrina giuridica "alta". Il punto debole di questa aspirazione è però che una dottrina giuridica alta non può nascere facilmente – a parte il miracolo culturale antico della formazione del diritto comune romano-canonico nell'Europa medievale – in mancanza di una domanda in tal senso da parte del sistema politico. Ciò che oggi appare molto improbabile. Oggi l'unica spinta potrebbe essere data da uno sforzo di riorganizzazione meritocratica della comunità accademica, che appare altrettanto improbabile, ma rimane, pur sempre, auspicabile.

3. La cosiddetta elasticità delle fonti di diritto

La tendenza "postmoderna" degli studi giuridici, a cui accennavo, trova la sua espressione più significativa nell'evoluzione della teoria delle fonti di diritto. È divenuto oggi luogo comune quello dell'elasticità delle fonti. Questo assunto si fonda, a mio avviso, su una confusione tra il profilo storico/fattuale relativo al peso dei vari "formanti" nell'evoluzione del diritto, con il profilo metodologico e deontologico, che riguarda la selezione degli argomenti legittimati a fondare soluzioni giuridiche vincolanti.

Più in generale, la c.d. elasticità delle fonti è presentata come un'esperienza storica oggettiva e ineluttabile (per qualcuno, come Paolo Grossi, anche come una forma di liberazione dalla presenza ossessiva dello Stato sovrano). In realtà, le c.d. fonti del diritto sono espressione di convenzioni culturali volte a selezionare argomenti impiegabili legittimamente per giungere a conclusioni di diritto. In questo senso, un'acquisizione culturale fondamentale del positivismo giuridico (e dello Stato di diritto contemporaneo, in genere) è stata quella della tassatività delle fonti di diritto, cioè, in altri termini, della riserva di legge – di rango costituzionale – in materia di fonti. Riserva di legge che si desume – nell'ordinamento italiano vigente - dal fondamentale principio dell'art. 101 Cost., per cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge (principio che si può tradurre nell'onere, per il giudice, di motivare le proprie decisioni facendo capo ad una fonte riconosciuta come tale da una legge, e non ad una qualsiasi "fonte atipica"). Riserva di legge

che si estende anche alla gerarchia tra le fonti stesse, perché la pluralità delle fonti, se dev'essere tradotta in norma vincolante per il giudice, dev'essere anche ben definita sul piano gerarchico.

In questa prospettiva, la tassatività delle fonti costituisce anche condicio sine qua non di un esercizio del potere giurisdizionale suscettibile di critica razionale e, proprio per ciò, più credibile ed autorevole. Per contro, la "fluidità delle fonti" rende astrattamente legittimi i più diversi argomenti utilizzati per giungere a conclusioni giuridiche, e affida la prevalenza concreta di certe soluzioni a fattori di suggestione, più che di ragione.

La tassatività delle fonti è dunque un risvolto necessario del primato della legge (oggi divenuto primato della legalità costituzionale multilivello, ma pur sempre costituente visione incompatibile con l'idea di un diritto spontaneo, legittimato dal sentimento della "comunità interpretante" – come vorrebbe Nicola Lipari - o dall'elevazione a fonte di diritto dell'uso giudiziario).

La tassatività delle fonti non è da intendere peraltro – dovrebbe essere inutile dirlo - come autosufficienza del testo normativo e non comporta affatto il riconoscimento di una teoria cognitivistica dell'interpretazione. Significa soltanto tassatività degli argomenti che il giudice (o il giurista positivo, in genere) può porre legittimamente a base della sua decisione, nello spiegare la "continuità" della decisione stessa con i testi normativi dati o con altri fattori formalmente riconosciuti come fonte di diritto, nell'ambito di un ordinamento determinato.

Il gran parlare che si fa oggi di elasticità delle fonti e della giurisprudenza come fonte di diritto legittima la Torre di Babele delle proposizioni giuridiche nella produzione dottrinale e, così facendo, depotenzia il ruolo della dottrina. Ma in realtà rende episodica anche la creatività giurisprudenziale, che non potrà mai aspirare ad una sistematica razionale come quella che, a suo tempo, era teorizzata nelle ideologie della codificazione.

Il teorizzato pluralismo delle fonti ha avuto anche, insieme come causa e come effetto, una degenerazione del processo legislativo, sempre più incline ad occupare, con regolazioni di minuto dettaglio, spazi propri dell'amministrazione (come ha più volte sottolineato Sabino Cassese) e sempre più viziato da spinte centrifughe. Ha inoltre legittimato fonti atipiche, come linee-guida governative di incerto statuto normativo. La pandemia ha dato luogo ad un'espansione di "strumenti di regolazione flessibile", di fonti atipiche di incerto statuto normativo, ma questo fenomeno non è sorto solo adesso.

4. La pandemia come detonatore dei fenomeni sopra descritti. Alcuni profili giuscostituzionalistici: legislazione di emergenza, rapporti fra diritto e scienza

La pandemia ha dunque svolto una funzione di detonatore di questi fenomeni. Ci sono state molte discussioni su riserva di legge e tutela della persona. Si è temuto, e non solo in Italia, che la pandemia

fosse occasione per derive autoritarie. In proposito, a mio avviso, è ragionevole riconoscere, a livello costituzionale, una qualche rilevanza dell'emergenza, anche se la scelta del costituente italiano, ispirata da note e comprensibili preoccupazioni sul rischio di eccessiva concentrazione di poteri in capo al Governo, ha consapevolmente evitato di attribuire un riconoscimento formale allo stato di eccezione (o di emergenza, che dir si voglia). La previsione della decretazione d'urgenza, se ricondotta alla sua ratio originaria (ampiamente tradita nella prassi costituzionale, ma non nel caso di emergenza vera, come è stato quello della pandemia), può assolvere correttamente questa funzione.

Personalmente, non solleverei critiche verso la sentenza 198/2021 (22.10.2021) della Corte costituzionale, che ha "salvato" i decreti sull'emergenza del 2020, ravvisando nelle misure attuative dei decreti degli "atti a contenuto tipizzato" e così ritenendo rispettata la riserva di legge. Nonché nella sentenza 127/2022 del 26.05.2022 (rel. Barbera), che ha sancito che "l'obbligo, per chi è sottoposto a quarantena per provvedimento dell'autorità sanitaria, in quanto risultato positivo al virus COVID-19, di non uscire dalla propria abitazione o dimora, non restringe la libertà personale, anzitutto perché esso non viene direttamente accompagnato da alcuna forma di coercizione fisica, né in fase iniziale, né durante la protrazione di esso per il corso della malattia".

La deriva costituzionale si è invece manifestata, a mio avviso, in altri fenomeni, che sono stati tollerati da tutte le autorità costituzionali: l'inosservanza delle norme sulla collegialità nell'adozione di delibere da parte del Consiglio dei Ministri; l'affermazione del c.d. monocameralismo di fatto (o "bicameralismo alternato"), comportante l'approvazione, da parte di un ramo del Parlamento, di testi non discussi collegialmente (in alcuni casi, come per le leggi di bilancio, questo vizio ha riguardato ambedue i rami del Parlamento). Questi sono segnali di una deriva autoritaria "spontanea", di cui il Covid non è stato causa prima, ma che ha contribuito a far emergere. C'è oggi una situazione di pericolo reale delle nostre democrazie, confermato dall'assenteismo elettorale (che contiene un implicito messaggio di disponibilità di delega del potere del popolo sovrano a un qualche autocrate). Il percorso dalla democrazia dei partiti al populismo, e da questo all'acquiescenza verso forme di autocrazia, ha, purtroppo, una logica interna che è difficile contrastare, fino a che non saranno recuperate identità collettive riconoscibili "in positivo", da parte del cittadino medio.

A parte questo (terribile) problema di fondo, la pandemia ha sollevato diversi problemi di rilevanza teorica generale: ricorderei il rapporto fra diritto e scienza e la previsione di norme sostanziali, di diritto privato come pure di diritto amministrativo, legate alle situazioni di emergenza.

Sotto il primo profilo è emerso sempre più chiaramente come la scienza non dia certezze assolute, se non in pochi casi. E solo in questi casi estremi credo che si potrebbe, in linea di principio, parlare di una

"riserva di scienza come parametro interposto di costituzionalità", come si sostiene da alcuni nell'ambito di una raffinata discussione, apertasi fra i giuscostituzionalisti.

È diffusa invece – nell'opinione corrente - una ingenua (e qualche volta strumentale) fiducia nelle illimitate potenzialità della scienza e della tecnica. E quindi nella possibilità di risolvere problemi complessi con una seria volontà politica (il modello "Greta Thunberg", con il suo permanente richiamo a seguire i dettami della scienza). In realtà, la causa dei problemi – soprattutto in materia ambientale - siamo spesso noi stessi, con i nostri numeri crescenti e con il nostro modello di vita (a cui non vogliamo né possiamo rinunciare e che auspichiamo, giustamente, di potere estendere al resto dell'umanità).
Il richiamo alla scienza al fine della produzione di norme giuridiche è, in realtà, molto spesso (e così è avvenuto nella legislazione sulla pandemia) richiamo al principio di precauzione, cioè all'applicazione discrezionale di norme di divieto fondate su preoccupazioni non dotate di certezza, ma più o meno suffragate da ipotesi scientifiche (diverse, dunque, dal caso in cui la scienza scopre un dato fisico o chimico non modificabile dall'uomo: allora la norma di legge non può che prenderne atto, senza alcuna discrezionalità). La pandemia ci ha dimostrato quanto opinabile e discrezionale sia il principio di precauzione, che pone il decisore politico ed amministrativo nella condizione di affrontare un problema in una prospettiva scientificamente incerta. Certo, ci sono tecniche collaudate di controllo della discrezionalità legislativa ed amministrativa, e possono essere applicate anche in queste situazioni, ma neanche la prospettiva di un pervasivo controllo giudiziario, volto a cogliere le insufficienze di istruttoria e di motivazione che possono facilmente emergere da un sindacato giudiziario rigoroso, è una prospettiva che possa darci fiducia. Il "governo dei giudici", quando diviene pervasivo come è avvenuto in Italia e negli USA, diviene anzi segno di crisi di un sistema politico democratico (Cassese, Fukuyama).
La soluzione dovrebbe essere anzi, a mio avviso, quella del riconoscimento dell'esclusività del bilanciamento legislativo, nell'applicazione del principio di precauzione. Ciò, a sua volta, richiede un'applicazione socialmente responsabile del principio di precauzione stesso, e questa sarebbe insieme causa ed effetto di un recupero di prestigio dei governi democratici e di un conseguente recupero della dimensione del merito legislativo e amministrativo, cioè di una dimensione non scevra dal rispetto del principio di legalità, ma non per questo soggetta ad un penetrante controllo di legittimità.

5. Alcuni profili giusprivatistici: le sopravvenienze nei rapporti di durata; le situazioni di crisi nel diritto della concorrenza

Il rapporto fra diritto ed emergenza ci porta anche ad affrontare il tema nella prospettiva del diritto privato. Il problema principale qui è stato quello delle sopravvenienze nei rapporti contrattuali di durata.

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulle misure di sospensione dell'esecuzione del rilascio degli immobili a seguito di sfratti, ed ha complessivamente salvato, anche qui, la legislazione d'emergenza, ritenendo ragionevoli le compressioni temporanee del diritto di proprietà dovute a ragioni di solidarietà sociale (sent. 11.11.2021 n. 213; ma v. sent. 128/2021 del 23.09.2021, che ha dichiarato illegittima una seconda proroga dello stesso termine).

A parte il tema scottante della locazione e delle misure speciali destinate ai relativi rapporti, l'emergenza ha reso di massima attualità il problema, ben noto, delle sopravvenienze nei rapporti contrattuali di durata, come problema generale di diritto privato. Dalla intangibilità del principio pacta sunt servanda (che, durante i lavori preparatori del vigente codice civile italiano, aveva indotto Filippo Vassalli a contrastare l'introduzione delle norme sull'eccessiva onerosità sopravvenuta e sulla rescissione per lesione) si è passati, progressivamente, al riconoscimento della prevalenza sistematica del principio di solidarietà. Questa seconda opzione - che oggi, credo, possa definirsi prevalente, benché non ancora unanime - è preferibile sul piano della civiltà e dev'essere – a mio avviso - assecondata. L'adesione a questa opzione di principio è però soltanto un primo passo. Il centro del problema è costituito dalla costruzione di un apparato rimediale, atto a facilitare il passaggio dall'obbligo legale di rinegoziazione alla modificazione effettiva del rapporto contrattuale. Ciò non è possibile, a mio avviso, se non si ammette la possibilità di sentenze determinative del giudice, in caso di mancato conseguimento dell'accordo fra le parti; e se, poi, non si ammette l'esecuzione forzata dell'obbligo di concludere il contratto, come modificato dalla decisione giudiziaria. So bene che ancora molte sono le resistenze contro questa prospettiva, ma credo anche che solo questa prospettiva possa fornire un serio incentivo alla conclusione dell'accordo rinegoziato fra le parti.

In realtà, i problemi di diritto privato sollevati, o accentuati, dalla crisi pandemica, non si limitano a quello centrale delle sopravvenienze nei rapporti contrattuali di durata. Vorrei chiudere con un solo esempio, che riguarda il diritto della concorrenza. In questo ambito si è, da molti anni, affermata la tesi che considera vietate le intese restrittive della concorrenza che abbiano ad oggetto il coordinamento di condotte fra concorrenti, anche quando l'intesa sia motivata dall'esigenza di fronteggiare, per un periodo di tempo limitato, una situazione straordinaria di crisi di mercato. La ragione di questo orientamento rigoroso è facilmente intuibile: si teme che una disciplina permissiva sui "cartelli di crisi" si traduca in un facile lasciapassare per la formazione o il rafforzamento di cartelli in generale. La preoccupazione è seria, ma credo che si possa affrontare con i normali mezzi repressivi di cui dispongono le autorità antitrust. Viceversa, di fronte alle situazioni di crisi effettiva, che causano un rischio di espulsione dal mercato di diverse imprese non per loro demerito ma per minore disponibilità di mezzi finanziari rispetto ai concorrenti, consentire un certo spazio agli accordi di categoria volti a raffreddare la concorrenza nel

tempo necessario a superare la congiuntura straordinaria non sarebbe incompatibile con i principi di tutela della concorrenza. Allo stato, nei periodi di crisi le regole generali di tutela della concorrenza sono costantemente derogate mediante il ricorso ad aiuti di Stato, spesso molto largo e generalizzato a tutte le imprese dei settori colpiti. Non vedo dunque uno scandalo nell'ammettere che anche accordi temporanei di fronteggiamento della crisi, conclusi dalle stesse imprese private interessate, siano ammessi, in deroga alle regole generali.

L’impatto sulle attività amministrative e sulla finanza pubblica

Pandemia e aiuti di stato: riflessi sui diritti sociali finanziariamente condizionati*

di Damiano Carmelo Paternò
Dottore in Giurisprudenza
Università degli Studi di Catania

Abstract [It]: Se l'effettivo godimento dei diritti sociali costituzionalmente sanciti e finanziariamente condizionati dipende soprattutto dai limiti di spesa imposti dal rispetto del principio del pareggio di bilancio, una piena fruibilità di siffatti diritti rischia di non essere garantita nell'attuale scenario macroeconomico, caratterizzato dall'allentamento dei vincoli di finanza pubblica imposto dall'emergenza sanitaria da Covid-19. Gli aiuti di Stato autorizzati dalla Commissione europea con il Temporary Framework del 19 marzo 2020, benché prioritariamente destinati al tessuto imprenditoriale, potrebbero rappresentare una preziosa occasione per assicurare la tenuta dello Stato costituzionale e contrastare il progressivo processo di degradazione dei diritti in questione. Dopo un breve esame sulla natura dei diritti e delle misure incentivanti de quo, la presente trattazione intende illustrare come il proposito di finanziare prestazioni socio-assistenziali con tali aiuti rimarrebbe una via praticabile, a patto che venga data un'effettiva attuazione al PNRR (perseguendo gli obiettivi di giusitizia sociale, inclusione e coesione socio-economica) e che siano realizzate riforme incentrate sulla revisione della spesa pubblica e sul miglioramento del saldo di indebitamento netto delle pubbliche amministrazioni. Queste ultime, infatti, spesso non hanno la possibilità di erogare le suddette prestazioni proprio per l'impossibilità strutturale di ricorrere ai prestiti (loans) del Recovery and Resilience Facility.

Title: Pandemic and state aid measures: financially conditioned social rights implications
Abstract [En]: If the effective enjoyment of constitutionally enshrined and financially conditioned social rights depends above all on the spending limits imposed by the balanced-budget rule, they risk being sacrificed in the current macroeconomic landscape, characterized by the slack of public finance constraints due to the Covid-19 pandemic. State aid authorized by the European Commission with the Temporary Framework of 19 March 2020, although mainly intended for enterprises, could represent a precious opportunity to ensure the stability of the constitutional state and counter the progressive process of degradation of social rights. After a brief examination of the nature of the rights and incentive measures de quo, the present discussion intends to illustrate how the intention of financing the social welfare functions with such aid would remain a practicable way, provided, however, that effective implementation of the PNRR is given (pursuing the objectives of social justice, inclusion and economic and social cohesion) and that reforms focused on the spending review process and on the improvement of the public sector net borrowing are implemented. In fact, public administrations often do not have the possibility to provide welfare grants, beacuse they cannot take out loans of Recovery and Resilience Facility.

Parole chiave: Diritti sociali, aiuto di Stato, *Temporary Framework*, revisione della spesa pubblica, indebitamento netto
Keywords: Social rights, state aid, *Temporary Framework*, spending review, net borrow-ing

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** Il *Temporary Framework*. **3.** Aiuti di Stato e coesione socio-economica. **4.** Finanziare i diritti sociali con gli aiuti? Nodi problematici e prospettive di riforma.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Introduzione

Se l'effettivo godimento dei diritti sociali finanziariamente condizionati[1] dipende precipuamente dai limiti di spesa imposti dal rispetto del principio del pareggio di bilancio[2], vale la pena chiedersi quali fattori potrebbero contribuire ad assicurare una piena fruibilità di siffatti diritti nell'odierno scenario macroeconomico, contrassegnato dai ripetuti scostamenti temporanei del saldo strutturale di bilancio dall'OMT[3] praticati durante gli "stati di eccezione"[4] da Covid-19, nonché, da ultimo, dalla crisi energetica[5]. Il dibattito sulla non-assolutezza[6] - e conseguente disponibilità - dei suddetti diritti torna di attualità proprio con la risposta coordinata alla recessione pandemica[7], implementata mediante un forte allentamento dei vincoli di finanza pubblica, cui ha fatto da *pendant* il varo di plurimi aiuti di Stato.

Sotto il primo profilo, l'attivazione della *general escape clause*[8] ha decretato il congelamento delle regole di effettività del Patto di Stabilità e Crescita[9] e lo scostamento dai parametri del *Fiscal compact*[10]. Gli effetti di tale intervento, indispensabile per concedere alle politiche di bilancio dei Paesi membri la flessibilità

---

[1] La nozione di diritti sociali che, benché costituzionalmente sanciti, sono soggetti ad un condizionamento finanziario e la compatibilità del concetto di diritto inviolabile con quello di diritto sociale a prestazioni positive dei pubblici poteri emergono per la prima volta in Corte cost., sent. 455/1990. Sul punto, F. MODUGNO, *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2010, 602.

[2] Ma l'equilibrio di bilancio non può ostare all'attuazione dei c.d. *diritti incomprimibili* (*ex multis*, Corte cost. sent. 275/2006). Stabilire come i diritti sociali di prestazione siano condizionabili dal limite della copertura finanziaria rimane una scelta demandata alla discrezionalità del legislatore, il quale nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni deve però contemperare i vincoli di finanza pubblica col canone di ragionevolezza: A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2014.

[3] Il divieto di ricorrere all'indebitamento - desumibile dalla regola finanziaria del pareggio di bilancio – può infatti cozzare con l'attuazione dei *diritti sociali a soddisfazione necessaria* (quali il diritto all'istruzione e alle prestazioni sanitarie) che uno Stato sociale e a *welfare* progredito demanda alla propria amministrazione. Cfr. la tuttora attuale visione di S. CASSESE, *L'incompletezza del Welfare State in Italia*, in *Povertà e Stato*, a cura di R. Artoni e E. Bettinelli, Roma, Fondazione Adriano Olivetti, 1987, 53 ss.

[4] L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid 19: la reazione italiana*, in federalismi.it, n. 1, 2020; E. CAMILLERI, *Principles for the Covid 19 Crisis": argini e contrappesi contro l'abuso dello stato di eccezione entro lo spazio giuridico* europeo, su www.giustiziainsieme.it.

[5] Le misure volte a calmierare luce e gas di cui al d.l. "Aiuti-*ter*", benché incidenti sulla fruizione di prestazioni sociali, non sono finanziate però col ricorso ad indebitamenti aggiuntivi: il maggior livello di spesa per contenerne i costi è coperto da entrate addizionali derivanti dal maggior gettito Iva per l'inflazione e dalle imposte dirette. Ergo, per autorizzarle non è stato necessario che le Camere votassero uno scostamento ex art. 6 l. 243/2012 a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti.

[6] I diritti di prestazione, quantunque costituzionalmente sanciti, differiscono sensibilmente dai diritti di libertà e nella loro fruizione va escluso «che l'utente coincida col cittadino»: F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990, 30 ss.

[7] J. AIDUKAITE, S. SAXONBERG e D. SZELEWA, *Social policy in the face of a global pandemic: Policy responses to the COVID-19 crisis in Central and Eastern Europe, in Global Social Policy*, n. 1, 2021, ss.

[8] D. PRAMMER e L. REISS, *The Stability and Growth Pact since 2011: More complex - but also stricter and less procyclical?*, in Monetary Policy & the Economy, www.oenb.it, 33 ss. Tale clausola va letta in rapporto al maggior indebitamento netto autorizzato ex art. 81, co. 2 Cost.: E. D'ALTERIO, *Dietro le quinte di un potere. Pubblica amministrazione e governo dei mezzi finanziari*, Bologna, Il Mulino, 2021, 63 ss.

[9] R. PEREZ, *Il controllo della finanza pubblica*, in *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, V, Roma-Bari, Laterza,, 2012, 363.

[10] M.L. SEGUITI, *La finanza pubblica internazionale*, in *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, a cura di C.E. Gallo, VIII, Torino, Giappichelli, 2018, 188 s.

necessaria a fronteggiare gli *shock* economici cagionati dall'emergenza sanitaria, sembrano destinati a riverberarsi sullo stesso modello di *governance* economica plasmato dal Trattato di Lisbona[11].

D'altro canto, col *Quadro temporaneo sugli aiuti di Stato* del 19 marzo 2020[12] la Commissione ha autorizzato molteplici misure di sostegno suscettibili di incidere sulla finanza pubblica[13].

Obiettivo della presente trattazione è quello di illustrare, in una prospettiva *de iure condendo*, quali condizioni giuridico-contabili e linee ordinamentali di riforma consentirebbero la copertura, sia pur indiretta, dei costi di prestazioni sociali sfruttando l'erogazione degli aiuti *de quo*. L'idea di fondo è che tali risorse, ancorché non aventi un'immediata connotazione socio-assistenziale, rappresentino una preziosa occasione per superare le fragilità della tenuta costituzionale dello Stato ai tempi della pandemia e realizzare quelle finalità di giustizia sociale[14] che il progressivo processo di degradazione dei diritti sociali rischia di pretermettere.

2. Il *Temporary Framework*

Gli aiuti di Stato autorizzati col *Temporary Framework* del 19 marzo[15], essendo riconducibili all'alveo dell'art. 107, par. 3 lett. b) TFUE[16], sono compatibili col mercato interno[17]. Non pregiudicano la libertà concorrenziale[18] (in virtù di appositi meccanismi tesi ad evitare una possibile selettività nell'attribuzione dei vantaggi economici[19]), rispondono a canoni di *adeguatezza* e *proporzionalità*[20] e si caratterizzano per una generale attitudine derogatoria al principio *Deggendorf*[21] (art. 46 l. 34/2012).

---

[11] M. BELLETTI, *Il "governo" dell'emergenza sanitaria. Quali effetti sulla costituzione economica e sul processo "federativo" europeo*, in Dir. pubbl. eur., 1, 2021, 32 ss.

[12] COM (2020) 1863, in GUCE, 2020/C 91.

[13] F. FIMMANÒ, *Recovery Fund ed aiuti di Stato*, in *Riv. della Corte dei Conti*, quad. mon. 1, 2021, 73 ss.; G. D'AURIA, *Legge di bilancio 2021: tante ombre, aspettando il Piano di ripresa*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1, 2021, 9.

[14] N. BOBBIO, *Sui diritti sociali*, in *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, a cura di G. Neppi Modona, Torino, Einaudi, 1997.

[15] R. DANELLI, *Le novità disciplinari della Commissione europea in materia di aiuti di Stato alla luce dell'emergenza Covid-19*, in *Riv. giur. semestr.*, n. 2, 2020.

[16] C. D'AMBROSIO, *Dal Meccanismo Europeo di Stabilità ai "Corona Bonds": le possibili alternative per fronteggiare la crisi dell'eurozona a seguito dell'emergenza Covid-19*, in Eurojus, num. spec., 2020, 115 ss.; C. MASSA, *Covid-19 e Aiuti di Stato: il Quadro temporaneo introdotto dalla Commissione e le misure di sostegno adottate dagli Stati membri*, Ib., 149 ss.

[17] T. BALLARINO e L. BELLODI, *Gli aiuti di stato nel diritto comunitario*, in *Jus gentium europaeum*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1997, *passim*; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, Cedam, 2000, 117 ss.; M. ORLANDI, *La disciplina degli aiuti di Stato* in *Diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di A. Tizzano, II, Torino, Giappichelli, 2006, 1722 e ss.

[18] Che ha anche un fondamento costituzionale, rilevando sia come "aspetto" che come "limite" alla libertà di iniziativa economica privata (art. 41, co. 1 Cost.).

[19] La II revisione del *Temporary Framework* (8/05/20) enuncia 5 criteri antidistorsivi.

[20] Essendo "*targeted and proportionate*", E. CARDI, *European Economic Legal Order After Brexit Legacy, Regulation, and Policy*, Torino, Giappichelli, 2021, 69.

[21] Che impedisce l'erogazione di incentivi statali ad imprese che, già beneficiarie di aiuti illegittimi, non li avessero restituiti*: sent. CGUE,* 9 marzo 1994, C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf GmbH.

Tratto saliente che assurge a minimo comune denominatore di tutte le misure in questione è la traslazione a beneficiari privati di entità economiche originariamente facenti capo all'amministrazione statale, in funzione della realizzazione di interessi pubblici. Il requisito dell'*imputazione* allo Stato si ritiene sussistente anche in presenza del fenomeno dell'indiretta imputabilità del pubblico incentivo[22], gestito cioè da imprese pubbliche[23], società partecipate[24] o *in house*.

L'accreditamento di Autorità responsabili e soggetti concedenti (inclusi organismi di diritto pubblico e partecipate[25]) nel Registro nazionale aiuti di Stato[26] consente, prima di ogni concessione, di avere cognizione delle misure agevolative già stanziate all'istante[27]. Pare però difficile che un tale unico strumento di trasparenza possa razionalizzare i controlli anticorruzione per tutti gli eterogenei tipi di incentivi e il sistema della *compliance* con la disciplina europea degli aiuti[28].

3. Aiuti di Stato e coesione socio-economica

I predetti aiuti, essendo stati concepiti soprattutto come misure di sostegno al settore produttivo, commerciale e bancario[29], non rappresentano *in re ipsa* finanziamenti a sostegno dell'attuazione dei diritti sociali. Sennonché, il prevalente vincolo di destinazione delle indagate misure d'aiuto non osta *tout court* alla realizzazione di finalità socio-assistenziali, salvi casi limite (si pensi ai vari ibridi finanziamenti di attività di co-regolazione pubblico-privata[30]).

---

22 Sulla *"teoria dell'imputazione"*, M. LIPARI, *La nozione di «aiuto di Stato» indiretto e il requisito dell'"imputazione" soggettiva pubblica. L'origine statale delle risorse e l'incerta qualificazione delle misure incentivanti concesse da enti privati per finalità di interesse generale*, in *Gli aiuti di stato: profili generali e problematiche energetiche*, a cura di E. Bruti Liberati, A. Travi, M. De Focatiis, Milano, Wolters Kluwer, 2020, 43 ss.; in op. cit. anche G. CONTALDI, *La nozione di aiuto di Stato*, 36 s.

23 Per la CGUE l'imputabilità della misura d'aiuto allo Stato non può essere esclusa per il solo fatto che un'impresa pubblica è costituita in forma di società, anche se di diritto comune: sent. del 16/05/2002, Francia/Commissione (Stardust), C-482/99, punto 57. La fisiologica frammentazione dello Stato rende però complicato individuare una nozione univoca di impresa pubblica, in un contesto in cui si stagliano innumerevoli enti strumentali e organismi satelliti: S. CASSESE, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2020, 467 ss.

24 Sono spesso proprio le risorse usate dalle partecipate a determinare la loro natura di enti di diritto pubblico o privato: Corte dei conti, sez. I d'appello, sent. 356/2005; F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in *Riv. della Corte dei Conti*, Roma, Ist. Poligr. Zecca Stato, 2014, I, 3 ss.

25 Tuttavia, alle partecipate soggette alla disciplina privatistica non è consentito l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali: cfr., Cass., sez. un., 19 aprile 2013, n. 9534 e Cass., sez. un., 20 febbraio 2013, n. 4217 e Cass., sez. un., 30 dicembre 2011 n. 30167; Corte dei Conti, sez. I d'appello, sent. del 3 novembre 2005, n. 356. Tra le partecipate si segnala Sace, cui l'art. 1 d.l. 23/2020 riconosce un ruolo preminente nel rilascio della *"garanzia Italia"*, in virtù della specializzazione maturata nella valutazione del merito creditizio delle aziende e nella determinazione del prezzo congruo delle garanzie. Si v. A. PISANESCHI, *Il supporto finanziario alle medie e grandi imprese nell'ambito del quadro regolatorio europeo*, in *Finanziamenti e diritto della crisi nell'emergenza*, Torino, Giappichelli, 2020, 13 e ss.; A.A. DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. dir. banc.* fasc. II, 2020, 281.

26 Istituito presso la Direzione Generale per gli Incentivi alle Imprese del MISE (art. 52 l. 234/2012).

27 Così da scongiurare un superamento dei massimali o un cumulo con contributi già elargiti.

28 Per gli aiuti *de minimis* si v. Cons. St., III, n. 2792/2021.

29 Sono infatti ascrivibili, almeno in origine, a 5 categorie generali: sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali e pagamenti anticipati; garanzie di stato; prestiti pubblici agevolati alle imprese; garanzie per le banche; assicurazioni al credito all'esportazione a breve termine.

30 Difficilmente gli aiuti di Stato potranno finanziare un partenariato pubblico-privato instaurato col contratto di cui

Premesso che oggi qualsiasi intervento esperibile dal legislatore[31] a tutela dei diritti *de quo* non può che inserirsi nell'attività programmatoria del Pnrr, non sempre è predeterminabile in astratto la proclività di un certo *grant* o *loan* del *Recovery and Resilience Facility* (RRF)[32] a fungere da strumento a tutela del tessuto imprenditoriale piuttosto che a garanzia dei diritti sociali.

Ciò in quanto il *framework* di regole dell'Ue in tema di sostenibilità economica e sociale ai tempi del *Recovery Fund* si informa alla logica di contrastare la disoccupazione e il calo del potere d'acquisto delle famiglie, più che attraverso l'erogazione di prestazioni socio-assistenziali, prevenendo a monte quei fenomeni che potrebbero determinarli, quali il crollo delle vendite aziendali e la carenza di liquidità delle imprese. Peraltro, gli stessi gruppi che operano in funzione della protezione della stabilità dei mercati (tra i principali destinatari di aiuti di Stato), svolgendo attività di interesse generale, realizzano spesso obiettivi non riducibili alla mera connotazione imprenditoriale dei privati beneficiari, ma indirettamente riconducibili a scopi di politica sociale[33], talora anche in sintonia con indirizzi politico-amministrativi (si pensi a quelle vicende di redistribuzione finanziaria[34] che non travalicano i confini dei comuni rapporti di mercato interprivati[35]).

Infine, preso atto che il solo sostegno all'imprenditoria, senza adeguati investimenti nel rilancio economico e sociale e nella garanzia dell'erogazione delle prestazioni sociali (specie per le categorie vulnerabili), non basta a mitigare l'impatto della crisi da Covid-19[36], i controlli *ex ante* ed *in itinere*

all'art. 180 d.lg. 50/2016, stante la non sempre definita compenetrazione dell'attività dei pubblici poteri con quella dei privati (in capo ai quali dovrebbe permanere un sia pur minimo rischio d'impresa). Cfr. par. 3.5 Rapporto "*A focus on PPPs in Italy*" della Rgs, presentato nel corso del Meeting Ocse sul PPP; Corte dei conti, delib. n. 15/SEZAUT/2014/FRG.

[31] L'intervento legislativo, per definizione, rimane imprescindibile ai fini dell'attuazione dei "diritti di prestazione", onde assicurare un sufficiente grado di certezza delle disponibilità finanziarie destinate all'erogazione di prestazioni sociali indefettibili, conformemente a quanto statuito da Corte cost., sent. 169/2017. Sui caratteri dell'attuazione legislativa e della necessità per il legislatore ordinario di tener conto dei quei "nuovi diritti" emersi nella giurisprudenza costituzionale cfr. V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali,* in *Corte Costituzionale e principio di eguaglianza,* Padova, Cedam, 2002, 105; S. SCAGLIARINI, *Diritti sociali nuovi e diritti sociali in fieri nella giurisprudenza costituzionale,* su www.gruppodipisa.it, 5.

[32] A tale fondo afferiscono tutte le misure incentivanti di cui si discute. Esso contiene in massima parte la dotazione finanziaria del *Next Generation EU*, vero e proprio baricentro del ciclo di programmazione pluriennale 2021/27, orientato ad obiettivi di ripresa e resilienza: B. DE WITTE, *The European Union's Covid-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift*, in *Common Market Law Review*, 2021, vol. 58, 635 ss.; G.P. BOSCARIOL, *L'attività parlamentare di indirizzo e controllo dei fondi strutturali dell'Unione Europea, Recovery Fund e ruolo della Corte dei conti*, in *Riv. Corte dei conti*, quad. n. 1, 2021, 42 ss.

[33] Per maggiori delucidazioni sul punto v. I. VISCO, *Financial stability implications of the pandemic, welcome address by Ignazio Visco Governor of the Bank of Italy, 2nd Banca d'Italia and Bocconi University*, in Conferenza Baffi Carefin del 22 ottobre 2020.

[34] O. CAUSA, J. BROWNE e A. VINDICS, *Income redistribution across OECD countries: Main findings and policy implications*, in *Documents d'orientation du Département des affaires économiques de l'OCDE*, Paris, Éditions OCDE, n. 23, 2019, 14 ss.

[35] Sent. *Tercas*, Trib., 19/03/19, cc. T-98/16, T-196/16 e T-198/16, Italia c. Commissione, in curia.europa.eu.

[36] La tesi è ribadita, *ex plurimis*, dal *Comitato europeo dei diritti sociali* (dichiarazione del 24/03/2021), secondo cui, tra i diritti sanciti nella *Carta Sociale Europea* (ratificata con l. 30/1999), la pandemia ha inciso soprattutto sui diritti all'occupazione, alla sicurezza sociale, all'assistenza medica, all'istruzione e all'abitazione.

sull'impiego dei fondi del *Recovery Fund*[37] e il monitoraggio del Servizio centrale per il Pnrr[38] (introdotto dall'art. 6 d.l. 77/2021) sono stati congegnati in guisa tale da bocciare *milestones* e *targets* in palese contrasto con importanti criteri posti a fondamento dei principali diritti sociali, quali l'equità intergenerazionale, la coesione e l'inclusione sociale.

4. Finanziare i diritti sociali con gli aiuti? Nodi problematici e prospettive di riforma

Dal momento che l'impiego, sia pur indiretto, dei richiamati aiuti a fini di tutela dei diritti sociali, inciderebbe fortemente sulla sostenibilità del debito pubblico e sull'indebitamento[39], un tale obiettivo programmatico non potrebbe comunque prescindere da una serie di riforme orientate ad una diversa rimodulazione delle risorse tra i vari capitoli di spesa e ad una poderosa opera di revisione della stessa[40]. È infatti di tutta evidenza come, in un contesto di scarsità delle risorse, in cui la regola finanziaria ex art. 81 Cost. rischia di tradursi in una primazia dei mezzi finanziari[41] sui fini (*in primis*, sui fini di giustizia ed inclusione sociale), superando il tradizionale approccio funzionalista[42], il sacrificio dei diritti di prestazione condizionati dal limite della copertura finanziaria sarebbe scongiurato solo da un processo di revisione delle spese pubbliche (sia correnti che in conto capitale)[43] e da linee di politica economica e di finanza pubblica ispirate alla forte riduzione dei finanziamenti della spesa pubblica in *deficit*[44]. Peraltro, lo sforzo amministrativo richiesto dal Pnrr in termini di progettazione, attuazione e rendicontazione[45] verrebbe

[37] Sull'articolazione dei controlli in una triplice fase temporale e sul ruolo delle p.a. si rinvia a. L. BALDINI, *I sistemi di controllo e di monitoraggio sull'utilizzo del Recovery Fund*, in *La gestione del Recovery Plan: le amministrazioni pubbliche tra esigenze di riforma e problemi operativi*, 110 ss.

[38] Che espleta la sua attività di monitoraggio mediante strutture di coordinamento competenti per missione/componente in raccordo con Unità di missione e Ispettorati della Rgs.

[39] G. STOLFI, *A good balance sheet. Contabilità, bilancio, Stato: appunti su un percorso storico-istituzionale fra modernità e post-modernità giuridica*, in *Riv. giur. Semestr.*, n. 2/2020, 81 ss.

[40] L'obiettivo di integrazione del processo di revisione della spesa pubblica nel ciclo di bilancio emerge già dalla nota tecnico-illustrativa alla manovra di finanza pubblica per il triennio 2021-23, che è il principale documento di programmazione finanziaria indicante, per il triennio, il livello di spesa programmato per le p.a. (ex art. 5 l. 243/2012).

[41] E. D'ALTERIO, *Dietro le quinte di un potere*, op. cit., 78 ss.

[42] S. CASSESE, *Prefazione* all'edizione italiana del libro di P. Lascoumes e P. Le Galès (a cura di), *Gli strumenti per governare*, Milano, Mondadori, 2009, p. XI.

[43] Il principio del pareggio di bilancio non impone necessariamente un sacrificio per i diritti sociali, potendo la loro tutela essere assicurata anche attraverso una revisione e rimodulazione della spesa pubblica. Sul punto, T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione,* in *Quad. cost.*, 2014, I, 58 ss. In prospettiva comparatistica v. P.L. LINDSETH, *Power and legitimacy in the eurozone: can integration and democracy be reconcilied?*, 379 ss., in *The constitutionalization of European Budgetary Constraints*, a cura di M. Adams, F. Fabbrini e P. Larouche, Oxford, Hart Publishing ltd, 2014.

[44] Anche attraverso un approccio alle previsioni di bilancio improntato a criteri di prudenza ed essenzialità. Cfr. Circolare Rgs n. 13 del 27 maggio 2020;

[45] Che potrebbe non sortire gli effetti sperati ove i vuoti in organico restino scoperti a causa di spese correnti insufficienti: L. FIORENTINO, *La gestione delle amministrazioni pubbliche nei più recenti interventi normativi*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2, 2020, 171 ss.

vanificato ove all'accrescimento di investimenti indiretti[46] non si affianchi il fondamentale obiettivo di *spending review*[47].

In particolare, giova comprendere quali interventi legislativi siano necessari per evitare che le risorse del RRF impattino eccessivamente sull'indebitamento netto delle pubbliche amministrazioni[48] (la cui continua discesa nel corso del 2022 deriva principalmente dal tasso di inflazione più elevato[49]). Ciò in quanto i diritti sociali, pur potendo oggi, in forza di una più evoluta concezione del principio di *sussidiarietà orizzontale*[50], essere vantati dal privato nei riguardi di altri soggetti privati ed enti del Terzo settore[51], continuano ad avere quale primario erogatore il soggetto pubblico, intendendosi per tale non soltanto lo Stato, ma anche le p.a.

Le risorse RRF possono essere distinte[52] in interventi *nuovi* e *in essere*, a seconda che siano destinati a progetti ancora da approvare o a misure già in atto.

Solo il finanziamento dei secondi, risultando già scontato nelle previsioni tendenziali della Nadef 2020 (in quanto previsto a legislazione vigente), non impatta *in peius* sul saldo di indebitamento netto. Rivelandosi conformi alle finalità del Pnrr, le risorse già allocate in bilancio a legislazione vigente per assicurarne la copertura finanziaria possono essere sostituite da *loans* e da ulteriori risorse versate nel Fondo sviluppo e coesione, uno strumento finanziario destinato alla rimozione di squilibri economici e sociali, in attuazione dell'art. 119, co. 5 Cost.[53] Nondimeno, un'utilizzazione del Fsc secondo una dinamica di spesa difforme da quella già considerata nei tendenziali determinerebbe effetti peggiorativi sull'indebitamento netto, che non potrebbero, a quel punto, essere compensati dai *loans*, aventi natura meramente finanziaria.

---

[46] Si pensi ai contributi a fondo perduto ex art. 1, comma 5 d.l. 73/2021.

[47] M. CAMMELLI, La *pubblica amministrazione. Com'è cambiata ai tempi della spending review*, 2014, 64 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di dir. amm.*, XIII, Roma, Dike Giuridica, 2020, 594.

[48] L'indagine è circoscritta ai profili *stricto sensu* giuridico-contabili e tralascia gli studi sugli effetti moltiplicatori attesi. Essendo Stato e p.a. due operatori diversi ai quali sono associati saldi contabili diversi (rispettivamente, il saldo netto da finanziare e l'indebitamento netto), indispensabile per la valutazione complessiva delle previsioni di entrata e di uscita contenute nella legge di bilancio è il raccordo tra legge di bilancio dello Stato e conto economico delle p.a., assicurato (ai sensi dell'art. 21, comma 12 *quater* l. 196/2009) dal Piano dei conti integrato, da cui l'Esecutivo attinge i dati sui principali eventi gestionali contabilmente rilevanti destinati ad incidere sulla spesa pubblica.

[49] Rapporto di previsione Centro Studi Confindustria - *Economia italiana ancora resiliente a incertezza e shock? La finanza pubblica*, su www.confindustria.it.

[50] A. POGGI, *La sussidiarietà nelle riforme amministrative: dal d.lgs. n. 112 del 1998 al T.U. sulle autonomie locali*, in *Quaderni Regionali*, 2001, III, 933 ss.; P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica* in *Studi sulla riforma costituzionale*, a cura di A.A. Cervati, S. Panunzio e P. Ridola, Torino, Giappichelli, 2001, 198 ss.; F. PIZZETTI, *Il principio di sussidiarietà nell'Unione europea e in Italia: il rispetto del cittadino di fronte alle nuove esigenze di democrazia* in Id., *Il nuovo ordinamento italiano fra riforme amministrative e riforme costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2002, 106 ss.

[51] Ma la portata del principio di *sussidiarietà orizzontale* non può accentuarsi sino al punto di reputare il *favor* verso le organizzazioni della società civile disponibili all'assunzione dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale alla stregua di una risposta adeguata alla crisi del *welfare*, che esoneri il soggetto pubblico dall'obbligo di erogazione dei diritti di prestazione: C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali,* in *rivistaaic.it*, n. 4, 2013.

[52] In base ad un criterio di *policy* enunciato nel *dossier* di documentazione del Senato n. 25 del 25 gennaio 2021.

[53] Rifinanziato per effetto di quanto previsto dai commi 177 e 178 dell'art. 1 della l. 178/2020 e dall'art. 2 d.l. 59/2021.

Tra gli interventi *nuovi* che comportano spese non scontate nei tendenziali non incidono sull'indebitamento netto i soli *grants*[54], non anche la restante quota di prestiti *nuovi*.

Proprio rispetto a questi ultimi prestiti si avverte l'urgenza di riforme normative. Deve evitarsi che i livelli istituzionali più vicini al cittadino, per non incrementare il suddetto impatto *in peius* sul *deficit*, rimangano esclusi dalla possibilità di accedere a siffatti prestiti per finanziare l'erogazione di prestazioni destinate alla coesione e inclusione (Missione 5 del Pnrr)[55]. Una via percorribile sembra quella già sperimentata dalla legge di bilancio per il 2021, che ha stanziato per tali prestazioni specifiche anticipazioni a carico del Fondo di rotazione per l'attuazione del NGEU, suscettibili di incidere sul saldo netto da finanziare dello Stato, ma non sull'indebitamento netto delle p.a.

Una postilla finale concerne l'opportunità di un progetto di riforma che demandi al giudice contabile il contenzioso in materia di aiuti di Stato[56] incidenti sul *deficit* o su dinamiche di spesa connesse alla gestione del debito pubblico[57], quantomeno ove siano coinvolte le materie[58] del coordinamento della finanza pubblica e della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (lep).

È vero che fin troppo spesso la discussione sulla vicenda dei diritti sociali tende a focalizzarsi sull'ottica prevalente della loro tutela giurisdizionale e che questo fatto rischia di aggirare il vero problema della reperibilità della provvista finanziaria[59], ma in questa sede vuole solo segnalarsi come la Corte dei Conti sia strutturalmente l'autorità giudiziaria dotata di competenze più adeguate a valutare quali agevolazioni sociali (e platee di beneficiari) integrative di quelle statali[60] siano determinabili dalle Regioni[61] senza incorrere in violazioni dell'art. 117, co. 2 Cost., lettere m) e s)[62].

---

54 Sulla base delle convenzioni contabili utilizzate per la registrazione delle spese con esse finanziate, si presuppone la contemporanea iscrizione delle poste di entrata e di uscita, con conseguente impatto neutrale sul disavanzo.

55 Si pensi a tutti quei piccoli Comuni sprovvisti di un ufficio progettazione per la partecipazione alle gare del Pnrr, per i quali si avverte l'esigenza di piani straordinari di assunzioni.

56 Che rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, co. 1 lett. z-*sexies*), sia pur entro i limiti costituzionalmente giustificabili fissati da Cons. St., Ad. Plen., sent. 6/2014. Si v. F. ROSSI DAL POZZO, *Il private enforcement delle regole sugli aiuti di Stato nella giurisprudenza italiana*, in Eurojus, n. 4, 2019, 116 ss.

57 Sulla necessità di un'*interpositio legislatoris* per sottrarre le controversie sul debito pubblico dal novero delle materie di contabilità pubblica rimesse al giudice amministrativo (art. 103 Cost.) e spostarne la competenza decisionale in capo al giudice contabile v. G. COLOMBINI, *La giurisdizione contabile in materia di debito pubblico: una ipotesi da esplorare*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2020, 126.

58 Di competenza esclusiva statale.

59 A. MANGIA, *I diritti sociali fra esigibilità e provvista finanziaria*, in *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza, a cura di E. Cavasino, G. Scala, G. Verde,*
Napoli, 2013.

60 V. Corte cost. n. 91/2020 sul criterio di uniformità sul territorio nazionale dei lep e sulla necessità di superare la prospettiva del puro contenimento della spesa pubblica laddove siano in gioco diritti costituzionalmente previsti, attraverso una programmazione della spesa sanitaria ispirata a canoni di ragionevolezza.

61 Il rischio di sovrapposizioni di competenze tra Stato/Regioni non pare infrequente, posto che l'art. 60-*bis* d.l. 34/2020 ha abilitato anche le Regioni a concedere aiuti di Stato impegnando i relativi importi alle condizioni previste dal *Temporary framework*, addirittura dispensandole dall'obbligo di notificarle singolarmente agli organi europei (ponendosi semplicemente "sotto l'ombrello" del regime-quadro della disciplina degli aiuti di cui al Capo II Titolo II d.l. 34/2020).

62 Cons. St., Sez. IV, n. 838/2016.

I vincoli europei e la crisi pandemica tra opportunità ed esigenze di coordinamento della fiscalità europea*

di Floriana Santagata
Ricercatrice di Diritto tributario
Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Abstract [It]: La crisi pandemica che ha caratterizzato questi ultimi due anni ha evidenziato la necessità di *unitarietà* e *coordinamento* delle politiche di finanza pubblica per la gestione dell'emergenza. Gli interventi finanziari e fiscali a sostegno delle attività economiche hanno avuto notevoli ripercussioni sul rispetto dei vincoli europei di finanza pubblica, scostamenti dai vincoli che contrassegneranno anche i bilanci dei prossimi anni. La crisi pone da un lato la questione nota della necessità di una svolta politica dell'UE, soprattutto dal punto di vista della finanza pubblica, e dall'altro l'esigenza di una maggiore flessibilità delle politiche finanziarie statali in un quadro di finanza pubblica sovranazionale. I vincoli posti dall'UE alle finanze statali rappresentano un limite all'attuazione di politiche di sviluppo sostenibile e coeso. Si ritiene necessario, pertanto, riesaminare il processo di unificazione della finanza pubblica europea e rafforzare il coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri.

Title: European constraints and the pandemic crisis between opportunities and needs for coordination of European taxation
Abstract [En]: The pandemic crisis that has characterized the last two years has highlighted the need for *unity* and *coordination* of public finance policies for emergency management. The financial and fiscal intervention in support of economic activities have had significant repercussions on compliance with European public finance constraints, deviations from the constraints that will also mark the budgets of the coming years. The crisis poses on the one hand the well-known question of the need for a political change in the EU, especially from the point of view of public finance, and on the other the need for greater flexibility of state financial policies in a supranational public finance framework. The constraints placed by the EU on state finances represent a limit to the implementation of sustainable and cohesive development policies. Therefore, it is deemed necessary to review the process of unifying European public finance and strengthen the coordination of the Member States' fiscal policies.

Parole chiave: Fiscalità europea, Finanza pubblica, MES, Sviluppo sostenibile, armonizzazione fiscale
Keywords: European taxation, public finance, ESM, sustainable development, tax harmonization

Sommario: 1. Introduzione. **2.** La disciplina dei bilanci e del bilancio dell'UE verso la sovranità fiscalità. **3.** Conclusioni.

1. Introduzione

L'epidemia dovuta al COVID-19 ha posto gli studiosi del diritto tributario di fronte alla necessità di approfondire alcune tematiche della finanza pubblica, in ottica sovranazionale, messe in discussione dalla crisi economica post-pandemica. Oltre all'analisi del ruolo centrale che svolge l'UE per il raggiungimento della coesione economica e sociale, con riferimento alle decisioni di politica finanziaria di entrata e di

* Articolo sottoposto a referaggio.

spesa dei singoli Stati membri, è imprescindibile definire gli strumenti finanziari-fiscali comuni attuati o da attuare al fine di sostenere la struttura finanziaria ed economica degli ordinamenti giuridici nazionali (creazione di un diritto tributario europeo) e, di conseguenza, la indispensabile svolta politica europea.

L'attuale scenario e le esigenze di appartenenza all'Unione europea che vincolano le politiche finanziarie nazionali evidenziano tale necessità decisiva nell'*acquis communautaire* con l'attribuzione di poteri al governo e al parlamento europei, svolta che porterà al superamento anche del problema della eterogeneità dei sistemi finanziari-tributari. Sarebbe auspicabile attuare una transizione verso un federalismo europeo[1] conseguenza sia del declino del concetto di Stato sia dell'incidenza del diritto e della giurisprudenza europea sugli ordinamenti interni.

In questi due anni sono state evidenti le difficoltà sia per il singolo Stato sia per l'Unione europea a far fronte alle divergenze ancora esistenti tra gli Stati membri. Di contro è chiara l'esigenza di perseguire la convergenza degli obiettivi finanziari ed economici degli Stati. In tale ottica si giustifica l'accettazione del Meccanismo europeo di stabilità (MES) che potrebbe assurgere *a garanzia* per il raggiungimento dell'obiettivo di uno sviluppo armonioso e sostenibile[2]. Naturalmente, per gli Stati aderenti all'UE, la sottoscrizione di tale MES deve essere intesa quale ulteriore limitazione delle *compentenze sovrane*[3].

Tale affermazione trova conferma nel contesto economico globale e nella consapevolezza di operare in uno spazio economico aperto, caratterizzato dagli effetti negativi della crisi pandemica e, oggi, anche dalla guerra tra Russia e Ucraina, che impone agli Stati l'urgenza di una profonda revisione delle politiche finanziarie nazionali, europee e internazionali e la ridefinizione di alcuni elementi fondamentali della definizione stessa degli ordinamenti statuali quali territorio, popolo, sovranità[4].

---

[1] In tal senso v. A. SAITTA, *Fiscal compact tra Costituzione, Trattati e Politica*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4/2017; F. SANTAGATA, *Verso un federalismo fiscale europeo*, in www.federalismi.it, 15, 18 luglio 2018. In senso contrario v. F. FICHERA, *Federalismo fiscale e Unione Europea*, in *Rass. trib.*, 2010, pp.1566.

[2] Per un approfondimento cfr.: G. ANTONELLI – A. MORRONE, *La riforma del MES: una critica economica e giuridica*, in www.*federalismi*.it, 16 dicembre 2020; A. VALZER, *Il meccanismo europeo di stabilità oggi. Appunti*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2020, 212 ss; A. Mangia, *Lettera sul MES. Così funziona la trappola (fatale) che ci consegna alla troika*, in www.il*sussidiario.net*, 11 marzo 2020; F. SAPONARO, *La leva fiscale come strumento di governance economica dell'eurozona*, in *Rass. trib.* 2, 2019, 371; Camera dei deputati, *Dossier in occasione dell'audizione informale del Ministro dell'Economia e delle Finanze*, 27 novembre 2020, reperibile AU028 (camera.it); Commissioni riunite V (Bilancio, Tesoro e programmazione) e XIV (Politiche dell'Unione europea) della Camera dei deputati, *Audizione sul funzionamento del Meccanismo europeo di stabilità e sulle sue prospettive di riforma Intervento del Governatore della Banca d'Italia Ignazio Visco*, Roma, 4 dicembre 2019

[3] In tal senso è interessante il contributo di F. SALMONI, *L'insostenibile "leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, in www.federalismi.it, 24 giugno 2020. Inoltre, cfr.: F. AMATUCCI, *Le politiche fiscali di contrasto alla crisi economica e sanitaria pandemica in ambito UE ed il rispetto della solidarietà tra gli Stati membri*, in *Dir. prat. trib. inter.,* 2, 2021, 409 ss.

[4] La costituzione dell'U.E. e il processo giuridico e politico ancora in atto hanno messo in crisi e di fatto superato il concetto di sovranità. La dottrina ha dovuto constatare l'indebolimento della sovranità con un passaggio da un modello di sovranità francese" al "*modello tedesco*" o "*sovranità diffusa"*. Per un approfondimento cfr.: G. BIZIOLI, *Quale sovranità fiscale per l'Unione Europea?*, in *Riv. dir. fin. e Sc. Fin*., LXXX, 3, I, 2021, 293 ss.; B. PEZZINI E C. SACCHETTO, *Dalle costituzioni nazionali alla Costituzione europea. Potestà, diritti, doveri e giurisprudenza costituzionale in materia tributaria*, Milano, 2001

È opportuno ricordare che uno degli aspetti interessanti del processo di costituzione dell'Unione europea è, fin dall'origine, la costante tensione che caratterizza le singole economie, soprattutto dal punto di vista commerciale, e l'«unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa»[5], tensione che, a seguito della sempre più stretta interconnessione dei mercati e delle differenti forme di ingerenza da parte delle organizzazioni internazionali nelle politiche economiche statali, ha consentito di ridurre la distanza tra economia e politica e fungere da fattore di sviluppo del processo di integrazione e cooperazione[6].

La ricerca si sofferma soprattutto su alcune questioni di finanza pubblica che, come è noto, ha sempre rappresentato il fulcro delle potestà pubbliche[7] e che è sempre stata influenzata dagli eventi economici, politici che investono gli ordinamenti giuridici. Gli studi della finanza pubblica hanno approfondito soprattutto la disciplina giuridica del bilancio dello Stato, in quanto esso rappresenta lo strumento per contemperare la dicotomia Stato-Società e quindi la potestà di imporre tetti di spesa e limiti al prelievo tributario, disporre le attività di accertamento e controllo del rispetto delle leggi e delle libertà individuali ed economiche e infine, dal punto di vista istituzionale, definire il diverso grado dell'intervento pubblico nell'economia. È noto che dalle crisi, che hanno determinato i grandi rivolgimenti politici, sono nate le moderne Costituzioni che disciplinano con particolare attenzione la materia fiscale, ma che, a partire dal XIX secolo, devono essere lette anche nella rete dei poteri internazionali e sovranazionali. Rapporti sovranazionali e internazionali che hanno inciso sulla finanza pubblica nazionale basta richiamare i vincoli europei al debito e al deficit pubblici.

Attualmente, i più importanti atti determinativi dell'indirizzo politico in ambito finanziario sono condizionati dai criteri stabiliti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, dal Trattato sul Meccanismo di Stabilità, Coordinamento e Governance nell'Unione Europea e Monetaria, dal Fiscal Compact, o ad essi si richiamano[8]. Essi pongono una rafforzata politica di bilancio e un maggior coordinamento delle politiche economiche che hanno un rilevante impatto non solo sui sistemi fiscali nazionali, ma anche sulla creazione dell'Unione politica. Il rafforzamento dell'eurozona e il raggiungimento del mercato interno saranno realizzabili, pertanto, attraverso misure fiscali armonizzate e la convergenza dei sistemi tributari nazionali (intesa quale integrazione di principi).

[5] Trattato sull'Unione europea firmato il 7 febbraio 1992 a Maastricht ed è entrato in vigore il 1° novembre 1993

[6] G. PITRUZZELLA, *L'Unione europea come "comunità di valori" e la forza costituzionale del valore dello "stato di diritto"*, in www.federalismi.it, 15 dicembre 2021;

[7] La quasi totalità delle Carte costituzionali contemporanee contengono disposizioni in materia di finanza pubblica; la Carta costituzionale italiana contiene poche disposizioni in materia di finanza pubblica, sebbene appartenga al novero delle Costituzioni lunghe.

[8] Il *Trattato su stabilità, coordinamento e governance dell'Unione europea* (c.d. Fiscal compact) è stato sottoscritto il 2 marzo 2012 da 25 Stati dell'Unione ad eccezione del Regno Unito e della Repubblica Ceca). Per un approfondimento, cfr.: F. FABRINI, *Il fiscal compact*, in *Quad. cost.*, 2012, 435 ss; R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in www.federalismi.it, 15 febbraio 2012

2. La disciplina dei bilanci e del bilancio dell'UE verso la sovranità fiscalità

Prima di analizzare brevemente l'impatto degli interventi fiscali e finanziari attuati in risposta alla pandemia, si rende opportuno rammentare che nel comparto tributario il vincolo di conformità delle norme nazionali ai principi generali europei sono applicabili non solo alla statuizione e all'attuazione di entrate finanziarie, ma anche alla politica tributaria nel suo complesso.

Innanzitutto, va ricordato che l'adozione di un'unica moneta ha comportato la definizione di un'unitaria politica monetaria, alla quale vengono adeguate le politiche economiche dei singoli Stati membri. Da ciò discende che gli Stati membri hanno assunto l'impegno di mantenere la stabilità monetaria, impegno che implica come corollario il Patto di Stabilità e Crescita. È noto che tale Patto è stato, negli ultimi tempi, oggetto di una opportuna revisione[9].

Con la Comunicazione della Commissione al Consiglio COM(2021) 105 final del 3 marzo 2021, per far fronte alla crisi pandemica da COVID-19, è stata attivata la clausola di salvaguardia generale del Patto di Stabilità e Crescita per consentire agli Stati membri "di discostarsi dai requisiti di bilancio normalmente applicabili". La sospensione, che dovrebbe essere prorogata fino al 2023[10], non riguarda il ciclo annuale di sorveglianza di bilancio da parte della Commissione europea.

La crisi pandemica ha posto in luce la necessità di dover adeguare la *governance economica europea* al nuovo contesto economico anche in un'ottica globale. Gli adeguamenti che sono stati apportati al Patto di Stabilità e Crescita nel tempo, quali il *six-pack e two-pack* e la sottoscrizione del *fiscal compact,* hanno arginato alcune criticità, ma non le hanno risolte soprattutto perché si tratta di aspetti diversi ma interconnessi su scala globale[11].

---

[9] Il patto di stabilità e di crescita è costituito da una risoluzione del Consiglio europeo (adottata nel 1997) e da due regolamenti del Consiglio del 7 luglio 1997 relativi agli aspetti tecnici. I regolamenti sono stati oggetto di revisione nel 2005 e nel 2008. Successivamente le regole previste dal Patto di Stabilità sono state rafforzate con l'adozione di otto regolamenti e un trattato internazionale. Ricordiamo l'adozione del *six pack*, del *two pack,* e, nel 2012, del trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance (c.d. *Fiscal Compact*) che prevede disposizioni fiscali più stringenti del Patto di Stabilità e Crescita. Per un approfondimento, cfr.: R. BIN - P. CARETTI - G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione Europea. Processo costituente e governance economica*, Bologna, 2015

[10] COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL CONSIGLIO *A un anno dall'insorgere della pandemia di COVID-19: la risposta della politica di bilancio*, 3.3.2021 COM(2021) 105 final. In particolare, si sottolinea quanto indicato nella Comunicazione: "la Commissione espone le proprie considerazioni su come coordinare la conduzione della politica di bilancio a livello dell'UE, puntando anche nella prossima fase a un approccio concertato per affrontare la pandemia, sostenere l'economia, supportare la ripresa sostenibile e mantenere la sostenibilità di bilancio a medio termine…... La presente comunicazione dà orientamenti politici per agevolare il coordinamento delle politiche di bilancio e la preparazione dei programmi di stabilità e convergenza degli Stati membri. Esamina la corretta progettazione e la qualità delle misure di bilancio sotto il profilo dell'efficacia, di un loro graduale adeguamento da interventi di emergenza a misure più mirate e di una loro eventuale eliminazione progressiva. Espone inoltre le considerazioni della Commissione in merito all'opportunità di disattivare o di mantenere la clausola di salvaguardia generale. La comunicazione fornisce infine indicazioni generali sulla politica di bilancio a medio termine nel suo complesso, comprese le implicazioni che l'RRF ha per la politica di bilancio. …"

[11] Si ricordano a esempio la questione ambientale e i cambiamenti climatici, la transizione digitale dell'economia e della Amministrazione pubblica, la resilienza finanziaria ed economica a livello nazionale e sovranazionale.

Al fine di poter chiarire tale aspetto si ricorda che la dottrina gius-finanziaria ha approfondito, come precedentemente ricordato, sia la disciplina nazionale del bilancio contenuta nelle Costituzioni degli Stati membri e sia la stretta relazione con le regole europee relative alle finanze sane e stabili.

In sintesi, si ritiene che se il vincolo europeo sulla finanza pubblica nazionale venisse considerato alla stregua dei vincoli costituzionali interni, verrebbe limitata la sua natura e la portata del contenuto stesso. Il vincolo europeo alla finanza pubblica trova la sua ragion d'essere nella indispensabile esigenza di prevedere procedure comuni al fine di rendere trasparenti e ripianare i conflitti fra i molteplici interessi che riguardano l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie pubbliche nazionali. In altre parole, il vincolo europeo ha assunto il ruolo fondamentale di guida dei fenomeni finanziari e del relativo controllo, ma allo stesso tempo a livello nazionale ha inciso sulle modifiche della Costituzione materiale[12].

Sarebbe auspicabile, ma oggi appare di difficile realizzazione, la sottoscrizione di una *Costituzione europea* quale parte integrante delle Costituzioni nazionali che porterebbe alla individuazione di una sovranità europea quale *sovranità consentita* e *condizionata*.[13] Da tale affermazione si evidenzia l'esigenza di una disciplina della finanza pubblica unitaria e condivisa, coordinata e armonizzata per le spese e le entrate.

La pandemia da COVID-19 ha evidenziato i limiti dei vincoli alle finanze pubbliche statali che, essendo i punti nodali nel perseguire gli obiettivi della stabilità monetaria in presenza di politiche fiscali di competenza nazionale anche esse in parte irrigidite dal processo di armonizzazione, non hanno consentito alle economie di assorbire gli effetti della crisi con conseguente crescita del deficit e del debito

[12] Si richiama il caso dell'Italia in merito alla modifica dell'art. 81 Cost. come previsto dall'art. 1 della l. cost. 20 aprile 2012 n. 1. La dottrina ha analizzato gli effetti che l'introduzione di tale principio avrebbe avuto sull'attuazione dell'autonomia finanziaria. Gli interventi di spending review pongono un limite e controllo sull'autonomia finanziaria (anche sul lato della spesa) degli enti territoriali locali e pertanto essa viene ulteriormente compressa anche in relazione al ricorso all'indebitamento lasciando allo Stato la decisione delle modalità del concorso al finanziamento dei livelli essenziali e delle funzioni fondamentali nelle fasi avverse del ciclo o in casi di eventi eccezionali. Per un approfondimento cfr.: L.S. ROSSI, *Fiscal compact e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 2, 293 ss.; E. CHITI, *Il Meccanismo europeo di stabilità al vaglio della Corte di giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 148 ss.; G. NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità elanuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 5, 461 ss; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 1995; A. MANZELLA, *Il "vincolo europeo" sul governo dell'economia*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, vol. II; F. REVIGLIO, *Meno Stato, più mercato*, Milano, 1993; G. BOGNETTI, *Costituzione italiana e Costituzione europea*, in *Biblioteca della libertà*, 131, 1995, 17 ss.; G. DELLA CANANEA, *Lex fiscalis Europea*, in *Quaderni cost.*, 1, 2014, 7 ss.

[13] La volontà politica, in qualche modo autonoma rispetto a quella dei singoli Stati, ricorrendo al concetto di sovranità divisa o ripartita, potrebbe disegnare un modello di sovranità solidale. In tal senso, cfr.: E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze e sovranità nell'esperienza giuridica dell'integrazione europea*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 75 ss. Pubblicazione dell'Istituto Internazionale di Studi Europei "A. Rosmini", *L'Europa dopole sovranità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli,1999, 136; M. CARTABIA, *"Unita nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 3, 2005; A. CELOTTO - T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004,1309 ss.; A. LUCARELLI - A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi Studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009; A. CANTARO (a cura di), *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione. L'integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino, 2010; S. CASSESE, *La riforma costituzionale in Italia*, in RTDP, 1992; M. P. CHITI, *Il Trattato sull'Unione europea e la sua influenza sulla Costituzione italiana*, in RIDPC, 1993; A. PATRONI GRIFFI, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo*, in *Diritto pubblico europeo. Rassegna on line*, n. 1/2015; a G. AMATO, *L'integrazione europea come problema costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2018

pubblico[14]. Benché il patto di stabilità e crescita sia stato oggetto negli anni di modifiche al fine di rendere i vincoli più rispondenti alle fasi cicliche dell'economia globale e sia stato adottato il *Fiscal compact* con l'obiettivo di rafforzare la sorveglianza e il perseguimento del pareggio di bilancio interno, come precedentemente ricordato, si è resa palese il persistere della mancanza di un maggiore coordinamento delle politiche di bilancio e di un processo di convergenza e di coordinamento della programmazione pluriennale europea di breve-medio-lungo termine per la stabilità economica e, quindi, la stabilità monetaria.

In tale prospettiva devono essere inquadrati il *Next Generation EU*[15] che deve sostenere "*gli Stati membri sulla via di una ripresa sostenibile*"[16] e il bilancio pluriennale dell'Unione, strumenti strategici di intervento di lungo periodo. Inoltre, è stata prevista la possibilità di emettere i *green bond*[17].

3. Conclusioni

Gli interventi statali, sebbene frutto di una collaborazione tra gli Stati, a livello internazionale ed europea, si ritiene che non siano sufficienti a garantire la resilienza e la ripresa dell'economia globale. Sarebbe opportuno, invece, un coordinamento della finanza pubblica europea congiuntamente a un'armonizzazione tributaria e a una convergenza dei principi fondamentali dei singoli ordinamenti fiscali.

Da quanto esposto precedentemente, è evidente che i vincoli europei alla finanza pubblica rappresentano un limite alle decisioni di spesa degli Stati membri e sono un obbligo stringente per la previsione di

[14] Per tutti, cfr: Angelo Contrino e Francesco Farri (a cura di), Pandemia da COVID-19 e sistema tributario: problematiche dell'emergenza, misure di sostegno e politiche fiscali, Pisa, 2021

[15] Si tratta di un Fondo in parte finanziato da Bond europei, in parte consistente in prestiti agli Stati richiedenti, a tassi d'interesse molto bassi. V. M. Belletti, Il "Governo" dell'emergenza sanitaria quali effetti sulla Costituzione economica e sul processo "federativo" europeo, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1, 2021, 20 ss. Inoltre, Cfr.: J. M. Porras Ramírez, *EU Next Generation-Europe's recovery and resilience plan: a revolution in economic governance of EU?,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, ottobre-dicembre 2021, 821 ss; E. Bressanelli - L. Quaglia, *La Genesi del Next Generation EU: intergovernativismo vs sovranazionalismo?*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2021, 3, 353 ss; C. Sacchetto, *Les mesures fiscales nationales et locales face à la crise du Covid en Italie.*

[16] COM(2021) 105 final, Comunicazione della Commissione al Consiglio, *A un anno dall'insorgere della pandemia di COVID-19: la risposta della politica di bilancio*, Bruxelles, 3.3.2021

[17] È interessante notare che gli interventi non sono influenzati dalle differenti capacità finanziarie dei singoli Stati, ma intervengono sulle strutture economiche statali in relazione alle rispettive peculiarità. Cfr.: F. AMATUCCI, *Le politiche fiscali di contrasto alla crisi economica e sanitaria pandemica in ambito UE ed il rispetto della solidarietà tra gli Stati membri,* op. cit.. L'A. ha opportunamente rilevato che la pandemia ha comportato "una vera svolta nella definizione del nuovo assetto della finanza pubblica UE, è stata proprio la previsione di un'adeguata assistenza finanziaria fondata sulla solidarietà tra gli Stati che si è concretizzata nella proposta del 27 maggio 2020 del piano finanziario denominato Next Generation EU, volto ad attenuare l'impatto economico e sociale della pandemia di coronavirus e rendere le economie più sostenibili, attivando nuovi strumenti di sostegno agli Stati membri che prevedono meccanismi di controllo sovranazionale sulla situazione economica dei Paesi beneficiari" Per quanto riguarda l'Italia si ricorda il D.L. 17 marzo 2020, n. 18, recante *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Co-vid-19*, in *G.U.*, n. 70, del 17 marzo 2020 che prevede la necessità dell'adozione di bond europei

sanzioni in caso di scostamento dagli obiettivi indicati. Tale limite è ancora più evidente se si pone in relazione al vincolo indiretto che gli obiettivi di sana gestione della finanza pubblica pone alla sovranità tributaria nazionale.

Inoltre, i sistemi tributari nazionali hanno già *limiti* posti dal rispetto dei principi nazionali ed europei, tra i quali si ricordano quello di non discriminazione, di divieto di aiuti di Stato e le misure fiscali non devono creare ostacoli al buon funzionamento del mercato interno.

Pertanto, la sovranità fiscale viene sempre più compressa dai vincoli esterni ai rispettivi ordinamenti giuridici che conseguentemente rendono necessaria la creazione di un diritto tributario europeo[18], basato sulla integrazione di principi e criteri fondamentali del diritto tributario, che coesista con gli ordinamenti tributari nazionali.

La previsione dei vincoli europei e la crisi pandemica hanno rappresentato anche l'opportunità per il rilancio delle economie perché si è reso necessario dare un impulso decisivo per riorganizzare le strutture economiche degli Stati. I vincoli europei si configurano, pertanto, come indici di sostenibilità del debito e deficit pubblico in un'ottica di migliorare la qualità e l'allocazione della spesa pubblica indispensabile.

La crisi economica seguita alla pandemia ha posto in luce tale stretta interrelazione tra finanze pubbliche nazionali e finanza pubblica europea, e di contro ha rimarcato l'urgenza di una risposta globale per sostenere gli sforzi finanziari dei Paesi per far fronte all'emergenza soprattutto sanitaria. Difatti è stata evidente la necessità per i governi di dover effettuare investimenti in settori essenziali per garantire i diritti costituzionalmente protetti come a esempio la salute. Non va sottovalutato l'altro aspetto della pandemia: la crisi socio-economica. Gli Stati hanno adottato differenti interventi di sostegno all'economia, come erogazioni di contributi finanziari, proroghe fiscali[19]. Inoltre, vi è stata anche la risposta europea che si è concretizzata attraverso azioni di promozione dell'intervento dei pubblici poteri a favore delle imprese, "… *un nuovo programma di acquisto di titoli da parte della Banca centrale europea, il Pandemic Emergency Purchase Programme…*"[20].

Gli interventi europei, nel complesso, rappresentano un primo passo verso una politica finanziaria unitaria nel rispetto delle differenze strutturali del singolo sistema economico. L'introduzione di una programmazione di breve-medio-lungo periodo consente non solo una più equa ed efficiente ripartizione

[18] Cfr.: F. GALLO, *Giustizia sociale e giustizia fiscale nella prospettiva del completamento dell'unificazione europea*, *Centro Studi sul federalismo*, Moncalieri (TO), 2013

[19] Per un quadro completo degli interventi dell'Italia per contrastare gli effetti della pandemia da convi-19 è possibile consultare il sito: Coronavirus, le misure adottate dal Governo | www.governo.it

[20] B. P. AMICARELLI, P. CLARIZIA, M. MANOCCHIO, P. MARCONI, G. MOCAVINI, R. MORGANTE, G. NAPOLITANO, A. RENZI, *I piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 4, 2021, 1137 ss.

delle risorse finanziarie europee ma anche una migliore allocazione della spesa pubblica nazionale in relazione alle effettive necessità locali.

Le differenti attuazioni del PNRR nei vari Stati membri[21] lasciano un maggior margine di libertà ai governi statali nella decisione della copertura della spesa pubblica e degli strumenti da utilizzare. Naturalmente alla maggiore libertà a livello statale deve corrispondere non solo un maggior coordinamento in senso discendente ma anche una maggiore responsabilità ascendente. Si ritiene che la crisi da pandemia COVID-19 abbia dato un maggiore impulso, a tutti i livelli di governance, ai principi di sussidiarietà e di solidarietà sociale ed economica.

In conclusione, sarebbe opportuno distinguere gli aspetti della politica economica e finanziaria caratterizzati da maggiore discrezionalità nelle decisioni dei singoli Stati, come la politica fiscale, dagli ambiti in cui è necessaria una codecisione a livello europeo in quanto gli effetti di tali decisioni si ripercuotono sulle economie degli altri Stati membri[22]. In un tale sistema si potrebbe allentare anche la disciplina finanziaria dei limiti quantitativi alle finanze pubbliche che implicitamente comprimono le scelte di politica fiscale. Si ricorda che anche nell'Unione Europea si verificano operazioni di pianificazione fiscale aggressiva da parte degli operatori economici. L'individuazione degli ambiti in cui è possibile concedere maggiore o minore discrezionalità della programmazione statuale (livelli di spesa pubblica, pressione fiscale e sistema di tassazione) obbliga ogni Stato membro ad *annunciare* le proprie scelte di politica economica e soprattutto quella fiscale che dovrà essere valutata e autorizzata dagli altri Stati membri[23]. In definitiva verrebbe attuato un sistema di *valutazione e controllo* per assicurare, sulla base

[21] A. MARTINELLI, *La risposta dell'Unione europea alla pandemia Covid-19*, in *Quaderni di scienza politica*, 2021, 2, 199 ss; B. P. AMICARELLI, P. CLARIZIA, M. MANOCCHIO, P. MARCONI, G. MOCAVINI, R. MORGANTE, G. NAPOLITANO, A. RENZI, *I piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata*, op. cit.; N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in www.federalismi.it, 12 gennaio 2 0 2 2; A. SCIORTINO, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?,* in www.federalismi.it; 2021, n. 18

[22] Si concorda con quanto affermato da F. SAPONARO, *La leva fiscale come strumento di governance economica dell'eurozona*, in *Rass. trib.* 2, 2019, 353 ss.. L'A. asserisce che "L'assetto organizzativo del coordinamento delle politiche economiche, la gestione e l'attuazione della finanza dell'Unione Europea sembrano destinati ad assumere nuove forme, poggiandosi su un sistema amministrativo composito e multilivello, in cui si affermano figure di composizione funzionali alla riduzione delle asimmetrie e alla soluzione di specifici problemi settoriali dell'Unione, cooperanti sulla base di schemi eterogenei costruiti sui principi di funzionalità e sussidiarietà, al fine di realizzare gli obiettivi europei nell'interesse di tutto il sistema".

[23] C. SACCHETTO, *Pandemia 2020. Tra dramma e speranza. Riflessioni e proposte, Il ruolo dell'Europa e della Fiscalità*, Relazione UCID Torino, 2020; F. GALLO, *Giustizia sociale e giustizia fiscale nella prospettiva del completamento dell'unificazione europea*, op. cit.; ID, *L'Europa in deficit di scelte e democrazia,* in D*ir. e prat. Trib., 2/2017*. L'A. asserisce che: "Il traguardo della costruzione di uno Stato federale europeo – che dovrebbe essere nella speranza di tutti noi – avrebbe bisogno, dunque, di una riforma dei Trattati europei che ridisegni l'architettura istituzionale della Ue, in modo da sciogliere quel nodo, che attualmente la stringe, derivante dal parallelo sviluppo del metodo sovranazionale e del metodo intergovernativo. Come dice Giuliano Amato, siamo giunti ormai al paradosso di avere due esecutivi: da un lato, la Commissione, che nel corso degli anni è stata collegata in modo sempre più stringente al Parlamento europeo secondo le logiche della forma di governo parlamentare; dall'altro, il Consiglio, che è espressione invece di un'impostazione intergovernativa ed è

del corollario della responsabilità, il buon funzionamento del mercato interno e la stabilità monetaria. In tale schema anche l'aspetto sanzionatorio non diverrà un limite, ma il punto di forza per garantire il raggiungimento degli obiettivi finanziari europei.

divenuto, con il Trattato di Lisbona, una vera e propria istituzione, cui è conferito il compito di dettare la politica generale dell'Unione".

Profili comparatistici

Il Federalismo latino americano alla prova dell'emergenza sanitaria da Covid-19. Il contrasto tra enti territoriali ed esecutivo centrale dinanzi al Giudice costituzionale federale in materia di tutela della salute. I casi del Messico e del Brasile*

di Salvatore Mario Gaias
Ricercatore di Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Sassari

Abstract [It]: L'emergenza sanitaria determinata dall'esplosione della pandemia da Covid-19 ha acuito varie problematiche sociali e di organizzazione costituzionale già presenti negli ordinamenti latino americani. La gestione delle misure di contenimento del virus ha confermato la deriva «iperpresidenzialista» delle democrazie latino americane, relegando una volta di più i parlamenti a meri spettatori delle dinamiche normative emergenziali. Di contro, se dal punto di vista della predominanza dell'esecutivo (e in certi casi della sua pericolosa personalizzazione) sul formante legislativo ordinario la pandemia ha ulteriormente scavato un solco già fortemente presente, nell'ambito dei rapporti fra Stato centrale e enti territoriali si intravedono delle interessanti novità. Le esperienze federali del centro e sud America sono peculiari in quanto frutto della teoria federale americana ma influenzate dalle particolarità della regione e applicate sull'organizzazione istituzionale ereditata dal passato coloniale. Il Messico (e in parte l'Argentina) e il Brasile hanno costituito un sistema di decentramento che, nonostante sia nato con la volontà di tutelare l'ordine democratico da derive centraliste, è caratterizzato dalla totale soggezione da parte degli enti territoriali nei confronti dello Stato centrale, unitamente a una scarsissima comunicazione tra livelli diversi di governo. Gli esecutivi di Messico e Brasile hanno gestito l'emergenza sanitaria in modo estremamente soft, mentre gli enti territoriali hanno imposto misure più restrittive rispetto a quelle dei governi federali determinando: a) una gestione a macchia di leopardo della lotta al virus, b) conflitti di attribuzione tra i vari livelli di governo in materia salute. Si è scelto di individuare una realtà del centro e una del sud america in quanto particolarmente rappresentative della situazione centro-periferia nell'ambito della tutela dei diritti alla salute costituzionalmente garantiti. Il contributo, attraverso l'esame dei casi messicano e brasiliano riguardanti contrasti competenziali risolti dal Giudice costituzionale federale, si ripropone di analizzare come l'emergenza sanitaria da Covid-19 abbia esacerbato la storica mancanza di collaborazione tra governo federale e singoli stati, caratteristica del federalismo "debole" latino americano, e come ciò abbia condotto i governi regionali e locali ad assumere una posizione decisiva nella tutela della salute anche in contrapposizione con gli esecutivi centrali.

Title: Latin American Federalism to the test of the health emergency by Covid-19. The clash between territorial authorities and the central executive before the Federal Constitutional Judge in matters of health protection. The cases of Mexico and Brazil

Abstract [En]: The health emergency caused by the outbreak of the Covid-19 pandemic has exacerbated various social and constitutional organization problems already present in Latin American legal systems. The management of the virus containment measures has confirmed the "hyper-presidential" drift of the Latin American democracies, once again relegating parliaments to mere spectators of the emergency regulatory dynamics. On the other hand, if from the point of view of the predominance of the executive (and in some cases of its dangerous personalization)

* Articolo sottoposto a referaggio.

over the ordinary legislative formant, the pandemic has further dug a furrow that is already strongly present, in the context of relations between the central State and local authorities see some interesting news. The federal experiences of Central and South America are peculiar in that they are the fruit of American federal theory but influenced by the particularities of the region and applied to the institutional organization inherited from the colonial past. Mexico (and partly Argentina) and Brazil have set up a system of decentralization which, despite being born with the desire to protect the democratic order from centralist tendencies, is characterized by the total subjection on the part of the local authorities towards the Central state, together with very little communication between different levels of government. The executives of Mexico and Brazil have managed the health emergency in an extremely soft way, while the local authorities have imposed more restrictive measures than those of the federal governments, resulting in: a) a patchy management of the fight against the virus, b) conflicts attribution between the various levels of government in health matters. It was decided to identify one reality in Central and one in South America as they are particularly representative of the central-periphery situation in the context of the protection of constitutionally guaranteed health rights. The contribution, through the examination of the Mexican and Brazilian cases concerning jurisdictional disputes resolved by the federal constitutional judge, intends to analyze how the health emergency from Covid-19 has exacerbated the historical lack of collaboration between the federal government and individual states, characteristic of the "weak" Latin American federalism, and how this has led regional and local governments to assume a decisive position in the protection of health even in opposition to the central executives.

Parole chiave: Salute, decentramento, enti territoriali, federalismo, presidenzialismo
Keywords: Health, decentralisation, territorial authorities, federalism, presidentialism

Sommario: 1. Premessa **2.** L'impatto del Covid-19 nel rapporto tra enti territoriali ed esecutivo centrale **3.** Il caso messicano **4.** Il caso brasiliano **5.** Riflessioni conclusive.

1. Premessa

La gestione della prima ondata dell'emergenza pandemica da Covid-19 in America latina si è caratterizzata per un uso massiccio degli istituti emergenziali[1] previsti in alcuni casi dalle Costituzioni e in altri giustificati da un imprevedibile stato di eccezione.

Se da un lato l'utilizzo di atti dell'esecutivo volti a fronteggiare la situazione di caos generata dall'aumento esponenziale dei contagi è stato comune alle democrazie in una prospettiva globale[2], dall'altro è d'uopo sottolineare come nello spazio latino americano il fenomeno dell'attrazione del potere in mani governative, con l'intento formale di gestire emergenze di vario tipo, sia stato spesso storicamente oggetto d'abuso.[3]

1 Così I. Spigno, *Emergenza sanitaria vs. emergenza costituzionale in America latina: una prospettiva comparata*, in DPCE online, 2020, http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1000, p. 2226.
2 Sul livello di democrazia di un numero definito di paesi in ordine a requisiti predefiniti si veda lo studio del The Economist, *Democracy Index 2019. A year of A Year of Democratic Setbacks and Popular Protest*, 2020, https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=democracyindex2019.
3 Sulla evoluzione delle democrazie in America latina si vedano in prospettiva storica, M. B. MacKinnon, L. Feoli (cur.), *Representation and Effectiveness in Latin American Democracies: Congress, Judiciary and Civil Society*, New York e Londra, 2013; R. Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010), Buenos Aires, 2015; in prospettiva costituzionale, tra gli altri, P. Salazar Ugarte, El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, in L.R. González Pérez, D. Valadés (cur.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Messico, 2013, p. 345 ss. Sull'abuso dei poteri emergenziali nel quadro dei regimi dittatoriali nella seconda metà del novecento J. Carvajal Martínez, *Derecho y cambio político en América Latina 19601980*, in *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, n. 32, 2010, p. 259 ss e I. Szilágyi, *El nuevo golpismo, el estado de excepción y los modelos de modernización en América Latina*, in *Intellèctus*, n. 1, 2017, p. 69 ss.

Oltre all'utilizzo della lingua castigliana e a un'evoluzione storica per certi versi simile (caratterizzata da più o meno lunghi percorsi di lotta per la decolonizzazione[4]) molti paesi latinoamericani sono accomunati da una accentrata militarizzazione della sicurezza pubblica ancor più riscontrabile, in prospettiva diacronica, nella gestione degli stati di eccezione[5].

La concentrazione del potere in mano ai governi in America Latina integra il fenomeno del cosiddetto "iperpresidenzialismo" che presenta come corollario la deferenza sostanziale del potere legislativo e giudiziario rispetto a quello esecutivo.[6]

Deferenza sostanziale in quanto formalmente la maggioranza dei sistemi giuridici latinoamericani è incentrata sul principio dei pesi e contrappesi di matrice statunitense, ma in concreto, una volta di più l'emergenza da Covid-19 ha individuato nei Parlamenti il convitato di pietra alla mensa della gestione emergenziale che si è determinata quasi totalmente negli atti governativi e/o presidenziali, sicuramente legittimi dal punto di vista della necessità delle scelte ma tutt'altro che inappuntabili per quanto concerne la legittimità formale.[7]

2. L'impatto del Covid-19 nel rapporto tra enti territoriali ed esecutivo centrale

La gestione sanitaria della pandemia da Covid-19 ha evidenziato, una volta di più, la profonda differenza tra formalità e effettività della norma nell'ambito dei principi fondamentali come il diritto alla salute nelle costituzioni dell'America Latina.[8]

4 Sulla storia dell'America Latina e sulla colonizzazione del Centro e Sud America tra gli altri C.D. Malamud Rikles, *Historia de America*, Alianza, 2005; M. Quintana Martinez, *Historia de América Latina*, Edinumen, Madrd, 1999; T. Halperin Donghi, *Historia contemporánea de América Latina*, Alianza, 1998; G. Vazquez N. Martinez Diaz, *Historia de América Latina*, SGEL, Madrid, 1990; E. Williamson, *Historia de América Latina*, Fondo de Cultura Economica, Mexico, 2013; N. Chomsky, America Latina, *De la colonizacion a la globalizacion*, Ediciones Catedra, 2003; M. Perez-Gonzalez, J. Castillo-Eslava, *Desde la colonización hasta una decolonialidad con concienciación colectiva endógena: El caso de América Latina*, in Panorama Economico, Vol. 25, n. 4, 2017 p. 577 ss.

5 Sulla militarizzazione del potere in America Latina si veda A. Varas, *Militares y armas en América Latina*, in *Nueva Sociedad*, n. 97, 1988; per approfondimenti M.E. Stella, *A un cuarto de siglo, reflexiones sobre el Juicio a las Juntas Militares en Argentina*, in C*uadernos del Centro de Estudios en D. y C.*, n. 52, 2015, p. 301 ss; F. M. Conde H. Olasolo Alonso, *La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España, desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo*, in *Revista penal*, n. 27. 2011. p. 175 ss; M. Araneda D. Golzalo, *Legitimación e institucionalización. El poder militar disciplinario en Chilebandos y decretos ley (1973-74)*, in *Estudio: Centro de Estudios Avanzados*, n. 44, 2020, p. 185 ss.

6 Viste in prospettiva diacronica, le democrazie latinoamericane si sono caratterizzate per un presidenzialismo forte legato all'eredità accentratrice derivante dai caudillos operanti a cavallo tra ottocento e novecento prima e dai regimi dittatoriali post bellici poi. Sul punto C. Bolonha, H. Rangel, F. Corrêa, Hiperpresidencialismo na América Latina, in Revista da Faculdade de Direito-UFPR, vol. 60, n. 2, p. 115 ss; sulle varie forme del presidenzialismo sudamericano J. Carpizo, Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina, in Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 115, 2006, p. 57 ss.; A. Escamilla Cadena, R. Sánchez Gayosso, *Las facultades constitucionales del Ejecutivo en América Latina: entre la concentración y la* \, n. 37, 2016, p. 111 ss.

7 Così I. Spigno, *Emergenza sanitaria vs. emergenza costituzionale in America latina: una prospettiva comparata*, *op. cit.* p. 2227.

8 Sulle politiche di investimento del PIL in America Latina si rimanda agli indicatori stabiliti dall'Organizzazione Panamericana della Salute disponibili nel documento "*Indicadores básicos 2019. Tendencias de la salud en las Américas, Washington D.C, 2019*". per approfondimenti in merito alla eventuale discrepanza tra principi costituzionali e la realtà dei

In America Latina il diritto alla salute troneggia nella maggior parte delle costituzioni come principio fondamentale[9], ma nella realtà dei fatti tutto il continente vive un problema di cattiva assistenza sanitaria la quale, unitamente alla combinazione tra malattie tipiche della zona[10], determina un quadro critico.

L'avvento dell'emergenza sanitaria ha incrinato lo *status quo* del federalismo latino-americano che è fortemente condizionato da un decentramento del potere perlopiù formale, ereditato dalla dominazione coloniale che ha interessato il continente[11].

La tendenza che ha visto il federalismo centralizzato entrare in crisi è riconducibile alla differenza di approccio posto in essere dagli esecutivi centrali e dai governi locali nell'ottica delle politiche di contrasto all'emergenza contagi; laddove i primi hanno optato per un intervento di tipo soft che non ha previsto alcun tipo di collaborazione multilivello[12], le decisioni dei secondi (sia nei sistemi unitari che in quelli federali), hanno istituito un piano pratico volto a tutelare il bene salute anche in eventuale contrasto con le disposizioni a livello nazionale.

Tale palese difformità di azione tra i vari livelli di governance si è estrinsecato nella scelta omissiva centrale e nel tentativo, in determinati casi anche quasi al limite dell'ambito competenziale costituzionalmente previsto, da parte delle istituzioni territoriali di ergersi a difesa del diritto alla salute pubblica vicariandosi al potere federale.

Di seguito si analizzeranno le esperienze di due Stati federali messi a dura prova dalle scelte dei protagonisti istituzionali in materia sanitaria nella gestione dei primi mesi di emergenza pandemica: il Messico e Il Brasile.

La scelta è motivata dalle peculiarità che accomunano i due ordinamenti sia dal punto di vista della declinazione della forma di stato sia dalle scelte operate dagli esecutivi nella gestione della pandemia. Il paese nordamericano ha definito un approccio soft nella gestione dell'emergenza sanitaria e nonostante una rapidissima propagazione del virus in determinate zone, non si è ritenuto utile, in principio, imporre

sistemi sanitari latino-americani R. Atun, *Health-System Reform and Universal Health Coverage in Latin America*, in *The Lancet*, vol. 385, n. 9974, 2015, p. 1230 ss.

9 Per approfondimenti, tra gli altri, H. Tórtora Aravena, *Los derechos sociales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in *Revista de Derechos Fundamentales*, n. 13, 2015, p. 109 ss; H. Nogueira Alcalá, *Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano*, in *Estudios Constitucionales*, n. 2, 2009, p. 143 ss.

10 La situazione sanitaria dell'America latina si caratterizza per la combinazione delle malattie tipiche dei paesi sviluppati come diabete e obesità, a quelle endemiche nei paesi in condizione di sottosviluppo quali ad esempio la malaria, così I. Spigno, *Emergenza sanitaria vs. emergenza costituzionale in America latina: una prospettiva comparata*, *op. cit*. p. 2219.

11 Sul federalismo "debole" latinoamericano J.A. Pabón Arrieta, *La democracia en América Latina: un modelo en crisis*, Barcellona, 2019, p. 143 ss., sulla centralizzazione del potere nelle mani del governo federale e sulla conseguente subordinazione degli enti territoriali allo stesso, in violazione dei principi fondanti del federalismo tra gli altri J. C. Chiaramonte, *Raíces históricas del federalismo latinoamericano*, Buenos Aires, 2016.

12 Sul tema della mancata collaborazione centro-periferia nella gestione pandemica si veda Tortolero Cervantes, *La pandemia como oportunidad para relanzar el rol de las entidades subnacionales latinoamericanas*, in N. González Martín (a cura di), *Emergencia sanitaria por COVID-19*. In *INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional*, n. 20, 2020. p. 63 ss. Reperibile su https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6195/3a.pdf.

misure restrittive riguardo alla circolazione delle persone. La scelta operata dall'esecutivo brasiliano anche se figlia di un approccio negazionista posto in essere dal presidente Jair Bolsonaro ha condotto a risultati similari per ciò che attiene all'allargamento dei contagi. Ad accomunare le due realtà analizzate è il fatto che la necessità pratica in capo agli amministratori locali di porre un freno all'esponenziale propagazione del virus ha determinato una virata rispetto alla consuetudine accentratrice che permea numerose realtà del federalismo sudamericano. Nei casi di specie infatti il decisionismo dimostrato dagli esecutivi territoriali ha determinato degli interessanti contrasti competenziali risolti dalle Corti che hanno operato un bilanciamento dei diritti che presenta profili innovativi nelle dinamiche di governance.

3. Il caso messicano

Il paese nordamericano ha scelto di dichiarare lo Stato di emergenza sanitaria 3 settimane dopo rispetto alla dichiarazione dell'OMS sulla pandemia e nello specifico il 30 marzo del 2020, dopo avere stabilito misure straordinarie[13] volte alla gestione prioritaria del coronavirus riconosciuto come grave malattia.[14]

Il Governo federale ha comunque deciso per un approccio morbido alla questione non predisponendo alcuna misura che, contraendo la libertà di spostamento, consentisse, attraverso il distanziamento sociale obbligatorio, il contenimento della curva dei contagi.[15]

A prescindere dall'approccio, comunque, si rileva una totale assenza del Parlamento nella gestione della pandemia, visto e considerato che l'emergenza è stata fronteggiata attraverso una esclusiva normazione dell'esecutivo[16] e con l'intervento del Consejo De Salubridad General[17], un organo previsto dalla Costituzione che bypassa l'esecutivo dipendendo direttamente dal Presidente della Repubblica operando con delle disposizioni di carattere generale valide su tutto il territorio.

A far data dalla riforma Costituzionale del 2 agosto 2007 è previsto altresì nella carta fondamentale messicana che, attraverso una successiva ratifica del Presidente della Repubblica, il Ministero della salute

13 Il 27 marzo 2020 sono state disposte delle misure determinanti un potere speciale in capo al Ministero della Sanità, tra tutti, per approfondimenti, il "*Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)*", pubblicato nel Diario Oficial de la Federación.

14 Attraverso "l'*Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia*", datato 23 marzo 2020.

15 Sul punto E. Velasco, *Mexico: Emergency Powers and COVID-19*, in *VerfBlog*, 16 aprile 2020, reperibile su https://verfassungsblog.de/mestado exico-emergency-powers-and-covid-19/.

16 Sul tema del disequilibrio tra gestione dell'esecutivo e assenza del Parlamento in Messico si veda J.J. Garza Onofre et al., *México. Democracia en vilo – y Constitución también*, in N. González Martín, D. Valadés (a cura di), *Emergencia sanitaria por Covid-19. Derecho constitucional comparado*, 2020, p. 109 ss, per approfondimenti in ordine al sistema di riparto delle competenze in materia salute C. Huerta Ochoa, *Emergencia sanitaria y la distribución de competencias en el Estado federal mexicano*, in N. González Martín (a cura di), E*mergencia sanitaria por COVID-19*. Federalismo, Messico, 2020, p. 9 ss.

17 Organo previsto dall'art. 73 sez. XVI Cost.

detiene il potere e l'obbligo di adottare misure preventive immediate volte al contrasto di malattie esotiche riscontrate in territorio messicano.

Le scelte di stampo quasi astensionista operate dall'esecutivo centrale hanno incrinato l'equilibrio della forma di stato messicana allorquando si sono trovate in netto contrasto con il comportamento posto in essere dalle istituzioni locali che, al contrario, hanno fissato misure abbastanza stringenti riguardo la libertà di circolazione e il distanziamento sociale determinando una palese disomogeneità dei livelli decisionali.[18]

Nello specifico alcuni Stati e municipi messicani hanno definito un programma di limitazione alla circolazione e di distanziamento sociale obbligatorio. Tali atti degli enti locali sono stati impugnati per manifesta incostituzionalità da parte del Governo federale determinando un quadro di contrasto di competenze che è finito più volte sul tavolo del Giudice costituzionale locale.

É emblematico il caso della *Accion de Incostitutionalidad* n. 3/2020 promossa dalla Commissione Statale dei Diritti Umani avverso il decreto n. 3/2020 adottato dal governatore dello Stato di Cohauila pubblicato il 22 aprile 2020[19]. Secondo tale ricorso, il decreto presentava profili di incostituzionalità nella misura in cui prevedeva la riduzione della mobilità in tutti i comuni dello Stato utilizzando controlli di tipo sanitario e un apparato sanzionatorio volto a punire le violazioni delle citate restrizioni.

L'ente ricorrente lamentava nello specifico due profili di incostituzionalità: il primo riscontrabile nella violazione del criterio generale di riparto di competenze centro-periferia, il secondo riguardo alla violazione del principio di proporzionalità.

A pronunciarsi sulla presunta incostituzionalità del decreto sopraccitato è stato il Tribunale Constitutional Local del Estado de Coahuila de Zaragoza con la sentenza del 11 maggio 2020[20].

Il giudice adito non ha riscontrato profili di incostituzionalità rigettando entrambi i motivi di impugnazione presentati dai ricorrenti; riguardo alla presunta violazione competenziale operata dallo Stato nei confronti della federazione il decisore pubblico sottolinea come l'ente locale abbia esclusivamente reso esecutive le misure adottate dal Consejo de Salubridad General che ha imposto su tutto il territorio la sospensione delle attività non essenziali attraverso la limitazione della mobilità, non

18 In Generale sulla competenza in capo agli Stati federati messicani di porre in essere misure emergenziali in campo sanitario si veda J.M. Serna de la Garza, *Facultades de las entidades federativas para dictar medidas de seguridad sanitaria ante epidemias como el COVID-19, in N. González Martín (a cura di), Emergencia sanitaria por COVID-19*. Federalismo, 2020, p. 15 ss.; per una ricofnizione geografico normative delle misure adottate si veda il documento della Subsecretaría de Derechos Humanos, *Población y Migración, Observaciones sobre violaciones a derechos humanos durante la contingencia sanitaria por covid-19,* aprile 2020, in https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/548913/OBSERVACIONES_SOBRE_VIOLACIONES_A_DERECHOS_HUMANOS_DURANTE_LA_CONTINGENCIA_SANITARIA_POR_COVID-19.pdf

19 "*Decreto del Poder Ejecutivo por el que se emiten las disposiciones relativas a la movilidad de las personas en el Estado de Coahuila de Zaragoza durante la contingencia COVID-19*", pubblicato nel Periódico Oficial del Gobierno del Estado.

20 Con la sentenza *Comisión Estatal de Derechos Humanos v. Poder Ejecutivo del Estado* [AIL-3/2020], 11 maggio 2020.

invadendo quindi alcun ambito. Per quanto concerne invece il secondo punto, volto nelle doglianze dei ricorrenti, a dimostrare la mancanza di proporzionalità tra le misure repressive poste in essere dallo Stato di Coahuila rispetto al livello di gravità della situazione sanitaria, il Giudice ribalta addirittura la questione evidenziando come lo Stato federale abbia violato il suo obbligo costituzionale di proteggere i diritti alla salute, alla vita e alla sicurezza delle persone determinando un impianto normativo eccessivamente soft a fronte di una grave situazione sanitaria.

Secondo il Tribunale costituzionale locale il comportamento dei governi statali in generale e degli enti locali nel particolare sono inquadrabili nel rispetto del diritto costituzionalmente previsto di proteggere il diritto alla salute della popolazione che in tale territorio risiede, vicariandosi allo Stato federale inadempiente, interpretando a contrario il principio basico che prevede la cessione da parte degli stati federati di parte del loro potere nell'ottica di una costituzione del potere federale. Nel caso di specie l'immobilismo della federazione legittima i singoli stati federati a riacquistare il proprio potere per addivenire al fine primario della protezione della popolazione.

4. Il caso brasiliano

La gestione dell'emergenza da Covid-19 in Brasile si è caratterizzata per uno scontro duro tra le organizzazioni internazionali e i governi locali da una parte e il presidente Bolsonaro dall'altra.

Seppure sia stato approvato dal Parlamento lo stato di calamità pubblica per tutto il 2020[21], tale norma non ha stabilito alcun tipo di restrizione ma ha semplicemente derogato all'obbligo fiscale in capo al Presidente. Il 31 marzo 2020, mentre alcuni Stati falcidiati dal contagio, agevolato da condizioni di vita promiscue ai limiti dell'umano in determinate località, definivano delle misure di distanziamento e, in ogni caso, limitative della libertà di circolazione[22], il Presidente invitava il popolo e i propri partner istituzionali a non dar credito alle raccomandazioni internazionali non ritenendo di dover in alcun modo «fermare il Brasile»[23].

A differenza della esperienza messicana, estrinsecatasi in una gestione differente a seconda dei livelli di governance ma comunque in mano agli esecutivi, il caso brasiliano vede il Covid-19 come banco di prova del rapporto tra Presidente e Parlamento, e si evince chiaramente in capo a quest'ultimo la volontà di contrastare l'approccio negazionista del capo dello Stato[24].

21 Il decreto legislativo n. 6/2020 trova il suo fondamento nella Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, n. 8.488/2006.

22 Su tutte si sottolineano le misure adottate dai sindaci di San Paolo e Rio de Janeiro.

23 Sulla politica negazionista adottata dal Presidente Bolsonaro T. da Rosa de Bustamante, E. Peluso Neder Meyer, *Bolsonarism & Covid-19: Truth Strikes Back, in Int'l J. Const. L. Blog, 24 marzo 2020*, http://www.iconnectblog.com/2020/03/bolsonarism-andcovid-19-truth-strikes-back/.

24 Sul contrasto tra le istituzioni nella gestione dei primi momenti della crisi sanitaria in Brasile, tra gli altri M. Figueiredo, *A pandemia e as restrições jurídicas à liberdade. Uma visão preliminar*, in N. González Martín, D. Valadés (a cura di), *Emergencia*

Attraverso l'approvazione della l. 13.979/20202 del 6 febbraio 2020[25] il Congresso si allinea alla maggioranza delle democrazie mondiali disponendo la quarantena cosiddetta orizzontale, dando l'avvio a un contrasto costante con le posizioni del Presidente[26]; successivamente, in data 20 marzo 2020, il Congresso ha bypassato la figura del Presidente votando una risoluzione totalmente parlamentare (di carattere amministrativo) che approvasse lo Stato di calamità e non l'istituzione dello Stato di difesa[27].

Nella stessa data la sopraccitata l. n. 13.979 è stata modificata con l'inserimento di una misura provvisoria[28] che ha determinato la libertà in capo al Governo della gestione dello stato di crisi e dei fondi liquidati per la risoluzione dello stesso. È fuor di dubbio che tale risoluzione, che non ha inserito alcuna restrizione sui diritti, determina un notevole aumento della flessibilità di spesa e fiscale in favore del Governo il quale però resta vincolato ad una legge approvata nel 2017 che gli impone uno *spending cap* calcolato sul tasso di inflazione dell'anno precedente. Deroghe a questa norma prevedono il voto di entrambe le Camere e consentono, quindi, un controllo parlamentare sulla gestione finanziaria della pandemia da parte dell'esecutivo.

Il contrasto tra la politica del presidente Bolsonaro e le scelte a favore del contenimento del contagio operate dalle amministrazioni locali si è trasferito dinanzi al Giudice costituzionale che si è trovato in più casi dinanzi ai ricorsi presentati dall'esecutivo volti ad addivenire all'annullamento delle disposizioni degli enti locali istituenti le quarantene obbligatorie.[29]

Il Tribunale supremo federale ha più volte respinto le istanze centrali sottolinenando come gli esecutivi statali, distrettuali e municipali detengano la potestà legislativa per adottare atti normativi volti a tutelare

sanitaria por Covid-19. Derecho constitucional comparado; S.B. Santos Divino, *The Brazilian government's actions against the CoViD-19,* e T. Fiterman Tedesco, *La emergencia de salud pública internacional derivada del Coronavirus (CoViD-19) y las reacciones normativa y fáctica brasileñas: un panorama a partir de la ley 13.979/2020*, entrambi in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, Special Issue n. 1, 2020, p. 761 ss.

25 Legge n. 13.979/2020, "*Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*."

26 Attraverso questa legge, contrastando le determinazioni del Presidente Bolsonaro orientate all'attuazione di una quarantena cosiddetta "verticale", il Congresso affida al Ministero della Salute la gestione dell'emergenza, si allinea alle posizioni globali in materia di contenimento del contagio. Sul punto E. Peluso Neder Meyer, T. Bustamante, *Authoritarianism Without Emergency Powers: Brazil Under COVID-19*, in *VerfBlog*, 8 aprile 2020, https://verfassungsblog.de/authoritarianism-without-emergencypowers-brazil-under-covid-19/.

27 Lo Stato di difesa è previsto dall'art. 136 della Cost. e ha il compito di ristabilire in tempi brevissimi e luoghi determinati la pace sociale e l'ordine pubblico attraverso l'intervento del Presidente della Repubblica; viene istituito attraverso decreto presidenziale sentiti il Consiglio della repubblica e il Consiglio di sicurezza nazionale e deve essere approvato dal Congresso entro 10 giorni. Per approfondimenti A.C.G. da Silva, *Direito de crise na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O emprego do Estado de Defesa e do Estado de Sítio durante a vigência do Estado Democrático de Direito Excepcional*, in *SSRN Electronic Journal*, 2003; A.S. Tossige Gomes, A.S. de Moura Costa Matos, *O estado de exceçaõ no Brasil republicano*, in *Revista Direito & Práxis*, vol. 8, n. 3, 2017, p. 1760 ss.; e H. Peña de Moraes, *Mecanismos de Defesa do Estado e das Instituiçoe s Democráticas no Sistema Constitucional de 1988: Estado de Defesa e Estado de Sítio*, in *Revista da EMERJ*, vol. 6, n. 23, 2003, p. 198 ss.

28 La Medida Provisoria n. 926.

29 Così I. Spigno, *Emergenza sanitaria vs. emergenza costituzionale in America latina: una prospettiva comparata*, *op. cit.* p. 2240.

la salute dei cittadini attraverso il mantenimento di misure quali le quarantene, il distanziamento sociale, la limitazione alla libera circolazione.[30]

Con la decisione "*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 672*", dell'8 aprile 2020, il Tribunale supremo federale sottolinea come in un momento di emergenza sanitaria sia necessaria la leale collaborazione tra i diversi livelli di governo argomentando tale tesi attraverso una lettura orientata della Carta costituzionale: dapprima attraverso l'analisi degli artt. 23 e 24 cost. i quali determinano come esistano competenze amministrative comuni nei vari livelli di governance federale e come, nello specifico, in materia salute la competenza tra federazione e enti locali sia concorrente; successivamente argomentando la disposizione di cui all'art. 30 cost. che stabilisce la possibilità in capo agli enti decentrati in generale e ai comuni nel particolare di integrare la legislazione federale e statale se vi è un interesse pubblico conclamato.

Attraverso l'analisi del dettato costituzionale il Giudice ha stabilito come la federazione non possa unilateralmente revocare le decisioni degli enti decentrati volte all'adozione di misure di contenimento del contagio in conformità a quanto raccomandato dagli enti internazionali e dagli studi tecnico-scientifici.

5. Riflessioni conclusive

L'emergenza sanitaria da Covid-19 ha colpito le democrazie dell'America latina da più angolazioni. Con particolare riferimento ai casi esaminati di Messico e Brasile, se la difficoltà nell'approvare delle misure consone al contenimento della pandemia che limitassero il meno possibile i diritti personali dei consociati accomuna l'esperienza latinoamericana al resto del mondo, è necessario, però, evidenziare come la situazione emergenziale sia servita da innesco per far esplodere un problema che caratterizza i sistemi federali del continente: la palese discordanza tra quanto stabilito nelle carte fondamentali e l'effettività della norma.

Detta differenza si determina in due bisettrici: la prima, più facilmente individuabile in questa fase critica, è come non corrisponda ai vari dettati costituzionali che riconoscono il diritto alla salute come base degli ordinamenti giuridici una tutela effettiva che si estrinsechi in una reale normativa di dettaglio volta alla salvaguardia dell'integrità dei consociati. Sul punto è palese prendere atto di come in molte realtà del centro e sud America il Covid-19 abbia fatto breccia in una situazione di per sé critica dal punto di vista sanitario, trovando terreno fertile nell'elevato numero di individui che vivono in situazioni di grave precarietà aggravate dalla promiscuità, la scarsa igiene e la mancanza dei requisiti minimi per una conduzione dignitosa dell'esistenza.

30 Per approfondimenti riguardo la gestione multilivello dell'emergenza sanitaria brasiliana si veda J.V. Archegas, L. Kreuz, *The 'Constitutional Military Intervention': Brazil on the Verge of Democratic Breakdown*, in Verfassungsblog.de.

La seconda dissonanza tra principi formali e norme effettive si palesa nella particolarità assunta dalla forma di Stato di numerosi paesi della America latina. La gestione del contenimento dei contagi da coronavirus ha evidenziato come non vi sia stata una notevole differenza tra le scelte operate dai sistemi unitari e dagli ordinamenti giuridici di matrice federale.

Se in numerosi paesi l'accentramento del potere nelle mani dell'esecutivo si è delineato in un uso a volte anche indiscriminato della forza nei confronti dei cittadini[31], in altri, come il Brasile e, soprattutto nelle prime battute, in Argentina, i governi hanno optato per una scelta ai limiti del negazionismo non operando alcuna scelta in ordine al contingentamento delle attività non essenziali lasciando le realtà locali in una situazione di crisi insostenibile, con, sullo sfondo, il quasi totale azzeramento dell'attività parlamentare.

I casi analizzati nella presente trattazione, ovvero la realtà messicana e brasiliana, seppur caratterizzate da due punti di partenza opposti, uno Stato federale astensionista (Messico) e un Presidente negazionista e propenso a decisioni fortemente illiberali (Brasile), possono essere accomunati dalla reazione che gli enti decentrati hanno avuto nei confronti delle scelte dell'esecutivo centrale.

Nello specifico l'assoluta necessità di tutelare, attraverso misure anche limitanti i diritti personali, il bene salute ha condotto gli enti decentrati a operare anche in contrasto con gli esecutivi i quali hanno di contro seguito la via dell'accentramento delle competenze giustificate dalla improrogabilità dell'azione e dall'emergenza.[32]

Le scelte portate avanti dai comuni, i distretti e gli stati federati di Messico e Brasile hanno messo in crisi la concezione di federalismo fragile tipica del centro e del sud America.

In entrambi i casi analizzati gli esecutivi centrali hanno osteggiato le scelte locali ricorrendo alla giustizia costituzionale. Il Giudice costituzionale ha, però, a sua volta contrastato la cristallizzata fragilità della forma di Stato federale sottolineando più volte la facoltà in capo agli enti decentrati di vario livello sia di derogare alla disciplina statale in un'ottica di tutela del bene primario della salute dei cittadini, sia di sostituirsi all'inefficienza dello stesso nei casi di puro astensionismo allorquando sia necessario per rendere effettive le raccomandazioni delle organizzazioni internazionali in materia tecnico-scientifica.

Si ritiene di poter dunque affermare che l'emergenza sanitaria si sia inserita all'interno di una situazione altrettanto critica dal punto di vista costituzionale. L'esperienza latinoamericana infatti si caratterizza per un rischio costante di deriva cesarista in capo alle forme di governo; il presidenzialismo messicano, argentino, brasiliano dimostrano come la normalizzazione dell'emergenza determini una costante

31 Sulle conseguenze in ordine ai diritti umani con riferimento alle politiche emergenziali di gestione della pandemia da Covid-19, specificatamente in Messico, tra gli altri F.J. Cepeda Rincón, G.F. Lucho González, *La pandemia de Covid-19 y los derechos humanos en México*, in *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, vol. 8, n. 1, 2020, p. 488 ss.

32 Sul punto F. Tortolero Cervantes, *La pandemia como oportunidad para relanzar el rol de las entidades subnacionales latinoamericanas*, in N. González Martín (a cura di), *Emergencia sanitaria por COVID-19*. Federalismo, op. cit. p. 63 ss.

contrazione dell'organo parlamentare associata a una grossa crisi della rappresentanza e a una tendenza caudillista ereditata dalla transizione democratica successiva all'indipendenza.[33] Dal punto di vista della forma di stato la interpretazione della Carta fondamentale posta in essere da parte del Giudice costituzionale nell'ambito del conflitto di competenze in materia salute sembra orientarsi verso una collaborazione multilivello da parte degli enti decentrati, degli Stati federati e dei comuni che non sia esclusivamente formale ma effettiva.

33 Sul tema del federalismo latino-americano la sua derivazione e le caratteristiche si veda J. C. Chiaramonte, *Raíces históricas del federalismo latinoamericano*, Buenos Aires, 2016.; J.A. Pabón Arrieta, *La democracia en América Latina: un modelo en crisis,* Barcellona, 2019, 143 ss; J. Chaires Zaragoza, *El fracaso del federalismo en Latinoamérica. Un estudio comparado con la cultura federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, in *Revista VIA IURIS*, n. 23, 2017, p. 1 ss. Sul federalismo brasiliano F.R. Frota Araújo, *Organización constitucional del Estado federal: aproximaciones al modelo brasileño*, in *Revista Galega de Economía*, vol. 14, n. 1-2, 2005, p. 1 ss; M. Figueiredo, *Il modello federale brasiliano (storia, disciplina e sistema delle risorse finanziarie)*, in Istituzioni del Federalismo, n. 5/6, 2010, p. 517 ss. Sulle caratteristiche e l'evoluzione del modello federale argentino V. Bazán, *El federalismo argentino: situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas*, in *Estudios Constitucionales*, n. 1, 2013, p. 37 ss.

L'impatto dell'emergenza Covid-19 sulla tutela del turismo nell'Ordinamento interno*

di Daniele Vitale
Dottorando in Politiche pubbliche di coesione e convergenza nello scenario europeo
Università degli Studi di Napoli Federico II

Abstract [It]: La pandemia da Covid-19 ha influenzato il governo del turismo, settore nevralgico per l'economia italiana, offrendo la sua gestione emergenziale lo spunto di riflessione del presente contributo. Si analizzerà in particolare, anche attraverso una comparazione con il dato normativo spagnolo, l'impatto della pandemia sulla *governance* costituzionale del turismo e sull'azione del *policymaker* che ha identificato diversi punti di equilibri tra la salvaguardia della salute e il mantenimento dei flussi turistici.

Title: The impact of the Covid-19 emergency on the protection of tourism in Italian legal system
Abstract [En]: The Covid-19 pandemic has affected the administration of tourism, a crucial sector for the Italian economy, offering its emergency management the cause for reflection in this paper. In particular, the impact of the pandemic on the constitutional governance of tourism and on the action of the policymaker who has identified various points of balance between safeguarding the health and maintaining tourist flows is analysed, also through a comparison with the Spanish normative data.

Parole chiave: Turismo; Covid-19; Diritto sociale; Competenza normativa; Green Pass
Keywords: Tourism; Covid-19; Social right; Regulatory competence; Green Pass

Sommario: 1. Il volto costituzionale del turismo. **2.** La politica turistica nella prima fase dell'emergenza Covid-19. **3.** Vaccinazione e nuovo corso. **4.** Rilievi critici sull'impatto della pandemia sull'amministrazione del turismo. **5.** Brevi notazioni comparate**.**

1. Il volto costituzionale del turismo

Il turismo rappresenta attualmente una delle cifre primarie per l'economia italiana, valendo il comparto con i suoi diversi settori aggregati circa il 13% del PIL nazionale[1].

Nonostante la dimensione economica dell'amministrazione dei flussi turistici con le sue ricadute in termini sociali, occupazionali e di tutela dell'ordine pubblico, la locuzione «turismo» non risulta più menzionata dalla Costituzione nella sua attuale formulazione[2], essendo stata eliminata con la revisione dell'art. 117 del 2001. Pur avendo perso la propria coordinata nel testo costituzionale, la materia «turismo» non ha tuttavia subito una dissoluzione, rientrando, come rilevato dalla giurisprudenza del Giudice delle

* Articolo sottoposto a referaggio.
[1] Tale stima, che tiene conto dell'apporto di eterogenee attività come trasporti, ristorazione, servizi museali e strutture ricettive, è riportata in *Panoramica turismo in Italia – Turismo in cifre*, in www.enit.it.
[2] Sulla portata della previgente disposizione che prevedeva una competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni, con il precipitato dell'applicabilità del principio del parallelismo delle funzioni amministrative, in materia di «turismo e industria alberghiera», *ex multis*, P. TACCHI, *Turismo. Diritto pubblico*, in *Enc. Giur.*, vol. XXXI, Treccani, Roma, 1994, pp. 1 ss., rilevandosi sul punto che, secondo l'interpretazione maggioritaria della dottrina avallata anche dalla giurisprudenza costituzionale, la duplice locuzione doveva essere intesa come una sorta di endiadi, individuante un'unica materia.

leggi, nel novero delle innominate materie di cui al comma 4 dell'art. 117 Cost. e attribuite – non senza problematicità sistemiche – alla competenza (residuale) esclusiva delle Regioni[3]. La disciplina normativa

[3] Si deve osservare sul punto che la Corte costituzionale ha variamente proceduto a descrivere il mutamento del titolo competenziale a partire dalla sentenza n. 197/2003 ove si affermava che, con la vigenza del novellato art. 117, le Regioni, anche ordinarie, potevano (e possono) esercitare le funzioni legislative in materia di turismo senza la necessità dell'interposizione di principi fondamentali della materia da parte del legislatore nazionale. Con la di poco successiva sentenza n. 90/2006, resa in occasione di un conflitto di attribuzione intersoggettivo tra lo Stato e la Regione Campania e avente ad oggetto la potestà amministrativa nell'ambito di porti turistici, la Corte ha dato conferma dell'esistenza del "nuovo" titolo competenziale esclusivo regionale ed esplicato i suoi confini, ritenendo da un lato che dopo la riforma del 2001 l'amministrazione dei porti turistici è attribuita alle Regioni – con possibile ulteriore attribuzione di funzioni amministrative *ex* art. 118 Cost. agli enti minori in ossequio al principio di sussidiarietà – esponendo dall'altro, tuttavia, la legittima possibilità da parte dello Stato di «procedere, in futuro, con la necessaria partecipazione della Regione interessata, in ossequio al principio di leale collaborazione, a riconoscere a taluni porti turistici, per la loro dimensione ed importanza, carattere di rilevanza economica internazionale o di preminente interesse nazionale, che sia idoneo a giustificare la competenza legislativa ed amministrativa dello Stato su tali porti e sulle connesse aree portuali». La possibile legittimità di un intervento statale in materia è emersa chiaramente anche nella sentenza n. 214/2006 nella quale la Corte, pur accogliendo il ricorso principale di alcune Regioni avverso l'istituzione da parte dello Stato del Comitato nazionale per il turismo, ritiene che l'incostituzionalità della normativa impugnata sia discesa proprio dal mancato coinvolgimento delle Regioni, mettendo altresì in luce la sproporzione dell'azione del legislatore nazionale che aveva attratto in capo al Comitato una generale attività di coordinamento delle complessive politiche di indirizzo di tutto il settore turistico. Tale rilettura, ampliativa delle competenze regionali rispetto al passato e al contempo preoccupata di non escludere del tutto la competenza dello Stato in settori essenziali relativi al governo del turismo, è emersa in alcune successive pronunce della Corte ove è stato ritenuto legittimo l'intervento legislativo dello Stato in materie strettamente attinenti al turismo per la compresenza e prevalenza di un titolo di competenza esclusiva dello Stato o concorrente. Ciò è avvenuto, ad esempio, nel caso della regolazione dell'accesso alle professioni turistiche, oggetto giustappunto rientrante secondo il Giudice delle leggi nella competenza concorrente in materia di «professioni», potendo lo Stato legittimamente intervenire per la formulazione dei principi fondamentali della materia (così C. Cost., sent. n. 222/2008 in cui, rigettando il ricorso presentato per violazione delle proprie competenze e del principio di leale collaborazione dalla Regione Veneto avverso un decreto-legge in materia di semplificazione dell'accesso all'esercizio di alcune attività professionali come quella di guida o accompagnatore turistico, è stato evidenziato che l'individuazione dei requisiti per lo svolgimento di tali attività rientra nella predetta materia di competenza concorrente, potendo e dovendo lo Stato trattare la materia in modo uniforme sul territorio nazionale e in linea con i principi imposti dal diritto euro-unitario). Con la sentenza n. 271/2009 la Corte ha, sempre sulla scorta dell'esistenza della competenza dello Stato in materia di «professioni», dichiarato illegittima la disciplina legislativa dettata dalla Regione Emilia-Romagna in materia di «attività di animazione e di accompagnamento turistico» per aver essa «ecceduto nella propria competenza regionale in tema di professioni di cui all'art. 117, terzo comma, Cost., violando il principio fondamentale che riserva allo Stato non solo l'individuazione delle figure professionali, ma anche la definizione e la disciplina dei requisiti e dei titoli necessari per l'esercizio delle professioni stesse». Rimandando a breve l'individuazione di ulteriori pronunce sulla competenza regionale in materia di turismo, si pone in evidenza come nella nota sentenza n. 80/2012 – con cui è stata dichiarata l'illegittimità di diversi articoli del d.lgs. n. 79/2011, cd. Codice del turismo recante una disciplina organica delle attività turistiche – la Corte, pur dando atto dell'illegittimità in concreto dell'intervento del Governo per violazione della delega legislativa, non aveva chiuso la porta ad ulteriori azioni dello Stato, individuando in astratto quali siano i presupposti legittimanti il suo possibile intervento. Difatti, confermando il proprio precedente orientamento, il Giudice delle leggi ha messo in luce come fosse ammissibile nel caso specifico l'intervento del legislatore delegato per «raggruppare e riordinare le norme statali incidenti sulla materia del turismo, negli ambiti di sua competenza esclusiva e per la tutela di interessi di sicuro rilievo nazionale», avendo tuttavia il Governo esorbitato dalla delega laddove esso, nel disciplinare i rapporti tra Stato e Regioni in materia di turismo, ha agito, senza che ve ne fossero i presupposti, attraverso il metodo della chiamata in sussidiarietà «forma non ordinaria di esercizio, da parte dello Stato, di funzioni amministrative e legislative attribuite alle Regioni da norme costituzionali la quale richiede una precisa manifestazione di volontà legislativa del Parlamento, con indicazione, tra l'altro, di adeguate forme collaborative con le Regioni, indicazione del tutto assente nella legge di delegazione n. 246 del 2005». Per una più articolata disamina sull'evoluzione di questo annoso tema, *ex plurimis,* C. LOSAVIO, *La fragile residualità della materia "turismo": un difficile equilibrio di competenze tra Stato e Regioni*, in *La fragile residualità della materia "turismo": un difficile equilibrio di competenze tra Stato e Regioni*, in A. FERRARA, S. MANGIAMELI, F. TUZI (a cura di), *Riparto delle competenze nell'esperienza regionale italiana tra materie e politiche pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 671-690.

del turismo e della sua gestione politica è dunque oggetto di un articolato sistema multilivello di *governance* che esercita diverse ed eterogenee attività di programmazione, indirizzo, promozione, vigilanza, controllo e coordinamento del settore[4].

È da osservarsi, circa la spinosa questione del riparto di competenze tra i diversi soggetti pubblici che esercitano queste funzioni, come una delle motivazioni della litigiosità tra Stato e Regioni risieda nella fisiologica poliedricità e "porosità" della materia «turismo» che si presta facilmente per la propria ampiezza all'intreccio con altri titoli competenziali di cui all'art. 117 Cost., come nel caso delle competenze strumentali e trasversali attribuite esclusivamente allo Stato – quali, ad esempio, l'ordinamento civile, la tutela della concorrenza o la tutela dell'ambiente[5] – oltreché con titoli competenziali concorrenti, quali, ad esempio, la predetta competenza in materia di «professioni» o anche del «governo del territorio»[6].

Sotto il profilo materiale, il concetto di turismo presenta difatti un carattere di indeterminatezza e ampiezza tale da, come ben posto in evidenza dalla dottrina, poter identificarvi in senso generale «un fatto giuridico che dà luogo ad una serie di rapporti fra loro eterogenei, caratterizzati tutti dall'essere correlati ad un viaggio o ad un soggiorno di soggetti non residenti»[7]. Più specificamente, l'eterogeneità della materia sembra discendere dalla circostanza che il contatto sociale che si instaura tra il «turista»[8] e il

[4] Così R. SANTAGATA DE CASTRO, *Diritto del Turismo*, V ed., UTET, Torino, 2021, pp. 29.

[5] Un esemplificativo caso di incrocio tra tali materie è emerso in occasione del vaglio di legittimità di alcune modifiche legislative operate dalla Regione Campania alle «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della regione Campania del 2010». In particolare, con la sentenza n. 235/2011 la Corte costituzionale ha anzitutto ritenuto illegittime le disposizioni regionali in materia di accesso alle spiagge, rilevando che, pur essendo l'accesso ad esse attività inerente alla potestà legislativa esclusiva in materia di turismo, la gestione della battigia «facendo parte del demanio marittimo e la relativa disciplina rientra nella materia dell'ordinamento civile, è riservata alla potestà legislativa esclusiva statale». Giudicando su altri capi del ricorso proposto dal Governo, la Corte ha rilevato l'illegittimità di ulteriori attività normative poste dalla Regione Campania nell'ambito di concessioni demaniali in materia di utilizzazione delle acque termali – settore quest'ultimo economicamente influente per il territorio campano in quanto meta gettonata per il cd. "turismo termale" – rientrando secondo la ricostruzione del Giudice delle leggi tale specifica materia nella competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza e di tutela dell'ambiente.

[6] Si deve rilevare sul punto che, se per la risoluzione dei casi in precedenza individuati di concorso tra diversi titoli competenziali per oggetti attinenti al governo del turismo la Corte ha fatto ricorso al criterio di prevalenza ovvero al principio di sussidiarietà con i suoi corollari, in altre pronunce il Giudice delle leggi ha, in presenza di incroci di materia avvinti da legami non risolvibili con i predetti criteri, fatto sovente uso del canone della leale collaborazione, come nel caso delle sentenze nn. 1 e 21 del 2016, in materia di tipologia di strutture recettizie. Sul punto C. LOSAVIO, *La fragile residualità*, *op. cit.*, pp .681-683.

[7] E. DIAMANTI, *Il turismo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo. Diritto Amministrativo speciale; tomo IV "La disciplina dell'economia"*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 3628. Una descrizione esemplificativa dei multiformi servizi turistici è spiegata all'art. 6 del d.lgs. n. 79/2011 ai sensi del quale sono da considerarsi professioni turistiche «quelle attività, aventi ad oggetto la prestazione di servizi di promozione dell'attività turistica, nonché servizi di ospitalità, assistenza, accompagnamento e guida, diretti a consentire ai turisti la migliore fruizione del viaggio e della vacanza, anche sotto il profilo della conoscenza dei luoghi visitati».

[8] Secondo la definizione adoperata dall'ISTAT è qualificabile come turista «chiunque si rechi in un luogo diverso da quelli solitamente frequentati e trascorra almeno una notte nel luogo visitato». Questa particolare nozione risulta essere nella sua dimensione ampia e onnicomprensiva più adeguata rispetto alla più ristretta definizione prettamente gius-privatistica di turista che ne dava, prima della novella del 2018, l'art. 33, co. 1, lett. c) del Codice del turismo, secondo cui era da considerarsi turista «l'acquirente, il cessionario di un pacchetto turistico o qualunque persona anche da

luogo da questi visitato, l'elemento centrale della gestione normativa dei flussi turistici, può trovare la propria causa in motivazioni sussumibili in diversi interessi tutelati di guisa che le ragioni e le garanzie dello spostamento territoriale costituiscono un fascio proteiforme di rapporti giuridici.

Non pare tuttavia condivisibile sul punto l'opinione di autorevole dottrina che riteneva «tendente all'indifferente»[9] la funzione del turismo nell'orizzonte costituzionale, potendosi invece identificare nella pur ampia disciplina un nucleo fondante delle predette e varie funzioni che può ascriversi al carattere sociale dello Stato, in termini soprattutto di promozione culturale[10]. La materia e il suo governo sembrano, difatti, poter trovare fondamento nella «libertà del turismo»[11] quale diritto (positivo) di viaggiare verso un luogo diverso da quello di residenza al fine di «soddisfare bisogni di riposo e crescita personale»[12]. In altri termini, il turista, esercitando il diritto di libera circolazione e soggiorno *ex* art. 16 Cost., manifesta anzitutto un interesse pretensivo, tipico dei diritti sociali, a fruire dei «servizi culturali di/in un territorio» per soddisfare propri bisogni personali afferenti a una pluralità di interessi come la salute, lo svago, il riposo o l'educazione[13], la cui regolazione pubblica assume consistenza anche economica.

Alla luce di questa notevole rilevanza economica, può comprendersi il motivo per cui anche l'Ordinamento europeo costituisca uno degli essenziali livelli di articolazione della *governance* del turismo[14]. Ai sensi dell'art. 6 TFUE è difatti riconosciuta all'Unione la competenza a intraprendere nel settore del turismo «azioni di sostegno, di coordinamento e di completamento dell'azione degli Stati membri»,

---

nominare, purché soddisfi tutte le condizioni richieste per la fruizione del servizio, per conto della quale il contraente principale si impegna ad acquistare senza remunerazione un pacchetto turistico».

[9] Così M.S. GIANNINI, O. SEPE, *L'organizzazione turistica in Italia*, in *Riv. Tr. Dir. Pubb.*, 1966, p. 765.

[10] Si precisa che il concetto di «cultura» non può esser ridotto alla mera nozione di patrimonio artistico, oltremodo abbondante in Italia, dovendo essere riferito invece alla più profonda relazione tra un territorio e la società umana che ivi dimora, esprimendo dunque tale nozione la memoria del passato che è in più forme riconoscibile – sotto forma, ad esempio, di monumenti, elementi folkloristici, gastronomia locale – da chi si trova in quel dato territorio e, di conseguenza, anche il sistema dei valori fondativi del presente. Sul significato e sulla portata della cultura nell'Ordinamento Repubblicano, *ex plurimis*, F. RIMOLI, *La dimensione costituzionale del patrimonio culturale: spunti per una rilettura*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 5, 2016, pp. 505 ss.

[11] A. MASSERA, *L'amministrazione del turismo tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Vol. II, Cedam, Padova, 1998, p. 854.

[12] P. DE SALVI, *Il processo di formazione della politica turistica*, Franco Angeli Editore, Milano, 2003, p. 126.

[13] In tal senso, il turismo non si riconosce nella sola libertà di circolazione *ex* art. 16 Cost., ma la presuppone, identificandosi nella fruizione da parte del soggetto attivo della cultura del territorio visitato per poter soddisfare interessi che possono essere di varia natura. La libertà di turismo pare così idonea a raffigurare un diritto costituzionale della persona e non un semplice interesse pubblico. Sul punto V. FRANCESCHELLI, F. MORANDI, *Manuale di diritto del turismo*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 7 ss. e R. MANFRELLOTTI, *Il fondamento assiologico costituzionale della disciplina del turismo: premesse problematiche ad uno studio del turismo sociale*, in *Rassegna Economica*, n. 1, 2010, pp. 23-42. In senso contrario all'asserzione del turismo come libertà positiva, *ex multis*, L. DEGRASSI, *Contributo alla definizione della materia «turismo». Promozione e organizzazione tra governance e dirigismo regionale*, in L. DEGRASSI, V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Turismo. Diritto e diritti*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 87 ss.

[14] Per le cifre del turismo in Europa si rimanda alle *Note tematiche sull'Unione europea sul turismo,* in www.europarl.europa.eu. Si pensi, a titolo esemplificativo dell'importanza del turismo per l'ordinamento comunitario, alla risalente Direttiva CEE n. 314/1990 con cui il legislatore europeo offriva una prima disciplina comune agli Stati in materia di viaggi, vacanze e circuiti cd. *all inclusive*.

specificandosi all'art. 195 che «L'Unione completa l'azione degli Stati nel settore del turismo, in particolare promuovendo la competitività delle imprese dell'Unione in tale settore». Risulta essenziale, soprattutto sul versante soggettivo, la ricostruzione dello *status* di turista che la Corte di Giustizia ha descritto, a partire dalle più tradizionali libertà fondamentali dello spazio europeo, attraverso l'individuazione e la valorizzazione di posizioni soggettive inerenti alla sfera economica del turista come «consumatore»[15] e diritti afferenti alla dimensione culturale del turismo[16].

2. La politica turistica nella prima fase dell'emergenza Covid-19

Considerato che proprio il contatto interpersonale fornisce la principale occasione di contagio da Covid-19, appare evidente come la pandemia abbia profondamente influenzato il governo dei flussi turistici a partire dal primo caso di infezione in Italia, registrato il 29 gennaio 2020, proprio in una coppia di turisti provenienti dalla Cina. Questo evento segnava l'avvio della lunga stagione dell'emergenza attraverso la delibera in data 31 gennaio dello stato di emergenza ai sensi del d.lgs. n. 1 del 2018[17]. A questa prodromica misura seguiva il decreto-legge n. 6/2020 del 23 febbraio, poi modificato dal successivo d.l. n. 19/2020, che conteneva le note e rigidissime limitazioni delle diverse libertà costituzionali da adottarsi per mezzo dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (cd. d.P.C.m.) o altri provvedimenti, estese all'inizio del mese di marzo a tutto il territorio italiano, costituendo il telaio normativo del *lockdown*[18].

La costante di questo primo periodo, come noto, è stato il restringimento quasi integrale dello spazio di molte libertà costituzionali, impedendo ciò in radice qualsiasi forma di turismo[19]. Questa chiusura completa comportava dinnanzi alle significative conseguenze economiche sul settore turistico una prima reazione del Governo il quale, attraverso il d.l. n. 18/2020, provvedeva ad offrire un primo ristoro agli

[15] Insiste, vista l'incisività del diritto euro-unitario in materia, per l'individuazione del turista come «consumatore speciale» con uno *status* ulteriormente diversificato rispetto alla categoria generale di consumatore, R. SANTAGATA DE CASTRO, *Diritto, op. cit.,* p. XXIV ss.

[16] Sul punto C. NOTARSTEFANO, *Turismo e Unione Europea. Profili giuridici e istituzionali*, Hoepli, Milano, 2010, pp. 28-52, ove l'Autore pone bene in rilievo l'osmosi tra le libertà fondamentali del diritto euro-unitario con i profili tipici del turismo, come nel caso della liberalizzazione della professione di guida turistica, settore affidato nell'Ordinamento interno – come osservato in precedenza – alla competenza concorrente in materia di «professioni».

[17] Ad oggi, partendo da tale provvedimento, si contano oltre 1000 atti di regolazione dell'emergenza di varia natura. Si precisa al riguardo che nel presente contributo l'analisi del formante normativo relativo all'amministrazione emergenziale del turismo verterà essenzialmente sulle diverse misure adottate dallo Stato quale principale soggetto in materia di «profilassi internazionale» così come esposto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 37/2021.

[18] Sull'impatto dell'emergenza Covid-19 sul sistema generale delle fonti del diritto, soprattutto nella prima fase, *ex plurimis*, A. LUCARELLI*, Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020.

[19] Con l'alluvionale normativa emergenziale della prima fase era difatti stabilita *in nuce* la limitazione totale della libera circolazione di cui all'art. 16 Cost. salvo i casi tassativi ed eccezionali casi di deroga previsti dal Governo, costituendone meri precipitati logici gli altri divieti stabiliti dal decisore politico come l'interdetto nel territorio al traffico croceristico, la chiusura dei musei, la sospensione delle attività culturali e sportive.

operatori del comparto gravemente colpiti dalle chiusure[20], mentre, di converso, diverse istituzioni della cultura rendevano accessibile "da remoto" il patrimonio artistico italiano, dando origine ad embrionali forme di turismo museale 3.0[21].

Questa prima e durissima fase si chiudeva con il d.l. n. 33/2020 del 16 maggio con cui – stabilita la cessazione delle restrizioni alla mobilità infra-comunale e infra-regionale e successivamente anche internazionale – il decisore politico riponderava il rapporto salute ed esercizio delle libertà con la riapertura delle attività economiche nell'auspicata prospettiva di una possibile convivenza con il *virus*[22]. Mentre per i cittadini ciò ha rappresentato, salvo il mantenimento di misure di precauzione quali il distanziamento interpersonale e l'obbligo di indossare la mascherina, il ripristino del turismo interno, per quello internazionale sia in entrata che in uscita il decisore politico attuava scelte più rigide, in quanto, con il D.P.C.M. dell'11 giugno 2020, veniva stabilito un ritorno alla libera circolazione soltanto da/per Stati membri dell'UE o dello spazio Schengen[23].

[20] Tale decreto (cd. "Cura Italia") applicava all'intero territorio nazionale le disposizioni del d.l. n. 9/2020 con cui il Governo aveva stanziato fondi per supportare economicamente le categorie colpite dalle chiusure attuate a causa dell'avvio della pandemia. In particolare, oltre alle misure generali di supporto alle imprese, era disposta quale prima forma di sostegno alla filiera alberghiera e del turismo la «Sospensione di versamenti, ritenute, contributi e premi per il settore», mentre l'art. 29 del decreto istituiva a favore del lavoratori stagionali del settore – per cui fosse involontariamente intervenuta la cessazione del contratto di lavoro – una indennità di 600 euro per il mese di marzo, misura poi prorogata anche al mese di aprile dal d.l. 34/2020. Per quanto concerne la disciplina dei contratti turistici l'art. 88 *bis* del decreto "Cura Italia", riconosciuta dal legislatore l'impossibilità sopravvenuta per le parti di adempiere alle obbligazioni, disponeva, ponderando gli interessi dei turisti e degli operatori del settore colpiti duramente dalle chiusure, l'erogazione da parte di questi ultimi di un *voucher* che il turista-consumatore avrebbe potuto successivamente utilizzare.

[21] Per una rassegna delle diverse attività poste in essere in tale periodo, S. MONACO, *Turismo in lockdown. Tra misure economiche e politiche simboliche*, in *Riv. Trim. Scien. Amm.*, n. 2, 2020. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla campagna aperta dal Ministero per i beni e le attività, denominata «La cultura non si ferma», che ha consentito ai cittadini di vivere esperienze turistiche virtuali attraverso *tour* digitali e riproduzioni su piattaforme *online* del patrimonio artistico italiano.

[22] Risalgono a questo periodo i principali interventi sistematici del Governo a supporto del settore turistico e delle relative filiere, sia nella sua dimensione economica che in quella sociale-promozionale, attraverso soprattutto il decreto-legge n. 34/2020 del 19 maggio (cd. decreto "Rilancio", più volte modificato anche in fase di conversione) il cui Titolo VIII, Capo I, era integralmente dedicato alle misure di supporto al comparto, tra i più colpiti dalla crisi economica. Più specificamente, con l'art. 176 del decreto il decisore politico istituiva un credito (cd. *bonus* vacanze), nella misura massima di 500 euro, in favore dei nuclei familiari con ISEE non superiore a 40.000 euro, utilizzabile per tutto il 2020 – la durata del credito è stata successivamente prorogata per tutto il 2021 – per il pagamento di servizi offerti in ambito nazionale dalle imprese turistico-ricettive, attivando al contempo una procedura di rimborso ai fornitori del servizio sotto forma di credito d'imposta. Con i successivi artt. 177 e 181 venivano disposte sia l'esenzione dal pagamento dell'IMU per i possessori di immobili adibiti ad attività turistico-ricreative (ad esempio, stabilimenti balneari e termali, villaggi turistici e *bed and breakfast*) che l'esenzione dal pagamento delle tasse per l'occupazione di suolo pubblico per i soggetti concessionari operanti nell'ambito turistico, come i ristoratori. Con gli artt. 178, 179, 180, 182 e 184 venivano infine istituiti da parte del Governo, diversi fondi di sostegno – per un valore complessivo di oltre 250 milioni di euro – destinati allo svolgimento di attività di supporto promozionale o culturale nonché al ristoro economico in favore dei soggetti, pubblici e privati, attivi nella filiera turistica che erano colpiti dalle conseguenze dirette e indirette della pandemia, come, ad esempio, i *tour operator*, le strutture alberghiere e i comuni che hanno visto ridurre drasticamente le entrate per il pagamento delle imposte di soggiorno.

[23] Il *policymaker* si atteneva in tale fase alle raccomandazioni dell'UE del 15 maggio 2020 sulla necessità di favorire il ritorno al turismo *infra*-europeo mediante un'armonizzazione di minime misure restrittive da parte dei singoli Stati. Per

Il parziale allentamento delle misure sanitarie e la permanenza di incentivi e ristori economici al settore consentivano una ripresa modesta del turismo interno nella stagione estiva[24], sebbene l'avvio della stagione autunnale con le conseguenze in termini di contatti inter-personali e il più generale rilassamento avessero poi prestato il fianco al ritorno di nuove ondate pandemiche con la conseguente chiusura di molte attività "fisiologicamente" affollate. Difatti, la recrudescenza della pandemia conduceva il Governo nel mese di ottobre a nuove chiusure delle attività economiche sulla falsariga del precedente *lockdown*, caratterizzato tra l'altro dalla «divisione a colori» del territorio su base regionale, con l'imposizione di nuove limitazioni alla mobilità intra-regionale e soprattutto dall'istituzione del coprifuoco notturno[25]. Al netto di minimi allentamenti alle restrizioni, questo impianto normativo è stato in vigore dal novembre 2020 fino all'aprile del 2021, comportando un prolungato arresto del turismo, anche in periodi a forte vocazione di arrivi nel periodo invernale[26].

3. Vaccinazione e nuovo corso

Il reale momento di svolta nella gestione della pandemia si è avuto con l'avvio della campagna vaccinale, la cui parziale realizzazione conduceva il decisore politico, attraverso i decreti-legge nn. 52 e. 65 del 2021, alla graduale riapertura, superando il modello della "divisione a colori", delle attività e della mobilità – e, dunque, del turismo interno – dando così avvio alla seconda fase di gestione dell'emergenza[27]. Sotto il profilo della politica sanitaria, sociale ed economica di questa fase, la reale novità è stata l'introduzione della *certificazione verde Covid-19* (cd. *green pass*), condizionando l'accesso a taluni servizi turistici e attività ricreative dietro la sua esibizione[28]. La centralità di questo strumento nel nuovo bilanciamento tra salute,

i viaggi *extra*-europei si prevedeva invece o un generale interdetto al territorio italiano ovvero l'obbligo di quarantena per 14 anni per gli arrivi da Stati considerati "sicuri".

[24] Per le cifre dei viaggiatori nell'estate 2020 si rinvia al *Report ISTAT Turismo 2020* in www.istat.it

[25] A questa nuova chiusura generalizzata il Governo faceva fronte, sul versante economico attraverso una serie di decreti-legge (cd. Ristori *bis, ter e quater* del 2020) che riprendevano la struttura degli interventi di supporto precedenti a favore delle imprese e della filiera turistica.

[26] Si pensi, a titolo esemplificativo, alle chiusure di molteplici attività nel periodo delle feste natalizie nonché, soprattutto, alla mancata riapertura della "stagione sciistica" nel gennaio 2021 in alcune Regioni. Dinnanzi a ciò, il Governo – cambiato nella sua compagine dopo la crisi del cd. "Governo Conte II" e con la nascita del governo di unità nazionale presieduto da Mario Draghi e sostenuto da una consistente maggioranza parlamentare – stanziava, nelle forme tipiche di cui alla precedente normazione, nuovamente fondi per ristorare le attività turistiche colpite dalla pandemia sotto il profilo economico. In particolare, con il decreto-legge n. 41/2021 del 22 marzo, il Governo, oltre alle più generali misure in tema di ammortizzatori sociali e sostegno alle imprese, istituiva un fondo con dotazione di oltre 700 milioni di euro per supportare i comuni a vocazione montana colpiti dalla mancata apertura della stagione invernale, aumentando al contempo il fondo per la cultura.

[27] Il superamento delle restrizioni rigide è stato, per volontà del nuovo Governo sulla falsariga del precedente, ispirato dalla precauzionale progressività del ritorno ad un regime di normalità, consentendo a partire dal mese di aprile 2021 con il decreto-legge n. 52/2021 (cd. "Riaperture *bis*") prima la ripresa della mobilità infra-regionale assieme alla riapertura contingentata di attività come ristorazione, terme, fiere, musei, giungendosi solo nel mese di giugno al ripristino pieno della libertà di circolazione inter-regionale con l'eliminazione altresì del coprifuoco.

[28] Tale certificazione, introdotta dall'art. 9 del predetto decreto "Riaperture *bis*", veniva rilasciata in questa prima fase nei casi di «avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2» o «guarigione dall'infezione da SARS-CoV-2» ovvero anche

economia e libertà è divenuta palese nel d.l. n. 105 del 23 luglio 2021 con cui il Governo, rimodulando ed estendendo l'iniziale applicazione, non operava nuove chiusure generalizzate neppure in una particolare fase della pandemia che vedeva la circolazione nel territorio italiano della cd. "variante *delta*"[29]. Le misure in esame consentivano nel periodo estivo il mantenimento dei flussi turistici in entrata e in uscita, resistendo inalterato questo bilanciamento fino al mese di novembre, segnato dall'emersione della più contagiosa "variante *omicron*"[30]. Innanzi alla nuova fisionomia del *virus* che in tale fase ha mostrato la massima diffusione rispetto al periodo dell'emergenza, la risposta del decisore politico assumeva la forma di un ulteriore rafforzamento del *green pass*, soprattutto come incentivo alla vaccinazione, considerata l'unico strumento idoneo per evitare le limitazioni della prima fase.

Più specificamente, con i decreti-legge n. 172 del 26 novembre e n. 229 del 30 dicembre 2021[31], l'accesso a molti servizi e attività di natura turistica diveniva consentita solo dietro verifica del certificato verde rilasciato soltanto al completamento del ciclo vaccinale oppure a seguito di guarigione dalla malattia, restringendo il campo di applicazione della certificazione da tampone negativo[32]. Salvo limitate chiusure e contingentamenti nel periodo delle festività natalizie, l'obbligo di esibizione del cd. *green pass* nella sua versione "rafforzata" ha costituito l'unica restrizione adottata dal Governo, riconoscendosi comunque un forte calo del numero di turisti, soprattutto stranieri, nel periodo a cavallo tra il 2021 e il 2022.

Nell'ultimo periodo prima della cessazione dello stato di emergenza dal 1° aprile 2022, il decisore politico – supportate economicamente le attività produttive anche del settore turistico attraverso il d.l. n. 4/2022 con il relativo meccanismo dei fondi di sostegno e ristoro – rinnovava l'efficacia delle restrizioni per i

in caso «effettuazione di un test molecolare o antigenico rapido con risultato negativo al virus SARS-CoV-2». La misura in questione si inseriva, con l'emanazione da parte del legislatore europeo del Regolamento UE 2021/953 «*EU digital Covid certificate*», nel circuito europeo di progressivo ritorno "armonizzato" alla normalità nello spazio europeo attraverso l'esibizione del certificato COVID digitale dell'UE, prevedendo altresì che gli Stati membri non potessero imporre ulteriori restrizioni ai titolari delle certificazioni verdi, salvo il caso in cui esse «non siano necessarie e proporzionate per salvaguardare la salute pubblica». In aggiunta a ciò, alcuni Stati come l'Italia chiedevano a tutti i viaggiatori europei in entrata la compilazione dei *Digital Passenger Locator Forms* (dPLF) per rendere edotta l'Autorità sui contatti del passeggero. Per i viaggi da territori non coperti dall'efficacia del regolamento, sussistevano ulteriori ed eterogenee limitazioni, stabilite con ordinanza del Ministro della Salute.

[29] In particolare, ai sensi di tale decreto, l'esibizione del *green pass* nella sua versione generale era necessario per l'accesso ai «servizi di ristorazione al chiuso, spettacoli, eventi sportivi, musei e luoghi della cultura, piscine, fiere, parchi tematici e centri ricreativi». Con l'entrata in vigore del successivo d.l. n. 111 del 6 agosto, l'obbligo di certificazione era esteso anche nel trasporto pubblico, escluso tuttavia quello locale, soggetto solo successivamente al medesimo dovere di esibizione.

[30] Secondo il *report* dell'ISTAT sui numeri nel trimestre estivo dell'anno 2021, le presenze turistiche in Italia ammontavano a circa 170 milioni, cifra elevata benché ancora inferiore ai numeri pre-pandemia.

[31] Per quanto concerneva i viaggiatori dello spazio Schengen, con ordinanza del Ministro della Salute del 14 dicembre 2021, si introduceva l'obbligo ulteriore di esibire l'esito negativo di un tampone. Per gli altri viaggiatori permaneva la misura della quarantena, salvo deroghe per i cd. "corridoi turistici sicuri" con paesi ad alto tasso di vaccinati.

[32] I servizi in questione sono quelli di cui alla precedente nota 29. Si precisa al riguardo che il decisore politico provvedeva contestualmente alla revisione del sistema della certificazione verde, a ridurre a 6 mesi la validità del *green pass* da vaccinazione, riservando il suo rinnovo o in caso di guarigione ovvero nell'ipotesi di inoculazione di una ulteriore somministrazione vaccinale, cd. *dose booster*.

cittadini non in possesso del *green pass* rafforzato, provvedendo di converso alla riapertura tendenzialmente integrale del territorio ai turisti stranieri. Più specificamente, procedendo all'eliminazione delle limitazioni all'ingresso nel territorio italiano e derogando al predetto regime generale di esibizione della certificazione verde, con il d.P.C.m. del 2 marzo 2022, il decisore politico disponeva che il viaggiatore straniero, nel caso di possesso della certificazione verde di avvenuta vaccinazione, avrebbe potuto esibire il *green pass* da tampone negativo, valido 48 o 72 ore, in luogo della sua versione rafforzata nel caso in cui nel Paese di provenienza la certificazione verde avesse avuto durata superiore a quella prevista dalla più rigida normativa italiana.

4. Rilievi critici sull'impatto della pandemia sull'amministrazione del turismo

L'esposto prospetto sulla normativa emergenziale fino alla sua formale conclusione nell'aprile 2022 consegna un quadro certamente complesso e variabile che si presta a molteplici piani di analisi scientifica su quale sia stato l'impatto della pandemia da Covid-19 sul governo del turismo.

Guardando anzitutto al profilo istituzionale dell'amministrazione turistica emerge dalla lettura della sequenza normativa una evidente torsione monocratica della sua *governance* a vantaggio dello Stato che ha assunto, in ragione della percepita necessità di un costante adeguamento operativo rispetto ai cangianti effetti della pandemia, un ruolo assolutamente preponderante nella scelta (variabile) dei punti di equilibrio tra tutela della salute e libertà soggettive[33], non residuando alle Regioni che minimi spazi di intervento, mai in senso meno restrittivo[34], nonostante il turismo sia, come in precedenza posto in luce, una materia di competenza regionale *ex* art. 117, comma 4.

Può difatti osservarsi come, soprattutto nella prima fase emergenziale ma anche nel successivo segmento temporale, l'effetto congiunto dell'utilizzo dei vari decreti-legge e dei discussi d.P.C.m. o di altre fonti atipiche abbia comportato l'accentramento in capo al decisore politico nazionale – *rectius*, al Governo[35] –

[33] Per una più approfondita disamina critica di questa seconda fase dell'emergenza, *ex multis*, M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia, illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2021.

[34] Per quanto concerne i poteri di co-gestione dell'emergenza attribuiti alle Regioni si può rilevare che, nella primissima fase disciplinata dai decreti-legge nn. 6 e 18 del 2020, era ad esse riservato solo un residuale potere di introdurre misure limitative sui propri territori, prescegliendole sempre tra quelle tipizzate dal decisore nazionale, in via d'urgenza e soltanto in caso di specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario. Ulteriormente, elemento di forte condizionamento delle funzioni regionali, anche in materie di competenza esclusiva, era dato dalla preclusione ad esse del potere di incidere sulle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale. La riduzione dello spazio d'azione per le Regioni risultava evidente anche nella gestione emergenziale a cavallo tra il 2020 e il 2021 predominata dal sistema a colori, non potendo l'ente stabilire la tipologia di misure restrittive applicate sul proprio territorio, salvo eventuali e ulteriori restrizioni in caso di necessità.

[35] Sul punto, fortemente critico sulla mancata attuazione del principio di leale cooperazione tra Stato e Regioni in occasione della gestione della pandemia, G. COCOZZA, *Effetti riflessi dell'emergenza da Covid-19: è impossibile la cooperazione tra i livelli di governo)*, in R. MANFRELLOTTI, C. CAPOLUPO (a cura di), *Emergenza pandemica, disciplina dell'emergenza e sospensione delle garanzie costituzionali. Un primo bilancio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 201 ss.

di una generale competenza esclusiva nella "gestione dell'emergenza", capace di attraversare, escludendone il concorso, anche le materie di competenza concorrente o residuali regionali, senza così dare attuazione a quei meccanismi di cooperazione tra Stato e Regioni in materia di turismo a cui si è fatto accenno in precedenza. Più in particolare, la chiave di volta di questo accentramento che ha comportato il sostanziale trasferimento al decisore politico nazionale dell'amministrazione turistica – senza passare né per la metodologia "costituzionalmente tipizzata" della chiamata in sussidiarietà che nella materia turismo è stata più volte ritenuta applicabile e applicata né per gli strumenti relativi al canone della leale collaborazione istituzionale – è rappresentata dall'attrazione della disciplina normativa dell'emergenza e delle misure di contrasto al Covid-19 nella materia di «profilassi internazionale», rientrante ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. q) nella competenza esclusiva statuale, ritenuta per la verità non essere materia trasversale, così come riconosciuto dalla Corte costituzionale nella predetta sentenza n. 37/2021[36].

In tale pronuncia con cui è stata dichiarata illegittima una legge della Valle d'Aosta per aver con essa la Regione derogato *in melius* alle restrizioni nazionali – disponendo, ad esempio, la riapertura dei servizi museali e di altre attività turistiche – può rilevarsi come il Giudice delle leggi abbia, forse anche in forma più rigida rispetto a quanto chiesto dallo Stato, scelto la soluzione al conflitto di competenze legislative più gravosa per le competenze regionali, ritenendo nel caso esistente un titolo competenziale esclusivo capace di prevalere su tutti gli altri, comportando ciò l'esclusione quasi integrale delle Regioni dalla co-gestione del turismo nell'emergenza, residuando soltanto la possibilità di dialoghi politici in sede di Conferenza Stato-Regioni[37].

Emblematiche della riconosciuta legittimità dell'accentramento in capo allo Stato, sulla falsariga di una *supremacy clause* "implicita", di questo potere generale di imporre limitazioni alle competenze regionali in materia di turismo e amministrazione delle attività ad esso afferenti, sono state le decisioni del Governo di impugnare l'ordinanza del Presidente della Regione Calabria che anticipava, rispetto a quanto stabilito dal decisore politico nazionale, la riapertura delle attività di ristorazione, ricorso accolto con la sentenza n. 841/2020 del TAR-Calabria, nonché la decisione contrastata di non riaprire gli impianti sciistici a ridosso della stagione turistica del 2021[38], operata nonostante la forte opposizione delle Regioni che più avrebbero patito danni economici per tale scelta.

[36] In commento alla sentenza, *ex multis*, B. CARAVITA, *La Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *federalismi.it*, n. 11, 2021.

[37] Sul punto, A. POGGI, G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenze Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali effetti?)*, in *Osservatorio AIC*, n. 4, 2021, 231 ss. i quali mettono in luce la portata onnicomprensiva della materia «profilassi internazionale», nonostante

[38] Meno rigida è invece apparsa la risposta del Governo all'ordinanza del Presidente della Regione Campania dell'aprile 2021 che, in aperto contrasto con l'indirizzo nazionale di somministrare il vaccino prima alle categorie fragili, anticipava la vaccinazione generale nelle isole del Golfo di Napoli per favorirne la ripresa turistica. Sulla gestione della pandemia

Guardando invece ai profili del merito e della legittimità delle misure adottate sulla libertà di turismo nella sua accezione che si è data in precedenza, si delinea nell'ossatura generale della lunga stagione normativa dell'emergenza un atteggiamento variabile del decisore politico, potendosi cogliere nell'avvio della campagna vaccinale il *discrimen* tra due divergenti approcci. Soprattutto nella prima fase si può, difatti, evincere dal tenore delle restrizioni adottate l'atteggiamento alquanto prudenziale del decisore che operava un bilanciamento particolarmente rigido tra la tutela della salute e la gestione del turismo, consentendo la riapertura (parziale) del settore soltanto nel periodo estivo e soltanto per i viaggiatori residenti o europei. Nella seconda fase di gestione della pandemia il decisore politico ha invece stabilito un diverso e variabile punto di equilibrio senza più disporre le precedenti restrizioni generalizzate, condizionando tuttavia la libertà di turismo all'esibizione del certificato verde nella sua versione libera e di quella rafforzata dopo[39].

In entrambi i periodi e nelle eterogenee discipline normative può dunque osservarsi la tendenziale e costante attenzione del decisore verso il governo del turismo come (mera) libertà di circolazione, rilevante non tanto per la sua portata sociale quanto piuttosto per l'apporto fornito all'economia nazionale. Dal tenore delle restrizioni, soprattutto quelle connesse allo *status* sanitario del turista del secondo periodo, si palesa, difatti, l'interesse al mantenimento dei flussi turistici per soli fini economici. Questa preoccupazione per la filiera come settore produttivo essenziale emerge chiaramente nell'ultimo segmento temporale di normazione dell'emergenza laddove il decisore politico ha posto una vera e propria discriminazione alla rovescia tra turisti interni e stranieri, avendo potuto questi ultimi accedere, attraverso l'esibizione del tampone negativo, a tutti quei servizi preclusi ai cittadini non vaccinati. Il fragile equilibrio, prescelto dal *policymaker*, tra la politica turistica e quella sanitaria sembra difatti aver prestato il fianco alle considerazioni critiche circa l'obbligo di *green pass*, soprattutto nella sua versione rafforzata, per l'esercizio di talune libertà costituzionali laddove sono state consentite dallo stesso decisore deroghe alla rigidità degli obblighi sanitari "interni" a favore, per mere motivazioni economiche, ai turisti stranieri[40].

È da rilevarsi sul punto comunque un positivo atteggiamento del decisore che nella prima fase aveva attuato, mediante l'istituzione con il predetto d.l. n. 34/2020 del cd. "*bonus* vacanze", scelte politiche mirate alla tutela integrale del turismo, consentendo anche alle fasce di popolazione socialmente più deboli di fruire dei servizi turistici offerti da un settore in forte crisi, bilanciando e armonizzando così le

nel territorio campano che ha rappresentato un peculiare e interessante *case study* sulle turbolente relazioni tra Stato e Regioni durante l'emergenza pandemica sia consentito un rimando a D. VITALE, *Quis custodiet ipsos custodes? L'amministrazione statale e regionale dell'emergenza Covid-19 tra legalità e disfunzioni sistemiche*, in R. MANFRELLOTTI, C. CAPOLUPO (a cura di), *Emergenza pandemica, op. cit.,* 229 ss.

[39] Sui profili di presunta (il)legittimità dell'obbligo di esibizione del *green pass*, *ex multis*, C. BERTOLINO, *Certificato verde Covid19 tra libertà ed eguaglianza*, in *federalismi.it*, n. 15, 2021, pp. 2 ss.

[40] Per ulteriori critiche all'obbligo di esibizione, OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE, *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del c.d. decreto green pass*, in www.questionegiustizia.it.

diverse declinazioni del turismo quale diritto sociale di rango costituzionale, espressione della libertà imprenditoriale *ex* art. 41 Cost. e settore economico di rilievo nazionale.

Al netto di questo condivisibile intervento è da evidenziarsi che la preponderanza della dimensione economica del turismo rispetto a quella sociale pare emergere anche nel PNRR la cui Missione 1 denominata «Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo» intende perseguire ambiziosi obiettivi di rafforzamento e rigenerazione dell'offerta delle imprese del settore nonché di valorizzazione del patrimonio culturale italiano. Al netto delle critiche sulla metodologia d'azione politica prescelta dal Governo per lo scarno ruolo politico-istituzionale attribuito alle Regioni[41], gli interventi di cui al PNRR, pur se indirizzati all'indispensabile necessità di favorire e attuare l'auspicata transizione verso forme di turismo più "resilienti", a parere di chi scrive, non pongono il turista come principale beneficiario di questa nuova impostazione turistica più sostenibile, ma solo come destinatario indiretto del miglioramento del settore. In assenza di politiche sociali di sostegno e coordinamento al Piano, è assai probabile che si possa assistere con il perdurante forte rialzo dell'inflazione, causato proprio dalla ripresa economica post-pandemia e dalle conseguenze del conflitto in Ucraina, ad una menomazione della tutela effettiva del turismo anche come diritto sociale del singolo[42], corroborandone soltanto la declinazione economica in relazione al PIL e riducendo il turista ad un mero consumatore.

5. Brevi notazioni comparate

I sommari risultati dell'esposta analisi circa l'impatto della normativa emergenziale, soprattutto, le due caratteristiche che sembrano esser stati costanti della gestione italiana del turismo, *i.e.* accentramento delle competenze e tutela della sua dimensione economica, si prestano ad una interessante comparazione con la disciplina emergenziale spagnola, dovendosi evidenziare sul punto che l'ordinamento del Regno di Spagna, per le sue caratteristiche territoriali e per le cifre del turismo[43], rassomiglia a quello italiano, differenziandosi da quest'ultimo, tuttavia, per le peculiari caratteristiche del suo assetto regionale[44].

[41] Sul punto, *ex plurimis*, M. TRAPANI, *Il sistema delle Conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e Regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2021, pp. 179 ss.

[42] Più in particolare, secondo le comunicazioni del Presidente della BCE del 9 giugno 2022, le proiezioni prevedono un rialzo dell'inflazione nell'UE del 6,8% nel 2022 e del 3,5% nel 2023, conducendo ciò ad una rivisitazione da parte della BCE della propria politica monetaria, così come esposto nel comunicato stampa del 21 luglio 2022. L'elevata inflazione ha causato (e ancora causa) un vigoroso aumento dei prezzi nel settore turistico comportando, ad esempio, conseguenze importanti nel settore dei voli con inavvertite cancellazioni soprattutto da parte delle compagnie *low cost*, derivandone dunque gravi danni sui diritti di quella parte di turisti che necessitano di prezzi bassi per potersi spostare con evidente lesione della libertà di turismo in "senso sociale".

[43] Per una più precisa comparazione dei dati del turismo tra Italia e Spagna nella prima fase dell'emergenza si rinvia al comunicato stampa dell'ENIT del 15 settembre 2020 in *www.enit.*

[44] Sul punto, *ex multis*, R.L. BLANCO VALDÉS, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*. Giappichelli, Torino, 2017.

Al riguardo si evidenzia in breve che nell'ordinamento iberico la lunga stagione emergenziale aveva preso avvio con la dichiarazione del 14 marzo 2020 dello «Stato di allarme» da parte del Governo centrale per la seconda volta nella sua storia costituzionale[45], dopo che la rapida estensione del contagio aveva portato alcune Comunità Autonome ad emanare le prime misure restrittive sugli arrivi dai Paesi più colpiti, come l'Italia[46]. Nella prima fase dell'emergenza pandemica il Governo spagnolo disponeva con il Real Decreto n. 463/2020 su tutto il territorio un *lockdown* rigido sulla falsariga della disciplina italiana – modello seguito anche negli altri principali Stati europei – conseguendone così la limitazione delle libertà costituzionale e l'arresto integrale del turismo. Deve segnalarsi sul punto che, nonostante l'applicazione dello Stato di allarme abbia riaccentrato in capo al Governo centrale le competenze di gestione sanitarie, le Comunità autonome hanno comunque mantenuto, rispetto alle Regioni italiane, più incisivi poteri di co-gestione dell'emergenza, provvedendo esse nel rispetto dei poteri costituzionali ad esse attribuiti, sia ad allargare il novero delle misure sanitarie applicabili sui propri territori, sia anche al supportare i settori maggiormente colpiti dalle conseguenze economiche delle chiusure, come nel caso delle struttura alberghiere[47].

Al termine del primo *lockdown*, il Governo centrale procedeva alle prime riaperture dell'attività attraverso il cd. «*Plan de desconfinamiento de España*» con cui era stata prevista la fine graduale delle restrizioni da definire con i singoli governi locali delle *Comunidades Autonomas*, titolari di molteplici competenze normative in settori "assorbiti" dalla competenza di controllo dell'emergenza[48]. Più in particolare, in questa transizione verso la nuova normalità con la cessazione dello stato di allarme a partire dall'estate 2020 mentre residuava al livello centrale – più precisamente al Ministero della Salute – la decisione finale sulle riaperture, ogni singola Comunità era titolare, in autonomia rispetto alle altre, di un incisivo potere di indirizzo e proposta circa lo stato di avanzamento delle aperture secondo il modello delle "fasi", potendo esse tuttavia ridurne la portata a seconda dei dati epidemiologici.

---

[45] Per un'analisi, anche storico-comparata, delle diverse tipologie di *Stato d'emergenza* previsti dall'art. 116 della *Constitución Española*, D. BALDONI, S. GHERARDI, *Due modelli costituzionali per governare l'emergenza. Italia e Spagna alla prova del Coronavirus*, in *DPCE online*, n. 2, 2020, pp. 1597 ss. Si rileva sul punto che, a differenza dell'Ordinamento italiano che conosce una scarna disciplina dell'emergenza civile o bellica ai sensi degli artt. 77 e 78, la Costituzione Spagnola del 1978 conosce un'ampia articolazione della stato d'eccezione, prevedendone tre distinte forme – stato di allarme, stato di eccezione e stato di assedio – differenziandosi questi stati per i divergenti presupposti legittimanti, dovendosi tuttavia porre in evidenza come non sussista tra esse un rapporto gerarchico o di intensità.

[46] Sul punto, F. VELASCO CABALLERO, *Estado de alrma y distribución territorial del poder*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 67, 2020, pp. 72 ss.

[47] Per una disamina sugli specifici interventi delle *Comunidades Autonomas* nella prima fase, G. POGGESCHI, *Le Comunità autonome spagnole di fronte alla crisi Covid19: una fase di "federalismo autonómico" per la Spagna*, in *DPCE online*, n. 2, 2020, pp. 1573 ss., il quale ritiene che, nonostante la forte istanza centralistica, la gestione del Covid-19 abbia messo più in luce i tratti federali dell'Ordinamento spagnolo rispetto a quelli tipicamente "regionali".

[48] Al riguardo si evidenzia che il regionalismo asimmetrico spagnolo rende molto complessa da tracciare la gestione del turismo, materia di competenza delle Comunità ai sensi dell'art. 148 Cost. – ove sono ulteriormente indicati i settori afferenti al turismo come la sicurezza locale e la legislazione civile – residuando al Governo centrale ristrette funzioni dirette di coordinamento ed implementazione. Sul punto, E. CECCHERINI, *Il turismo nelle Costituzioni straniere. Il caso della Spagna*, in M. GOLA, T. GROPPI (a cura di), *Diritto pubblico del turismo*, Roma, 2005, pp. 212 ss.

Dopo un timido ritorno dei flussi turistici nel periodo estivo, favorito dalla scarsa circolazione del *virus*, la recrudescenza della pandemia già a partire dai primi mesi autunnali conduceva il Governo centrale ad optare con il Real Decreto 926/2020 del 25 ottobre 2020 per una seconda dichiarazione dell'*estado de alarma*, durato fino al maggio 2021.

Si deve osservare per quanto concerne questo secondo periodo la presenza ancora una volta di forti analogie con la disciplina emergenziale italiana e di altri Stati europei, soprattutto per quanto riguarda il grado meno rigido delle restrizioni rispetto al primo *lockdown* – tale comunque da non permettere alcuna forma di turismo per la presenza di limitazioni alla mobilità e del coprifuoco serale – assistendosi tuttavia ad un più confuso rapporto tra centro e periferia[49], potendo la singola Comunità modificare le restrizioni generali previste dall'Autorità centrale sia *in pejus* che *in melius*, a differenza delle Regioni italiane. Questa possibilità, per la verità non particolarmente ampia, è stata rappresentata in tal fase dalla possibilità di ridurre di un'ora la porta del coprifuoco ovvero ancora di ampliare o ridurre i limiti alle attività di ristorazione o alberghiere.

Mentre nella fase antecedente all'avvio della vaccinazione generale, che ha portato anche in Spagna all'effettivo ritorno alla normalità salvo limite chiusure, si è assistito dunque, in parziale analogia all'Ordinamento italiano, ad un rilevante accentramento di poteri nell'esecutivo nazionale che «ha svolto una funzione di direzione dell'esercizio delle competenze delle Comunità, specie in ambito sanitario, oltre ad imporre le restrizioni più significative ai diritti»[50] nel successivo periodo sembra essere emerso un notevole "politico" cambio di rotta del decisore politico nazionale, sia in riferimento al rapporto centro-periferie che al grado di restrizioni.

In particolare, a differenza della rigida e accentrata disciplina italiana, lo Stato centrale e le singole Comunità hanno fatto, ciascuno nel rispetto delle proprie competenze, un uso ben più accorto e meno incisivo del *green pass*, privilegiando un approccio *soft* sull'obbligo vaccinale. Difatti, solo alcune Comunità Autonome, inizialmente, avevano disposto l'obbligo di esibizione del certificato verde, obbligo decaduto, come nel caso della Galizia, per provvedimenti contrari dei Tribunali locali[51]. Nonostante l'atteggiamento "aperturista" della seconda fase, sotto un profilo epidemiologico, non si è riscontrata in Spagna una

[49] Su questa confusa fase di co-governo che ha visto sovrapporsi in misura maggiore le diverse discipline normative, J. DE LARA VÁZQUEZ, *La gestione dell'emergenza tra centro e periferia*, in P. CARETTI, M. MORISI, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *La pandemia e il sistema delle fonti: uno sguardo comparato*, Firenze, 2021 pp. 510-512.

[50] R. TARCHI, *Riflessioni a margine di un seminario pisano*, in IDEM (a cura di) *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, Pisa, 2020, p. 12.

[51] Sul punto più approfonditamente, I. SPADARO, *Green pass in Italia e all'estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta*, in *federalismi.it*, n. 29, 2021, in particolare pp. 66-70. Deve evidenziarsi sul punto che il *Tribunal Supremo* spagnolo, con sentenza del 14 settembre 2021, aveva ritenuto non affetto da illegittimità l'obbligo di esibizione del c.d. "passaporto Covid" in alcuni territori della Galizia, ritenendo che la misura – non essendosi in presenza di una forma di *green pass* rafforzato da vaccino sul modello italiano – non avesse ingenerato discriminazione tra soggetti vaccinati o meno.

recrudescenza del *virus* tale da comportare l'obbligatorietà del vaccino o restrizioni secondo lo *status* del turista, operando le Comunità, anche in questo caso, autonomamente con misure specifiche e consentendo una buona ripresa del turismo[52].

[52] Secondo l'Istituto Nazionale di Statistica spagnolo, la presenza turistiche in entrata ammontavano a circa 90 milioni nell'anno 2021, cifre inferiori rispetto al periodo pre-pandemia. Si consideri che anche in Spagna si introduceva quale obbligo per i turisti stranieri dello spazio Schengen l'obbligo di esibizione del certificato verde, nella sua versione base.

Forma di Stato e garanzie dei diritti

Gli «esperti di chiara fama» nel processo costituzionale*

di Luca Di Majo
Ricercatore in Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli

Abstract [It]: L'esperto di chiara fama è una figura nuova e inedita nella dimensione del processo costituzionale. Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale non ne specificano caratteristiche e funzioni, salvo alcune indicazioni processuali. Così, attraverso il presente contributo e mutuando le caratteristiche del perito del processo penale e della consulenza tecnica d'ufficio nel processo civile, si prova a consegnare i tratti fisiognomici di un soggetto che - probabilmente - assumerà un ruolo importante, anche decisivo, nelle decisioni della Corte costituzionale

Title: The "renowned experts" in the constitutional process
Abstract [En]: The expert of great renow is a new and unprecedented figure placed in the dimension of the constitutional process. The procedural rules of Constitutional Court do not specify their characteristics and functions, except for certain procedural indications. Thus, through this contribution and borrowing the characteristics of the expert in the criminal proceedings and the technical advice of office in the civil process, we try to deliver the physiognomic features of a subject that - probably - will assume an important role in the decisions of the Constitutional Court

Parole chiave: corte costituzionale, esperto di chiara fama, processo costituzionale, scienza
Keywords: constitutional court, expert of great renow, constitutional process, science

Sommario: 1. La modifica delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*. **2.** Gli «esperti di chiara fama» tra dato formale e processuale. **3.** Osservazioni conclusive.

1. La modifica delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*

La modifica della *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale* è una "svolta"[1] per certi versi dovuta al fine rivestire di concretezza ad un lento percorso giurisprudenziale[2].

Le n.i. perseguono, in via generale, una prospettiva di allargamento delle basi cognitive del collegio volte ad includere risorse interpretative e informazioni non necessariamente fondate su conoscenze strettamente giuridiche. Ciò consente alla Corte di importare nuovi fatti dentro il processo, di natura scientifica certo, ma aprendosi a diverse prospettive, ad ulteriori punti di vista esterni.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1 C. Tani, *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale*, in *LaCostituzione.info*, 18.02.2020.

2 Così V. Zagrebelsky, *La Corte costituzionale aperta alla società civile*, in *Giust. Ins.*, 04.02.2020, G.L. Conti, *La Corte si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle Norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Oss. sulle fonti*, 1, 2020, 82-85 e, per una ricostruzione, M. D'Amico, *Gli* amici curiae, in *Questione Giustizia*, 2020.

La diversità è un valore epistemico aggiunto e la collaborazione tra scienza e processo consente di includere inedite risorse interpretative non altrimenti prese in considerazione da una decisione giunta secondo modalità convenzionali, così da rendere la motivazione più solida e più coerente con il giudizio logico-giuridico fondato su una "dialettica in senso ampio"[3] per il ruolo processuale assunto dall'esperto di chiara fama, per rafforzare "un quadro di giustizia che sta al di sopra delle fluttuanti maggioranze e dentro il quale le frazioni politiche debbono comporre le loro lotte"[4].

Tra gli interventi di "auto-normazione"[5] si colloca l'art. l'art. 14-*bis* (art. 17, a seguito delle ulteriori modifiche del 2021) che introduce l'esperto di «chiara fama», constatata «l'esigenza di acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline», in particolare di natura tecnico-scientifica.

Tra chi ha espresso un giudizio positivo alla stregua di una "rivoluzione"[6] auspicata[7], certo dovuta[8] per la necessità di un "processo più articolato"[9] e chi, al contrario, intravede più ombre che luci[10], dal versante del rapporto tra giurisdizione e scienza sembra potersi esprimere un giudizio per lo più positivo quantomeno sulle potenzialità degli «esperti di chiara fama» chiamati a supportare la Corte nella risoluzione di "problemi complessi, non di rado legati anche alla scienza"[11].

[3] A. Pugiotto, *op. cit.*, 368.

[4] G. Bognetti, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983, 290-291.

[5] A. Pugiotto, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo Stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 430.

[6] G. Cotturri, *Quando la Costituzione è in movimento*, in *Quest. Giust.*, 28.02.2020.

[7] AA.VV., *Interventi di terzi e* "amici curiae" *nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre Corti nazionali e sovranazionali*, Atti del seminario di studi, Roma, Palazzo della Consulta, 11.02.2018, Milano, 2020, A. D'Atena, *L'introduzione degli "amici curiae": tra esigenze di radicamento, apertura del giudizio e strategie di comunicazione istituzionale*, in *Consulta on line*, 1, 2020, p. 491 ss., M. D'Amico, *La Corte costituzionale oggi tra nuove e antiche esigenze*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2017, T. Groppi, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflessioni su interventi di terzi* e amici curiae *di fronte alle sfide della giustizia costituzionale* del XXI secolo, in *Quad. Cost.*, 2, 2019, 371 ss., A. Pugiotto, *Per un'autentica dialettica a Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, in *Quad. Cost.*, 2, 2019, 361 ss.

[8] P. Carnevale, *«*Ecce iudex in ca(u)sa propria*»: ovvero della Corte-legislatore dinanzi alla Corte-giudice (Prime riflessioni sulla posizione della giurisprudenza della Corte costituzionale intorno al problema della natura delle norme di autoregolamentazione dei propri giudizi nel quadro del dibattito dottrinario)*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 35 ss.

[9] M. D'Amico, *Gli* amici curiae, cit., 2.

[10] M.C. Grisolia, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Oss. sulle fonti*, 1, 2020, M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 402 ss., A. Morrone, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12, 2021, E. Olivito, *Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla società civile?*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2, 2019, A. Ruggeri, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giust. Ins.*, 24.02.2020. Avevano espresso più di una riserva anche precedentemente alla riforma M. Esposito, *Note minime sulle ambiguità della figura dell'amicus curiae*, in *Consulta on line*, 1, 2020, 501 ss., M. Manetti, *I "falsi amici" del giudice costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2020, 505 ss. P. Ridola, *"La Corte si apre all'ascolto della società civile?"*, in *Federalismi.it*, 2, 2020, IX, R. Romboli, *I contenuti "non rivoluzionari" della riforma delle norme integrative*, in *Giur. cost.*, 1, 2020, 517 ss. *Contra*, A. D'Atena, *Sul radicamento della Corte costituzionale e sull'apertura agli "amici curiae"*, in *Consulta on line*, 02.02.2020.

[11] M. D'Amico, *Gli* amici curiae, cit., 2.

La disposizione fortifica i poteri istruttori, talvolta sottoutilizzati talaltra sottovalutati[12], quando, al contrario, si pongono come strumenti decisivi ai fini di una decisione giurisprudenziale che passa sempre più attraverso l'acquisizione di dati e informazioni tecnico-scientifiche decisive per il sindacato della Corte sull'esercizio della funzione legislativa. Si tratta, invero, di elementi condizionanti l'esito del giudizio in tutti quei casi scientificamente connotati in cui la Consulta sente il bisogno di scavare nella razionalità della norma, risalendo agli orientamenti epistemologici che provocano una decisione di accoglimento o di rigetto[13].

L'art. 17 n.i. è la novità forse più interessante perché in grado di far penetrare nella sentenza un profluvio di conoscenze di provenienza metagiuridica. Mentre il terzo interveniente e l'*amicus curiae* appartengono alla dimensione del puro intervento in giudizio, vuoi perché «titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio» (art. 4, c. 7, n.i.), vuoi perché «portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità» (art. 4-*ter*, c. 1, n.i.), l'«esperto di chiara fama», oltre a non essere parte del giudizio, si caratterizza per l'assenza di un interesse qualificato o di prossimità rispetto all'oggetto della controversia e viene attratto al processo nella misura in cui sia in grado di consentire l'acquisizione di «informazioni attinenti a specifiche discipline» (art. 17 n.i.).

Ciononostante, le scarne n.i. non consentono di delineare la fisiognomica di una figura rilevante nel processo costituzionale, così che è opportuno un esercizio di mutuazione dalle caratteristiche della consulenza nei giudizi di merito applicabili anche agli «esperti di chiara fama» per inquadrare ruoli e funzioni di questa particolare forma di consulenza di legittimità.

2. La figura degli «esperti» di chiara fama tra dato formale e processuale

Il problema principale, in qualche modo, è che nel processo costituzionale, alla luce dell'oggetto del sindacato e agli interessi che il medesimo oggetto suscita, bisogna ricorrere ad elementi di individuazione e di selezione dell'esperto necessariamente artificiosi. Non una questione secondaria, dovendo valutare in astratto la «particolare competenza tecnico»-scientifica in un giudizio caratterizzato da una complessità forse maggiore per il coinvolgimento dei diritti in conflitto, per le sensibilità diverse che possono palesarsi attorno al modo di bilanciare le ragioni, per la ricerca di una ragionevolezza quanto più equilibrata attorno a casi delicati e non di rado mediatici, per gli effetti delle sentenze della Corte costituzionale.

[12] Così E. Malfatti, *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Consulta on line*, 27.01.2020.

[13] Nello stesso senso A. Iannuzzi, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2020, 20 ss.

Per alcuni profili, soprattutto di carattere sostanziale, la mutuazione delle caratteristiche soggettive di C.TU. (nel processo civile) e perito (nel processo penale) possono venire in soccorso per riempire di contenuto la formula vuota dell'art. 17, n.i.

Il contributo dell'«esperto di chiara fama» deve essere imparziale, neutrale, di particolare competenza tecnica, proprio così come viene richiesto per il C.T.U. (artt. 61 c.p.c., 191 ss. c.p.c., 13 ss. disp. att. c.p.c.) e per il perito (artt. 220 ss. c.p.p.). In particolare, il C.T.U., scelto in base alla propria «specifica» competenza in relazione alla controversia in corso, compie le indagini affidategli (art. 62 c.p.c.), fornisce in udienza e in camera di consiglio i chiarimenti che il giudice o le parti richiedono (artt. 194 ss., 424 e 463 c.p.c.). Soggetto «ausiliare del giudice»[14], nei giudizi di merito è chiamato ad assisterlo nella risoluzione di problematiche di natura tecnica (artt. 220, c. 1, c.p.p., 61, c. 1, c.p.c.), affinché le domande formulate dalle parti non consistano esclusivamente nella proposizione di questioni giuridiche ma in interpretazioni che «richiedono nozioni tecnico-scientifiche»[15] e trovare soddisfazione attraverso una preventiva risoluzione di questioni tecniche. Pur non potendo essere considerato (ma solo normativamente) alla stregua di un esperto di chiara fama, il C.T.U. deve essere dotato «di particolare competenza tecnica» (art. 61, c. 1, c.p.c.)[16], è convocato «nell'interesse della Giustizia»[17], è competente a svolgere una funzione di eterointegrazione delle conoscenze specialistiche del giudice assistendolo con pareri di significativa tecnicità. Tanto ciò è vero che, nell'espletamento dell'incarico, l'elevato livello di diligenza richiesto nell'esecuzione delle indagini affidategli diventa la *condicio sine qua non* della «meritevole considerazione del giudice»[18].

Può rendere la consulenza in modalità scritta o orale[19], può attingere *aliunde* notizie e dati non rilevabili dagli atti processuali e concernenti fatti e situazioni formanti oggetto del suo accertamento, quando ciò sia necessario per espletare il compito affidatogli. Le indagini compiute concorrono alla formazione del convincimento del Giudice purché ne siano indicate le fonti, in modo che le parti siano messe in grado di effettuarne il controllo, a tutela del principio del contraddittorio[20].

Pertanto, lungi dal porsi come surrogato all'attività probatoria di parte ovvero volto a sopperire ad una eventuale inerzia nell'attività di acquisizione di elementi tecnico-scientifici che la parte medesima avrebbe potuto e dovuto produrre, il consulente assume spesso un ruolo di primo piano nei giudizi di merito, tanto da spingere il legislatore a prevederne l'obbligo dell'iscrizione in albi professionali istituiti *ad hoc* e

[14] Cass. Civ., s n. 21487/2017.
[15] Cass. Civ., o. n. 21487/2017.
[16] La perizia nel processo penale «quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche» (art. 22, c. 1, c.p.p.)
[17] Cass. Civ., s. n. 18313/2015.
[18] Cass. Lav., s. n. 3897/1981.
[19] Cass. Civ., s. n. 4637/1983.
[20] In questo senso, *ex multis*, Cass. Civv., ss. nn. 13686/2001, 3105/2004, 13428/2008, 1901/2010, 12921/2015.

alla giurisprudenza di *suggerire* una equa distribuzione degli incarichi[21], osservando i criteri di cui agli artt. 61 c.c. e 22 disp. att. c.p.c.

A garanzia di un esercizio diligente dell'attività di supporto tecnico-scientifica, l'imparzialità è garantita dalla legge sotto un duplice profilo: in *primis*, con il demandarne la nomina al giudice, organo per il quale l'imparzialità è autonomamente e preliminarmente prescritta, essendo anche una qualità riconosciuta *in re ipsa* dai principi costituzionali (art. 101 Cost.) ed europei (art. 6 CEDU); in secondo luogo, con la previsione degli istituti dell'astensione e della ricusazione, unitamente al riconoscimento della responsabilità per l'attività esercitata in violazione delle norme poste a garanzia del giusto processo (art. 64 c.p.c.)[22] mirando, le stesse, a creare le condizioni migliori perché l'accertamento venga effettuato senza preconcetti e condizionamenti di sorta, anche indiretti, in una situazione soggettiva di imparzialità.

Si tratta, a ben vedere, di caratteristiche soggettive poste a garanzia della neutralità di un ruolo delicatissimo che nella dimensione del processo costituzionale sono latenti: la nomina è riservata al Presidente, benché l'esperto di chiara fama non sia tenuto a prestare giuramento, né sottoposto ad obblighi di astensione, né destinatario di eventuali provvedimenti di ricusazione, né obbligato all'iscrizione presso appositi albi o registri[23].

Eppure, i punti di contatto tra figure solo apparentemente distinte sul piano dei giudizi (di merito e di legittimità) restano solidi rispetto ai pur presenti e fisiologici profili di diversità che sembrano scontare ancora una suggestione collettiva che fa percepire il ruolo e le funzioni più distanti di quanto in realtà non lo siano, soprattutto se volgiamo lo sguardo alla disciplina posta dall'art. 17 n.i. in merito all'acquisizione del dato scientifico («in Camera di Consiglio»). Nel processo costituzionale è facoltà riservata al Collegio aprire o meno le porte alla consulenza («la Corte, ove ritenga necessario») e al Presidente il ruolo di governare questa importante fase dell'istruttoria («con l'autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti»), ordinando agli esperti l'acquisizione di documenti o di una relazione scritta, «del cui deposito con modalità telematica viene data comunicazione alle parti costituite». L'acquisizione del materiale avviene in un momento successivo rispetto all'audizione nella Camera di consiglio a cui le parti costituite possono assistere e nel corso della quale, su autorizzazione del Presidente, sono abilitate a formulare domande[24].

Non è però chiaro se il Presidente della Corte possa *invitare* uno o più esperti. Dalla dizione della norma, al plurale, si potrebbe propendere per la selezione di più di un esperto, come peraltro paiono esprimere

[21] Cass. Civ., s. n. 1074/1983.
[22] Cass. Civ., s. n. 13667/2004.
[23] La discrezionalità della scelta dell'ausiliario è tendenzialmente libera anche nel processo civile (*ex multis* Cass. Lav., s. n. 412/1982).
[24] Cfr. A. Vuolo, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi.it*, 16, 2020, 432.

le primissime prassi[25]. Peraltro, la lettura sistematica delle norme che disciplinano il processo costituzionale (art. 1, l. cost. n. 1/1948, l. cost. n. 87/1953 e le n.i) e del principio di collegialità che regola la decisione assunta in Camera di consiglio, sembrerebbe maggiormente coerente l'opzione che non esclude che fra i componenti di un collegio di consulenti tecnici sia fatta distribuzione di particolari attività, tanto più quando si caratterizzino per una competenza professionale eterogenea, purché i risultati dell'attività di ciascuno siano partecipati agli altri e da questi valutati, sicché collegialmente si formano le conclusioni da sottoporre al giudice relatore[26]. Ciò in considerazione anche della riconosciuta ampiezza dei poteri istruttori del giudice costituzionale ante-riforma che "sembrano lasciare alla Corte ampia discrezionalità nel delineare, di volta in volta, 'termini e modi' per l'assunzione delle informazioni necessarie", [laddove la vaghezza delle regole previgenti ha indotto spesso il Giudice ad un utilizzo, sì,] sporadico ed esiguo alle ordinanze istruttorie [ma a favore di] istruttorie informali"[27], dando luogo a "forme di acquisizione di dati diversi da quelli forniti liberamente dalle parti, e ricercate d'ufficio"[28].

Necessario, ma non vincolante il parere dell'esperto, essendo il consulente un mero *ausiliario*. Il contributo offerto può essere di natura *percipiente*, quando l'attività consiste nell'accertamento della esistenza o della entità di determinati fatti, rilevanti ai fini della decisione, percepibili soltanto per chi è in possesso di particolari cognizioni tecniche oppure mediante l'utilizzo di particolari strumentazioni o metodologie scientifiche. *Deducente*, quando l'attività dell'esperto consiste nella sola valutazione di elementi fattuali già acquisiti, attraverso il ricorso a massime di esperienza o a leggi della scienza e della tecnica da applicare.

Il giudice può infatti disattendere le valutazioni tecnico-scientifiche attraverso una valutazione critica non necessariamente ancorata alle risultanze processuali, indicando gli elementi che egli ritiene erronei sui quali si è basato il consulente[29]. Ciò in applicazione del principio *iudex peritus peritorum*, in virtù del quale è consentito al Giudice investito del caso valutare la complessiva attendibilità delle conclusioni peritali e, se del caso, disattenderne le argomentazioni tecniche laddove queste risultino intimamente contraddittorie o erronee[30].

Dopotutto, il Giudice assegna l'incarico perché è consapevole dei limiti delle proprie conoscenze, non tanto per mera opportunità, ma per l'imprescindibilità che questa figura assume nell'ambito di quella particolare controversia, "come strumento finalizzato all'arricchimento dei profili argomentativi utili alla

[25] La Corte costituzionale ha infatti convocato due esperti sulle *Posizioni Organizzative di Elevata Responsabilità* (POER). Cfr. il comunicato del 28 febbraio 2020.
[26] Nella stessa prospettiva, G.L. Conti, *La Corte si apre (non solo) alla società civile*, in *Oss. sulle fonti*, 1, 2020, 95.
[27] Così V. Marcenò, *La solitudine della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2, 2019, 103.
[28] N. Zanon, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, in M. D'Amico e F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018.
[29] Cass. Civ., s. n. 17399/2015 e Cass. Pen., s. n. 2482/2017.
[30] *Ex plurimis*, Cass Civ., ss. nn. 5148/2011, 23592/2010, 13530/2009, 11440/1997.

decisione costituzionale; come strumento che offre alla Corte una prospettiva di sindacato non *quantitativamente* più estesa, bensì *qualitativamente* più estesa"[31].

In un giudizio di merito, la decisione di ricorrere o meno ad una consulenza tecnica d'ufficio costituisce un potere discrezionale del giudice, che, tuttavia, è tenuto a motivare adeguatamente il rigetto dell'istanza di ammissione proveniente da una delle parti, dimostrando di poter risolvere, sulla base di corretti criteri, i problemi tecnici connessi alla valutazione degli elementi rilevanti ai fini della decisione, senza potersi limitare a disattendere l'istanza sul presupposto della mancata prova dei fatti che la consulenza avrebbe potuto accertare. Pertanto, nelle controversie dove emerge la «necessità» di un approfondimento tecnico-scientifico, il mancato espletamento di una consulenza (quando non meramente *esplorativa*), specie a fronte di una domanda di parte in tal senso, costituisce una grave carenza nell'accertamento dei fatti da parte del giudice di merito, che si traduce in un vizio della motivazione della sentenza anche censurabile in Cassazione[32].

In entrambi i giudizi (di merito e di legittimità), i poteri istruttori *ex officio* del giudice (istruttore o relatore) vengono attivati una volta giunta la controversia ad un sufficiente grado di maturità. Nel giudizio di merito nel momento finale dell'istruttoria condotta, dopo la comparizione delle parti (art. 183, c. 1, c.p.c.), il tentativo di conciliazione (art. 185 c.p.c.), l'assunzione delle prove testimoniali (art. 244 c.p.c.), nella misura in cui l'attore è riuscito a provare l'*an* della pretesa. Di contro, nel giudizio di legittimità costituzionale in una Camera di consiglio appositamente convocata, comunque dopo la prima valutazione sommaria del giudice *a quo* (artt. 23, l. n. 87/1953, art. 1, l. cost. n. 1/1948), la delibazione preliminare da parte della Corte (art. 24, l. n. 87/1953), il deposito di deduzioni delle parti (art. 25, l. n. 87/1953, art. 6, n.i.) e l'udienza pubblica (art. 8, n.i.) fissata per la discussione (art. 26, c. 1, l. n. 87/1953), quando il Giudice relatore ritiene essenziale oppure no ai fini della decisione finale l'audizione dell'esperto.

Come nel processom spetterà al Presidente del Collegio l'apprezzamento officioso sull'ammissibilità, e costituisce esercizio di una facoltà discrezionale la "decisione definitiva sul *se* e sul *chi*"[33] chiamare a rendere circostanze tecnico-scientifiche utili all'istruttoria, su impulso del Giudice relatore, dei medesimi *amici curiae*, delle parti o forse no[34], a partire da una valutazione comunque prognostica sul grado di arricchimento di un dibattito camerale su "conoscenze nuove o aspetti che, in una società sempre più complessa come quella attuale, potrebbero anche restare sotto traccia"[35].

---

[31] La citazione è di V. Marcenò, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, cit., 403, mentre il corsivo è di E. Olivito, *op. cit.*, 490.

[32] Chiaramente non è prevista una sanzione simile per una decisione di legittimità pure scarna nella motivazione. Le sentenze della Corte costituzionale possono essere soggette a critiche o riflessioni, anche dure da parte della dottrina, ma non sono sottoposte a procedimenti di *judicial review*.

[33] A. Pugiotto, *op. cit.*, cit., 42. *Contra*, G.L. Conti, *op. cit.*, 94.

[34] Non riconosce alle parti la facoltà di nominare propri esperti A. Iannuzzi, *op. cit.*, p. 25.

[35] L. Violini, *Accesso alla Corte costituzionale: quale ruolo per gli enti di terzo settore*, in *Vita*, 25.02.2020.

In entrambi i casi, l'audizione dell'esperto avviene comunque in una fase processuale appositamente riservata, come l'«udienza nella quale il consulente deve comparire» (artt. 191, c. 1, c.p.c. e 22 disp. att. c.p.c.) o in una «apposita adunanza in Camera di consiglio», come se, nei giudizi di legittimità costituzionale, si realizzasse una rinnovazione parziale dell'istruttoria successiva alla chiusura ex art. 17, n.i., similmente quanto è nelle facoltà del giudice istruttore del processo civile che può disporre, qualora dovesse ritenerlo, la rimessione della causa sul ruolo per un ulteriore approfondimento cognitivo tecnico. Peraltro, nei giudizi di legittimità costituzionale, la collocazione sistematica della norma precedente alla fase decisionale induce a ritenere che la consulenza tecnica non sia un vero e proprio mezzo di prova, bensì, uno strumento di valutazione del dato scientificamente rilevante, volto ad offrire al giudice l'ausilio di cognizioni tecniche che egli non possiede.

Insomma, pur essendo i due giudizi fisiologicamente diversi per natura e per finalità, il momento di ingresso della valutazione tecnico scientifica si radica non *ab origine* – per esprimere una valutazione in merito alla fondatezza delle pretese, essendo un compito riservato unicamente al Giudice (istruttore o relatore) – piuttosto nel momento finale, quando il dado deve essere tratto ma ancora non è.

Tocca al consulente «di particolare competenza tecnica» (art. 61 c.p.c.) ovvero all'«esperto di chiara fama» (art. 17 n.i.) contribuire alla formazione del convincimento del giudice, libero ma non troppo perché scientificamente influenzato ogni qual volta gli elementi tecnico-scientifici, caratterizzati dall'imparzialità e dalla terzietà rispetto agli interessi in gioco, diventano decisivi non in una fase improduttiva del processo.

3. Osservazioni conclusive

Gli strumenti introdotti dalla modifica delle norme integrative consentiranno alla Corte di valutare il quadro istruttorio assunto (o non assunto) dal legislatore nel procedimento legislativo, di confrontarlo con gli esiti dell'istruttoria processuale, di recuperare in sede di sindacato costituzionale quella ragionevolezza estromessa dal legislatore per favorire il consenso a scapito di una decisione fondata su elementi provenienti da fonti qualificate.

Essendosi la Corte espressa in favore di un supporto sempre più pervasivo delle *expertise* nei processi decisionali normativi, riducendo gli spazi di discrezionalità del decisore pubblico, ha favorito una duplice contaminazione fondata sulla "politicizzazione della giurisdizione [e] sulla giurisdizionalizzazione della politica"[36]. Negli ambiti caratterizzati dalla co-determinazione normativa tra scienza e politica, la Corte ha dimostrato di potersi insinuare divenendo il "punto di snodo flessibile tra la sfera politica e la sfera

[36] E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, 31.

giudiziaria"[37], assumendo una veste maggiormente più simile a quella di un "giudice di 'opportunità' che […] di 'legittimità' delle leggi"[38], arretrando oppure no davanti ad una presunta area di intangibilità della sfera discrezionale del legislatore, progressivamente erosa ogni volta che si è trovata innanzi "a buchi (anche enormi) nel corpo della legislazione ordinaria"[39], così squilibrata da disinteressarsi di ciò che accade nell'ordinamento, anche in conseguenza delle decisioni adottate[40]. È l'espressione forse più concreta dell'anima politica della Corte costituzionale[41], considerata paralegislativa, ovvero giurisdizionale con sfumature politiche, in grado di accentuarsi laddove l'esperto di chiara fama sia portato a compiere un'attività di interpretazione della norma chiaramente radicata sull'esercizio della discrezionalità del legislatore in sede di primo bilanciamento.

Se le scelte legislative scientificamente caratterizzate devono in ogni caso tenere conto della proporzionalità, della ragionevolezza, della precauzione, bisogna chiedersi dove risiede il limite oltre il quale lo scrutinio costituzionale possa essere consentito e se vi siano degli indicatori che possono assicurare alla Corte di non assumere una posizione strettamente politica, ma mantenersi fedele al ruolo di custode della sola ragionevolezza (scientifica), senza per questo sostituirsi al legislatore nella scelta di quale elemento tecnico-scientifico possa penetrare o no nella norma[42], insomma di "ben calibrare le proprie pronunce, anche in considerazione dell'impatto che queste possano produrre nell'impianto sistemico dell'ordinamento"[43], quando l'esperto esprimerà la propria posizione, decisiva o forse no per la decisione finale.

Il coinvolgimento degli esperti sarà legato alla sensibilità del Presidente, "signore assoluto della prova"[44], certamente di concerto con il relatore per il carattere collegiale che assumono le decisioni della Corte. In assenza di una disciplina più rigida, spetterà al Presidente "quale coordinatore, subordinare a una sua autorizzazione le domande delle parti costituite agli esperti. Pertanto, se il Presidente dovesse interpretare in modo restrittivo la concessione di questa autorizzazione, appare evidente che la portata innovativa della riforma, anche in relazione a questo profilo, sarebbe ridotta. Il filtro del Presidente, però, potrebbe

[37] P. Caretti e E. Cheli, *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 1984, 35.
[38] N. Occhiocupo, *La Corte costituzionale come giudice di «opportunità» delle leggi*, in Id. (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, 1978, 56.
[39] L. Ventura, *Osservazioni a margine di alcune pronunce di inammissibilità*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*. Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986, Milano, 1988, 715.
[40] M. Troisi, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Napoli, 2020, 17.
[41] R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit.
[42] Sono questioni su cui si è interrogato S. Penasa, *Ai confini del diritto pubblico: ibridazione dei metodi e identità epistemologiche nel prisma del primato della Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, 216, e Id., *La legge della scienza. Nuovi paradigmi della disciplina dell'attività medico-scientifica*, Napoli, 2015.
[43] M. Belletti, *Corte costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell'equilibrio di bilancio*, Torino, 2016, 3.
[44] G. Ferro, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012, 20.

essere uno strumento necessario al fine di porre un freno a derive incontrollate"[45], da un lato non snaturando eccessivamente il sindacato di costituzionalità, dall'altro mantenendo il ruolo dell'esperto di chiara fama legato alle indicazioni strettamente fornite dal relatore ed eventualmente dalle parti in un contesto caratterizzato dall'assenza di pubblicità. Considerato che le sedute della camera di consiglio non sono pubbliche, se nella motivazione non si darà conto della effettiva o mancata partecipazione dell'«esperto di chiara fama», non risulterà agevole, invero impossibile, comprendere quanto peso abbia avuto o non abbia avuto l'elemento tecnico-scientifico nella stesura della motivazione, se emergono – in relazione alla figura dell'esperto – elementi che possono generare un conflitto di interessi anche solo potenziale.

Sono problemi di non poco rilievo sui quali sarà molto complesso esprimersi per l'assenza di pubblicità nella camera di consiglio. L'espansione o il restringimento del ruolo dell'esperto di chiara fama potranno essere solo presunti a seconda del livello di certezza della scienza.

La necessità di informare ogni decisione all'evoluzione del dato scientifico, senza abdicare alla "dipendenza necessaria dai risultati della scienza"[46], a un diritto fatto di sola tecnica, non esclude in futuro una Corte meno solida, più opaca sotto certi versi, incapace di "resistere ai venti e ai venticelli che ogni giorno rischiano di trascinarl[a] da una parte o dall'altra"[47] ogni volta che, trattandosi di sanzionare o non sanzionare la discrezionalità del legislatore tramite gli esperti, modellerà la *ratio* della regolazione scientificamente connotata sottoposta al sindacato di legittimità.

Se questo è il rischio, la previsione di caratteri fisiognomici da attribuire all'esperto, anche mutuati dai processi di merito ma non lasciati alla sola sedimentazione di prassi, assume una valenza significativa anche per scongiurare l'esercizio di una funzione non conforme alla natura del giudizio di costituzionalità.

[45] M. Troisi, *op. cit.*, 118.
[46] R. Bin, *La Corte e la Scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 2.
[47] P. Ridola, *op. cit.*, VIII.

Libertà religiosa e pandemia: verso un nuovo paradigma di relazioni tra Stato e confessioni religiose?*

di Davide Dimodugno
Dottore di ricerca in Diritti e istituzioni
Università degli Studi di Torino

Abstract [It]: La pandemia da coronavirus ha impattato su tutti gli aspetti della nostra vita, condizionando diverse libertà e diritti, ivi compresa la libertà religiosa. Dapprima impedendo e poi limitando le celebrazioni religiose, si è intaccato il nucleo fondamentale di questa libertà, ovvero l'esercizio individuale, pubblico e collettivo del culto, che è stato invero assimilato alla partecipazione ad uno spettacolo teatrale o cinematografico. In mancanza di una legge-quadro sulla libertà religiosa che potesse costituire la base giuridica per una disciplina concordata, la stipula di protocolli d'intesa tra il governo italiano e sei confessioni religiose, a seguito di un incontro telematico collettivo, appare suggerire un diverso modo di intendere la bilateralità pattizia nella nostra società pluralista e multiculturale.

Title: Religious freedom and pandemics: towards a new paradigm of relations between the State and religious denominations?
Abstract [En]: The coronavirus pandemic has impacted on all aspects of our lives, affecting various freedoms and rights, including religious freedom. The fundamental core of this freedom, namely the individual, public and collective exercise of worship, which was indeed likened to attending a theatre or cinema performance, was eroded, first by preventing and then restricting religious celebrations. In the absence of a framework law on religious freedom that could constitute the legal basis for an agreed discipline, the stipulation of memoranda of understanding between the Italian government and six religious denominations, following a collective online meeting, appears to suggest a different way of understanding the bilateral system in our pluralist and multicultural society.

Parole chiave: libertà religiosa, Chiesa cattolica, pandemia, protocolli di intesa, relazioni tra Stato e confessioni religiose
Keywords: religious freedom, Catholic Church, pandemic, memoranda of understanding, relations between State and religions

Sommario: 1. Premessa. **2.** Le limitazioni all'esercizio del culto nella prima fase della pandemia. **3.** La stipula di protocolli per la ripresa delle celebrazioni con il popolo. **4.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La pandemia da coronavirus SARS-CoV-2 che si è abbattuta, improvvisa, sull'Italia a partire dai primi mesi dell'anno 2020, ha avuto un notevole impatto, inimmaginabile sino a quel momento, sulle nostre vite. All'inizio di questo scenario emergenziale non si disponeva di informazioni circa la natura di questo nuovo virus, su come si potesse curarlo, né si conoscevano le conseguenze che avrebbe potuto determinare sull'organismo di chi l'avrebbe contratto, ma ciò che gli esperti avevano sin da subito

* Articolo sottoposto a referaggio.

compreso era l'elevato rischio per la salute, soprattutto dei soggetti fragili, e l'elevato numero di morti che avrebbe potuto determinare. Pertanto, si è resa necessaria la tempestiva adozione di provvedimenti, di natura legislativa e amministrativa, volti a limitare la propagazione dell'agente patogeno e, perciò, comportanti stringenti limitazioni ai diritti e alle libertà fondamentali, spingendosi sino all'imposizione del *lockdown* nazionale o confinamento[1]. Nemmeno il diritto di libertà religiosa, nel suo specifico aspetto di libero esercizio, individuale, pubblico o collettivo, del culto, poteva, pertanto, restare immune dalle limitazioni e restrizioni imposte, così come la libertà di organizzazione delle confessioni religiose.

Secondo una valutazione *ex post*, possiamo affermare che il diritto fondamentale alla salute, inteso come tutela della salute sia individuale sia collettiva (art. 32 cost.), è stato ritenuto dal governo prevalente e preminente rispetto a molti altri diritti egualmente forniti di copertura costituzionale come, ad esempio, il diritto al lavoro (art. 4), la libertà personale (art. 13), la libertà di domicilio (art. 14), la libertà di circolazione sul territorio nazionale e la libertà di espatrio (art. 16), il diritto di riunione (art. 17), il diritto alla libertà religiosa (art. 19), il diritto all'istruzione (art. 34) e il diritto all'iniziativa economica privata (art. 41). Tale scelta politica, seppur comprensibile nei suoi fini, è sembrata discostarsi, soprattutto nella prima fase della pandemia, dal criterio del bilanciamento dei diritti, adottato dalla giurisprudenza costituzionale proprio per evitare che un diritto si faccia "tiranno" a danno degli altri[2]. Al contrario, si sarebbe dovuto forse tentare, anche in virtù dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di meglio bilanciare i diversi diritti e libertà, in modo che le limitazioni introdotte durante il periodo

[1] Sulle limitazioni alla libertà religiosa durante la pandemia da covid-19 in Italia, si vedano, *ex multis*, V. PACILLO, *La libertà di culto di fronte all'emergenza Covid-19. Profili di diritto canonico e di diritto ecclesiastico italiano*, in *Il diritto ecclesiastico* 130, n. 1-2 (2019), pp. 11-33; F. ALICINO, *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 14, n. 19 (2020), pp. 1-24; G. CIMBALO, *Le relazioni tra Stato e confessioni religiose sotto lo stress del Covid-19*, in *Il diritto ecclesiastico* 131, n. 1-2 (2020), pp. 163-187; N. COLAIANNI, *Il sistema delle fonti costituzionali del diritto ecclesiastico al tempo dell'emergenza (e oltre?)*, in *ibidem*, pp. 95-116; P. CONSORTI, *Emergenza Covid-19 e libertà religiosa in Italia*, in *ibidem*, pp. 87-94; V. D'ALÒ, *La libertà religiosa nell'emergenza da Covid-19,* in G.A. CHIESI, M. SANTISE (a cura di), *Diritto e COVID-19*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 561-571; A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *Consulta online* 21, n. 1 (2020), pp. 229-241; G. MACRÌ, *Brevi note in tema di libertà di culto in tempo di pandemia*, in *Il diritto ecclesiastico* 131, n. 1-2 (2020), pp. 49-58; S. NITOGLIA, *Covid-19 e libertà religiosa*, in *L-Jus* 3, n. 1 (2020), pp. 55-68; V. PACILLO, *La libertà religiosa in Italia ai tempi del Covid-19. Motivazioni e bilancio di un webinar e prospettive di fronte al perdurare dell'emergenza sanitaria*, in *Il diritto ecclesiastico* 131, n. 1-2 (2020), pp. 19-30; M.C. RUSCAZIO, M. CIRAVEGNA, *Libertà religiosa e Covid-19*, in L. IMARISIO, M. MALVICINI, G. SOBRINO (a cura di), *Tra emergenza, eccezione e precauzione. Diritti e doveri di cittadinanza di fronte alla pandemia Covid-19*, Università degli Studi di Torino, Torino, 2020, pp. 162-174; A. LICASTRO, *La libertà di culto e la lezione della pandemia*, in C. INGRATOCI, A. MADERA, F. PELLEGRINO (a cura di), *I diritti fondamentali al tempo della pandemia da COVID-19*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2021, pp. 125-135; G. MAZZONI, A. NEGRI (a cura di), *Libertà religiosa e covid-19: tra diritto alla salute e salus animarum. I Focus del dossier OLIR emergenza coronavirus*, Autopubblicato, s.l., 2021; D. MILANI, *Covid-19 e libertà religiosa in Italia*, in *Ius Ecclesiae* 32, n. 1 (2021), pp. 89-116; M. TOSCANO, *Libertà di culto e collaborazione tra stato e confessioni religiose al tempo dell'emergenza sanitaria*, in M. BIASI, F. FERRARO, D. GRIECO, S. ZIRULIA (a cura di), *L'emergenza COVID nel quadro giuridico, economico e sociale: quattro chiavi di lettura: distanza, disuguaglianza, comunicazione, responsabilità. Atti del 2° Convegno annuale del Dipartimento di scienze giuridiche Cesare Beccaria, 15-18 marzo 2021*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, pp. 145-155;

[2] Corte cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85. Si veda, sulla prevalenza "tirannica" di un diritto a discapito degli altri, A. LO GIUDICE, *La tentazione tirannica dei valori assoluti*, in C. INGRATOCI, A. MADERA, F. PELLEGRINO (a cura di), *I diritti fondamentali al tempo della pandemia da COVID-19*, cit., pp. 137-149.

pandemico non ne comportassero uno svuotamento, ma rispettassero almeno il loro «contenuto essenziale»[3].

2. Le limitazioni all'esercizio del culto nella prima fase della pandemia

A seguito della dichiarazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei ministri[4], il primo provvedimento[5] emanato per contrastare la diffusione del virus è ravvisabile nel decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, in forza del quale le «autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», ivi compresi i divieti di allontanamento e di accesso da determinate aree o comuni, e la «sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico»[6].

Tale previsione, dal contenuto generale e astratto, avrebbe trovato una prima applicazione con il D.P.C.M. 1° marzo 2020, con riguardo a dieci comuni della Regione Lombardia e a un comune nella Regione Veneto. Ulteriori limitazioni all'apertura dei luoghi di culto, che veniva «condizionata all'adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro», erano stabilite per le restanti parti del territorio delle Regioni Lombardia e Veneto, della Regione Emilia-Romagna e delle Province di Pesaro, Urbino e Savona (allegato 2).

Successivamente, con il D.P.C.M. 8 marzo 2020, il divieto di spostamento, le limitazioni all'apertura dei luoghi di culto e la sospensione delle celebrazioni civili e religiose sarebbero stati adottati con riguardo a tutta la Regione Lombardia e alle Province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia.

Il giorno successivo veniva emanato un ulteriore provvedimento del Presidente del Consiglio dei Ministri che estendeva a tutto il territorio nazionale il divieto di assembramenti e interdiceva, tra l'altro, la possibilità di svolgere le celebrazioni pubbliche del culto e altre riunioni a carattere religioso, ivi comprese

[3] Si veda, sul punto, L. CASTELLI, *Alla ricerca del "limite dei limiti": il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le Corti*, in *Rivista AIC* 12, n. 1 (2021), pp. 454-486. Si veda, inoltre, la Risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2020 sull'impatto delle misure connesse alla COVID-19 sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sui diritti fondamentali (2020/2790(RSP)), consultabile sul sito del Parlamento europeo.

[4] Consiglio dei Ministri, Delibera 31 gennaio 2020, *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili* (GU Serie Generale n. 26 del 1° febbraio 2020).

[5] Per un elenco completo dei provvedimenti adottati dal Parlamento, dal Consiglio dei Ministri, dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dai Ministri, dal Capo della Protezione Civile e dal Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19, si veda il sito della fondazione Openpolis.

[6] Art. 1, comma secondo, lett. c), del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19* (testo in vigore dal 23 febbraio 2020 al 25 marzo 2020).

quelle funebri, incidendo con ciò su un ulteriore aspetto della libertà religiosa, ovvero sul diritto a ricevere una sepoltura conforme ai propri convincimenti religiosi o filosofici.

Tutte queste misure hanno imposto, di fatto, il cosiddetto *lockdown* o confinamento, che, bloccando tutte le attività sociali, economiche e culturali, fatti salvi i servizi essenziali e imprescindibili, si sarebbe protratto, nella sua forma più rigorosa e restrittiva, per circa due mesi.

Vietate le cerimonie religiose con la partecipazione dei fedeli, ci si è domandati se le chiese e gli altri luoghi di culto dovessero rimanere chiusi, come i cinema, i teatri, le palestre, oppure potessero rimanere aperti per la preghiera individuale.

Interessante appare, a questo riguardo, quanto avvenuto nella città di Roma.

Il Card. Angelo De Donatis, Vicario per la Diocesi di Roma, aveva dapprima adottato un decreto in data 12 marzo 2020, con il quale disponeva sino al 3 aprile 2020 la chiusura di tutte le chiese site nella città di Roma[7]. A seguito di un intervento in senso contrario del Romano Pontefice, espresso in occasione dell'omelia nella messa mattutina a Santa Marta, trasmessa in diretta televisiva su Rai1, il Card. De Donatis ha riconsiderato la sua decisione, emanando il giorno successivo un ulteriore decreto, nel quale si precisava che la chiusura era limitata alle chiese non parrocchiali, mentre restavano aperte «le chiese parrocchiali»[8].

Dal punto di vista dell'ordinamento statale, tale dubbio è stato risolto con una nota della Direzione centrale degli affari dei culti del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, la quale, in risposta ai quesiti formulati da Mons. Ivan Maffeis, Sottosegretario della Conferenza Episcopale Italiana, sottolineava che: «salvo eventuale autonoma diversa decisione dell'autorità ecclesiastica, non è prevista la chiusura delle chiese». Tuttavia, venivano imposte alcune condizioni, ovvero che «l'accesso alla chiesa avvenga solo in occasione di spostamenti determinati da "comprovate esigenze lavorative", ovvero per "situazioni di necessità" e che la chiesa sia situata lungo il percorso, di modo che, in caso di controllo da parte delle Forze di polizia, possa esibirsi la prescritta autocertificazione o rendere dichiarazione in ordine alla sussistenza di tali specifici motivi». Al contempo, la nota precisava, altresì, che: «Le celebrazioni liturgiche senza il concorso dei fedeli e limitate ai soli celebranti ed agli accoliti necessari per l'officiatura del rito non rientrano nel divieto normativo, in quanto si tratta di attività che coinvolgono un numero ristretto di persone e, attraverso il rispetto delle opportune distanze e cautele, non rappresentano assembramenti o fattispecie di potenziale contagio che possano giustificare un intervento normativo di natura limitativa»[9].

[7] Decreto del Card. Angelo De Donatis Prot. 468/20 in data 12 aprile 2020, consultabile sul sito della Diocesi di Roma.
[8] Decreto del Card. Angelo De Donatis Prot. 469/20 in data 13 aprile 2020, consultabile sul sito della Diocesi di Roma.
[9] Il testo della nota ministeriale Prot. 3617 in data 27 marzo 2020 è consultabile sul sito del Ministero dell'Interno.

Una soluzione diversa, volta ad impedire del tutto le celebrazioni religiose, a nostro avviso sarebbe risultata ancora più stridente non solo con i principi costituzionali di separazione degli ordini e di non ingerenza dello Stato nell'organizzazione delle confessioni religiose, sanciti dagli artt. 7 e 8 cost., ma anche con la normativa pattizia del 1984[10] e con le disposizioni analoghe contenute nelle intese stipulate con le confessioni diverse dalla cattolica. Senza dimenticare che, ai sensi dell'art. 9, comma secondo, della CEDU, le restrizioni alla libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo devono essere stabilite dalla legge e costituire «misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui». Ciò significa che occorre valutare in concreto la necessità, l'adeguatezza e la proporzionalità delle misure adottate, rispetto al fine perseguito.

Se nella fase iniziale della pandemia limitazioni così stringenti, tali da comprimere fortemente il contenuto essenziale della libertà di manifestare il proprio culto o credo, potevano apparire giustificabili, non altrettanto avrebbero potuto essere nelle fasi successive, una volta che si è compresa meglio la natura dell'agente patogeno e sono state individuate le misure di protezione (distanziamento e mascherine) e i farmaci (ivi compresi i vaccini) idonei a contrastarlo.

Possiamo, in ogni caso, affermare che il buon senso, la responsabilità e la collaborazione manifestati dalla Chiesa cattolica[11] e dalle altre confessioni religiose, che hanno di buon grado accettato le misure imposte dalle autorità governative, hanno evitato che le tensioni sino a quel momento latenti potessero sfociare in uno scontro aperto, acuendo ed esasperando il conflitto sociale in piena pandemia. Secondo alcuni Autori, infatti, per contestare la normativa disposta unilateralmente dallo Stato, senza ricercare una qualche forma di accordo previo, le confessioni religiose avrebbero ben potuto fare leva sul mancato rispetto del principio di bilateralità pattizia di cui all'art. 7, comma secondo, e 8, comma terzo, cost.[12], e, per quanto riguarda la Chiesa cattolica, sull'art. 2, n. 1 (libertà di organizzazione e di pubblico esercizio

[10] L'art. 5 dell'Accordo di Villa Madama, firmato in Roma il 18 febbraio 1984 e ratificato con legge 25 marzo 1985, n. 121, così dispone:
«1. *Gli edifici aperti al culto non possono essere requisiti, occupati, espropriati o demoliti se non per gravi ragioni e previo accordo con la competente autorità ecclesiastica.*
2. *Salvo i casi di urgente necessità, la forza pubblica non potrà entrare, per l'esercizio delle sue funzioni, negli edifici aperti al culto, senza averne dato previo avviso all'autorità ecclesiastica.*
3. *L'autorità civile terrà conto delle esigenze religiose delle popolazioni, fatte presenti dalla competente autorità ecclesiastica, per quanto concerne la costruzione di nuovi edifici di culto cattolico e delle pertinenti opere parrocchiali*».
[11] Con specifico riferimento alla Chiesa cattolica, si veda R. SANTORO, G. FUSCO, *Diritto canonico e rapporti Stato-Chiesa in tempo di pandemia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
[12] V. PACILLO, *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 14, n. 8 (2020), pp. 87-89.

del culto) e sull'art. 14 (intervento della commissione paritetica) dell'Accordo di Villa Madama[13] e, quindi, sulla violazione della normativa concordataria da parte dello Stato[14].

Ciò non è, tuttavia, avvenuto e le chiese e gli altri edifici di culto, dunque, sono rimasti aperti per la sola preghiera individuale del singolo fedele, il quale doveva, tuttavia, poter addurre un'ulteriore giustificazione (esigenze lavorative o situazioni di necessità) per lasciare la propria abitazione, in caso di controllo dell'autocertificazione da parte delle autorità di pubblica sicurezza, in quanto l'esercizio del culto non rientrava nella casistica contemplata. Sulla legittimità di una siffatta normativa è sorto più di un dubbio negli interpreti[15], in quanto, da un lato, essa consentiva l'uscita di casa di chiunque per andare, ad esempio, ad acquistare delle sigarette, ritenute beni di prima necessità, mentre, dall'altro, non consentiva al fedele, per ciò solo, di recarsi in una chiesa o in un altro luogo di culto per pregare[16].

Volendo ricollegare l'esercizio del culto ai beni di prima necessità, occorre rammentare che, quantomeno nell'ordinamento canonico, accostarsi ai sacramenti è considerato un vero e proprio diritto che, a determinate condizioni, deve essere garantito a tutti i fedeli[17]. Con specifico riguardo ai laici, essi «hanno il diritto di ricevere abbondantemente dai sacri pastori i beni spirituali della Chiesa, soprattutto gli aiuti della parola di Dio e dei sacramenti»[18]. Per i cattolici, quindi, i sacramenti rappresentano dei veri e propri beni, cui è fatto diritto, e, in certi casi, obbligo accedere per poter essere considerati in piena comunione con la Chiesa, come partecipare alla messa domenicale e alle altre feste di precetto[19], e ricevere

[13] V. PACILLO, *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, cit., pp. 91-93. Contra, si vedano, N. COLAIANNI, *Il sistema delle fonti costituzionali del diritto ecclesiastico al tempo dell'emergenza (e oltre?)*, cit., pp. 108-109; P. CONSORTI, *Emergenza Covid-19 e libertà religiosa in Italia*, cit., pp. 90-91; F. BOTTI, *Bagatelle per una pandemia*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale* 14, n. 10 (2020), pp. 1-16.

[14] Se è vero che la normativa concordataria «non può negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato», così come affermato dalle sentenze della Corte costituzionale 24 febbraio 1971, nn. 30, 31 e 32, nel caso delle limitazioni conseguenti alla pandemia si sarebbe dovuto, secondo parte della dottrina, dare semplicemente attuazione al principio costituzionale di bilateralità pattizia, prevedendo forme di consultazione previa con i rappresentanti delle confessioni religiose, nel momento in cui ci si è ritrovati a dover bilanciare l'esercizio del diritto alla libertà religiosa con un altro diritto costituzionalmente garantito, in questo caso con la tutela della salute.

[15] Si vedano, ad esempio, sul punto, A. FUCCILLO, M. ABU SALEM, L. DECIMO, *Fede interdetta? L'esercizio della libertà religiosa collettiva durante l'emergenza COVID-19: attualità e prospettive*, in *Calumet*, pp. 87-117, e partic. pp. 99-106; P. CONSORTI, *Emergenza e libertà religiosa in Italia davanti alla paura della Covid-19*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 54 (2020), pp. 9-10.

[16] Sul "caso delle sigarette", realmente accaduto, si veda D. AIROMA, *Coronavirus. "Io, magistrato, fermato ai controlli mentre andavo in chiesa…"*, in *Avvenire*, 28 marzo 2020, consultabile sul sito del quotidiano.

[17] Can. 843 - §1. I ministri sacri non possono negare i sacramenti a coloro che li chiedano opportunamente, siano disposti nel debito modo e non abbiano dal diritto la proibizione di riceverli.

[18] PAOLO VI, *Lumen gentium. Costituzione dogmatica sulla Chiesa*, 21 novembre 1964, n. 37.

[19] Can. 1247 - La domenica e le altre feste di precetto i fedeli sono tenuti all'obbligo di partecipare alla Messa; si astengano inoltre, da quei lavori e da quegli affari che impediscono di rendere culto a Dio e turbano la letizia propria del giorno del Signore o il dovuto riposo della mente e del corpo.

l'Eucarestia, previa confessione[20], almeno una volta all'anno, durante il tempo pasquale[21]. Tali obblighi devono essere adempiuti di persona, e non possono essere considerati soddisfatti assistendo alla messa trasmessa in televisione o in *streaming* su Internet[22], e ciò perché l'interposizione di tali mezzi di comunicazione non consente al fedele di sperimentare realmente, ma solo spiritualmente, la comunione eucaristica. Ciò nonostante, il precetto festivo può essere dispensato, ai sensi del can. 1245, soltanto in «singoli casi»[23], valutati discrezionalmente dall'autorità ecclesiastica competente, i quali non possono, tuttavia, assumere una portata generalizzata, come le limitazioni derivanti dai provvedimenti governativi avrebbero richiesto.

Ciò detto, occorre verificare, inoltre, se avesse potuto trovare applicazione, nel contesto dell'emergenza pandemica, la circostanza del *grave incommodo*[24], prevista dal can. 1323 n. 4[25] e dal can. 1324, § 1, n. 5[26]. Tale istituto, riferibile nel diritto penale canonico alle «situazioni di grave disturbo o disagio che

[20] Can. 916 - Colui che è consapevole di essere in peccato grave, non celebri la Messa né comunichi al Corpo del Signore senza avere premesso la confessione sacramentale, a meno che non vi sia una ragione grave e manchi l'opportunità di confessarsi; nel qual caso si ricordi che è tenuto a porre un atto di contrizione perfetta, che include il proposito di confessarsi quanto prima.

[21] Can. 920 - §1. Ogni fedele, dopo che è stato iniziato alla santissima Eucaristia, è tenuto all'obbligo di ricevere almeno una volta all'anno la sacra comunione.
§2. Questo precetto deve essere adempiuto durante il tempo pasquale, a meno che per una giusta causa non venga compiuto in altro tempo entro l'anno.

[22] Si veda, sul punto, R. SANTORO, G. FUSCO, *Diritto canonico e rapporti Stato-Chiesa in tempo di pandemia*, cit., pp. 106-107. Di ben altra sensibilità appare la giurisprudenza amministrativa, la quale, con il decreto T.A.R. Lazio, Sezione I, 29 aprile 2020, n. 3453, ha rigettato un ricorso per l'annullamento del D.P.C.M. 26 aprile 2020, sulla base del fatto che «l'esigenza, prospettata dal ricorrente, di partecipare fisicamente alle cerimonie religiose può ritenersi in via temporanea compensato dalla possibilità di soddisfare il proprio sentimento religioso usufruendo delle numerose alternative offerte mediante gli strumenti informatici».

[23] Can. 1245 - Fermo restando il diritto dei Vescovi diocesani di cui al can. 87, il parroco, per una giusta causa e conforme alle disposizioni del Vescovo diocesano, può nei singoli casi concedere la dispensa dall'obbligo di osservare il giorno festivo o di penitenza, oppure commutarlo in altre opere pie; lo stesso può anche il Superiore di un istituto religioso o di una società di vita apostolica, se sono clericali di diritto pontificio, relativamente ai propri sudditi e agli altri che vivono giorno e notte nella loro casa.

[24] Per un approfondimento sull'istituto canonico del *grave incommodo*, si vedano F. ERCOLANI, *Incomodo*, in *Enciclopedia cattolica*, vol. VI, Ente per l'Enciclopedia cattolica e per il libro cattolico, Città del Vaticano, 1951, coll. 1770-1772; R. COPPOLA, *Formazione della norma, non esigibilità e dimensione personale del diritto penale con particolare riferimento al periodo classico del diritto canonico*, in *Diritto di famiglia e delle persone* 18, n. 1-2 (1989), pp. 222-245; R. COPPOLA, *Grave incommodo e sospensione della sanzione penale*, in *Monitor ecclesiasticus* 41, n. 1-2 (1989), pp. 95-103; R. MAZZOLA, *Il "grave incommodo" e le cause scriminanti nella teoria generale del diritto penale*, in R. BERTOLINO, S. GHERRO, L. MUSSELLI (a cura di), *Diritto canonico e comparazione: Giornate canonistiche di studio, Venezia, 22-23 maggio 1991*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 306-315; R. COPPOLA, *Grave incómodo*, in J. OTADUY, A. VIANA, J. SEDANO (a cura di), *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. IV, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 259-262.

[25] Can. 1323 - Non è passibile di alcuna pena chi, quando violò la legge o il precetto: […]
4° agì costretto da timore grave, anche se solo relativamente tale, o per necessità o per grave incomodo, a meno che tuttavia l'atto non fosse intrinsecamente cattivo o tornasse a danno delle anime.

[26] Can. 1324 - § 1. L'autore della violazione non è esentato dalla pena stabilita dalla legge o dal precetto, ma la pena deve essere mitigata o sostituita con una penitenza, se il delitto fu commesso: […]
5° da una persona costretta da timore grave, anche se soltanto relativamente tale, o che agì per necessità o per grave incomodo, se il delitto commesso sia intrinsecamente cattivo o torni a danno delle anime.

deriverebbero al soggetto se osservasse la legge»[27], costituisce, in realtà, una causa di giustificazione o di mitigazione della pena per il fedele che, «a causa di un danno o di un pericolo di danno grave e imminente, esterno al compimento della legge ma tale da renderne eccessivamente gravosa l'osservanza»[28], abbia violato una norma canonica, ma non può essere di certo invocato per giustificare o legittimare la sospensione delle celebrazioni con il popolo avvenuta durante la prima fase della pandemia.

La questione non si limita, tuttavia, a un dato eminentemente giuridico, concernente la situazione del singolo fedele che non si sente a posto con la propria coscienza, per l'impossibilità, dovuta alle restrizioni introdotte a causa della pandemia, di soddisfare i precetti stabiliti dalla propria religione, ma deve essere considerata in una prospettiva molto più ampia, con riguardo alla condizione di equilibrio interiore e di benessere psico-fisico derivante dall'esercizio del proprio culto. Studi scientifici hanno potuto dimostrare, infatti, che, in termini generali, la religiosità e la spiritualità possono determinare effetti benefici e terapeutici, in grado di migliorare lo stato di salute della persona[29].

Sembra paradossale, eppure la possibilità per ciascuno di esercitare il suo culto è risultata notevolmente limitata dai provvedimenti adottati durante la fase iniziale della pandemia, giustificati dal governo proprio con l'obiettivo di salvaguardare la salute delle persone. In un momento di grave emergenza, preoccupazione e timore per la sopravvivenza propria e di quella dei propri cari, il bisogno del credente di avvertire la presenza del divino nella propria vita e di potersi rapportare con la trascendenza avrebbe dovuto non solo essere permesso, ma addirittura favorito.

Invece, fermo restando il perdurare della sospensione di tutti gli eventi, anche a carattere religioso, e delle celebrazioni civili e religiose, l'art. 1, comma primo, lett. h) del D.P.C.M. 10 aprile 2020 si limitava a ribadire che: «l'apertura dei luoghi di culto è condizionata all'adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro».

Stante la mancata revoca della sospensione delle celebrazioni eucaristiche, in data 26 aprile 2020, la Conferenza Episcopale Italiana emanava un duro comunicato stampa nei confronti del D.P.C.M. adottato in quella medesima data, il quale escludeva la possibilità di riprendere la celebrazione della messa con il popolo[30], mentre rendeva possibile soltanto la celebrazione delle esequie, preferibilmente all'aperto e con i soli congiunti, e comunque alla presenza di massimo quindici persone.

---

[27] Z. SUCHECKI, *Le sanzioni penali nella Chiesa. Parte I. I delitti e le sanzioni penali in genere (cann. 1311-1363)*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, p. 87.

[28] M. MOSCONI, *Can. 1323*, in REDAZIONE DI QUADERNI DI DIRITTO ECCLESIALE (a cura di), *Codice di diritto canonico commentato*, Ancora, Milano, 2022, pp. 1078-1082.

[29] Si vedano, sul punto, J. LEVIN, *The discourse on faith and medicine: a tale of two literatures*, in *Theoretical medicine and bioethics* 39, n. 4 (2018), pp. 265-282; L. GALVAGNI, *Salute, benessere e corporeità: il contributo delle religioni e della spiritualità*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 24, n. speciale *Daimon*, 2021, pp. 151-164.

[30] Comunicato stampa della CEI, 26 aprile 2020, consultabile sul sito della CEI.

Proprio per tentare di fornire una via d'uscita a questa perdurante situazione di incertezza, il gruppo di ricerca DiReSoM pubblicava in data 27 aprile 2020 un proprio *position paper*[31], nel quale suggeriva al governo l'adozione di misure, valide per tutte le confessioni religiose, volte a consentire la ripresa delle celebrazioni cultuali in piena sicurezza.

3. La stipula di protocolli per la ripresa delle celebrazioni con il popolo

Gli auspici del gruppo di studiosi di diritto ecclesiastico e canonico trovavano un effettivo riscontro, in quanto in data 7 maggio 2020 si procedeva alla stipula di un protocollo d'intesa tra il Presidente della Conferenza Episcopale Italiana, il Presidente del Consiglio dei Ministri e il Ministro dell'Interno, avente ad oggetto la ripresa delle celebrazioni con il popolo, che è entrato in vigore a partire dal successivo 18 maggio[32].

In estrema sintesi, l'accordo prevede l'adozione di misure pratiche, volte ad evitare assembramenti (distanza interpersonale di almeno un metro e mezzo), ridurre il rischio di contagio (sanificazione delle mani e dei banchi e divieto di accesso a coloro che risultino avere una temperatura superiore a 37,5°C) e a seguire particolari prescrizioni durante le celebrazioni eucaristiche (comunione distribuita solo sulle mani e omissione dello scambio della pace).

Analogamente, in data 15 maggio 2020, venivano stipulati, all'esito di un incontro telematico collettivo[33], facilitato dalla partecipazione di autorevoli esperti indipendenti, ben 6 protocolli di intesa con altrettante confessioni o gruppi di confessioni religiose tra loro affini, non tutte dotate di intesa con lo Stato, e specificatamente con le Comunità ebraiche; la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni; le Comunità islamiche; le Confessioni induista, buddista, Bahai, Sikh; le Chiese Protestante, Evangelica, Anglicana; le Comunità Ortodosse. Egualmente si procedeva in data 25 maggio 2020 con la Congregazione dei Testimoni di Geova[34].

La prassi della stipula di questi protocolli, successivamente qualificati come «protocolli sanitari per la definizione delle misure necessarie ai fini dello svolgimento delle funzioni religiose in condizioni di sicurezza»[35] è stata codificata dall'art. 1, comma 11, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, in forza del quale: «le funzioni religiose con la partecipazione di persone si svolgono nel rispetto dei protocolli sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni contenenti le misure idonee a prevenire il rischio di

[31] Il testo del position paper *Proposta per una cauta ripresa in sicurezza delle celebrazioni religiose* è consultabile sul sito DIRESOM.
[32] Il testo del protocollo d'intesa con la CEI è consultabile sul sito del governo.
[33] P. CONSORTI, *Emergenza e libertà religiosa in Italia davanti alla paura della Covid-19*, cit., p. 15.
[34] I testi dei vari protocolli sono consultabili sul sito del Ministero dell'Interno.
[35] Art. 1, comma 2, lett. h), della legge 22 maggio 2020, n. 35, che ha convertito con modificazioni il decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19.

contagio». I testi dei primi sette protocolli[36] sono stati poi recepiti dall' art. 1, comma 1, lett. o), del D.P.C.M. 17 maggio 2020, il quale ha stabilito che: «le funzioni religiose con la partecipazione di persone si svolgono nel rispetto dei protocolli sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni di cui agli allegati da 1 a 7».

Se l'adozione di queste misure, nell'ambito della cosiddetta "Fase 2" dell'emergenza pandemica, non poteva che essere salutata favorevolmente, non si può omettere di rilevare che nelle settimane seguenti sono sorte innumerevoli polemiche, notevolmente amplificate da alcuni quotidiani e dai *social network*, con riguardo al fatto che, mentre le chiese e gli altri edifici di culto delle diverse confessioni religiose potevano riaprire, seppur seguendo i stringenti protocolli concordati, non altrettanto potevano fare i cinema e i teatri, ai quali, secondo l'opinione di parte della popolazione, e anche della dottrina[37], si sarebbero dovuti equiparare.

Seguendo questo ragionamento, possiamo senza dubbio affermare che anche lo sviluppo della cultura, al quale è ricondotta in un rapporto biunivoco la tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico della Nazione di cui all'art. 9 cost., riveste, o quantomeno dovrebbe rivestire – il condizionale qui è purtroppo d'obbligo, vista la scarsa importanza che le politiche culturali rivestono, in concreto, nel nostro Paese[38] – un ruolo di primaria importanza nel quadro costituzionale italiano, al punto da essere inserito tra i principi fondamentali. Tuttavia, ci pare opportuno rilevare che, nonostante il culto e la cultura[39] costituiscano aspetti ambedue importanti nella vita di una persona, le due situazioni appaiono notevolmente diverse. Per il credente, infatti, celebrare il culto o osservare i riti previsti della propria religione o credo costituisce un elemento imprescindibile per la manifestazione della propria personalità, in quanto attiene al suo rapporto diretto con la trascendenza o con altra forma di spiritualità. La possibilità di andare al cinema o a teatro, pur rappresentando un'occasione significativa di riflessione e di crescita umana, nel momento in cui deve essere bilanciata con esigenze di protezione della salute, dovrebbe, a nostro avviso, cedere rispetto a queste ultime, in quanto il cinema e il teatro non costituiscono beni di prima necessità, ma

[36] Critico, rispetto alla soluzione dei protocolli di intesa stipulati dai culti acattolici, è apparso G. MACRÌ, *Brevi considerazioni in materia di governance delle pratiche di culto tra istanze egualitarie, soluzioni compiacenti e protocolli (quasi) "fotocopia"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 14, n. 12 (2020), pp. 68-77, e partic. pp. 73-77. Più favorevole alla soluzione che è stata in concreto adottata appare, al contrario, M. L. LO GIACCO, *I "Protocolli per la ripresa delle celebrazioni delle confessioni diverse dalla cattolica": una nuova stagione nella politica ecclesiastica italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 14, n. 12 (2020), pp. 107-114. Si vedano, inoltre, sulla stipula di questi protocolli d'intesa tra lo Stato e la confessioni religiose, E. CASTORINA, *Libertà di culto, confessioni religiose e principio di bilateralità: i "protocolli sanitari" per il contrasto alla pandemia da Covid-19*, in *Dirittifondamentali.it* 9, n. 3 (2020), pp. 564-583; A. CESARINI, *I limiti all'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria e la 'responsabile' collaborazione con le confessioni religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 14, n. 18 (2020), pp. 15-23.

[37] N. COLAIANNI, *Il sistema delle fonti costituzionali del diritto ecclesiastico al tempo dell'emergenza (e oltre?)*, cit., pp. 97-98.

[38] Secondo dati EUROSTAT, l'Italia ha investito nel 2020 solo lo 0,8% del suo PIL in «*Recreation, culture and religion*».

[39] Vale la pena osservare la medesima origine semantica di culto e cultura, che derivano entrambi dal verbo latino *colere*, che significa coltivare: sia il culto sia la cultura richiedono, pertanto, un impegno personale dell'uomo, un suo mettersi in discussione.

elementi ulteriori cui si può, in determinate circostanze e seppur a malincuore, rinunciare, e ciò a maggior ragione in quanto si tratta di luoghi normalmente molto più affollati e capienti di chiese e altri edifici di culto, e quindi potenzialmente più esposti al rischio di contagio. Non si possono, dunque, equiparare situazioni che si pongono su due piani diversi, e nemmeno si può affermare che partecipare a una funzione religiosa, qualsiasi sia la confessione e il suo portato dottrinale e assiologico, possa equivalere ad assistere ad una proiezione cinematografica o a una rappresentazione teatrale.

In realtà, il diritto di libertà religiosa costituisce un principio davvero fondamentale per l'ordinamento costituzionale italiano, e ciò appare reso plasticamente evidente dal fatto che il Costituente ha voluto dedicare ben quattro articoli alla regolazione dei rapporti tra lo Stato e il fenomeno religioso (artt. 7, 8, 19 e 20 cost.), e che, come sottolineato da altra dottrina, tale libertà può essere limitata, a mente del disposto dell'art. 19 cost., soltanto laddove si tratti di «riti contrari al buon costume», ma non per motivi di ordine pubblico[40]. Anche laddove si intenda invocare il limite dell'ordine pubblico o quello della salute pubblica rispetto alla libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo, previsto dall'art. 9, comma secondo, della CEDU in materia di libertà di pensiero, di coscienza e di religione, occorre pur sempre rammentare che i provvedimenti che adducono tali motivazioni, per poter essere considerati legittimi, devono essere stabiliti dalla legge e superare un vaglio di necessità, proporzionalità e ragionevolezza[41].

Proprio in virtù di questi ultimi tre principi, ciò che si doveva assicurare, in un contesto pandemico mutevole, è che la chiusura o le limitazioni di accesso ai luoghi aggregativi e della cultura non apparisse ingiustificata e sproporzionata rispetto all'andamento della curva epidemica e agli appositi indici di valutazione (Rt, occupazione dei posti in terapia intensiva, numero di casi in rapporto alla popolazione)[42]. In effetti, cinema e teatri hanno potuto riaprire dal 15 giugno 2020, con un massimo di duecento spettatori al chiuso, mille all'aperto e l'obbligo di indossare le mascherine da parte del pubblico. Tale previsione è poi venuta meno con la secondata ondata della pandemia e l'emanazione del D.P.C.M. 24 ottobre 2020, che ha disposto nuovamente la chiusura di cinema, teatri e fiere, mentre le celebrazioni religiose hanno potuto continuare a essere celebrate nel rispetto dei rigorosi protocolli anti-contagio concordati con le confessioni religiose. Non si è trattato, a nostro avviso, di un "ingiusto privilegio" in favore delle confessioni religiose, ma semplicemente di un trattamento differenziato di situazioni diverse[43].

[40] A. FUCCILLO, M. ABU SALEM, L. DECIMO*, Fede interdetta?*, cit., p. 113.

[41] Sulla possibilità di bilanciare il diritto di libertà religiosa con altri diritti, si veda G. BLANDO, *Libertà religiosa e libertà di culto ai tempi del Covid-19: una questione di bilanciamento*, in *federalismi.it*, *Osservatorio emergenza covid-19*, n. 1 (2020), pp. 1-10.

[42] Con riguardo all'applicazione del principio di ragionevolezza in relazione al principio di precauzione, si veda F. DE LEONARDIS, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in *federalismi.it* 4, 31 ottobre 2006, pp. 1-14.

[43] Su questa stessa linea si veda A. LICASTRO, *La libertà di culto e la lezione della pandemia*, pp. 130-131, secondo cui «in diverse occasioni, il trattamento *meno favorevole* fatto alla libertà di culto rispetto ad altre attività compatibili è apparso (ed è stato talvolta giudicato) discriminatorio: nel nostro ordinamento una tale situazione, che implicherebbe una relazione

Una limitazione all'esercizio delle celebrazioni si è, comunque, potuta ancora riscontrare nell'adozione, con il decreto-legge 18 dicembre 2020, n. 172, del coprifuoco e degli altri provvedimenti limitativi della libertà di circolazione in vigore nel periodo natalizio, che hanno reso tutta l'Italia zona rossa nei giorni festivi e prefestivi, e zona arancione nei giorni di intermezzo. Tali restrizioni sono state giustificate dal Presidente del Consiglio dei Ministri mediante un esplicito riferimento al valore spirituale del Natale[44]. In questo modo si è, forse involontariamente, trasmessa l'impressione di una sorta di "intromissione" del potere politico nella sfera religiosa, il quale, imponendo numeri contingentati e l'anticipo nel pomeriggio o comunque in modo tale da terminare entro le ore 22, si è ingerito nell'organizzazione della cosiddetta "messa di mezzanotte"[45], ovvero dell'evento religioso maggiormente partecipato dai cattolici italiani, anche da coloro che normalmente sono poco o per nulla praticanti, persino più della Pasqua, festività invero liturgicamente più importante del Natale. Ciò nonostante, la CEI ha ritenuto opportuno adeguarsi e dare istruzioni ai sacerdoti di conformarsi a questa normativa[46].

4. Considerazioni conclusive

All'esito della vicenda del covid-19, che speriamo resti isolata ma che non possiamo del tutto escludere non possa ripetersi in futuro, ci si è resi conto delle numerose fragilità presenti all'interno del nostro ordinamento. Trascorsi ormai diversi mesi dallo scoppio della pandemia, una riflessione attenta, pacata e ponderata ci porta a formulare alcune proposte di intervento, di natura costituzionale e legislativa, rispetto a tutta una serie di problematiche che sono emerse durante la fase più acuta di questa crisi, con specifico riguardo ai rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose.

In generale, si dovrebbe valutare l'opportunità di disciplinare lo stato di emergenza, in situazioni diverse da quello di guerra, con norme di rango costituzionale, affidando un ruolo di primo piano al Parlamento, a garanzia della democraticità delle decisioni adottate, al fine di evitare che una futura situazione

di "sotto-ordinazione" della libertà di religione rispetto ad altre libertà non sarebbe in linea col principio sancito dall'art. 20 cost. In altre circostanze, sempre a parità di livello di rischio, alle attività di natura cultuale è stato riconosciuto un trattamento *più favorevole* rispetto ad attività secolari comparabili, evidentemente perché si è ritenuto che l'interesse religioso rifletta bisogni dell'individuo o di una parte della collettività meritevoli di una tutela più intensa. In questi casi, la libertà di religione sembra rivestire una posizione di "sovra-ordinazione" rispetto ad altre libertà, oggettivamente comparabili rispetto alle caratteristiche strutturali del tipo di attività tutela: se si vuole – a torto o a ragione – è stata considerata più "essenziale" di altre libertà».

[44] Il Presidente del Consiglio dei Ministri, in una dichiarazione in data 13 novembre 2020, riportata anche dall'ANSA, ha affermato: «Considereremo la curva epidemiologica che avremo a dicembre ma il Natale non lo dobbiamo identificare solo con lo shopping, fare regali e dare un impulso all'economia. Natale, a prescindere dalla fede religiosa, è senz'altro anche un momento di raccoglimento spirituale. Il raccoglimento spirituale, farlo con tante persone non viene bene». Le dichiarazioni sono consultabili sul sito dell'ANSA.

[45] In senso contrario, si veda l'intervento di Don Mauro Leonardi, consultabile sul sito dell'agenzia AGI, secondo cui l'adeguamento della CEI alla normativa governativa non avrebbe comportato alcuna deroga alla liturgia cattolica, in quanto la cosiddetta messa "della notte" non ha un orario ben preciso, ma può essere celebrata a partire dalle ore 18 (ora del vespro).

[46] Si veda la Comunicazione della CEI in data 19 dicembre 2020, consultabile sul sito della CEI.

emergenziale possa costituire, per il governo in carica, un pretesto per disporre limitazioni sproporzionate e irragionevoli ai diritti e alle libertà fondamentali[47].

Ciò che egualmente appare necessario e improcrastinabile è, in una prospettiva *de iure condendo*, l'approvazione di una legge-quadro sulla libertà religiosa[48], che riesca a superare definitivamente la legge sui culti ammessi del 1929 e possa disciplinare modalità più agili di interlocuzione tra lo Stato e le confessioni religiose, specialmente quelle minoritarie, ivi comprese quelle prive di intesa, sia in contesti ordinari, sia in situazioni di emergenza. L'adozione di decisioni assunte all'esito di un'interlocuzione previa ci pare essere, anche in questi casi, la soluzione maggiormente conforme rispetto ai principi e ai valori costituzionali. Se la bozza da ultimo presentata dal gruppo ASTRID e pubblicata nel 2019 disciplina agli artt. 35-37 il procedimento per la stipula delle intese[49], non si è pensato di istituzionalizzare forme di interlocuzione più ampie, in grado di coinvolgere, in una posizione di eguaglianza, le rappresentanze delle confessioni religiose o dei loro enti esponenziali, se non tutte, quantomeno quelle dotate di personalità giuridica (ovvero iscritte nel registro nazionale, ai sensi degli artt. 24-28 della proposta), per essere interpellate congiuntamente dal governo, allorquando si debbano affrontare e gestire problemi complessi di interesse comune, come è stata la pandemia da coronavirus[50].

Particolare attenzione dovrà rivestire, infine, la sepoltura dei fedeli dei culti acattolici, una questione rimasta a lungo latente ma che, a causa dell'aumento esponenziale dei decessi dovuti alla pandemia[51], è emersa in tutta la sua rilevanza e complessità. È proprio di uno Stato democratico, laico e multiculturale, garantire a chiunque lo desideri una sepoltura conforme al proprio credo, spiritualità o opinioni

---

47 Si vedano, sulle prospettive costituzionalistiche, F. CERQUOZZI, *Stato d'emergenza e Costituzione*, in *iusinitinere.it*, 26 marzo 2020, pp. 1-11; M. ALBISINNI, L. GIANNONE, *L'insegnamento del Covid-19 sullo stato di emergenza: non è mai troppo tardi*, in *questionegiustizia.it*, 19 giugno 2020, B. RAGANELLI, *Stato di emergenza e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Il diritto dell'economia* 66, n. 3 (2020), pp. 35-62; I.A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021; E. AFFANNATO, *Lo stato di emergenza e i suoi rimedi: il riparto delle competenze fra Stato e Regioni come limite alla decretazione d'urgenza e il fondamento costituzionale delle ordinanze contingibili e urgenti nazionali, regionali e locali*, in *federalismi.it* 20, n. 3 (2022), pp. 61-76; O. SPATARO, *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, in *federalismi.it* 20, n. 11 (2022), pp. 158-186. Per una prospettiva comparatistica, sulla regolamentazione costituzionale dello stato di emergenza e sulla sua applicazione durante l'emergenza pandemica, si veda E. PALICI DI SUNI, *Le fonti del diritto*, in EADEM (a cura di), *Diritto costituzionale dei paesi dell'Unione europea*, Wolters Kluwer CEDAM, Milano, 2020, pp. 137-152; I.A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, cit., pp. 87-98.

48 Diverse proposte di legge in materia di libertà religiosa sono state avanzate e discusse nel corso degli anni. Si vedano, sul punto, G. LEZIROLI (a cura di), *Dalla legge sui culti ammessi al progetto di legge sulla libertà religiosa (1° marzo 2002). Atti del convegno di Ferrara del 25-26 ottobre 2002*, Jovene, Napoli, 2004; V. TOZZI, G. MACRÌ (a cura di), *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, Giappichelli, Torino, 2010; R. ZACCARIA, S. DOMIANELLO, A. FERRARI, P. FLORIS e R. MAZZOLA (a cura di), *La legge che non c'è. Proposta per una legge sulla libertà religiosa in Italia*, Il mulino, Bologna, 2019.

49 R. ZACCARIA, S. DOMIANELLO, A. FERRARI, P. FLORIS e R. MAZZOLA (a cura di), *La legge che non c'è*, cit., pp. 49-51.

50 Sulla necessità, a normativa vigente, di attivare il tavolo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione, si veda G. MACRÌ, *Brevi note in tema di libertà di culto in tempo di pandemia*, cit., pp. 56-57.

51 Secondo i dati forniti dall'ISTAT, nell'anno 2020 si sono verificati complessivamente 746.146 decessi, pari a 100.526 in più rispetto alla media riscontrata negli anni 2015-2019 (15,6% di eccesso).

filosofiche. Purtroppo, la mancanza di spazi dedicati nei cimiteri – si pensi, ad esempio, al caso emblematico dell'islam[52] – rende l'esercizio concreto di questo diritto ancora lontano dall'essere assicurato in modo uniforme sull'intero territorio nazionale. Un'opera di sensibilizzazione e di mediazione interculturale appare quantomai necessaria, parallelamente all'adozione degli opportuni provvedimenti in sede legislativa.

Se queste proposte saranno un giorno accolte e fatte proprie dal legislatore, si riuscirà, forse, a passare da una normativa di emergenza complessa e contraddittoria verso un sistema di relazioni tra Stato e confessioni religiose meglio organizzato, maggiormente reattivo e pronto ad affrontare e a rispondere alle sfide che potranno ancora insorgere nel prossimo futuro.

[52] Si vedano, sul punto, A. FUCCILLO, M. ABU SALEM, L. DECIMO*, Fede interdetta?*, cit., pp. 110-111; A. GIANFREDA, *Tra terra e cielo: libertà religiosa, riti funebri e spazi cimiteriali diritto dello stato e diritti delle religioni*, Libellula edizioni, Roma, 2020, pp. 175-177; A. MADERA, *L'impatto del Covid-19 sulle minoranze religiose in Italia,* in C. INGRATOCI, A. MADERA, F. PELLEGRINO (a cura di), *I diritti fondamentali al tempo della pandemia da COVID-19*, cit., pp. 154-158.

Nulla (altera) poena sine (altero) crimine. Dalla crisi pandemica alla crisi dei diritti fondamentali alla salute ed allo studio delle persone detenute*

di Luca Mariantoni
Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale e Diritto pubblico generale
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: A seguito della deliberazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020 e dell'incedere della pandemia, si è assistito una compressione del godimento e dell'esercizio dei diritti fondamentali che, inevitabilmente, ha colpito con maggior vigore i soggetti deboli della società, coloro che già risentivano di restrizioni delle libertà e di un accesso limitato ai diritti. L'Autore propone, quindi, una riflessione sul rapporto fra la garanzia dei diritti fondamentali ed il Covid-19 dal punto di vista della popolazione detenuta per valutare quanto diritti e rieducazione siano legati e quanto la pandemia abbia inciso sul loro rapporto con l'auspicio che il ritorno alla normalità, significhi, anche, possibilità di un ripensamento della garanzia dei diritti fondamentali dei detenuti già nelle carceri e non solo *extramoenia*.

Title: Nulla (altera) poena sine (altero) crimine. From the pandemic crisis to the crisis of fundamental rights to health and study of detained persons
Abstract [En]: Following the January 31, 2020 state of emergency resolution and the pandemic's progress, there has been a compression of the enjoyment and exercise of fundamental rights that, inevitably, has affected with greater vigor the weaker members of society, those who were previously suffering from restrictions on freedoms and limited access to rights. The author proposes a reflection on the relationship between the guarantee of fundamental rights and Covid-19 from the perspective of the inmate population in order to assess how rights and reeducation are linked and how much the pandemic has affected their relationship with the hope that the return to normalcy, means, also, the possibility of a rethinking of the guarantee of fundamental rights of inmates already in prisons and not only extramoenia

Parole chiave: Carceri; Covid-19; tutela della salute; tutela del lavoro; fine rieducativo della pena
Keywords: Prisons; Covid-19; health protection; labor protection; re-educational purpose of punishment

Sommario: 1. La negazione in una libertà negata. Le misure adottate per fronteggiare la diffusione del Coronavirus all'interno delle carceri italiane. **2.** Gli effetti delle misure sui diritti fondamentali. La *tangibilità* del nucleo essenziale del diritto alla salute ed allo studio. **3.** *Educare* la pena per ri*educare* nella pena.

1. La negazione di una libertà negata. Le misure adottate per fronteggiare la diffusione del Coronavirus all'interno delle carceri italiane

Nelle giornate dell'8 e del 9 marzo 2020 l'Italia tutta ha drammaticamente (ri)scoperto il valore della libertà.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Nelle stesse giornate, una parte di un'altra Italia, che libera non era, ha risposto con la rivolta alla ennesima limitazione di quel poco di libertà che ancora le rimaneva.

Lungi da chi scrive la ricerca di giustificazioni al comportamento tenuto da – è bene precisarlo – una ristretta minoranza della popolazione detenuta. Le reazioni violente vanno stigmatizzate, sempre e comunque.

Per capirne le ragioni, però, non si può fare a meno di conoscere[1].

Il D.P.C.M. ed il decreto legge dell'8 marzo 2020 non sono state le prime fonti delle limitazioni cui sono seguite le agitazioni in 49 istituti penitenziari distribuiti su 14 regioni.

Già con la circolare del D.A.P del 22 febbraio 2020 si disponeva l'esonero dal recarsi in servizio per tutti gli operatori penitenziari residenti o dimoranti nei Comuni di Codogno, Castiglione d'Adda, Casalpusterlengo, Fombio, Maleo, Somaglia, Bertonico, Terranova dei Passerini, Castelgerundo e San Fiorano e, parimenti, si escludeva l'accesso agli istituti di chiunque – personale esterno, insegnanti, familiari ecc. – risiedesse o fosse domiciliato in detti Comuni. A distanza di tre giorni, il 25 febbraio 2020, una nuova circolare del D.A.P. prevedeva che il personale addetto all'area esterna ed all'ufficio colloqui dovesse prestare particolare attenzione in relazione all'accesso negli Istituti da parte di persone non appartenenti all'Amministrazione penitenziaria (su tutti, nuovamente, familiari, insegnanti e volontari), alle quali veniva richiesto di dichiarare l'assenza di sintomi riconducibili al Covid-19, di non aver avuto contatti con persone affette dal Coronavirus e di non provenire e non aver soggiornato negli ultimi quattordici giorni in paesi ad alta endemia o in territori nazionali sottoposti a misure di quarantena. Il giorno seguente, una nuova nota rivolta agli istituti di dieci Regioni[2] riteneva «funzionale ed idoneo» che si assumessero provvedimenti rivolti alla sospensione delle attività trattamentali per le quali fosse previsto o necessario l'accesso della comunità esterna; al contenimento delle attività lavorative esterne d interne che prevedessero la presenza di persone provenienti dall'esterno; alla sostituzione dei colloqui in presenza con persone diverse dai difensori con colloqui a distanza mediante apparecchiature informatiche e corrispondenza elettronica.

I provvedimenti appena citati, in ogni caso, non possono che esser ritenuti una anticipazione delle restrizioni che successivamente sono state disposte.

Con il d.l. n. 11/2020 e con il D.P.C.M. dell'8 marzo 2020, infatti, venivano sospesi i colloqui in presenza con i congiunti, e si prevedeva che gli stessi si svolgessero a distanza, in modalità telefonica o video anche

[1] Per una panoramica delle misure adottate si vedano A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020; G. VASINO, *Covid-19 e istituti penitenziari italiani: una riflessione relativa alle misure adottate e al loro impatto sui diritti dei detenuti*, in *Federalismi.it*, 3/2022;

[2] Nello specifico: Piemonte, Liguria, Lombardia, Veneto, Friuli Venezia Giulia, Trentino Alto Adige, Emilia Romagna, Marche, Toscana e Sicilia.

oltre gli ordinari limiti previsti[3]. Nel D.P.C.M., inoltre, si raccomandava di «limitare i permessi e la libertà vigilata o di modificare i relativi regimi in modo da evitare l'uscita e il rientro dalle carceri, valutando la possibilità di misure alternative di detenzione domiciliare»[4].

Sono state in particolare le due misure appena citate ad aver instillato nella popolazione carceraria un senso di abbandono e di esclusione tali da determinare la sensazione di «"doppia detenzione"»[5] e la deprecabile reazione sfociata nelle note rivolte. Va ricordato, in ogni caso, che, successivamente alla sospensione di ogni ingresso dall'esterno, il Governo interveniva con il d.l. n. 18/2020[6], il quale, all'articolo 123 prevedeva modalità semplificate di accesso alle misure alternative e, all'articolo 124, licenze premio straordinarie oltre l'ordinario limite di quarantacinque giorni per i detenuti in regime di semilibertà[7]. In seguito, però, in risposta alle preoccupazioni manifestate da parte dell'opinione pubblica, il Governo interveniva con i d.l. nn. 28 e 29 del 2020, i quali prevedevano l'acquisizione del parere del Procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stato commesso il reato e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per i condannati ed internati già sottoposti al regime di cui all'articolo 41-bis [8].

[3] Limiti che, si ricorda, consistono in 10 minuti a settimana (!).

[4] D.P.C.M. 8 marzo 2020, articolo 2, lettera *u*.

[5] M. PALMA, *Il carcere nello specchio di un'emergenza*, in *Giustizia insieme*, 19 marzo 2020. Sul punto si veda anche C. STORACE, *Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà nel periodo di emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2020.

[6] Per una analisi del decreto si vedano F. GIANFILIPPI, *Le disposizioni emergenziali del DL 17 marzo 2020 n. 18 per contenere il rischio di diffusione dell'epidemia di COVID19 nel contesto penitenziario*, in *Giustizia insieme*, 18 marzo 2020; M. PASSIONE, *"Cura Italia" e carcere: prime osservazioni sulle (poche) risposte all'emergenza*, in *Questione giustizia*, 19 marzo 2020; E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto "Cura Italia": a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sistema penale*, 20 marzo 2020; C. MINNELLA, *Le insufficienti misure adottate dal convertito decreto "cura Italia" e la supplenza della magistratura di sorveglianza*, in *Diritto penale e uomo*, 29 aprile 2020; D. PIVA. *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in *archiviopenale.i*, 1/2020 spec. pp. 14 ss.

[7] Attraverso il decreto legge n. 18/2020 il Governo senz'altro conseguiva l'obiettivo di alleggerire il carico dell'occupazione degli Istituti di pena necessario a consentire una maggiore tutela della salute dei detenuti. Il tasso di occupazione, infatti, sulla scorta del provvedimento citato, scendeva dal 120% al 105,8%. Sul punto, però, è necessario richiamare brevemente le esclusioni alla concessione delle misure alternative previste dall'articolo 123, al comma I c, ed in particolare la lettera f, la quale espressamente prevedeva l'esclusione di «detenuti privi di un domicilio effettivo e idoneo anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato». Tale misura appare la più problematica alla luce del fatto che una condizione prettamente economica veniva ritenuta dalla legge una causa di esclusione, in concreto, dalla possibilità di accedere ad una misura finalizzata alla tutela del fondamentale diritto alla salute. Per una critica di tale eccezione si vedano in particolare A. LORENZETTI, *Il carcere ai tempi dell'emergenza Covid-19*, cit.; G. VASINO, *Covid-19 e istituti penitenziari italiani*, cit.

[8] Sul punto D. PULITANÒ, *Pena e carcere alla prova dell'emergenza*, in *Diritto di difesa*, 13 maggio 2020; G. FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *Sistema penale*, 19 maggio 2020; V. MANCA, *Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale: l'ordinamento penitenziario a prova di (contro)riforma*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 5/2020. C. MINNELLA, *Ennesimo d.l. per "monitorare" le scarcerazioni legate all'emergenza coronavirus di imputati e condannati*, in *Il Penalista*, 12 maggio 2020; F. GIANFILIPPI, *La rivalutazione delle detenzioni domiciliari per gli appartenenti alla criminalità organizzata, la magistratura di sorveglianza e il corpo dei condannati nel d.l. 10 maggio 2020 n. 29*, in *Giustizia insieme*, 12 maggio 2020; A. CABIALE, *Covid e "scarcerazioni": diventano legge, con alcune novità, i contenuti dei dd.ll. nn. 28 e 29 del 2020*, in *Sistema penale*, 13 luglio 2020. In particolare, sul rapporto fra sicurezza e tutela del nucleo incomprimibile del diritto alla salute A. DELLA BELLA, *Emergenza COVID e 41 bis: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in *Sistema penale*, 1 maggio 2020.

In ogni caso, sulla scorta dei due provvedimenti dell'8 marzo, per ciò che riguarda gli effetti delle limitazioni sulla tutela del diritto alla salute ed all'istruzione, una nota del D.A.P. del 12 marzo invitava i Provveditori regionali ad informare gli Istituti dei propri ambiti di competenza che gli esami di laurea e di profitto ed i colloqui con i docenti avrebbero potuto svolgersi in modalità telematica.

Nonostante ciò, nelle indicazioni fornite il 20 marzo dal D.A.P. si menzionava una *partnership* fra Dipartimento e TIM finalizzata alla messa a disposizione degli istituti penitenziari di 1600 apparati mobili utilizzabili, però, per le telefonate e per le videochiamate tra i ristretti e i loro familiari. Sebbene, chiaramente, non si trattasse di un'indicazione di finalità tassativa – tanto che in alcuni Istituti vi è stato un uso promiscuo dei dispositivi – appare significativo che l'Amministrazione penitenziaria, nel momento in cui ha avuto una fornitura di apparecchiature, abbia individuato nei colloqui con i familiari la diretta destinazione delle stesse, non considerando le finalità legate allo studio[9].

Il tema della collaborazione con il volontario è poi nuovamente emerso nella circolare n. 20/2020 adottata il 25 giugno dal Provveditorato regionale del Lazio, Abruzzo e Molise nella quale si auspicava una ripresa dell'accesso degli operatori esterni, ricordando che, nei mesi precedenti, nessuna norma aveva vietato l'accesso di operatori del terzo settore negli istituti penitenziari. Quest'ultima indicazione appare quantomeno singolare alla luce del fatto che il 21 marzo il D.A.P. informava di aver ricevuto indicazione dal Comitato tecnico scientifico del Dipartimento della Protezione civile che il divieto generale di spostamento previso nel D.P.C.M. dell'8 marzo, valido per tutti i cittadini, si applicasse anche allo spostamento dei familiari dei detenuti.

A fortiori, quindi, anche i volontari erano evidentemente impossibilitati a recarsi negli istituti penitenziari, senza necessità che una specifica norma lo impedisse.

In seguito, in ragione della diminuzione dei contagi, anche gli ingressi nelle carceri di persone esterne iniziavano a riprendere, sebbene, come giusto, con l'adozione delle cautele necessarie alla prevenzione della diffusione del Coronavirus.

Con l'estate, però, come noto, si verificava un nuovo incremento della diffusione del virus che, come si dirà appena dopo, riprendeva a circolare anche nelle carceri ed in modo più significativo di quanto non fosse avvenuto in precedenza. Così, all'aumentare dei contagi tra detenuti e personale penitenziario, il Governo interveniva con il d.l. n. 137 del 2020, il quale, agli articoli 28, 29 e 30, sostanzialmente riproponeva le misure finalizzate alla diminuzione del tasso di occupazione degli istituti di pena già previste nel d.l. n. 18 del 2020[10]. In contemporanea, ancora in ripetizione degli stessi schemi adottati nei

[9] Non si vuole, chiaramente, criticare la scelta di favorire i colloqui con i congiunti quanto piuttosto mettere in luce che, sebbene in pandemia, al fianco dell'autodeterminazione e della tutela dei rapporti personali fra detenuti e familiari all'esterno, la garanzia del godimento di un diritto fondamentale non dovrebbe essere secondaria.

[10] Sul punto si veda M. PERALDO, *Licenze, permessi e detenzione domiciliare "straordinari": il decreto "ristori" (d.l. 28 ottobre 2020, n. 137) e le misure eccezionali in materia di esecuzione penitenziaria*, in *Sistema penale*, 16 novembre 2020; S.C.

mesi precedenti, con una circolare del 22 ottobre 2020, il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria prevedeva che «in stretto coordinamento con le Autorità sanitarie locali e sulla scorta dei dati epidemiologici si individueranno possibili opzioni organizzative che si rivelino assolutamente necessarie per ridurre o sospendere temporaneamente le occasioni di contatto tra la popolazione detenuta e le persone provenienti dall'esterno».

All'aumento della diffusione del Covid-19, quindi, la risposta dello Stato non cambiava.

Stessa emergenza (non più nuova), stessi rimedi (anche se ormai vecchi)[11].

2. Gli effetti delle misure sui diritti fondamentali. La *tangibilità* del nucleo essenziale del diritto alla salute ed allo studio

Un ragionamento complessivo – e complesso – sulla tutela dei diritti fondamentali nelle carceri eccederebbe lo spazio consentito in questa sede. Pur se ci si volesse limitare ai soli diritti alla salute[12] ed allo studio[13], nelle loro caleidoscopiche sfaccettature, si allargherebbe di troppo l'indagine[14].

Per tali motivi, nel valutare l'incidenza delle misure volte a prevenire la diffusione del Coronavirus negli istituti penitenziari, si presterà attenzione alle inefficienze (e mancanze) già esistenti, e di nuovo manifestatesi, ed alle aporie cui conduce un atteggiamento di fondo che vede nell'isolamento la panacea di ogni male.

Una prima notazione, di carattere potrebbe dirsi "linguistico", appare però necessaria.

All'alba delle chiusure determinate dall'oramai celebre *lockdown*, da più parti è stata avanzata l'equiparazione fra questo e gli "arresti domiciliari"[15]. Non è stata di certo – purtroppo – l'unica

MONACHINI, *Carcere e Covid-19: pena arcaica, emergenza nuova*, in *Diritto penale e uomo*, 5 maggio 2021, in particolare p. 16 ss.

[11] Si veda, sul punto, C. MINNELLA, *Dal decreto-legge "sicurezza-bis" a quello "ristori": errara humanum est, perseverare autem diabolicum*, in *Diritto di difesa*, 8 novembre 2020.

[12] Nell'accezione di diritto ad essere curati.

[13] Nell'accezione di diritto all'istruzione.

[14] Per quanto riguarda la natura dei diritti sociali, la qualificazione quali diritti fondamentali, le tutele che, di conseguenza, spettano ad essi, si rimanda, *ex plurimis*, a A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica*, Treccani, Roma, 1989; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997; M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino, agg. 2012; M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, UTET, Torino, 2013; M. COSSUTTA (a cura di), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, EUT Edizioni Università di Trieste, 2012; M. LUCIANI in *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, CEDAM, Padova, 1995; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016; M. LUCIANI, *Salute (diritto alla salute – diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1991; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Giuffrè, Milano, 2001; R. PILIA, *I diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2005; F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Giappichelli, Torino, 2018; U. POTOTISCHNIG, *Insegnamento (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1971; U. POTOTISCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1973.

[15] Ciò non è avvenuto solamente in Italia. È stato infatti avanzato anche un ricorso alla Corte di Strasburgo da parte di un cittadino romeno il quale riteneva il *lockdown* una forma di detenzione amministrativa non giustificata da alcuna violazione. La Corte, con la sentenza del 20 maggio 2021, Terhes c. Romania, ha rigettato il ricorso.

aberrazione linguistica. Anche l'equiparazione fra l'emergenza e la guerra ha sicuramente lasciato (per usare un eufemismo) perplessi[16]. Nel caso degli arresti/*lockdown*, però, non si è compiuta solo una speciosa assimilazione terminologica, bensì – *si parva licet componere magnis* – è stata offesa la dignità di tutte le persone ristrette[17], le quali, nel momento più critico e confuso dell'emergenza, anelavano quella misura che dai *liberi* veniva paragonata, in reazione e scherno, alla *insostenibile pesantezza del proprio dover essere*.

Fuor di metafora, è ora necessario valutare in concreto l'impatto del Covid-19 sul nucleo essenziale del diritto alla salute ed allo studio. Solo sul nucleo essenziale poiché, come tristemente noto, è poco più di questo ciò che viene garantito negli istituti penitenziari[18].

Per quanto riguarda la salute, il discorso, *prima facie*, può apparire quasi paradossale dato che le misure imposte avevano il precipuo fine di tutelarla.

Ed infatti, così è stato. Durante la c.d. "prima ondata" il picco massimo di detenuti positivi è stato di 160 e, nel complesso, sono stati registrati 4 decessi. Nelle seguenti "ondate", invece, i numeri sono drasticamente saliti. Dal confronto fra l'incidenza dei contagi dentro e fuori le carceri emerge una sostanziale omogeneità nel mese di aprile 2020 (rispettivamente 18,7 e 16,8 su 10.000 persone), mentre, in seguito, il rapporto fra positivi e popolazione negli istituti penitenziari è cresciuto in modo più che proporzionale rispetto al resto della società (a dicembre 2020 i positivi fra i detenuti erano 179,2 su 10.000, a fronte di un dato nazionale di 110,5 su 10.000; a febbraio 2021 i rapporti erano rispettivamente 91,1 e 68,3 su 10.000)[19].

I numeri da soli dicono poco e necessitano, quindi, di essere contestualizzati. Ciò che non può essere negato è che l'aumento dell'incidenza ha coinciso con il momento della ripresa delle attività trattamentali. Tale coincidenza non deve condurre necessariamente a ragionamenti di tipo *post hoc ergo propter hoc*, però non può neanche essere negata o sottovalutata.

Il dato di fatto è che la chiusura rispetto all'esterno ha, in ogni caso, contenuto i contagi e quindi, di conseguenza, non dovrebbe neanche ragionarsi dell'incidenza delle misure sulla tutela del diritto alla salute.

---

[16] Su tutti, si veda la lucida analisi di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020.

[17] In generale, sul tema della dignità dei ristretti, si vedano almeno M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; G.M. FLICK, *Elogio della dignità (se non ora quando?)*, in *Politica del Diritto*, 4/2014, spec. pp. 524 ss.

[18] Per di più, come affermato da I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi*, in *BioLaw Journal*, 2/2019, p. 17, «la soddisfazione del solo nucleo essenziale del diritto potrebbe rivelarsi del tutto insufficiente per assolvere quella funzione propria dei diritti sociali, che deriva loro dal legame indissolubile con l'art. 3, comma 2, Cost., ossia la rimozione degli ostacoli, la tensione verso il pieno sviluppo della persona umana». Sul punto anche E. LONGO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana: un percorso di analisi*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2,2017; ID., *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, CEDAM, Milano, 2012.

[19] I dati riportati sono presi dal XVII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione "Covid e pandemia in Italia", 2021.

In realtà, le restrizioni hanno lasciato il precedente in base al quale per tutelare al meglio la salute dei detenuti è necessario isolare, allontanare, escludere la società dai ristretti. Per garantire il nucleo intangibile di un diritto è necessario recidere ogni contatto con l'esterno.

A chi scrive sembra che questo lascito rechi un *vulnus* di non poco conto.

Ciò che potrebbe derivarne, infatti, è un pernicioso antagonismo fra i diritti fondamentali. Antagonismo e non bilanciamento che sarebbe fisiologico e nella natura stessa del rapporto fra i diritti[20]. Nel caso delle interruzioni di ogni attività e di ogni ingresso in carcere a seguito della pandemia, invece, non è stata data prevalenza al diritto alla salute diminuendo la tutela di altri diritti fondamentali nel limite dell'intangibilità del loro nucleo essenziale. Si è tutelata la salute quasi azzerando la tutela di ogni altro diritto[21].

Sia chiaro, non era questo l'obiettivo precipuo. Le restrizioni hanno determinato una siffatta situazione a causa delle carenze strutturali di spazi e personale che da decenni rappresentano una costante per le carceri italiane. Carenze oggettive che, anche nel caso di istituti penitenziari particolarmente virtuosi, hanno reso praticamente impossibile garantire la tutela degli altri diritti fondamentali, legati a doppio filo al fine rieducativo della pena[22].

Fra questi, chiaramente, anche il diritto allo studio[23].

Come noto, ogni ordine e grado dell'istruzione si è riorganizzato durante il *lockdown* attraverso il passaggio alla didattica a distanza. Nelle carceri, nella sostanza, ciò non è stato possibile. I principali ostacoli sono stati determinati, in alcuni casi, dall'assenza o dalla poca efficienza della connessione ad internet, in altri, dalla carenza di aule sufficientemente ampie da poter ospitare gli studenti detenuti nel rispetto delle misure di distanziamento sociale.

Dall'indagine svolta dal C.E.S.P. (Centro Studi per la Scuola Pubblica), infatti, è emerso che fra i mesi di marzo e maggio 2020 sono state erogate 1.410 ore di lezione su 38.520 previste, rappresentanti solo il 4%. Di queste il 3,16% riguardava classi finali, e lo 0,76% le altre classi. Anche in questo caso, come per

[20] Sul punto, almeno R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992

[21] Si vedano i dati sulle ore di studio erogate nei penitenziari riportati di seguito.

[22] Lo studio ed il lavoro – soprattutto esterno *ex* art. 21, l. 354/1975 – sono elementi centrali delle sintesi operate dall'area educativa.

[23] Nota M. RUOTOLO, *La libertà della persona in stato di detenzione*, in *Osservatorio AIC*, 6/2021, pp. 262-263, che l'emergenza sanitaria ha messo in luce, una volta di più, come i problemi legati all'istruzione in carcere siano da valutare ed affrontare sul piano della effettività giacché le carceri non hanno voluto negare il godimento di un diritto, ma piuttosto non si sono trovate attrezzate per consentire la prosecuzione dei percorsi scolastici attraverso l'utilizzo della didattica a distanza da erogare con il supporto di computer, tablet, accesso a banche dati ed attività tutoriale. Questi strumenti, peraltro, avrebbero potuto spiegare le proprie potenzialità nel momento di esplosione della crisi pandemica, ma sarebbero indispensabili anche in situazioni ordinarie. Le carenze strutturali e di attrezzature, infatti, rappresentano ostacoli di fatto che «meritano di essere rimossi non solo in quanto riguardanti la concreta fruizione di diritti fondamentali, ma anche nella più generale prospettiva di soddisfare il principio di eguaglianza sostanziale, consentendo quel pieno sviluppo della persona umana e quell'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, che sono peraltro premesse fondamentali per un più proficuo reinserimento del condannato nella società».

i dati sulla diffusione del virus, i numeri non dicono tutto, ma, nel caso dello studio, appaiono ancora più eloquenti. La società esterna si è potuta ri-organizzare. Negli istituti penitenziari, invece, non è stato concretamente possibile *organizzare* nulla di alternativo.

Lo studio in carcere, inoltre, rappresenta anche un momento di socializzazione volontaria e non forzata. Un momento nel quale i detenuti divengono a tutti gli effetti studenti. L'impossibilità di "ospitare" gli studenti congiuntamente ha determinato una de-socializzazione interna che, in un anno, fra il 30 giugno 2020 ed il 30 giugno 2021, ha portato ad una riduzione dei detenuti iscritti ad un corso scolastico, con un decremento di 5.000 studenti[24].

Dai dati riportati emerge chiaramente la prevalenza della garanzia del diritto alla salute su quella del diritto allo studio. Tale prevalenza vi è stata anche nei confronti della generalità dei cittadini. I ristretti, però, non hanno potuto beneficiare delle flessibilità rappresentate, ad esempio, dalla D.A.D. e dallo *smart working*.

Un bilanciamento vero e proprio, quindi, non c'è stato, e la compressione degli altri diritti è, di conseguenza, andata ben oltre il nucleo essenziale.

La temporaneità delle misure ha mitigato solamente in parte gli effetti della lesione, soprattutto alla luce del fatto che se da un lato è vero che le attività nelle carceri sono riprese, dall'altro non può negarsi che ancora oggi gravi su di esse il peso delle limitazioni, sia in termini di mobilità dei detenuti all'interno degli istituti, sia in termini di disponibilità degli spazi dedicati che, a volte, sono stati in parte destinati ad altri fini.

Se, come deve essere, il faro dell'esecuzione penale è la rieducazione[25] (o risocializzazione[26]) del condannato – come chiaramente prevede l'articolo 27 della Costituzione –, sospendere le attività trattamentali – e, di conseguenza, il percorso rieducativo – equivale ad una negazione del testo della Carta[27]. Soprattutto nel caso di pene brevi, il tempo perduto non potrebbe neanche essere recuperato in

[24] Dati forniti dall'Associazione Antigone nel XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione.

[25] Sul punto, almeno G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/1961 AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, Atti del II Convegno di diritto penale*, *Bressanone 1963*, CEDAM, Padova, 1964; P. NUVOLONE, *Pena (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Treccani, Roma, 1982; FIANDACA, *Art. 27, III e IV comma*, in BRANCA – PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma 1991; M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, UTET, Torino, 1999; I. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale*, in *Rivista AIC*, 2/2014; V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del diritto*, 2009; P. POMANTI, *La pena nell'emergenza o la pena dell'indifferenza*, in *archiviopenale.it*, 1/2020.

[26] Come ricorda E. DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/1979, p. 469, «In apertura della legge sull'ordinamento penitenziario, nel fissarne i «principi direttivi», il legislatore del 1975 si è immediatamente riferito alla «rieducazione»: sotto la rubrica «trattamento e rieducazione, dispone infatti l'art. 1, al quinto comma, che «nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi».

[27] Negazione della Costituzione italiana ma anche della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ricorda infatti G.L. GATTA, *Coronavirus e persone private della libertà: l'Europa ci guarda. Le raccomandazioni del CPT del Consiglio d'Europa*, in *Sistema penale*, 21 marzo 2020, che, come affermato dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura nel rapporto diffuso il 20 marzo 2020 (disponibile al seguente indirizzo), «le misure preventive (e limitative) adottate in rapporto

seguito, con l'effetto di rendere *a posteriori* inutili tutte le detenzioni di pochi mesi nelle quali il *reo* ha potuto seguire solo in parte il proprio percorso[28].

3. *Educare* la pena per ri*educare* nella pena

È l'articolo 27 della Costituzione che avrebbe dovuto essere tenuto in considerazione nel momento in cui la garanzia dei diritti fondamentali diversi dalla salute è divenuta più complessa.

Per i "liberi" il bilanciamento è stato a due fattori; da un lato la salute, dall'altro il diritto volta per volta compresso.

Per i detenuti, invece, la ponderazione delle diverse (e contrastanti) esigenze avrebbe dovuto svolgersi sempre sotto la lente della rieducazione ed è per questa ragione che la poca attenzione prestata agli altri diritti fondamentali è stata ancor più esiziale[29].

Il fine rieducativo della pena, infatti, nella lettura che ne ha offerto nel corso del tempo la Corte costituzionale, ha una connotazione prettamente "socializzante". È stato definito quale «reinserimento nell'ordine sociale»[30]; «riadattamento alla vita sociale»[31]; «reinserimento nel contesto economico e sociale»[32]; «reinserimento nel corpo sociale»[33]; «reinserimento nella società»[34]; «ravvedimento» o «recupero sociale»[35]; «reinserimento del condannato nel consorzio civile»[36]; «risocializzazione»[37]. La finalità rieducativa, quindi, si sostanzia in quegli interventi volti a favorire al detenuto il recupero di una vita nella società[38].

Per tali ragioni è più opportuno parlare di risocializzazione piuttosto che di rieducazione del condannato. Ed è per queste stesse ragioni che la tutela di diritti "socializzanti" come lavoro e studio, avrebbe dovuto godere di una considerazione ben maggiore.

---

all'emergenza COVID-19 non devono in ogni caso consistere in trattamenti inumani e degradanti, valutabili al metro dell'art. 3 Cedu, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo».

[28] Si pensi, in particolare, alle brevi condanne alla reclusione che spesse volte vengono comminate per delitti legati alle sostanze stupefacenti e per le quali, in forza dell'articolo 4 *bis* della legge n. 354/1975, non vi è sospensione dell'ordine di esecuzione a causa della preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione.

[29] Sul rapporto fra finalità rieducativa, dignità umana e diritto alla salute, diritto al lavoro e diritto all'istruzione, si veda G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Diritto Pubblico*, 1/2014.

[30] Corte costituzionale, sentenza n. 168/1972.

[31] Corte costituzionale, sentenza n. 204/1974.

[32] Corte costituzionale, sentenza n. 126/1983.

[33] Corte costituzionale, sentenza n. 274/1983.

[34] Corte costituzionale, sentenze nn. 161/1997 e 450/1998.

[35] Corte costituzionale, sentenza n. 271/1998.

[36] Corte costituzionale, sentenza n. 164/1998.

[37] Corte costituzionale, sentenze nn. 282/1989, 296/2005 e 257/2006.

[38] S. MAGNANENSI-E. RISPOLI, *La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale*, disponibile al seguente indirizzo.

La stessa Corte costituzionale, peraltro, ha affermato[39], e di recente ribadito[40], che non si possano far gravare sul detenuto le conseguenze della mancata offerta, in concreto, di strumenti di risocializzazione.
Nel caso delle misure finalizzate al contenimento del diffondersi della pandemia, la mancata offerta si è accompagnata, come detto, alla lesione del nucleo intangibile di alcuni diritti fondamentali dei ristretti i quali, per il vero, dovrebbero essere limitati solo nella propria libertà personale[41].
Ogni altra limitazione, invece, determina qualitativamente una *altera poena*, incompatibile, per le modalità esecutive, con ciò che prescrive la Costituzione. Determina, però, anche quantitativamente una *altera poena*, aggiuntiva, e rispetto alla quale non vi sarebbe un *alterum crimen* se non quello di essere già detenuto.
Al fine di compensare le limitazioni all'accesso negli istituti penitenziari di familiari, volontari ed in generale soggetti esterni alle carceri e, al contempo, ridurre l'affollamento carcerario, come detto, il Governo ha previsto modalità semplificate di accesso a misure alternative quali la detenzione domiciliare.
In tal modo si è cercato di offrire la migliore tutela possibile alla salute dei ristretti.
Per chi accede ad una concezione del carcere quale *extrema ratio* della reazione dell'ordinamento alle violazioni delle proprie "regole", ciò non può che essere accolto con favore.
Anche le misure ritenute "positive", però, spesse volte nascondo delle insidie[42].
In questo caso specifico, le problematiche dietro la semplificazione dell'accesso alla detenzione domiciliare risiedono nella presa di coscienza delle carenze strutturali del sistema carcerario. Lo Stato ha preso atto dell'impossibilità di garantire in modo soddisfacente la tutela intra-muraria di un diritto fondamentale (la salute) e, di conseguenza, ha previsto una disciplina speciale, compensativa.
Inoltre, ritenere che lo strumento migliore per tutelare la salute di un detenuto sia l'uscita dall'istituto equivale a riconoscere che le limitazioni all'accesso fossero una misura estrema e comunque non sufficiente. *Mutatis mutandis*, la compressione di ogni altro diritto fondamentale oltre il limite dell'intangibilità non bastava.
Fuori dalle carceri, però, nessuno può scientemente dubitare che la tutela della salute possa, almeno in teoria, essere negata ad alcuno[43].

[39] Corte costituzionale, sentenza n. 376/1997.
[40] Corte costituzionale, sentenza n. 197/2021.
[41] Sulla inesistenza di ragioni securitarie a presidio di una diminuzione della tutela del diritto alla salute per i ristretti si veda M. CAREDDA, *Un diritto fondamentale e universale: la tutela della salute alla prova della realtà carceraria*, in S. TALINI-M. RUOTOLO (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, p. 133.
[42] Nota la perduranza di una visione prettamente carcero-centrica anche nelle misure disposte dal Governo in reazione alla diffusione del Coronavirus nelle carceri C. MINNELLA, *Le insufficienti misure adottate dal convertito decreto "cura Italia" e la supplenza della magistratura di sorveglianza*, cit., pp. 47 ss.
[43] Se non bastasse l'articolo 32 della Costituzione, anche all'articolo 1 della legge n. 833/1978 si ribadisce l'universalità del diritto alla salute affermando che «Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino

Garantire la tutela dei diritti fondamentali ai detenuti, invece – a parere di chi scrive – significa innanzitutto prevedere gli strumenti attraverso i quali ciò possa avvenire nella costanza della detenzione in carcere.

È questo il significato che in questa sede si vuole dare all'espressione "*educare* la pena".

Educare la pena al rispetto dei diritti fondamentali è l'unico modo per consentire realmente alla pena di rieducare i detenuti.

Educare per *rieducare*. Questo il paradigma che andrebbe seguito[44].

Ragionare diversamente e, di conseguenza, aderire all'impostazione seguita dal Governo in risposta al diffondersi del Covid-19, significherebbe – per utilizzare un'espressione tristemente in voga – rimanere in "vigile attesa" fino alla prossima emergenza.

La tutela dei diritti fondamentali in carcere, invece, non dovrebbe passare attraverso misure estemporanee, dettate dall'esigenza di reagire a qualcosa di imprevedibile.

La realtà carceraria, infatti, ha nell'emergenza la propria normalità e nella patologia la propria fisiologia.

Servirebbero, quindi, rimedi di sistema volti ad allontanare il sospetto che le misure adottate in reazione alla pandemia possano divenire il *modus operandi* di base da riproporre ogniqualvolta se ne presenti l'esigenza.

La garanzia dei diritti fondamentali dovrebbe (*rectius* deve) essere per tutti[45]; per tutti gli esseri umani, per tutti i cittadini, per tutti i detenuti, ed è soprattutto per questi ultimi (ultimi non solo nell'elenco) che la tutela deve necessariamente essere indiscriminata e deve esservi sempre. In gioco, infatti, non vi sono solo i diritti, ma la stessa dignità sociale della persona, prodromo imprescindibile per l'eguaglianza, formale e sostanziale. La dignità, alla quale alcuno potrebbe rinunciare e che, di conseguenza, non può ammettersi venga negata alle persone ristrette. Dignità che è necessario accompagni tanto i detenuti quanto la pena e senza la quale non vi potrebbe essere alcuna funzione rieducativa. Garanzia della dignità che, di conseguenza, colora e riempie di significato il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità.

Accettare invece che l'unico luogo in cui garantire i diritti dei detenuti non sia il carcere, ma, eventualmente, il domicilio, equivale a creare una sperequazione fra ristretti, a ritenere "normale" che

l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio». Per una analisi della crisi della garanzia del diritto alla salute – prima ancora della crisi pandemica – si veda I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi*, cit.

[44] Notava, però, già quarant'anni fa G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione, in margine ad alcuni recenti convegni*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1982, p. 459, che «raramente in Italia si è avvertito il principio rieducativo come tale da dover informare di sé «in modo esclusivo», o almeno preminente ad ogni prezzo su ogni altro, l'intero sistema penale».

[45] Sia consentito riportare le parole utilizzate da Gino Strada in "E i cannoni divennero cannoli. Una fiaba": «I diritti degli uomini devono essere di tutti gli uomini, proprio di tutti, sennò chiamateli privilegi. Uguaglianza deve significare davvero che tutti sono uguali, e non che alcuni sono più uguali di altri».

negli istituti penitenziari non venga limitata solo la libertà personale, ad abnegare, in sintesi, il fine rieducativo della pena.

Misure anti – pandemiche e ruolo dei giudici*

di Rocco Scicchitano
Dottorando di ricerca in Scienze politiche
Università degli Studi di Messina

Abstract [It]: Nel presente contributo si tenterà di analizzare brevemente l'atteggiamento della magistratura nei confronti delle misure assunte per contrastare la pandemia da Covid-19. Nessun livello può dirsi escluso dal circuito delle garanzie: dalla magistratura ordinaria, finanche attraverso i giudici di pace, a quella amministrativa, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dei provvedimenti assunti a livello regionale e locale, sino alla Corte costituzionale, con le due importanti sentenze nn. 37 e 198 del 2021. Il rinnovato protagonismo dei giudici, da un lato, deve essere valutato positivamente laddove visto nella prospettiva dell'equilibrio dei poteri, stante una fase emergenziale in cui l'attivismo dell'esecutivo nell'assumere decisioni tempestive è parso aver marginalizzato il ruolo del Parlamento. Dall'altro lato, si dovrà valutare se l'interventismo ai vari livelli della magistratura abbia seguito una logica unitaria o se abbia preso direzioni differenti e con che impatto sulla certezza del diritto in questa particolare fase.

Title: Anti-pandemic measures and role of judges
Abstract [En]: This paper will shortly analyze how do judiciary act in relation to anti-pandemic measures. Every level must be included in the circuit of guarantees: from the ordinary judiciary, as well as the judges of peace, to the administrative one, called upon to decide on the legitimacy of the measures at regional and local level, up to the Constitutional Court, with the two important judgments nos. 37 and 198 of 2021. The renewed prominence of judges, on the one hand, must be positively evaluated when viewed from the perspective of the balance of powers, given an emergency phase in which the activism of the executive in making timely decisions seemed to have marginalized the role of Parliament. On the other hand, it will have to be assessed whether interventionism at the various levels of the judiciary has followed a unified logic or whether it has taken different directions and with what impact on legal certainty at this particular stage.

Parole chiave: Misure anti-pandemic; Covid-19; potere giudiziario; separazione dei poteri
Keywords: Anti-pandemic measures; Covid-19; judiciary; separation of powers

Sommario: 1. Stato di emergenza e separazione dei poteri. **2.** In particolare, il potere giudiziario. **2.1.** La giurisdizione ordinaria. **2.2.** La giurisdizione amministrativa. **2.3.** La Corte costituzionale. **3.** Conclusioni.

1. Stato di emergenza e separazione dei poteri

La tematica dell'emergenza è legata a doppio filo con il principio della separazione dei poteri, che da Montesquieu[1] in avanti[2] è uno dei cardini dello Stato liberale prima e costituzionale poi. D'altronde, la

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1] Ovviamente il riferimento va a MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Ginevra 1748.

[2] Non può, ad esempio, non ricordarsi la rivisitazione operata con la teoria dei cicli funzionali in G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri – Vol. 1,* Milano 1979 e, dello stesso Autore, *La separazione dei poteri – Vol. 2,* Milano 1984. Sul tema, sempre ID., *Poteri dello Stato (divisione dei*), in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano 1985. In particolare, al par. 13 si legge che "I poteri mostrano nella molteplicità dei cicli funzionali tutta la loro poliedricità. Un soggetto istituzionale che esercita una funzione normativa in un ciclo può benissimo esercitare una funzione attuativa o di controllo in un altro. È possibile, a questo punto, precisare meglio il senso e la portata del principio attuale della separazione dei poteri. L'incompatibilità di più funzioni in capo allo stesso potere è tuttora vigente e valida, in modo abbastanza rigoroso, solo all'interno di ciascun ciclo funzionale."

celebre Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 è chiara nell'affermare all'art. 16 che "Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione". Il contesto emergenziale ha segnato certamente un momento critico sia dal punto di vista della garanzia dei diritti, i quali sono andati incontro a limitazioni nel tentativo di contenere il contagio da Covid 19, sia dal punto di vista della separazione dei poteri. E, effettivamente, può dirsi come la gestione dell'emergenza abbia segnato un accentramento della fase decisionale a favore del Governo[3] e a scapito del Parlamento, il quale ha vissuto un momento di marginalizzazione[4] nella catena normativa basata principalmente su decreti-legge e d.P.C.m Si rende necessario, però, puntualizzare preliminarmente alcune questioni. Innanzitutto, non dobbiamo intendere i poteri separati come oppositivi ed in conflitto tra loro; questa situazione sarebbe un'anomalia e una degenerazione istituzionale alla stessa stregua di un totale appiattimento di un potere ad un altro. La separazione, quindi, non deve significare una mancanza di cooperazione, che nel fisiologico dispiegarsi dei rapporti tra gli organi costituzionali e, *a fortiori*, in situazioni emergenziali è fondamentale per il buon funzionamento della macchina statale. Semmai, i distinti poteri esercitano vicendevolmente una funzione di controllo sugli altri, in modo tale che vengano impediti, limitati o sanzionati eventuali abusi.

D'altro canto, deve rilevarsi come il principio di separazione dei poteri, nonostante le tendenze centrifughe prima richiamate, resista e non sia derogabile neanche nell'emergenza. Il nostro ordinamento costituzionale, com'è noto, non prevede una regolazione dello stato di necessità, ma soltanto dello stato di guerra all'art.78, norma non applicabile e non applicata in occasione della crisi sanitaria. Ma anche nell'eventualità dello stato di guerra, situazione emergenziale per eccellenza, i poteri in capo all'esecutivo comunque non sarebbero illimitati, ma verrebbero conferiti nella stretta misura in cui essi risultassero necessari e sempre previa deliberazione parlamentare e dichiarazione del Capo dello Stato (art. 87).

2. In particolare, il potere giudiziario

Se i rapporti tra potere legislativo e potere esecutivo nel dipanarsi dell'emergenza pandemica sono già stati autorevolmente esaminati[5], in questa sede si preferirà approfondire il ruolo assunto dall'ordine

[3] All'interno del quale, a sua volta, acquisisce una certa centralità il ruolo del Presidente del Consiglio dei ministri. Come scritto in G. SILVESTRI, *Covid- 19 e Costituzione,* in *Unicost.eu*, par. 2, www.unicost.eu, "[a]ssieme alla rappresentanza parlamentare viene 'sospesa' anche la collegialità del Governo, entrambe sostituite dalla comunicazione diretta tra vertice dell'Esecutivo e cittadini".

[4] Che può essere inteso, secondo alcuni autori, anche come auto-emarginazione dello stesso Parlamento: si veda N. LUPO, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica, tra rischio di auto-emarginazione e "finestra di opportunità"*, in V. LIPPOLIS – N. LUPO (a cura di), *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, Napoli 2021, 145ss.

[5] Soltanto a titolo esemplificativo, si segnalano V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento – Governo nel tempo della pandemia,* in *Rivista AIC,* 1/2021, 268ss, www.rivistaaic.it; A. MALASCHINI, *Parlamento, coronavirus e riduzione dei parlamentari*, in *Rassegna parlamentare*, 2/2020, 196ss, www.isle.it; M. C. GRISOLIA, *Il rapporto Governo-Parlamento nell'esercizio della funzione normativa durante l'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fasc. spec./2020, 595ss, www.osservatoriosullefonti.it; L.A.

giudiziario. La magistratura, infatti, nonostante la fase di crisi che sta vivendo, anche a livello di legittimazione agli occhi dell'opinione pubblica[6], può rappresentare un importante contrappeso in caso di debordamento delle competenze degli altri poteri, nonché un baluardo a garanzia dei diritti dei cittadini. Per comodità di esposizione, si distinguerà tra gli interventi tenuti dai giudici ordinari, amministrativi e, infine, dalla Corte costituzionale, richiamando quelle pronunce sulle misure anti - pandemiche che ci paiano più interessanti[7]. Nelle conclusioni del contributo si cercherà di valutare se si possa rinvenire una linea comune nell'atteggiarsi del potere giudiziario nei confronti delle iniziative assunte dall'esecutivo e/o dal legislativo.

2.1. La giurisdizione ordinaria

Rispetto al giudice amministrativo, di cui si dirà nel paragrafo seguente, può dirsi come la giurisdizione ordinaria sia stata meno coinvolta in decisioni che avessero direttamente influenza sulle misure di contrasto alla pandemia. Il riparto classico basato sul criterio che distingue tra diritti soggettivi e interessi legittimi – su cui l'art. 103 Cost. e l'art. 7 c.p.a. – e, quindi sull'esercizio del potere, ha comportato il radicamento della giurisdizione amministrativa innanzi al proliferare di misure autoritative che hanno assunto la forma, nella maggioranza dei casi, di atti amministrativi, siano essi d.P.C.m.[8] o ordinanze dei diversi livelli (ministeriali[9], del Presidente della Giunta regionale[10] o sindacali[11]). Questo non vuol dire che, in via indiretta, gli interventi del giudice ordinario siano mancati, anche in forma, se non si vuole dire discutibile, quantomeno eccentrica.

MAZZAROLLI, *"*Riserva di legge*" e "*principio di legalità*" in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *federalismi.it*, 23 marzo 2020, 2ss, www.federalismi.it; A. RUGGERI, *La forma di governo nel tempo dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 2/2020, 255ss, www.giurcost.org; nonché, da ultimo, A. IANNOTTI DELLA VALLE – F. MARONE, *Parlamentarismo e regionalismo alla prova della pandemia: bilancio costituzionale di un'emergenza*, in *Le Regioni*, 4/2021, 725ss.

[6] Su cui G. MOSCHELLA, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano 2010 e, più di recente, E. GROSSO, *Pluralismo giudiziario e correntismo nell'attuale crisi di identità della magistratura*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2022, 21ss, www.costituzionalismo.it, nonché G. SILVESTRI, *Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio e una riflessione sul futuro del Csm. Conclusioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4/2020, 514ss e N. ZANON - F. BIONDI, *Chi abusa dell'autonomia rischia di perderla*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019, 667ss.

[7] In merito, si segnala l'interessante iniziativa intrapresa dall'Università degli studi di Trento, in collaborazione con l'OMS, di creare un database sulla giurisprudenza di vari Paesi del mondo sugli interventi di salute pubblici adottati per contrastare la pandemia, raggiungibile al sito https://www.covid19litigation.org/.

[8] Si veda L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Napoli 2021.

[9] Come quelle del Ministro della Salute, in virtù del disposto dell'art. 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale.

[10] Su cui F. FURLAN, *l potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19,* in *Federalismi.it*, 26/2021, 67ss, www.federalismi.it.

[11] Sul tema, A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 15 aprile 2020, www.federalismi.it, pp. 2ss.; M. GALLIANI, *I poteri sindacali durante l'emergenza Covid-19*, in *Il diritto amministrativo*, 18 gennaio 2021.

Basti pensare alla sentenza del Tribunale di Pisa[12] con la quale si è deciso di disapplicare i d.P.C.m – e di conseguenza di assolvere l'imputato per il reato di cui all'art. 650 c.p. – e gli altri atti normativi ed amministrativi conseguenti e susseguenti, in quanto ritenuti costituzionalmente illegittimi, così come la dichiarazione dello stato di emergenza. In particolare, vengono considerati violati gli artt. 13 e 16 Cost., nonché viene paventata una lesione dell'art. 36 sul versante del diritto al lavoro e a una retribuzione sufficiente, con una eco sulla questione, seppur non espressamente menzionata, dell'estensione dell'utilizzo del *green pass*. La pronuncia in oggetto presenta alcune forzature, soprattutto calandola nel contesto in cui va ad inserirsi. In primo luogo, essa è stata emessa pochi giorni dopo (l'8 novembre 2021) rispetto alla sentenza 198 della Corte costituzionale (depositata il 22 ottobre), di cui si tratterà successivamente, che ha fatto salvo il sistema fondato su decreti-legge e d.P.C.m Inoltre, il giudice monocratico di Pisa[13] ha preferito la più favorevole formula assolutoria basata sull'insussistenza del fatto – conseguente alla disapplicazione del d.P.C.m ritenuto incostituzionale – a quella, suggerita dal p.m. per la quale "il fatto non è più previsto dalla legge come reato", data la depenalizzazione operata con l'art. 4 del d.l. 19/2020, senza che fosse necessario avventurarsi in un vaglio di legittimità dei provvedimenti governativi.

Non si tratta di una pronuncia del tutto isolata, considerandosi l'intervento del giudice della sezione civile di Pesaro, che ha annullato l'ordinanza di ingiunzione di pagamento di circa 800 euro emessa dall'UTG nei confronti del ristoratore, che per protesta rispetto alle misure adottate dal governo, nel gennaio 2021 aveva deciso di aprire al pubblico la sua attività al di fuori della fascia oraria (dalle ore 5 alle ore 18) consentita all'epoca. In questo caso, il magistrato ha deciso di disapplicare il d.P.C.m del 3 dicembre 2020, ritenendo che, come atto amministrativo, fosse sorretto da una motivazione insufficiente e incompleta, che determinava "l'impossibilità di ritenere rispettati i parametri di proporzionalità e adeguatezza previsti dall'art.2 comma 1 D.L.19/2020"[14].

Si ricorderà, infine, come è stato addirittura un giudice di pace[15] ad aprire questo filone giurisprudenziale[16]. Difatti, questi, per annullare una sanzione comminata per una violazione del *lockdown*, ha sostenuto

[12] Trib. di Pisa, Sez. penale, sentenza n. 1842, pubblicata il 17 febbraio 2022.

[13] Trattasi dello stesso giudice onorario, che con sentenza Trib. di Pisa n. 419 del 17 marzo 2021, aveva già ravvisato l'illegittimità della delibera dichiarativa dello stato di emergenza adottata il 31/01/2020, motivando, in modo poco convincente, ad opinione di chi scrive, che essa sia stata emanata in assenza dei presupposti legislativi, non essendo "rinvenibile alcuna fonte avente forza di legge, ordinaria o costituzionale, che attribuisca al Consiglio dei Ministri il potere di dichiarare lo stato di emergenza per rischio sanitario".

[14] Trib. di Pesaro, Sez. I civ., 17 febbraio 2022, n. 1711.

[15] Giudice di pace di Frosinone, sentenza 516/2020, depositata il 29 luglio 2020.

[16] Tra le pronunce che si sono poste su questa scia si segnala l'ordinanza del Trib. di Roma, VI sez. civile, n. r.g. 45986/2020, 16 dicembre 2020, su cui G. TROPEA, *La pandemia, i DPCM e il giudice "untorello" (breve nota a Trib. Roma, sez. VI, ord. 16 dicembre 2020)*, in *laCostituzione.info*, 30 dicembre 2020, www.lacostituzione.info. Si veda, inoltre, la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia, sez. gip/gup, 27 gennaio 2021, n. 54, commentata da A. GIGLIOTTI, *Sulla illegittimità dei DPCM in una recente sentenza del Tribunale di Reggio Emilia*, in *laCostituzione.info*, 16 marzo 2021, www.lacostituzione.info.

l'illegittimità delle norme introdotte dai d.P.C.m, disapplicandole. Anche in questo caso, le motivazioni a supporto della decisione non appaiono del tutto confacenti. Infatti, il giudice si è concentrato nel contestare la legittimità della dichiarazione dello stato di emergenza, in modo tra l'altro non convincente, come fonte dei d.P.C.m Tale fonte, invece, avrebbe dovuto essere rinvenuta nei d.l. 6 e 19 del 2020, essendo la dichiarazione dello stato di emergenza prodromica all'emanazione di ordinanze di protezione civile. In questa sede, quindi, non si pone certamente in dubbio la possibilità, anzi il dovere di intervenire, degli organi di garanzia laddove rinvengano degli abusi. Da tali organi, però, "ci si attende un sindacato i cui esiti siano supportati da null'altro che da motivazioni congrue e sufficienti, poiché il fine non è mai sufficiente, da solo, a giustificare i mezzi"[17].

2.2. La giurisdizione amministrativa

Come si anticipava, un ruolo di primo piano è stato esercitato dai giudici amministrativi, i quali si sono spesso trovati a doversi pronunciare sulle misure adottate per contrastare la pandemia, potendosi dire che, in tal senso, si siano guadagnati l'appellativo di giudici dell'emergenza[18].

Innanzitutto, essi hanno assunto un ruolo di "arbitri" nella contesa tra Stato centrale e autonomie nella gestione emergenziale, prima che la questione arrivasse alla Corte costituzionale con la sentenza 37 del 2020.

Una delle primissime decisioni è stata quella del TAR di Catanzaro che ha annullato un'ordinanza del Presidente della Regione Calabria, nella parte in cui consentiva la ripresa di attività di ristorazione con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto[19], quindi derogando alle norme più restrittive rispetto al d.P.C.m in vigore in quel momento.

Nel segno della proporzionalità delle restrizioni ulteriori stabilite a livello locale, può iscriversi la sentenza del TAR di Bari, con la quale sono state annullate le ordinanze sindacali che vietavano l'introduzione di pane e derivati nel territorio comunale di Peschici (FG)[20]. La decisione in questione, oltre che per la specifica vicenda, è interessante in quanto cerca di esplicitare il rapporto tra i vari organi nella gestione emergenziale. Nell'argomentazione, infatti, si può leggere, innanzitutto, che "[l]'attuazione delle misure di contenimento è […] affidata, *in primis*, al Presidente del Consiglio dei Ministri attraverso propri decreti;

---

[17] A. MORELLI, *Illegittimità dei Dcpm Covid: c'è un giudice a Frosinone? Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Diritto Bancario*, 1 settembre 2020, www.dirittobancario.it.

[18] M. A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, in *Giustizia Insieme*, 21 aprile 2021, www.giustiziainsieme.it, ma anche le considerazioni dell'allora Presidente del Consiglio di Stato F. PATRONI GRIFFI, *Il giudice amministrativo come giudice dell'emergenza*, intervento al Webinar Fondazione Occorsio del 12 aprile 2021, testo disponibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

[19] Trattasi della sentenza T.A.R. Calabria – Catanzaro, sentenza 9 maggio 2020, n. 841, commentata da 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*, n. 3/2020, 374ss, www.osservatorioaic.it.

[20] T.A.R. Puglia – Bari, sentenza 22 maggio 2020, n. 733.

la Regione, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto legge sopra citato - e con efficacia limitata fino a tale momento - può varare *misure ulteriormente restrittive* in presenza di situazioni specifiche sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel territorio regionale o in una parte di esso, esclusivamente nell'ambito di sua competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica nazionale"[21] e, poi, che "[il Sindaco, dal canto suo, non può adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza, in contrasto con le misure statali, né eccedere i limiti di oggetto di cui al comma 1. Il Sindaco, in altri termini, in una cornice di riferimento normativo di questo tipo, non è privato del potere di ordinanza *extra ordinem* ma - diversamente da quanto avviene in periodi non qualificabili come emergenze nazionali, in cui l'ordinanza contingibile e urgente vale a fronteggiare un'emergenza locale e può avere finanche attitudine derogatoria dell'ordinamento giuridico - neppure può esercitare il potere di ordinanza travalicando i limiti dettati dalla normativa statale, non solo per quel che concerne i presupposti ma anche quanto all'oggetto della misura limitativa"[22].

In sede consultiva, deve ricordarsi il parere favorevole del Consiglio di Stato[23] all'annullamento straordinario, ex art. 138 d.lgs. n. 267/2000, dell'ordinanza del sindaco di Messina n. 105 del 5 aprile 2020 – con la quale si imponeva la registrazione sul portale online del Comune nelle 48h precedenti all'ingresso in Sicilia attraverso il porto cittadino per ottenere il nulla osta allo spostamento – a tutela dell'unità dell'ordinamento. Lo stesso Consiglio di Stato, però, nel marzo 2021 non ha sospeso, rigettando l'appello cautelare, l'ordinanza del Presidente della Regione Sardegna che prevedeva la sottoposizione obbligatoria a tampone per poter sbarcare sul territorio regionale; in questo caso, il bilanciamento è stato operato tra il "possibile limitato disagio di chi si sottopone alla misura precauzionale" e "il beneficio evidente, e prioritario, per la salute pubblica, consistente nella tracciatura e prevenzione – per i tamponi – e nella immunizzazione – per i vaccini- […]"[24].

Un secondo filone per cui gli organi della giustizia amministrativa sono stati sollecitati ad esprimersi è stato quello relativo alla scuola e alle disposizioni riguardanti la didattica a distanza. Per esempio, si pensi a una delle sentenze del Tar di Catanzaro, con la quale è stata annullata un'ordinanza nella parte in cui disponeva la chiusura delle scuole, in contrasto con i presupposti fissati dal coevo d.P.C.m; in motivazione è interessante leggere che "anche sul piano dell'intervento amministrativo in ipotesi di conflitto tra i diritti in parola l'esito non è di necessaria ed automatica soccombenza dell'istruzione a danno della salute, ma

[21] *Ivi*, punto IV.2, che conferma un'intuizione dottrinaria di G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali*, 1/2020, 363, www.dirittiregionali.it. Il d.l. a cui si fa riferimento in sentenza è il n. 19 del 2020.
[22] *Ivi*, punto IV.3.
[23] Cons. di Stato, sez. I, parere 7 aprile 2020, n. 735.
[24] Cons. di Stato, sez. III, decreto 10 marzo 2021, n. 1224.

in primo luogo di bilanciamento con praticabilità di adozione di misure di contemperamento e solo a fronte di impossibilità di tale 'mediazione' la soccombenza del diritto all'istruzione (in presenza) è ammissibile"[25]. Deve, segnalarsi, però, come comunque il Consiglio di Stato abbia chiesto al Governo di rivalutare e motivare, sulla base dei dati scientifici, il meccanismo automatico di sospensione della didattica in presenza nell'intero territorio delle regioni zona rossa previsto dal d.P.C.m 14 gennaio 2021[26].

Il terzo e più recente fronte è quello riguardante l'obbligo vaccinale per le categorie di lavoratori per cui è stato previsto. Su tale aspetto, l'orientamento del Consiglio di Stato, nonché della maggioranza dei giudici di primo grado, è quello per cui l'obbligo "discende da un atto avente forza di legge, il quale, in quanto atto politico, non può essere sindacato dal giudice amministrativo"[27]. In particolare, nei casi di sospensione dei sanitari, "il diritto all'autodeterminazione di quanti abbiano deciso di non vaccinarsi è da ritenersi recessivo rispetto alla tutela di beni supremi quale è la salute pubblica, specie in considerazione del fatto che il provvedimento di sospensione, ove adottato, non ha funzione sanzionatoria e non pregiudica in alcun modo il rapporto di lavoro"[28]. Una linea differente è stata tenuta dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, che ha ritenuto opportuno sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 2, del d.l. n. 44/2021 (convertito in l. n. 76/2021), nella parte in cui prevede, da un lato l'obbligo vaccinale per il personale sanitario e, dall'altro lato, per effetto dell'inadempimento all'obbligo vaccinale, la sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie, per contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34, 97 della Costituzione[29].

In questa sede è impossibile compendiare la vastissima giurisprudenza formatasi nello spazio di soli due anni, si può però affermare come "il giudice amministrativo ha assunto il ruolo, a maggior ragione in questa fase emergenziale, di garante delle libertà individuali e di arbitro nel difficile bilanciamento tra esigenze di sicurezza e salvaguardia della salute e le connesse limitazioni e compressioni dei diritti individuali fondamentali, effettuando un sapiente dosaggio dei princìpi di ragionevolezza, di proporzionalità e di precauzione, in forza dei quali ogni restrizione deve essere limitata allo stretto necessario sotto il profilo spazio-temporale ed essere proporzionata e adeguata all'obiettivo"[30].

[25] T.A.R. Calabria – Catanzaro, sentenza 18 gennaio 2020, n. 2075. Più di recente, si veda T.A.R. Campania - Napoli, decreto 10 gennaio 2022, n. 19.
[26] Consiglio di Stato, sez. III, decreto 1 aprile 2021, n. 1776.
[27] Da ultimo, T.A.R. Sicilia – Catania, decreto 7 aprile 2022, n. 182.
[28] Cons. di Stato, sez. III, ordinanza 4 febbraio 2022, n. 583.
[29] C.g.a., ordinanza 22 marzo 2022, n. 35
[30] Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi, 2 febbraio 2021, rinvenibile al sito sito www.giustizia-amministrativa.it.

2.3. La Corte costituzionale

Vista la notorietà ed il clamore suscitato dagli interventi del giudice costituzionale nella vicenda emergenziale, questi saranno richiamati soltanto brevissimamente. La scelta della Regione Valle d'Aosta di intervenire non con ordinanza del Presidente della giunta, ma con legge regionale - la n. 11 del 9 dicembre 2020, recante "Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza" – ha fatto sì che lo scontro si spostasse dall'arena dei T.A.R. a Palazzo della Consulta[31]. Così la Corte costituzionale, dapprima, ha emesso l'ordinanza n. 4/2021 – primo caso di esercizio del potere di sospensiva cautelare dell'efficacia di una legge *ex* art. 35 l. 11 marzo 1953, n. 87[32]- poi, con la sentenza 37/2021 che ha affermato la competenza esclusiva dello Stato centrale nella gestione emergenziale, in quanto ricadente nella materia della profilassi internazionale[33].

La sentenza 198/2021[34], invece, sembra aver messo un punto, nonostante non siano mancate opinioni differenti, sulla legittimità del sistema basato sull'intreccio di decreti-legge e d.P.C.m, soprattutto dopo la tipizzazione adoperata da parte del d.l. 19/2020.

Infine, riteniamo doveroso dover richiamare due sentenze di epoca pre-pandemica, che comunque hanno un'attinenza con la situazione che stiamo vivendo: la prima è la n. 5 del 2018, ove sono indicati i presupposti per l'imposizione di un eventuale obbligo vaccinale; la seconda è la n. 85 del 2013, che afferma un principio da tenere sempre a mente, anche nelle emergenze, ossia che nessun diritto deve diventare tiranno "nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette".

---

[31] Invero, vi era stata già una prima pronuncia su misure emergenziali, ma in campo strettamente processualistico sulla sospensione della prescrizione penale: cfr. Corte cost., 23 dicembre 2020, n. 278 su cui, ex multis, G. SANTALUCIA, *La sospensione della prescrizione dei reati in tempi di pandemia. La Corte costituzionale promuove la legislazione dell'emergenza, in Questione giustizia*, 11 gennaio 2021, www.questionegiustizia.it.

[32] Sul tema: R. DICKMAN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in *Federalismi.it*, 4/2021, 10 febbraio 2021, 118, www.federalismi.it.; N. MINISCALCO, *Godot è arrivato! La Corte costituzionale, per la prima volta, sospende la legge (note a margine di Corte costituzionale, ord. n. 4 del 14 gennaio 2021)*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2021, 223 ss, www.giurcost.org; P. VIPIANA, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sul merito di un'istanza di sospensiva delle leggi*, in *Le Regioni, Bimestrale di analisi giuridica e istituzionale*, 6/2010, 1349.

[33] La sentenza in questione è stata oggetto di numerosissimi commenti. *Ex multis*, M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in Consulta Online, I/2021, 329ss, www.giurcost.org; A. POGGI – G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 4/2021, 19, www.osservatorioaic.it; B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, 21 aprile 2021, www.federalismi.it;

[34] Tra le tante annotazioni, si richiamano: A. SAITTA, *Il codice della protezione civile e l'emergenza pandemica anche alla luce di C. cost. n. 198 del 2021*, in *Consulta Online,* 2021/III, 841ss, www.giurcost.org; A. MORELLI, *Le "convergenze parallele" dei modelli di normazione impiegati per fronteggiare la pandemia: "stato di emergenza" e "stato di necessità" alla luce della sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio di Nomos*, 3/2021, www.nomos-leattualitaneldiritto.it; M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *Federalismi.it*, 25/2021, 81ss, www.federalismi.it.

D'altronde, come sostenuto dall'allora Presidente della Consulta Marta Cartabia: "La piena attuazione della Costituzione richiede un impegno corale, con l'attiva, leale collaborazione di tutte le Istituzioni, compresi Parlamento, Governo, Regioni, Giudici. Questa cooperazione è anche la chiave per affrontare l'emergenza. La Costituzione, infatti, non contempla un diritto speciale per i tempi eccezionali, e ciò per una scelta consapevole, ma offre la bussola anche per 'navigare per l'alto mare aperto' nei tempi di crisi, a cominciare proprio dalla leale collaborazione fra le istituzioni, che è la proiezione istituzionale della solidarietà tra i cittadini"[35].

3. Conclusioni

Dal breve *excursus* sin qui proposto, si evince come ci sia stato un attivismo del potere giudiziario, nonostante anche questo abbia subito come tutti le conseguenze della pandemia, anche da un punto di vista (ri)organizzativo di uffici ed attività[36]. Questo attivismo, al netto di alcune pronunce peculiari, è positivo ed utile ad una democrazia posta sotto lo *stress* dell'emergenza. Tendenzialmente, la linea tenuta dagli organi giudiziari, specialmente quelli di vertice, è stata prudente e improntata al principio di precauzione, soprattutto nella fase più acuta e drammatica della pandemia. Nondimeno il loro intervento è andato nel segno del recupero di quelle libertà compresse, laddove il miglioramento della situazione rendesse il precedente bilanciamento non più ragionevole e proporzionale sul momento[37]. Questo perché l'equilibrio tra i vari diritti e interessi rispetto a quello della salute non può essere fissato in maniera rigida, né del tutto recessiva, ma deve essere calibrato in base al caso concreto. È ciò che il potere giudiziario ha tentato di fare nella sua dialettica con gli altri poteri. Non sempre l'indirizzo è stato unitario, ma ciò è sicuramente fisiologico: se i momenti di divergenza, anche forte, non sono mancati nelle diverse compagini governative che si sono trovate a fronteggiare l'emergenza, è normale che questi si siano presentati all'interno di quello che è un potere tradizionalmente diffuso.

[35] Comunicato del 28 aprile 2020 sulla Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019, www.cortecostituzionale.it.

[36] Cfr. F. DAL CANTO, *Il sistema giustizia alla prova dell'emergenza pandemica, tra forme e sostanza*, in *Rivista AIC*, 2/2021, 110ss, www.rivistaaic.it.

[37] Cfr. A. PIN, *Giudicare la pandemia con la proporzionalità. Le misure anti-Covid-19, il vaglio giudiziario e il diritto comparato*, in *DPCE Online*, 2/2020, www.dpceonline.it.

La gestione dell'emergenza tra diritto alla salute e diritto al lavoro

Pandemia e parità di genere. L'impatto del Covid-19 nel mondo del lavoro*

di Ilaria De Cesare
Assegnista in Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Pavia

Abstract [It]: La relazione si propone di indagare il fenomeno della cd. *shecession*, conseguente alla pandemia, nell'ordinamento giuridico italiano, adottando la prospettiva del disegno costituzionale di società duale e inclusiva. Si analizzeranno, pertanto, le principali caratteristiche del lavoro delle donne, al fine di verificare come queste abbiano interagito con le misure adottate per fronteggiare la gestione emergenziale. Tali elementi verranno poi rapportati al dettato costituzionale (artt. 3 e 37 Cost.), al fine di evidenziare la profonda distanza che l'attuale struttura del mercato del lavoro mostra rispetto al progetto di rinnovamento sociale prescritto in Costituzione. Si analizzeranno, infine, le azioni previste nel PNRR per favorire e implementare l'occupazione femminile nella fase post-emergenziale.

Title: Pandemic and gender equality. The impact of Covid-19 on the world of work
Abstract [En]: The research aims to investigate the phenomenon of shecession, caused by the pandemic, in the Italian legal system, taking the constitutional perspective on a dual and inclusive society. The main features that characterize the women's work will be analyzed to verify how they have interacted with the measures taken to counter the pandemic. These findings will be related to the Constitution (articles 3 and 37) to underline the deep distance between the current structure of the labor market and the constitutional project about a social renewal. In the end, the actions planned by the PNRR to enhance women employment in the post-Covid period will be examined.

Parole chiave: Eguaglianza, lavoratrici, pandemia, shecession, rinnovamento sociale
Keywords: Equality, women workers, pandemic, shecession, social renewal

Sommario: 1. Pandemia, donne, eguaglianza. Uno sguardo d'insieme. **2.** L'effetto della pandemia sull'occupazione femminile. **3.** Lavoro e dignità. La necessità di un cambio di rotta per la piena attuazione dell'eguaglianza

1. Pandemia, donne, eguaglianza. Uno sguardo d'insieme

Come tutti gli eventi dirompenti, la pandemia da Covid-19 ha posto il mondo intero al cospetto di una grave emergenza sanitaria, che è stata fronteggiata con grande tempestività e con strumenti simili nella maggior parte dei Paesi (limitazioni alla circolazione, *lockdown* dei settori produttivi non essenziali, chiusura delle scuole, distanziamento sociale, *smart working*)[1]. Il protrarsi dello stato di emergenza per più

* Articolo sottoposto a referaggio. La presente relazione è frutto di una più ampia ricerca, i cui esiti sono confluiti anche nel saggio *Il lavoro delle donne alla prova della pandemia. L'inattuazione del progetto costituzionale*, pubblicato nella rivista *Nomos-Le attualità del diritto*, 1/2022.

[1] Per una riflessione sugli atti normativi e amministrativi adottati per fronteggiare la pandemia nell'ordinamento italiano si vedano, *ex multis*, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 109 e ss.; nonché M. CAVINO-S. MALLARDO, *Stato di emergenza e potere di ordinanza*, in M. CAVINO-L. CONTE-M. MALVICINI-S. MALLARDO (a cura di), *Un'imprevista emergenza nazionale. L'Italia di fronte al COVID*-19, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, pp. 9 e ss.

due anni – in Italia dal 31 gennaio 2020 al 31 marzo 2022 – ha, però, inevitabilmente prodotto diversi effetti sugli ordinamenti giuridici e sulle strutture che li connotano.

Tra gli innumerevoli aspetti degni di rilievo, la presente relazione si propone di analizzare l'impatto di genere che l'emergenza ha avuto nell'ordinamento italiano e le pressioni che la gestione della pandemia ha provocato al principio di eguaglianza in quanto principio fondamentale dello Stato costituzionale[2].

Gli organi di governo, invero, in un primo momento si sono rapportati alla pandemia aspettandosi effetti simmetrici, diversamente da quanto accade con le crisi economico-finanziarie, le quali producono normalmente effetti asimmetrici[3]. In conseguenza di ciò, le misure di contenimento sono state di fatto ispirate al principio di eguaglianza formale: azioni uguali per tutti e tutte. Già dopo i primissimi mesi della gestione emergenziale (la cd. Fase 1), però, è apparso evidente come la pandemia stesse producendo effetti negativi soprattutto per determinate fasce della popolazione, ossia quelle che già in tempi non emergenziali vivono una o più condizioni di vulnerabilità[4]. Effetti particolarmente negativi stavano colpendo l'universo femminile.

Da questo punto di vista, sono stati individuati due ambiti particolarmente interessati dalle conseguenze negative legate alla gestione pandemica: violenza domestica e occupazione femminile. Peraltro, data la necessaria interazione che tutti gli aspetti della vita di una persona mostrano tra loro, si tratta di due piani dotati di una certa interconnessione. Ed invero, quanto più le donne non potevano accedere al mondo esterno, anche e soprattutto lavorativo, perché in *lockdown* o in *smart working*, tanto più incontravano plurime difficoltà – se vittime di violenza – nel rivolgersi alle reti di supporto necessarie per ricevere adeguata protezione[5].

Le riflessioni che seguono, però, pur inserendosi in una indagine sull'attuazione del cd. «statuto costituzionale» della donna[6], si limiteranno ad esaminare le sole conseguenze negative che la pandemia ha prodotto sull'occupazione femminile.

---

[2] Sulla stretta correlazione tra le conseguenze negative della pandemia per la parità di genere e il principio di eguaglianza sostanziale L. RONCHETTI, *Il genere e la pandemia costituzionale*, in G. PALMERI (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post-Covid-19*, II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 1058.

[3] Come ha osservato Roberto Miccù nel corso della discussione sulle relazioni presentante nel panel "La gestione dell'emergenza tra diritto alla salute e diritto al lavoro".

[4] M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, pp. 29-40. Evidenzia come condizioni economiche svantaggiose siano uno specifico fattore di rischio e come le dimensioni dello spazio abitativo impattino diversamente sulle vite di chi è tenuto a "restare a casa" L. LEONINI, *Vite diseguali nella pandemia*, in *Polis*, n. 2/2020, pp. 184-189.

[5] Per una riflessione sul diverso ruolo che lo spazio domestico ha assunto per le donne nel contesto emergenziale, anche rispetto al fenomeno della violenza di genere e domestica, in particolare B. PEZZINI, *Esterno e interno della pandemia: persistenza e risignificazione degli spazi pubblici domestici dal punto di vista di genere in tempi di lockdown*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2020, pp. 9 e ss.

[6] Cfr. F. COVINO, *Donna lavoratrice (dir. cost.)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, *Aggiornamento*, UTET, Torino, 2016, p. 131.

Nello sviluppare l'analisi proposta, e in via del tutto preliminare, deve evidenziarsi che la Costituzione persegue l'obiettivo di costruire una società egualitaria e duale. Conseguentemente, mira ad eliminare l'artificiosa subordinazione della donna all'uomo, frutto della tradizionale costruzione androcentrica dell'ordinamento[7]. La Carta costituzionale, infatti, con straordinaria lungimiranza e pur non contemplandola esplicitamente, punta allo smantellamento della disparità di genere - concetto quest'ultimo da intendersi riferito alla costruzione sociale dell'identità di donne e uomini come specifiche categorie, cui afferirebbero predeterminati compiti e funzioni, legate tra loro da un rapporto gerarchico, a tutto svantaggio delle donne[8].

Senza timore di anticipare troppo, si può già osservare che dalla presente relazione emergerà una certa evidenza: le azioni prescelte per fronteggiare la pandemia, rispondendo alla logica delle misure eguali per "tutti", si sono rivelate diseguali per "molte" anche in ragione della pregressa struttura della società[9] e, per quanto qui d'interesse, a causa delle pregresse caratteristiche del mondo del lavoro, nel quale le donne sono presenti in misura inferiore, settorializzata e maggiormente precaria degli uomini, contrariamente al disegno costituzionale di una società duale.

Sembra opportuno fare riferimento, allora, al livello di attuazione della parità di genere che si registrava in Italia nel 2019, alle soglie dell'emergenza. Ebbene, il *Gender Equality Index* dei Paesi UE, il misuratore di eguaglianza curato dall'*European Institute for Gender Equality*, segnava per l'Italia 63 punti, a fronte di una media europea di 66.9 punti, con Paesi come Francia e Spagna rispettivamente a 74.6 e 70.1 punti[10]. Si registrava, dunque, un certo ritardo del nostro ordinamento nella realizzazione di una piena parità, in netta contrapposizione a quanto prescritto dalla Costituzione la quale, attraverso il principio di eguaglianza, si fa promotrice di un progetto di rinnovamento che mira alla realizzazione di una società nella quale tutte le persone, ciascuna con le proprie peculiarità, possano trovare pieno compimento e sviluppo di sé[11].

---

[7] Già A. ROSSI DORIA, *Diventare cittadine. Il voto alle donne in Italia*, Giunti, Firenze, 1996, p. 7, rappresentava come le democrazie moderne fossero state costruite, sin dalla Rivoluzione francese, sul concetto di "cittadino" maschio e adulto. Sul ruolo svolto dalla Costituzione per la ricostruzione di una società duale, volta allo smantellamento di discriminazioni e diseguaglianze di genere, si vedano gli studi condotti da Barbara Pezzini e, in particolare, B. PEZZINI, *Donne e Costituzione: le radici ed il* cammino, in *Studi e ricerche di storia contemporanea*, n. 68/2007, pp. 163 e ss.

[8] S. PICCONE STELLA–C. SARACENO, *Introduzione*, ID., *Genere. La costituzione sociale del femminile e del maschile*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 7-13.

[9] Parla di «operazione di disvelamento» B. PEZZINI, *Esterno e interno della pandemia*, cit., p. 11.

[10] Gender equality index 2019.

[11] Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Il Mulino, Bologna, 2013, passim., spec. pp. 57-61.

2. L'effetto della pandemia sull'occupazione femminile

Guardando al mondo del lavoro, la più grave conseguenza della pandemia è stata, senz'altro, la forte perdita dei posti di lavoro ricoperti da donne, fenomeno non solo circoscritto all'Italia, ma globale[12], tanto che è stata coniata l'espressione *shecession*[13].

Per quanto riguarda il mercato lavorativo italiano, già nel mese di febbraio 2021 erano del tutto evidenti gli effetti della gestione emergenziale. I dati ISTAT segnavano, con riferimento al 2020, 312mila occupate in meno, su una perdita complessiva di 444mila occupati (circa il 70% del totale)[14]. Perdite che hanno mostrato di poter divenire strutturali o, comunque, di lungo periodo: basti pensare che a dicembre 2021 l'ISTAT ha registrato, rispetto a dicembre 2019, 267 mila posti di lavoro femminili in meno, nonostante il livello dell'occupazione in termini percentuali fosse pari a quello del 2019[15].

Per comprendere le ragioni che hanno determinato una tale crisi occorre guardare alle caratteristiche dell'impiego femminile nel mercato italiano.

Anzitutto le donne occupate sono maggiormente "settorializzate" degli uomini, con ambiti in cui si verifica una vera e propria "femminilizzazione" del lavoro[16]. L'impiego femminile si concentra in campi quali sanità, assistenza e cura, distribuzione alimentare, istruzione (cd. servizi essenziali), nonché nel turismo, nel commercio e nella ristorazione (cd. servizi non essenziali). Proprio la forte presenza delle donne nei servizi non essenziali ha concorso alla perdita occupazionale che le ha interessate. Si tratta, infatti, dei settori più a lungo destinatari delle misure di contenimento della pandemia, i quali, per tale ragione, hanno subito una crisi molto forte, con una perdita di posti di lavoro femminili pari al 18,2%, a fronte di una perdita maschile del 10,4%[17].

---

[12] Secondo i dati raccolti dall'International Labour Organization (ILO) la pandemia ha causato la perdita di ben 54 milioni di posti di lavoro femminile, pari al 4,2%, a fronte di una perdita di posti maschili del "solo" 3%, per un totale di 60 milioni di posti. Il dato risulta peggiore per le donne a causa della pregressa minore occupazione di partenza. I dati sono contenuti nel rapporto *Building Forward Fairer: Women's rights to work and at work at the core of the COVID-19 recovery*, pubblicato a luglio 2021.

[13] Da *she* e *recession*. Cfr. We World Index 2021, *Mai più invisibili. Donne, bambine e bambini ai tempi del Covid-19 in Italia*, p. 46.

[14] Dati ISTAT, dicembre 2020, Prospetto 1. I dati ISTAT relativi al mese di dicembre 2021 registrano una sostanziale stabilità tra gli occupati e gli inattivi, con associata diminuzione dei disoccupati. L'occupazione femminile si attesta intorno al 50,5% (Prospetto 2). Rispetto a dicembre 2020, il numero di occupati è superiore di 540mila unità (+2,4%). L'occupazione femminile si è assestata vicina ai livelli pre-pandemici, quando registrava – dicembre 2019 – il 50,4% di donne occupate (Prospetto 2). Nel dicembre 2019 le donne occupate erano 9917mila unità (Prospetto 1), mentre nel dicembre 2021 sono 9650mila (Prospetto 1), con 267mila unità in meno.

[15] Ancora dati ISTAT. Nel dicembre 2019 le donne occupate erano 9917mila unità (Prospetto 1), mentre nel dicembre 2021 sono 9650mila (Prospetto 1), con 267mila unità in meno.

[16] Si tratta di due fenomeni diversi. La settorializzazione, infatti, riguarda esclusivamente gli ambiti di impiego delle donne e non tiene conto del dato occupazionale complessivo, verificandosi anche in settori lavorativi nei quali la presenza maschile è equivalente o persino maggiore di quella femminile. Mentre sono "femminilizzati" quei settori in cui la quasi totalità dei posti di lavoro è occupata da donne. Si tratta dunque di un fenomeno che considera anche il dato occupazionale complessivo. Sulla femminilizzazione dei posti di lavoro si veda il We World Index 2021, cit., p. 44.

[17] Rapporto Inapp 2021, *Lavoro, formazione e società in Italia nel passaggio all'era post Covid-19*, p. 70.

Un elemento interessante emerge se si pone attenzione ai dati della ristorazione e del commercio al dettaglio: pur essendo settori in cui le donne sono impiegate in misura pressoché paritaria rispetto agli uomini (rispettivamente 48% e 51%[18]), la pandemia ha determinato una contrazione occupazionale femminile maggiore di quella maschile. Questo dato impone di cercare altri elementi che possono aver inciso sul fenomeno in esame.

Vi è, invero, un secondo aspetto che sembrerebbe aver contribuito alla *shecession* italiana. Le donne, anche in ragione degli ambiti di impiego, sono destinatarie più degli uomini di contratti di lavoro precari[19]. Inoltre, i lavori afferenti ai servizi non essenziali sono spesso soggetti a forme di parziale contrattualizzazione ovvero svolti in sua assenza[20]. Nonostante ciò, nell'adottare strumenti di sostegno al mondo del lavoro colpito dalle misure restrittive per il contenimento del virus, tra cui il blocco totale dei servizi non essenziali, le istituzioni non hanno predisposto tutele specifiche per i contratti a termine i quali, una volta giunti a naturale scadenza, non sono stati rinnovati. Esigui, poi, si sono rivelati i ristori a sostegno delle attività in *lockdown* e a sostegno di lavoratori e lavoratrici autonomi.

Alla luce degli elementi sin qui evidenziati, si comprende come l'impiego delle donne si presentasse in radice ben più fragile e più esposto ad eventuali conseguenze negative ingenerate da una condizione di emergenza. La circostanza per cui durante la gestione della pandemia non siano state adottate specifiche forme di tutela ha fatto sì che le restrizioni conseguenti all'emergenza contribuissero a causare quella che – come anticipato - è stata opportunamente definita *shecession.*

Vi è, però, un altro dato restituito dagli studi di settore che merita una certa attenzione. Prescindendo da specifici ambiti di impiego e confrontando i dati sulla perdita occupazionale di lavoratori e lavoratrici con figli, emerge come tale fenomeno abbia interessato maggiormente le donne piuttosto che gli uomini, ad eccezione dei nuclei familiari con figli in età 6-14 anni[21]. Evidenza che sembra essere confermata anche dal rapporto Caritas 2020 su povertà ed esclusione sociale in Italia, secondo cui la pandemia da Covid-19 ha prodotto "nuovi poveri" prevalentemente tra donne, ancor più se giovani e con uno o più figli, che rischiano di essere investite da forme croniche di povertà[22]. Questo pericolo, peraltro, non sembra essere stato scongiurato, ma anzi potrebbe essersi consolidato: il rapporto Caritas 2021 ha registrato un aumento tra le persone che vivono in condizioni di povertà croniche e il 16,1% di queste è rappresentato proprio da chi aveva chiesto aiuto per la prima volta nel corso del 2020[23].

[18] We World Index 2021, cit., p. 48.
[19] Su questi aspetti anche L. RONCHETTI, *Il genere e la pandemia*, cit., pp. 1062-1063.
[20] Sulla relazione tra pandemia e lavoro sommerso si rinvia al We World Index 2021, cit., p. 51.
[21] We World Index 2021, cit., Figura 3, p. 50.
[22] Caritas, *Rapporto 2020 su povertà ed esclusione sociale in Italia*.
[23] Caritas, *Rapporto 2021 su povertà ed esclusione sociale*.

La contrazione occupazionale tra le lavoratrici giovani con figli potrebbe spiegarsi incrociando il dato strutturale, ossia tipologia di lavoro e di contratto, con un altro elemento altrettanto rilevante e in grande misura trasversale: la sproporzione nella ripartizione dei compiti di cura tra donne e uomini[24], frutto della risalente costruzione sociale, ma per lungo tempo anche giuridica, di rigida separazione tra spazio produttivo maschile - afferente alla sfera pubblica, politica e lavorativa - e spazio riproduttivo femminile - afferente alla sfera privata, domestica e familiare[25]. Nel 2019, invero, i dati ISTAT registravano un impegno degli uomini nell'ambito del lavoro non retribuito di circa 2 ore quotidiane, a fronte delle oltre 5 ore di impegno delle donne[26]. Su tale pregressa condizione, che mostra una forte matrice socio-culturale, ha impattato la predisposizione della DAD (didattica a distanza) e la sospensione di numerosi servizi che, in concomitanza allo *smart working* ovvero al *lockdown* dei settori produttivi a forte presenza femminile, hanno causato nel corso dell'emergenza un aumento dell'impegno delle donne nella cura familiare e domestica[27].

Se questi elementi, strutturali e culturali, caratterizzavano il mondo del lavoro, in generale, e l'occupazione femminile in particolare, già prima dello scoppio della pandemia, non risulta difficile comprendere le ragioni per cui la scelta delle istituzioni di adottare misure eguali per tutti e tutte si sia rivelata, in sostanza, una scelta discriminatoria. Tali azioni hanno moltiplicato le pregresse diseguaglianze, incidendo su contesti di disagio ed emarginazione che avrebbero richiesto, per quanto possibile e compatibilmente con la necessità di contenere la pandemia, soluzioni differenziate[28], quantomeno dal momento in cui l'effetto asimmetrico della gestione emergenziale ha iniziato a rivelarsi.

A fronte di un contesto così delineato, spontanee sorgono ulteriori domande sulle ragioni di una evidente cecità (o indifferenza) alle diseguaglianze. Una prima risposta, per quanto parziale, è stata individuata nella composizione di tutte quelle *task forces* - variamente denominate - che sono state i principali strumenti

[24] Così A. CASARICO–F. MELUZZI, *Gli effetti del Covid-19 sul lavoro delle donne*, in M. MALVICINI–T. PORTALUPI–A. MARTINENGO (a cura di), *Le parole della crisi, le politiche dopo la pandemia. Guida non emergenziale al post-COVID-19*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 391. Sul punto anche il We World Index 2021, cit., pp. 50-51.

[25] Cfr. L. CALIFANO, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere*, in *federalismi.it*, n. 7/2021, p. 49.

[26] Report ISTAT, *I tempi della vita quotidiana*, 2019, spec. p. 16.

[27] L. LEONINI, *Vite diseguali*, cit., p. 186; A.M. POGGI, *Il Covid-19 non è cieco al genere, anzi ci vede bene*, in E. CATELANI–M. D'AMICO (a cura di), *Effetto Covid. Donne:* la doppia discriminazione, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 108. Il fenomeno è stato analizzato e descritto con l'espressione «crisi della cura» da L. RONCHETTI, *Il genere e la pandemia*, cit., pp. 1058-1059 e 1063-1064. Sul punto soccorre, però, una precisazione. Nel corso della cd. Fase 1 anche gli uomini sono stati interessati in modo considerevole dalle misure restrittive legate all'ambito lavorativo e questo ha favorito un aumento del loro coinvolgimento quotidiano, quantomeno in relazione alla cura dei figli. Questa tendenza è stata però neutralizzata dalla cd. Fase 2, la quale ha interessato per circa il 72% lavoratori. Su questi dati diffusamente, A. CASARICO–F. MELUZZI, *Gli effetti del Covid-19*, cit., pp. 394-400.

[28] Tra tutti A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, p. 120.

a supporto soprattutto del Governo in relazione alle scelte da compiere per fronteggiare la pandemia e per disegnare la ripartenza[29].

Pressoché tutti i gruppi di lavoro a sostegno delle istituzioni – peraltro non solo centrali ma anche locali, a loro volta già caratterizzate da una scarsa rappresentanza femminile - si sono infatti distinti per una minoritaria ovvero inesistente, almeno in una fase iniziale, presenza di donne[30]. Se nella formazione di simili organismi la regola principe è la competenza della persona nominata, durante la pandemia sono state preferite procedure poco chiare, assimilabili alla cooptazione, in quanto basate sulla conoscenza personale del soggetto da nominare[31]. Inoltre, anche modalità selettive orientate a garantire una certa trasparenza e neutralità, come nel caso dei membri scelti tra chi ricopriva specifici ruoli istituzionali e amministrativi apicali, si sono mostrate inadeguate, posto il perdurante problema della scarsa presenza femminile nelle posizioni di vertice tanto nel settore privato quanto in quello pubblico (fenomeno denominato soffitto di cristallo o *glass ceiling*).

Una maggiore attenzione volta a garantire un'adeguata presenza di donne nelle *task forces* avrebbe potuto favorire politiche di contrasto all'emergenza e di ripartenza differenti. Massicciamente presenti nei luoghi di gestione concreta della pandemia (settore sanitario e di cura) e, al contempo, fortemente colpite dalla medesima in plurimi aspetti della propria vita, non solo lavorativa, le donne avrebbero potuto mettere a disposizione delle istituzioni un'esperienza incontrovertibilmente diversa da quella maschile e favorire soluzioni maggiormente attente a quelle problematiche di cui sono state – loro malgrado - protagoniste nella fase emergenziale[32].

3. Lavoro e dignità. La necessità di un cambio di rotta per la piena attuazione dell'eguaglianza

Nel rapportare tutto quanto sin qui delineato alla Costituzione, deve osservarsi come l'ordinamento giuridico sia ancora lontano dall'attuare le previsioni costituzionali sull'eguaglianza tra persone di sesso diverso, tanto che discriminazioni e diseguaglianze investono ancora oggi tutti i segmenti della società, non da ultimo – come si è tentato di dimostrare sin qui, seppur brevemente - anche il mondo del lavoro. Questo, peraltro, deve essere ritenuto una vera e propria istituzione sociale[33], che compartecipa alla

[29] Cfr. sul punto E. CATELANI–M. D'AMICO, *Introduzione. Le problematiche di genere emerse durante l'emergenza sanitaria: tante nuove questioni che si sommano a disuguaglianze pregresse*, in ID., *Effetto Covid*, cit., pp. 15-17.

[30] Per un'approfondita disamina sulla composizione delle diverse *task forces* formate dalle istituzioni governative italiane si veda E. FORNALÈ–C. GERMANO, *La parità di genere nell'emergenza: un'analisi del carattere democratico-rappresentativo delle "task forces" alla luce del diritto internazionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa,* n. 1/2021, spec. pp. 351-355.

[31] E. FORNALÈ–C. GERMANO, *La parità di genere*, cit., p. 356.

[32] E. CATELANI–M. D'AMICO, *Introduzione. Le problematiche di genere*, cit., p. 17.

[33] Secondo l'espressione di R.M. SOLOW, *The Labor Market as a Social Institution*, Cambridge, Mass., Blackwell, 1990, trad. it. *Il mercato del lavoro come istituzione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1994. Qualifica il luogo di lavoro come una "formazione sociale" ai sensi dell'art. 2 Cost., ove si sviluppa la personalità di ciascun individuo Q. CAMERLENGO, *Valori e identità: per un rinnovato umanesimo costituzionale*, in *Consulta on line*, n. II/2022, p. 641.

realizzazione della dignità personale e sociale di ciascun individuo e, pertanto, dovrebbe essere costruito nel pieno rispetto anzitutto dei principi personalista ed egualitario.

La dignità sociale, d'altronde, anzitutto fa da cerniera tra le due forme dell'eguaglianza previste all'art. 3 Cost., rendendole tra loro complementari e non, come pure si riteneva, contrapposte l'una all'altra[34]. La dignità sociale, inoltre, collega il principio di eguaglianza al principio personalista formulato all'art. 2 Cost., in cui la dignità personale emerge come valore da proteggere[35]. Lo stringente rapporto tra eguaglianza e dignità, dunque, fa sì che la dimensione giuridica e costituzionale della persona non si arresti esclusivamente a quella astratta e individuale, ma contempli anche il suo collocamento nel contesto sociale, economico e politico, dunque nel contesto relazionale[36].

Da tale assunto consegue che la previsione dello statuto costituzionale della donna, ossia delle numerose disposizioni volte a garantire a tutte pieno accesso ai diritti costituzionali, rappresenti il primo e più alto strumento normativo diretto allo smantellamento della costruzione androcentrica della società[37].

In questa opera di ricostruzione, importanza centrale assume l'art. 37, comma 1, Cost., il quale ha mostrato nel corso del tempo una certa adattabilità al contesto sociale in mutamento, anche in ragione dell'evoluzione interpretativa che lo ha investito e che lo ha strettamente agganciato all'art. 3 Cost.[38] L'art. 37 Cost., invero, compendia in sé le due dimensioni dell'eguaglianza. Nel riconoscere alla donna lavoratrice parità di diritti e di retribuzione (rispetto agli uomini) attua pienamente il principio liberale dell'eguaglianza formale. Nell'attribuire tutela alla madre lavoratrice, poi, mostra consapevolezza circa l'esistenza di condizioni obiettive di differenza tra donne e uomini, che devono essere riconosciute e

[34] M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale,* CEDAM, Padova, 1983, p. 199.

[35] Ancora M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., 202; nonché, Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, cit., passim, e, di recente, A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2019, pp. 10-12; A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, p. 35.

[36] A. CELOTTO, *Art. 3, 1° co.,* in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, UTET, Torino, 2006, p. 72.

[37] Non è qui possibile ricostruire la ricca dottrina che si è occupata di una puntuale analisi dell'evoluzione normativa sulla costruzione di un ordinamento duale. Tra i lavori più recenti si segnalano: AA.VV., *Uguaglianza o differenza di genere? Prospettive a confronto,* Quad. n. 3 di *costituzionalismo.it*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022; G. CERRINA FERONI – T. GROPPI (a cura di), *Procedure di nomina ed equilibri di genere. Una prospettiva italiana e comparata*, Il Mulino, Bologna, 2022; F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus di genere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022; S. CECCHINI, *La Corte costituzionale paladina dell'eguaglianza di genere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Raffaello Cortina, Milano, 2020; B. PEZZINI-A. LORENZETTI (a cura di), *La violenza di genere dal Codice Rocco al Codice rosso*, Giappichelli, Torino, 2020; B. PEZZINI-A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto di genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2019; M. G. RODOMONTE, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2018.

[38] Per una diffusa ricognizione sull'art. 37 Cost. e sull'evoluzione interpretativa e applicativa di cui è stato protagonista si consenta di rinviare a I. DE CESARE, *Il lavoro delle donne alla prova della pandemia. L'inattuazione del progetto costituzionale*, in *Nomos*, n. 1/2022, spec. pp. 18-29.

tutelate per evitare che, a fronte di una neutrale applicazione dell'eguaglianza formale, si trasformino in diseguaglianze di fatto.

L'art. 37 Cost., pertanto, tutela la donna e la scelta di essere lavoratrice *e* madre, impedendo che la sfera familiare possa pregiudicare quella lavorativa, o viceversa. La Costituzione valorizza le differenze, quando obiettivamente esistenti, dando già a livello costituzionale piena attuazione all'eguaglianza non solo formale ma anche sostanziale, ai sensi dell'art. 3 Cost.

Se questo è il complessivo disegno costituzionale sul lavoro femminile, la gestione della pandemia e le sue conseguenze hanno evidenziato una condizione del mercato del lavoro ben diversa, dove ancora oggi le donne sono costrette a scegliere tra spazio produttivo e riproduttivo[39]. L'ordinamento e, in particolare, il mercato del lavoro sono ancora improntati alla «povertà di genere» nell'accesso e nell'esercizio dei diritti[40]. Da questa consapevolezza devono prendere le mosse le future battaglie volte a rimuovere discriminazioni e diseguaglianze presenti nella legislazione e nella società, in quanto contrarie alla Costituzione.

Un'occasione è certamente rappresentata dal PNRR, il quale prevede tra gli assi strategici l'inclusione sociale e tra gli obiettivi generali la parità di genere, perseguita attraverso l'*empowerment* femminile e il contrasto alle discriminazioni.

Nel realizzare questi obiettivi il PNRR formula specifici interventi. La Missione 1, potenziando l'infrastruttura digitale, vuole offrire sostegno e ampliamento all'imprenditoria femminile e, potenziando turismo e cultura, mira ad ampliare l'occupazione femminile[41]. La Missione 4, relativa a istruzione e ricerca, dispone un piano asili nido e un generale potenziamento del sistema scolastico, oltre ad un investimento sugli studi STEM per le studentesse[42]. Infine, la Missione 5 prevede alcune azioni specificamente rivolte all'imprenditoria femminile – tra cui l'introduzione di una certificazione sulla parità di genere per le imprese, disposta nella l. 162/2021 – nonché azioni inclusive che dovrebbero produrre effetti indiretti anche a vantaggio delle donne (soprattutto riduzione della marginalizzazione e del carico di cura)[43].

Nonostante l'importanza di tali previsioni, da una lettura complessiva emerge come anche il PNRR sconti dei limiti nelle scelte di intervento. In particolare, non sembra che questo sarà nel medio periodo idoneo

[39] Questo dato risultava già evidente prima della pandemia, alla luce tanto dei dati relativi alle condizioni di lavoro delle madri lavoratrici, quanto di quelli relativi alla forte contrazione nel numero di nascite. Sul punto E. CATELANI, *La donna lavoratrice nella "sua essenziale funzione familiare" a settant'anni dall'approvazione dell'art. 37 Cost.*, in *federalismi.it*, n. 5/2019, spec. pp. 83-85.

[40] Q. CAMERLENGO, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1-2/2019, pp. 16-18.

[41] PNRR, p. 39

[42] *Op. ult. cit. loc.*

[43] *Op. ult. cit.*, pp. 39-40.

a rimuovere i problemi strutturali che il mercato del lavoro presenta e che minano la piena realizzazione della dignità sociale delle donne.

Anzitutto manca un'azione rivolta non solo all'aumento quantitativo occupazionale, ma anche (e soprattutto) al suo miglioramento qualitativo[44], con particolare riferimento al contrasto alle forme di precariato. Inoltre, l'aumento occupazionale si rivolge ad ambiti – pubblica amministrazione, turismo, cultura – dove le donne sono già ben presenti e dove si verifica il descritto fenomeno della settorializzazione lavorativa.

Ancora, il PNRR mostra senza dubbio una certa consapevolezza rispetto al problema della sproporzione nei compiti di cura. Si riconosce esplicitamente che le azioni volte a favorire la conciliazione dei tempi di lavoro e cura potranno sortire effetti consistenti per la riduzione delle diseguaglianze di genere solo se accompagnate da una decisa revisione culturale che elimini gli stereotipi della donna prima e soprattutto madre - *caregiver* - e dell'uomo prima e soprattutto lavoratore - *breadwinner*[45]. A ben vedere, la rimozione di tali stereotipi può essere stimolata attraverso soluzioni che incentivino il ricorso alle misure di conciliazione vita-lavoro, come lo *smart working*, da parte degli uomini[46]. Su questo punto però il PNRR, prevedendo interventi rivolti genericamente alla cura dei figli[47], non si discosta dal terreno già tracciato dalle pregresse politiche sociali, che sino ad ora si sono rivelate inefficaci nel riequilibrio dei compiti di cura familiare.

Da ultimo, è stato rilevato come le cifre da impiegare per le varie azioni previste nel PNRR non siano particolarmente consistenti, soprattutto con riferimento agli interventi disposti dalla Missione 5[48].

Tra le novità collegate alla piena realizzazione del PNRR, infine, deve segnalarsi la recente approvazione del *Family Act* – Deleghe al Governo per il sostegno e la valorizzazione della famiglia[49], che mira al riordino del sistema dei congedi parentali[50]. L'art. 3 prevede l'introduzione di un periodo di congedo di almeno due mesi non cedibile all'altro genitore e il sensibile aumento del periodo di astensione obbligatoria per i padri, attualmente fermo a 10 giorni. Si tratta di un primo passo verso l'adozione di una

---

[44] C. TRIPODINA, *I perduranti ostacoli all'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne: dal Caso Oliva al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 5/2021, p. 142.

[45] PNRR, p. 116.

[46] F. ROSA, Work-life balance *e pandemia*, in E. CATELANI–M. D'AMICO (a cura di), *Effetto Covid*, cit., p. 122. Sul punto, nonché sull'influenza reciproca tra lavoro precario e compiti di cura per la madre lavoratrice, nello stesso volume E. STRADELLA, *L'impatto della pandemia sul lavoro precario nella prospettiva di genere. Alcune considerazioni*, pp. 133-143.

[47] In particolare, investimenti per la costruzione di asili nido e scuole per l'infanzia; potenziamento del sistema delle mense e del tempo pieno; incremento delle risorse da destinare alle infrastrutture a sostegno delle famiglie; assegno unico universale per i figli.

[48] Sul punto C. TRIPODINA, *I perduranti ostacoli*, cit., p. 143, ma si vedano anche V. MELIS-S. UCCELLO, *Certificazione di parità per le donne dal 2022: in dote (solo) 50 milioni*, 7 dicembre 2021, ilsole24ore.com.

[49] L. 32 del 7 aprile 2022.

[50] Su cui si segnala il recente d.lgs. 105/2022, adottato in attuazione della Direttiva UE 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, entrato in vigore il 13 agosto 2022.

vera e propria politica della *conciliazione condivisa*[51], tappa imprescindibile se si vuol giungere alla piena realizzazione dell'eguaglianza costituzionale e, in particolare, dell'art. 37 Cost., che dovrà però necessariamente essere accompagnata anche da una ristrutturazione del mercato lavorativo (non solo) femminile.

Ed invero, il limite che complessivamente sembrano scontare tanto il PNRR quanto gli interventi normativi ad esso collegati, è una visione sbilanciata verso la tutela dei lavoratori e, soprattutto, delle lavoratrici in rapporto alla dimensione familiare[52], mentre poche, o comunque poco innovative, sono le azioni previste per coloro che non siano anche madri, quasi a presupporre la maternità quale condizione intrinseca, e non libera scelta individuale (in condivisione con il partner, ove possibile) di piena realizzazione personale. Il lavoro, all'opposto, è concepito dalla Costituzione come bene imprescindibile per il pieno sviluppo di ciascun individuo[53].

Nel rispetto e in attuazione del dettato costituzionale sarebbe tempo, allora, di cambiare prospettiva: gli interventi dovrebbero essere anzitutto rivolti alla ristrutturazione del mercato del lavoro in chiave costituzionalmente orientata ed egualitaria, attraverso l'adozione di misure che migliorino qualitativamente l'occupazione – non solo femminile – e che tengano specifico conto delle diseguaglianze che le donne incontrano nel percorso lavorativo. Appare sempre più indispensabile attuare un sistema che consenta a tutti gli individui di poter sviluppare pienamente le proprie aspirazioni indipendentemente dalle scelte che si compiono in ambito privato e familiare. In questo quadro il legislatore dovrebbe, poi, predisporre tutte le misure necessarie a garantire che la scelta della donna di diventare madre non diventi, di fatto, discriminatoria, attraverso la promozione di un nuovo modello familiare nel quale la genitorialità, come si ricava anche dalla recente e consolidata interpretazione dell'art. 37, comma 1, Cost.[54], non sia più considerata un compito - e un diritto - solo ed esclusivamente femminile.

[51] F. ROSA, Work-life balance *e pandemia*, cit., p. 126.
[52] L. RONCHETTI, *Il genere e la pandemia*, cit., p. 1068.
[53] Per una recente riflessione sul punto C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, Franco Angeli, Milano, 2019.
[54] Si v., *ex multis*, C. TRIPODINA, *Articolo 37*, in F. CLEMENTI–L. CUOCOLO–F. ROSA–G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, II ed., Il Mulino, Bologna, 2021, spec. pp. 259-262.

L'art. 41 Cost. alla prova dell'emergenza da Covid-19: un'inevitabile soluzione emergenziale o un nuovo bilanciamento tra mercato e diritti della persona?*

di Annachiara Montesano
Dottoressa in Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli Federico II

Abstract [It]: L'art. 41 Cost. rappresenta un *punctum dolens* all'interno del dibattito dottrinale in quanto involge in maniera diretta le riflessioni sul modello economico costituzionalizzato e sulla sua persistenza a seguito del fenomeno di integrazione comunitaria e dell'avvento della c.d. Costituzione economica europea. La pandemia, *rectius* la normativa emergenziale di contenimento della stessa, ha impattato in maniera dirompente sull'iniziativa economica privata, agendo attraverso le clausole limitative previste al comma 2 dell'art. 41 Cost. e mediante il bilanciamento con altri beni costituzionalmente tutelati. Se in circostanze di emergenza sanitaria, la limitazione di tale libertà per la tutela della sicurezza e della salute pubblica e della stessa utilità sociale è apparsa quasi ovvia, oltre che legittima, ci si chiede se da tali vicende si possano estrapolare linee direttrici stabili per un diverso bilanciamento tra mercato e diritti della persona, sul piano nazionale e su quello europeo.

Title: Article 41 of the Constitution on the test of the Covid-19 emergency: an inevitable emergency solution or a new balance between the market and individual rights?
Abstract [En]: Article 41 of the Constitution represents a punctum dolens within the doctrinal debate as it directly involves reflections on the constitutionalised economic model and its persistence following the phenomenon of community integration and the advent of the so-called European economic constitution. The pandemic, rectius the emergency legislation to contain it, has had a disruptive impact on private economic initiative, acting through the limiting clauses provided for in paragraph 2 of Article 41 of the Constitution and by balancing it with other constitutionally protected goods. If in circumstances of health emergency, the limitation of such freedom for the protection of public health and safety and social utility itself appeared almost obvious, as well as legitimate, one wonders whether stable guidelines can be extrapolated from such events for a different balancing between the market and the rights of the individual, at the national and European levels.

Parole chiave: Articolo 41 Cost., bilanciamento, salute, covid-19, emergenza sanitaria
Keywords: Article 41 of the Constitution, balance, health, Covid-19, emergency

Sommario: 1. L'art. 41 Cost. tra genesi nella Costituzione repubblicana e trazione della Costituzione economica europea. **2.** L'impatto dell'emergenza sanitaria sulla libertà di iniziativa economica privata: una compressione senza precedenti ma non originale. **3.** Il difficile bilanciamento tra mercato e diritti della persona tra svolta sociale dell'Unione Europea e "Stato sussidiatore" di un mercato in sofferenza.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. L'art. 41 Cost. tra genesi nella Costituzione repubblicana e trazione della Costituzione economica europea

Valutare direttamente gli effetti della pandemia sull'iniziativa economica privata e il presunto cambio di passo che essa ha comportato da parte delle istituzioni comunitarie e dell'Italia sarebbe sicuramente possibile ma risulterebbe rischioso: non solo per un'esigenza di ordine logico ed espositivo ma perché spesso le fondamenta del ragionamento in questo ambito scricchiolano pericolosamente; sia dunque concesso di ripercorrere brevemente la storia tormentata di questa norma.

L'art. 41 rappresenta all'interno della Costituzione una delle norme di più difficile comprensione, foriera di numerose e contrastanti interpretazioni sin dalla sua approvazione[1]. Il fertile e animoso dibattito è stato occasionato non soltanto dalla complessità del dato normativo ma soprattutto dall'importanza del tema, *i.e.* l'articolazione della struttura economica da parte di una comunità politica e il rapporto tra Stato ed economia, frutto di pregnanti considerazioni valoriali. Imprescindibile premessa logica di tali riflessioni è infatti l'assunzione della politicità del mercato[2] e dunque di una consapevole determinazione politico-giuridica della misura, quantitativa e qualitativa, dell'intervento statale nell'economia e del bilanciamento tra mercato e diritti.

D'altra parte questa norma rappresenta, in maniera più eloquente di altre, lo stesso carattere innovativo delle Costituzioni del Novecento, volte a consacrare un patto sociale che difendesse i cittadini oltre che dal potere politico – statuale – anche dal potere economico[3]. In particolare, era chiaro ai Padri Costituenti che non potesse realizzarsi una vera democrazia politica senza una democrazia economica[4], intesa da

[1] A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, voce in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 582 ss.

[2] Cfr. la fondamentale opera di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998 e, in adesione, G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 145. Su come anche i padri fondatori del pensiero liberista non predicassero la naturalità del mercato – uno degli elementi del "mito della mano invisibile" – e sul travisamento dei loro successori cfr. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, relazione al Convegno annuale dell'AIC "*Costituzionalismo e costituzione nella vicenda unitaria italiana*", Torino, 27-29 Ottobre 2011, pp. 20 ss. In una posizione "liquidativa" si pone O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza. Indipendenza della banca centrale. Pareggio di bilancio*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 119-120.

[3] F. GALGANO, *Art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, II, Bologna, Zanichelli, 1982, pp. 1-3.

[4] ATTI PARLAMENTARI, Relazione del Presidente della Commissione al Progetto di Costituzione della Repubblica italiana, presentata alla Presidenza dell'Assemblea Costituente il 6 febbraio 1947, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1947, p. 7.

alcune forze politiche "in senso formale"[5] e da altre "in senso sostanziale", cioè orientata alla giustizia sociale[6].

In tal senso l'art. 41 Cost. rappresenta la «chiave di volta»[7] dell'impianto costituzionale in merito ai rapporti economici e sanzione costituzionale di quello che in dottrina viene diffusamente definito come un modello economico di c.d. economia mista[8].

La Costituzione convalida chiaramente il modo di produzione capitalistico e il tracciato di un'economia di mercato[9] ma tanto che si ritenga, secondo una tesi rigorosa, di distinguere i momenti dell'"iniziativa" e dello "svolgimento" all'interno dell'"attività economica"[10], tanto – anzi *a fortiori* – che si concordi con la tesi prevalente e seguita dalla Corte Costituzionale[11] dell'identità tra oggetto del primo e del secondo comma[12], l'iniziativa (o produzione) economica privata è significativamente limitata, in particolare dall'utilità sociale (comma 2), e l'attività economica è indirizzata e coordinata dalla legge a fini sociali (comma 3)[13]. Inoltre è ormai fuor di dubbio che la libertà di iniziativa economica privata non rientri nel novero dei diritti fondamentali, in quanto «la Costituzione dubita che il suo esercizio sia di per sé in armonia con il bene comune»[14].

---

[5] TERZA SOTTOCOMMISSIONE, Relazione del deputato Paolo Emilio Taviani su Il diritto di proprietà, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1946, ove l'A. evidenziava come la democraticità economica fosse espressa dalla possibilità e dall'incentivazione dell'"accesso" alla proprietà, concetto reso ancora più chiaro da Fanfani in TERZA SOTTOCOMMISSIONE, 27 settembre 1946, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1946, p. 92. Analoghe considerazioni emergono in merito alla discussione sulla libertà di iniziativa economica privata – definita impropriamente da alcuni proprietà privata dal punto di vista "dinamico" – come osservato anche da G. AMATO, *L'informazione finanziaria price-sensitive*, Firenze, Firenze University Press, 2013, p. 20.

[6] PRIMA SOTTOCOMMISSIONE, Relazione del deputato Palmiro Togliatti sui Principii dei rapporti sociali (economici), Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1946, ove l'A. affermava che la realizzazione della persona umana era legata all'organizzazione economica della società e che la difesa delle stesse libertà democratiche passava per la posizione di basi nuove, in grado di limitare il potere economico, e per la realizzazione di trasformazioni economiche e sociali ad opera dello Stato; i principi del liberalismo non erano sufficienti ed era necessario che l'attività economica venisse orientata alla realizzazione di nuovi principi di giustizia sociale, nell'alveo della c.d. «democrazia progressiva».

[7] Espressione utilizzata da R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. 1, Torino, Utet, 2006, p. 849.

[8] Sul riconoscimento costituzionale dell'"economia mista" cfr. M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, voce in *Dig. pub.*, vol. V, Torino, Utet, 1990, p. 376; *contra* C. BUCCI, *Economia (intervento pubblico nell')*, voce in *Dig. pub.*, vol. V, Torino, Utet, 1990, pp. 368-369. Per la definizione di sistema ad "economia mista" o "interventista" cfr. M.S. GIANNINI, *Economia (disciplina della)*, voce in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 274 ss.

[9] Sulla costituzionalizzazione del mercato o «scambio mercantile» e del sistema capitalistico o «modo di produzione capitalistico» cfr. M. LUCIANI, *Unità nazionale*, cit., pp. 46 ss., O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, cit., pp. 121-124 e G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico,* Bologna, Zanichelli, 2012, pp. 654-656 (suo è il virgolettato).

[10] In particolare A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., pp. 592 ss. e M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, pp. 13 ss., ai quali si rimanda anche per l'identificazione dell'oggetto e dunque degli atti e delle attività sussumibili nell'art. 41 Cost.

[11] Sentenze nn. 78 del 1958, 35 del 1960, 38 del 1960, 55 del 1961, 54 del 1962.

[12] F. GALGANO, *Art. 41*, cit., pp. 4-5.

[13] In questo contributo ci si riferirà alla formulazione originaria dell'art. 41 Cost., ritenendo che tale quadro non abbia subito mutamenti sostanziali a seguito della L. cost. n. 1 del 2022.

[14] M. LUCIANI, *Unità nazionale*, cit., p. 48; per una disamina più approfondita sul tema cfr. ID., *La produzione economica privata*, cit., pp. 41 ss.

Quelle che sembravano acquisizioni sì dibattute ma che rispondevano ad assetti ben definiti del rapporto tra Stato e mercato hanno iniziato a subire un'erosione in concomitanza con lo sviluppo del fenomeno d'integrazione comunitaria, in particolare a seguito dell'intreccio di due momenti: l'approvazione, il 7 febbraio del 1992, a Maastricht del Trattato sull'Unione europea e il convegno su "La costituzione economica" svoltosi a Ferrara l'11 e il 12 ottobre 1991. Fino ad allora era risultato ostico lo stesso utilizzo dell'espressione "Costituzione economica"[15] distinta dalla Costituzione "politica", in quanto si riteneva che la Costituzione repubblicana fosse unica e non frazionabile, in essa ogni parte era interconnessa e funzionalizzata ai principi fondamentali ed esprimeva un progetto unitario di democrazia politica, economica e, dunque, sociale[16].

Per l'UE, invece, non solo possiamo ricorrere a una siffatta espressione ma quella economica è la principale e prevalente Costituzione europea, «a prescindere dagli esiti del c.d. processo costituente e dalla costruzione di una "cultura costituzionale" dell'Unione»[17], in quanto è «l'ordine giuridico dell'UE» a giocare «il ruolo di costituzione economica sovraordinata»[18]. La nozione di Costituzione economica europea – divisa per semplificazione in tre contesti: una costituzione del mercato unico, una costituzione monetaria e una costituzione finanziaria[19] – è utilizzata in maniera a-tecnica per indicare quell'insieme di principi e regole che pervadono il diritto e la giurisprudenza dell'UE e che recepiscono il modello economico del c.d. ordoliberalismo della Scuola di Friburgo[20], operando come un vero e proprio «paradigma»[21].

Così il «vento della concorrenza»[22] ha soffiato tanto forte da alimentare orientamenti neoliberali e ordoliberali che, ribaltando i termini economici della Costituzione – libertà di iniziativa economica privata, proprietà privata, tutela del risparmio, equilibrio di bilancio – hanno ritenuto che le finalità sociali fossero raggiungibili soltanto preservando il mercato e riducendo l'intervento pubblico al minimo indispensabile[23]. Le posizioni neoliberali si sono abbattute sull'art. 41 ritenendo di "costituzionalizzare"

[15] Per un'esposizione dei termini del dibattito e una critica alla nozione di costituzione economica cfr. G. MARCOU, *Critica dell'ordine pubblico economico europeo*, in E. CASTORINA, A. LUCARELLI, D. MONE (a cura di), *Il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2016, pp. 142-148.
[16] M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., pp. 374-375; O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, cit., pp. 11-12.
[17] G. DI PLINIO, *Il risparmio nella Costituzione economica europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2009, p. 1221.
[18] G. MARCOU, *Critica dell'ordine pubblico economico europeo*, cit., p. 129.
[19] G. DI PLINIO, *La costituzione economica nel processo costituente europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2003, pp. 1780-1781; O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, cit., p. 7.
[20] A. LUCARELLI, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in E. CASTORINA, A. LUCARELLI, D. MONE (a cura di), *Il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2016, pp. 18 ss.
[21] G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Bari-Roma, Laterza, 2021, pp. 159 ss.
[22] G. MINERVINI, *Prefazione*, in F. BELLI, G. MINERVINI, A. PATRONI GRIFFI, M. PORZIO (a cura di), *Banche in crisi. 1960-1985*, Roma-Bari, Laterza, 1987, p. VIII.
[23] O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, cit., pp. 12-13.

il mercato concorrenziale, chi in maniera originaria attraverso la stessa libertà di iniziativa economica[24], chi riconoscendo la sua natura di «contenitore» in grado di recepire la «cultura del mercato» proveniente dall'Europa[25], passando «dal polo soggettivo della garanzia individuale di una libertà al polo funzionale ed oggettivo del libero mercato concorrenziale come valore in sé, tutelabile in virtù di un suo valore ontologico»[26].

Ma la concorrenza, ponendosi sia come «profilo» che come «limite» della libertà economica, è, per questo secondo aspetto, in stretta connessione con l'utilità sociale, ne rappresenta uno «strumento» non un fine e risulta permeata dal principio di utilità sociale, talché tanto la sua limitazione quanto la sua garanzia devono passare il vaglio di meritevolezza alla luce dell'utilità sociale[27].

In tale contesto anche le interpretazioni che ritengono l'ordinamento interno adattabile e da adattare all'ordinamento comunitario, *rectius* al modello economico europeo, attraverso l'art. 11 Cost.[28] pongono in discussione gli stessi principi fondamentali. Si è già detto che la Costituzione è unica ed espressiva di un progetto unitario e le disposizioni costituzionali riguardanti i rapporti economici sono eloquentemente accompagnate dall'aggettivo "sociale", che a sua volta colora i sostantivi «"fini", "finalità", "funzione", proprio a sottolineare quale sia l'orientamento teleologico dell'intervento pubblico»[29]. La garanzia e l'opera per la realizzazione concreta dei diritti sociali o socio-economici – cifra distintiva dell'intera Costituzione – sono affidate all'intervento pubblico, dotato del potere di incidere sui processi economici all'interno del libero mercato, in vista del «progetto di *generale* trasformazione sociale»[30] espresso dall'art.

[24] A. PACE, *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in *La costituzione economica*, Atti del Convegno AIC, Ferrara, 11-12 ottobre 1991, Padova, Cedam, 1997, p. 178.

[25] G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *La costituzione economica*, Atti del Convegno AIC, Ferrara, 11-12 ottobre 1991, Padova, Cedam, 1997, pp. 17-18. Nello stesso senso F. GUIZZI, *La tutela del risparmio nella Costituzione*, in *Il Filangieri*, n. 2-3-4/2005, p. 173.

[26] F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 15.

[27] M. LUCIANI, *Unità nazionale*, cit., p. 52. Questa contrapposizione di vedute, a seguito della L. cost. 3/2001, si è riversata nell'interpretazione dell'affidamento espresso, nell'art. 117, comma 2, lett. e), alla competenza esclusiva del legislatore statale della «tutela della concorrenza», in quanto l'indirizzo neoliberale ritiene sia stato introdotto un obbligo costituzionale per il legislatore di adottare discipline a tutela della concorrenza, mentre quello democratico-sociale ritiene che l'inserimento rappresenti una semplice norma sulla competenza per un'eventuale disciplina, O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, cit., pp. 130-133. È stata lambita dal vento della concorrenza anche la Corte Cost. che, con la sent. n. 270 del 2010, ha instaurato un controverso bilanciamento tra la concorrenza e l'utilità sociale, beni difficilmente collocabili sullo stesso piano, considerando che la concorrenza è un mezzo e l'utilità sociale è più di uno scopo, «in quanto sfondo assiologico di riferimento degli scopi medesimi», M. LUCIANI, *Unità nazionale*, cit., p. 54. Per un approfondimento cfr. E.M. LANZA, *Concorrenza, iniziativa economica e utilità sociale: spigolature su principi e limiti tra ordinamento europeo e Costituzione italiana*, in E. CASTORINA, A. LUCARELLI, D. MONE (a cura di), *Il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1/2016, pp. 89 ss.

[28] G. AMATO, *L'informazione finanziaria price-sensitive*, cit., p. 18.

[29] Inoltre «l'aggettivo cui più frequentemente si associa è "economico/economica", quasi a voler suggerire, se non proprio un'endiadi, almeno una connessione logica e causale», O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, cit., p. 17.

[30] M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., p. 375.

3 comma secondo, che è la «norma-guida», «vero e proprio *token* caratterizzante della nostra Carta fondamentale»[31].

Ed è con questo dibattito sullo sfondo che si è consumato l'incontro/scontro tra ordinamenti, con rilevanti conseguenze nella vita dei cittadini europei.

2. L'impatto dell'emergenza sanitaria sulla libertà di iniziativa economica privata: una compressione senza precedenti ma non originale

L'emergenza sanitaria causata dalla diffusione del SARS-CoV-2 ha sicuramente colto di sorpresa il mondo intero e ha coinvolto in maniera particolarmente intensa il nostro Paese, primo tra i Paesi occidentali. Ciò ha causato una reazione scomposta e copiosa dal punto di vista normativo che solo in parte può giustificarsi con l'imprevedibilità dell'evoluzione dell'emergenza.

Per il profilo che qui ci impegna, la normativa emergenziale[32], in vista dell'esponenziale aumento della diffusione del virus, ha disposto limitazioni senza precedenti alla libertà di iniziativa economica privata: ha sospeso un numero sempre maggiore di attività economiche, attraverso la tecnica di una sospensione generale e della previsione di una serie (in realtà lunga) di eccezioni e ha imposto in maniera stabile a tutte le altre stringenti condizioni di esercizio volte a contenere il contagio. Tali interventi limitativi delle attività produttive hanno agito principalmente con la copertura delle clausole della «sicurezza» e dell'«utilità sociale» del comma secondo dell'art. 41 Cost.

In particolare, alle circostanze prodotte dall'emergenza sanitaria si è attagliato il limite della sicurezza. Non è necessario fare riferimento all'ampia interpretazione che ne dà la Corte Cost. giungendo a identificare tale limite con «l'ordinato vivere civile»[33] e quindi a sovrapporlo con la sicurezza pubblica contenuta negli artt. 16 e 17 Cost. Si può richiamare la sicurezza intesa in senso soggettivo – che meglio si accompagna alla «libertà» e alla «dignità umana» dell'art. 41 comma 2 – e non limitata all'incolumità fisica ma in stretta connessione con l'art. 32 Cost., che tutela «la salute *anche* come diritto all'ambiente»,

[31] *Ivi*, p. 378. Cfr. P. BILANCIA, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, pp. 2-5, ove l'A. confronta il modello economico della Costituzione repubblicana con la Costituzione economica europea, evidenziandone i diversi caratteri e i diversi obiettivi. Per una lettura che sottolinea la dimensione sociale dell'art. 41 ma che valorizza il collegamento con l'art. 2 Cost. e con i diritti fondamentali dell'uomo cfr. G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, cit., pp. 152-158.

[32] È impossibile ricostruire in questa sede la catena normativa dell'emergenza che ha condotto al c.d. primo *lockdown*, ci limitiamo a delimitarla temporalmente individuando il periodo che va dalla dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020 al d.P.C.M. dell'11 giugno 2020; per un'attenta ricostruzione dei fondamenti legittimanti delle fonti *extra ordinem* e delle misure limitative della libertà di iniziativa economica privata cfr. M. CECCHETTI, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata durante l'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 4/2020, pp. 63 ss.

[33] Sent. n. 2 del 23 giugno 1956.

postulando un «concetto di sicurezza fisio-psichica ben più ampio di quello coincidente con la sola incolumità» e con l'art. 4 Cost., in un'ottica di protezione del diritto al lavoro[34].

Più lata è stata la copertura offerta dall'utilità sociale. Di fronte alla stratificazione "casistica" derivante dalla giurisprudenza costituzionale, dalla quale emerge una «logica comune» che ritiene di utilità sociale «quei beni che non solo sono ritenuti tali dal legislatore ordinario, ma che godono anche e soprattutto di diretta protezione e garanzia in Costituzione»[35], sarebbe più agevole ricondurre a questa clausola la tutela del diritto alla salute e la protezione sul luogo di lavoro. Ma seguendo una consolidata dottrina che definisce l'utilità sociale strutturalmente come un «principio-valvola»[36] o clausola generale e funzionalmente come un «concetto di valore», è possibile riempire di contenuto questa clausola valorizzando l'aggettivo «sociale» e riconoscendo che l'utilità è quella della società "futura" disegnata dal secondo comma dell'art. 3[37]: in campo economico tanto i limiti, come in questo caso, tanto i fini dell'attività economica sono definiti dal legislatore in virtù di quel progetto di trasformazione sociale. È per questo che si ritiene che la clausola dell'utilità sociale, come guida del legislatore, possa esplicare le sue potenzialità maggiormente nella fase di ricostruzione e di reazione alle macerie economico-sociali lasciate dalla pandemia[38], più di quanto abbia fatto nella fase di emergenza, ove prioritaria era la tutela della vita, della salute e della sicurezza del lavoro.

Inoltre, dal punto di vista delle garanzie della libertà di iniziativa economica privata, criticità della normativa emergenziale sono state segnalate da quella parte di dottrina che, avallata dalla Corte Cost., ritiene che nel co. 2 dell'art. 41 sia presente una riserva di legge relativa implicita[39].

Da questo breve quadro emerge che durante la fase più acuta dell'emergenza sanitaria le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata sono state enormi ma, salvo un'eventuale e futura verifica della «*necessità*, *idoneità* e *proporzionalità*»[40] delle singole misure, sembra davvero difficile metterne in dubbio la legittimità quando a rappresentare l'altro termine del bilanciamento sono state la sicurezza, la salute e l'incolumità dei cittadini.

---

[34] M LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., pp. 194-195.
[35] *Ivi*, p. 138.
[36] A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 604.
[37] M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., pp. 117 ss.
[38] Come confermato da F. SCUTO, *L'intervento pubblico nell'economia tra Costituzione economica e* Next Generation EU, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, p. 924.
[39] M. CECCHETTI, *Le limitazioni*, cit., pp. 71 ss., ove l'A. richiama profili di criticità anche in merito al principio di legalità in senso non meramente formale. Altra dottrina, M. LUCIANI, *La produzione economica privata*, cit., pp. 156 ss., ritiene che non sia possibile individuare una riserva implicita generale e che la riserva di legge relativa implicita sia limitata all'utilità sociale, per via della peculiare natura di questa clausola.
[40] M. CECCHETTI, *Le limitazioni*, cit., p. 71.

D'altra parte tali limitazioni si sono collocate in un solco già tracciato da tempo dove a fare da contraltare c'erano considerazioni di tutt'altro tenore. Dietro le influenze comunitarie[41], la Corte Cost.[42] ha adombrato l'idea di una «valenza oggettiva del mercato concorrenziale», inerente non tanto alle libertà dei soggetti quanto piuttosto al «sistema economico oggettivamente considerato», per la realizzazione del quale sembra possibile la soccombenza o comunque la compressione della stessa libertà economica[43].

3. Il difficile bilanciamento tra mercato e diritti della persona tra svolta sociale dell'Unione Europea e "Stato sussidiatore" di un mercato in sofferenza

Parlando di crisi di portata globale e di reazioni strutturali tanto dell'UE quanto dell'Italia è inevitabile il rimando della memoria alla crisi finanziaria sorta negli Stati Uniti nel 2007 e che ha imperversato in Europa negli anni 2009-2012 come crisi dei debiti sovrani. L'eco di quegli anni è ancora udibile e non ha certo contribuito al buon nome delle istituzioni comunitarie tra i cittadini europei: mercato, *austerity*, liquidità monetaria le parole d'ordine. La risposta al fallimento del mercato (finanziario) portò a una breve ed emergenziale – anche in questo caso – stagione di "Stato assicuratore", seguita da una fase di elaborazione e affinamento di strumenti, procedure e sistemi che avrebbero dovuto assicurare una gestione ordinata delle crisi all'interno del mercato, tornando con una rinnovata consapevolezza all'assetto di "Stato regolatore"[44]: l'Unione bancaria europea.

La risposta alla crisi sanitaria è stata di tutt'altro tipo, apparentemente antitetica: deroga temporanea della disciplina degli aiuti di Stato, sospensione temporanea del Patto di Stabilità e Crescita e *Recovery plan for Europe* ora *NextGenerationEU*[45]. In particolare quest'ultimo è stata una novità assoluta, per l'entità delle somme stanziate[46] e soprattutto per la modalità di approvvigionamento: l'emissione di debito comune da parte della Commissione europea collocando sul mercato i c.d. *Recovery bond*[47]. Dietro l'orientamento

[41] Sul trattamento della libertà economica, spesso vittima del bilanciamento con il mercato concorrenziale e la stabilità finanziaria, nel quadro comunitario cfr. A. LUCARELLI, *Art. 16*. Libertà d'impresa, voce in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 130 ss. e F. GALLARATI, *La tutela dei diritti di azionisti e creditori nell'Unione bancaria, tra Corti europee e Corti costituzionali nazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2018, pp. 1189-1191.

[42] Sent. n. 14 del 2004.

[43] R. NIRO, *Art. 41*, cit., p. 857.

[44] A. LUCARELLI, *Il* Bail-in *paradigma dell'eterno conflitto tra Stato assicuratore e Stato regolatore. Crisi delle banche e nuove forme di risanamento: tra mercato, regola della concorrenza e dimensione sociale*, in *Federalismi.it*, n. 18/2016, p. 3.

[45] Il riferimento normativo principale è il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

[46] La somma totale ammonta a 750 miliardi di euro divisa in 390 miliardi di sovvenzioni e 360 miliardi di prestiti a condizioni vantaggiose. All'interno del NGEU, il pilastro principale, di ben 672,5 miliardi, è rappresentato dal Dispositivo per la ripresa e la resilienza.

[47] Un risultato straordinario se si pensa, in merito all'Unione bancaria europea, al naufragio della proposta dell'EDIS (*European Deposit Insurance Scheme*) e alla solerzia nella costruzione del SSM (*Single Supervisory Mechanism*) e del SRM (*Single Resolution Mechanism*).

vincolante del NGEU, l'Italia, maggiore beneficiario tra gli Stati membri, ha redatto il proprio Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) da 191,5 miliardi[48].

Tale approccio ha sicuramente rappresentato una svolta per l'UE che per la prima volta ha concretamente posto al centro della sua azione la tutela dei diritti sociali, del *welfare* e della coesione sociale[49]. Identificata espressamente dall'Unione nell'eliminazione delle disparità di genere, generazionali e territoriali, la coesione rappresenta il «minimo comune denominatore» di tutti i settori d'intervento indicati. Vi è di più, l'UE ritiene tali categorie fragili una risorsa in grado di produrre ricchezza[50], dunque la correzione delle disparità è l'obiettivo principale del Piano europeo, talché l'indicazione era che i piani nazionali prevedessero «un flusso di risorse prioritariamente destinato alle categorie deboli e di conseguenza meno generoso verso quelle privilegiate», in un'ottica di uguaglianza sostanziale[51].

Ed è proprio sul piano nazionale che giungono maggiori delusioni: non si fa abbastanza per giovani, Sud e donne, con un approccio decisamente più liberista[52]. In un'occasione quanto mai proficua, quasi ineludibile, restano quiescenti le potenzialità dell'art. 41 Cost. e pare che il mercato concorrenziale abbia stavolta maggiore ascendente sul piano nazionale che su quello europeo, lasciando che lo Stato (italiano) continui a essere meramente «sussidiatore»[53].

In definitiva al livello europeo pare proprio questo il momento di mettere a frutto gli strumenti offerti dalla teoria del diritto pubblico europeo dell'economia, valorizzando il «principio della coesione economico-sociale (quale paradigma dei diritti sociali), attribuendogli il significato e la valenza di principio-obiettivo, dal carattere normativo e prescrittivo»[54], in un'ottica redistributiva e di eguaglianza sostanziale, che vada oltre il principio di solidarietà, «paradigma europeo dei diritti sociali»[55], almeno fino ad adesso.

Al livello nazionale sarebbe bastato attingere a quel nucleo di valori sugellato nel collegamento tra art. 41 Cost. e art. 3 secondo comma, scarsamente considerato dal Governo e difficilmente recuperabile *in itinere*

---

[48] Trasmesso al Parlamento il 25 aprile 2021 e alla Commissione europea il 30 aprile 2021; reperibile su https://www.governo.it/it/approfondimento/pnrr-gli-obiettivi-e-la-struttura/16702. Per un'analisi comparata del piano progettato dal governo Conte *bis* e di quello approvato del governo Draghi cfr. G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2021, pp. 132 ss.

[49] F. SCUTO, *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 921. Inoltre è stato segnalato come il cambio di passo delle politiche dell'UE sia iniziato prima della crisi sanitaria, cfr. S. CECCHINI, *L'Europa aspira a diventare uno Stato sociale?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, pp. 103 ss.

[50] G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., p. 149.

[51] *Ivi*, p. 130.

[52] *Ivi*, pp. 142 ss.

[53] A. BARBA e M. PIVETTI, *Il "Piano di ripresa" tra interessi collettivi e interessi privati*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021, p. 18; in realtà gli A. sono molto critici anche nei confronti dell'UE, che ha sospeso le politiche di austerità solo per l'emergenza, talché «emerge ossessivamente la questione del carattere temporaneo dell'allentamento», p. 20.

[54] A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei, politiche pubbliche, dimensioni dell'effettività. Per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in ID., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 114.

[55] A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, in ID., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, p. 134.

stante la formulazione pressoché in solitaria del PNRR e un meccanismo di attuazione che «riduce il ruolo parlamentare a una presenza meramente notarile»[56].

L'unica partita aperta è – come sempre – quella delle riforme.

[56] G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., p. 129.

La libertà nella manifestazione del consenso informato a seguito dell'introduzione della Certificazione verde rafforzata*

di Giovanni Vaccaro
Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche e politiche
Università degli Studi Guglielmo Marconi

Abstract [It]: Partendo da un *excursus* circa le fonti sovranazionali, costituzionali e primarie fondanti il principio del consenso informato, il *paper* si soffermerà sulla legittimità dell'introduzione della certificazione verde Covid19 c.d. rafforzata. Nel dettaglio, verrà valutata la legittimità di quest'ultima in assenza di una previsione di obbligo vaccinale anti-SARS-CoV-2 (Covid-19) generalizzato. Dato l'ampio impatto di tale tipologia di certificazione nella vita e nei diritti dei consociati, l'analisi investirà altresì il rapporto tra la certificazione verde Covid19 c.d. rafforzata e i principi del consenso informato e dell'autodeterminazione terapeutica.

Title: The freedom element in the consent to a medical treatment after the introduction of the reinforced Covid certificate
Abstract [En]: Starting from an excursus on the international, constitutional and primary laws founding the principle of informed consent, the paper will focus on the lawfulness of the introduction of the so-called reinforced Covid19 certificate. In detail, the legitimacy of the latter will be assessed with reference to the absence of a generalized mandatory anti-SARS-CoV-2 (Covid-19) vaccination. Given the broad impact this certification may have on the life and rights of citizens, the analysis will be also extended to the relationship between the so-called reinforced Covid19 certificate and the principles of informed consent and self-determination theory in health-care

Parole chiave: consenso informato; diritti fondamentali; certificazione verde rafforzata; vaccinazione; Covid-19
Keywords: informed consent; fundamental rights; reinforced Covid certificate; vaccination; Covid-19

Sommario: 1. Il consenso a un trattamento sanitario. **2.** L'impatto della Certificazione verde rafforzata sul consenso.

1. Il consenso a un trattamento sanitario

Libero e informato. Sono questi gli attributi richiesti affinché il consenso a un trattamento sanitario facoltativo possa essere considerato valido. La persona interessata ha, da una parte, il diritto a ricevere l'informazione adeguata riguardo alla diagnosi e alla prognosi nonché ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari e, conseguentemente, il diritto di libertà di scegliere e decidere se sottoporsi agli stessi. L'applicazione congiunta di tali due diritti dà vita all'istituto del consenso informato.

Invero, il principio del consenso al trattamento sanitario è una conquista relativamente recente; gli albori del concetto di autonomia decisionale sono rinvenibili in alcuni processi svoltisi negli Stati Uniti a partire

* Articolo sottoposto a referaggio.

dalla fine del '800[1] mentre, in Italia, ha avuto modo di affermarsi più recentemente grazie all'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali[2]. Tra le fonti sovranazionali in tema autodeterminazione terapeutica assume particolare rilevanza l'articolo 5 della "*Convenzione per la protezione dei diritti umani e la dignità dell'essere umano con riguardo alla applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina*" secondo il quale "*un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato*". Nel panorama europeo, assume rilievo anche la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea che, all'articolo 3, enuncia l'importanza della libertà e dell'informazione nell'espressione del consenso nell'ambito della medicina e della biologia. È in queste due previsioni normative che si rinvengono le basi, in ambito europeo, del riconoscimento del consenso informato come facoltà del singolo di autodeterminarsi, libero da ogni condizionamento esterno e dopo aver ricevuto una corretta e compiuta informazione [3]. Spostando l'attenzione sul fronte nazionale, l'istituto del consenso informato ha trovato spazio nelle elaborazioni dottrinali e negli orientamenti giurisprudenziali italiani che hanno interpretato evolutivamente i principi espressi dalla Carta costituzionale agli articoli 2, 13 e 32, dunque come risultato finale di due diritti fondamentali, quello alla salute e quello alla libertà, trovando così anch'esso collocazione come principio fondamentale[4]. Solo recentemente questo principio è stato oggetto di una normativa unitaria, l'art. 1 della legge 22 dicembre 2017 n. 219. Anche in tale norma è stabilito espressamente che, al di fuori dei casi previsti dalla legge, nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata. È da sottolineare che la norma sancisce, altresì, la facoltà, per il soggetto capace

[1] V. MALLARDI, Le origini del consenso informato, in Acta otorhinolaryngologica italica, vol. 25, n.5, ottobre 2005, p.317; G. MONTANARI VERGALLO, Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e responsabilità, Giuffrè, Milano, 2008, p. 4; C. CASONATO, F. CEMBRANI, I diritti in medicina, in Trattato di Biodiritto, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè editore, Milano, 2010, p.44

[2] Cfr. Corte di Cassazione Sez. III civile, sent. n. 3604 del 12/06/1982; Corte di Cassazione Sez. II civile, sent. n. 4394 del 08/08/1985; Corte di Cassazione Sez. III civile, sent. n. 10014 del 25/11/1994; Corte di Cassazione, sez. I civile, sent. n. 21748 del 16 ottobre 2007.

Tra la dottrina, si cita, *ex multis*: G. IADECOLA, *La rilevanza del consenso del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, in Giust. Pen. 1986, I,71; M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – Dir. Cost.*, in Enciclopedia giuridica, vol. XXVII, Roma, 1991; A. SCALISI, *Il consenso del paziente al trattamento medico*, in Dir. famiglia, 1993, p. 442 e ss; B. MAGLIONA, *Il consenso informato: da enunciazione di principio a criterio che legittima l'attività medico – chirurgica* in Dir. penale e processo 1996,I, 775; F. MANTOVANI, *Il consenso informato: pratiche consensuali,* in Riv. it. medicina legale 2000,I, 9; G. TOSCANO, *Informazione, consenso e responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2006; B. Vimercati, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Giuffrè, Milano, 2014.

[3] Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 9 ottobre 2001, causa C-377/98, Regno dei Paesi Bassi/Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea (Racc. 2001, pag. I-7079). Con la citata sentenza la Corte di Giustizia, ai punti 70, 78, 79 e 80 della motivazione, ha chiarito che il diritto fondamentale all'integrità della persona è parte integrante del diritto dell'Unione e comprende, nell'ambito della medicina e della biologia, il libero e consapevole consenso del donatore e del ricevente.

[4] Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 438 del 15/12/2008: "*La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, […] al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione*"

di intendere e di volere, di "*rifiutare in tutto o in parte di ricevere informazioni*" a lui dovute al fine di esprimere il consenso. In sintesi, è la libertà il carattere fondante il consenso al trattamento sanitario essendo il diritto a ricevere le necessarie informazioni uno strumento per esercitare compiutamente questa libertà e, inoltre, ipoteticamente, rinunciabile da parte dell'interessato. La libertà del singolo nella manifestazione del consenso, invece, può essere limitata o esclusa solamente nei casi di urgenza e in quelli coercitivi espressamente previsti dalla legge. La tutela del diritto di autodeterminazione è ampia al punto tale che la più recente giurisprudenza di legittimità[5] in tema di consenso informato riconosce, anche in assenza di danno alla salute, la possibilità di pregiudizio risarcibile in caso di una compressione del diritto ad autodeterminarsi tale da non permettere l'espressione di un libero e consapevole consenso.

Al fine di evidenziare cosa si debba intendere come libera manifestazione del consenso può essere utile richiamare il Regolamento UE 2016/679 (GDPR), in quanto è pacifico e riconosciuto che il consenso relativo al trattamento dei dati personali può essere assimilato al consenso informato per i trattamenti sanitari in cui è particolarmente avvertita l'esigenza di tutelare la pienezza del consenso, in vista dell'esplicazione del diritto di autodeterminazione dell'interessato[6]. Con riguardo al consenso al trattamento dei dati personali, il GDPR, al considerando n. 43, chiarisce che, se l'interessato non dispone di una scelta effettiva ovvero si sente obbligato ad acconsentire per non subire conseguenze negative, il consenso non sarà valido in quanto non libero. Tale concetto è poi ripreso ed esposto più dettagliatamente dalle Linee guida 5/2020 sul consenso, ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 emanate dall'*European Data Protection Board*[7]. Sempre con riferimento al consenso relativo al trattamento dei dati personali, anche la Suprema Corte, con la sentenza n. 17278 del 2 luglio 2018, ha precisato che il consenso "*è tale da non ammettere compressioni di alcun genere e non sopporta di essere sia pure marginalmente perturbato non solo per effetto di errore, violenza o dolo, ma anche per effetto de l'intero ventaglio di possibili disorientamenti, stratagemmi, opacità, sotterfugi … deve trattarsi di un consenso libero, ossia pienamente consapevole ed informato e non già frutto di alcun condizionamento*".

[5] *Ex multis* Corte di Cassazione, sez. III civile, ord. n. 16336 del 21 giugno 2018; Corte di Cassazione, sez. III civile, sent. n. 26827 del 14 novembre 2017; Corte di Cassazione, sez. III civile, sent. n. 10423 del 15/04/2019. Nei casi oggetto delle pronunce citate, il danno deriva dall'assenza di adeguata informazione sul trattamento sanitario partendo dal presupposto che l'informazione è necessaria e propedeutica all'espressione di una scelta effettivamente libera. L'omissione dell'informazione causa, quindi, una privazione della libertà di autodeterminazione.

[6] Corte di Cassazione, sez. I Civile, sentenza 11 maggio – 2 luglio 2018, n. 17278

[7] Si riporta quanto esposto a pagina 8, punti 13 e 14, dalle linee guida 5/2020 emanate dall'*European Data Protection Board*: "*L'elemento della manifestazione di volontà "libera" implica che l'interessato abbia una scelta effettiva e il controllo sui propri dati. […] Se il consenso è un elemento non negoziabile delle condizioni generali di contratto/servizio, si presume che non sia stato prestato liberamente. Di conseguenza, il consenso non sarà considerato libero se l'interessato non può rifiutarlo o revocarlo senza subire pregiudizio. […] In termini generali, qualsiasi azione di pressione o influenza inappropriata sull'interessato (che si può manifestare in vari modi) che impedisca a quest'ultimo di esercitare il suo libero arbitrio, rende il consenso invalido*". le Linee Guida 5/2020 dell'EDPB in lingua italiana sono disponibili al seguente link:
https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_it.pdf

Il consenso a un trattamento sanitario, in conclusione, deve essere libero e spontaneo, derivante da una libera scelta, in altri termini immune da vizi che possano comprometterne la validità intervenendo sulla corretta realizzazione della volontà. La libertà nella manifestazione del consenso, deve essere scevra da qualsivoglia costrizione che si può rinvenire in un determinante intervento esterno che in qualche modo possa turbare il processo decisionale del soggetto che deve prestare il consenso ad un trattamento sanitario facoltativo.

2. L'impatto della Certificazione verde rafforzata sul consenso

Al fine di contenere la pandemia causata dal virus Covid-19, il legislatore ha introdotto dapprima la certificazione verde Covid-19[8] e, successivamente, con l'emanazione del decreto legge 30 dicembre 2021, n. 229[9], ha previsto che per l'accesso a diversi servizi e per lo svolgimento di molteplici attività[10] è necessario il possesso di una certificazione verde Covid-19 rafforzata. Con tale termine sono state identificate le certificazioni verdi Covid-19 di cui all'art. 9, comma 2 lett. a), b), e c-bis) del d.l. 52/2021, vale a dire esclusivamente quelle che attestano l'avvenuta vaccinazione o l'avvenuta guarigione. Infine, con l'emanazione del decreto legge 24 marzo 2022, n. 24, la richiesta di certificazione verde rafforzata è stata dapprima, dall'1 al 30 aprile 2022, limitata a pochi settori e attività[11] e, a decorrere dal 1° maggio 2022, richiesta esclusivamente per consentire l'accesso dei visitatori a strutture residenziali, socio-assistenziali, sociosanitarie e reparti di degenza delle strutture ospedaliere.

Conseguentemente, con tale previsione normativa, per un periodo di circa 4 mesi[12], sono stati introdotti molteplici divieti al cittadino che, non essendo soggetto agli obblighi vaccinali di cui al decreto legge 1°

[8] Il decreto legge 22 aprile 2021, n. 52 prevede che "*Le certificazioni verdi COVID-19 attestano una delle seguenti condizioni: a) avvenuta vaccinazione anti-SARS-CoV-2 […]; b) avvenuta guarigione da COVID-19 […]; c) effettuazione di test antigenico rapido o molecolare […] con esito negativo al virus SARS-CoV-2. c-bis) avvenuta guarigione da COVID-19 dopo la somministrazione … di vaccino …*"

[9] Il d.l. 229/2021, per mezzo della legge 18 febbraio 2022 n. 11 è stato abrogato, come specificato dall'art. 1, comma 2, ma le disposizioni relative alla certificazione verde rafforzata ivi contenute sono confluite nel d.l. 221/2021.

[10] Secondo quanto previsto dalla normativa citata, accedere ed utilizzare i seguenti mezzi di trasporto "*a) aeromobili adibiti […]; navi e traghetti adibiti a servizi di trasporto interregionale; c) treni impiegati nei servizi di trasporto ferroviario passeggeri di tipo interregionale, […] autobus adibiti a servizi di trasporto di persone […] mezzi impiegati nei servizi di trasporto pubblico locale o regionale*"; nonché accedere a "*servizi di ristorazione svolti al banco o al tavolo, all'aperto o al chiuso, […]; b) alberghi e altre strutture ricettive […] musei, altri istituti e luoghi della cultura e mostre […] piscine, centri natatori, palestre, sport di squadra e di contatto, centri benessere […] sagre e fiere, convegni e congressi; f) centri termali, […], parchi tematici e di divertimento; g) centri culturali, centri sociali e ricreativi […] feste comunque denominate […] attività di sale gioco, sale scommesse, sale bingo e casinò […] impianti di risalita con finalità turistico-commerciale, anche se ubicati in comprensori sciistici; m) partecipazione, nel pubblico, agli spettacoli aperti a pubblico, nonché agli eventi e alle competizioni sportivi, di cui all'articolo 5; n) attività che abbiano luogo in sale da ballo […]partecipazione, nel pubblico, a cerimonie pubbliche.*".

[11] Tra le altre l'accesso ai seguenti servizi e attività che si svolgono al chiuso: "*piscine, centri natatori, palestre, sport di squadra e di contatto, centri benessere, […] convegni e congressi; c) centri culturali, centri sociali e ricreativi, […] feste comunque denominate […] partecipazione del pubblico agli spettacoli aperti al pubblico, nonché agli eventi e alle competizioni sportivi*".

[12] Alcune, seppur minori, limitazioni ai non possessori della certificazione verde rafforzata erano state già introdotte con gli articoli 5 e 6 del decreto legge 26 novembre 2021, n. 172.

aprile 2021 n. 44[13], legittimamente decida di non vaccinarsi. Il legislatore ha introdotto una normativa che, con ogni evidenza, ha causato una forte limitazione di diritti costituzionalmente garantiti e una differenziazione tra chi, dai 12 anni in su, si è sottoposto a un trattamento sanitario facoltativo e chi, invece, ha deciso di non prestare il consenso alla vaccinazione.

È evidente la totale estromissione dalla vita sociale e l'incidenza su libertà fondamentali e costituzionalmente garantite con evidenti limitazioni circa la libertà di circolazione[14] (art. 16), la libertà di riunione (art. 17), la libertà di associazione (art. 18), la libertà di ricerca e di insegnamento (art. 33), la libertà di iniziativa economica (art. 41). Seppure il legislatore abbia il potere di intervenire in tali materie, limitando alcuni diritti in favore di altri attraverso un attento bilanciamento dei valori costituzionali e dei diritti costituzionali in gioco[15], è indubbio che il mancato possesso della certificazione verde rafforzata abbia avuto pesanti ricadute sulla sfera delle libertà e dei diritti fondamentali che risultano alquanto gravose. *In primis*, si deve rilevare che la normativa che ha introdotto la certificazione verde rafforzata, dal punto di vista della sua incidenza su diversi diritti costituzionalmente garantiti, può apparire – più o meno, a seconda della soggettività interpretativa e dell'evoluzione giuridica – non contraria al dettato costituzionale, in quanto rispettosa del necessario bilanciamento da operare tra i vari diritti: la tutela della salute, da una parte, e la libertà di circolazione, il diritto alla vita privata e il diritto di espressione collettiva delle idee, dall'altra. Del resto vi è un margine di discrezionalità che "*deve pur sempre riconoscersi al decisore politico*"[16]. In questa sede, tuttavia, non si vuole analizzare la proporzionalità e il bilanciamento ad opera del legislatore dei molteplici diritti costituzionali in gioco, ma verificare se la certificazione verde rafforzata

[13] Il d.l. 44/2021 in questione aveva introdotto, inizialmente, l'obbligo vaccinale per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario esteso successivamente, con il DL 6 agosto 2021 n. 111, ai lavoratori impiegati in strutture residenziali, assistenziali e sanitarie e, con il DL 26 novembre 2021 n. 172, ampliato al personale della scuola, del comparto difesa, sicurezza e soccorso pubblico, della polizia locale e degli Istituti penitenziari e, infine, con il decreto legge 7 gennaio 2022 n. 1, agli ultra cinquantenni e al personale delle università, delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica e degli istituti tecnici superiori.

[14] A titolo esemplificativo, secondo l'originario decreto legge che ha introdotto tali limitazioni un cittadino residenti in territori insulari non aveva alcuna facoltà di spostarsi dalla propria regione. Con l'ordinanza 18 gennaio 2022 del Presidente della Regione Siciliana, in contrasto con la previsione di legge, è stato autorizzato l'utilizzo dei traghetti anche ai soggetti in possesso di certificazione base "*al fine di garantire e salvaguardare la continuità territoriale*". Successivamente, con la legge di conversione n. 11 del 18 febbraio 2022 per gli spostamenti da e per le isole è stata ritenuta sufficiente la certificazione base, limitando così la forte discriminazione originariamente prevista.

[15] Corte costituzionale, sent. 9 maggio 2013, n. 85: ". "*La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi*". Seppur non condivisibile, si evidenzia che il *Conseil constitutionnel* con la dec. n. 2022-835 DC del 21 gennaio 2022 ha dichiarato, con poche e brevi argomentazioni, che la disposizione che ha introdotto in Francia un istituto simile alla certificazione verde rafforzata – ma con minori limitazioni – è conforme alla Costituzione, in quanto rispettosa del necessario bilanciamento da operare tra, da una parte, la tutela della salute e, dall'altra, la libertà di circolazione, il diritto alla vita privata e il diritto di espressione collettiva delle idee.

[16] Cfr. I. SPADARO, *Green pass in Italia e all'estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta*, in federalismi.it 29 dicembre 2021, 29/2021. Come specifica l'Autore, "*in altri termini, se da un canto è vero che l'esigenza di fronteggiare in modo quanto più efficace possibile determinate situazioni di crisi può, talora, indurre il legislatore ad avvalersi del sapere tecnico-scientifico, dall'altro resta il fatto che tale condizionamento dei processi decisionali non può mai essere assoluto*".

rispetta o meno il principio del consenso informato sancito dall'art. 1 della l. 219/2017 e dagli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione. Infatti, la discrezionalità del legislatore deve essere attuata secondo gli strumenti forniti dalla Costituzione. Mentre, con l'introduzione della certificazione verde rafforzata, per la sua incisività ed ampiezza, il legislatore rende la sottoposizione al vaccino anti SARS-CoV-2 sostanzialmente obbligatoria, costringendo illegittimamente il cittadino a sottoporsi ad un trattamento sanitario facoltativo, senza le formalità prescritte dalla Costituzione e dall'art. 1 della l. 219/2017. In altri termini, come si cercherà di far emergere di seguito, la certificazione verde rafforzata non è rispettosa degli art. 2, 13 e 32 della Costituzione e del principio del consenso informato universalmente riconosciuto sancito anche dall'art. 1 della l. 219/2017.

Preliminarmente, si deve evidenziare che, in una situazione in cui il vaccino non è obbligatorio e nell'ottica di rispettare il pieno esercizio della libertà di autodeterminazione degli individui, il Consiglio d'Europa, nella risoluzione del 27 gennaio 2021[17], ha affermato la necessità di assicurare che nessuno venga discriminato per non essersi fatto vaccinare. Anche il Regolamento (Ue) 2021/953 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021, relativo ai certificati UE di vaccinazione, test o guarigione in relazione alla COVID-19, nel considerando 36, asserisce chiaramente che "*È necessario evitare la discriminazione diretta o indiretta di persone che non sono vaccinate, […] perché non hanno ancora avuto l'opportunità di essere vaccinate o hanno scelto di non essere vaccinate. Pertanto il possesso di un certificato di vaccinazione, o di un certificato di vaccinazione che attesti l'uso di uno specifico vaccino anti COVID-19, non dovrebbe costituire una condizione preliminare per l'esercizio del diritto di libera circolazione o per l'utilizzo di servizi di trasporto passeggeri transfrontalieri quali linee aeree, treni, pullman, traghetti o qualsiasi altro mezzo di trasporto.*". I due ultimi richiami a fonti sovranazionali, riconoscono e rafforzano il principio secondo il quale il consenso informato è, e dovrebbe essere, la dimensione fisiologica e privilegiata, l'orizzonte normale e consueto entro il quale dovrebbe iscriversi qualsiasi campagna vaccinale, anche quella in corso contro il Sars-CoV-2, e dovrebbe condurre a un atteggiamento, consapevole e responsabile, di adesione volontaria alla campagna vaccinale a beneficio di tutti e di ciascuno[18].

Sono, invece, evidenti le differenziazioni tra vaccinati e non vaccinati (quelli non soggetti ad alcun obbligo di legge a sottoporsi al vaccino anti-SARS-CoV-2), le discriminazioni e le ampie limitazioni a libertà e diritti costituzionali di questi ultimi, introdotte attraverso la disciplina sulla certificazione verde rafforzata per un periodo di circa 4 mesi. È dimostrato dai numeri che l'introduzione della certificazione verde rafforzata ha indubbiamente inciso sulla libera manifestazione del consenso al trattamento sanitario per

[17] Cfr. Consiglio d'Europa, *Covid-19 vaccines: ethical, legal and practical considerations,Resolution* 2361 (2021), punto 7.3.2.; cfr. C. BERTOLINO, *"Certificato verde Covid-19" tra libertà ed eguaglianza*, 16 giugno 2021 in federalismi.it.
[18] Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, par. 34, 1.

una parte della popolazione che, sino a quel momento, non aveva prestato il libero consenso[19]. Con ogni evidenza tali soggetti non si sono sottoposti a un trattamento sanitario facoltativo a seguito di una scelta effettiva ma si sono sentiti obbligati ad acconsentire per non subire conseguenze negative, tutt'altro che di bassa entità ed estranee alla patologia o all'oggetto del trattamento. Ai fini della valutazione della validità del consenso ad un trattamento sanitario facoltativo l'introduzione della certificazione verde rafforzata – considerata anche la tempistica e la sua durata – si può considerare un'azione di pressione o di influenza inappropriata che conseguentemente impedisce all'interessato di esercitare il suo libero arbitrio rendendo il consenso invalido. Infatti, in tal caso il soggetto, benché titolare di un diritto di autodeterminazione terapeutica, per non subire le esposte conseguenze negative di elevata incidenza, non ha nessuna alternativa se non fornire il consenso al trattamento sanitario facoltativo; consenso che, pertanto, non si può considerare liberamente espresso. Seguendo l'insegnamento della Corte di Cassazione[20] il consenso ad un trattamento sanitario facoltativo deve essere immune da vizi e ciò si evince, in generale, dall'art. 13 della Costituzione che sancisce l'inviolabilità della libertà personale - nel cui ambito deve ritenersi compresa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica[21] - escludendone ogni restrizione, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e con le modalità previsti dalla legge. Nell'ambito dei trattamenti sanitari la modalità per limitare la libertà si ritrova esclusivamente nella legge che deve prevedere uno specifico obbligo di sottoporsi ad un trattamento sanitario, ai sensi dell'articolo 32 della Costituzione. La previsione normativa con la quale è stata introdotta la certificazione verde rafforzata è pertanto contraria ai principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione in quanto, impedendo la libera scelta dell'interessato, vizia la volontà causando, conseguentemente, l'invalidità del consenso.

Al contrario, si potrebbe considerare legittima la certificazione verde base che prevede, oltre alla vaccinazione o guarigione, la possibilità di sottoporsi ad un test antigenico rapido o molecolare, con esito negativo al virus SARS-CoV-2 (Covid-19)[22]. In tale ipotesi è presente per il cittadino la possibilità di *opting*

[19] Tra i vari articoli di attualità, si riportano: https://www.repubblica.it/cronaca/2022/01/12/news/vaccini_sfiorate_700mila_somministrazioni_e_record_di_dosi-333527571/ ; https://www.ilsole24ore.com/art/effetto-super-green-pass-prime-dosi-crescita-e-record-certificati-scaricati-AEfbhA1

[20] Corte di Cassazione, sez. III Civile, sent. n. 364 del 15/1/1997.

[21] Cfr. Corte Costituzionale sent. n. 471 del 22 ottobre 1990: "*valore costituzionale della inviolabilità della persona costruito, nel precetto di cui all'art. 13, primo comma, della Costituzione, come < libertà>, nella quale è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo*".

[22] Sul punto cfr.: C. BERTOLINO, *op. cit.*; R. ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)* in Questione Giustizia, 6 settembre 2021; A. MANGIA, Obbligo vaccinale e green pass: "Moro contro Draghi, l'Europa sta con l'ex Dc, intervista di Ferraù, in Il Sussidiario.net, 5 agosto 2021; A. POGGI, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, in Federalismi.it, 21, 2021. Si precisa, per completezza, che alcuni Autori hanno esposto dubbi di costituzionalità già sulla certificazione verde c.d. base, che permetteva comunque l'ottenimento della stessa a mezzo test con esito negativo al virus SARS-CoV-2. L. BRUNETTI, *La Costituzione*

out che fa salva la libertà di scelta terapeutica e lascia pressoché incondizionata la libertà del consenso. La certificazione verde base si può considerare corrispondente al sistema dei *nudge*[23] vale a dire alle "spinte gentili" alla vaccinazione, mediante un sistema di incentivi o disincentivi. Tale meccanismo è concepito, però, per "spingere" il cittadino nella direzione "indicata dal legislatore" senza costringerlo: i *nudge* "*non incidono sulla «libertà legale» o «libertà giuridica in senso stretto» perché non prevedono né comandi, né divieti, né coartazioni indirette attraverso consistenti incentivi economici, ma incidono in modo impercettibile, attraverso significative forme di pressione, sulla autonoma formazione della volontà, che costituisce una componente essenziale della «libertà reale», ossia della effettiva libertà di scelta fra più comportamenti giuridicamente leciti, garantita dalla Costituzione*"[24]. Questo strumento legislativo consiste nella possibilità di prevedere un *opting out* dall'obbligo, essendo una politica che tende a persuadere, a spingere, ma non a costringere[25]. Come ha rilevato anche il Consiglio di Stato "*le 'spinte gentili' – c.d. nudge – alla vaccinazione, mediante un sistema di incentivi o disincentivi, come mostra il recente indirizzo dell'economia comportamentale, sono tutti elementi di sicuro impatto, e spesso di forte incidenza anche sulle libertà costituzionalmente garantite, che tuttavia concorrono a favorire il consenso informato nei singoli nelle decisioni sanitarie*" [26]. La raccomandazione, per la sua natura "gentile", accompagna e favorisce lo sviluppo dell'autodeterminazione e il processo formativo del libero volere, senza la costrizione. Diversamente, la certificazione verde rafforzata, escludendo qualsiasi possibile alternativa al vaccino, va oltre il concetto di spinta gentile, proprio dei *nudge*, e sfocia nella costrizione che impedisce la libera scelta dell'interessato e causa, conseguentemente, l'invalidità del consenso. L'invalidità del consenso e la violazione dell'autodeterminazione terapeutica sancita dalla legge 219/2017 e dall'art. 32 della Costituzione è evidente anche – se non a maggior ragione – nel caso in cui tale illegittima costrizione sia limitata nel tempo.

In un'ottica aderente e rispettosa del principio del consenso informato, in tale situazione emergenziale, sarebbe stato lecito nonché preferibile, introdurre l'obbligo vaccinale *erga omnes*[27]. Del resto nel recente

può obbligare, ma non costringere: sulla incostituzionalità degli attuali divieti come mezzo per incentivare la vaccinazione anti COVID-19 (cd. green pass), in Forum di Quaderni Costituzionali, 3, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.;.

[23] L. SCAFFARDI -G. FORMICI, *Vaccini obbligatori e ruolo del diritto. Un tentativo di (ri)composizione della materia partendo dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, in BioLaw J., n. 1, 2020, p. 379 ss: "*Il significato delle cd. tecniche di "nudging", letteralmente "spinta gentile" o "pungolo", applicate alle strategie di intervento dei pubblici poteri è ampiamente analizzato nel noto libro di C. SUNSTEIN e R. THALER, Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness, Yale, 2008. Sinteticamente, «la nudge regulation aspira a guidare le condotte dei consociati senza imporre divieti o obblighi bensì definendo opzioni di comportamento che siano maggiormente suscettibili di essere scelte tenendo in considerazione l'irrazionalità dei cognitive biases(errori cognitivi), sì da promuovere determinati comportamenti ritenuti (dallo stesso regolatore) desiderabili, preservando al contempo la scelta individuale.*".

[24] A. GRAGNANI, *Nudging e libertà costituzionale*, in Dirittifondamentali.it, Fascicolo 1/2021, 19 aprile 2021, p. 504

[25] Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti covid-19*, in Rivista AIC 3/2021 30 giugno 2021, p. 214. Gli Autori specificano che "*Per certi versi si tratterebbe di tecniche di incoraggiamento come quelle suggerite da Norberto Bobbio quando invoca «il passaggio da un controllo passivo che si preoccupa più di sfavorire le azioni nocive che di favorire le azioni vantaggiose, a un controllo attivo che si preoccupa di favorire le azioni vantaggiose più che di sfavorire le azioni nocive»*"

[26] Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, par. 33, 2

[27] Su tale tematica: A. MANGIA, *Si caelum digito tetigeris. osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in Rivista AIC 3/2021, 09 settembre 2021.; A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in

passato la Consulta, in relazione all'introduzione degli obblighi vaccinali di cui al d.l. 73/2017, ha ritenuto costituzionalmente legittima l'introduzione dell'obbligo vaccinale per diversi virus, "*a fronte di una copertura vaccinale insoddisfacente nel presente e incline alla criticità nel futuro*" specificando che rientra "*nella discrezionalità – e nella responsabilità politica – degli organi di governo apprezzare la sopraggiunta urgenza di intervenire*"[28] attraverso l'introduzione dell'obbligo vaccinale. Affermare la legittimità della certificazione verde rafforzata qualificandola come "*quasi-trattamenti sanitari obbligatori*" che "*rispettano i vincoli costituzionali posti dall'art. 32, secondo comma, Cost.*"[29] non considera che l'art. 32 della Costituzione e l'art. 1 della l. 219/2017 prevedono esclusivamente due alternative per la sottoposizione ad un trattamento sanitario: il consenso libero dell'interessato o l'obbligatorietà espressamente prevista dalla legge.

Risulta illogico introdurre una misura che viola il principio costituzionale all'autodeterminazione e del consenso informato, laddove il legislatore non ritenga i medesimi motivi di emergenza sanitaria così stringenti e necessari per la tutela dell'intera comunità da introdurre un legittimo obbligo vaccinale. Come noto, la Costituzione all'articolo 32 prevede, infatti, una limitazione all'autodeterminazione e alla libertà del consenso attraverso una disposizione di legge che introduca un obbligo di trattamento sanitario: tuttavia i trattamenti sanitari obbligatori, come tradotto chiaramente dal legislatore nella legge 219/2017, devono essere "*espressamente"* previsti dalla legge al fine di incidere sulla libertà del consenso. È evidente, quindi, che la libertà del consenso a un trattamento sanitario non può essere condizionata o coartata e, quindi, viziata da una norma che richiede, senza introdurre alcun obbligo, la sottoposizione a un trattamento sanitario al fine di godere di molteplici altri diritti, di rango costituzionale e non, e partecipare ad una normale vita sociale. Sorgono, pertanto, forti dubbi circa la legittimità della certificazione verde rafforzata con riguardo al principio dell'autodeterminazione terapeutica e all'istituto del consenso informato tutelati dalla Costituzione e dalle specifiche normative nazionali ed europee.

Dirittifondamentali.it, Fascicolo 2/2021, 22 maggio 2021; Q. CAMERLENGO, L. RAMPA, *op. cit.*; G. GEMMA, *La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima*, in Rivista AIC n. 4/2021 del 10 dicembre 2021; Secondo alcuni autori, oltre che legittima, doverosa: A. RUGGERI, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in Giust. ins. (www.giustiziainsieme.it), 15 settembre 2021.

Per completezza di analisi è doveroso anche segnalare che circa la legittimità dell'obbligo vaccinale sono stati sollevati dubbi sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza: a titolo esemplificativo si richiama l'ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana n. 351 del 22 marzo 2022 con la quale sono stati trasmessi gli atti alla Consulta per vagliare se l'obbligo vaccinale anti Covid-19 (in tal caso, per il personale sanitario) sia in contrasto con gli artt. 3, 4, 32, 33, 34, 97 della Costituzione. Tra la dottrina, si rinvia a G. SCARSELLI, *Le incostituzionalità del decreto legge avente ad oggetto i vaccini obbligatori per il personale sanitario e il c.d. scudo penale*, in Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it - Anno XXI - Fascicolo 2/2021; D. CENCI, *Riflessioni sulla compatibilità a Costituzione della decretazione di urgenza che proroga l'obbligo di vaccinazione per i sanitari ed estende lo stesso ad altre categorie di lavoratori*, in Penale Diritto e Procedura, Fasc. 4/2021.

[28] Corte Costituzionale, sent. 18 gennaio 2018, n. 5

[29] L. BARTOLUCCI, *Contributo allo studio dei profili costituzionali del "green pass": trattamento sanitario obbligatorio "indiretto" e "di fatto"?*, in federalismi.it 7 settembre 2022, 23/2022.

Indirizzo politico, forma di governo e sistema delle fonti

Le linee guida tra forma e sostanza. Il sistema delle fonti nel vortice dell'emergenza pandemica*

di Dario Martire
Ricercatore in Istituzioni di diritto pubblico
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: L'A. analizza la commistione fra norme obbligatorie e raccomandazioni, fenomeno che ha visto il suo acme di complessità durante l'emergenza pandemica, sondando la rispondenza del sistema delle fonti del diritto alla rapidità dei mutamenti sociali. In particolare, vengono evidenziate le conseguenze che la dinamica del sistema delle fonti produce sulle strutture fondamentali dello Stato costituzionale, tra cui la tutela dei diritti, intimamente legata alla preservazione di un sufficientemente adeguato grado di "certezza giuridica".

Title: Guidelines between form and substance. The source system in the maelstrom of the pandemic emergency
Abstract [En]: The A. analyses the mix between mandatory standards and recommendations, a phenomenon that has seen its acme of complexity during the pandemic emergency, probing the responsiveness of the system of sources of the right to rapid social change. In particular, highlighting the consequences that the dynamics of the source system has on the fundamental structures of the constitutional State, including the protection of rights, intimately linked to the preservation of a sufficiently adequate degree of "legal certainty".

Parole chiave: line guida, emergenza sanitaria, covid-19, pandemia, Stato costituzionale
Keywords: guidelines, health emergency, Covid-19, pandemic, Constitutional State

Sommario: 1. Premessa. **2.** contenuto e forma delle linee guida. **3.** le linee guida nella pandemia. la vicenda in tema di assistenza domiciliare: due prospettive diverse del tar lazio e del consiglio di stato. **4.** osservazioni conclusive.

1. Premessa

L'emergenza pandemica di questi ultimi anni ha determinato una situazione senza precedenti che non ha risparmiato il campo delle fonti del diritto[1]. I provvedimenti normativi del Governo del periodo emergenziale hanno infatti riproposto da un lato l'utilizzo (sempre più frequente) di strumenti di

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1] Cfr. C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2/2020, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 6/2020, 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, G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost.it*, 10 aprile 2020, G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1 del 2020, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta Online*, 11 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*, 3/2020, M. CAVINO, Covid-19. *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*; A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di COVID-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021.

regolazione flessibile (linee guida, protocolli, raccomandazioni)[2], contenuti o richiamati dai decreti legge, dai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, dalle ordinanze dei singoli Ministri via via adottati; dall'altro, si è accentuata la commistione, in tali provvedimenti, di veri e propri precetti contenenti obblighi e divieti e di mere raccomandazioni, sprovviste di sanzioni in caso di mancata osservanza. In altri termini, se da una parte sono stati adottati atti formalmente vincolanti al cui interno sono state inserite mere raccomandazioni, dall'altra, è stato possibile rinvenire in atti sprovvisti di efficacia vincolante (come appunto le linee guida) obblighi e divieti.

Le ambiguità presenti in tutti i provvedimenti adottati durante la fase pandemica hanno riportato in auge nel dibattito pubblicistico l'analisi della distinzione, già emersa nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia medico-sanitaria, tra raccomandazione e obbligo. Una distinzione che, tuttavia, nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria, è sempre risultata assai più labile di quella che separa i due concetti nella generalità dei rapporti giuridici. Infatti, in tale contesto, le condotte oggetto di raccomandazione e prescrizione sono sempre state percepite dai destinatari come egualmente doverose. Una osservanza che, nel caso della raccomandazione, atto per definizione privo di sanzione, assumeva dunque la natura di adempimento spontaneo, legato evidentemente al fine da raggiungere, ritenuto meritevole dalla comunità dei destinatari dei precetti giuridici.

La crisi pandemica ci ha consegnato, dunque, un diverso modello di produzione giuridica, contraddistinto da una evidente commistione tra norme obbligatorie e mere raccomandazioni, contenute in atti non sempre riconducibili al tradizionale sistema delle fonti del diritto, un sistema la cui progressiva delegittimazione non rappresenta certo un fenomeno recente, legato alla contingenza pandemica. Si tratta di un percorso in atto da tempo, e la crisi della rappresentanza politica, legata alla graduale e oramai quasi

[2] Sul fenomeno delle linee guida cfr. M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto* soft law*, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Diritto costituzionale*, 1/2019, 55 ss., G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2017, 1 ss., C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del* diritto?, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o* consigli?, in *Dir. Amm*., 3/2016, 273 ss., G.A. GIUFFRÈ, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, 27 novembre 2017, 1 ss., M. MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla Legge Gelli-Bianco*, Milano, 2019, G. CORSO-E. BALBONI (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario. Atti del Convegno svoltosi il 13 luglio 2009 in Roma presso l'Accademia Nazionale dei Lincei*, Torino, 2011, V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016, F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, e ID., *Il principio di leale collaborazione nelle recenti sentenze della Corte costituzionale in materia ambientale*, in *ambientediritto*.it, G. CARPANI – G. FARES, *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Torino, 2017, P. CARNEVALE, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico*, E. D'ORLANDO - F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, A. POGGI, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida in tempo di pandemia*, tutti in *cortisupremeesalute.it*, 1/2021; sulla precarietà della legge v. il recente lavoro di E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017. Sia consentito rinviare a D. MARTIRE, *Le linee guida alla prova della pandemia. Atti di normazione flessibile e sistema delle fonti del diritto*, in *cortisupremeesalute.it*, 1/2021.

esclusiva produzione normativa di origine governativa e, sempre più spesso, ministeriale[3], nonché la convinzione, sempre più diffusa, che la legge debba solo uniformarsi ai criteri o standard tecnici che prescindono dal potere di scelta degli organi rappresentativi[4], ne rappresentano, probabilmente, le cause principali.

L'odierna pandemia e la connessa esigenza di preservare la salute pubblica, contrastando la diffusione del contagio, ha semplicemente accentuato tale fenomeno, imponendo agli attori politici decisioni rapide ed in costante aggiornamento secondo l'evolversi della situazione dal punto di vista medico-sanitario ed economico-finanziario, ed introducendo nuovi elementi che meritano attenta riflessione. Da più parti si è espresso, infatti, il timore che la gestione dell'emergenza abbia inciso, sotto molteplici profili, sulle fondamentali strutture dello Stato costituzionale. Un'incapacità delle fonti tradizionali di rispondere, in taluni casi, alle esigenze nascenti dalle dinamiche sociali che, tuttavia, non ha riproposto lo schema di inizio Novecento, rappresentativo, secondo l'insegnamento di Santi Romano, della conquista del giuridico da parte del sociale[5], ma ha costituito, in realtà, il prodotto della necessità di disporre di strumenti diversi e più flessibili, in grado di "inseguire" il rapido evolversi delle tecnologie[6].

Seguendo allora tale percorso epistemologico, lo studio delle linee guida in ambito pandemico può rappresentare un efficace strumento per verificare se il sistema delle fonti dello Stato costituzionale abbia effettivamente tenuto o se, al contrario, siano oramai venute meno quelle categorie giuridiche che, a partire dal secolo scorso, lo hanno caratterizzato.

2. Contenuto e forma delle linee guida

Le linee guida emanate in tempi di pandemia si sono inserite, inevitabilmente, in una situazione contraddistinta da costante incertezza, determinata da continui mutamenti, dovuti all'evolversi del virus, da un lato, e delle conseguenti tecniche di contenimento del contagio e di cura dei pazienti coinvolti, dall'altro. Tale contesto, senza precedenti, ha imposto all'interprete, considerato il ritmo del mutamento, estrema cautela nell'utilizzo delle acquisizioni ermeneutiche raggiunte con riferimento agli altri campi in cui gli strumenti di regolazione flessibile hanno operato; interpretazioni che, allo stato, risultano, peraltro controverse, sia in dottrina che in giurisprudenza, e che sollevano, ancora oggi, questioni, dubbi ed interrogativi in merito alla relativa natura giuridica ed alle conseguenze in caso di mancata osservanza.

[3] G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, cit., 1 ss.

[4] M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto* soft law*, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., 59.

[5] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Rist. II ed., Firenze, 1967, 113 ss., nonché ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi (1909)*, Milano, 1969, 12 ss.; cfr. sul tema C. PINELLI, *La Costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell'età repubblicana*, in *rivistaaic*.it, 2/2015, 5 ss.; sia inoltre consentito rinviare a D. MARTIRE, *Pluralità degli ordinamenti e Costituzione repubblicana*, Napoli, 2020, 19 ss.

[6] In altri casi, come ho avuto modo di sostenere, è espressione della volontà di non assumersi la relativa responsabilità politica, come ad esempio nel caso delle linee guida dell'ANAC, ove il profilo scientifico certamente non sussiste.

Prima, quindi, di analizzare il contenuto delle linee guida emanate durante la pandemia e, soprattutto, la recente vicenda in tema di assistenza domiciliare, risultano necessarie alcune considerazioni preliminari.
La principale questione affrontata in dottrina e in giurisprudenza ha interessato la qualificazione dei singoli interventi normativi e la possibilità di attribuire carattere vincolante alle singole linee guida di volta in volta adottate. In tutti i casi, si è finiti inevitabilmente per analizzare, sul piano formale-procedimentale, il relativo atto di riferimento.
L'analisi e, nel caso della giurisprudenza, la motivazione, si è spostata dal piano contenutistico - e, dunque, dal carattere più o meno deontico delle singole regole prese in considerazione - a quello formale dell'atto, sul presupposto che le linee guida, per come si sono venute affermando nell'ordinamento, abbiano smentito, evidentemente, il significato letterale della locuzione. Considerata infatti la linea guida come un programma di comportamenti suggerito in vista del raggiungimento, tramite adesione spontanea del destinatario, di un determinato obiettivo, di converso la previsione formale di una vincolatività e di una sanzione in caso di mancata osservanza ha determinato un evidente ossimoro giuridico. In altri termini, posto che spontaneità e obbligatorietà/vincolatività costituiscono due diverse ed opposte modalità di interazione con il destinatario del precetto, anche il relativo contenuto dovrebbe risultare coerente con tali presupposti: all'adesione spontanea ed alla mancata sanzione dovrebbe corrispondere, dunque, un contenuto elastico e privo di connotazione deontica. Alla forma dovrebbe corrispondere la sostanza: da un lato atti vincolanti, contenenti obblighi e divieti, dall'altro atti non vincolanti, contenenti mere raccomandazioni, accomunati dall'identico fine di conformazione dei comportamenti e delle condotte.
La natura giuridica dell'atto - la sua forma, cui dovrebbe corrispondere il relativo contenuto - ha finito per incidere sulla vincolatività dello stesso. In taluni casi la linea guida è stata qualificata come atto normativo (regolamentare o ministeriale), e dunque vincolante ed obbligatorio per i destinatari (senza alcuna rilevanza del relativo contenuto, ossia dei connessi obblighi e divieti presenti nell'atto); in altri, al contrario, l'atto è stato configurato come una linea guida in senso stretto, priva di vincoli per i destinatari, mera raccomandazione (un consiglio), necessariamente priva della relativa sanzione in caso di violazione. Una ricostruzione che ha consentito, con molta difficoltà, di accogliere nell'ordinamento anche le "linee guida vincolanti", pagando il costo di uno scostamento dalla classica sistematica delle fonti del diritto.
Le linee guida, d'altra parte, si sono affermate anzitutto in settori in cui è risultato indispensabile disciplinare i profili tecnici, per poi svilupparsi tuttavia anche in quelli, come ad esempio l'ANAC, ove invece a risultare decisiva è stata la necessità, "imposta" dagli operatori economici ed anche dalle amministrazioni pubbliche, di una regolazione più snella e veloce rispetto alle "classiche" procedure previste per l'approvazione dei relativi regolamenti. Due *ratio* diverse, mutamento della scienza e

mutamento delle dinamiche economico-sociali, che hanno però trovato nello strumento della regolazione flessibile e delle linee guida una comune risposta.

A riprova della eterogeneità delle linee guida e della commistione tra forma e sostanza dei relativi atti di riferimento è possibile richiamare anche la giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha avuto modo di occuparsi, nell'ambito di questioni incentrate prevalentemente sul principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni, delle linee guida approvate in Conferenza Stato-Regioni e della loro potenziale vincolatività.

In linea di continuità con la giurisprudenza amministrativa, risulta infatti confermata la tesi della obbligatorietà/vincolatività legata alla natura formale-regolamentare dell'atto, ancorché si presenti sotto forma di linee guida e sempre che si tratti di un atto finalizzato al completamento di quello legislativo-primario, cui la Corte ha attribuito, in presenza dei requisiti sopra richiamati, la natura di norma interposta e, pertanto, di parametro nel giudizio di costituzionalità (quando si tratti di linee guida di natura "tecnica", negoziate ed approvate in sede di Conferenza).

Si tratta, come sostenuto, di uno spostamento dal sostanziale tecnicismo del contenuto alla forma ministeriale dell'atto, divenuto, per effetto di un criterio sostanziale, regolamento[7].

La progressiva valorizzazione della scienza e della tecnica ha inciso sulle fonti del diritto e sulle conseguenti valutazioni tanto della giurisprudenza amministrativa quanto di quella costituzionale. Se infatti la valutazione circa le fonti normative più idonee per la disciplina degli specifici ambiti di volta in volta considerati ha trovato, in sostanza, un'univoca risposta nelle linee guida, la giurisprudenza non ha attribuito ad esse quella capacità di innovazione dell'ordinamento giuridico tradizionalmente riconosciuta alle fonti del diritto. La riconduzione di tali atti - in caso di linee guida vincolanti - alla fonte regolamentare o ministeriale ha ridimensionato l'ossimoro giuridico sopra evidenziato, trattandosi a quel punto di un atto che, sul piano formale, acquistava sostanza regolamentare/ministeriale, e quindi normativa, ma che, sul fronte contenutistico, manteneva le caratteristiche di un atto di c.d. *soft law*[8].

[7] Sia consentito rinviare a D. MARTIRE, *Le linee guida alla prova della pandemia. Atti di normazione flessibile e sistema delle fonti del diritto*, cit., 87 ss.

[8] La tesi sostenuta risulta confermata anche dalle linee guida in materia di buone pratiche clinico-assistenziali (legge n. 24 del 2017, art. 5). Le Sezioni Unite penali, nella sentenza n. 8770/2018 (c.d. Mariotti), hanno infatti ritenuto che, anche a seguito dell'istituzione dell'Osservatorio presso il Ministero della Salute, tendente a formare un sistema con connotati pubblicistici, «le linee-guida non perdono la loro intrinseca essenza, già messa in luce in passato con riferimento alle buone pratiche. Quella cioè di costituire un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti» e che non si è in presenza di norme regolamentari che specificano quelle ordinarie. Risulta confermata la connessione tra vincolatività e norme regolamentari e, d'altronde, trattandosi in tal caso di vere e proprie linee guida, sia sul piano contenutistico, sia sul piano formale, esse vengono qualificate come buone pratiche scientifico-tecnologiche, come tali non vincolanti.

La metamorfosi non è tuttavia avvenuta a titolo gratuito. L'inserimento, specialmente in campi di complessa definizione, di atti dal contenuto ibrido, comprensivi quindi di norme cogenti e non, ha determinato delle evidenti conseguenze per i destinatari dei precetti, incapaci di orientarsi, fino in fondo, in un contesto caratterizzato da cedevoli qualificazioni giuridiche e lontano da quella esigenza costituzionale rappresentata dalla (per quanto possibile) certezza del diritto.

La pandemia e la recente vicenda giudiziaria in tema di assistenza domiciliare confermano tali conclusioni.

3. Le linee guida nella pandemia. La vicenda in tema di assistenza domiciliare: due prospettive diverse del Tar Lazio e del Consiglio di Stato. Osservazioni conclusive

Il d.P.C.M. del 1° marzo 2020 ("Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6", all'allegato 4 ("Misure igieniche") ha previsto sia precetti che mere raccomandazioni[9]. Ai sensi del successivo d.P.C.M. del 17 maggio 2020 l'accesso del pubblico ai parchi, alle ville e ai giardini pubblici, è condizionato al rigoroso rispetto del *divieto di assembramento*, *nonché della distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro*; è consentito l'accesso dei minori, anche assieme ai familiari o altre persone abitualmente conviventi o deputate alla loro cura, ad aree gioco all'interno di parchi, ville e giardini pubblici, per svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto *nel rispetto delle linee guida* del dipartimento per le politiche della famiglia (Allegato 8). Il richiamato Allegato 8, cui è demandato il compito di adottare le relative linee guida, è rubricato "Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per le politiche della famiglia. Linee guida per la gestione in sicurezza di opportunità organizzate di socialità e gioco per bambini ed adolescenti nella fase 2 dell'emergenza Covid-19".

Si tratta di un esempio di intervento normativo che evidenzia le questioni sopra richiamate: da un lato la previsione, nel d.P.C.M. di divieti veri e propri; dall'altro un rinvio alle linee guida adottate mediante un ulteriore decreto (in questo caso del Presidente del Consiglio in concorso con il Dipartimento per le politiche della famiglia), contenente una serie imprecisata di raccomandazioni nonché prescrizioni in forza delle quali "la realizzazione delle diverse attività programmata *deve* realizzarsi inoltre *nel rispetto* delle seguenti principali condizioni …". Sempre l'art. 1 dell'Allegato 8 ha poi previsto che "L'attività degli spettacoli *è organizzata secondo le linee guida di cui all'allegato 9*. Restano sospesi gli eventi che implichino assembramenti in spazi chiusi o all'aperto quando non è possibile assicurare il rispetto delle condizioni di cui alla presente lettera; restano comunque sospese le attività che abbiano luogo in sale da ballo e discoteche e locali assimilati, all'aperto o al chiuso, le fiere e i congressi" e che "le funzioni religiose con

[9] Tra esse vi è quella di "lavarsi spesso le mani" o di "pulire le superfici con disinfettanti a base di cloro o alcol". Il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 è stato convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13.

la partecipazione di persone *si svolgono nel rispetto dei protocolli* sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni di cui agli allegati da 1 a 7".

I commi 14 e 15 dell'art. 1 del d.l. 16 maggio 2020, n. 33 hanno stabilito che "Le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale. Le misure limitative delle attività economiche, produttive e sociali possono essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, con provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 o del comma 16. Il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida, regionali, o, in assenza, nazionali, di cui al comma 14 che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza", mentre il comma 2 dell'art. 1, lett. gg) del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 ha stabilito che "le attività consentite si svolgano previa assunzione da parte del titolare o del gestore di misure idonee a evitare assembramenti di persone, con obbligo di predisporre le condizioni per garantire il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio; per i servizi di pubblica necessità, laddove non sia possibile rispettare tale distanza interpersonale, previsione di protocolli di sicurezza anti-contagio, con adozione di strumenti di protezione individuale".

Obblighi, divieti e raccomandazioni, contenuti in d.P.C.M. e linee guida, che hanno generato, inevitabilmente, difficoltà di orientamento per i consociati destinatari delle norme.

A riprova di ciò è possibile fare riferimento alla vicenda di cui recentemente si è dovuto occupare il giudice amministrativo, relativo ad una richiesta di annullamento della circolare adottata dal Ministero della salute per la gestione domiciliare dei pazienti affetti da Covid-19. Mentre il Tar Lazio, con sent. 15 gennaio 2022, n. 419, aveva sospeso le linee guida oggetto del giudizio ritenendole in contrasto con la professionalità e deontologia del medico, il Consiglio di Stato, con sent. 9 febbraio 2022, n. 946, ha riformato la decisione riconoscendone la piena legittimità, sulla base di una qualificazione delle stesse come mere raccomandazioni e linee di indirizzo basate sulle più autorevoli evidenze disponibili e costantemente aggiornate, ed affermando, d'altra parte, l'autonomia del medico nell'adottare la scelta terapeutica più adatta alla singolarità del caso clinico.

Il Ministero della salute, il 30 novembre 2020, aveva adottato una circolare dal titolo "Gestione domiciliare dei pazienti con infezione da SARS-CoV-2", al fine di fornire indicazioni operative e, si aggiunge, con il chiaro intento di orientare il comportamento dei destinatari dei precetti contenuti,

mediante una semplificazione della relativa situazione farmacologica. Peraltro, la circolare conteneva un espresso rinvio alla relativa nota dell'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA). La circolare in esame è stata poi aggiornata con quella del 26 aprile 2021, in virtù dell'evoluzione della situazione epidemiologica sul territorio nazionale e delle emergenti conoscenze scientifiche, su cui aveva peraltro espresso parere positivo il Consiglio superiore di sanità. Quest'ultima ha fornito una panoramica generale delle linee di indirizzo dell'AIFA sulle principali categorie di farmaci, precisando che le raccomandazioni fornite sui farmaci per la gestione domiciliare di Covid-19 riflettono la letteratura e le indicazioni esistenti e si basano anche sulle schede informative AIFA, aggiornate in relazione alla rapida evoluzione delle evidenze scientifiche[10].

Il ricorso era stato presentato da alcuni medici nella parte della Circolare in cui «*nei primi giorni di malattia da Sars-Cov-2, prevede unicamente una "vigilante attesa" e la somministrazione di fans e paracetamolo, nonché nella parte in cui pone indicazioni di non utilizzo di tutti i farmaci generalmente utilizzati dai medici di medicina generale per i pazienti affetti da covid*».

Con la sentenza n. 419/2022 il Tar Lazio ha accolto il ricorso, sostenendo che le censurate linee guida costituiscono «mere esimenti in caso di eventi sfavorevoli e che in disparte la validità giuridica di tali prescrizioni, è onere imprescindibile di ogni sanitario di agire secondo scienza e coscienza, assumendosi la responsabilità circa l'esito della terapia prescritta quale conseguenza della professionalità e del titolo specialistico acquisito». La prescrizione dell'AIFA, come mutuata dal Ministero della salute, contrasterebbe, pertanto, «con la richiesta professionalità del medico e con la sua deontologia professione, imponendo, anzi impedendo l'utilizzo di terapie da questi ultimi eventualmente ritenute idonee ed efficaci al contrasto con la malattia Covid -19 come avviene per ogni attività terapeutica».

La questione aveva ad oggetto, dunque, la legittimità delle linee guida adottate dal Ministero della salute sulla base delle raccomandazioni AIFA: mentre il Ministero riteneva che si trattasse di mere indicazioni/raccomandazioni, il che sembrava desumibile, soprattutto, dal tenore testuale della circolare, «posto che non vi si istituiscono divieti e precetti e si fa riferimento, piuttosto, a "indicazioni di gestione clinica", richiamando le linee di indirizzo dell'AIFA», i medici ricorrenti (e, nel giudizio avanti il Consiglio di Stato, appellati) sostenevano, all'opposto, che la circolare contenesse una lista di «farmaci da non usare», e che, pertanto, la relativa somministrazione fosse oggetto di un divieto.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto di aderire alla prima tesi, affermando che, nel caso di specie, l'atto annullato «non impone divieti o limitazioni all'utilizzo di farmaci, bensì si limita ad indicare, con

[10] La suddetta circolare riporta espressamente le aggiornate raccomandazioni dell'AIFA sui farmaci per la gestione domiciliare di Covid -19.

raccomandazioni e linee di indirizzo basate sulle migliori evidenze di letteratura disponibili, i vari percorsi terapeutici, a seconda del ricorrere di specifiche condizioni».

Nello specifico, la circolare consigliava e, secondo il Consiglio di Stato, «di certo non impone[va]» di: 1) non modificare, a meno di stringente ragione clinica, le terapie croniche in atto per altre patologie (es. terapie antiipertensive, ipolipemizzanti, ipoglicemizzanti, anticoagulanti o antiaggreganti, terapie psicotrope); 2) utilizzare un trattamento di tipo sintomatico con paracetamolo o FANS in caso di febbre o dolori articolari o muscolari, a meno che non esista chiara controindicazione all'uso, o altri farmaci sintomatici su giudizio clinico; 3) non utilizzare routinariamente corticosteroidi, perché un utilizzo precoce di questi farmaci si è rivelato inutile, se non dannoso, in quanto in grado di inficiare lo sviluppo di un'adeguata risposta immunitaria; 4) utilizzare l'eparina solo nei soggetti immobilizzati per l'infezione in atto; 5) evitare l'uso empirico di antibiotici, in quanto il loro eventuale utilizzo è da riservare esclusivamente ai casi in cui l'infezione batterica sia stata dimostrata da un esame microbiologico e a quelli in cui il quadro clinico ponga il fondato sospetto di una sovrapposizione batterica; 6) non utilizzare l'idrossiclorochina, la cui efficacia non è stata confermata in nessuno degli studi clinici randomizzati fino ad ora condotti; 7) valutare, nei pazienti a rischio di progressione di malattia, la possibilità di trattamento precoce con anticorpi monoclonali da parte delle strutture abilitate alla prescrizione.

Tutta la decisione poggia, nonostante il contenuto evidentemente deontico, sulla non vincolatività dell'atto. Si legge infatti che «il Tribunale ha trascurato di considerare ancora una volta che le Linee guida contengano mere raccomandazioni e non prescrizioni cogenti e si collocano, sul piano giuridico, a livello di semplici indicazioni orientative, per i medici di medicina generale, in quanto parametri di riferimento circa le esperienze in atto nei metodi terapeutici a livello internazionale. Sul piano sistematico, esse si inscrivono dunque a pieno titolo in quella più complessa fenomenologia, ben nota all'esperienza giuridica contemporanea in diversi settori dell'ordinamento, del c.d. soft law che, in ambito medico, assume una connotazione peculiare».

Il giudice di prime cure non avrebbe pertanto colto la fondamentale differenza tra regole deontiche, cogenti sul piano giuridico, e regole tecniche (o anancastiche), come quelle in esame, dettate con «carattere riepilogativo di una certa esperienza, nel passato, e orientativo di un certo comportamento, nel futuro, le quali ultime sono appunto refutabili o superabili dal medico, nel doveroso esercizio della propria autonomia professionale, perché si basano su ragioni determinabili e intersoggettivamente valide per essere costruite sull'esperienza più qualificata, che può essere superata, aggiornata e persino smentita dalle peculiarità del quadro clinico, essendo la giustificazione

pratica su cui si fonda la regola pratica sottoponibile, come noto, a controllo empirico».

La pretesa vincolatività delle linee guida urterebbe, in tale prospettiva, non solo contro l'autonomia del medico, ma anche «contro lo stesso diritto alla salute, quale massima, primaria manifestazione della dignità umana, e il principio personalistico posto a base della Costituzione».

4. Osservazioni conclusive

L'esperienza mostra, dunque, come l'utilizzo di tali tecniche di normazione, anche alla luce di interpretazioni opposte, pongano evidenti problemi di certezza del diritto.

Un illustre studioso ha scritto che «la norma non esiste indipendentemente dalla proposizione che la descrive», vale a dire dalla sua «formulazione linguistica»[11]. Il fatto che la precettività di una norma sia inscindibilmente legata al momento della scrittura, dalla formula linguistica adottata per descriverla, è un punto di partenza ovvio, se vogliamo, eppure in egual misura imprescindibile. Imprescindibile perché se lo scopo è produrre una norma chiara, allora è necessario formularla in maniera chiara. A ciò aggiungasi che se il contenuto della norma diviene irrilevante, allora la questione della certezza si sposta sulla, più o meno complessa, qualificazione dell'atto contenente la singola formulazione linguistica e la relativa regola.

E a scanso di alcune posizioni di marcato scetticismo in tema di teoria dell'interpretazione, credo si possa ragionevolmente convenire che tanto formulazioni ambigue e oscure, quanto complesse qualificazioni degli atti giuridici, diano il la non soltanto a vicende giurisprudenziali non sempre edificanti, ma rendano, di converso e soprattutto, incommensurabilmente meno sicuro e incerto il vivere quotidiano dell'individuo. E lo rendono meno sicuro tanto nei suoi rapporti con i consociati, quanto e soprattutto nei confronti del potere pubblico.

Dietro al trinomio chiarezza del linguaggio - corretta qualificazione dell'atto - certezza del diritto, non sta soltanto una esigenza stilistico-formalistica fine a se stessa, ma concreti rapporti di vita e di potere. Allargando per un istante la visuale alla materia penale ed alla scrittura delle fattispecie di reato, ove è evidentemente più sentito il fine della chiarezza della normativa e della certezza del diritto, reati formulati in maniera ambigua e oscura non sarebbero certamente ammissibili in una democrazia costituzionale. Ciò non toglie che tali finalità assumano rilevanza anche in un contesto diverso, come quello descritto, in cui, senza addivenire alla afflittività delle fattispecie penali, si manifesta comunque l'esigenza di potersi orientare nel contesto sociale in piena libertà.

Quando padri costituenti come Giorgio La Pira e Aldo Moro facevano notare come la caratteristica principale del mutamento costituzionale dopo gli orrori del totalitarismo e della guerra che avevano ridotto il Paese in macerie materiali e spirituali fosse il ribaltamento del vecchio paradigma de "la persona

[11] G. Silvestri, *Le parole giuste - Scrittura tecnica e cultura linguistica per il buon funzionamento della pubblica amministrazione e della giustizia - Atti del convegno di presentazione del progetto di ricerca e formazione, tenutosi nella Sala Koch di Palazzo Madama*, il 14 aprile 2016, p. 114

per lo Stato" con quello de "lo Stato per la persona", descrivevano una realtà giuridica in cui lo Stato deve alla persona il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali che neppure la volontà della maggioranza può ledere ingiustificatamente o estirpare. E garantire i diritti di libertà alla persona non può in fondo prescindere da norme giuridiche chiare: norme oscure rendono l'agire individuale incerto, insicuro, e lo fanno avanzare in una dimensione di inaccettabile aleatorietà[12]; per converso, norme chiare e intellegibili rendono l'agire più sicuro, perché ingenerano un affidamento in capo alla persona dovuto alla ragionevole prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni.

In fondo, se la libertà per come concepita dalla Costituzione non costituisce l'«involucro del tornaconto», ma quello «della responsabilità individuale»[13], possiamo addirittura spingerci ad affermare che norme più chiare rinsaldino il nesso tra libertà e responsabilità, che è alla base di una visione del vivere civile più pregna di consapevolezza, della dimensione individuale, certo, ma anche e soprattutto della dimensione sociale del proprio agire.

L'esperienza giuridica certamente è in costante evoluzione e gli strumenti di regolazione flessibile rappresentano uno strumento con evidenti potenzialità - tra cui rientra, come ho avuto modo di sostenere, anche la possibilità di instaurare con il cittadino un diverso rapporto basato sulla sua informazione e responsabilizzazione - che, tuttavia, devono essere correttamente inquadrati nel sistema e nella teoria delle fonti, in vista del perseguimento della certezza del diritto e, dunque, della tutela dei diritti fondamentali.

[12] Secondo C. PINELLI, *Diritto pubblico*, 2020, 83, «un secondo effetto del sistema totalitario sulla condizione dei cittadini riguarda la sicurezza, ed è strettamente legato alla manipolazione delle coscienze. L'imprevedibilità delle decisioni pubbliche provoca paura, la quale alimenta a sua volta la ricerca di protezione e quindi la dipendenza dal potere. Parlando dei regimi orientali, Montesquieu aveva osservato che l'imprevedibilità delle decisioni politiche era fonte permanente di paura per i sudditi, che per lui era il principio del dispotismo, come l'onore lo era delle monarchie e la virtù delle repubbliche. Ma dai tempi dell'assolutismo i popoli europei erano abituati ad associare lo Stato alla capacità di prestare sicurezza nei confronti della violenza privata, che si può ottenere solo attraverso la previa determinazione delle decisioni e dei comportamenti dell'amministrazione. E tutto un filone di pensiero aveva visto in ciò il fondamento stesso dello Stato, da Hobbes, che aveva affidato al sovrano il compito di porre fine alla guerra civile, a Weber, che aveva definito lo Stato il detentore del monopolio legale della forza. Sciogliendo l'azione pubblica dal vincolo della legalità, il totalitarismo rovesciava l'assunto, e faceva del potere una fonte di permanente insicurezza per i cittadini».

[13] L'adozione di un'idea della libertà sganciata da una dimensione responsabile cade nell'«equivoco concettuale, oltre che culturale e storico, dell'idea di una libertà coincidente con l'incondizionata adozione del comportamento ispirato al proprio interesse egoistico» (G. Amato, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, CEDAM, 1990, ora in Id., *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna, il Mulino, 2015, 177).

Il sistema delle fonti e la rilevanza delle circolari amministrative nella governance dell'emergenza pandemica*

di Gloria Francesca Pulizzi
Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: Il contributo affronta il tema della collocazione nel sistema delle fonti del diritto delle circolari amministrative, prendendo le mosse dal largo utilizzo che di tale strumento è stato effettuato nella prassi amministrativa di gestione dell'emergenza pandemica da Covid-19. In tale contesto, l'autore riflette sui possibili rischi per la tenuta dello Stato costituzionale in ragione della capacità delle circolari amministrative di assumere valore sostanzialmente normativo e di incidere sui diritti costituzionalmente garantiti.

Title: Sources of law and the relevance of administrative circulars in pandemic emergency governance.
Abstract [En]: The paper addresses the issue of the place in the law system of administrative circulars, starting from the wide use that has been made of this tool during the Covid-19 pandemic emergency governance. In this context, the author reflects on the possible risks for the stability of the constitutional State due to the ability of the administrative circulars to assume substantially normative value and to affect constitutionally guaranteed rights.

Parole chiave: Circolari amministrative; sistema delle fonti; emergenza pandemica; diritto alla salute; legittimo affidamento
Keywords: Administrative circulars; source system; pandemic emergency; right to health; legitimate expectations

Sommario: 1. La crisi sanitaria come fattore di amplificazione della crisi del sistema delle fonti. **2.** Una figura paradigmatica dell'emergenza: le circolari amministrative. **3.** Le circolari amministrative nel sistema delle fonti tra esigenze concrete e profili problematici. **4.** Il valore giuridico delle circolari amministrative nei sistemi giuridici complessi.

1. La crisi sanitaria come fattore di amplificazione della crisi del sistema delle fonti

È noto il dibattito emerso nella dottrina costituzionalista circa la tenuta dello Stato di diritto durante la crisi pandemica[1] in ragione del costante ricorso a forme e modalità di esercizio del pubblico potere in collisione con le fondamenta dello Stato costituzionale.

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1] Su tale dibattito, *ex multis*, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista Aic*, n. 2, 2020, pp. 109 ss.; *contra*, A. RUGGIERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2020, pp. 369 ss.; G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1,2020, III; I.A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020; E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2021, pp. 64 ss.; A. VERNATA, *Ceci n'est pas une copie. Il (lento) incedere del principio di legalità sostanziale nella legislazione pandemica*, in *Osservatorio Aic*, n. 4, 2021, pp. 200 ss.

Il richiamo alla concezione schmittiana di Stato di eccezione[2], quale elemento di congiunzione tra la forza e il diritto nelle fasi di anomia[3] e Stato di emergenza[4] ha condotto la dottrina ad interrogarsi sulle possibili giustificazioni dell'esercizio di poteri "straordinari" nello Stato di eccezione e sull'incidenza di questi nel rapporto con il sistema delle fonti[5], dato il proliferare di una «commistione tra decisione giuridica e decisione politica»[6] nella *governance* della pandemia. In tale contesto sembra, infatti, essersi verificato il paradosso per cui le norme degradano a meri fatti mentre procedimenti di fatto, di per sé estranei all'ordinamento giuridico generale[7], assumono veste giuridica.

Su un diverso piano ma di rilievo parimenti centrale, non solo per esigenze di sistema ma soprattutto a livello dogmatico, è la capacità del fatto di diventare norma o, perlomeno, di assumere rilevanza giuridica per il tramite dell'attività regolatrice della pubblica amministrazione[8].

Nella concreta prassi amministrativa di gestione della pandemia, anche per opera della pubblica amministrazione, infatti, atti formalmente privi di rilevanza giuridica esterna sono stati largamente utilizzati con forza cogente, ossia idonea a comportare un elevato grado di incisività sia in relazione all'orientamento dei comportamenti dei consociati, sia in relazione alla qualificazione di tali comportamenti in termini di obbligatorietà. Delibere, raccomandazioni, linee-guida, FAQ, codici di condotta e circolari hanno rappresentato una delle (poche) costanti dell'emergenza[9]. Tali strumenti sono stati largamente utilizzati, infatti, sia in funzione di raccomandazione ma anche per stabilire misure obbligatorie e conseguenti sanzioni. In numerosi casi sono emerse ipotesi "di confine" che hanno

[2]V. E. RAEDAELLI, *Legge ed eccezione. Benjamin, Schmitt e il fondamento del diritto*, in *Noema 7/2/2016*.

[3]C. SCHMITT, *Teologia politica*, in *Le categorie del politico*, il Mulino, Bologna, 1972, p. 33; ID., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria (1921)*, Laterza, Roma-Bari, trad.it. III ed., 1975.

[4]Sul punto, W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza (1921),* Edizioni Alegre, Roma, 2010, p. 57.

[5]Sugli strumenti normativi utilizzati in pandemia, M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2021, pp. 400 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2020, pp. 142 ss.; C. PINELLI, *Considerazioni sulla scelta delle fonti del diritto per fronteggiare l'emergenza sanitaria del 2020*, in *DPCE*, n. 3, 2020, pp. 4263 ss.

[6]Cfr. O. SPATARO, *Stato di emergenza e legalità costituzionale alla prova della pandemia*, in *federalismi.it*, n. 11, 2022, p. 163.; A. IANNUZZI, *Leggi "science driven" e Covid19. Il rapporto fra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2020, pp. 119 ss.

[7]Si rimanda alla teoria della pluralità degli ordinamenti di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1918.

[8]Il fenomeno ha radici risalenti. Sul punto, M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966; A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione. Origini, funzioni, caratteri*, Jovene, Napoli, 1970; ID. *Governo e amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1966, pp. 757 ss.; FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino, 1999; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Ed. scientifiche italiane, Napoli, 1997; in chiave critica, M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto,* in *Rivista AIC,* n. 4, 2018, pp. 86 ss.

[9]Basti consultare il lungo elenco riportato sul sito del Ministero della Salute, Norme, circolari e ordinanze (salute.gov.it). In particolare, linee-guida AIFA, *Raccomandazioni AIFA sui farmaci per la gestione domiciliare di Covid-19,* agg. 14 dicembre 2021.

comportato il proliferare di modelli atipici considerati atti di regolazione *soft* per l'assenza di una diretta vincolatività, ma la cui efficacia sostanziale è stata tale da incidere fortemente nei rapporti intersoggettivi[10]. A seguito dell'utilizzo di tali atti, la protezione di diritti degli individui non può dirsi sia stata affidata *solo* alla legge e neppure a fonti di rango secondario, risultate insufficienti, ma anche a strumenti a efficacia variabile.

Ciò, in una fase post-pandemica, impone una riflessione circa le conseguenze che il fenomeno ha nel panorama dello Stato costituzionale. I problemi di ordine costituzionale dei DPCM da un lato, e i ricorsi per l'annullamento delle circolari dall'altro, disvelano l'impossibilità di accettare una concezione statica del sistema delle fonti e impongono di domandarsi se lo Stato di diritto sia in grado di recepire la trasformazione in atto oppure, come è sembrato, ne sia stato travolto.

Il tema della collocazione sistematica degli atti flessibili di regolazione considerati ormai quale ulteriore strumento giuridico dell'ordinamento[11] si presenta, infatti, di grande attualità, non solo perché esso inerisce a rilevanti ed annose questioni, quali il rispetto del principio di legalità e la tenuta del "sistema delle fonti"[12], ma anche in ragione dei recenti sviluppi giurisprudenziali, i quali, muovendosi in un contesto di grande frammentarietà, non sembrano in grado di rispondere alla crescente domanda di regolazione proveniente dalla società, se non agganciandosi ai tradizionali criteri gerarchici.

In tale contesto, sarebbe riduttivo affermare che la pandemia abbia sconvolto e confuso il sistema delle fonti del diritto, come invece è stato pur ragionevolmente sostenuto[13]. Sembra invece che il sopraggiungere di una situazione di crisi che imponesse la celerità delle decisioni abbia soltanto disvelato, e semmai amplificato, un'altra crisi endemica, ossia quella di un sistema delle fonti che sembrava essersi consolidato secondo la tradizionale impostazione gerarchico-piramidale, aggiungendo un ulteriore profilo problematico, consistente nella possibilità di ricorrere a strumenti diversi non solo dalla fonte primaria ma anche da quella secondaria.

In tale prospettiva, si esamineranno in maniera analitica gli atti adottati durante l'emergenza pandemica e, in particolare, il modello delle circolari amministrative, le quali, come detto, sembrano aver assunto valore cogente. Tale schema si inquadra in quella tipologia di fonti che parte della dottrina considera

[10] A. DI ROBILANT, *Genealogies of Soft Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006, pp. 499 ss.

[11] Sull'insufficienza dell'attuale sistema a rappresentare correttamente l'atteggiarsi delle fonti, si v. M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo,* in *Diritto Amministrativo*, n. 4, 2015, pp. 683 ss.

[12] *Ex multis,* V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto: b) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968; F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle),* in *Enciclopedia del diritto, Agg. I*, Milano, 1997, p. 61 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano,* Cedam, Padova, 2009; L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. Cost.),* in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, II, Milano, 2008, pp. 536 ss.; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Utet, Torino, 1993; P. GROSSI, *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Jovene, Napoli, 2009.

[13] Cfr. S. FOÀ, *Le circolari amministrative nell'emergenza pandemica*, in *federalismi.it*, n. 7, 2022, pp. 92 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI*, Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia*, *cit.,* p. 414.

"terziarie"[14], ossia quegli atti che, pur svolgendo una funzione *de facto* normativa, rimangono in una zona d'ombra e per i quali si ricorre in maniera sempre più controversa a incerti tentativi di qualificazione. Proprio tale prospettiva consente di esaminare le trasformazioni che il fenomeno ha impresso al concetto di efficacia normativa in senso sostanziale.

2. Una figura paradigmatica dell'emergenza: le circolari amministrative

Nel contesto di *governance* dell'emergenza pandemica, l'irrompere delle circolari amministrative mostra, ancora una volta, una significativa (e forse fisiologica) preferenza per il connubio tra celerità ed efficacia, da un lato, e qualità della regolazione in circostanze indifferibili, dall'altro[15]. Tale scelta, però, appare evocare la capacità della circolare di avere occasionalmente una vera e propria capacità innovativa esterna[16], sebbene ciò, in concreto concorra ad evidenziare le crepe del sistema[17].

In alcuni casi, infatti, esse hanno inusualmente assunto un ruolo dispositivo o sono state utilizzate a scopo precettivo. Al primo caso può ascriversi la circolare sull'inclusione, nel programma di vaccinazione, della fascia di popolazione compresa tra i cinque e gli undici anni[18]. Il Ministero della Salute, sulla base delle evidenze scientifiche e del parere favorevole espresso dall'EMA così come accolto dall'AIFA, ha ritenuto

[14]M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo, cit.*

[15] La tendenza volta all'utilizzo di atti flessibili di regolazione al fine di fronteggiare con maggiore celerità situazioni complesse pare essere una prassi che negli ultimi anni è andata consolidandosi nel panorama giuridico italiano. In tale contesto, a fungere da spartiacque tra un sistema delle fonti ancorato dalla stretta aderenza ad un criterio gerarchico-piramidale ed un sistema caratterizzato dall'erompere della flessibilità ed atipicità degli atti è stato il ruolo che hanno assunto le linee-guida e, in particolare, quelle considerate *vincolanti.* In Italia, la preferenza per questo strumento atipico di regolazione si è registrata sin dall'attribuzione di poteri di regolazione flessibile in capo alle autorità amministrative indipendenti proprio in ragione dell'esigenza di ancorare alla fonte di rango primario una disciplina qualificata e caratterizzata da un elevato grado di tecnicità. Su tutti, si veda il caso emblematico del valore *sostanzialmente normativo* delle linee-guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Su cui C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in *giustamm.it*, n. 4, 2016; G. MORBIDELLI., *Le linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3, 2016, pp. 273-319; I.A. NICOTRA, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in ID. (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino, 2016; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2017; M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle Linee guida ANAC*, in *federalismi.it*, 3, 2019. Al di là del più ristretto fenomeno delle autorità indipendenti, la regolazione per linee guida ha assunto un ruolo di primario rilievo in relazione a numerosi settori in cui emergono diritti di rilievo costituzionale. Tra questi le maggiori criticità si rinvengono in relazione alle questioni concernenti il biodiritto – già caratterizzate da un largo utilizzo di atti di *soft law* in ambito internazionale (su cui si veda L. POLI, *Il diritto internazionale come "motore" del biodiritto e l'emersione di un "biodiritto internazionale"*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2019, pp. 287 ss.), ma anche alle questioni riferibili alla p.m.a e al più generale contesto medico-sanitario nel quale è noto il rilievo assunto dalle Linee Guida previste dall'art. 5 della legge 8 marzo 2017, n. 24. Da ultimo, in ragione della tutela costituzionale garantita all'ambiente, numerosi profili di criticità sembra comportare la c.d. *soft environmental law*, all'interno della quale si iscrivono le linee-guida le, quali, in verità, già da tempo sono poste, sia a livello interno che a livello internazionale, quale strumento di tutela dei settori afferenti l'ambiente. Sul punto, si veda V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Giuffrè, Milano, 2016. Più in generale, sulla rilevanza degli atti di soft law nel settore ambientale, si veda K. WELLENS, G.M BORCHARDT, *Soft law in European community law*, in *European law review*, 1989, pp. 267-321.

[16]M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti,* cit., p. 8.

[17]Sul punto, cfr., A. MOLITERNI, *Note minime in tema di complessità*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti in onore di Vincenzo Cerulli Irelli,* Giappichelli, Torino, 2021, pp. 810-830.

[18]Circolare del Ministero della Salute del 7 dicembre 2021, n. 56429.

di poter includere i soggetti ricompresi nella suddetta fascia nel programma di vaccinazione, tenendo conto delle categorie a "elevata fragilità" come individuate dal DM 12 marzo 2021[19]. Al secondo caso, invece, può ascriversi la circolare recante indicazioni sull' "*Aggiornamento sulle misure di quarantena e isolamento in seguito alla diffusione a livello globale della nuova variante VOC SARS-CoV-2 Omicron*"[20]. Sebbene con tale atto il Ministero si prefiggesse di fornire degli aggiornamenti sulle misure di quarantena e isolamento raccomandate, esso invece dettava, ai punti 1 e 2 specifiche restrizioni della libertà personale sulla base della valutazione del rischio di contagio fornite dall'ECDC (*European Centre for Disease Prevention and Control*).

Di ben più rilevante importanza, in termini di un contenuto potenzialmente prescrittivo, è stata la vicenda giurisprudenziale che ha coinvolto le circolari sulla "*Gestione domiciliare dei pazienti con infezione da SARS-CovV-2*" (ult. agg. 26 aprile 2021). Il Ministero della Salute, mutuando le linee guida dell'AIFA, ha inteso fornire "indicazioni operative" sulla terapia domiciliare del paziente affetto da Covid-19 e in particolare sulla "vigile attesa", nonostante avesse dichiarato che permanessero larghi margini di incertezza sull'efficacia di alcuni approcci terapeutici. Dimostrazione, questa, che prima ancora dello strumento concretamente utilizzato, sia innegabile un problema di solidità scientifica delle decisioni adottate[21].

Nel duplice scopo di mettere in sicurezza il paziente e di evitare il sovraffollamento delle strutture ospedaliere, sono state così aggiornate le linee di indirizzo dettate con la prima circolare del 30 novembre 2020, indicando ai medici le modalità da seguire nella gestione del paziente affetto dalla malattia o, meglio, le terapie da non adottare. Tali indicazioni sono state interpretate dai medici alla stregua di un divieto che, ponendosi in contrasto con la deontologia professionale, impediva ad essi di utilizzare terapie eventualmente ritenute comunque idonee a contrastare la malattia. I giudici, in prima istanza, hanno annullato la circolare ministeriale proprio sul presupposto che la prescrizione dell'AIFA, così come mutuata nella circolare, contrastava con i doveri di professionalità e di deontologia professionale, in quanto imponeva ai medici «*puntuali e vincolanti scelte terapeutiche*»[22]. La decisione è stata tuttavia ribaltata dal Consiglio di Stato, che ha invece ritenuto che la circolare «*si limita(sse) a raccogliere le indicazioni degli organismi internazionali, i pronunciamenti delle autorità regolatorie e gli orientamenti di buona pratica clinica asseverati dagli studi nazionali ed internazionali, al fine di fornire a tutti gli operatori interessati un quadro sinottico, aggiornato ed autorevole di*

[19]"Raccomandazioni *ad interim* sui gruppi target della vaccinazione anti SARS-CoV-2/COVID-19".

[20]Circolare del Ministero della Salute, 11 agosto 2021 n. 36254 e circolare del 03 dicembre 2021 n. 55819.

[21]Sul punto, A. MOLITERNI, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-scientifiche e l'instabile confine tra amministrare e giudicare*, in *Diritto Processuale Amm*inistrativo, n. 2, 2021, p. 399; Basti ricordare la controversia sull'utilizzabilità dell'idrossiclorochina per il trattamento del Covid-19. Su cui si v. l'ordinanza n. 7097/2020 con cui il Consiglio di Stato ha sospeso l'ordinanza del Tar Lazio, n. 7069/2020.

[22]TAR Lazio, Sez. III, 15 gennaio 2022, n. 419, «*La prescrizione dell'AIFA, come mutuata dal Ministero della Salute, contrasta, pertanto, con la richiesta professionalità del medico e con la sua deontologia professione, imponendo, anzi impedendo l'utilizzo di terapie da questi ultimi eventualmente ritenute idonee ed efficaci al contrasto con la malattia COVID 19 come avviene per ogni attività terapeutica*».

riferimento»[23] e ha ribadito che il fatto che si trattasse di "*mere indicazioni/raccomandazioni (fosse) reso evidente, prima di tutto, dal tenore testuale della circolare, posto che non vi si istitui(vano) divieti e precetti e si fa(ceva) riferimento, piuttosto, a «indicazioni di gestione clinica»*"[24]. Venivano così disattesi gli spiragli che l'Adunanza Plenaria n. 19/2011 aveva aperto circa la possibile rilevanza esterna delle circolari amministrative[25], essendo adesso ricondotte alla categoria della *soft law*.

Durante l'emergenza sanitaria il problema della effettività della tutela del diritto alla salute si è presentato in modo peculiare non solo per il carattere di novità della malattia e per gli ampi margini di incertezza scientifica, ma anche per l'assenza di una idonea disciplina normativa. Per queste ragioni, al fine di tutelare maggiormente i medici di fronte a comportamenti eccessivamente cautelativi ispirati alla c.d. "medicina difensiva", la giurisprudenza, omettendo di prendere posizione sull'annoso problema della collocazione sistematica di tali atti, ha preferito avallare l'orientamento secondo cui la forza legale degli atti di regolazione *soft* è ricondotta a quella di meri atti con «*valore orientativo*» e «*non cogenti per il medico*»[26]. Stante la pregnanza dei principi costituzionali sottesi all'individuazione della cura e al fondamentale diritto alla salute, l'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza è stato, quindi, quello di considerare recessiva la forza legale delle *leges artis* in campo medico (*i.e.* linee-guida) rispetto alla "maggiore consistenza" della "relazione terapeutica", improntata al valore più alto dell'ordinamento: la dignità della persona umana[27].

Nonostante i tentativi della giurisprudenza abbiano voluto ridimensionare la forza legale di tali atti, il grande impatto sull'autonomia della professione medica assunto dalle linee-guida è però dimostrato dagli interventi del legislatore che, nella fase più acuta dell'emergenza, hanno limitato la responsabilità penale del medico che vi si fosse adeguato[28]. Sebbene, quindi, la stessa legge definisca le linee-guida in ambito

[23]Cons. Stato, Sez. III, 9 febbraio 2022, n. 946, par. 6.1.
[24]Par. 6.3; così, prima ancora, Cons. Stato, Sez. III, decreto 19 gennaio 2022, n. 207.
[25]Cons. Stato, Ad. Plen. 14 novembre 2011, n. 19 secondo cui le circolari «*pur formalmente dirette agli organi periferici dell'amministrazione dei Monopoli di Stato, hanno una indubbia rilevanza esterna*».
[26] Cons. Stato, III, n. 946/2022, cit., par. 12.3.
[27] Sul punto v., Cons. Stato, III, n. 946/2022, cit., par. 12.
[28] Proprio dopo il verificarsi di numerosi drammatici eventi di trombosi a seguito delle vaccinazioni, infatti, è stata introdotta, in via d'urgenza, una disposizione volta a limitare la responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti Sard-Cov-2 (art. 3, d.l. 1 aprile 2021, n. 44, conv. in l. 28 maggio 2021, n. 76) la quale, peraltro, escludeva la punibilità quando l'uso del vaccino era «*conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione*».

medico-chirurgico quali «raccomandazioni»[29] di comportamento clinico, esse oggi costituiscono il parametro – sebbene non esclusivo[30] – per l'accertamento della colpa medica[31].

Su un secondo profilo, la insolita rilevanza delle circolari si osserva nel momento in cui esse sono divenute oggetto di affidamento spontaneo da parte della collettività[32]. I cittadini, infatti, hanno rispettato in maniera generalizzata fonti non vincolanti e seguito i comportamenti in esse indicati al fine di distinguere le azioni ammesse da quelle vietate. La circolare del Ministero dell'Interno del 31 marzo 2020[33] sulle misure di contenimento e gestione della situazione epidemiologica, sebbene finalizzata a dettare chiarimenti e indicazioni operative, ha avuto un ruolo innovativo rispetto alla fonte sovraordinata, disponendo in quali casi fosse «consentito» lo spostamento dalla propria abitazione per svolgere attività sportive. In relazione a tale fattispecie, si è ingenerato il legittimo affidamento dei cittadini circa i limiti alla libertà di circolazione.

Pur senza pretese di esaustività, dall'analisi empirica sulle vicende delle circolari ministeriali, appare chiaro come non siano rari i casi in cui l'atto amministrativo abbia un effetto vincolante[34] e, pertanto, non può dirsi sopita l'annosa questione della rispondenza del *nomen juris* all'efficacia normativa. Nello specifico, ci si riferisce all'antinomia ontologica sussistente tra la tradizionale nozione di *soft law* e il carattere vincolante degli atti esaminati, pure riconosciuta dai tribunali amministrativi regionali che, come nel caso richiamato, hanno superato una visione basata su un criterio meramente nominalistico[35].

[29] L'art. 5, co. 3, legge 8 marzo 2017, n. 24 recante "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie" le definisce «*raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche*».

[30] Sul punto, cfr. Cass., n. 7849/2022, cit. 3.2.

[31] Sul punto, Cass. III, civ., 29 aprile 2022, n. 13510 «*Il soft law delle linee-guida (…) costituisce espressione di parametri per l'accertamento della colpa medica, che contribuiscono alla corretta sussunzione della fattispecie concreta in quella legale disciplinata da clausole generali*».

[32] Per una ricostruzione sul tema, v. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2018, pp. 121-159.

[33] Circolare del Ministero dell'Interno, n. 15350/117(2).

[34] In ambito sanitario, la vincolatività degli atti di rango terziario è sostenuta da E. D'ORLANDO, F. NASSUTO, *Le Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva,* in *Corti supreme e salute*, n. 1, 2021, pp. 55-75; D. BOLOGNINO, E. PROVENZANI, *Interrogativi sulla sussistenza di soft-regulation e soft-obligation nel contesto emergenziale relativo alla pandemia da Covid-19* in *Corti supreme e salute,* n. 3, 2020, pp. 2-16; V. DESANTIS, *Il ricorso alle linee guida come (improprio) fattore di semplificazione normativa,* in *Corti supreme e salute*, n. 3, 2020, pp. 1-33; F. LAUS, *La natura caleidoscopica delle linee guida: tra responsabilità medica, lotta alla pandemia e regolazione del diritto dei contratti pubblici*, in *Corti supreme e salute*, n. 3, 2020, pp. 1-14.

[35] Sul punto, in dottrina, si rimanda al dibattito sulle linee guida delle autorità indipendenti, per cui si veda, *ex. multis*, G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell'Anac: comandi o consigli?, cit.*, p. 292; A.M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1961, p. 530; M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law,* in *Diritto costituzionale*, n. 1, 2020, p. 182, in cui l'a. sostiene come nel caso degli atti di *soft law* a carattere sostanzialmente normativo si possa parlare della c.d. "truffa delle etichette".

3. La posizione delle circolari amministrative nell'attuale sistema delle fonti tra esigenze concrete e profili problematici

Il concreto atteggiarsi delle circolari amministrative nella prassi dell'emergenza sanitaria riflette l'assenza di certezze circa la posizione che tali atti effettivamente occupano nel sistema delle fonti del diritto e della loro efficacia, non solo nei confronti dei pubblici poteri ma anche in relazione ai diritti fondamentali dei singoli individui. Sul piano generale, la controversa collocazione delle circolari amministrative è in realtà una vicenda risalente[36]. Sin dalle prime teorizzazioni, esse erano ritenute norme interne della pubblica amministrazione[37] e, in particolare, "atti di un'autorità superiore che stabiliscono in via generale ed astratta regole di condotta di autorità inferiori nel disbrigo di affari d'ufficio"[38], identificandosi, quindi, in un rapporto di supremazia particolare le cui parti necessarie sono la pubblica amministrazione nell'esercizio dell'attività autoritativa ed un complesso di organi o enti ad essa subordinati[39]. Si attribuiva loro, quindi, una sicura rilevanza ad orientare i rapporti tra i pubblici poteri ma, ciò nonostante, esse erano prive di qualsiasi peso al di fuori di tale contesto, e, in particolare, nei confronti dei terzi[40]. Ciò ha portato a ritenere che si trattasse di uno strumento secondario ed estraneo alle fonti del diritto.

Sebbene anche la giurisprudenza abbia sovente ricondotto le circolari nell'ambito dell'organizzazione amministrativa[41], ben presto la posizione da esse assunta si è però dilatata sino a far emergere un ruolo

---

[36] A. ROMANO, *In tema di circolari amministrative*, in *Rivista di diritto finanziario e di scienza delle finanze*, n. 2, 1959, pp. 109-134, spec. p. 117, auspicando la necessità di una valutazione della effettiva portata del fenomeno delle circolari, affermava che « gli organi amministrativi, nello svolgimento dell'attività di loro competenza, operano pressochè esclusivamente sulla base delle circolari a loro impartite, trascurando generalmente di tenere diretto conto dei testi di legge, per la cui applicazione pure dette circolari sono emanate; e ciò è ben noto non solo al giurista, ma anche al cittadino qualunque, il quale, assai spesso, deve sostenere le sue pretese, con una discussione che è basata non su problemi di interpretazione della legge, ma, al contrario, su questioni che concernono solo il significato della circolare che l'impiegato ha sott'occhio. Se tale è il modo di agire quotidiano degli organi amministrativi, è nella natura stessa delle cose che essi siano portati a dare veste giuridica a quello che ben presto si trasforma in un vero e proprio *habitus* mentale: ossia, che tendano a considerare come fonte effettiva della disciplina dei rapporti tra Amministrazione e cittadini la circolare.».

[37] La genesi della nozione di norma interna si rinviene nella distinzione elaborata dalla dottrina tedesca tra *Rechtsverordnungen* (regolamenti), fonti del diritto in senso proprio in quanto produttrici di norme giuridiche (*Aussenrechtssaze*) e *Verwaltungsverordnungen* (norme interne) che, pur avendo carattere normativo, avevano valenza solo interna. Sul punto, si v. P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tubingen, vol. II, 1914, p. 87; G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Tubingen, 1888; In Italia, per le prime sistematizzazioni v. F. BASSI, *Circolari amministrative*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, III, Utet, Torino, 1989, pp. 54 ss; G. SALEMI, *Le circolari amministrative*, Reber, Palermo, 1913; G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico (estr.*), in *Rivista di Diritto Pubblico,* II, 1915, p. 4; M.S. GIANNINI, *Circolare,* in *Enciclopedia del Diritto*, VII, Giuffrè, Milano, 1960. Più di recente, C. TUBERTINI, *Circolari amministrative*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 858 ss.; F. SAITTA, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi,* Tomo I, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 233 ss.

[38] F. CAMMEO, *A proposito di circolari ed istruzioni*, in *Giurisprudenza italiana,* 1920, III, 1.

[39] Sul punto, A. CATELANI, *Le circolari della pubblica amministrazione quali fonti normative per la crisi della pandemia,* in *Società e diritti,* n. 11, 2021, p. 40 ss.

[40] M.P. CHITI, *Circolare amministrativa*, in *Enciclopedia Giuridica*, VI, Roma, 1988.

[41] *Ex multis*, Cass. Civ. SS. UU., 2 novembre 2007, n. 23031; Cons. St., Sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 5830; Cons. St., Sez. IV, 16 giugno 2012, n. 3457; Cons. St., IV, n. 812/2012 ha ricordato che la distinzione tra circolari e regolamenti si basa sul fatto che le prime "*pur aventi contenuto normativo, presentano tuttavia solo "Norme interne", quindi caratterizzate da generalità e astrattezza, ma prive del requisito dell'efficacia verso l'esterno*".

predominante dell'amministrazione nell'affermazione o nella negazione dei diritti fondamentali[42]. Nonostante ad esse venga formalmente ancora riconosciuta efficacia interna[43], anche le più moderne ricostruzioni giurisprudenziali, seppur in maniera ondivaga, ne hanno infatti rilevato un'indubbia capacità esterna – ancorché indiretta[44] – a condizionare i soggetti cui esse sono rivolte, agendo come *longa manus* del potere normativo integrativo della pubblica amministrazione[45].

E proprio in relazione a tale profilo si mostra il *vulnus* circa la sistematizzazione dommatica delle circolari. Stabilita un'incidenza indiretta, infatti, sebbene esse siano tipici strumenti di normazione flessibile, non possono essere ascritte alla categoria della *soft law,* la cui violazione si colloca su un piano strettamente politico[46].

L'incidenza delle circolari, infatti, non riguarda più *solo* il rapporto amministrativo interno, ma proprio sul piano degli effetti, la loro "rilevanza legale" coincide con quella esplicata della legge[47]. Secondo la teoria della *Selbstbindung der Verwaltung*[48], anche le forme di autolimitazione che l'amministrazione imponeva al suo agire assurgevano in via indiretta a garanzia nei confronti degli amministrati e, pertanto, essa poteva discostarsene solo laddove sussistessero consolidate ragioni adeguatamente esposte. Anche in Italia, l'appartenenza delle circolari alle fonti "terziarie" ha portato la dottrina a qualificarle come "precetti a obbligatorietà condizionata"[49], capaci di rendere obbligatori i comportamenti salvo che si provi l'opportunità di non attenervisi. Le circolari, infatti, riconoscono in via generale una facoltà derogatoria all'amministrazione, subordinata, però, ad uno specifico onere motivazionale la cui inosservanza, sul piano dei rimedi, consente di sindacare l'illegittimità dell'atto per eccesso di potere[50].

---

[42]Basti pensare al costante impiego delle circolari nell'esperienza fascista volto a limitare i diritti fondamentali della popolazione ebraica, su cui M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, *cit.,* pp. 95-99. Più di recente, in tema di soccorso in mare dei migranti, si pensi al c.d. Codice "Minniti" (Codice di condotta per le Ong impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare) che altro non è se non una circolare amministrativa.

[43]Per le ricostruzioni più recenti in materia, F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamento,* Ed. scientifica, Napoli, 2020; M. ROVERSI MONACO, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Franco Angeli Editore, Milano, 2020.

[44]In giurisprudenza, *ex multis*, Ad. Plen. Cons. St. n. 19/2011, *cit.*; Tar Lazio, Sez. III, n. 7781/2018; In dottrina, F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Giuffrè, Milano, 1963; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, *cit.,* pp. 221 ss., ricorda come già le prime teorizzazioni della dottrina italiana evidenziavano un'efficacia «mediatamente» esterna delle circolari.

[45]M. P. CHITI, *Circolare*, cit.

[46]A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamento o fine del conflitto democratico?* in *Costituzionalismo.it,* n. 3, 2016 pp. 255-285; G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2, 2016, p. 1 ss.

[47]Cfr. A. CATELANI, *Le circolari*, *cit.* p. 50; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2021.

[48]M. WALLERATH, *Die Selbstbindung der Verwaltung,Freiheit und Gebundenheit durch den Gleichheitssatz,* Auflage, 1968. In Italia, lo stesso nucleo garantista è stato ribadito dalla Corte dei Conti, laddove ha stabilito la possibilità per le circolari di essere considerate "direttive" se idonee a «garantire unità di indirizzo e parità di trattamento per gli interessati». (Corte dei conti, sez. contr. 4 ottobre 1995, n. 126).

[49]N. BOBBIO*, Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1960, pp. 79 ss.

[50]Già F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giurisprudenza italiana*, III, 1912, pp. 103 ss.

Tramite il grimaldello di una funzione di garanzia a tutela del legittimo affidamento degli amministrati, quindi, l'efficacia che viene considerata "esterna" delle circolari amministrative, sembra più essere un'efficacia riflessa ma logicamente consequenziale al *proprium* della funzione amministrativa. Se, infatti, in ragione dell'onere motivazionale l'effetto vincolante della circolare si dipana all'interno degli organi dell'amministrazione nell'esercizio dell'attività amministrativa, anche i soggetti terzi, diretti destinatari di tale attività – sempre finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico – ne sono assoggettati, o almeno condizionati. Dire, al contrario, che l'efficacia delle circolari amministrative sia quella degli atti di *soft law,* esaurendosi interamente nel rapporto interno all'apparato amministrativo senza ripercussione alcuna nei confronti dei consociati, equivarrebbe a privare di qualsivoglia valenza la causa prima che connota l'azione amministrativa.

Il ruolo assunto oggi dalle circolari, come visto, si presta, in un'ottica funzionalista, a disciplinare i rapporti giuridici intersoggettivi in maniera spesso più immediata della legge, nel caso i consociati entrino in contatto con l'amministrazione per l'esercizio delle loro libertà fondamentali. Pertanto, ad esse, così come alle norme generalmente definite "interne", parte della dottrina attribuisce una funzione attuativa della legge statale[51].

Sono evidenti, quindi, le ripercussioni sulla funzione da attribuire al potere amministrativo, quale indispensabile strumento di completamento del potere legislativo nel perseguimento del pubblico interesse, ancor più laddove l'adesione alla circolare avviene in maniera spontanea. Del resto, la tenuta dello Stato costituzionale dipende anche dal corretto funzionamento dell'intero sistema che, se da un lato è garantito dalla predeterminazione legislativa come strumento irrinunciabile per l'indicazione dei fini dell'agire collettivo, d'altra parte lascia ampi spazi all'amministrazione nella definizione concreta delle modalità di azione, da cui peraltro non può prescindere.

4. Il valore giuridico delle circolari amministrative nei sistemi giuridici complessi

Dal quadro descritto emerge come la normativa primaria di contrasto alla pandemia abbia mostrato ancora una volta la sua inidoneità a cogliere i mutamenti in atto. Anche le fonti secondarie sono risultate insufficienti, proprio perché, come visto, hanno richiesto l'intervento di atti amministrativi generali in funzione di necessario completamento. È evidente che le forme di regolazione flessibile utilizzate abbiano aggravato la debolezza e la frammentazione del sistema ordinamentale, accentuandone il livello di *complessificazione*[52]. La ragione di fondo sta indubbiamente nella crescente complessità scientifica e tecnica delle decisioni da adottare unita alla celerità delle stesse, e ciò richiede una necessaria attenzione alla

[51] A. CATELANI, *Le circolari della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1984.

[52] Per il concetto di complessificazione dell'ordinamento si rimanda a A. FALZEA, *Complessità giuridica,* in *Enciclopedia Giuridica*, *Annali*, I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 204.

disciplina del caso concreto[53]. Proprio la duttilità di tali strumenti richiede una esatta valutazione circa la loro "rilevanza legale"[54] nell'attuale contesto ordinamentale[55]. Per le loro qualità intrinseche, infatti, meglio di altri atti sarebbero in grado di contenere la complessità con cui i decisori devono confrontarsi. Ciò nonostante, l'evoluzione cui si assiste sembra lontana da un punto di equilibrio ottimale, vista l'assenza di un criterio guida in grado di spiegare tale processo evolutivo all'interno dei cc.dd. sistemi giuridici complessi, in cui numerose rimangono le perplessità circa il rispetto del principio di legalità.

In base alle brevi ricostruzioni svolte, potrebbe evitarsi un travolgimento dell'intero sistema e potrebbe considerarsi rispettato il principio di legalità allorché, in presenza di un'efficacia *sostanzialmente* vincolante delle norme interne[56], si desse maggiore rilevanza al principio di competenza e al criterio di specialità[57]. Sebbene il principio di legalità, infatti, rimanga l'àncora di garanzia della predeterminazione normativa dell'attività amministrativa[58], affidare la regolazione specifica ad atti interni sarebbe legittimato dalla teoria, ormai consolidata, dell'assenza di un *numerus clausus* nel sistema delle fonti. Anzi, proprio le circolari amministrative e gli altri atti flessibili, in un contesto di «policentrismo normativo» in cui criterio di gerarchia e criterio di competenza si sostituiscono e si sovrappongono ripetutamente[59] come strumenti necessari nel perseguimento dell'interesse pubblico, lungi dal dare una risposta "semplificante", contribuirebbero ad attuare il principio di legalità che, invece, in assenza di strumenti attuativi della legge primaria, solo in parte sarebbe rispettato.

In definitiva, se un corretto uso delle circolari, in attuazione della legge e in una visione orientata alla buona amministrazione, si mostra quale strumento più idoneo a disciplinare le situazioni di crisi, sul piano generale sembra emergere quel fenomeno che la dottrina descriveva come lo Stato amministrativo[60], in cui la legislazione si trasforma in amministrazione sia sotto il profilo organizzativo sia sotto il profilo

[53]E. D'ORLANDO, F. NASSUTO, *Linee guida*, *cit.,* p. 57.
[54]A. MOLITERNI, *Note minime*, *cit*., p. 822.
[55] Peraltro, la dottrina più risalente, nell'analizzare il più ampio tema della normazione secondaria, affermava che anch'essa costituisce una componente del sistema normativo della comunità nazionale proprio perché la definizione di sistema normativo deve partire dal presupposto secondo cui esso «non può essere altro, se non quello dell'ordinamento giuridico, in cui si identifica la comunità sociale, considerata tale, in un dato momento storico», ossia il «diritto vigente». Sul punto, A.M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, cit., p. 33.
[56]In passato, autorevole dottrina aveva lo aveva già sostenuto proprio con riferimento alle circolari, classificandole quali fonti *extra ordinem*. Sul punto, A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Roma-Bologna, 1996, p. 16.; M. CLARICH, *La nozione di direttiva: problemi ricostruttivi e tendenze recenti*, in *Foro amministrativo*, 2, 1984, p. 561.
[57]In relazione al problema degli atti di regolazione flessibile, si veda. F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2020.
[58] F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, Agg. VI, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 88 ss.
[59]Così, il Consiglio di Stato si è espresso in tema di atti amministrativi generali. Cons. St., Sez. cons. atti normativi, Ad. n. 11603/2005, parere 14 febbraio 2005.
[60]M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Quaderni costituzionali,* 1986, p. 479.

funzionale. In tale contesto appare quanto mai necessaria una strategia capace di sistematizzare[61] e razionalizzare tali atti alla luce di un corretto assetto del sistema delle fonti, nel quale essi svolgano un ruolo attuativo del principio di eguaglianza.

Una possibile via maestra potrebbe essere quella di prospettare, sulla scorta dei criteri suddetti, un terzo livello di normazione, con l'obiettivo di ricondurre *ad unitatem* una categoria polisemica che, sebbene comprensiva di atti di diversa natura, pare ormai irrinunciabile.

[61]Cfr. A. MOLITERNI, *Note minime*, *cit*., p. 829; G. BOCCHI, M. CERUTI, *La sfida della complessità nell'età globale*, in G. BOCCHI, M. CERUTI (a cura di), *La sfida della complessità*, Mondadori, Milano, 2007, XXIV; E. MORIN, *La sfida della complessità*, Editoriale Le Lettere, Firenze, 2018.

Procedure normative per l'attuazione del PNRR: tra vecchie e nuove prospettive di riforma*

di Claudia Tozzi
Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico
Università degli Studi di Perugia

Abstract [It]: Il contributo si propone di indagare le modalità dell'intervento parlamentare sia nella fase di definizione nazionale del PNRR sia nelle sue prime tappe di realizzazione, con l'intento di individuare le alterazioni prodotte da tale strumento sul circuito decisionale Governo-Parlamento. In particolare, si riscontra una tendenza di fondo alla verticalizzazione del potere dell'Esecutivo nella gestione di tali risorse, dovuta altresì alle fonti legislative prescelte per l'attuazione delle riforme e degli investimenti previsti dal PNRR. Alla luce di tali considerazioni, si cerca di ragionare sui possibili adattamenti delle procedure parlamentari nell'ottica di garantire uno spazio di maggior intervento per il Parlamento nella futura esecuzione del Piano.

Title: Normative Procedures for NRRP: between old and new perspective of reform
Abstract [En]: The aim of this paper is to investigate the means of parliamentary intervention both in the national examination phase of the PNRR and in its early stages of implementation, in order to identify the alterations produced by this instrument on the Government-Parliament decision-making circuit. There is an underlying tendency to verticalize the Executive power in particular as regards the resources management, which is also due to the legislative sources chosen for the implementation of the reforms and investments envisaged by the PNRR. In the light of these considerations, it is therefore necessary to make an attempt on possible adjustments to parliamentary procedures with a view to ensuring a greater space for Parliament to be more involved in the future implementation of the Plan.

Parole chiave: PNRR, Parlamento, Governo, indirizzo politico, regolamenti parlamentari
Keywords: NRRP, Parliament, Government, political direction, parliamentary rules

Sommario: 1. Delimitazione del campo di indagine. **2.** Il contributo delle Camere alla definizione del PNRR. **3.** Il Parlamento e la prima fase di attuazione del Piano. **4.** Strumenti di rafforzamento della partecipazione parlamentare alla realizzazione del Piano. **5.** Il ritorno all'indirizzo politico "normativo" può spingere verso una diversa riforma dei regolamenti parlamentari?

1. Delimitazione del campo di indagine

Nel tentativo di approfondire gli effetti politico-finanziari generati nell'ordinamento costituzionale dall'emergenza sanitaria[1], non può non darsi conto dell'adesione dell'Italia al *Next Generation EU* o *Recovery Fund*[2]. Questo programma, facente parte degli straordinari finanziamenti europei messi in campo per

* Articolo sottoposto a referaggio.
[1] Il presente scritto costituisce il contributo, rivisto e aggiornato, della relazione tenutasi il 30 giugno 2022 presso l'Università degli Studi di Catania in occasione del convegno "La tenuta dello Stato costituzionale ai tempi del Covid-19. Profili giuridico-finanziari".
[2] L'Unione europea, a partire dal marzo del 2020, ha varato una serie di misure volte a contrastare gli effetti economici avversi generati dalla pandemia. Il NGEU prevede più strumenti di intervento, fra i quali il più importante, oltre al

risollevare i Paesi membri fortemente colpiti dalla grave crisi pandemica, prevede un pacchetto di misure per il rilancio economico degli Stati aderenti, operativo dal 2021 al 2026 e connesso al Quadro finanziario pluriennale dell'Unione europea 2021-2027 (*Multiannual Financial Framework, MFF*).

In particolare, con il regolamento UE n. 241/2021 è stato introdotto il meccanismo chiave del NGEU, il Dispositivo di ripresa e resilienza (*Recovery and Resilience Facility*, *RRF*), il quale prevede i principi e le linee guida fondamentali da seguire per l'elaborazione dei Piani nazionali, definendo in particolare le sei *Missioni*[3] che gli Stati dovranno portare avanti.

A seguito della richiesta avanzata dalla Commissione europea a tutti i Paesi beneficiari di tali fondi, anche l'Italia ha adottato, come si avrà modo di illustrare meglio in prosieguo, il Piano nazionale di ripresa e resilienza, un atto di programmazione economica di implementazione di riforme e investimenti.

In specie, il PNRR, dovendo garantire la coerenza dei *milestone* (traguardi) e dei *target* (obiettivi) [4] con i pilastri previsti dal *RRF* nonché il rispetto delle Raccomandazioni specifiche per Paese 2019 e 2020[5], contiene indicazioni puntuali e stringenti in ordine alle riforme e alle modalità di spesa degli investimenti.

La scelta di indagare quale sia stato lo spazio di intervento del Parlamento sia nella fase ideativa del Piano sia nei primi atti di realizzazione, con particolare riguardo alle tecniche legislative impiegate, è motivata dalla portata dirompente di tale strumento, poiché "per effetto del PNRR, quelle limitazioni della sovranità nazionale, in favore di una sovranità europea condivisa e in progressiva affermazione, vanno a toccare […] il cuore delle politiche redistributive"[6].

Invero, come si ragionerà meglio in seguito, il Piano costituisce non solo un vincolo all'allocazione delle risorse per la legislatura che l'ho adottato, ma altresì per quella successiva, incidendo sulla forma di governo[7] e ponendo il rischio di un aggravio delle torsioni nel sistema delle fonti[8].

Recovery and Resilience Facility, è il *React-EU* diretto a finanziare le politiche di coesione e i territori d'Europa. Per una ricostruzione dell'adozione del NGEU, al livello europeo, cfr. F. FABBRINI, *Next Generation Eu. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, Il Mulino, 2022; G. D'ARRIGO – P. DAVID, *Next Generation EU e PNRR italiano*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2022.

[3] Le sei *Missioni* previste sono: transizione verde; trasformazione digitale; crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, che comprenda coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione, e un mercato interno ben funzionante con piccole e medie imprese forti; coesione sociale e territoriale; salute e resilienza economica, sociale e istituzionale; politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani.

[4] All'interno del cronoprogramma finalizzato alla realizzazione delle riforme e degli investimenti del PNRR, i *milestone* fissano scadenze di tipo prettamente quantitativo, mentre i *target* stabiliscono generalmente i termini entro i quali adottare atti normativi o amministrativi.

[5] Le *country specific recommendations*, nel quadro del Semestre europeo, indicano le priorità specifiche per ciascuno Stato membro e, per l'Italia, esse richiedono altresì il perseguimento di politiche destinate "ad affrontare le restrizioni alla concorrenza" (Raccomandazioni 2019) e a "conseguire posizioni di bilancio a medio termine prudenti e ad assicurare la sostenibilità del debito" (Raccomandazioni 2020).

[6] N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in www.federalismi.it, n.1/2022, p. XIII.

[7] Cfr. N. LUPO, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in www.federalismi.it, paper 7 settembre 2022.

[8] Per un approfondimento sulle possibili conseguenze sul piano delle fonti cfr. E. CAVASINO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue fonti: dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

2. Il contributo delle Camere alla definizione del PNRR[9]

Come si è anticipato, la nascita del PNRR è frutto di un intreccio fra le procedure di adozione a livello europeo e la trasposizione delle disposizioni sul piano nazionale.

Sebbene sia la proposta di regolamento istitutivo del *NGEU* (COM(2020)441) sia quella di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio istitutiva del *RRF* (COM (2020) 408) siano state trasmesse ai Parlamenti nazionali il 28 maggio 2020, il legislatore italiano, a differenza di altri, non le ha vagliate, rinunciando di fatto a utilizzare la procedura regolamentare (artt. 144 RS e 127 RC) prevista per la fase ascendente di esame della normativa europea[10].

Ciò ha significato rinunciare non solo a una valutazione dei contenuti della normativa europea relativa all'elaborazione dei Piani nazionali, ma altresì a un dialogo diretto del Parlamento nazionale con le istituzioni dell'Unione, lasciando l'intera negoziazione all'Esecutivo.

Sul fronte nazionale, poi, l'elaborazione del Piano si è sviluppata in tre fasi.

La prima è iniziata nel settembre 2020 con la trasmissione da parte del Governo della proposta di "Linee guida per la definizione del Piano nazionale di ripresa e resilienza", dopo che sul finire dell'estate prima la Camera e poi il Senato avevano avviato, rispettivamente presso la V Commissione bilancio e presso le Commissioni riunite 5ª (Programmazione economica, bilancio) e 14ª (Politiche dell'Unione europea), procedure informative sull'elaborazione del Piano.

La presentazione di tali Linee guida ha influenzato in modo decisivo le procedure adoperate dal Parlamento, in particolare l'articolazione dei lavori della Camera dei deputati. Invero, mentre l'esame in Senato è di fatto iniziato proprio su questo documento, la Camera aveva optato per una procedura piuttosto inedita di analisi finalizzata al coinvolgimento di tutte le altre Commissioni permanenti competenti per materia: in specie, i rilievi dei collegi minori sulla prima redazione del testo sarebbero stati tenuti in conto per l'integrazione della relazione da sottoporre alla V Commissione, così da svolgere un'attività prettamente di indirizzo politico.

Con la trasmissione delle Linee guida, invece, i lavori si sono sviluppati secondo le direttrici della funzione di controllo, in quanto la Camera si è trovata a dover valutare quanto già deciso dal Governo.

Inoltre, sebbene l'*iter* procedurale relativo a tali Linee guida si sia concluso con l'approvazione di due distinte risoluzioni delle Assemblee di Camera[11] e Senato[12], confermative delle relazioni predisposte dalle

[9] Si precisa che l'intento del presente paragrafo è di mettere in luce i passaggi cruciali della redazione del Piano non tanto in chiave ricostruttiva (per tale prospettiva cfr. R. DI CESARE – A. ZITO, *Dall'indirizzo al vincolo: le procedure parlamentari nell'esame del PNRR*, in www.federalismi.it, n.24/2022), quanto nell'ottica di analizzare il livello di coinvolgimento e la libertà d'azione del Parlamento.

[10] R. DI CESARE – A. ZITO, *Dall'indirizzo al vincolo: le procedure parlamentari nell'esame del PNRR*, cit…, p. 113.

[11] Camera dei deputati, *Risoluzione di maggioranza n. 6-00124*, 29 luglio 2020.

[12] Senato della Repubblica, *Risoluzione di maggioranza n. 6-00129*, 29 luglio 2020.

rispettive Commissioni parlamentari, il Governo non ne ha tenuto conto prima della presentazione delle stesse, nella loro versione definitiva, a Bruxelles.

La seconda fase, apertasi con la presentazione della proposta governativa di PNRR il 15 gennaio 2021, è stata segnata dalla caduta del Governo Conte II e dalla formazione del nuovo Esecutivo guidato da Mario Draghi. Nonostante la scelta di non ritirare la proposta di Piano del vecchio Governo sul quale le Camere stavano lavorando, le poche modifiche apportate non hanno fatto altro che potenziare il ruolo attribuito all'Esecutivo, o meglio, alla Presidenza del Consiglio dei ministri nella direzione del PNRR[13].

Anche in tale circostanza le risultanze dell'attività conoscitiva parlamentare sono state oggetto di due distinte relazioni delle Camere contenenti proposte di integrazione e modifica, successivamente fatte proprie dalle risoluzioni delle Assemblee di Camera[14] e Senato[15] e, stavolta, tenute parzialmente in conto dal Governo.

Il ridotto coinvolgimento del Parlamento ha caratterizzato anche l'ultima fase, in quanto non solo le Comunicazioni del Governo in Assemblea (artt. 105 RS e 118 RC) sono state trasmesse alla Camera dei deputati solo il giorno precedente l'intervento del Presidente del Consiglio, ma sono altresì state oggetto di modifica governativa solo due ore prima dell'avvio della discussione, impedendo nei fatti di instaurare un dibattito politico tra parti parimenti informate. Tale modalità di procedere ha certamente permesso di ridurre i tempi per l'approvazione del Parlamento[16], ma ha allo stesso tempo impedito l'introduzione di ulteriori modifiche alla versione del PNRR presentata alle Camere.

L'*iter* seguito ha confermato, pertanto, la tendenza, ormai in atto da alcuni decenni, a una marginalizzazione dell'organo legislativo, per il quale è residuato poco spazio nel concreto *iter* di elaborazione e approvazione del Piano non solo, come si è già sottolineato, per quanto attiene ai contenuti dello stesso co-decisi dal Governo in sede europea, ma anche per gli atti conclusivi del dibattito parlamentare – le risoluzioni – le quali "producono sul Governo un mero vincolo politico, non giuridico"[17].

[13] Nel progetto del Governo Conte II il coprotagonista, insieme al Presidente del Consiglio, era il Comitato interministeriale per gli Affari Europei (CIAE).
[14] Camera dei deputati, *Risoluzione di maggioranza n. 6-00179*, 31 marzo 2021.
[15] Senato della Repubblica, *Risoluzione di maggioranza n. 6-00181*, 1° aprile 2021.
[16] Anche in tal caso l'attività parlamentare ha portato all'adozione di due risoluzioni: Camera dei deputati, *Risoluzione di maggioranza n. 6-00189*, 26 aprile 2021; Senato della Repubblica, *Risoluzione di maggioranza n. 6-00188*, aprile 2021.
[17] R. DI CESARE – A. ZITO, *Dall'indirizzo al vincolo: le procedure parlamentari nell'esame del PNRR*, cit…, p. 97.

3. Il Parlamento e la prima fase di attuazione del PNRR

Volgendo lo sguardo alla dimensione realizzativa del Piano, anche per la legge di conversione del primo decreto attuativo, il d.l. Semplificazioni n. 77 del 2021, si è perpetuata la prassi del ricorso alla decretazione d'urgenza e alla proposizione della questione di fiducia su maxi-emendamento[18].

Inoltre, l'accordo sui contenuti del provvedimento raggiunto durante l'esame nella prima Camera ha determinato che nella seconda, il Senato[19], il testo venisse pedissequamente riprodotto, confermando sempre più quella propensione a un "monocameralismo di fatto" che si è andata affermando negli ultimi anni.

Si ricorda infine che, nel tentativo di garantire il sindacato parlamentare nell'attività di monitoraggio del Piano, proprio nella legge di conversione è stato introdotto l'obbligo di invio di relazioni periodiche ai due rami del Parlamento. A giudizio di chi scrive, però, tale disposizione garantisce un controllo solo formalmente, in quanto il *core* dell'attività di monitoraggio si colloca al di fuori del Parlamento. Infatti, il decreto Semplificazioni, sulla scorta di quanto previsto dal PNRR, assegna la funzione di attuazione e controllo del Piano al Ministero dell'Economia e delle Finanze[20] e al Governo, specialmente nella figura del Presidente del Consiglio, al quale è assegnata la responsabilità di indirizzo del Piano tramite la c.d. Cabina di regia[21].

4. Strumenti di rafforzamento della partecipazione parlamentare alla realizzazione del Piano

In ragione dell'impostazione governo-centrica dell'attuazione del PNRR, un tentativo di recuperare un margine di manovra per il Parlamento dovrebbe aversi sul piano degli interventi legislativi.

In effetti, lo stesso PNRR prevede, al fine di contemperare il rafforzamento dell'Esecutivo, l'impiego della delegazione legislativa[22] e delle leggi annuali, ma l'i*ter* di adozione di tali atti deve tener conto delle

---

[18] Da più parti è stata sottolineata tale criticità: tra gli altri, cfr. F. SCUTO, *La dimensione sociale della Costituzione economica nel nuovo contesto europeo*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 204 e ss.; G. DE MINICO, *Il piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2021. Per un approfondimento su queste tematiche cfr. L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale. Distorsioni del bicameralismo, degenerazione del sistema delle fonti e inefficacia dei controlli*, Bari, Cacucci, 2022.

[19] Qui il testo è giunto per la discussione il 27 luglio ed è stato approvato in via definitiva il giorno seguente, votando la questione di fiducia.

[20] L'art. 6 d.l. n. 77/2021 prevede, presso il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato del MEF, il Servizio centrale per il PNRR, a cui spettano compiti di monitoraggio e rendicontazione del Piano, rappresentando questo un punto di raccordo tra la Commissione europea e le amministrazioni centrali titolari di interventi.

[21] La Cabina di regia è presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri, con la partecipazione di volta in volta dei Ministri e Sottosegretari competenti in relazione alle tematiche affrontate in ciascuna seduta. A supporto delle attività della Cabina di regia è istituita una Segreteria tecnica nonché, presso la Presidenza del Consiglio, un'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione. Per un approfondimento cfr. G. MENEGUS, *La governance del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: la politica dell'attuazione*, in *Quad. cost.*, 4/2021, p. 945.

[22] Le leggi delega sono espressamente previste per le riforme orizzontali, mentre in tema di riforme abilitanti il loro utilizzo concorre con i decreti-legge, i quali, peraltro, costituiscono l'unica fonte adoperabile là dove si modifichino norme che ostacolano gli investimenti previsti dal PNRR. Inoltre, il PNRR prevede in materie considerate strategiche

rigide scadenze fissate per l'attuazione delle riforme al fine di accedere alle progressive *tranche* di finanziamenti.

Pertanto se, da un lato, il PNRR privilegia strumenti più adeguati a garantire l'intervento del Parlamento, prevedendo persino una programmazione pluriennale che permetterebbe di organizzare la calendarizzazione dei lavori parlamentari, dall'altro, gli interventi da realizzare sono numerosissimi e in tempi contingentati[23].

Con riguardo alle leggi delega, non si nega che queste possano costituire lo strumento per un contemperamento tra l'esigenza di coinvolgere le due Camere e quella di garantire l'adozione delle riforme entro le rigide scadenze fissate in sede europea, ma la loro concreta efficacia andrà valutata tenendo conto del reale esplicarsi dei rapporti tra Governo e Parlamento.

Invero, ragionando sulle prassi degli ultimi anni, la mera adozione di una legge delega non è automatica garanzia di un coinvolgimento pregnante del Parlamento. In non poche occasioni, infatti, sono state adottate deleghe carenti di quelle norme sostanziali contenenti i principi e i criteri direttivi espressamente richiesti dalla Costituzione[24]. A ciò si è fatto fronte inserendo disposizioni procedurali volte a prescrivere al Governo l'obbligo di sottoporre lo schema di decreto delegato al parere - non vincolante - delle Commissioni permanenti competenti.

Molte delle leggi delega per l'attuazione del PNRR presentano le medesime criticità: invero, il disegno di legge delega sulla concorrenza 2021 prevedeva, fra le varie deleghe, anche quelle dirette all'adozione di decreti legislativi finalizzati alla semplificazione amministrativa in materia di adempimenti[25] e controlli[26] sulle attività economiche private, la cui estrema ampiezza sarebbe stata compensata non solo dai pareri delle Commissioni parlamentari competenti, ma dall'ulteriore parere del Consiglio di Stato sugli schemi di decreto legislativo.[27] Tuttavia, a giudizio di chi scrive quest'ultimo non può comunque bilanciare l'assenza degli stringenti criteri richiesti dall'art. 76 Costituzione.

(ad esempio quella ambientale) una forma di raccordo fra i due atti aventi forza di legge, stabilendo che la definizione degli interventi più urgenti in tema di semplificazione avvenga con decreti-legge, a cui dovrebbe seguire l'approvazione di leggi di delega da parte del Parlamento sulla base di un disegno di legge d'iniziativa governativa. Tale meccanismo presenta non pochi profili di criticità sul piano delle fonti come evidenziato da E. CAVASINO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue fonti: dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, cit…, pp. 114-115.

[23] In virtù di tale stringente scansione temporale, è lo stesso Piano che stabilisce quali riforme attuare con decreto-legge, finendo per equiparare tale atto normativo ai decreti legislativi, suscitando così non poche perplessità sul rispetto del sistema delle fonti.

[24] Sul tema il Comitato per la legislazione, previsto fino a pochi mesi fa solo presso la Camera, ha negli anni sviluppato una "giurisprudenza consultiva" significativa, ma purtroppo poco seguita, per ridurre l'impiego di tali patologiche prassi.

[25] Art. 23 DDL AS 2469.

[26] Art. 24 DDL AS 2449.

[27] E. CAVASINO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue fonti: dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, cit…, pp. 117-119.

Inoltre, alcune leggi delega, come quelle relative alla riforma del processo penale e del processo civile, non sono state immuni in fase di approvazione dalla proposizione della questione di fiducia[28], con conseguente ulteriore svuotamento del ruolo del Parlamento.

Più apprezzabile appare il tentativo di rivitalizzare le leggi annuali, le quali paiono assicurare maggiormente l'adozione di una legislazione coerente e di medio-lungo periodo.

Queste sono istituite con leggi ordinarie, le quali ne prevedono non solo la periodicità, ma anche i contenuti, attribuendo al Governo il potere di iniziativa legislativa per la presentazione del relativo disegno di legge entro un termine definito.

Nel corso degli ultimi anni, il nostro ordinamento ha adottato questo tipo di normazione al fine di raggiungere diversi obiettivi, tutti quanti caratterizzati dalla necessità di un'azione costante e predeterminata nel tempo. Il modello di riferimento, pur con le debite differenze, è la legge di bilancio, la cui cadenza annuale è stabilita dalla Carta costituzionale.

Tuttavia, a guardar bene la prassi più recente, si osserva che, fuorché la legge di bilancio e quelle volte al recepimento del diritto europeo, le altre leggi annuali hanno avuto scarsa applicazione. In particolare, la legge di semplificazione ha visto la luce solo quattro volte, mentre quella per la tutela e lo sviluppo delle micro, piccole e medie imprese non è mai stata approvata.

Ciononostante, proprio la presentazione del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, al fine di dare attuazione a una prima parte delle diverse *Missioni* previste dal PNRR, ha spinto a intravedere nuovamente in tale strumento un modo per garantire un più pregnante controllo del Parlamento nei prossimi anni, poiché "il contenuto di tali leggi […] si configura come tipicamente intersettoriale, orizzontale, tale, cioè, da richiedere il necessario coinvolgimento di pressoché tutti i settori in cui si articola l'attività legislativa"[29].

Peraltro, una nota merita la decisione presa dalle diverse forze politiche, durante l'*iter* di approvazione di tale legge, di suddividere l'esame degli articoli fra le due Camere, nel tentativo di assicurare l'intervento sostanziale di entrambi i rami del Parlamento in un'ottica di recupero del rispetto del sistema del bicameralismo perfetto.

Anche tali fonti, però, non sono prive di criticità, come può dimostrare un raffronto con la legge di bilancio. Quest'ultima, in particolare, si presta bene a comprendere quali doverose cautele dovrebbero accompagnare un'eventuale legge periodica per l'attuazione dei principali obiettivi del PNRR, sebbene quest'ultimo preveda una molteplicità di fonti normative per la sua attuazione estranee alla procedura di approvazione della legge di bilancio.

---

[28] A. CONZUTTI, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quad. Cost.*, n. 4/2022, p. 737.

[29] N. LUPO, *La prima legge annuale di semplificazione: commento alla legge n. 50 del 1999,* Milano, Giuffrè, 2000, pp. 17-18.

Il confronto fra questi due atti appare quanto mai opportuno in ragione della funzione del Piano, destinato, attraverso le riforme poste in essere, a determinare una diversa ripartizione delle risorse stanziate.

La sua stessa dinamica lo lega strettamente al ciclo di bilancio, in quanto molti degli interventi previsti sono qualificati come disegni collegati alla manovra di bilancio[30] e molte delle leggi di spesa, strumentali alla realizzazione del Piano, hanno assunto la forma di decreti-legge preceduti da una deliberazione delle due Camere sullo scostamento di bilancio[31].

Sebbene, infatti, con la legge di bilancio la Costituzione attribuisca al Parlamento la decisione ultima sulla spesa pubblica, in ragione della fondamentale importanza che l'allocazione delle risorse assume nel portare avanti le istanze espresse dalla società civile, nella recente esperienza istituzionale si osserva un sensibile arretramento del Legislativo a favore dell'Esecutivo. Ciò non solo per effetto del rapporto privilegiato con l'Unione europea nel contesto del coordinamento preventivo delle politiche economiche e di bilancio degli Stati membri, ma anche perché il Governo adotta una serie di stratagemmi finalizzati a rafforzare il proprio potere decisionale[32].

Non può dimenticarsi, infatti, che le sessioni di bilancio successive alla riforma costituzionale n. 1 del 2012 hanno visto una totale assenza dell'esercizio della funzione di controllo sulla finanza pubblica da parte del Parlamento, con una forte perdita di capacità di indirizzare la spesa ai fini espansivi e di investimento.

Un rischio di tal fatta sussiste anche per il PNRR, cosicché, in ragione della stretta condizionalità[33] e dell'obbligo futuro di restituzione dei fondi concessi, anche attraverso l'instaurazione di nuovi tributi europei[34], è quanto mai rilevante un intervento dell'organo democraticamente eletto. A quest'ultimo, infatti, dovrebbe spettare l'effettiva decisione attraverso il perseguimento di scelte politiche sostenibili e lungimiranti, tenuto conto che la sospensione del Patto di Stabilità e Crescita, confermata anche per il 2023, non potrà protrarsi *sine die* e che i fondi del Piano andranno restituiti[35].

[30] È questo il caso della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 a cui si faceva riferimento poc'anzi.
[31] Ciò è accaduto, per esempio, per gli scostamenti necessari a fronteggiare la crisi energetica determinata dalla guerra in Ucraina.
[32] Ne è prova il reiterato abuso della questione di fiducia: per un approfondimento su tale aspetto cfr., tra gli altri, G. DI COSIMO, *Stratagemmi governativi per monopolizzare le decisioni di finanza pubblica*, in C. BERGONZINI (a cura di), *Costituzione e bilancio,* Milano, FrancoAngeli, 2020, pp. 207 e ss.
[33]Cfr. F. SALMONI, *Recovery Fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Milano, CEDAM, 2021.
[34] Cfr. F. FABBRINI, *Next generation EU, il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, Il Mulino, 2022, pp. 88 e ss.
[35] F. SALMONI, *Recovery Fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, cit…, in particolare il capitolo 3.

5. Il ritorno all'indirizzo politico "normativo" può spingere verso una diversa riforma dei regolamenti parlamentari?

In ragione di tali considerazioni, a giudizio di chi scrive, la valorizzazione degli strumenti già previsti non può non essere accompagnata da una sostanziale revisione dei regolamenti parlamentari, sebbene le vicende degli ultimi mesi non prefigurino un tale scenario.

Le recenti modifiche del regolamento del Senato[36] e della Camera dei deputati[37], infatti, si sono limitate a introdurre alcuni correttivi per assicurare il regolare svolgimento dei lavori parlamentari a seguito della riduzione del numero degli eletti, ma non hanno previsto nulla in merito a specifiche procedure per l'attuazione del PNRR.

In un'ottica *de iure condendo*, si può quantomeno ragionare sull'indirizzo da darsi a una possibile riforma. Nel corso degli anni, infatti, sono state apportate consistenti modifiche ai regolamenti – si pensi alla revisione organica del testo del Senato di appena cinque anni fa - eppure non sembra intravedersi una riduzione dei meccanismi distorsivi del diritto parlamentare.

Sebbene non sia ravvisabile una ragione univoca che spieghi tale andamento, di certo un peso rilevante si può attribuire alla tendenza di fondo di tali riforme, volte a garantire quanto più possibile il decisionismo governativo.

Orbene, un'esigenza di tal genere, nel caso del PNRR, sembra già assicurata dal suo stesso contenuto. L'indirizzo politico, infatti, è predeterminato anche per il legislatore futuro[38], in quanto il programma non si limita a indicare i fini e le strategie dell'azione politica, ma stabilisce dettagliatamente anche le modalità di attuazione di tutti i progetti e delle riforme, definendo altresì la tipologia di atto normativo per ciascuna parte del Piano[39].

---

[36] La revisione del regolamento del Senato è stata più incisiva rispetto a quella della Camera, riducendo il numero delle Commissioni e rafforzando le disposizioni volte a contrastare il transfughismo parlamentare. Su quest'ultimo aspetto cfr. M. PIGNATARO, *La mobilità parlamentare al Senato. Uno sguardo alle riforme del regolamento del 2017 e del 2022*, in www.osservatorioaic.it, n. 1/2023.

[37] La Camera ha approvato il nuovo regolamento il 30 novembre 2022, dopo che lo scioglimento anticipato della scorsa legislatura aveva interrotto l'*iter* riformatore. Si precisa che, ai sensi del nuovo art. 153 *quinquies* R.C., le modifiche sono in vigore solamente a partire dal 1° gennaio 2023, ad eccezione di quelle relative agli articoli 13, comma 2, 14, commi 1, 2 e 5, 17, comma 1, e 18, comma 1, che entreranno in vigore dalla XX legislatura.

[38] La vincolatività discenderebbe o dalla "legificazione" del Piano da parte del d.l. n. 77 del 2021, come sostenuto da F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in www.lamagistratura.it, 13 novembre 2021, p. 12 e ss., ovvero dalla stessa normativa europea, sotto il profilo procedurale, che riduce fortemente la possibilità di modificare il PNRR, come ritenuto da N. LUPO, *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, cit…, pp. IV e ss.

[39] Per un censimento delle fonti di rango primario di attuazione del PNRR adottate tra dicembre 2020 e ottobre 2022 cfr. *Dossier* dei Servizi Studi di Camera e Senato, *Le fonti normative primarie di attuazione del PNRR nella XVIII legislatura* n. 4/2022.

Questo alto tasso di prescrittività finisce, come è stato affermato da più parti, per determinare una declinazione dell'indirizzo politico in chiave "normativa"[40].

A conferma della vincolatività del Piano, come emerge dall'accesso dibattito tuttora in corso, si pone la difficoltà di discostarsene se non a rischio di perdere i fondi stanziati. Il regolamento UE istitutivo del *RRF*, invero, prevede un meccanismo piuttosto articolato[41] per introdurre variazioni al PNRR, ammettendo modifiche fondate su circostanze oggettive non prevedibili e sempre purché non sia pregiudicata la realizzazione complessiva del Piano.

Come se già ciò non fosse sufficiente a richiedere un incisivo intervento parlamentare, si ricorda che il PNRR, introdotto come provvisorio e transeunte, sta divenendo, in ragione della sfavorevole congiuntura geopolitica, il mezzo attraverso il quale garantire un'azione europea comune in specifici settori.

In particolare, con l'intento di creare condizioni fertili per avviare l'Europa verso l'autosufficienza energetica, la Commissione europea ha presentato il 18 maggio 2022 il piano REPowerEU da attuare attraverso una modifica al Dispositivo per la ripresa e la resilienza. Anche in tale circostanza, il procedimento da seguire e i soggetti coinvolti per le modifiche sarebbero la Commissione europea e il Consiglio, con la conseguenza che di nuovo la negoziazione del Piano in sede europea[42] riguarderebbe solo il Governo.

Lo stesso può dirsi per la riforma del Patto di stabilità e crescita, poiché con la Comunicazione[43] n. 583 del 2022, *Orientamenti per la riforma del quadro della* governance *economica europea*, la Commissione europea ha previsto, tra l'altro, che i governi degli Stati membri dovranno formulare, in accordo con la Commissione, un Piano fiscale almeno quadriennale, comprendente riforme e investimenti, finalizzato al raggiungimento di un rapporto debito/PIL quanto più vicino al 60%. Inoltre, il controllo sulla sua applicazione sarà affidato agli organi europei sulla scorta del modello ideato dal *Recovery Fund*[44].

Se, pertanto, l'indirizzo politico "in entrata" basato sull'accordo dell'ampissima maggioranza della precedente legislatura è già predeterminato anche per il futuro[45], attualmente lo sforzo deve essere proteso

---

[40] Cfr. A. SCIORTINO, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in www.federalismi.it, n. 18/2021.

[41] Cfr. F. POLACCHINI, *Nuove emergenze e (possibili?) modifiche del PNRR: profili sostanziali e procedurali*, in *Quad. cost.*, n. 4/2022; L. BARTOLUCCI, *Le modifiche del PNRR: procedura, possibilità e rischi*, in ASTRID Rassegna, 2022, pp. 10 e ss.

[42] Per un primo approfondimento cfr. R. ROTA, *La semplificazione itinerante tra PNRR e REPowerEU. Riflessioni in cammino nel nuovo assetto normativo "ecologicamente orientato"*, in ASTRID Rassegna, n. 11/2022.

[43] COM(2022) 583 *final*, Brussels, 9.11.2022.

[44] Per una ricostruzione più ampia cfr. F. SALMONI, *Commissione UE e "nuovo" Patto di stabilità e crescita: quali altri vincoli?*, in www.federalismi.it, Editoriale 14 dicembre 2022.

[45] Particolarmente critica sul punto è F. SALMONI, *Recovery fund: vincolo esterno, obblighi sovranazionali inderogabili e sanzionabili. Attività di indirizzo politico o discrezionalità amministrativa?*, cit., p. 12: secondo l'A., in capo al Governo nazionale, non residua altro che una mera attività di indirizzo amministrativo, in ragione degli stretti vincoli imposti dall'UE.

ad assicurare un effettivo spazio di discussione e intervento per il legislatore almeno sulle modalità di concreta realizzazione delle riforme previste.

Alla luce di tali considerazioni, a differenza delle precedenti riforme, sarebbe più opportuno mirare al ripristino dell'equilibrio nel circuito Governo – Parlamento in favore di quest'ultimo.

In tale prospettiva, gli sforzi del Parlamento dovrebbero essere diretti a introdurre nuove procedure normative o a estendere quelle già esistenti, così da ridurre il ricorso alla decretazione d'urgenza nonché limitare la proposizione della questione di fiducia.

Nell'ambito del PNRR, ciò potrebbe essere perseguito efficacemente con il c.d. "voto a data certa" sulle iniziative legislative più urgenti[46]. Sebbene anche tale istituto sia solitamente definito nell'interesse dell'Esecutivo, configurandosi come una sorta di "corsia preferenziale" per l'attuazione dell'indirizzo governativo, potrebbe costituire, se imbrigliato entro strette maglie, un soddisfacente compromesso tra l'esigenza di assicurare tempi certi e quella di garantire la presenza sostanziale del Parlamento.

A tal proposito, proprio a seguito della recente revisione del regolamento del Senato, è stato introdotto, all'art. 55, comma 5, un articolato sistema di "voto a data certa".

In particolare, spetta alla Conferenza dei capigruppo fissare il termine decorso il quale i disegni di legge, iscritti nel calendario, sono posti in votazione nel testo presentato o trasmesso al Senato ovvero approvato dalla Commissione. Su tale termine, poi, delibera l'Assemblea con votazione a scrutinio nominale simultaneo. La disposizione, tuttavia, precisa che qualora il disegno di legge sia discusso nel testo del proponente, non essendosi concluso l'esame in Commissione (ai sensi dell'art. 44, comma 3, RS), gli emendamenti approvati dalla stessa sono posti nuovamente in votazione.

Tale procedura, inoltre, è esclusa per i disegni di legge di cui agli artt. 72, ultimo comma, Cost.[47] e 79 Costituzione[48].

La norma in questione, nonostante la sua efficacia sia tutta da verificare, certamente costituisce un primo tentativo nella giusta direzione.

Un ulteriore passo in tal senso potrebbe consistere nell'estensione della disciplina già prevista, almeno presso la Camera dall'art. 123 *bis* RC, relativo ai provvedimenti collegati alla manovra finanziaria[49]. Tale strumento permetterebbe di non aggravare i lavori parlamentari in fase di approvazione della legge di

[46] Dello stesso avviso cfr. E. CAVASINO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e le sue fonti: dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, cit…, p. 123.

[47] Si tratta dei disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale, di quelli di delegazione legislativa, di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali e di approvazione di bilanci e consuntivi.

[48] Sono le leggi di amnistia e indulto.

[49] Cfr. L. BARTOLUCCI, Riforma dei regolamenti parlamentari e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, in *Consulta Online,* II/2022, pp. 526 e ss.

bilancio, riservando uno spazio autonomo per la discussione sul PNRR in sede di adozione dei provvedimenti collegati.

Tuttavia, si dubita che tali profili di revisione possano innovare la capacità pervasiva dei regolamenti, se non inseriti in un più vasto piano di riforma finalizzato a un recupero del ruolo del Parlamento più consentaneo al modello di processo politico delineato in Costituzione.

Rapporti tra gli enti territoriali

Profili di "collaborazione debole" tra Stato e regioni nell'emergenza sanitaria*

di Cristina Equizi
Assegnista di ricerca in Diritto pubblico
Università degli Studi dell'Aquila

Abstract [It]: Il contributo, partendo dall'analisi delle basi normative che hanno giustificato gli atti adottati durante l'emergenza sanitaria, intende fornire uno spunto di riflessione sugli strumenti già a disposizione dello Stato per una gestione "centralizzata" delle emergenze, senza la necessità di una riforma del testo costituzionale. A questo proposito, si rivelano significative due pronunce della Corte costituzionale, intervenute nel periodo emergenziale, che pongono interrogativi in merito all'utilizzo del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni.

Title: Profiles of "weak collaboration" between state and regions in health emergencies
Abstract [En]: The study, starting from the analysis of the regulatory bases that justified the acts adopted during the health emergency, aims to provide an insight into the tools available to the State for a "centralized" management of emergencies, without the need for a reform of the constitutional text. In this regard, two rulings by the Constitutional Court, which occurred in the emergency period, are significant regarding the use of the principle of loyal collaboration between State and Regions.

Parole chiave: emergenza sanitaria, Stato-regioni, collaborazione
Keywords: health emergency, State and Regions, collaboration

Sommario: 1. Introduzione. **2.** Il quadro normativo di fronte all'emergenza sanitaria. **3.** Due diversi interventi della Corte costituzionale. La sentenza n. 37 del 2021. **4.** Un approccio differente: la sentenza n. 62 del 2020. **5.** Conclusioni.

1. Introduzione

L'emergenza sanitaria, generata dal COVID-19, ha innescato riflessioni e discussioni che hanno coinvolto tutto il nostro sistema: dalle fonti del diritto alla forma di governo, dal tema dei rapporti centro-periferia alle forme di esercizio e di garanzia dei diritti civili, sociali, economici e politici.

Ancora ad oggi, ad emergenza (quasi) conclusa, al centro del dibattito continua a persistere il tema relativo al ruolo assunto dalle Regioni nella gestione della crisi pandemica. In particolare, non pochi hanno sostenuto come, per effetto delle competenze loro conferite dalla novella costituzionale del 2001, le Regioni avrebbero impedito l'efficace governo dell'emergenza[1].

Va rilevato che la situazione venutasi a creare ha di fatto sovvertito il preesistente modello dei rapporti Stato-Regioni, giacché si è assistito all'emersione di nuove dinamiche giustificate dalla necessità (addotta

* Articolo sottoposto a referaggio.
[1] A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Italian Paper of federalism, ISSiRFA,* 1/2021, 1.

in particolare dallo Stato, ma a volte anche da singole Regioni) di rispondere in maniera rapida ed efficace all'emergenza epidemiologica.

Inoltre, dalla data di dichiarazione[2] (e fino alla cessazione[3]) dello stato di emergenza, si sono registrate numerose proposte di riforma costituzionale attinenti anche alla materia sanitaria, volendo alcuni ricondurre la "tutela della salute" (oggi assegnata alla potestà legislativa regionale *ex* art. 117, comma 3, cost.) alla competenza legislativa esclusiva statale.

Il presente lavoro, partendo dall'analisi delle basi normative (che hanno giustificato gli atti adottati durante tale periodo) e da alcuni arresti giurisprudenziali, intende fornire uno spunto di riflessione sugli strumenti già a disposizione dello Stato per una gestione "centralizzata" delle emergenze, senza la necessità di una riforma del testo costituzionale. A questo proposito, particolarmente significative si rivelano due pronunce della Corte costituzionale, intervenute nel periodo emergenziale, che pongono interrogativi in merito all'utilizzo del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni.

2. Il quadro normativo di fronte all'emergenza sanitaria

Prima di affrontare l'esame delle modalità di conduzione della crisi sanitaria, da parte dello Stato e delle Regioni, e dei meccanismi previsti per il loro coordinamento, è necessario ricostruire, seppur brevemente, il ruolo che i diversi livelli di governo assumono nella gestione delle emergenze e, più nello specifico, in materia sanitaria.

La legge costituzionale n. 3 del 2001, in relazione alla suddivisione delle competenze legislative tra Stato e Regioni, ha fortemente valorizzato (all'art. 117 Cost.) l'autonomia legislativa delle Regioni, assegnando allo Stato potestà legislativa esclusiva solo nelle materie indicate nel secondo comma dell'art. 117, e conferendo alle Regioni il potere legislativo in tutte le restanti materie o in via concorrente (materie elencate nell'art. 117, co. 3 Cost.) o in via esclusiva per tutte le rimanenti materie (secondo quanto stabilito dal co. 4 dell'art. 117 Cost.).

Per quanto riguarda il riparto delle funzioni amministrative, la riforma costituzionale del 2001, allo scopo di valorizzare i livelli di governo più vicini ai cittadini, ha introdotto il principio di sussidiarietà verticale, secondo cui la generalità delle funzioni amministrative è attribuita ai Comuni, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, non siano conferite agli enti di maggiori dimensioni[4].

[2] Deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020.
[3] D.L. 24 marzo 2022, n. 24, recante "*Disposizioni urgenti per il superamento delle misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia da COVID-19, in conseguenza della cessazione dello stato di emergenza*".
[4] Art. 118, co. 1, Cost.

In questo contesto normativo, l'emergenza sanitaria è andata ad incidere su diverse materie: dalla "tutela della salute" all'"ordine pubblico e sicurezza" fino alla "profilassi internazionale"[5]. Ma va ricordato che la "tutela della salute" è materia sulla quale spetta alla legge dello Stato porre i principi fondamentali (in quanto assegnata alla potestà legislativa regionale di tipo concorrente). E la Costituzione assegna, inoltre, allo Stato un ruolo decisionale centrale nei casi di emergenze (anche sanitarie) e di pericolo per i cittadini. E spetta sempre allo Stato la potestà legislativa esclusiva in materie quali l'"ordine pubblico e sicurezza" e la "profilassi internazionale"[6], così come il compito di determinare i "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, co. 2, lett. *m*), Cost.). E, in aggiunta a ciò, lo Stato, sempre al fine di garantire uniformità sul territorio, può applicare il principio della cd. "chiamata in sussidiarietà"[7]. Secondo questo principio, elaborato dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 303 del 2003, quando lo Stato, in applicazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost., attrae a sé funzioni amministrative delle Regioni, può esercitare il potere legislativo anche nelle materie di competenza regionale, nel rispetto del principio di leale collaborazione[8].

Va infine ricordato che la Costituzione prevede la possibilità per il Governo di intervenire in via sostitutiva, nel caso di inerzia degli enti territoriali di fronte ad un "pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica", sempre nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione (art. 120, co. 2, Cost.).

Riallargando lo sguardo all'intera Costituzione, e prescindendo dalle norme relative al riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, va ricordato che la Carta repubblicana, con riguardo alla gestione delle emergenze, valorizza il ruolo del Governo in particolare nell'art. 77 della costituzione.

Ma, oltre alla disciplina del decreto-legge, va ricordata quella relativa alle ordinanze di necessità e di urgenza quali provvedimenti amministrativi straordinari che possono essere adottati dallo Stato, dalle Regioni e dagli enti locali nei casi espressamente previsti da fonte di grado primario per far fronte a situazioni di necessità e urgenza. I poteri di ordinanza sono, dunque, attribuiti a diversi soggetti

[5] Sulla competenza Stato-Regioni in materia di sanità si v.: D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002; R. FERRARA, *Rapporti Stato-Regioni in materia di sanità*, in *Diritto online Treccani*, 2012; F. SAITTA, *Autonomie territoriali e governo della sanità, in Istituzioni del federalismo*, 2018, 801; D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi, in Osservatorio AIC*, 1/2018.

[6] G. MARCHETTI, *Le conflittualità tra Governo e Regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19, i limiti del regionalismo italiano e le prospettive di riforma*, in *Centro studi sul federalismo*, 2021, 4 ss.

[7] C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, 455.

[8] Se lo Stato avoca funzioni amministrative che riguardino materie nelle quali esso non ha potestà legislativa esclusiva, la competenza mancante viene attratta al suo livello, mettendolo in condizione di sottoporre a una disciplina legislativa unitaria quelle funzioni amministrative che esso è chiamato a esercitare proprio per assicurarne l'esercizio unitario, come si legge nel primo comma dell'articolo 118 Cost. Tenendo conto di tutto ciò, qualora sussista la necessità di centralizzare gli interventi, tutti i poteri necessari possono spostarsi a livello nazionale: le competenze amministrative, per effetto della "chiamata in sussidiarietà", e le competenze legislative, per effetto della "attrazione in sussidiarietà".

istituzionali e a vari livelli territoriali e ciò può, in concreto, determinare una frammentazione dell'attività di risposta all'emergenza con il rischio di compromettere un'adeguata gestione a livello nazionale dell'emergenza medesima.

Con riguardo al tema della salute, la legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, la n. 833 del 1978, attribuisce il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti in materia di "sanità pubblica" al Ministro della sanità, al Presidente della Regione e al Sindaco, a seconda dell'ambito territoriale interessato. Questa previsione è stata successivamente ripresa anche dal d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL), in relazione al Sindaco, e dal d.lgs. 112 del 1998 che ripartisce tra il Ministero della salute, i Presidenti delle Giunte regionali ed i Sindaci la competenza ad emanare ordinanze di necessità e di urgenza, rispettivamente sul territorio nazionale, regionale o comunale.

Infine, il Codice della Protezione Civile (d. lgs. n. 1 del 2018, che riprende la normativa di cui alla legge n. 225 del 1992) prevede che, al verificarsi o nell'imminenza di uno degli eventi espressamente indicati, il Consiglio dei ministri deliberi lo "stato di emergenza" nazionale che deve essere affrontato con le ordinanze di protezione civile. Queste ultime sono adottate dal Capo di Dipartimento della Protezione civile, acquisita l'intesa delle Regioni e delle Province autonome territorialmente interessate, al fine di un coordinamento degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza[9].

Il rapido esame delle basi normative che hanno giustificato gli atti adottati durante l'emergenza sanitaria – basi normative, come visto, complesse e frammentate – evidenzia già le ragioni che hanno portato al prodursi di situazioni di conflitto (o quanto meno di dialettica o di "confusione") tra i livelli territoriali interessati e tra le norme da questi adottate per regolare il periodo emergenziale. Ed in tali momenti di conflitto, Stato ed enti territoriali spesso si sono dimostrati non capaci di operare nel pieno rispetto del principio di leale collaborazione.

3. Due diversi interventi della Corte costituzionale. La sentenza n. 37 del 2021

La ricostruzione – svolta nel paragrafo precedente – del quadro costituzionale e legislativo disciplinante l'intervento degli enti territoriali nella gestione delle emergenze, è funzionale all'esame di due pronunce della Corte costituzionale, (sent. n. 62 del 2020 e sent. n 37 del 2021), che pongono, analizzate congiuntamente, diversi dubbi circa l'effettivo ambito di applicazione del principio di leale collaborazione.

In relazione ai difficili rapporti fra Stato e Regioni nella gestione della crisi pandemica, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 37 del 2021[10] - avente ad oggetto un'intera legge regionale della Valle

[9] G. MARCHETTI, *Le conflittualità tra Governo e Regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19, i limiti del regionalismo italiano e le prospettive di riforma, cit.*, 5 ss.

[10] Nella sentenza in esame, la legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 9, avente ad oggetto "*Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle D'Aosta in relazione allo stato di emergenza*", è stata dichiarata costituzionalmente illegittima in quanto la previsione delle misure di

d'Aosta, con la quale la Regione autonoma disciplinava, discostandosi dalle scelte statali, la gestione regionale dell'emergenza epidemiologica[11] -, ha affermato che gli interventi dello Stato, nella complessa fase emergenziale, sono riconducibili alla materia "profilassi internazionale", materia rientrante tra quelle riservate alla legislazione esclusiva statale. E, sempre secondo la Corte, gli interventi statali in tale caso, non solo non comprimono i poteri spettanti alle Regioni, a titolo di competenza concorrente, negli ambiti della tutela della salute e della protezione civile, ma vengono a disegnare il quadro generale in cui l'attività delle strutture sanitarie regionali è tenuta ad inserirsi armonicamente[12].

La Corte costituzionale afferma dunque che lo Stato dispone di tutti gli strumenti volti ad assicurare l'uniformità degli interventi che si rendano necessari[13].

Nelle materie ("tutela della salute" e "protezione civile") richiamate nella sentenza n. 37 del 2021, le Regioni sono titolari di una competenza legislativa concorrente (e cioè che deve svolgersi nel rispetto dei principi fondamentali fissati dalla legge dello Stato)[14], ma lo Stato è titolare in via esclusiva, oltre della materia "profilassi internazionale", anche di altre materie, capaci di interferire con i poteri spettanti alle Regioni (dalla determinazione dei "livelli essenziali delle prestazioni"- che ricomprendono al loro interno anche i livelli essenziali di assistenza (LEA) in materia sanitaria[15], alla fissazione dei "principi di coordinamento della finanza pubblica", che nel tempo ha assunto il carattere di una competenza "finalistica"[16], suscettibile di incidere nei più vari settori)[17].

---

prevenzione e contrasto della pandemia appartiene alla competenza esclusiva dello Stato sulla profilassi internazionale; in tale contesto, l'autonomia regionale può esplicarsi soltanto nei limiti e nelle forme previste dalla legislazione statale; e la "*legge regionale della Valle d'Aosta, nella misura in cui introduce un meccanismo di contrasto all'epidemia difforme da quello prefigurato dalla legge dello Stato, da un lato travalica i confini della competenza regionale invadendo un ambito di spettanza esclusiva statale e, dall'altro, lo fa adoperando uno strumento (la legge regionale) il cui impiego è precluso dalla legislazione statale a ciò titolata*". Si vedano tra gli altri: L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in Corti supreme e salute, 1/2021; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021; M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta online*, 1/2021; B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Riv. Federalismi* – paper 21 aprile 2021.

[11] M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali, cit,* 330 ss.

[12] Corte cost., sent. n. 37 del 2021, la quale continua: "*se […] sono le strutture sanitarie regionali ad adoperarsi a fini profilattici, resta fermo che, innanzi a malattie contagiose di livello pandemico, ben può il legislatore statale imporre loro criteri vincolanti di azione, e modalità di conseguimento di obiettivi che la medesima legge statale, e gli atti adottati sulla base di essa, fissano, quando coessenziali al disegno di contrasto di una crisi epidemica*".

[13] In tal senso: A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni, cit*., 4; E. D'ORLANDO, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione*, in *Osservatoriosullefonti*, 2/2020, 581; R. BALDUZZI, *Indicazioni per un'agenda del "dopo"*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020, 4.

[14] Cfr., G. SCACCIA, C. D'ORAZI, *La concorrenza fra Stato e autonomie territoriali nella gestione della crisi sanitaria fra uniformità e differenziazione*, in F.S. MARINI, G. SCACCIA (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, 106 ss.

[15] A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni, cit*., 5.

[16] Così come affermato dalla Corte cost. nella sentenza n. 278/2020, e ancor prima dalle sent. nn. 376/2003, 229/2011, 141/2016.

[17] A questo riguardo, la sentenza 104 del 2013 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 3 della legge Regione Abruzzo 17 luglio 2012, n. 33, in quanto, "*disponendo l'assunzione a carico del bilancio*

Se a quanto appena detto si aggiunge che la riforma costituzionale del 2001 ha previsto lo strumento - del quale si lamentava la mancanza nell'originario titolo V - del potere sostitutivo, utilizzabile anche nei casi di "pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica"[18], appare difficile negare che le necessità di gestione unitaria delle situazioni emergenziali, che travalichino i confini di una Regione (o che, comunque, rivestano un interesse nazionale), non possano essere soddisfatte utilizzando i numerosi strumenti messi a disposizione dalla vigente disciplina costituzionale, senza il bisogno di ipotizzare riforme, come quelle proposte e dunque, senza la necessità di spostare la competenza in materia di tutela della salute dal terzo al secondo comma dell'articolo 117, né di inserire nel testo costituzionale la clausola di supremazia[19].

In tutto questo percorso ricostruttivo, non può tralasciarsi il principio di leale collaborazione[20], costantemente richiamato dai diversi attori coinvolti, il rispetto del quale viene espressamente imposto dall'articolo 120 Cost., secondo comma, e costantemente invocato dalla giurisprudenza costituzionale. Secondo questo principio, nei casi di "spostamento" di competenze dalle Regioni allo Stato, le prime devono essere messe in condizione di esporre le proprie ragioni, e lo Stato può decidere di utilizzare il potere sostitutivo, solo dopo aver sollecitato la Regione e sempre tenendo conto dei problemi derivanti dall'intreccio di competenze. Il che è particolarmente necessario, in presenza di un servizio di prossimità, come quello sanitario, che non può essere totalmente gestito a livello unitario. Come, tra l'altro, conferma il fatto che, anche anteriormente alla riforma del titolo V Cost., il legislatore statale aveva già ampliato le attribuzioni delle Regioni in ambito sanitario, andando al di là dei confini della sub-materia loro attribuita dall'originario art. 117, comma 1, Cost., "assistenza sanitaria ed ospedaliera"[21].

Inoltre, sempre con riferimento al principio di leale collaborazione, bisogna constatare come esso, seppur fondamentale soprattutto nella fase emergenziale, non sia stato del tutto attuato. Infatti, Stato e Regioni si sono serviti poco degli strumenti di coordinamento e di collaborazione a loro disposizione ed in

regionale di oneri aggiuntivi per garantire un livello di assistenza supplementare", risultava confliggente con il "principio di contenimento della spesa pubblica sanitaria, quale principio di coordinamento della finanza pubblica". Principio, la cui attuazione ha prodotto effetti devastanti sul sistema sanitario, come dimostratoci dalla pandemia. Così, A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni, cit*., 5.

[18] Cfr., M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Corti supreme e salute*, 1/2020; S. MANGIAMELI, *Lo stato di emergenza e le competenze regionali*, in *Giur.cost.*, 4/2006; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost – Unità per la Costituzione*, 10 aprile 2020; L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale, cit*., 9.

[19] In tal senso: S. MANGIAMELI, *La gestione dell'emergenza: Stato o regioni oppure Stato e* Regioni?, in *Treccani.it*, 22.11.2020; E. D'ORLANDO, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione, cit.*

[20] F. POLITI lo definisce come "*criterio guida nei rapporti fra Stato, Regioni ed enti locali*", in *Diritto pubblico*, Torino, 2021, 459; Si v. a titolo non esaustivo: S. BARTOLE, *Spunti in tema di leale collaborazione fra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 1977; ID., *Supremazia e collaborazione nei rapporti fra Stato e Regioni*, in *Riv. Trim. dir. pub*., 1971, 84 ss; S. CASSESE, D. SERRANI, *Regionalismo moderno: cooperazione tra Sato e Regioni e tra Regioni in Italia*, in *Le Regioni*, 1980, 398 ss; A. ANZON, *"Leale collaborazione" tra Stato e Regioni, modalità applicative controllo di costituzionalità*, in *Giur. cost*. 1998, 3535; L. ARCIDIACONO, A. CIANCIO, G. CHIARA, E. CASTORINA, *Diritto costituzionale*, Milano, 2021, 602 ss.

[21] D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, *cit*. 7.

particolar modo del sistema delle Conferenze[22] che rappresentano lo strumento fondamentale per dare attuazione a tale principio[23]. Nonostante il loro scarso utilizzo, bisogna comunque ricordare come esso costituisca un importante momento di confronto fra Stato, Regioni ed enti locali che dovrebbe essere in grado di bilanciare il principio di unità della Repubblica con quelli dell'autonomia e del decentramento previsti all'art. 5 Cost[24].

4. Un approccio differente: la sentenza n. 62 del 2020

Proprio in tema di diritto alla salute e di leale collaborazione, (ma in direzione opposta a quanto affermato nella sentenza n. 37 del 2021), nel mese di aprile 2020, quando il sistema sanitario di alcune Regioni stava sostenendo un enorme sforzo per rispondere all'imprevedibile e straordinaria, situazione di contagio, la Corte costituzionale è intervenuta con la sentenza n. 62[25], dove la definizione del corretto finanziamento delle prestazioni che soddisfano i livelli essenziali nella sanità, diventa un importante momento di riflessione sul diritto della salute e sul sistema posto a garanzia dello stesso.

Nello specifico, proprio nel momento in cui si accendevano i vari dibattiti circa l'opportunità di indirizzare ingenti risorse finanziarie al comparto sanitario e di rivedere la ripartizione della competenza concorrente a vantaggio dello Stato, la sentenza n. 62 del 2020 ha avuto il merito, da un lato, di esaltare la finalizzazione alla persona umana del sistema pubblico di protezione della salute, dall'altro, quello di articolare ragioni convincenti in tema di organizzazione regionalizzata dell'apparato sanitario,

[22] Il "sistema delle Conferenze" è costituito dalla Conferenza permanente per i rapporti tra Stato, Regioni e Province autonome, dalla Conferenza Stato–Città ed autonomie locali e dalla Conferenza unificata. Accanto a queste, definite "Conferenze permanenti", vi è la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome. Sul sistema delle Conferenze, cfr. I. RUGGIU, *Conferenza Stato-Regioni: un istituto del federalismo «sommerso»*, in *Le Regioni*, 2000, 853 ss.; R. BIFULCO, *Il modello italiano delle Conferenze Stato-autonomie territoriali (anche) alla luce delle esperienze federali*, in *Le Regioni*, 2006, 233 ss.; S. AGOSTA, *La leale collaborazione fra Stato e Regioni*, Milano, 2008; G. CARPANI, *I fattori di unificazione: il ruolo delle Conferenze e degli strumenti di concertazione*, in *Astridonline.it*, 2011; R. CARPINO, *Il Sistema delle Conferenze*, in S. Mangiameli (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, Milano, 2012, 529 ss. Sulla centralità delle Conferenze delle Regioni e delle Province autonome durante il periodo pandemico si v.: E. CATELANI, *Centralità della conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Osservatoriosullefonti*, fasc. spec. 2020, 501 ss.

[23] Su autonomia, leale collaborazione e sussidiarietà alla prova dell'emergenza si v. a titolo non esaustivo: S. LIETO, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale*, in *Osservatoriosullefonti*, 2/2022, 54 ss.; G. DI COSIMO – G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus Tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *BioLaw Journal -Riv. di Biodiritto*, 1/2020, 183 ss.

[24] E. CATELANI, *Centralità della conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? cit.,* 515.

[25] Con la sentenza n. 62/2020 la Corte costituzionale ribadisce la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni; tale affermazione si fonda sul principio costituzionale della centralità della persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza, in ragione della socialità del servizio sanitario. Il Presidente del Consiglio dei ministri solleva una questione di legittimità costituzionale su alcuni aspetti della legge di stabilità della Regione Sicilia (legge 8/2018) per violazione dei seguenti articoli: art. 81, co. 3 Cost.; art. 117 co. 2 lett. *e*), *m*) e co. 3 Cost. La pronuncia in esame è strettamente connessa alla sentenza n. 197 del 2019, con cui la Corte costituzionale ha chiesto informazioni alla Regione Sicilia e al Governo sul finanziamento dei livelli assistenziali e sull'uso dei fondi strutturali.

contribuendo a distinguere con chiarezza i compiti dello Stato e quelli delle autonomie. Ciò che appare, in questa sede, utile sottolineare è che la Corte ha affermato che è solo nel rispetto di questo doppio livello di funzioni, statale e regionale, che si possono raggiungere gli obiettivi preposti[26].

Il problema che sta alla base della decisione è quello della determinazione del Fondo sanitario regionale siciliano, e di conseguenza dell'adeguatezza dello stesso alle esigenze dei LEA: la controversa ripartizione degli oneri tra Stato e Regione e l'individuazione delle fonti di finanziamento sono aspetti dai quali dipende il funzionamento del sistema e, dunque, il soddisfacimento del diritto alla salute.

Per la Corte, nel bilancio e nel rendiconto regionale non è stato assicurato il completo flusso finanziario delle risorse necessarie ai LEA verso la finalità costituzionalmente vincolata. E l'obbligo di copertura finanziaria, che è condizione di salvaguardia dell'equilibrio di bilancio, deve essere letto in stretta connessione con l'obbligo di finanziamento e di garanzia dei LEA. Se l'effettività del diritto alla salute è assicurata dal finanziamento e dalla corretta ed efficace erogazione della prestazione, tale regola va intesa secondo il principio di fondo - desumibile dalla Costituzione e richiamato dalla sentenza n. 275 del 2016 – secondo cui "*è la garanzia dei diritti a dover incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*". Secondo la Corte, l'opportunità che il servizio sanitario rimanga affidato alle Regioni avrà senso se le risorse per tale funzione continueranno ad essere adeguatamente determinate ed assegnate in giusta misura alle istituzioni territoriali: queste potranno rispondere al meglio al bisogno di salute delle persone se riusciranno ad instaurare un dialogo improntato sulla collaborazione con gli apparati centrali, scevro da qualsiasi finalità politica e unicamente volto a reagire all'unisono per il benessere della collettività.

La sentenza n. 62 del 2020 ha ricordato a tutti gli attori coinvolti che la trasversalità e la primazia della tutela sanitaria rispetto agli interessi sottesi ai conflitti (finanziari) tra Stato e Regioni "*impongono una visione trascendente della garanzia dei LEA che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario*"[27].

La dimensione di socialità delle cure di salute conferma l'importanza del ruolo delle amministrazioni del territorio, a cui la Costituzione affida l'organizzazione di un servizio che va assicurato in ragione dell'appartenenza stessa ad una comunità. Tali amministrazioni devono avvertire la responsabilità relativa a questo servizio, la cui insufficienza mina il benessere di una collettività locale ma anche quello della collettività nazionale[28].

---

[26] C. BUZZACCHI, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2020, 663.

[27] Corte cost. sent. n. 62/2020.

[28] C. BUZZACCHI, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale", cit.*, 676. Inoltre, la Corte cost., in un'altra sentenza del 2020, la n. 157, ha affermato che il principio di leale collaborazione tra Stato ed enti territoriali comporta

5. Conclusioni

I contrasti fra Stato e Regioni non sono figli dell'emergenza sanitaria, piuttosto sono la conseguenza di una lunga serie di incertezze derivanti dalla riforma costituzionale del Titolo V del 2001, alimentate anche dalla preesistente crisi finanziaria[29] (che ha avuto avvio dal 2008). L'avvento della crisi pandemica ha sicuramente contribuito ad alimentare tensioni già esistenti.

Non può certo negarsi che, in questo periodo, sono emersi numerosi dei nodi irrisolti dell'ordinamento regionale e forse ancor di più sono emersi anche i limiti delle classi politiche regionali, che non sempre si sono rivelati interlocutori capaci di fronte alle sfide del momento.

Le due sentenze richiamate – quantunque relative a due fattispecie differenti: la prima, la n. 37 del 2021, concernente la fase dell'emergenza, la seconda relativa all'ordinaria disciplina dei rapporti finanziari – rivelano comunque un disallineamento in merito all'ambito di applicazione effettivo del principio di leale collaborazione. Infatti, da un lato, la sentenza n. 37 del 2021, motivando l'intervento accentratore dello Stato con la materia della "*profilassi internazionale*" pare aver posto una sorta di clausola di supremazia, idonea ad attrarre allo Stato competenze legislative delle Regioni ogni volta in cui lo Stato stesso lo reputi necessario, con conseguenziale forte ridimensionamento, sia del principio di leale collaborazione che del coordinamento tra i diversi livelli di governo[30]. Dall'altro lato, invece, con la sentenza n. 62 del 2020, la Corte lascia apprezzare il suo intervento per il convinto richiamo all'istituto della leale collaborazione, tanto più in un periodo di disordinato sovrapporsi di decisioni centrali e locali[31] ed anche di faticosa composizione delle esigenze dei territori, a causa delle tante incertezze legate all'emergenza pandemica. Dunque, il suo monito a non abbandonare modelli collaborativi non è apparso certo inutile[32].

Appare dunque utile (se non necessario) ragionare sull'opportunità della realizzazione di "modelli collaborativi" tra Stato e Regioni quale momento di riflessione sul regionalismo italiano[33], per interrogarci

che le Regioni collaborino nell'individuazione di metodologie parametriche in grado di separare il fabbisogno finanziario destinato a spese incomprimibili da quello afferente ad altri servizi finanziari suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria. V. in tal senso: W. GIULIETTI, *La disciplina contabile nel settore sanitario tra specialità delle regole e doverosità delle prestazioni. Spunti di riflessione sulla funzionalizzazione dei sistemi contabili pubblici ai modelli organizzativi*, in G. COLOMBINI (a cura di), *Scritti in onore di Aldo Carosi*, Napoli, 2021, 501 ss. Sul tema in dottrina, F. POLITI, *Il diritto alla salute fra esigenze di bilancio, tutela delle competenze regionali ed incomprimibilità dei livelli essenziali*, in *Corti supreme e salute*, 1/2018, 39 ss.; A. CAROSI, *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, in *Rivista AIC*, 4/2017.

[29] E. D'ALTERIO, *Dietro le quinte di un potere. Pubblica amministrazione e governo dei mezzi finanziari*, Bologna, 2021, 57 ss.

[30] A. POGGI, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte cost., sentenza n. 37/2021)*, in *Rivista AIC*, 4/2021, 255 ss.

[31] Cfr., A. FONZI, *Aspetti problematici delle linee guida Covid con particolare riferimento ai rapporti fra Stato e regioni. Principio autonomistico versus accentramento delle funzioni nel "regionalismo dell'emergenza"*, in *Corti supreme e salute*, 3/2020.

[32] C. BUZZACCHI, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, *cit*., 663.

[33] A. POGGI, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?)*, *cit*, 261.

sulla direzione che esso debba definitivamente prendere: quella del regionalismo cooperativo o quella del regionalismo competitivo.

La leale collaborazione nell'emergenza sanitaria. Il ruolo del conflitto di attribuzione fra Stato e regioni*

di Alessia Fonzi
Ricercatrice in Diritto costituzionale
Università degli Studi dell'Aquila

Abstract [It]: Lo studio si sofferma sul ruolo della Corte costituzionale nei rapporti fra Stato e regioni, con particolare riferimento al giudizio sui conflitti di attribuzione intersoggettivi, nel periodo dell'emergenza sanitaria. Partendo dall'unica questione promossa in tale sede nel corso dell'emergenza sanitaria, emerge la circostanza che, rispetto agli atti non legislativi, Stato e regioni in situazioni di contrasto hanno preferito fare ricorso al giudice amministrativo. Tale circostanza induce ad una riflessione sull'attualità del giudizio costituzionale sui conflitti intersoggettivi rispetto a quelle situazioni di contrasto che possono sorgere fra Stato e regioni in una situazione di emergenza; la scelta di ricorrere al giudice amministrativo richiede una ponderazione dei diversi fattori che possono aver inciso nelle valutazioni dei ricorrenti e che inducono ad una lettura coordinata dei diversi giudizi, nella consapevolezza del ruolo della Corte all'interno dell'ordinamento giuridico.

Title: Loyal cooperation in health emergencies. The role of the conflict of attribution between State and regions
Abstract [En]: The study focuses on the role of the Constitutional Court in the relations between State and regions, with reference to the judgment on attribution conflicts, in the period of health emergency. Because of the only question raised there during the health emergency, the fact emerges that, compared to non-legislative acts, the State and regions in conflict situations preferred to have recourse to the administrative court. This circumstance leads to a reflection on the topicality of the constitutional judgment on conflicts with respect to those situations of conflict that may arise between the State and regions in an emergency situation; the choice of recourse to the administrative court requires a weighting of the various factors which may have had an impact on the applicants' assessments and which lead to a coordinated reading of the different judgments, aware of the role of the Court within the legal order.

Parole chiave: leale collaborazione, Stato-regioni, Corte costituzionale, conflitti di attribuzione
Keywords: Loyal cooperation, State-regions, Constitutional Court, attribution conflicts

Sommario: **1.** Introduzione al tema. **2.** Il perché di una concorrenza fra conflitto intersoggettivo e giudice amministrativo. **3.** Il conflitto intersoggettivo nell'emergenza sanitaria. **4.** Ragionando per esclusione. La necessaria attenzione per la giurisdizione amministrativa. **5.** Il ruolo del conflitto intersoggettivo nelle situazioni di emergenza.

1. Introduzione al tema

Fra le diverse criticità emerse nei rapporti fra Stato e regioni nella fase emergenziale vi è quella legata al rispetto del principio di leale collaborazione fra gli enti territoriali, giacché nelle dinamiche dell'emergenza anche tale principio è venuto ad assumere una connotazione specifica[1]. L'analisi del contenzioso fra Stato

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1] Sul principio di leale collaborazione ai tempi dell'emergenza si vedano in dottrina F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, 2020, 333 ss.; G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in

e regioni viene così a costituire un privilegiato punto di osservazione per verificare lo stato di attuazione del regionalismo cooperativo nell'emergenza sanitaria. La presente riflessione intende soffermarsi sul ruolo della Corte costituzionale con particolare riferimento al giudizio sui conflitti di attribuzione intersoggettivi, partendo dall'unica questione promossa in tale sede nel corso dell'emergenza sanitaria, indicativa della circostanza che evidentemente, rispetto agli atti non legislativi, Stato e regioni in situazioni di contrasto hanno preferito fare ricorso al giudice amministrativo. Tale circostanza induce ad una riflessione sull'attualità del giudizio costituzionale sui conflitti intersoggettivi rispetto a quelle situazioni di contrasto che possono sorgere fra Stato e regioni in una situazione di emergenza; la scelta di ricorrere al giudice amministrativo richiede una ponderazione dei diversi fattori che possono aver inciso nelle valutazioni dei ricorrenti e che inducono ad una lettura coordinata dei diversi giudizi, nella consapevolezza del ruolo della Corte all'interno dell'ordinamento giuridico.

2. Il perché di una concorrenza fra conflitto intersoggettivo e giudice amministrativo

Fin dalle sentenze n. 11 e 12 del 1957 la Corte ha affermato l'idoneità di "qualsiasi atto dello Stato o della regione" a configurare il conflitto intersoggettivo, purché si abbia una "chiara manifestazione di volontà" dell'ente "in ordine all'affermazione di una propria competenza in un determinato settore". L'estensione del novero degli atti suscettibili di essere oggetto del giudizio discende da una valutazione strettamente correlata al tenore testuale degli articoli 38 e 39 della l. n. 87 del 1953, che si riferiscono entrambi alla nozione di "atto"[2]. "Atti idonei" a provocare l'insorgere del conflitto sono stati ritenuti i provvedimenti amministrativi, i regolamenti ed altri atti generali; gli atti di controllo, le pronunce giurisdizionali e gli atti connessi con l'esercizio della funzione giurisdizionale[3].

Diritti regionali, 2020; M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Corti supreme e salute*, n. 2020; F. DEL PRETE, *L'attuazione del principio di leale collaborazione nella prassi della Conferenza Stato-Regioni*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2020; G. DI COSIMO - G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *Biolaw Journal*, 2020; C. EQUIZI, *Il difficile dialogo tra stato e regioni al tempo del coronavirus: dov'e' la leale collaborazione?*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020; A. POGGI, G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all'emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in *Osservatorio AIC*, 2021; A. PROZZO, *Il principio di leale collaborazione quale "bussola" nell'emergenza*, in *Diritti regionali*, 2020; F. SEVERA, *Sui raccordi tra livelli di governo in tempi di emergenza*, in *Biolaw Journal*, 2020.

[2] Il principio è affermato chiaramente dalla Corte nella sentenza n. 40 del 1977, in cui ha puntualizzato "che - nulla disponendo (…) né la Costituzione né l'art. 39 della citata legge n. 87 - la natura dell'atto, che si affermi invasivo dell'altrui competenza costituzionale, non ha mai assunto, nella giurisprudenza di questa Corte, rilievo determinante ai fini della ammissibilità di conflitti tra Stato e regioni". Sui conflitti di attribuzione si vedano S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e regioni e tra regioni*, Milano, 1985; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzione fra lo Stato e le regioni e tra le regioni*, Milano, 1961. In generale L. ARCIDIACONO, A. CIANCIO, G. CHIARA, E. CASTORINA, *Diritto costituzionale*, Padova, 2021, 573 e ss.

[3] L'ampliamento del novero degli atti che possono essere oggetto del giudizio consegue al passaggio da una concezione del conflitto quale *vindicatio potestatis* ad una visione di un conflitto anche in ipotesi di menomazione o interferenza delle attribuzioni proprie, attraverso l'esercizio illegittimo di competenze altrui.

Il tono costituzionale[4] che deve caratterizzare il giudizio sui conflitti può non costituire l'unico criterio dirimente fra il giudizio costituzionale e quello amministrativo, non vanificandosi la possibilità che possano generarsi sovrapposizioni, poiché tali giudizi, sebbene operino su piani diversi, possono avere soggetti legittimati (attivi e passivi) coincidenti, nonché identico *petitum*.

Il corollario di tale impostazione è l'esistenza di una possibilità di scelta, da parte dello Stato o della regione, del giudice al quale sottoporre inizialmente la controversia, laddove ragioni di opportunità dipendenti dal caso concreto potrebbero spingere le parti a adire la Corte costituzionale o il giudice amministrativo quando l'oggetto del giudizio sia un atto amministrativo viziato per incompetenza (costituzionale). Del resto, nulla impedisce alle parti di adire contemporaneamente i due giudici, onde far sì che, in caso di eventuale rigetto del ricorso da parte di uno di essi, ad esempio dalla Corte costituzionale per mancanza del tono costituzionale del conflitto, le medesime abbiano comunque un'ulteriore possibilità di accoglimento da parte dell'altro giudice.

È, dunque, necessario domandarsi perché le parti in alcuni casi abbiano scelto il giudice amministrativo e in altri il giudice costituzionale, ravvisando evidentemente nel procedimento prescelto (innanzi alla Corte costituzionale o al giudice amministrativo) un *quid* in più, mentre in altri casi ancora esse abbiano promosso entrambi i giudizi. A tal fine appare opportuno partire dall'analisi delle differenze fra i due procedimenti, che attengono in primo luogo all'aspetto soggettivo.

L'accesso alla Corte costituzionale in sede di conflitto intersoggettivo è riservato dall'articolo 134 Cost. allo Stato ed alle regioni, ma l'articolo 2, comma 3, lett. g), della legge n. 400 del 1988 e l'articolo 37 della legge n. 87 del 1953 condizionano la volontà di sollevare un conflitto di attribuzione alla deliberazione dell'organo politico, rispettivamente del Consiglio dei ministri e della Giunta regionale[5]. Tale passaggio, fra l'altro, è oggetto di scrutinio anche da parte della Corte costituzionale, la quale deve verificare non solo il deposito della delibera unitamente al ricorso, ma anche la piena corrispondenza tra quanto deliberato e quanto dedotto in giudizio, sia rispetto al parametro normativo invocato che al provvedimento impugnato, confermando in tal modo la valenza politica della decisione di sollevare un

[4] Sul tono costituzionale si vedano, *ex plurimis*, le sentenze n. 436 del 2000, n. 27 e n. 89 del 2006, n. 380 del 2007, n. 137 del 2014, n. 235 del 2015, n. 7 del 2016. In dottrina A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 269; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2021, 235 e ss.

[5] Sul punto si veda S. TRANQUILLI, *Ai più importanti bivi, non c'è segnaletica. i conflitti Stato Regioni tra il giudice amministrativo e Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2021, 196. Prima dell'intervento della legge n. 400 del 1988 era prevista solo la delibera della Giunta regionale, con una inspiegabile asimmetria delle posizioni della Regione rispetto allo Stato (Così A. CERRI, *Giustizia*, cit., 283; R. ROMBOLI, *La presenza del Governo nei giudizi costituzionali dopo la l. n. 400/1988*, in *Foro It.*, 1989; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 353; ID, *Conflitti di attribuzione tra Stato e regione*, in *Enc. Giur.*, Roma, VIII, 1988). In giurisprudenza sono da segnalare le sentenze n. 33 del 1962 (che riguarda nello specifico la Giunta dimissionaria) n. 886 del 1988, n. 343 del 1996 e n. 89 del 2006.

conflitto di attribuzione[6], che al contrario non si riscontra qualora il ricorso venga proposto dinanzi al giudice amministrativo.

Una ulteriore distinzione procedimentale attiene alla circostanza che il ricorso innanzi alla Corte in sede di conflitto intersoggettivo non deve essere notificato al controinteressato[7], in ragione della particolare natura del processo costituzionale; il giudizio infatti trae la sua ragion d'essere nella necessità di comporre, attraverso il supremo organo delle garanzie costituzionali, un contrasto insorto fra enti costituzionali (Stato e regioni o fra regioni), attraverso la definizione delle rispettive sfere di competenza; l'interesse al rispetto della competenza costituzionale dell'ente trascende dunque l'interesse particolare dei singoli alla conservazione o alla rimozione dell'atto la cui emanazione ha dato occasione al conflitto[8]. Inoltre, nel conflitto di attribuzione è prevista soltanto l'istanza di sospensione collegiale[9], mentre nel giudizio amministrativo si aggiunge anche l'istanza cautelare *ante causam* o monocratica, che si vedrà, ha rappresentato un punto di riflessione importante per la definizione delle controversie fra Stato e regioni nel periodo dell'emergenza.

L'esame del procedimento conferma la diversità dei due giudizi anche dal punto di vista oggettivo: il parametro dei conflitti è, infatti, definito da norme costituzionali, o comunque da disposizioni di rango primario attuative delle stesse, attinenti al riparto di competenza fra lo Stato e le regioni; al contrario, la cognizione del giudice amministrativo si estende ai ben noti vizi di legittimità, secondo un parametro dato dalle norme di rango ordinario e secondario.

---

[6] Ed infatti è prevista la pubblicazione nella I serie speciale della Gazzetta Ufficiale ed è sottoposta al controllo di legittimità della Corte dei conti. In giurisprudenza sul rapporto fra delibera e ricorso si vedano le sentenze n. 83 del 2018, n, 152 del 2017, n. 265 e n. 239 del 2016, n. 15 del 2015, n. 60 del 2013. In dottrina sulla rilevanza politica dell'atto si veda R. CHIEPPA, *Ancora sul contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio*, in *Giur. Cost.*, 2015, 119 e ss.

[7] In tal senso si veda già la sentenza n. 21 del 1966, nella quale la Corte ha confermato che "nel giudizio davanti ad essa non sono applicabili le norme del procedimento amministrativo relative alla notificazione del ricorso al controinteressato, data la particolare natura del processo costituzionale (ordinanza 30 maggio 1956; sentenza 19 gennaio 1957, n. 18)".

[8] Solo qualora oggetto di impugnazione sia un atto di un organo statale che abbia autonomia costituzionalmente garantita il ricorso deve essere notificato anche a quest'ultimo (secondo l'attuale previsione dell'articolo 27, comma 2, delle Norme integrative, come modificate con delibera del 10 giugno 2004). Sul punto A. CERRI, *Giustizia*, cit., 284. Anche G. SCACCIA, *La rappresentanza processuale del potere giudiziario nel conflitto di attribuzione Stato-regioni*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2001, 761.

[9] Sulla quale si vedano, *ex plurimis*, le decisioni n. 21 del 1960; n. 50 del 1977; n. 94 del 1980; n. 152 del 2006. Inoltre, è mancata nella giurisprudenza costituzionale l'evoluzione nel senso di ammettere l'esercizio di poteri cautelari anche nei confronti degli atti omissivi, mentre il giudice amministrativo ne ha ammesso la sospensiva nella forma, ad esempio, dell'ammissione con riserva. Sul punto A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 292. Per una rassegna sulle sospensive dell'ultimo triennio si veda P. BIANCHI, *Il conflitto di attribuzioni tra Stato e regioni*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura di R. Romboli, 2020, 202.

Inoltre, sebbene il giudizio costituzionale abbia assorbito molte regole del processo amministrativo[10], permangono profonde differenze anche nel procedimento, quali l'assenza nel giudizio costituzionale della sospensiva monocratica, la diversa ampiezza dei poteri istruttori, nonché il divieto di acquiescenza.

Con riferimento ai poteri istruttori nei conflitti di attribuzione, rispetto ai più ampi poteri del giudice amministrativo[11], la Corte, con ordinanza, può richiedere alle parti costituite elementi ulteriori, al fine di supplire le carenti allegazioni delle parti stesse[12]. Quanto all'acquiescenza, si intende l'accettazione esplicita o implicita dell'atto, o perché è stato eseguito spontaneamente oppure non è stato impugnato un atto simile; si tratta di un istituto che non può essere invocato nel giudizio costituzionale in ragione del carattere indisponibile delle competenze; se ne deduce che l'azione può consumarsi solo per decorrenza dei termini[13]. Nella valutazione delle differenze fra i due procedimenti che si è tentato di delineare si può comprendere quindi la scelta delle parti, nel singolo caso concreto, di adire la Corte costituzionale o il giudice amministrativo o entrambi.

[10] Si pensi alla sospensiva (collegiale) degli atti impugnati modellata sullo schema del giudizio amministrativo quanto ai presupposti, ai limiti ed agli effetti dei provvedimenti (L'art. 40 l. n. 87 del 1953 dispone che la parte ricorrente in pendenza del giudizio, in qualsiasi momento anche all'udienza di discussione, possa chiedere alla Corte la sospensione per gravi ragioni dell'esecuzione dell'atto impugnato. La Corte può decidere su di essa con separata ordinanza oppure può ritenere la richiesta assorbita qualora decida in tempi brevi il conflitto nel merito). In questi termini E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia*, cit., 239. Anche i presupposti processuali, quali l'interesse al ricorso e l'esistenza di un atto lesivo delle competenze, e i principi in tema di decorrenza dei termini coincidono con quelli del giudizio amministrativo (In dottrina si vedano sul punto C. E. GALLO, *Conflitto di attribuzioni fra stato e regioni e processo amministrativo: gli atti di controllo*, in *Foro It.*, 1978, 509 e ss.; L. VANDELLI, *I difficili rapporti tra conflitto di attribuzione e giurisdizione amministrativa (a proposito di atti di controllo sull'amministrazione regionale)*, in *Giur. Cost.*, 1977, 1788 e ss.).

[11] Per una ricognizione dei poteri istruttori del giudice amministrativo si veda F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953; C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994; F. P. LUISO, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in B. Capponi, V. Verde (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, Napoli, 2002, 57 ss.; F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *giustamm.it*, 2012.

[12] In questi termini A. CERRI, *Giustizia*, cit., 291; ID, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. Cost.*, 1979, 1344 e ss.; A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. Cost.*, 1973; Q. CAMERLENGO, *Fatti e prove nei giudizi per conflitto di attribuzione*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 93 e ss.; T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018; G. A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Milano 2012; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giur. cost.*, 1987, 1045 e ss. Con riferimento alla principale giurisprudenza in materia si vedano le ordinanze n. 26 del 1959; n. 11 del 1972; 10 del 1965; n. 74 del 1976; n. 10 del 1977; sent. 133 del 1986; n. 427 del 1997.

[13] Sul punto, *ex plurimis*, si vedano le sentenze n. 44 del 1957, n. 56 del 1969, n. 89 del 1977, n. 525 del 1990, n. 511 del 2002, n. 36 del 2018. Vero è che la Corte ha respinto per inammissibilità il ricorso in quanto ha ritenuto l'atto impugnato privo di autonomia perché consequenziale, confermativo o riproduttivo di atti anteriori non impugnati tempestivamente. Così, ad esempio, le sentenze n. 32 del 1958, n. 63 del 1965, n. 140 del 1970, n. 28 del 1979. Sul punto G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, 474.

3. Il conflitto intersoggettivo nell'emergenza sanitaria

Alla luce delle considerazioni svolte è possibile soffermarsi sull'atteggiamento che hanno assunto Stato e regioni nell'esperienza dell'emergenza sanitaria nelle ipotesi in cui il contrasto sulle competenze sia stato sottoposto alla cognizione del giudice. È indicativo, infatti, che l'unica questione approdata all'esame della Corte costituzionale in sede di conflitto fra Stato e regioni e attinente all'emergenza sanitaria sia stata promossa dal Codacons[14].

Il Codacons ha promosso conflitto di attribuzione in riferimento a "comportamenti formali posti in essere" dalle regioni Lombardia e Veneto, in violazione delle attribuzioni costituzionalmente riservate allo Stato, dichiarando di agire "in via suppletiva dello Stato", azione che, sempre secondo il ricorrente, non impedirebbe comunque al soggetto originariamente titolare di agire di assumere, in qualsiasi momento, in proprio la titolarità del conflitto. La Corte ha dichiarato la manifesta inammissibilità del conflitto di attribuzione in ragione del fatto che, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale in materia, "nessun elemento letterale o sistematico (…) consente di superare la chiara limitazione soggettiva che si ricava dagli artt. 134 della Costituzione e 39, terzo comma, della citata legge n. 87 del 1953" (che attribuiscono la legittimazione a proporre ricorso, per lo Stato, al Presidente del Consiglio dei ministri o ad un Ministro da questi delegato e, per la Regione, al Presidente della Giunta regionale) e che, in ogni caso, l'azione suppletiva invocata dal ricorrente è del tutto estranea al nostro ordinamento e la sua prospettazione è inidonea a superare la chiara e inequivoca limitazione soggettiva alla proposizione del conflitto tra enti. Al di fuori di questa ipotesi, peraltro dichiarata manifestamente inammissibile dalla Corte, Stato e regioni non sono mai ricorse al conflitto fra enti al fine di ottenere una pronuncia in merito alle rispettive competenze, seppur non sempre chiare, nella fase dell'emergenza sanitaria.

4. Ragionando per esclusione. La necessaria attenzione per la giurisdizione amministrativa

Se le controversie fra Stato e regioni durante l'emergenza sanitaria non sono state sottoposte al sindacato della Corte costituzionale in sede di conflitto, in presenza di competenze non sempre chiaramente definite con riferimento alla gestione dell'emergenza sanitaria, l'attenzione deve essere rivolta alla giurisprudenza amministrativa, innanzi alla quale sono stati impugnati i provvedimenti regionali emanati ai sensi dell'articolo 32, comma 3, della legge n. 833 del 1978[15], con richiesta contestuale di misura cautelare *ante causam*.

[14] Si tratta dell'ordinanza n. 175 del 2020.

[15] Cfr. S. TRANQUILLI, *Ai più importanti bivi, non c'è segnaletica*, cit., 181 e ss. Sul potere di ordinanza si veda A. POGGI, *Tornare alla normalità dei rapporti Stato-Regioni. Errori da evitare e lezioni da meditare*, in *federalismi.it*, 2020; F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *federalismi.it*, 2020, 26, 88; M. RENNA, *I principi di relazione fra lo Stato e le Regioni*, in *Lo Stato in crisi, Pandemia, caos e domande per il futuro*, a cura di P. Trancu, Milano, 2021.

La serie di ricorsi presentati dallo Stato, nel biennio della pandemia, ha in comune la richiesta al giudice amministrativo di pronunciarsi sulla domanda cautelare *inaudita altera parte* con un decreto monocratico, istituto, come si è notato, non previsto nel giudizio costituzionale.

A partire dall'impugnazione da parte dello Stato dell'ordinanza n. 1 del 25 febbraio 2020 della regione Marche, recante «misure in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», si assiste, infatti, all'avvio della tendenza ad impugnare gli atti regionali dinanzi alla giurisdizione amministrativa, avanzando istanza di misure cautelari monocratiche, accolte dal giudice in ragione della sussistenza del presupposto dell'estrema gravità ed urgenza richiesto dall'art. 56 c.p.a, per concedere la tutela monocratica urgente[16].

Soltanto in due ipotesi le relative richieste sono state respinte: è il caso dell'impugnazione da parte del governo del decreto del Presidente della regione Piemonte che imponeva la misurazione della temperatura per l'accesso alle aule scolastiche; il rigetto della richiesta di misure cautelari monocratiche viene motivato in quanto le fonti statali non disciplinavano né le modalità attraverso le quali deve avvenire il coinvolgimento delle famiglie nella misurazione della temperatura degli studenti, né le modalità di controllo (da parte delle istituzioni scolastiche) dell'effettivo avvenuto adempimento di tale obbligo[17]. Pertanto, non venivano ravvisati i presupposti per accogliere l'istanza cautelare *ante causam.*

Il secondo caso riguardava il ricorso proposto contro l'ordinanza della regione Valle D'Aosta, attuativa della legge regionale n. 11 del 2020[18] e recante misure derogatore rispetto a quelle nazionali, relativamente alle attività economiche. Proprio in considerazione dell'imminente impugnazione della legge regionale in sede di giudizio in via principale, la richiesta di misure cautelari urgenti veniva rigettata dal giudice amministrativo, in ragione del fatto che la sospensione dell'ordinanza avrebbe comportato il rischio del ripristino della "più ampia e liberale disciplina dettata dalla menzionata legge", nelle more della trattazione della questione di legittimità da parte della Corte[19].

---

[16] In questi termini il decreto monocratico n. 56 del 2020 del Tar Marche, a cui è seguito il decreto monocratico n. 344 del 2020 del Tar Sardegna che ha riguardato l'impugnazione da parte del Governo dell'ordinanza della regione Sardegna, n. 43 dell'11 settembre 2020, che imponeva di effettuare un *test* sierologico o molecolare o antigenico rapido per entrare nella regione. In questo caso specifico il giudice amministrativo ha sospeso l'ordinanza regionale, in ragione della "rilevanza della questione e degli interessi anche costituzionali coinvolti. In altro caso (Tar Catanzaro, 9 maggio 2020, n. 841, sulla quale 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*, 2020, 3, 380) il ricorrente ha presentato istanza di tutela cautelare monocratica, alla quale ha però successivamente rinunciato, in quanto le parti "hanno concordato sulla necessità di addivenire in tempi molto brevi a una decisione collegiale, eventualmente anche quale sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a.", avuto riguardo alla delicatezza dei temi trattati in ricorso, che toccavano i rapporti fra Stato e regioni dal punto di vista dei rispettivi poteri di intervento nella fase epidemica. Si vedano sempre in relazione a questo aspetto Tar Palermo, n. 842 del 2020; Tar L'Aquila, n. 18 del 2021 e Tar Trentino-Alto Adige, n. 47 del 2020.

[17] Tar Piemonte, dec. mon, n. 446 del 2020

[18] In quel momento non ancora impugnata innanzi alla Corte costituzionale.

[19] Così dec. mon. del Tar Valle D'Aosta, n. 41 del 2020.

Di converso, soltanto in due casi le regioni hanno contestato dinanzi al giudice amministrativo alcuni provvedimenti statali, in particolare le ordinanze del Ministero della Salute di classificazione, in base ai dati comunicati dalle stesse regioni e riscontrati dall'Istituto Superiore di Sanità, delle zone a rischio contagio. La regione Sardegna contestava, infatti, il suo inserimento in "zona arancione" e la regione Lombardia la sua collocazione in "zona rossa". In questo secondo caso, alla luce di un nuovo riscontro dei dati, il Ministero però modificava l'ordinanza, ricollocando la regione in zona "arancione", poco prima della discussione cautelare dinanzi al giudice amministrativo[20], dimostrando che, in taluni casi, le "dichiarazioni di guerra" fra Stato e regioni possono essere spente dalla minaccia di ricorrere con urgenza al giudice amministrativo[21].

Emerge, dunque, dalla rassegna delle decisioni del giudice amministrativo che i controversi rapporti fra Stato e regioni[22] in ordine alla definizione delle rispettive competenze (non legislative) sono stati devoluti in via preferenziale al giudice amministrativo e tale circostanza conduce l'interprete ad una riflessione su quale sia lo spazio del giudizio sui conflitti intersoggettivi nelle situazioni di emergenza e sull'efficacia della leale collaborazione nella gestione di situazioni eccezionali, nelle quali non è da escludersi una sovrapposizione delle competenze fra Stato e regioni.

Il contenzioso amministrativo fra lo Stato e le regioni (con esclusione del contenzioso originato da ricorrenti privati che non può trovare un parallelo riconoscimento nel conflitto di attribuzione costituzionale), caratterizzato dalla richiesta della misura cautelare monocratica, è indicativo di una preferenza per il giudizio amministrativo per via di questa maggiore efficacia immediata, e quindi di una sua maggiore idoneità nelle situazioni di urgenza a risolvere il conflitto di competenza. Ma si deve altresì osservare che il conflitto è stato scarso, perché da un lato le principali questioni di legittimità hanno riguardato atti aventi forza di legge e, dall'altro, i meccanismi (ordinari e straordinari) della leale collaborazione, posti in essere durante l'emergenza pandemica, hanno complessivamente funzionato.

5. Il ruolo del conflitto intersoggettivo nelle situazioni di emergenza

Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale e della giurisprudenza amministrativa riguardante l'emergenza sanitaria (Covid19), sembra potersi rilevare la circostanza che la definizione delle competenze, non priva di conseguenze anche sul piano dei diritti fondamentali (libertà di circolazione,

[20] Tar Lazio, III-quater, n. 449 del 2021.

[21] Così A. POGGI, *Tornare alla normalità*, cit.

[22] Si consideri altresì la circostanza che, nei confronti delle regioni, il governo non dispone del potere di annullamento straordinario governativo, potere a cui invece ha fatto ricorso contro gli atti degli enti locali. Sul punto N. PIGNATELLI, *Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina*, in *Diritti regionali*, 2020. In generale sul potere di annullamento si veda A. PERTICI, *Art. 138 TUEL*, in C. Napoli, N. Pignatelli (a cura di), *Codice degli Enti locali*, Roma, 2019, 774 ss.; L. SAMBUCCI, *Annullamento governativo degli atti degli Enti locali e sistema costituzionale delle autonomie*, in *Contabilitàpubblica.it*, 2012, 11 ss.

libertà personale, diritto all'istruzione ecc.)[23], sia diventata terreno esclusivo del giudice amministrativo, il quale, mediante le misure cautelari monocratiche, pare soddisfare meglio le richieste di tutela provenienti dallo Stato e dalle regioni[24].

Tuttavia, è necessario chiedersi se i due giudizi siano effettivamente fungibili o rispondano a logiche diverse. Il giudice costituzionale è chiamato a individuare l'esatta estensione delle competenze costituzionalmente previste fra Stato e regioni e le corrette modalità di esercizio delle stesse. Conseguentemente la decisione della Corte costituzionale va a definire i confini delle competenze costituzionali. La medesima funzione non è propria del giudice amministrativo, il cui sindacato riguarda la legittimità dell'azione amministrativa, laddove la stessa incida su interessi legittimi o, nelle ipotesi previste dalla legge, su diritti soggettivi[25]. Questa profonda differenza si rispecchia nelle controversie che la Corte ha affrontato nell'arco temporale dell'emergenza sanitaria, ma non attinenti a quest'ultima: se da un lato l'intervento del giudizio sui conflitti ha mostrato la sua attualità e la sua rilevanza nella definizione delle competenze fra Stato e regioni soprattutto con riguardo al principio di leale collaborazione nelle materie trasversali[26], dall'altro il conflitto intersoggettivo è intervenuto nella delimitazione del potere giurisdizionale rispetto alle regioni e specificatamente all'autonomia regionale[27]. Soprattutto in questa

[23] Sull'ampliamento delle competenze regionali dopo la riforma del 2001, che comporta spesso lo slittamento di "questioni di diritti" (in materia di diritto alla salute, di tutela dell'ambiente, di disciplina dell'economia) su conflitti di competenza si veda P. RIDOLA, *La Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, in *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte Costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, a cura di B. Caravita, Napoli, 2012, 301 e ss.

[24] Lo rilevano nel commento alla sentenza del Tar Calabria, 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*, 2020, 379.

[25] Cfr. M. R. MORELLI, *Art. 134*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Commentario breve della Costituzione*, Padova, 1990, 790; nel medesimo senso si veda L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, 803; A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, cit., 368 s.; S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, cit., 387; ID., *Il giudizio*, cit., 341 (per il quale non c'è "prevalenza necessaria del giudicato della Corte proprio perché la tutela della Corte è suppletiva e perché le sue decisioni hanno natura diversa"); E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia*, cit., 223; G. VOLPE, *Art. 137*, *La disciplina del procedimento nel conflitto tra enti*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 431; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Conflitti di attribuzioni e Regioni*, in AA. VV., *Giustizia e Regioni*, Padova, 1990, 105; F. S. MARINI, *Appunti di giustizia costituzionale*, Torino, 2005, 129; F. SORRENTINO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale nei conflitti tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1986, 978 e ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit., 363.

[26] Si vedano al riguardo le sentenze n. 164 del 2021, in tema di ambiente e leale collaborazione, e n. 26 del 2022.

[27] Si veda la sentenza n. 90 del 2022. Il conflitto di attribuzione viene sollevato dalla regione autonoma Valle d'Aosta nei confronti dello Stato, in relazione alla sentenza con cui la Corte dei conti, sezione giurisdizionale centrale di appello, in parziale riforma della sentenza della sezione regionale, ha accertato la responsabilità amministrativa, con conseguente condanna per danno erariale, di alcuni consiglieri regionali per aver votato a favore della delibera del Consiglio regionale di approvazione del piano di rafforzamento patrimoniale del Resort e Casinò di Saint- Vincent. Secondo la Corte, la delibera oggetto del giudizio è ascrivibile fra gli atti di indirizzo politico-strategico riconducibile all'esercizio di funzioni inerenti al nucleo caratterizzante delle funzioni consiliari, rispetto al quale è esclusa la responsabilità (penale, civile e amministrativa) dei consiglieri regionali per le opinioni espresse e i voti dati. L'attualità del tema è confermata dalla sentenza n. 184 del 2022, riguardante due conflitti intersoggettivi (Reg. Conf. enti n. 4 del 2021 e n. 1 del 2022) sollevati con due ricorsi della regione Sicilia, per la risoluzione del conflitto di attribuzione insorto tra la regione e la Corte dei conti Sezioni riunite in speciale composizione, in sede giurisdizionale. Il primo ricorso per effetto dell'emanazione del dispositivo reso all'udienza del 7 ottobre 2021, ed il secondo per effetto dell'emanazione della sentenza n.

ultima circostanza è possibile comprendere l'effettivo ruolo di questa competenza della Corte nelle dinamiche dei rapporti fra Stato e regioni e nella costruzione del concetto di autonomia regionale nelle diverse prospettive che può assumere.

Il ruolo dei conflitti, dunque, *sic stantibus rebus*, sembra essere fuori dall'emergenza, rispetto alla quale è il fattore temporale a prevalere nella valutazione del giudizio amministrativo come più confacente alle esigenze del ricorrente; del resto, l'emergenza è una situazione temporanea nella quale la definizione delle competenze richiede una elasticità della impostazione dovuta alla necessità di adattarsi ad un contesto mutevole dagli esiti (spesso) imprevedibili.

20/2021/DELC. In particolare, secondo la regione ricorrente, la Corte dei conti, con l'emanazione della citata sentenza avrebbe leso le attribuzioni costituzionali riconosciute alla regione e, nella specie, l'autonomia e l'esercizio delle prerogative dell'Assemblea Regionale Siciliana (ARS), non arrestando la procedibilità del giudizio di appello a seguito della promulgazione della legge regionale n. 26 del 2021, di approvazione del Rendiconto 2019, in assoluta controtendenza con la consolidata giurisprudenza nella materia che ha sempre riconosciuto la funzione ausiliaria nel giudizio di parifica del rendiconto della Corte dei conti e l'intangibilità del rendiconto successivamente ed autonomamente approvato dall'Organo legislativo. La Corte dichiara la non fondatezza dei ricorsi in quanto la decisione di parifica è il risultato dell'esercizio di una funzione di controllo-garanzia a esito dicotomico (parifica/non parifica) cui accede l'eventuale impugnativa con il fine di assicurare la conformità dei fatti di gestione rappresentati nel rendiconto al diritto del bilancio. Dunque, Corte dei conti e regione operano su due piani distinti, controllo di legittimità-regolarità la prima e controllo politico la seconda (nello specifico l'assemblea legislativa), pertanto l'esercizio delle funzioni della Corte dei conti non ha inciso sulle prerogative della regione e sull'autonomia regionale.

La dimensione dell'uguaglianza nell'accesso alle prestazioni sanitarie. L'effetto della pandemia di Covid-19*

di Francesca Paruzzo
Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico
Università della Valle D'Aosta

Abstract [It]: Nel corso della pandemia da Covid-19, la tutela del diritto alla salute si è articolata, nel rapporto Stato-Regioni, intorno all'adozione di una fitta serie di provvedimenti, a livello nazionale come regionale, la cui prescrittività, nel quadro del sistema delle fonti, ha sollevato rilevanti interrogativi, legittimando nei fatti prassi e condotte differenti da parte dei singoli enti territoriali. È evidente che disomogeneità nei diversi sistemi sanitari regionali esistessero già prima della pandemia di Covid-19. Tuttavia, analizzare come tali sistemi siano stati in grado di far fronte all'emergenza costituisce strumento utile per porre nella giusta luce i rischi che possono derivare, proprio in riferimento all'effettività della tutela della salute, da una distorsione della "idea costituzionale" di uguaglianza, autonomia e differenziazione nell'accesso ai servizi sanitari.

Title: The equality dimension of access to health care. The effect of the Covid-19 pandemic
Abstract [En]: In the course of the Covid-19 pandemic, the protection of the right to health has been articulated, in the state-region interaction, around the adoption of a series of measures, at the national and regional levels, whose prescriptiveness, in the framework of the sources of law, has raised relevant questions, legitimizing in fact different practices and behaviors by individual territorial authorities. It is evident that inhomogeneities in different regional health care systems existed even before the Covid-19 pandemic. However, analyzing how these systems were able to cope with the emergency is a useful tool to put in the right light the risks that may arise, precisely with reference to the effectiveness of health protection, from a distortion of the "constitutional idea" of equality, autonomy and differentiation in access to health services.

Parole chiave: uguaglianza, prestazioni sanitarie, Covid-19, pandemia
Keywords: equality, health care, Covid-19, pandemic

Sommario: 1. Premesse. **2.** Organizzazione dei servizi ed erogazione delle prestazioni sanitarie durante la pandemia. Il raccordo Stato-Regioni tra differenziazioni e discriminazioni. **3.** La dimensione dell'uguaglianza nell'accesso alle cure quale strumento di effettività del diritto alla salute. Osservazioni conclusive.

1. Premesse

Il diritto alla salute, che fino all'entrata in vigore della Costituzione italiana era inteso in funzione della realizzazione di un mero interesse pubblico[1], assume oggi una connotazione pluridimensionale. Quale

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1] Per una ricognizione dei lavori preparatori che condussero alla redazione dell'art. 32 Cost., M. COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Cedam, Padova, 1998, p. 38 ss. Altresì Cfr. R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in S. RODOTA', P. ZATTI, R. FERRARA, *Trattato di biodiritto. Salute e sanità,* Giuffrè, Milano, p. 12 e P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana,* Cedam, Padova, 1953.

diritto di prestazione[2] - nell'accezione che qui interessa - è legato alla pretesa del singolo di accedere alle prestazioni sanitarie[3] e, in tale senso, pone quale soggetto della previsione la Repubblica, tenuta a porre in essere le azioni e a organizzare i servizi necessari per "assicurare" il bene salute. In questo modo, il singolo diventa portatore di un'aspirazione positiva, individuata, prima ancora dell'entrata in vigore del servizio sanitario nazionale, nell'essere, il malato, legittimo "utente di un pubblico servizio, cui ha pieno e incondizionato diritto, e che gli viene reso, in adempimento di un inderogabile dovere di solidarietà umana e sociale, da apparati di personale e di attrezzature a ciò strumentalmente preordinati e che in ciò trovano la loro stessa ragion d'essere"[4].

L'art. 32 della Costituzione, già in quel contesto inteso quale norma immediatamente precettiva che pone un vincolo in capo ai pubblici poteri, trova poi ulteriore specificazione nella legge n. 833 del 23 dicembre 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale. Essa riprende il contenuto della disposizione costituzionale, ponendosi significativamente come obiettivo primario la tutela della salute quale diritto da garantirsi a ognuno "secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio" (art. 1, co. 3).

Il principio di uguaglianza nell'accesso alle cure, a sua volta connesso all'impianto personalista della Costituzione e al principio di solidarietà a esso sotteso, diventa così la lente attraverso cui guardare all'effettività del diritto alla salute e segna il confine tra il nucleo irriducibile dello stesso e lo spazio di discrezionalità dei pubblici poteri, centrali come regionali, per la determinazione in concreto dei suoi contenuti[5].

L'amministrazione dei servizi sanitari non è in questo senso, quindi, chiamata solo a "regolare e controllare l'erogazione di prestazioni"[6], ma risponde a un disegno costituzionale che instaura un rapporto ideale, soprattutto dopo la riforma del Titolo V del 2001, tra "uniformità nel godimento del diritto (attraverso la definizione dei principi fondamentali del sistema e dei livelli essenziali delle prestazioni)" e differenziazione degli strumenti di organizzazione dei servizi da parte dei singoli enti

---

[2] A. SIMONCINI, E. LONGO, Art. 32, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006. Cfr. altresì R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel servizio sanitario nazionale,* in R. BALDUZZI, G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 20 ss.

[3] In particolar modo, da Corte costituzionale n. 88 del 1979, e in un momento successivo dalle sentenze n. 212 del 1983; n. 167 del 1986, n. 184 del 1986, n. 559 del 1987, n. 307 del 1990, n. 455 del 1990, n. 202 del 1991, n. 356 del 1991, n. 218 del 1994; n. 118 del 1996, n. 399 del 1996, n. 309 del 1999; n. 509 del 2000, n. 252 del 2001, n. 107 del 2012.

[4] Corte costituzionale, n. 103 del 1977. Tale posizione è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza di legittimità anche successivamente all'entrata in vigore della l. n. 833 del 23 dicembre 1978, nelle sentenze Cass. SS.UU. n. 2092 del 1992 e SS.UU. n. 12218 del 1990.

[4] Corte costituzionale, sentenza n. 252 del 2001.

[5] Cfr. R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla*), in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Utet, Milano, 2006, p. 5398.

[6] A. PIOGGIA, *La lezione dell'epidemia di Covid-19 sul sistema sanitario e il suo ruolo*, in *Istituzioni del Federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, numero speciale 2020, p. 18.

territoriali[7]; questi ultimi, infatti, in funzione proprio della tutela dell'uguaglianza (sostanziale e formale) sono chiamati ad adattare tali "principi fondamentali […] posti dalla legislazione statale a tutela dell'unità e indivisibilità della Repubblica" alle specifiche esigenze "della comunità e del territorio"[8].

Differenze nei diversi sistemi sanitari regionali, tali da mettere in discussione la tenuta di tale rapporto, già esistevano prima della pandemia di Covid-19. Tuttavia, analizzare come tali sistemi siano stati in grado di far fronte all'emergenza, con disomogeneità ancora più accentuate, costituisce strumento utile per porre nella giusta luce i rischi - particolarmente attuali oggi in considerazione delle procedure per l'attivazione di forme di regionalismo differenziato - che possono derivare, proprio in riferimento all'effettività della tutela della salute, da una distorsione della "idea costituzionale" di uguaglianza, autonomia e differenziazione nell'accesso ai servizi sanitari[9].

2. Organizzazione dei servizi ed erogazione delle prestazioni sanitarie durante la pandemia. Il raccordo Stato-Regioni tra differenziazioni e discriminazioni

Nel corso della pandemia, la gestione e l'organizzazione dei servizi sanitari ha chiamato in causa, nel rapporto tra Stato ed enti territoriali, tanto competenze legislative dello Stato in materia di principi fondamentali sulla tutela della salute (art. 117 co. 3 Cost.), di livelli essenziali delle prestazioni (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.) e di profilassi internazionale (art. 117, co. 2, lett. q, Cost.) - come confermato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 37 del 2021 - quanto incidenti sull'organizzazione dei servizi sanitari, in parte di spettanza regionale (art. 117, co. 3 Cost.)[10]. Su tale riparto di competenze ha altresì inciso quanto previsto dal D.lgs n. 112 del 31 marzo 1998 (agli artt. 112 e ss.), il quale ha consentito allo Stato di adottare provvedimenti di urgenza, a livello essenzialmente amministrativo, accentrando funzioni ulteriori: in questo senso, secondo un'indagine dell'Observatory on Health Systems and Policies, The COVID-19 Health Systems Response Monitor[11], su undici attività strategiche, l'Italia ne ha accentrate quattro (il distanziamento fisico, l'acquisto e la distribuzione dei presidi protettivi, l'assunzione di

[7] A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e dis-eguaglianza*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1 del 2020, p. 120.

[8] L. RONCHETTI, *Differenziazione e diseguaglianze: il regionalismo asimmetrico nella Repubblica una e indivisibile,* in *Istituzioni del Federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, n. 1 del 2020, p. 20, e più diffusamente, L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Giuffrè, Milano, 2018. Sul tema v., *ex multiis*, A. D'ATENA, *Il principio unitario nel sistema dei rapporti tra Stato e regioni*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Jovene, Napoli, 2004, p. 737; C. BUZZACCHI, *Uniformità e differenziazione nel sistema delle autonomie,* Giuffrè, Milano, 2003, p. 13; R. BIFULCO, *Il sistema italiano delle Conferenze, relazione al convegno "Il mondo delle seconde camere",* Torino, 31 marzo - 1 aprile 2005, p. 7; R. BIFULCO, *Conferenza Stato-Regioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1229 ss.

[9] L. RONCHETTI, *Differenziazione e diseguaglianze: il regionalismo asimmetrico nella Repubblica una e indivisibile,* in *Istituzioni del Federalismo*, cit., p. 23.

[10] O meglio, la tutela salute come materia concorrente che comprende anche profili organizzativi. Da ultimo Corte costituzionale, n. 186 del 2019, ma altresì Corte costituzionale, n. 137 del 2019 e Corte costituzionale, n. 5 del 2018.

[11] Si tratta di un'indagine che contiene informazioni su come i sistemi sanitari dei differenti Paesi siano stati in grado di fronteggiare la pandemia tra il 2020 e i primi mesi del 2022.

personale sanitario, la pianificazione dei servizi), ne ha decentrate quattro (l'isolamento e la quarantena, i test e il tracciamento dei contagiati, le infrastrutture fisiche, il mantenimento dei servizi essenziali) e su tre ha operato talvolta nel senso dell'accentramento, talvolta nel senso opposto (la governance, la gestione del personale sanitario, la gestione dei casi)[12].

In tale complesso equilibrio, il necessario coordinamento tra gli organi di governo centrali e quelli delle regioni si è sviluppato, nelle sue linee generali e cercando di non incorrere in eccessive semplificazioni, secondo un campo di azione costituito, in un primo luogo, da una disciplina a livello nazionale adottata spesso secondo *iter sui generis*[13]; ciò ha consentito, da un lato, di "fronteggiare" la "forza normativa del fatto"[14] rispondendo a esigenze di flessibilità e capacità di adattamento; dall'altro, però, non si è rivelata sufficientemente idonea a vincolare gli enti territoriali. Emblematica è stata, ad esempio, la procedura di adozione del *Piano strategico vaccinale*[15], meramente illustrato al Parlamento dal Ministro della Salute sotto forma di *Linee Guida*, definite di concerto con il Commissario Straordinario per l'emergenza Covid-19, l'Istituto Superiore di Sanità, AGENAS e AIFA, e volte a definirne le modalità attuative attraverso raccomandazioni e istruzioni di carattere pratico e senza porre regole cogenti e vincolanti[16]. Tale Piano è stato poi sottoposto, il 17 dicembre 2020, a una mera "presa d'atto" formale della Conferenza Stato-Regioni[17], che ha sostituito la fase di concertazione e stipula di quell'intesa generalmente richiesta per l'adozione dei Piani Nazionali di Prevenzione Vaccinale[18]. Dopo un'ulteriore integrazione avvenuta con circolare del Ministero della Salute del 24 dicembre 2020, Prot. n. 42164, contenente *Raccomandazioni per l'organizzazione della campagna vaccinale contro SARS-CoV-2/COVID-19 e procedure di vaccinazione*, il Piano Strategico vaccinale *Vaccinazione anti-SARS-CoV-2/COVID-19. Elementi di preparazione e di implementazione della strategia vaccinale*, è stato formalmente adottato, incorporando le *Linee Guida* presentate al Parlamento

[12] Analizza i dati G. VICARELLI, *Regionalismo sanitario e Covid-19: punti di forza e di debolezza*, in G. VICARELLI, G. GIARELLI, *Libro Bianco Il Servizio Sanitario Nazionale e la pandemia da Covid-19 Problemi e proposte*, Franco Angeli, Milano, 2021, p. 27.

[13] Per un quadro complessivo si veda AA.VV., *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19,* in *Osservatorio sulle fonti,* Fasc. spec/2020, p. 293-679.

[14] G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Società editrice libraria, Milano, 1921, p. 518.

[15] Sia consentito un rinvio sul punto a F. PARUZZO, *Tra norme e prassi: il rapporto Stato-regioni alla prova del piano strategico vaccinale*, in L. BARTOLUCCI; L. DI MAJO, *Le prassi delle istituzioni in pandemia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, p. 199 ss.

[16] Cfr. E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2020, 368 ss. Analizza l'uso dello strumento delle Linee Guida durante la pandemia – in alcuni casi anche qualificate come vincolanti – V. DESANTIS, *Il ricorso alle linee guida come (improprio) fattore di semplificazione normativa*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 3 del 2020.

[17] Rep. atto n. 235/CSR.

[18] I piani vaccinali sono tradizionalmente qualificati come atti amministrativi generali, adottati su proposta del Ministero della Salute e previo parere del Consiglio superiore di sanità, su cui è poi chiamata a deliberare la Conferenza Stato-Regioni, stipulando, ai sensi dell'art. 8, comma 6, della legge n. 131 del 5 giugno 2003, un'intesa poi soggetta a pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Cfr. sugli atti amministrativi generali, nella distinzione tra quelli a contenuto normativo e non normativo, A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 77, n. 10 del 1954, pp. 217/218-223/22.

un mese prima, il 2 gennaio 2021 – con una campagna vaccinale già iniziata il 27 dicembre 2020[19] - nella forma di decreto del Ministero della Salute di natura non regolamentare[20] e pertanto non soggetto a pubblicazione in Gazzetta Ufficiale[21], tanto da essere reso disponibile *online* soltanto il 29 gennaio 2021[22].
A una disciplina nazionale così connotata (quantomeno in ambito di tutela della salute e di cui in questa sede si è riportato solo un emblematico esempio) vi è da aggiungere, in secondo luogo, come le modalità di raccordo tra lo Stato e le Regioni siano state generalmente caratterizzate da un elevato livello di informalità e siano state essenzialmente incentrate sulle figure dei ministri della Salute e degli Affari regionali e del Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19, nonché sul ruolo della Conferenza delle Regioni e del suo Presidente. Ciò ha determinato il realizzarsi di un nuovo "assetto di poteri", che, giustificato dalla pretesa di una più rapida ed efficace soluzione dei problemi legati all'emergenza[23], appare aver deviato dalla normale configurazione dei rapporti centro-periferia in un'integrazione di competenze e di livelli di governo[24]. Si è infatti assistito a una debole collaborazione tra Governo e regioni, basata su un confronto obbligatorio, ma non vincolante[25] e su una mera condivisione da parte degli enti territoriali delle scelte del Governo[26], il quale si è posto nella condizione di poter adottare diversi provvedimenti anche in caso di disaccordo[27].
Ciò ha messo in discussione un modello collaborativo che per lungo tempo aveva visto la connessione tra principio unitario e principio di autonomia nella Conferenza Stato-Regioni, luogo istituzionale e "sede privilegiata del confronto e della negoziazione politica, atta a favorire il raccordo e la collaborazione fra

[19] Fissata simbolicamente per il 27 dicembre 2020 in tutti gli Stati membri UE (c.d. Vaccine Day).
[20] F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, 356. V. altresì N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 398.
[21] Il problema è posto, in riferimento all'assenza della pubblicità legale, tra gli altri, da F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, cit., p. 35 e G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Diritto pubblico*, 2002, p. 792.
[22] Peraltro, nonostante non fosse reperibile, alcune fonti normative ne facevano già espresso riferimento: ad esempio l'art. 3 del d.l. n. 2 del 14 gennaio 2021. In linea con l'*iter sui generis* di adozione di tale Piano, l'art. 1 co. 2 del decreto ha stabilito altresì che esso potesse essere integrato, senza individuarne le modalità, al sorgere "di nuove evidenze scientifiche, modifiche nelle dinamiche epidemiche o elementi sopravvenuti ritenuti di rilievo per la strategia di contrasto all'epidemia".
[23] Cfr. E. LONGO, *Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti*, Fasc. Spec/2020, p. 377 ss.
[24] L. DELL'ATTI, G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, in *Biolaw Journal. Rivista di Biodiritto*, n. 2 del 2020, p. 135 ss.
[25] G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *Biolaw Journal. Rivista di Biodiritto*, n. 1 del 2020, p. 183 ss.; A. FORMISANO, *La gestione dell'emergenza durante il Covid-19 tra uniformismo e decentralismo. Considerazioni sull'A.S. 1825 e effetti sul regionalismo differenziato,* in *Nomos. Le attualità del diritto,* n. 2 del 2020, p. 1 ss.
[26] Questo al di là delle procedure formalizzate. Cfr. Q. CAMERLENGO, *Il governo della pandemia tra Stato e Regioni: ritorno al coordinamento tecnico*, in *Le Regioni*, n. 4 del 2020, p. 739 ss.
[27] G. MARCHETTI, *Le conflittualità tra governo e regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19, i limiti del regionalismo italiano e le prospettive di riforma*, *Centro studi sul federalismo, Research paper,* maggio 2021, p. 17.

l'uno e le altre"[28]. La gestione dell'emergenza pandemica ha infatti registrato l'accentuarsi della tendenza alla marginalizzazione del sistema (istituzionale) delle Conferenze, in parallelo con una contestuale valorizzazione delle (più informali) sedi interregionali di raccordo, che trovano nella Conferenza delle Regioni[29] e nel suo Presidente[30] - spesso semplicemente "sentito"[31] dalle istituzioni centrali - il nuovo informale canale di contrattazione attraverso cui cercare di dare spazio alle regole della politica.

Tuttavia, ciò ha portato sia a rafforzare la posizione regionale rispetto a quella del Governo, spesso attraverso la "difesa sindacale"[32] dell'autonomia e delle prerogative regionali, in contrapposizione con le scelte e le esigenze dell'ordinamento complessivo[33]; sia, al tempo stesso, a sacrificare alla logica del *fronte comune*, dato dall'esigenza di operare nel senso della mediazione tra posizioni diverse - per l'appartenenza politica dei Presidenti o per gli specifici interessi del territorio di riferimento – la necessaria differenziazione degli indirizzi regionali[34].

Conseguenza di tale irrigidimento, manifestato nell'assunzione di una posizione unica manifestata all'esterno dal Presidente della Conferenza, è stata un'ulteriore "fuga" dal circuito pubblicistico delle conferenze[35]: le Regioni, singolarmente, hanno cercato una interlocuzione diretta con gli organi di governo centrale (anche solo tramite scambi informali con i singoli Ministri competenti)[36], allontanandosi ancora di più dalle dinamiche cooperative affermatesi già solo in via di prassi e dal modello di rapporti finora in essere tra lo Stato e le Regioni.

Queste ultime, talvolta sfruttando proprio gli spazi vuoti lasciati da un quadro normativo non sempre, come detto, immediatamente prescrittivo e vincolante, hanno finito per ritagliarsi un più ampio spazio di organizzazione amministrativa, che ha seguito una logica tipica del "federalismo per abbandono"[37], e

---

[28] Corte costituzionale, n. 116 del 1994.

[29] La Conferenza Stato-Regioni risulta essere stata convocata solo 4 volte nelle prime fasi della pandemia e meno di 50 volte dall'inizio dell'emergenza. Le riunioni tenutesi in sede di Conferenza delle Regioni invece superano il numero di 80. I verbali delle riunioni possono essere consultati sul sito istituzionale della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, per quanto le modalità di discussione siano spesso poco trasparenti. Osservazioni in tal senso sono rinvenibili Commissione parlamentare per le questioni regionali, *Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulle forme di raccordo tra lo Stato e le autonomie territoriali* e ascrivibili a J. Luther e A. Morelli, p. 18 e ss.

[30] Sottolinea la tendenza a elevare il Presidente della Conferenza delle Regioni a interlocutore privilegiato del Governo, E. CATELANI, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?,* in *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 742.

[31] Cfr. E. CATELANI, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3 del 2020, p. 506.

[32] C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 1 del 2021, p. 299.

[33] C. CARUSO, *Cooperare per unire. I raccordi tra Stato e Regioni come metafora del regionalismo incompiuto,* cit., p. 299.

[34] A. CIRILLO, *Le articolazioni istituzionali della leale collaborazione: uno studio dell'evoluzione del sistema delle Conferenze alla luce dell'esperienza pandemica*, in P. CARETTI, M. MORISI, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *La pandemia e il sistema delle fonti. Uno sguardo comparato. Seminario di studi e ricerca parlamentare Silvano Tosi*, 2021, p. 269.

[35] G. CARPANI, *La collaborazione strutturata tra Regioni e tra queste e lo Stato: nuovi equilibri e linee evolutive dei raccordi "verticali" ed "orizzontali",* in *Federalismi.it*., 13 ottobre 2009, p. 19.

[36] R. BIFULCO, I*ndagine conoscitiva sulle forme di raccordo tra lo stato e le autonomie territoriali, con particolare riguardo al 'sistema delle conferenze', Documento conclusivo*, 2016, XVII legislatura, p. 21.

[37] F. PIZZETTI, *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 100.

hanno sperimentato modelli più o meno virtuosi, specificando, integrando o contrastando i provvedimenti del centro[38].

Scelte operative e organizzative diverse, astrattamente giustificate dalla necessità di rispondere a esigenze specifiche di un territorio, si sono trovate, in concreto, a incidere sull'effettività della garanzia di risposta ai bisogni di salute della popolazione: anche confrontando Regioni che, da un punto di vista prettamente "gestionale", presentano standard similari di efficienza si sono potute riscontrare, soprattutto nella prima fase, differenze nette nei tassi di contagio, nella capacità di tracciamento dei casi e, non da ultimo, nella mortalità per Covid-19: ad esempio, la percentuale di decessi sul numero dei positivi alla fine di aprile 2020 in Lombardia era pari al 18%, in Emilia-Romagna al 14% e in Veneto al 6%[39] e alcuni studi hanno ricondotto tale diseguale tasso di mortalità, tra le altre cose, a evidenti diversità nella complessiva gestione della politica sanitaria[40]. Il Veneto ad esempio ha utilizzato, nel corso della pandemia, "il proprio sistema di prevenzione pubblico e un modello sanitario ad alta integrazione dei servizi territoriali e ospedalieri", al contrario della Lombardia, che sembra aver scontato "la destrutturazione dei Dipartimenti di prevenzione avviata negli anni Duemila, nonché l'indebolimento del sistema territoriale pubblico a favore di scelte ospedaliere e di mercato privato"[41].

Nondimeno, forti sono state le disomogeneità riscontrate tanto nell'organizzazione della campagna di profilassi vaccinale, quanto nell'accesso alle relative prestazioni. Ad esempio, quanto alle prime, emblematici sono stati i ritardi connessi alla gestione delle piattaforme digitali di prenotazione delle dosi[42]: tra tutti, il caso della Regione Lombardia che, attivato in ritardo, il 15 febbraio 2021, il portale gestito da ARIA (l'Agenzia regionale per l'innovazione e gli acquisti partecipata dalla Regione stessa) ha dovuto pressoché immediatamente provvedere alla sua sostituzione a causa dei malfunzionamenti registrati[43] o quello della Regione Calabria che, carente *ab origine* di un adeguato sistema informativo regionale digitalizzato, ha dato inizio alle prenotazioni online solo nella settimana del 15 marzo. Tali circostanze –

[38] L. DI MAJO, *Il Forum sulla vaccinazione in tempo di Covid-19*, in *Rivista "Gruppo di Pisa"*, n. 2 del 2021, p. 296. Non si può non considerare come il regionalismo italiano sia sempre stato in affanno, soprattutto in un regime di differenziazione come configurato dall'art. 116 co.3 e oggi in corso. Cfr. A. PATRONI GRIFFI, (voce) *Regionalismo differenziato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, agg., 2020 e, più risalente, M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, n. 5 del 1994.

[39] M. MARANGOLO, M. DE ROSA, *Covid-19, Regioni a confronto,* in *La salute internazionale*, 2020. I dati peraltro si riferiscono a Regioni interessate dalle recenti – e ancora in corso – istanze di regionalismo differenziato.

[40] N. BINKIN F. MICHIELETTO, S. SALMASO, F. RUSSO, *Protecting our health care workers while protecting our communities during the COVID-19 pandemic: a comparison of approaches and early outcomes in two Italian regions,* in *Med*R*xiv*, 2020.

[41] G. VICARELLI, *Regionalismo sanitario e Covid-19: punti di forza e di debolezza*, in G. VICARELLI, G. GIARELLI, *Libro Bianco Il Servizio Sanitario Nazionale e la pandemia da Covid-19 Problemi e proposte*, cit., p. 27.

[42] Cfr. l'analisi di B. CAROTTI, G. SGUEO, *In viaggio tra piani vaccinali, prenotazioni online e decentramento amministrativo*, in *Osservatorio sullo Stato digitale*, 1 aprile 2021.

[43] Emblematico è stato il caso del centro vaccinale di Cremona che, nel mese di marzo 2021, è rimasto circa 3 giorni senza persone da vaccinare (in una giornata si sono presentate 58 delle 600 previste). V. Redazione Ansa, *Vaccini: a Cremona in 58 per 600 dosi*, "è inaccettabile", 21 marzo 2021.

il cui effetto è stata l'impossibilità di accedere alle prenotazioni necessarie per aderire alla campagna di profilassi - hanno così indotto il Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19, con ordinanza n. 4 del 30 marzo 2021, a nominare Poste italiane Spa quale soggetto deputato "ad assicurare la realizzazione degli interventi volti a garantire tutte le funzionalità necessarie e all'effettuazione delle operazioni di prenotazione, registrazione e certificazione mediante la piattaforma informativa nazionale di cui al comma 1 dell'art. 3 del decreto-legge 14 gennaio 2021, n. 2", chiamata a operare "in regime di sussidiarietà nell'eventualità che il sistema informativo vaccinale della Regione o Provincia Autonoma non risulti adeguato".

Quanto alle seconde, in base ai dati elaborati settimanalmente dalla Fondazione Gimbe, nella settimana del 4 febbraio 2021 risultava aver completato il ciclo vaccinale l'1,36% della popolazione con marcate differenze territoriali (dallo 0,80% della Calabria all'1,89% dell'Emilia Romagna) e con una distribuzione delle dosi a soggetti esclusi dalle categorie prioritarie individuate a livello nazionale: il 71% dei vaccini era stato destinato a operatori sanitari e sociosanitari, il 9% a personale e ospiti della RSA, l'1% a persone di età superiore a 80 anni. Il 19%, tuttavia, era stato somministrato a personale non sanitario, non ufficialmente previsto da alcun piano vaccinale. Peraltro, rispetto alla media nazionale del 19% risultava anche qui una notevole variabilità (2% dell'Umbria, 32% di Basilicata e Lombardia, 17% Piemonte, 5% Toscana). Quasi due mesi dopo, la stessa Fondazione Gimbe, con comunicato stampa del 25 marzo 2021, rilevava come, con un 4,4% di popolazione vaccinata – e con differenze che andavano dal 3,4% della Sardegna e della Calabria al 5,7% del Friuli Venezia Giulia – si fosse in ritardo nella vaccinazione di circa 4,4 milioni di persone over 80, sia in quanto la loro vaccinazione era iniziata, in ritardo, a metà febbraio, sia in quanto le Regioni avevano dato priorità a categorie non previste dal piano vaccinale, quale personale non sanitario e altro (quest'ultimo per quasi un milione di dosi)[44] .

3. La dimensione dell'uguaglianza nell'accesso alle cure quale strumento di effettività del diritto alla salute. Osservazioni conclusive

Che esistessero differenze tra i sistemi sanitari regionali era circostanza evidentemente nota già da prima della pandemia[45]: emerge dai dati relativi allo stato di salute della popolazione, monitorati dall'Istat attraverso gli indicatori di Benessere e sostenibilità (BES)[46]; o dalla Relazione CNEL 2019 al Parlamento

[44] Di nuovo, sia consentito il rinvio a F. PARUZZO, *Tra norme e prassi: il rapporto Stato-regioni alla prova del piano strategico vaccinale*, cit., p. 200 ss.

[45] D'altronde, uno degli aspetti più problematici che il SSN si è trovato ad affrontare, soprattutto nelle prime fasi della pandemia, è stato il numero di posti in terapia intensiva disponibili (e insufficienti rispetto alla domanda) nelle diverse Regioni. In epoca pre-covid, si andava dai 10.1 posti ogni 100.000 abitanti di Veneto ed Emilia-Romagna, ai 5.7 della Calabria. Il d.l. n. 34 del 19 maggio 2020 ha stabilito un obiettivo di 14 posti letto ogni 100.000 abitanti. A oggi, secondo i dati elaborati da Agenas, si va dai 20,5 posti letto del Veneto ai 9,5 della Calabria.

[46] G. CARBONI, *Il diritto alla salute e l'eguaglianza territoriale*, in *Federalismi.it*, Aprile 2020, p. 278.

e al Governo, sui *Livelli e la qualità dei servizi offerti dalle Pubbliche amministrazioni centrali e locali a imprese e cittadini*, che afferma che l'Italia si colloca tra i Paesi più virtuosi anche se i risultati ottenuti in termini di salute e di efficienza sanitaria "sono inficiati nel loro valore dal peso delle disparità che si registrano nell'offerta di servizi e nei risultati di salute raggiunti a livello territoriale e sociale" (p. 220), o ancora - e forse soprattutto - dal *Nuovo sistema di Garanzie per il Monitoraggio dell'Assistenza Sanitaria,* operativo dal 1 gennaio 2020, che misura efficienza, appropriatezza ed equità nell'accesso alle prestazioni sanitarie. Già così dalla simulazione sui dati LEA del 2019 – ultima annualità a oggi disponibile - risultano adempienti rispetto a tutte le tre macroaree[47] soltanto 15 Regioni e anche tra queste le disomogeneità sono significative: per l'area di prevenzione si va dal 95,65% dell'Umbria al 78,3% della Sardegna; per quella distrettuale dal 97,64% del Veneto al 61,7% della Sardegna; per quella ospedaliera dal 96,98% della P.A. di Trento al 60,4% della Campania. Con riferimento alle restanti 5 Regioni, a cui si aggiunge la P.A. di Bolzano, 4 sono inadempienti rispetto all'area distrettuale (Valle d'Aosta, P.A di Bolzano, Basilicata e Calabria), 2 rispetto all'area ospedaliera (Molise e Calabria) e tre rispetto alla area di prevenzione (P.A. di Bolzano, Calabria e Sicilia).

Una sorta di "federalismo sanitario"[48], quindi, preesistente alla pandemia - e nel corso di essa, come visto, aggravatosi - già in grado di mettere in discussione quel principio di uguaglianza tra cittadini nella garanzia del diritto alla salute[49], che al contrario dovrebbe costituire elemento intrinseco alla struttura e alle attività del sistema sanitario.

In un quadro con tali caratteristiche, il Covid-19 ha mostrato con tragica evidenza come un'organizzazione dei singoli servizi sanitari tendente a forme e modalità autonome, anche al di là delle peculiarità proprie di ogni Regione (e che quindi in funzione dell'uguaglianza sostanziale legittimerebbero differenziazioni), non faccia altro che aumentare le sperequazioni territoriali in danno della tutela della salute.

Il tratteggiato contesto di debolezza del sistema dei raccordi tra i diversi livelli di governo, l'incapacità di adottare misure condivise a livello centrale e poi concretamente attuate a livello regionale si è infatti rivelata, da un lato, poco rispettosa delle attribuzioni regionali e, dall'altro, ha, nei fatti, negato ciò che sta alla base della costruzione pluralista dell'unità politica[50], a sua volta collocata entro un quadro complessivo

[47] Si tratta di tre aree in cui ogni Regione deve ottenere un livello di punteggio superiore ai 60 punti, in forza di 22 indicatori definiti "CORE".

[48] F. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei sistemi sanitari regionali vs universalismo solidale del sistema sanitario*, in *Federalismi.it*, 31 luglio 2019, n. 15 del 2019.

[49] L. CHIEFFI, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1 del 2020, p. 7.

[50] A. MORRONE, *Tendenze del federalismo in Europa dopo la crisi*, in *Le Regioni*, 2018, p. 14 ss.

finalizzato a soddisfare interessi generali[51]: il rapporto tra sanità e regionalismo è infatti inscindibilmente connesso al principio di uguaglianza, in quanto deve tenere conto del fatto che, attraverso i servizi sanitari, si realizza una "parte essenziale del progetto costituzionale" che esprime una precisa "idea di persona, di società […] e del ruolo" che le istituzioni sono chiamate a svolgere[52].

Se tale principio non trova concreta attuazione, il rischio è che si cristallizzino differenziazioni incompatibili con la garanzia prevista dall'art. 32 della Costituzione e che la stessa legge n. 833 del 1978 ha sviluppato, introducendo "un sistema nazionale di protezione della salute fondato sull'universalità dei destinatari, la globalità della copertura assistenziale, l'equità di accesso sotto il profilo economico e territoriale, l'appropriatezza delle prestazioni […] e che ha tra le sue finalità primarie quella di promuovere l'avvicinamento tra situazioni regionali diverse, mirando a ridurre le diseguaglianze territoriali e le conseguenze disparità di trattamento personali"[53].

Eliminare queste e le discriminazioni che da esse derivano costituisce quindi una precondizione ineliminabile, nonché il presupposto imprescindibile attraverso cui affrontare i processi di regionalismo differenziato che potrebbero interessare alcune regioni italiane[54]: la pretesa di trasferimento ai singoli enti territoriali di ulteriori funzioni in materia di tutela della salute[55], connessa all'aspirazione di "una autonomia totale in tema di compartecipazione alla spesa"[56], se non orientata come descritto, potrebbe avere come effetto una ancora più ampia "destrutturazione del sistema sanitario nazionale che, ad oggi, è regionale nell'articolazione, ma resta nazionale nei principi"[57]. Il riconoscimento di "differenze di fatto"[58] passa certamente per l'adeguamento dei singoli servizi sanitari alle singole realtà sociali, politiche e territoriali; tale adeguamento, in un'ottica di uguaglianza sostanziale, richiede però di essere letto e

---

51 M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere dal Ministro della funzione pubblica, 1979, p. 32.

52 A. PIOGGIA, *La lezione dell'epidemia di Covid-19 sul sistema sanitario e il suo ruolo*, in *Istituzioni del Federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, cit., 25.

53 R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, n. 2 del 2019, p. 8.

54 Nel 2017 hanno intrapreso tali iniziative, Lombardia, Emilia Romagna e Veneto. Dopo aver sottoscritto tre accordi preliminari con il Governo a febbraio 2018, su richiesta delle tre regioni, il negoziato è proseguito ampliando il quadro delle materie da trasferire rispetto a quello originariamente previsto. Sulle richieste pervenute e sul percorso di definizione delle intese si è aperto un ampio dibattito. Sulla base del lavoro svolto da una Commissione di studio e consulenza composta di esperti, in ultimo, il Ministero per gli affari regionali e le autonomie ha predisposto una bozza di disegno di legge sull'attuazione dell'autonomia differenziata, presentata, il 17 novembre 2022, in sede di Conferenza delle Regioni e composta di nove articoli. Cfr. per una ricostruzione complessiva, CAMERA DEI DEPUTATI, Centro Studi, *L'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario*, 28 settembre 2022.

55 Sono intervenuti ad esempio specificamente sul reclutamento e sulla formazione del personale; sulla contrattualistica integrativa; sull'organizzazione dei servizi nazionali; sull'istituzione di fondi sanitari integrativi e sulla mobilità interregionale.

56 A. PAPA, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni il caso paradigmatico della tutela del diritto alla salute,* in AA. VV., *Regionalismo differenziato: Un percorso difficile. Atti del convegno "Regionalismo differenziato: opportunità e criticità",* Milano, ottobre 2019, p. 68.

57 A. PAPA, *Regionalismo differenziato e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni il caso paradigmatico della tutela del diritto alla salute*, cit, p. 68.

58 R. BIN, *La crisi delle Regioni. Che fare?,* in *Le Regioni,* 2012, p. 735.

attuato in combinato con quel patto di solidarietà nazionale derivante dalle lettura degli artt. 2, 3 e 5 della Costituzione[59] e non può in alcun caso condurre alla frantumazione di quei diritti sociali che rischiano di perdere "sulla strada della differenziazione quei caratteri di universalità, essenzialità e fondamentalità che si ergono a garanzia dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica"[60].

[59] B. PEZZINI, *Il principio costituzionale dell'autonomia locale e le sue regole*, in B. PEZZINI, S. TROILO (a cura di), *Il valore delle autonomie: territorio, potere e democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, XI-XXIX.
[60] F. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei sistemi sanitari regionali vs universalismo solidale del sistema sanitario nazionale*, cit., p. 5.

La pandemia e le Regioni. Il riparto di competenze alla prova dell'emergenza sanitaria*

di Philipp Rossi
Dottorando di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico
Università di Innsbruck

Abstract [It]: Il contributo si propone di mettere in luce gli effetti della pandemia sul riparto di competenze tra Stato e Regioni. Premesse le attribuzioni di rilevanza per la gestione dell'emergenza sanitaria che la Costituzione assegna al legislatore statale e regionale, l'analisi si concentrerà sugli strumenti giuridici mediante i quali è stata gestita la pandemia da Covid-19 nelle sue diverse fasi e sul rapporto che intercorre tra atti normativi centrali e regionali, con particolare riguardo al principio di leale collaborazione. In seguito, l'attenzione verrà posta sui tentativi, attuati in particolare dalla Regione Valle d'Aosta e dalla Provincia autonoma di Bolzano, di gestire la pandemia mediante una via autonoma, e sulle conseguenze della sentenza della Corte costituzionale n. 37/2021. Infine, il contributo si interrogherà sul futuro del riparto di competenze in ambito pandemico-sanitario.

Title: The Pandemic and the Regions. The distribution of competences to the test of the health emergency
Abstract [En]: The contribution aims to highlight the effects of the pandemic on the distribution of competences between the State and the Regions. Having established the attributes of relevance for the management of the health emergency that the Constitution assigns to state and regional legislators, the analysis will focus on the legal instruments used to manage the Covid-19 pandemic in its various phases and on the relationship between central and regional regulatory acts, with particular regard to the principle of loyal collaboration. Subsequently, attention will be focused on the attempts, implemented in particular by the Valle d'Aosta Region and the Autonomous Province of Bolzano, to manage the pandemic through an autonomous route, and on the consequences of the Constitutional Court's sentence no. 37/2021. Finally, the contribution will question the future of the division of competences in the pandemic-sanitary sphere.

Parole chiave: pandemica, Covid-19, Stato e regioni, riparto di competenze
Keywords: pandemic, Covid-19, State-region, distribution of competences

Sommario: 1. Introduzione. **2.** L'emergenza sanitaria nel riparto di competenze delineato dalla Costituzione. **3.** Lo strumento del d.P.C.M., le ordinanze sanitarie regionali e la (scarsa) partecipazione delle Regioni alla gestione dell'emergenza. **4.** Le "vie autonome" nel contrasto alla pandemia e la sentenza n. 37/2021. **5.** La leale collaborazione durante la pandemia. **6.** Conclusioni.

1. Introduzione

Quando, nel febbraio 2020, la pandemia da Covid-19 si scagliò "come fulmine a ciel sereno"[1] dapprima sull'Italia settentrionale, con particolare virulenza su quei territori che stavano faticosamente tentando di portare a compimento il cammino verso l'autonomia differenziata di cui all'art. 116, comma terzo Cost., e poi su tutto il Paese, l'ordinamento repubblicano si trovò dinanzi ad una situazione di straordinaria emergenza, il cui contrasto non poté che passare per un'inedita compressione dei più fondamentali diritti.

* Articolo sottoposto a referaggio.
[1] M. MALO, *Editoriale. Le Regioni e la pandemia. Variazioni sul tema*, in *Le Regioni*, 2, 2020, 231.

Non a caso, nella gestione dell'emergenza sanitaria, a ragion veduta definita "l'evento politico-costituzionale più rilevante di tutta la storia repubblicana"[2], si è posta fin da subito la questione del rapporto tra Stato e Regioni ovvero Province autonome nonché, in subordine, con gli enti locali, comuni *in primis*; come si vedrà, la pandemia, fenomeno trasversale che incide su materie di competenza sia statale che regionale, sia esclusive che concorrenti, ha messo in luce difficoltà e problematicità latenti[3], conseguenti in larga parte alla riforma costituzionale introdotta nel 2001 e divenute improvvisamente di impellente rilevanza in considerazione della necessità di arginare, per quanto possibile, il fenomeno pandemico.

Il presente contributo si propone pertanto di mettere in luce gli effetti della pandemia sul riparto di competenze tra Stato e Regioni ovvero Province autonome. L'emergenza ha infatti, fin dal suo preludio, acuito le tensioni tra livello centrale e territoriale[4], determinando contenziosi, oltre che a livello politico[5], a livello amministrativo-giurisdizionale e finanche costituzionale. Possono poi essere individuate diverse fasi di governo della pandemia nel rapporto tra Stato e Regioni, segnate ora da una collaborazione più proficua, ora da un inasprimento delle tensioni istituzionali, ovvero ora da un accentramento delle funzioni più marcato, ora da un maggiore coinvolgimento delle realtà regionali e territoriali, anche in considerazione dell'andamento del quadro epidemiologico.

Verrà quindi proposta in primo luogo una disamina dell'emergenza nel modello costituzionale, con particolare riguardo al riparto di competenze delineato dal Titolo V della Costituzione ed alle funzioni, sia statali che regionali, che assumono rilevanza nella gestione di un evento pandemico. In seguito, l'analisi si concentrerà sugli strumenti giuridici mediante i quali è stata contrastata la pandemia da Covid-19 e sul rapporto che intercorre tra atti normativi centrali e regionali, non da ultimo in funzione dell'attuazione del principio di leale collaborazione. L'attenzione verrà poi posta sui tentativi, attuati in particolare dalla Regione Valle d'Aosta e dalla Provincia autonoma di Bolzano, di gestire la pandemia mediante una via autonoma, in parte annullati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 37/2021, con cui la Consulta ha, per certi versi inaspettatamente, ricondotto la materia *de qua* alla potestà legislativa esclusiva statale in

[2] C. PADULA, *La pandemia, la leale collaborazione e la Corte costituzionale*, in Le Regioni, 1-2, 2021, 169. L'autore evidenzia in particolare la necessità di disporre le limitazioni ai diritti fondamentali con atti legislativi "in ossequio alle riserve di legge poste in Costituzione e in modo tale da coinvolgere le minoranze politiche".

[3] E. CATELANI, *Il rapporto fra Stato e Regioni ai tempi del coronavirus: una premessa*, in *Forum Rivista Gruppo di Pisa*, 2020, 2.

[4] *Bartolini* afferma addirittura che "durante la crisi emergenziale COVID-19 il conflitto tra Stato e Regioni è arrivato a un livello mai visto in precedenza" e che "la paura del contagio, anziché favorire la leale collaborazione, in alcune fasi è arrivata a un punto tale che è sembrato di essere tornati addirittura a una situazione da Stato preunitario, con un paese separato da invalicabili confini regionali" (A. BARTOLINI, *Superiorem non recognoscens, ovvero quando la leale collaborazione non funziona*, in *Le Regioni*, 3, 2021, 523).

[5] Lo scontro politico è senz'altro dipeso, quantomeno fino all'insediamento del governo *Draghi*, dal diverso colore politico del Governo (giallo-rosso) e della maggioranza dei Presidenti delle Regioni e di Province autonome (di centro-destra). Tuttavia, non sono mancate le contrapposizioni tra il Governo e Regioni amministrate da giunte di centro-sinistra (cfr. A. BARTOLINI, *Superiorem* 526): si pensi, in particolare, ai casi delle Regioni Campania, Marche e Puglia.

materia di "profilassi internazionale" di cui all'art. 117, comma secondo, lett. q), sottraendola *de facto* all'autonomia regionale. Infine, il presente contributo si interrogherà sul futuro del riparto di competenze in ambito pandemico-sanitario e sugli insegnamenti che possono essere tratti dall'esperienza drammatica della pandemia.

2. L'emergenza sanitaria nel riparto di competenze delineato dalla Costituzione

La Costituzione italiana, a differenza di altre Costituzioni adottate nel secondo dopoguerra[6], non contiene una disciplina dello stato di emergenza e parimenti non prevede la possibilità di sospendere ovvero attenuare le garanzie costituzionali in presenza di situazioni emergenziali[7], fatto salvo lo stato di guerra, la cui deliberazione ed il successivo conferimento al Governo dei poteri necessari competono in base all'art. 78 Cost, come noto, alle Camere. Più in generale, la Costituzione identifica nel decreto-legge, ovvero in un provvedimento provvisorio con forza di legge da convertire in legge entro 60 giorni dalle Camere, a pena di perdita retroattiva dell'efficacia, lo strumento idoneo a fronteggiare "casi straordinari di necessità e urgenza"[8], attribuendo quindi al Governo la funzione principale di intervento.

Per quanto concerne poi il riparto di competenze nella gestione di eventi emergenziali quale quello pandemico, occorre rilevare che la Costituzione non prevede una netta separazione delle competenze attribuite a Stato e Regioni, bensì piuttosto un'integrazione delle stesse[9], posto che assumono rilevanza materie e funzioni diverse. In particolare, occorre fare riferimento, in seguito alla riforma costituzionale del 2001, alle competenze concorrenti in materia di "tutela della salute" e di "protezione civile" di cui all'art. 117, comma terzo Cost., nonché alla potestà legislativa esclusiva statale in ambito di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" *ex* art. 117, comma secondo, lett. m) (i c.d. LEP) e di "profilassi internazionale" di cui all'art. 117, comma secondo, lett. q).

---

[6] Per un riepilogo si rinvia a V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 1.

[7] G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *BioLaw Journal – Rivista di Biodiritto* 2, 2020, 1. La II Sottocommissione esaminò in realtà l'opportunità di introdurre una clausola relativa al divieto di dichiarare lo stato di assedio, proposta dall'on. *Fabbri* ("È vietata la dichiarazione dello stato d'assedio ed è altresì vietata ogni altra misura di sospensione totale o parziale delle garanzie regolate dalla presente Costituzione"), la quale incontrò tuttavia la ferma opposizione dell'on. *Mortati* (cfr. *Appendici generali - Argomenti o articoli non entrati nella Costituzione - Sospensione dei diritti costituzionali e dichiarazione dello stato d'assedio*, disponibile su https://www.nascitacostituzione.it/05appendici/01generali/09/02/index.htm (8/4/2022)). Per approfondire si rinvia a G. DE MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, 542 ss.

[8] Alla luce dell'uso del decreto-legge nella prassi legislativa, in dottrina (*Frosini*) si legge che il costituente bene ha fatto a non prevedere una disciplina dell'emergenza (T. E. FROSINI, *Il lascito della pandemia costituzionale (a proposito di un recente libro)*, in *federalismi.it – paper*, 21/4//2021, 2).

[9] G. MARCHETTI, *Il ruolo dello Stato*, 41.

Nella materia concorrente "tutela della salute", che dal 2001 sostituisce la previgente "assistenza sanitaria ed ospedaliera", assume rilevanza la legge 23 dicembre 1978, n. 833 istitutiva del servizio sanitario nazionale, il cui art. 32 attribuisce il potere di emettere "ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica[10]", al Ministro della sanità, qualora la misura riguardi l'intero territorio nazionale o parte di esso comprendente più regioni, così come al Presidente della Giunta regionale, qualora l'efficacia sia riferita alla Regione o a parte del suo territorio. Al contempo però occorre osservare che, qualora un oggetto non possa essere ricondotto né alla materia *de qua*, né ad altra competenza statale (esclusiva), esso ricade nella competenza residuale regionale[11]. L'ambito di azione regionale è poi contemperato dalla potestà esclusiva statale in materia di definizione dei LEP, la quale, come precisato dalla Corte, è "una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle"[12]. I LEP "intrattengono un rapporto anche con l'organizzazione sanitaria"[13] e si pongono quale parametro di costituzionalità delle disposizioni regionali. In materia di "protezione civile", invece, il "Codice della protezione civile" (d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1) disciplina la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale (art. 24) ed attribuisce tale competenza al Consiglio dei Ministri; quale strumento di contrasto all'emergenza il Codice prevede all'art. 25 le c.d. ordinanze di protezione civile, atti amministrativi[14] che possono derogare alle norme vigenti, tuttavia nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento. Alle Regioni e Province autonome è al contempo riconosciuta la possibilità di definire "provvedimenti con finalità analoghe" in relazione alle emergenze di rilievo non nazionale. Nel complesso, entrambe le materie concorrenti interessate attribuiscono allo Stato la facoltà di detenere la regia generale sulla pandemia mediante la definizione dei principi fondamentali, incidendo sulla relativa legislazione regionale[15]. Infine, la potestà esclusiva statale

[10] Con l'entrata in vigore della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 tale materia concorrente è stata sostituita, come noto, dalla "tutela della salute".
[11] La giurisprudenza costituzionale ha però, ricorrendo ad un'interpretazione finalistica della materia in oggetto, "allargato i confini (…) facendovi ricadere oggetti di per sé probabilmente riconducibili alle materie innominate di legislazione regionale residuale" (M. COSULICH, *Il governo della salute ai tempi della pandemia da COVID-19: più Stato, meno Regioni?*, in *Le Regioni*, 3, 2021, 561).
[12] Sentenza C. cost. 282/2002, Considerato in diritto, p.to 3.
[13] A. D'ATENA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *ISSiRFA*, 1, 2021, 5.
[14] Su tale aspetto si rinvia a G. DELLEDONNE/C. PADULA, *Accentramento e differenziazione nella gestione dell'emergenza*, in *Le Regioni* 4, 2020, 756, i quali osservano che lo strumento delle ordinanze amministrative integra quello del decreto-legge definito dalla Costituzione.
[15] In tal modo lo Stato è infatti "in grado di tenere sotto controllo il ricambio normativo" (A. D'ATENA, *L'impatto*, 4).

relativa alla "profilassi internazionale" deve in linea generale essere intesa quale "insieme delle procedure mediche adottate a livello internazionale per prevenire l'insorgere e la diffusione di malattie"[16].

3. Lo strumento del d.P.C.M., le ordinanze sanitarie regionali e la (scarsa) partecipazione delle Regioni alla gestione dell'emergenza

In Italia, il primo atto giuridico finalizzato al contrasto del Covid-19, un'emergenza sanitaria all'epoca dai tratti ancora in larga parte ignoti, viene adottato il 31 gennaio 2020, con la deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri in attuazione del menzionato art. 24 d.lgs. n. 1/2018. Con tale provvedimento viene altresì delegato il potere di ordinanza al Capo Dipartimento della Protezione civile, secondo quanto previsto dal modello delineato dal d.lgs. n. 1/2018.

In poche settimane, però, la situazione sanitaria precipita e, in seguito alla scoperta dei primi casi di contagio su territorio italiano e all'istituzione delle prime c.d. "zone rosse"[17], il Governo indirizza la gestione dell'emergenza verso un regime derogatorio del modello delineato dalle previgenti disposizioni, dotandosi "di un sistema *ad hoc* (…) che, come noto, si fonda su un vasto potere emergenziale attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri"[18]. Infatti, a partire dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, il Governo decide di discostarsi sia dal modello delineato dalla Costituzione, la quale prevede, come ricordato, unicamente lo strumento del decreto-legge per far fronte a situazioni emergenziali, sia da quello stabilito dal legislatore ordinario nel solco del d.lgs. n. 1/2018, definendo con decreto-legge il quadro delle misure da adottare per evitare la diffusione del Covid-19[19] e demandandone la concreta attuazione ad appositi decreti del Presidente del Consiglio dei ministri[20].

Sul piano dei rapporti tra Stato e Regioni la sostanziale sostituzione delle ordinanze di protezione civile mediante i d.P.C.M. appare problematica, in quanto mentre le prime sono "emanate acquisita l'intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate" (art. 25, comma primo d.lgs. n. 1/2018), i secondi prevedono solamente l'acquisizione del parere del Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale. Tale forma di coinvolgimento

[16] A. ROMANO, *I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 20/5/2022, 10.

[17] Per una panoramica sulle relative ordinanze e sul coordinamento tra Stato e Regioni vedi F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *federalismi.it*, 23/9/2020, 73 s.

[18] A. BARTOLINI, *Superiorem non recognoscens* 528.

[19] Come afferma efficacemente *Cosulich*, alla coppia decreto legislativo-ordinanza si è "affiancata e in buona misura sostituita la coppia decreto-legge-d.P.C.M." (M. COSULICH, *Il governo della salute* 570).

[20] Secondo *Delledonne* e *Padula* tali atti differiscono dalle ordinanze di protezione civile, in quanto, da un lato, il loro contenuto è indirizzato dal decreto-legge e, dall'altro, essi possono limitare i diritti fondamentali, senza però derogare alle norme di legge (G. DELLEDONNE/C. PADULA, *Accentramento e differenziazione* 756 s.).

regionale risulta piuttosto blanda, in quanto il parere non configura neppure una forma debole dell'intesa[21] e la Conferenza Stato-Regioni, istituita negli anni Ottanta al fine di dotare l'ordinamento di uno strumento di raccordo tra i processi decisionali centrali e la partecipazione regionale[22], "sparisce letteralmente di scena"[23].

Per comprendere se i d.P.C.M. abbiano o meno configurato una potenziale lesione della sfera di attribuzione regionale, occorre esaminare la classificazione giuridica e la materia oggetto di tali atti. Quanto alla prima, ai d.P.C.M. può in astratto essere riconosciuta natura normativa-regolamentare o amministrativa. Sul merito si riscontrano posizioni contrastanti. Se infatti la Corte ha, da un lato, classificato i d.P.C.M. quali atti amministrativi necessitati e tipizzati[24], diverse argomentazioni propendono per la prima soluzione, la quale parrebbe corroborata dalla circostanza che gli atti in oggetto disciplinano comportamenti individuali e sanzionano (penalmente) le relative trasgressioni[25], dal fatto che essi contengono norme generali e astratte[26] nonché, non da ultimo, dall'oggettiva difficoltà di negare la natura normativa di atti che limitano i diritti costituzionali[27]. Pertanto, appare più convincente la classificazione dei d.P.C.M. quali atti normativo-regolamentari, maggioritaria in dottrina. Quanto invece alla materia dei decreti *de quibus*, appare prevalente quella concorrente della "tutela della salute", pur in presenza di elementi di raccordo con altre materie, sia concorrenti – protezione civile, anzitutto – che di potestà esclusiva statale, *i.e.* la profilassi internazionale[28]. Ammesso quindi che i d.P.C.M. rappresentino atti normativi e che la materia di riferimento sia quella concorrente della "tutela della salute", si pone il problema della loro compatibilità con quanto disposto dall'art. 117, comma sesto Cost., il quale riserva allo Stato la potestà regolamentare nelle sole materie di legislazione esclusiva[29].

Per quanto riguarda invece le già menzionate ordinanze regionali, i tre decreti-legge che hanno disciplinato la prima fase della pandemia[30] hanno previsto un diverso livello di possibilità di intervento dei Presidenti di Regione. Il d.l. n. 6/2020 introduceva infatti un "regime emergenziale concorrenziale"[31],

---

[21] L'intesa c.d. debole rappresenta difatti per il Governo un vincolo meramente procedurale, potendo quest'ultimo, a norma dell'art. 3, comma terzo d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281, adottare, con deliberazione motivata, l'atto interessato anche in mancanza dell'intesa.

[22] Per approfondire vedi HAPPACHER, *Einführung in das Italienische Verfassungsrecht* (2019), 240.

[23] M. COSULICH, *Il governo della salute* 573. L'autore ricorda altresì il ruolo centrale che la Conferenza assume nel modello di governo della salute delineato nell'epoca precedente alla pandemia.

[24] Sentenza C. cost. n. 198/2021. Per approfondire si rinvia a M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase di emergenza COVID. Lettura di Corte cost. n.198/2021*, in *federalismi.it*, 3/11/2021.

[25] G. DI COSIMO, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, in *www.lacostituzione.info*, 22/4/2020.

[26] A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui d.p.c.m. dal fronte (…dell'emergenza coronavirus)*, in *federalismi.it*, 28/2020, 243.

[27] C. PADULA, *La pandemia, la leale* 176.

[28] G. DELLEDONNE/C. PADULA, *Accentramento e differenziazione* 761 s.

[29] Vedi C. PADULA, *La pandemia, la leale* 177 s. Secondo l'autore, qualora i d.P.C.M. fossero qualificati quali atti amministrativi, si porrebbe invece il problema dell'insufficienza del parere quale strumento di coinvolgimento delle Regioni.

[30] Si tratta, oltre al d.l. n. 6/2020, del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 e del d.l. 16 maggio 2020, n. 33.

[31] A. BARTOLINI, *Superiorem* 529.

prevedendo l'adozione delle ordinanze *ex* art. 32 l. n. 833/1978 nelle more dell'adozione dei d.P.C.M. e nei casi di estrema necessità ed urgenza[32]. In seguito, il d.l. n. 19/2020 ha fortemente compresso la possibilità di intervento regionale, demandando alle Regioni la sola possibilità di intervenire *in peius* rispetto alle limitazioni disposte con d.P.C.M. e in ogni caso con esclusivo riferimento a materie limitate. Infine, il d.l. 33/2020 riconosce alle Regioni la possibilità di allentare – e non solo di restringere – le misure di contenimento della pandemia.

4. Le "vie autonome" nel contrasto alla pandemia e la sentenza n. 37/2021

Molteplici sono stati i tentativi, attuati dalla quasi totalità delle Regioni e Province autonome, di disciplinare con propri provvedimenti il contrasto alla pandemia, talvolta nel quadro tracciato dalla normativa statale, talvolta in aperta contrapposizione con lo Stato, sia in senso restrittivo che in funzione mitigatrice ai divieti dello Stato[33]. Tali provvedimenti sono per larga parte riconducibili alle ordinanze sanitarie di cui alla l. n. 833/1978.

La Provincia autonoma di Bolzano e la Regione Valle d'Aosta hanno invece ritenuto di adire una "via autonoma" con propri provvedimenti legislativi. Nel primo caso, si tratta della l.p. 8 maggio 2020, n. 4, con la quale la Provincia si è dotata di un'autonoma ampia regolamentazione della ripresa delle attività dopo la prima fase pandemica. Lo Stato, pur impugnando inizialmente alcune parti del provvedimento *de quo*, ha infine rinunciato al ricorso, non da ultimo in quanto le misure adottate dalla Provincia anticipavano quanto sarebbe stato stabilito a livello statale a distanza di qualche settimana.

La Corte ha invece esaminato la l.r. valdostana 9 dicembre 2020, n. 11, anch'essa finalizzata a disciplinare autonomamente la ripresa delle attività sociali ed economiche della Regione, riconducendo, nella sentenza n. 37/2021, la normativa di contrasto alla pandemia interamente alla potestà esclusiva statale in materia di "profilassi internazionale", atteso che, secondo la Corte, "ragioni logiche, prima che giuridiche" (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività"[34]. Nonostante l'esito del giudizio apparisse quasi scontato[35], anche alla luce della sospensione cautelare della legge disposta dalla Corte, strumento di cui la Consulta non aveva mai fatto uso in precedenza, la motivazione sorprende e, in

[32] Questa soluzione richiama in un certo senso la competenza concorrente prevista dalla Legge fondamentale della Repubblica Federale Tedesca, ove ai *Länder* è concesso adottare proprie disposizioni finché non interviene il *Bund* (cfr. M. COSULICH, *Il governo della* 573).

[33] Esemplari sono infatti i casi delle Regioni Marche, Lombardia e Calabria, vedi a tal proposito A. PIAZZA, *Le relazioni fra Stato e autonomie territoriali alla prova della prima ondata pandemica da Covid-19*, in *Istituzioni del federalismo*, 4, 2020, 1003 ss.

[34] Sentenza C. cost. 37/2021, Considerato in diritto, p.to 7.1.

[35] Come si legge in L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2021, 1 ss.

particolare, la scelta di ricondurre l'intera gestione della pandemia ad un'unica materia, peraltro diversa dalla "tutela della salute", riconoscendo alle autonomie regionali un mero ruolo "operativo" nel quadro delle misure adottate dallo Stato. Infatti, la Corte avrebbe ben potuto dichiarare ugualmente illegittima la legge in oggetto, classificando le disposizioni dello Stato di cui la l.r. sarebbe lesiva quali principi fondamentali in materia di tutela della salute; appare invece problematica la scelta di ricondurre *sic et simpliciter* l'insieme delle misure finalizzate a contrastare la pandemia, che incidono su una molteplicità di materie di interesse regionale, ad un'unica macro-materia[36]. Inoltre, la decisione della Corte non tiene adeguatamente in considerazione la questione dell'integrazione delle competenze statali e regionali, inserendosi in una prospettiva di assoluta separazione delle materie, estranea al modello di Stato regionale definito dalla riforma costituzionale del 2001; ignora il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost. e delinea un modello che potrebbe essere definito di "federalismo esecutivo", nel quale ai territori è riservato un mero ruolo di concreta attuazione delle decisioni adottate al centro[37].

5. La leale collaborazione durante la pandemia

Nella pandemia si sono alternati momenti diversi del coinvolgimento delle Regioni, segnati da una collaborazione ora più, ora meno intensa nella gestione dell'emergenza[38]. Nel complesso, la decisione dello Stato di derogare al regime dell'emergenza definito sia dalla Costituzione, sia dal d.lgs. n. 1/2018 ha comportato, oltre alle già note questioni relative alla possibilità di intervenire sui diritti fondamentali con d.P.C.M.[39], la questione del rispetto del principio di leale collaborazione[40], in duplice forma. Da un lato, infatti, se il governo avesse disciplinato l'emergenza mediante le ordinanze di protezione civile, si sarebbe garantito il pieno rispetto del menzionato principio, in considerazione dei vincoli procedurali che il d.lgs. n. 1/2018 prevede e segnatamente del coinvolgimento della Conferenza Stato-Regioni. Dall'altro, se il governo avesse – legittimamente – scelto di approvare direttamente con decreto-legge le norme necessarie a contrastare la pandemia, senza delegare tali scelte ai d.P.C.M.[41], il "problema" del rispetto del

[36] La Corte avrebbe almeno dovuto riconoscere alla "profilassi internazionale" carattere trasversale, evitando la "'degradazione' del raccordo con le Regioni a meccanismo discrezionalmente valutabile dal legislatore statale" (C. PADULA, *La pandemia, la leale* 181 s.).

[37] Vedi G. MARCHETTI, *Il ruolo dello Stato*, 58.

[38] Non a caso *Bartolini* individua 5 distinti "regimi", ovvero *a)* il regime della concorrenzialità (d.l. 6/2020); *b)* il regime dell'esclusività (d.l. 19/2020); *c)* il regime della leale collaborazione (d.l. 33/2020); *d)* il regime dell'algoritmo (d.l. 125/2020); *e)* il regime del decreto-legge (a partire dal d.l. 44/2021) (A. BARTOLINI, *Superiorem* 528).

[39] Vedi *ex multis* V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020.

[40] Tale principio, come noto, è diretta espressione dell'art. 5 Cost., "va al di là del mero riparto costituzionale delle competenze per materia, e opera dunque su tutto l'arco delle relazioni istituzionali fra Stato e regioni" (sentenza C. Cost. 242/1997) e garantisce il coordinamento ed il raccordo tra i livelli di governo (cfr. E. HAPPACHER, *Grundzüge* 238). Vedi anche F. DEL PRETE, L'attuazione del principio di leale collaborazione nella prassi della Conferenza Stato-Regioni, in Istituzioni del federalismo, 1, 2020.

[41] Tale scelta è poi effettivamente avvenuta a partire dai primi mesi del 2021, circostanza che, secondo *Bartolini*, segna "un ritorno alla normalità" (A. BARTOLINI, *Superiorem* 537).

principio di leale collaborazione non si sarebbe neppure posto, in quanto quest'ultimo non vincola il procedimento di adozione degli atti legislativi[42], a maggior ragione nel caso del decreto-legge, il quale viene notoriamente approvato in condizioni di necessità e urgenza[43]. Nel complesso, la collaborazione si è attuata mediante strumenti atipici, eccezionali rispetto alle ordinarie sedi di raccordo interistituzionale, e, in particolare, mediante la presentazione di emendamenti regionali ai diversi atti normativi statali emanati durante la pandemia[44], condivisi, a livello esecutivo, soprattutto in seguito ad un'intensa attività di concertazione politica.

6. Conclusioni

L'intreccio tra competenze legislative ed amministrative che contraddistingue il contrasto alla pandemia avrebbe richiesto, soprattutto nella prima fase della pandemia, un maggiore ricorso agli strumenti di raccordo tra Stato e Regioni; infatti, pur ritenendosi necessaria una gestione unitaria della pandemia a livello nazionale, non può ritenersi oggettivamente giustificabile un'eccessiva e smisurata compressione dell'autonomia regionale[45]. La sentenza n. 37/2021 ha poi ulteriormente scalfito la logica della cooperazione, ponendo una questione non indifferente: se infatti qualsiasi misura volta a contrastare la pandemia può essere ricondotta alla potestà esclusiva statale in materia di "profilassi internazionale", appare giustificabile qualsiasi intervento statale che interessi materie concorrenti o residuali regionali, in funzione dell'esigenza di garantire una gestione unitaria dell'attività di contrasto alla pandemia?[46].

Nel complesso, la pandemia ha dimostrato l'esigenza di valorizzare la differenziazione regionale, capace di definire soluzione aderenti alle diverse situazioni ed ai diversi ambiti socio-territoriali che contraddistinguono le realtà del Paese. In tale ottica, andrebbe potenziato il ruolo delle Regioni, "titolari costituzionali del servizio sanitario regionale e nazionale"[47], nella compartecipazione al procedimento legislativo statale, in un'ottica collaborativa e nel solco tracciato dagli artt. 2 e 5 della Costituzione[48].

[42] Vedi, a tal proposito, la sentenza C. cost. n. 233/2019, in cui si legge che "le procedure collaborative tra Stato e Regione (…) non rilevano nel sindacato di legittimità degli atti legislativi".
[43] C. PADULA, *La pandemia, la leale* 171 s.
[44] Vedi G. DI COSIMO, *Le forme di collaborazione al tempo della pandemia*, in *Le Regioni*, 3, 2021, 551.
[45] Vedi G. MARCHETTI, *La conflittualità tra governo e regioni nella gestione dell'emergenza Covid-19, i limiti del regionalismo italiano e le prospettive di riforma*, Research Paper, Centro Studi sul Federalismo, maggio 2021, 17.
[46] Come sintetizza *Cosulich*, il giudice delle leggi pare aver ridefinito la profilassi internazionale stessa, "spostando l'accento dall'aggettivo al sostantivo e aggirando così l'ostacolo rappresentato dal carattere internazionale della pandemia ben più che della relativa profilassi" (M. COSULICH, *Il governo della* 578).
[47] G. FALCON, *Dall'emergenza COVID, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *Le Regioni*, 3, 2020, 454.
[48] Vedi M. MALO, *Editoriale. Le Regioni*, 232 s.

Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa

Le Camere dopo la pandemia. Una prospettiva a partire dall'esperienza del coronavirus*

di Guglielmo Agolino
Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche
Università di Modena e Reggio Emilia

Abstract [It]: L'emergenza lanciata dalla pandemia ha imposto alle Istituzioni delle "democrazie stabilizzate" uno *stress test* che, seppur con intensità differenti, perdura. I Parlamenti si sono trovati dinanzi alla sfida di garantire la loro efficienza e funzionalità nel rispetto delle misure sanitarie. Ciò ha stimolato l'introduzione di strumenti in grado di assicurare la continuità dei lavori e delle attività parlamentari. Il contributo intende delineare il quadro delle misure assunte a tal fine dall'inizio della pandemia ad opera del Parlamento italiano. Si terrà conto sia del quadro normativo che della prassi e della "giurisprudenza" parlamentare. Si rifletterà, alla luce delle esperienze di altre Assemblee parlamentari, sul modo di "essere Parlamento" nella pandemia e sulle opportunità da essa lanciate per pensare una nuova rappresentanza "integrata", fisica e da remoto, nell'epoca digitale: per un Parlamento "diffuso" e "connesso".

Title: The Chambers after the pandemic. A perspective from the coronavirus experience
Abstract [En]: The emergency launched by the pandemic imposed a stress test on the institutions of the 'stabilised democracies' that, even if with different degrees of intensity, continues. Parliaments have been faced by the challenge of ensuring their performance and functionality in compliance with health measures. This has stimulated the introduction of instruments to ensure the continuity of parliamentary work and activities. This paper intends to outline the framework of the measures taken to this end since the beginning of the pandemic by the Italian Parliament. It will take into account both the legislative framework and parliamentary practice and 'jurisprudence'. It will reflect, in the light of the experiences of other parliamentary assemblies, on the way of "being a Parliament" in the pandemic and on the opportunities launched by it to think of a new "integrated" representation, physical and remote, in the digital age: for a " widespread" and "connected" Parliament.

Parole chiave: Parlamento, emergenza, pandemia, Covid-19, voto a distanza
Keywords: Parliament, emergency, pandemic, Covid-19, remote voting

Sommario: 1. Introduzione. **2.** L'organizzazione dei lavori della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica nella pandemia. **3.** La partecipazione da remoto e il voto a distanza nel Parlamento europeo. **4.** Per un Parlamento "diffuso" e "connesso".

1. Introduzione

La pandemia da Covid-19 ha messo a dura prova le società contemporanee, così interconnesse, sfidando il loro modo di vivere. L'emergenza sanitaria ha impattato anche sul funzionamento delle istituzioni pubbliche e degli organi costituzionali e centrali[1].

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1] Come ha notato N. LUPO, *L'impatto del covid-19 sulle istituzioni: stress test o fatto costituzionale?*, in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (a cura di), *Le prassi delle Istituzioni in pandemia*, Editoriale Scientifica, 2022, 12, la fase pandemica ha costretto «ciascuna istituzione a rileggere il proprio ruolo e le proprie priorità alla luce di un contesto decisamente atipico e eccezionale: alla ricerca di nuovi comportamenti e di regole mutate, che però non sacrifichino, se non nella misura

Le riflessioni che seguono intendono orientarsi principalmente sull'analisi del funzionamento del Parlamento italiano durante la pandemia. Questo, infatti, si è trovato dinanzi alla sfida di dover garantire la propria efficienza e funzionalità nel rispetto delle misure sanitarie. Ciò ha stimolato l'introduzione di strumenti in grado di assicurare la continuità dei lavori e delle attività parlamentari. Si è trattato di innovazioni che hanno contribuito a garantire un Parlamento "a porte aperte" durante la pandemia, inteso anche esso come servizio pubblico essenziale[2], indispensabile per il corretto funzionamento della democrazia[3].

È appena il caso di dire, in premessa, come l'adozione di tali strumenti si sia mossa all'interno di un dibattito che, in relazione al *quomodo*, ha visto confrontarsi due posizioni strutturalmente divergenti: l'una volta a garantire, per quanto possibile, lo svolgimento dei lavori parlamentari interamente in presenza; l'altra, invece, propensa ad introdurre strumenti di partecipazione da remoto alle attività parlamentari. Il dato esperienziale consegna, al termine di tre anni di pandemia, soluzioni orientate verso entrambe le posizioni. Come è noto, le Camere italiane hanno seguito il primo dei due orientamenti citati, svolgendo principalmente i lavori interamente in presenza, salvo ammettere, in limitati casi, la possibilità di lavori a distanza. Altri ordinamenti, invece, hanno fatto ampiamente uso di strumenti che hanno consentito ai parlamentari di lavorare a distanza; tra questi, come si vedrà, il Parlamento europeo.

Ciò che, sin da ora, è interessante rilevare attiene alla possibilità, pur nella diversità delle decisioni assunte dalle varie esperienze, di scorgere un embrione di nuove modalità, "connesse" e "diffuse", di atteggiarsi delle Assemblee parlamentari. In particolare, ora che l'emergenza appare condurre le nostre vite, e dunque anche quelle all'interno delle aule parlamentari, sui binari che conoscevamo prima della pandemia. In altre parole, e qui si mostra subito l'interrogativo che si intende sottoporre e che si riprenderà nelle conclusioni: se c'è stato un modo di essere Parlamento "prima" della pandemia, quale legato le esperienze vissute "durante" essa potranno lasciare ai Parlamenti "dopo" la pandemia?

strettamente necessaria, i principi fondamentali che continuano ad ispirare l'ordinamento giuridico e l'azione delle sue istituzioni».

[2] È l'interrogativo che si è posto, subito, S. CASSESE, *Il Parlamento può combattere il virus a distanza*, Il Foglio, 17 marzo 2020. L'A, prefigurando una risposta negativa, si domandava se fosse possibile «chiedere ai gestori di servizi essenziali di continuare la loro attività e non chiederlo al Parlamento?».

[3] N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020; A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 577 secondo cui anche «il Parlamento deve essere messo in condizione di svolgere il suo ruolo da protagonista, anche fissando e determinando il proprio indirizzo politico»; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 121.

2. L'organizzazione dei lavori della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica nella pandemia

Le Camere, sin dall'inizio della pandemia, hanno affrontato l'organizzazione dei lavori parlamentari con una scelta di *self restraint* rispetto all'introduzione di strumenti di voto a distanza, orientandosi, verso lo svolgimento dell'attività parlamentare pressoché in presenza.

Prima di individuare il "percorso" che queste hanno seguito, vale la pena fare menzione al quadro costituzionale entro il quale esse si sono trovate ad operare. La Costituzione, infatti, non contiene, eccezion fatta per la decretazione d'urgenza, un assetto di norme costituzionali dell'emergenza[4]. Del pari, nei Regolamenti parlamentari non v'è menzione di disposizioni idonee a consentire il corretto funzionamento delle Camere in situazioni di emergenza sanitaria[5]. Ciò, con tutta evidenza, ha determinato l'attribuzione di tali decisioni in capo ora agli Uffici di Presidenza ora alla Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari dei due rami del Parlamento.

Nella primissima fase della pandemia, le Camere hanno deciso di assicurare il corretto adempimento delle funzioni, lavorando con una "composizione d'emergenza", e cioè riunendosi a "ranghi ridotti". In particolare, si è proceduto, con decisione delle Capigruppo, riducendo proporzionalmente la partecipazione in Aula dei componenti di ciascun Gruppo parlamentare, così da diminuire le presenze in Assemblea e, conseguentemente, ridurre gli assembramenti ed il rischio di contagio tra i parlamentari [6].

Ciò è avvenuto, già nel mese di marzo 2020, nell'ambito delle sedute dedicate ad approvare il ricorso all'indebitamento per far fronte alle sfide della pandemia, che necessitava di autorizzazione delle Camere a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti (ex art. 81, secondo comma, Cost.). Il "contingentamento" delle presenze, in tali casi, è stato operato avendo presente la necessità di raggiungere una soglia minima di parlamentari in grado di permettere l'autorizzazione per lo scostamento di bilancio con le maggioranze richieste. Si è poi continuato ad operare, nel mese di aprile, a presenze ridotte anche nelle sedute di approvazione dei decreti-legge che il Governo andava approvando in risposta alla pandemia.

Tale primo approccio è stato possibile in considerazione del rispetto dell'*agreement* che le forze politiche avevano preso con l'adozione del contingentamento. Ciò ha senz'altro avuto il merito di garantire la continuità delle principali funzioni del Parlamento, dando evidenza che le Camere stessero comunque

[4] Per un'analisi sulla produzione normativa durante la pandemia, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020; S. STAIANO, *Né modello, né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia, in Rivista AIC,* 2/2020; I.A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2022.

[5] Per un inquadramento sui termini della questione, A. MALASCHINI, *Sulle concrete misure adottate dal Parlamento in occasione dell'emergenza covid-19*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020, 271.

[6] S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 228 ss.

agendo, seppur in un rapporto inevitabilmente sbilanciato a favore del Governo, per rispondere alle sfide lanciate dall'emergenza sanitaria[7].

Una siffatta modalità di organizzazione dei lavori parlamentari ha potuto reggere soprattutto nella prima fase della pandemia, ovvero quando l'insorgere di una sfida inedita ha ridotto al minimo la litigiosità delle forze politiche. Inoltre, essa non poteva che configurarsi come una modalità "provvisoria". Infatti, al netto dell'impegno al rispetto del contingentamento delle presenze, nessuna decisione avrebbe potuto vietare al singolo parlamentare di recarsi presso il proprio ramo di appartenenza per esercitare le funzioni del proprio mandato[8]. Tale divieto si sarebbe potuto configurare come una lesione delle sue prerogative. Passata la primissima fase emergenziale, si è manifestata l'esigenza di una organizzazione dei lavori parlamentari in grado di non ledere gli interessi, talvolta divergenti, in campo. A riguardo, sin dall'inizio della pandemia, si è aperto un ampio dibattito e le proposte sono state varie. Tra queste, da subito, è stata avanzata la possibilità di istituire una Commissione speciale, del pari di quelle istituite ad inizio Legislatura prima della formazione delle Commissioni permanenti, composta in modo da rispecchiare la proporzione tra i Gruppi parlamentari, cui affidare l'approvazione della legislazione urgente (es. legge di conversione dei decreti-legge), facendola riunire e deliberare con voto telematico[9].

Mette conto, tuttavia, rilevare le critiche ad essa avanzate. La prima attiene alla circostanza che, sebbene la Costituzione non lo impedisca, i Regolamenti interni prevedano una riserva d'Assemblea per l'approvazione delle leggi di conversione dei decreti-legge[10]. Va sottolineato, tuttavia, che si sarebbe potuto superare tale riserva, anche attesa la straordinaria situazione di emergenza sanitaria, mediante decisione *nemine contradicente* della Conferenza dei Capigruppo[11]. La seconda attiene alla circostanza che anche tale soluzione non avrebbe risolto le perplessità sollevate nei confronti del "contingentamento". Infatti, anche questa avrebbe richiesto la necessità di basarsi su un accordo tra i Gruppi parlamentari, precario poiché soggetto alle fluttuazioni della politica, e avrebbe comportato, come scelta obbligata, l'esclusione dei parlamentari non membri di tale Commissione speciale. Sul punto, tuttavia, quantomeno

---

[7] Sul tema, in particolare, V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, *il Filangeri*, Jovene, 2020. Sul ruolo del sindacato ispettivo delle Camere per mantenere l'attività emergenziale del Governo nel binario democratico, invece A. LO CALZO, *Le prassi parlamentari sul sindacato ispettivo nel contesto dell'emergenza sanitaria*, in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO (a cura di), *Le prassi delle Istituzioni in pandemia*, Editoriale Scientifica, 2022, 166 ss.

[8] A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in BioLaw Journal, 2/2020, 5.

[9] Come sostenuto da F. CLEMENTI, *Parlamento difeso con il voto a distanza*, in *Il Sole 24 ore*, 16 marzo 2020, tale soluzione, peraltro, avrebbe trovato "copertura" regolamentare, essendo prevista dai Regolamenti interni la possibilità di istituire Commissioni speciali (artt. 24 r. S. e 22, comma 2 r. C.).

[10] Il riferimento è all'art. 35, comma 1 del regolamento del Senato della Repubblica, il quale prevede espressamente che tali disegni di legge siano coperti da una riserva d'Assemblea, impedendone l'esame in Commissione deliberante. Del pari alla Camera dei deputati, dove il regolamento all'art. 96-bis dispone che i disegni di legge di conversione dei decreti-legge siano assegnati direttamente all'esame della Commissione in sede referente e dunque prevedendo, implicitamente, che per tale via poi passino attraverso la deliberazione in Assemblea.

[11] Sia consentito rinviare a G. AGOLINO, *Le Camere alla prova dell'emergenza Covid-19*, in *Rassegna Parlamentare*, 1/2020, 105.

in relazione al coinvolgimento di tutti i parlamentari, giova rilevare che si sarebbe potuto ottenere abilitando tutti i parlamentari al voto a distanza e facendo così approvare il disegno di legge di conversione del decreto-legge in Assemblea[12].

Si è fatta strada, allora, la richiesta di garantire a tutti i membri del Parlamento la partecipazione da remoto ai lavori parlamentari, includendo anche la possibilità di votare[13]. Sulla costituzionalità di tale richiesta la riflessione ha coinvolto la nozione di "presenza", imposta dall'art. 64, comma 3, Cost. A seconda della scelta interpretava, più o meno estensiva, compiuta su tale nozione il voto a distanza sarebbe possibile[14] oppure da escludere[15]. A questa riflessione, si è aggiunta, in maniera più sentita, quella sulla necessità che la partecipazione da remoto e il voto a distanza non determinino una contrazione del dibattito e del confronto essenziale nell'attività parlamentare.

Il riaccendersi dell'animosità del dibattito tra le forze politiche, in parte sopito solo nei primi mesi di pandemia, e la "precarietà" del *gentlemen's agreement* relativo al rispetto del "contingentamento" hanno reso necessaria l'adozione di una soluzione che consentisse la maggior partecipazione possibile ai lavori dei parlamentari, ma allo stesso tempo garantisse la più alta tutela della salute dei soggetti coinvolti all'interno delle Istituzioni parlamentari.

Le Camere, così, decidendo di non aderire ad alcune delle proposte menzionate sopra, hanno fatto ricorso ad una innovazione, anch'essa inedita: l'introduzione di nuovi seggi posizionati nelle tribune e, per quanto attiene alla sola Camera dei deputati, anche nel c.d. Transatlantico. In sostanza, le tribune, normalmente riservate a giornalisti, fotografi e pubblico, sono state adibite ad ospitare i parlamentari, con microfoni per gli interventi e vere e proprie postazioni di voto. Ai parlamentari lì collocati è stato fornito un *tablet* in grado di consentire, mediante autenticazione con credenziali istituzionali al terminale di voto della Camera di appartenenza, l'espressione del voto (sia esso palese o segreto). Così facendo, tutti gli aventi

[12] Cfr. F. CLEMENTI, *ult. cit.*

[13] Su tale proposta il dibattito in dottrina è stato molto ampio. Tra i molti, a sostegno del voto a distanza, F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in Federalismi.it, 18 marzo 2020, 6/2020; *contra* R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it*, 8/2020, 1° aprile 2020. Una riflessione interessante, anche a partire dalla pratica è quella di 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*, n. 3/2020.

[14] Cfr. S. CURRERI, *cit*, 251; N. LUPO, *La Costituzione non impedisce il voto "da remoto" dei parlamentari*, in LUISS open, disponibile all'indirizzo: www.open.luiss.it, 2 aprile 2020; M. BOZZOATRE, *Alcune considerazioni su voto parlamentare a distanza, corpi del sovrano e metafisica costituzionale della presenza*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020.

[15] M. LUCIANI, *cit.*, 121, nt. 64; F. BIONDI, P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria Riflessioni sulla difficile praticabilità di un Parlamento "telematico",* in *Federalismi.it,* 18/2020, 42 ss. A. MALASCHINI, *Procedure parlamentari e legislazione d'emergenza*, in SoG Working Paper Series, 57, marzo 2020, 10, secondo cui «un criterio storico di interpretazione porta alla conclusione che la presenza non possa che intendersi come presenza fisica, tendenzialmente contestuale, al momento delle votazioni» anche perché la «presenza fisica dei parlamentari è legata un'altra storica e fondamentale prerogativa: l'immunità della sede a garanzia del libero spiegarsi delle funzioni degli eletti, fisicamente riuniti in un luogo deputato dal quale è esclusa non solo la forza pubblica, ma qualsiasi persona senza una espressa autorizzazione del Parlamento o dei suoi organi».

diritto hanno potuto partecipare, con il rispetto del distanziamento interpersonale, ai dibattiti ed alle votazioni dall'Aula e, nel caso di raggiunta capienza massima dell'emiciclo (per via del minor numero di posti disponibili per assicurare il rispetto delle misure di distanziamento), dalle altre postazioni presenti in tribuna o in Transatlantico (solo alla Camera).

A questa modalità di organizzazione dei lavori, impegnata a garantire la presenza in Assemblea al maggior numero di parlamentari, si è aggiunta l'esigenza di garantire il regolare svolgimento delle attività in Commissione. Attesa la ridotta composizione numeriche di queste, rispetto all'Assemblea, si è anzitutto risposto a tale esigenza individuando spazi più ampi in grado di garantire il distanziamento. Inoltre, è qui può vedersi un primo embrione di novità che merita di essere sottolineato, le Camere hanno, seppur con estrema cautela, aperto ad una «(timida) digitalizzazione»[16] delle attività delle Commissioni[17].

In particolare, alla Camera dei deputati la Giunta per il Regolamento, il 31 marzo 2020, ha acconsentito alla partecipazione a distanza dei deputati alle attività informali delle Commissioni, vale a dire le riunioni degli Uffici di presidenza e per le audizioni informali, «in ragione della assoluta eccezionalità della situazione e in via sperimentale»[18]. Al Senato, invece, la Giunta per il Regolamento, riunitasi il 9 giugno 2020, ha ammesso la partecipazione da remoto alle riunioni informali degli Uffici di presidenza delle Commissioni permanenti, limitatamente alle audizioni, dei componenti della Commissione stessa. In entrambi i casi, tuttavia, la partecipazione a distanza è stata consentita purché in sede vi fosse almeno la presenza del Presidente o del Vice Presidente della Commissione e del Capo dell'Ufficio di Segreteria[19].

In una prospettiva *de iure condendo*, merita di essere accennata, prima di allargare lo sguardo all'esperienza del Parlamento europeo, una proposta che nel corso della XVIII Legislatura ha tentato l'introduzione, sul piano regolamentare, del voto a distanza[20]. Si è trattato del Documento II n. 15 che su iniziativa del deputato Ceccanti e altri, richiedeva l'inserimento dell'art. 48-ter nel Regolamento della Camera dei deputati. Secondo la proposta, l'Ufficio di Presidenza avrebbe potuto autorizzare i deputati, «in ragione

16 L. BARTOLUCCI, *I lavori del Parlamento e delle commissioni parlamentari nell'emergenza pandemica,* in L. BARTOLUCCI, L. DI MAJO, *cit,* 97.

17 C. FASONE, *Le commissioni parlamentari nella gestione della crisi pandemica*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO, *cit.*; L. BARTOLUCCI, *I lavori del Parlamento, cit.*, 84. Secondo l'A., infatti, durante la fase pandemica «Il lavoro delle Commissioni è stato – per certi versi – valorizzato, sia tramite l'utilizzo della sede redigente o di suoi *succedanei*, sia per via degli strumenti normativi che il Governo ha utilizzato per affrontare l'emergenza, che hanno allo stesso tempo avuto una ricaduta sulle Commissioni».

18 F. GENONI, *Le Giunte per il regolamento aprono alla partecipazione da remoto alle attività informali delle Commissioni*, in *osservatoriosullefonti.it*, *Rubrica su interna corporis degli organi costituzionali 2020,* 2/2020.

19 A. MALASCHINI, M. PANDOLFELLI, *Partecipazione ai lavori a distanza da parte dei parlamentari: un possibile percorso,* in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 4/2020.

20 A giustificare il carattere improcrastinabile dell'adeguamento dei regolamenti parlamentari è «un principio di fondo, una sorta di meta-principio che ispira, in ogni ordinamento, il diritto parlamentare: consistente nell'assicurare la funzionalità del Parlamento, posto che in assenza del suo funzionamento si originerebbe un'alterazione profonda e difficilmente rimarginabile del- l'assetto istituzionale» cfr. N. LUPO, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica, tra rischio di auto emarginazione e "finestra di opportunità"*, in V. LIPPOLIS, N. LUPO, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica*, *il Filangeri*, Jovene, 2020, 166.

di particolari circostanze che impediscano ai deputati lo svolgimento della funzione parlamentare in presenza», alla «partecipazione alle sedute dell'Assemblea, delle Giunte e delle Commissioni e l'esercizio del voto secondo procedure telematiche che assicurino la personalità, la libertà e la sicurezza del voto»[21]. Si sarebbe, per questa via, potuto introdurre un utilizzo "ponderato" del voto a distanza, ma il termine anticipato della legislatura non ha lasciato spazio all'esame delle proposte di modifica del Regolamento della Camera.

3. La partecipazione e il voto a distanza nel Parlamento europeo

Il Parlamento europeo è stata una delle prime assemblee parlamentari ad introdurre strumenti in grado di garantire, nella pandemia, la continuità dei lavori e delle attività parlamentari. Nonostante la diversità di posizione in cui è collocato nell'architettura "costituzionale" europea rispetto al ruolo dei Parlamenti nazionali negli ordinamenti degli Stati membri[22], esso ha da subito, e coraggiosamente, introdotto importanti innovazioni che meritano di essere menzionate. In particolare, ha fatto ricorso al voto a distanza, introducendo, per implementarlo, strumenti tecnologici all'uopo progettati; ha assicurato che i lavori delle Commissioni, formali ed informali, si potessero svolgere da remoto, dando anche la possibilità di celebrare in modalità mista, presenza e distanza, sedute di Commissioni caratterizzate da molti voti; ha garantito ai parlamentari non solo di votare nel corso delle sedute plenarie, ma anche di intervenire a distanza.

Può sin d'ora dirsi che tali strumenti hanno consentito alla *Camera dei cittadini europei* di garantire il corretto svolgimento dei lavori parlamentari e, di conseguenza, di alcuni dei poteri ad essa attribuiti, tra tutti quelli di *'co-legislatore'* e di *'autorità di bilancio'* europea[23]. Ciò ha garantito al Parlamento europeo di approvare

[21] Su tale proposta si vedano, in senso critico, le considerazioni di L. DI MAJO, *Un parlamento smart? (Poche) luci e (molte) ombre dei lavori a distanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2021, 155 ss., secondo cui nella proposta non sarebbe «chiaro se la disposizione possa trovare applicazione limitatamente alle situazioni emergenziali ovvero anche durante le riunioni ordinarie. […] Consequenzialmente, non appare chiaro se sia stata presa in considerazione la possibilità di esprimere un voto a distanza per tutti, ovvero solo per alcuni».

[22] Basti, infatti, pensare che, seppur con una costante crescita di influenza nella governance dell'Ue, il Parlamento europeo non è ancora un'Assemblea legislativa autonoma. Esso, non solo condivide con il Consiglio dell'Ue la funzione legislativa, ma è persino privo di potere d'iniziativa legislativa, spettando questa in via esclusiva alla Commissione europea. A ciò si aggiunga l'insufficienza di strumenti giuridici atti a far valere le sue decisioni con effetti obbliganti sugli altri organi della governance europea. Ciò che avviene, per esempio, nei rapporti con il Consiglio europeo. Come hanno notato N. LUPO, A. MANZELLA, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, LUISS University Press, 2019, 20 «il Parlamento europeo riesce a "vedere" le responsabilità del complicato "governo comunitario": ma non può far valere le responsabilità dei governi nazionali, che sono grandissime, nelle attuali condizioni di svolgimento dell'integrazione europea». Da qui, le considerazione di E. SALVATI, *Il Parlamento europeo. Tra crisi del processo di integrazione e politicizzazione dell'Unione Europea*, Mondadori Università, 2019, 78, secondo cui è possibile dire che «l'UE potrebbe funzionare – anche se in forma diversa – senza l'apporto del PE ma non potrebbe mai esistere senza il potere prodotto e immesso nel sistema sovranazionale dal modello di contrattazione intergovernativo». Ecco, la grande differenza di ruolo tra il Parlamento europeo e le Assemblee legislative degli Stati membri nell'attuale momento, una differenza che «frustra le ambizioni del PE di contribuire a forgiare un sistema europeo imperniato sul modello parlamentare», E. SALVATI, *ivi*.

[23] N. LUPO, A. MANZELLA, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, LUISS University Press, 2019, 97 ss.

rapidamente, nei limiti delle competenze attribuitegli dai Trattati, misure di respiro europeo fondamentali per il contrasto alla crisi economica conseguente dalla pandemia, evitando che una sospensione delle attività parlamentari ne bloccasse l'*iter*[24].

Il voto a distanza, celebratosi per la prima volta nel corso della plenaria straordinaria del 26 marzo 2020, è stato deciso grazie ad un *gentlemen's agreement* all'interno dell'Ufficio di Presidenza. La scelta si è basata sull'adattamento alla situazione eccezionale di una precedente decisione dell'Ufficio stesso risalente al 3 maggio 2004, concernente disposizioni relative alle votazioni. L'Ufficio di Presidenza, richiamando tale decisione che all'art. 1 attribuiva al Presidente la facoltà di ricorrere per le votazioni da lui indicate ad un sistema alternativo di voto, ha così dato la possibilità di effettuare le votazioni con voto elettronico a distanza[25]. La base giuridica, di natura regolamentare, è stata invece l'art. 192 RPE secondo cui «le modalità□ tecniche di utilizzazione del sistema elettronico sono disciplinate da istruzioni dell'Ufficio di presidenza».

Il voto a distanza si è svolto, nel corso di tale plenaria, con l'invio, mediante *account mail* istituzionale, da parte dei parlamentari, avvisati precedentemente degli orari di apertura e chiusura del voto, della scheda di voto, sottoscritta. Una modalità che, pur avendo avuto il merito di non far fermare i lavori del Parlamento europeo, è stata certamente una modalità procedurale che si è rivelata lenta, pensata e realizzata *ad horas* e con le tecnologie a disposizione, non replicabile in sedute lunghe e con molteplici votazioni. Una modalità perfettibile, dunque, in relazione anche alla necessità di fornire le più alte garanzie possibili di libertà, personalità e segretezza, ove richiesta, del voto.

Tali miglioramenti sono stati quasi subito adottati in via sperimentale, a partire dal lavoro delle Commissioni. Nel mese di maggio 2020, si è consentito ad esse di votare a distanza con una procedura nuova, e cioè attraverso l'utilizzo dell'applicazione *iVote*, creata ed implementata direttamente dalle Direzioni Generali competenti in seno al Parlamento europeo. L'utilizzo di tale applicazione ha agevolato notevolmente il lavoro dei parlamentari, consentendo ad essi di votare con agilità da remoto, e dopo una prima fase di avvio, non ha destato particolari riserve in tema di sicurezza. Successivamente, infatti, il suo utilizzo è stato esteso anche nel corso delle sedute plenarie.

Tale strumento non risolveva un'altra mancanza particolarmente sentita dagli eurodeputati: l'impossibilità di intervenire in Assemblea durante le sedute plenarie per quanti connessi da remoto. Per colmare tale lacuna, in effetti pregiudizievole, è stata avanzata la proposta di far intervenire costoro presso sedi "qualificate" come, ad esempio, gli uffici di collegamento del Parlamento europeo (EPLO)[26].

[24] Se si vuole, G. AGOLINO, *L'organizzazione dei lavori del Parlamento europeo nella pandemia*, in *Percorsi costituzionali*, 1-3/20, 223.
[25] Ufficio di Presidenza, proc. verb., sed. 20 marzo 2020, p. 8.
[26] Ufficio di Presidenza, proc. verb., sed. 24-25 settembre 2020, 10.

Il definitivo passo in avanti è stato compiuto nel corso della plenaria di novembre I (2020), quando agli europarlamentari è stato consentito di poter intervenire, secondo l'ordine di iscrizione, dagli uffici di collegamento EPLO del Parlamento negli Stati membri. Si è trattato di un'importante innovazione che è andata a colmare sempre più il *gap* esistente tra i deputati in Aula ed i deputati connessi da remoto. La scelta degli EPLO non è stata casuale. Questi, infatti, dislocati in tutti gli Stati membri, erano più facilmente raggiungibili dai parlamentari e in grado di disporre delle strumentazioni tecnologiche necessarie a garantire l'adempimento delle funzioni da remoto con le garanzie di sicurezza, ed eventualmente segretezza, richieste.

A questi importanti strumenti di partecipazione da remoto, si è aggiunta l'approvazione, nel dicembre del 2020, di una proposta di modifica del Regolamento interno che ha introdotto un nuovo titolo, il XIII *bis*, denominato «Circostanze eccezionali» e composto da cinque articoli (237-*bis* – 237-*sexies*), contenente procedure in grado di garantire la continuità di funzionamento dell'Istituzione dinanzi a circostanze eccezionali come, appunto, quelle di una pandemia.

L'art. 237-*bis*, comma 1, prevede l'attribuzione al Presidente, con l'accordo della Conferenza dei Presidenti, della facoltà di adottare misure eccezionali che consentano al Parlamento di continuare a esercitare le proprie prerogative, quando «per motivi di sicurezza o di protezione o a seguito dell'indisponibilità di mezzi tecnici» sia «impossibile o pericoloso per il Parlamento riunirsi conformemente alle procedure abituali […] e al calendario che ha adottato». Inoltre, le proposte di modifiche hanno inserito nel Regolamento la possibilità di ricorrere sia per una seduta che per le altre riunioni degli organi del parlamento «al regime di partecipazione a distanza di cui all'articolo 237-*quater*».

La partecipazione a distanza, dunque, viene codificata all'interno dell'art. 237-*quater*, il quale indica una serie di attività che i deputati possono svolgere da remoto garantendo loro di poter esercitare senza restrizioni alcune importanti funzioni del loro mandato parlamentare.

Si è così proceduto a "positivizzare" un diritto parlamentare dell'emergenza in seno al Parlamento europeo, in grado di fornire una disciplina ordinata e, appunto, "posta" per i casi in cui, in futuro, dovessero replicarsi eventi emergenziali ed eccezionali come è stata la pandemia.

4. Per un Parlamento "diffuso" e "connesso"

Il Parlamento italiano, tenuto conto della situazione epidemiologica, ha continuato a lavorare utilizzando, in gran parte, le innovazioni e gli strumenti indicati (*supra 2*). Si è trattato di soluzioni che, dopo la prima fase di "assestamento", sono sembrate funzionare con relativa felicità, garantendo così un corretto equilibrio tra le diverse esigenze legate al corretto svolgimento della vita parlamentare e delle prerogative dei parlamentari.

Ora che le modalità di organizzazione dei lavori parlamentari sembrano essere ritornate quelle del periodo antecedente alla pandemia, disperdere del tutto le pratiche acquisite durante la pandemia, soprattutto in relazione allo svolgimento dei lavori "da remoto", potrebbe rappresentare un'occasione persa[27]. Tali modalità di lavoro a distanza, in alcuni casi, potrebbero continuare ad apportare un valore aggiunto alle attività parlamentari anche in futuro.

Non si tratta, e non potrebbe essere altrimenti, di fare delle Camere un "Parlamento virtuale", quanto piuttosto di Istituzioni che, rimanendo legate alla tradizione del parlamentarismo, sappiano cogliere le opportunità fornite dall'era digitale. I lavori parlamentari non potranno che continuare a svolgersi in presenza, ma non può non evidenziarsi come alcuni strumenti utilizzati in pandemia abbiano dato la possibilità di svolgere, a distanza, funzioni, altrimenti più difficilmente esercitabili.

Per non disperdere questo *know-how* si potrebbe continuare a consentire al parlamentare, che non possa fisicamente prendere parte ai lavori della Commissione, di partecipare da remoto alle riunioni delle Commissioni informali, come fatto durante la pandemia. Allo stesso modo, gli si potrebbe consentire di partecipare da remoto anche alle riunioni formali, quando questa modalità gli consenta di adempiere, allo stesso tempo, altre funzioni del proprio mandato, altrimenti non possibili. Con una pianificazione dei lavori a ciò predeterminata si potrebbe consentire ai parlamentari di rimanere nel proprio collegio di elezione in una delle giornate dedicate alle riunioni delle Commissioni cui è possibile partecipare da remoto, dando così l'opportunità al parlamentare di svolgere incontri o altre attività nel proprio collegio, altrimenti impossibili. È l'idea, da implementare *cum grano salis*, di articolare l'attività delle Assemblee parlamentari in forme di lavoro "ibride", miste, fatte di compresenza fisica e a distanza.

Volendo, invece, allargare lo sguardo ad un campo che le Camere non hanno voluto esplorare durante la pandemia, si potrebbero abilitare i parlamentari a partecipare e votare a distanza quantomeno nei casi di grave malattia, gravidanza, maternità o paternità, sia in Commissione che in Assemblea. Una possibilità già prevista, a titolo di esempio, in altri ordinamenti parlamentari europei, come quello spagnolo[28]. A tal fine si potrebbero utilizzare strumenti simili a quelli utilizzati dal Parlamento europeo, come l'app *iVote*.

Si tratterebbe, in fondo, di due minime innovazioni con le quali si potrebbe rendere persino più efficiente il lavoro dei parlamentari grazie all'uso della tecnologia, realizzando così un primo embrione di quel

[27] Parla di "esigenza ineludibile" N. LUPO, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica, tra rischio di auto emarginazione e "finestra di opportunità"*, *cit*., 165. Secondo l'A. «le misure di adeguamento alla pandemia e l'adattamento dei regolamenti parlamentari alla riduzione di deputati e senatori paiono rispondere ad un'esigenza ineludibile: alla natura più intima e tradizionale del diritto parlamentare, come insieme di regole volte ad assicurare la funzionalità dell'Assemblea».

[28] Cfr. S. CURRERI, C. MARCHESE, *Il "voto telematico no presencial" nell'esperienza delle assemblee rappresentative spagnole: le Cortes Generales e i Parlamenti delle Comunità Autonome*, in *Federalismi.it*, 12/2020, 84. C. CERBONE, A. RUSSO, *Il Parlamento durante l'emergenza coronavirus: alcuni spunti dal caso spagnolo*, in *Diritti fondamentali*, 2/2020, 102.

«parlamento diffuso e connesso» stimolando «'nuova' rappresentanza, fatta di compresenza, fisica e digitale», di cui ha scritto Andrea Manzella[29].

Come sostenuto in altre sedi anche da chi scrive, si tratta di uno scenario condivisibile e di un percorso non eludibile se si vuole iniziare a proiettare nel "mondo che verrà" le istituzioni parlamentari. Un percorso che, è chiaro, potrà avere successo se saprà bilanciare la necessità che dalle nuove forme di partecipazione da remoto non si disperda la capacità che solo il lavoro nelle aule parlamentari, quale aspetto saliente della democrazia rappresentativa, è in grado di offrire. Questo scenario dovrà essere al contempo in grado di innovare le modalità dei lavori parlamentari con strumenti "da remoto", non per andare incontro alle pulsioni antiparlamentariste e orientate alla disintermediazione, quanto piuttosto verso l'implementazione delle pratiche promosse durante la pandemia, avendo il coraggio di utilizzare «nuove procedure al tempo della digitalizzazione»[30].

[29] A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*, Piccole Conferenze, Mucchi Editore, 2020, 69-70.
[30] *Ibidem*, 53.

La Camere nell'emergenza da Covid-19. Notazioni ricostruttive e spunti problematici*

di Luca Cavalli
Dottorando di ricerca in Diritto dell'economia
Università degli Studi di Napoli Federico II

Abstract [It]: Il presente contributo considera la risposta del Parlamento italiano alla crisi sanitaria da Covid-19. Il registro argomentativo è duplice: da una parte segue la dimensione interna delle Camere (specie con riferimento a profili organizzativi e procedimentali); dall'altra quella esterna, di relazione con il Governo (soprattutto quanto all'attività normativa e di controllo). Alla luce di questa ricostruzione, la ricerca mette a tema alcune possibili soluzioni utili a valorizzare il ruolo del Parlamento, anche considerando, in chiave problematica, le risultanze di alcuni dibattiti dottrinali e istituzionali svolti durante l'emergenza pandemica, in riferimento ai limiti e alle potenzialità delle ipotesi di digitalizzazione applicate alla vita del Parlamento.

Title: The Chambers in the Covid-19 Emergency. Reconstructive remarks and problematic insights
Abstract [En]: This essay considers the Italian Parliament's response to the Covid-19 health crisis. The argumentative register is twofold: on the one hand, it follows the internal dimension of the Chambers (especially with reference to organizational and procedural profiles); on the other hand, the external dimension, of relations with the Government (especially with regard to regulatory and control activities). In view of this reconstruction, the research discusses some possible solutions useful to enhance the role of Parliament, also considering, in a problematic way, the results of some doctrinal and institutional debates held during the pandemic emergency, with reference to the limits and potentialities of digitalization hypotheses applied to the life of Parliament.

Parole chiave: Parlamento; emergenza; forma di governo; digitalizzazione; democrazia digitale
Keywords: Parliament; emergency; form of government; digitization; digital democracy

Sommario: **1.** Delimitazione del tema. **2.** Le Camere innanzi alla crisi sanitaria: annotazioni ricostruttive. **3.** Il controllo parlamentare nei «paradigmi normativi» dell'emergenza. **4.** La digitalizzazione dei lavori parlamentari: potenzialità e limiti. **5.** Qualche osservazione conclusiva.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Delimitazione del tema

Il presente contributo considera la risposta del Parlamento nella fase più acuta dell'emergenza sanitaria da Covid-19[1] secondo due principali angoli di osservazione[2]: uno interno alle Camere, specie con riferimento alle soluzioni messe in campo per assicurare la continuità dei lavori parlamentari; uno esterno, principalmente teso a considerare il rapporto delle Camere con il Governo.

Queste prospettive – com'è noto – chiamano in causa questioni complesse, tra cui, per menzionarne almeno alcune: la debolezza del Parlamento[3]; le «torsioni»[4] della forma di governo e, in particolare, i processi di dislocazione della decisione politica verso le sedi dell'Esecutivo e degli organismi di natura tecnica[5]; le trasformazioni del sistema rappresentativo[6]; la peculiarità del diritto parlamentare, specie

[1] Si tratta del periodo che intercorre tra il 31 gennaio 2020 e il 13 febbraio 2021: cioè dalla dichiarazione dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri (a seguito di quella dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, del 30 gennaio) e la transizione dal Governo Conte II al Governo Draghi. La prospettiva di indagine considerata (Parlamento ed emergenza) è stata oggetto di un dibattito molto vasto in dottrina: da ultimo, per una ricerca sul ruolo del Parlamento nell'emergenza sanitaria e nelle vicende che hanno caratterizzato le attività parlamentari nelle diverse fasi emergenziali, si v. U. RONGA, *L'emergenza in Parlamento. Attraverso e oltre la pandemia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, spec. pp. 16 e ss. Più in generale, con riferimento alla sovrapposizione tra emergenze (reale ed emergenza «permanente»), si v. ID., *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos*, 1, 2020, p. 2. Ampiamente, sul concetto di «stabilizzazione» dell'emergenza, si v. S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in ID. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni, Atti del convegno annuale del Gruppo di Pisa*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 649 ss. Dell'«estromissione del Parlamento dalle scelte più rilevanti», con riferimento alle politiche di contrasto alla pandemia (specificatamente quelle connesse alla campagna vaccinale), si v. A.M. POGGI, Green pass*, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, in *federalismi.it*, 21, 2021, p. 10.

[2] In continuità con un metodo di indagine consolidato, già impiegato da U. RONGA, *L'emergenza in Parlamento*, cit., spec. pp. 143 ss.

[3] Da ultimo, per una analisi ampia sul ruolo del Parlamento e sulle possibili prospettive nell'«epoca-ponte», si v. A. MANZELLA, *Elogio dell'Assemblea, tuttavia*, Mucchi Editore, Modena, 2020, pp. 62 e ss.

[4] Così S. STAIANO, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, in *federalismi.it*, 3, 2012, p. 3. Ancora con riguardo alle trasformazioni della forma di governo, si v. M. CARTABIA, *Il Governo "Signore delle fonti"?*, in ID., E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici: atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 55; nonché, con riferimento alle tendenze più recenti, si v. F. FABRIZZI, *Da De Gasperi a Draghi, il dispiegarsi della forma di governo*, in *federalismi.it*, 30 marzo 2022, p. 3.

[5] Il rapporto tra tecnica, scienza e politica, specialmente nell'emergenza sanitaria, ha assunto rilevanza specifica. Lo si è visto, in particolare, attraverso il ruolo che nel procedimento endo-governativo di elaborazione delle politiche anti-contagio, hanno assunto i Comitati tecnici istituiti *ad hoc* dal Governo. Con particolare riguardo al ruolo del Comitato tecnico-scientifico si v. U. RONGA, *L'emergenza in Parlamento*, cit., pp. 94 e ss. Per ulteriori considerazioni di carattere più generale, si vv., da ultimo, A. IANNUZZI, *Il Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza sanitaria: un bilancio dell'esperienza utile per far emergere prospettive di riforma*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2022, spec. p. 523; G. RAGONE, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2022, pp. 219 e ss.

[6] Anche su questo tema il dibattito è molto ampio. Ne considera le tendenze più recenti, analizzando il rapporto tra «democrazia, rappresentanza, algoritmi», S. STAIANO, *Rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, spec. p. 41. In tema si v. anche I. MASSA PINTO, *Rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, p. 6, ove l'A. considera le vicende connesse alla «perdita di centralità del principio rappresentativo».

quanto ad alcune ipotesi di derogabilità delle sue regole[7]; l'esercizio del mandato parlamentare nell'«epoca di internet»[8].

Tali questioni definiscono il contesto teorico in cui si colloca il tema di indagine, rispetto al quale la risposta del Parlamento alla crisi sanitaria costituisce un punto di osservazione specifico ai fini di una analisi che intenda, più in generale, interrogarsi sulle «sorti» del Legislativo «oltre la pandemia»[9]. Secondo questa prospettiva, infatti, il «lascito»[10] dell'emergenza consente di trarre indicazioni utili rispetto a diversi ambiti di ricerca: sia in relazione a profili teorici, diffusamente indagati dalla dottrina (come quelli relativi alle modalità della produzione normativa dell'emergenza); sia – ed è qui di specifico riguardo – con riferimento alle soluzioni adottate dal Parlamento nel tentativo di riorganizzarsi anche per riaffermare le proprie prerogative (normative e di controllo sull'attività del Governo). A tal proposito, sono considerati in questa analisi i seguenti profili tematici: quello relativo alla modifica dei Regolamenti di Camera e Senato, per cercare di capire se – e, nel caso, come – l'emergenza abbia orientato le scelte del Legislatore; il ruolo del Parlamento nella transizione digitale[11] promossa dal PNRR (che, com'è noto, costituisce lo strumento per la ripresa socio-economica del Paese, ma anche l'opportunità di riforme istituzionali ulteriori)[12]; la vicenda russo-ucraina e le sue possibili implicazioni, per riflettere sull'opportunità di prevedere soluzioni che garantiscano la continuità dei lavori parlamentari anche nel quadro di ipotesi di

[7] Si tratta, com'è noto, di profili teorici complessi: con riguardo alla natura del diritto parlamentare, alla collocazione dei regolamenti parlamentari nel sistema delle fonti, alle ipotesi di derogabilità – e ai relativi limiti – delle regole parlamentari, si vv. A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bologna, 2003, spec. par. 4; L. CIAURRO, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto* double face, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2018, p. 2 e ss.; N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2020, p. 124.

[8] Così A. CIANCIO, *Le sfide della rappresentanza politica nell'epoca di internet. Brevi note a mo' di introduzione*, in *federalismi.it*, 15, 2021, pp. 43 e ss.

[9] Analizza le prospettive dell'«eredità della pandemia», fornendo una analisi di «bilanci e prospettive»: U. RONGA, *L'emergenza in Parlamento*, cit., p. 175, di cui sono entrambi i virgolettati.

[10] Così F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Rivista AIC*, 3, 2020, spec. p. 46, che riflette sulle conseguenze e i moniti della pandemia.

[11] Com'è noto, tra i principali obiettivi «di sistema» del Piano vi è prioritariamente quello della transizione digitale che, almeno quanto al contesto dei pubblici poteri e al funzionamento degli organi costituzionali, impone una riflessione su una attuazione compatibile con il dettato costituzionale. Su questo profilo, cfr. D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *federalismi.it*, 7, 2022, spec. p. 123.

[12] Il dibattito sul PNRR è in corso e numerosi sono i profili di indagine. Circa il modello di *governance* in relazione alle dinamiche della forma di governo, si vv. S. STAIANO, *Il piano nazionale di ripresa e resilienza guardato da Sud*, in *federalismi.it*, 14, 2021, p. 4; A. SCIORTINO, *PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *federalismi.it*, 18, 2021, p. 248. Con riferimento al ruolo del Parlamento nel procedimento attuativo si v. N. LUPO, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni*, in *federalismi.it*, 7 settembre 2022, pp. 4 ss. Circa le modalità della produzione normativa, considerando l'«intarsio tra diversi livelli normativi», R. DI CESARE, A. ZITO, *Dall'indirizzo al vincolo: le procedure parlamentari nell'esame del PNRR*, in *federalismi.it*, 24, 2022, pp. 83 e ss. Con riferimento ai modelli di raccordo e al ruolo delle Regioni nel PNRR, si v. G.M. SALERNO, A.G. ARABIA, A. IACOVIELLO, *Il contributo delle Assemblee legislative regionali per la programmazione e l'attuazione del PNRR*, in *Italian Papers on Federalism*, 2, 2022, pp. 4 e ss.; U. RONGA, *La Cabina di regia nel procedimento di attuazione del PNRR. Quale modello di raccordo tra Stato e Autonomie?*, in *Italian Papers on Federalism*, 2, 2022, pp. 57 e ss.; A. LERRO, *Governance del PNRR e rapporti fra centro e autonomie territoriali. Art. 12 d.l. 77/2021 in materia di poteri sostitutivi, quale impatto sul regionalismo italiano?*, in *Italian Papers on Federalism*, 2, 2022, p. 144.

emergenze di segno diverso (come nel caso di eventi – come la guerra – che determinino l'attivazione di soluzioni straordinarie previste dal modello costituzionale)[13].

In tal senso, il lavoro si articola in tre parti: la prima ricostruisce le soluzioni (informali e istituzionali)[14] individuate dalle Camere per preservare la continuità dei lavori; la seconda considera il controllo parlamentare sulle misure adottate dal Governo per fronteggiare la crisi sanitaria; la terza, muovendo dalle soluzioni per valorizzare le prerogative decisionali del Legislativo, approfondisce, in chiave problematica, l'ipotesi della digitalizzazione delle procedure parlamentari.

2. Le Camere innanzi alla crisi sanitaria: annotazioni ricostruttive

Con riferimento alla dimensione interna, la risposta organizzativa delle Camere alla pandemia è stata caratterizzata, quanto al metodo, dall'impiego di accordi politici intercorsi tra i gruppi parlamentari e dall'attività, anche interpretativa, di alcuni organi: ciò a Regolamenti invariati e al fine di individuare soluzioni idonee a garantire contestualmente la continuità dei lavori e il diritto alla salute di parlamentari e funzionari[15].

Quanto al merito, gli ambiti di intervento sono stati in prevalenza i seguenti: la programmazione dei lavori, l'organizzazione degli spazi e le modalità di esercizio del mandato parlamentare[16].

Circa la programmazione dei lavori, la Conferenza dei Presidenti dei gruppi parlamentari ha deliberato di esaminare in Aula solo le questioni relative all'emergenza[17]: pertanto, i disegni di legge di conversione

---

[13] Sul tema, cfr. G. MARAZZITA, *Guerra vietata, legittima, necessaria*, in *federalismi.it*, 22, 2022, pp. 55 e ss. L'A., a partire dal dibattito in Assemblea costituente sull' art. 11 e 52 della Costituzione, riflette sulla legittimità dell'invio di equipaggiamenti militari all'Ucraina. Per ulteriori apprendimenti sul tema dei cd. «"Decreti Ucraina"», si v. S. LIETO, *L'impatto dell'emergenza sanitaria ed economica da Covid-19 sul sistema delle fonti tra livello statale, regionale e locale*, Versione provvisoria della relazione per il *Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa*, Università di Firenze, 17-18 giugno 2022, pp. 37 e ss.

[14] Queste costituiscono, come si approfondirà *infra* § 2, il risultato del lavoro di alcuni organi delle Camere e da accordi politici tra gruppi parlamentari. Su questo versante, quanto al ruolo dei gruppi e alla rilevanza giuridica di soluzioni concordate, si vv. S. CURRERI, *Le conseguenze della riduzione del numero dei parlamentari sui gruppi politici*, in *Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 1, 2022, p. 11; A. CIANCIO, *Il gruppo parlamentare come formazione sociale e la tutela del dissenso dei singoli aderenti*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, pp. 616 ss.; U. RONGA, *Partiti personali e vicende dei gruppi parlamentari nell'esperienza recente. Contributo allo studio della XVII e della XVIII Legislatura*, in *federalismi.it*, 12, 2020, pp. 201 ss.; E. GRIGLIO, *Il rapporto tra gruppi, partiti e singoli eletti nel nuovo regolamento del Senato. Spunti di riflessione a margine dell'esperienza comparata*, in *federalismi.it*, 30, 2022, p. 72; A. CIANCIO, *Disciplina di gruppo e tutela del parlamentare dissenziente*, in *federalismi.it*, 13, 2018, p. 3.

[15] Su questi profili, cfr. F. BIONDI, P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria. Riflessioni sulla difficile praticabilità di un Parlamento "telematico"*, in *federalismi.it*, 18, 2020, spec. p. 35.

[16] In questo ultimo ambito (modalità di esercizio del mandato parlamentare) rientra anche l'ipotesi della digitalizzazione dei lavori parlamentari di cui si svolgerà un'analisi specifica *infra* § 4.

[17] Cfr. Camera dei deputati, Conferenza dei Presidenti dei gruppi parlamentari, *Resoconto stenografico*, XVIII Legislatura, 5 marzo 2020, p. 3. Sul tema della programmazione dei lavori, si v. G. LASORELLA, *Aggiornamenti e sviluppi in tema di programmazione dei lavori, tra decreti-legge e maggioranze variabili*, in *Il Filangieri, Quaderno 2015*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 64 e ss.; ID., *La programmazione dei lavori alla Camera ed i suoi protagonisti: governo, gruppi e presidente. Luci ed ombre*, in *Il Filangieri, Quaderno 2007*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 57 ss. Per ulteriori apprendimenti, si v. anche, S. DONDI, *Il "tempo ritrovato": la programmazione dei lavori parlamentari*, in C. DE CESARE (a cura di), *Lezioni sul Parlamento nell'età del disincanto*, Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche – LUISS, Roma, 2011, pp. 137 e ss.

hanno sostanzialmente occupato l'agenda parlamentare[18], solo con qualche eccezione connessa agli adempimenti necessari e inderogabili[19].

Con riguardo ai rimedi logistico-organizzativi, allo scopo di ridurre le occasioni di contagio, sono stati rimodulati spazi, tempi e presenze in Aula[20]. Si è trattato, come detto, di soluzioni assunte a regole invariate, facendo ricorso all'autonomia decisionale del Parlamento e all'attività interpretativa della Giunta per il Regolamento e della Conferenza dei Presidenti dei gruppi parlamentari di ciascuna Camera[21]. Tra le soluzioni di maggior rilievo merita considerare: il contingentamento del numero dei presenti in Aula; e, al fine di preservare il computo del numero legale, la qualificazione giuridica dei parlamentari contagiati e impossibilitati a partecipare alle sedute.

Circa le modalità del contingentamento delle presenze, si è scelto di adoperare una soluzione mutuata dall'esperienza anglosassone. Si è trattato del *pairing*[22]: un'intesa che opera su base volontaria, come espressione di un accordo informale (per questo dotato di mera valenza politica)[23] tra i gruppi parlamentari, funzionale a conservarne le proporzioni tra i gruppi e, dunque, i rapporti di forza in campo. Tale modalità ha suscitato diversi interrogativi, specie in relazione alla sua legittimità, dunque alla relativa compatibilità con la Costituzione e i Regolamenti parlamentari; ed effettività, con riguardo alla propria capacità di tenuta. Sono profili tra loro intrecciati, con specifiche ricadute applicative, rispetto alle quali si sono contrapposti due orientamenti: uno ne ha affermato la conformità all'ordinamento giacché, trattandosi di una forma di autoregolazione, non reca alcun (implicito o esplicito) vincolo giuridico per i singoli parlamentari[24]; un secondo, invece, ha ritenuto la riduzione concordata, ancorché non vincolante, assimilabile alla procedura di voto per delega che, com'è noto, è vietata dai Regolamenti[25]. Peraltro,

[18] Nel 2020 le Camere sono state chiamate alla conversione di 37 decreti-legge (una media di 3 al mese); un dato di significativo rilievo se confrontato con quello dell'anno precedente, in cui erano stati presentati per la conversione circa 21 decreti-legge. Durante la fase più acuta dell'emergenza (febbraio-luglio 2020) su un totale di 33 leggi, sono state approvate 15 leggi di conversione (45%), 17 leggi di autorizzazione alla ratifica di accordi internazionali (51%), 1 legge di iniziativa parlamentare (3%). Cfr. E. BORGHETTO, *L'intervento parlamentare nel processo di conversione dei decreti legge pandemici*, in *Il Filangieri*, *Quaderno 2020*, Jovene, Napoli, 2021, p. 15. Sul punto, per un'analisi più ampia, si v. Camera dei deputati, Osservatorio sulla legislazione, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione Europea: rapporto sulla legislazione 2019-2020*, XVIII Legislatura, 2021, p. 55.

[19] Tra questi, le leggi di ratifica dei trattati internazionali. Cfr. G.L. CONTI, *La crisi dello "Stato moderno" e l'emergenza pandemica: appunti sul ruolo delle Camere nella lotta contro il coronavirus*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020, p. 523.

[20] Ricostruisce puntualmente la vicenda organizzativa del Parlamento, S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2020.

[21] Per un'analisi più ampia delle misure messe in campo dalla Camera, si vv. Camera dei deputati, Giunta per il Regolamento della Camera dei deputati, *Resoconto stenografico*, XVIII Legislatura, 4 marzo 2020, p. 3; Camera dei deputati, Conferenza dei Presidenti dei gruppi parlamentari, *Resoconto stenografico*, XVIII Legislatura, 29 aprile 2020, pp. 2 e ss.

[22] Per un'analisi comparata sul tema, si v. Senato della Repubblica, Servizio studi, *Emergenza da Covid-19 e attività parlamentare: i casi di Francia, Germania e Spagna*, marzo 2020, pp. 3 ss.

[23] Per questa ragione non vincolante e privo di effetti giuridici, come rileva altresì U. LATTANZI, *Il* pairing *nel Parlamento italiano e le ragioni del suo fallimento: una prospettiva di diritto comparato*, in *DPCE* online, 1, 2022, pp. 745 e ss.

[24] Cfr. S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, cit., spec. p. 229.

[25] Cfr. M. VILLONE, *Camera a eletti contingentati è incostituzionale*, in *Il Foglio*, 11 marzo 2020.

essendo espressione del «galateo istituzionale»[26], il *pairing* inevitabilmente risente delle dinamiche partitiche e delle relative instabilità[27]: fattori che, com'è noto, si sono rilevati determinanti anche nell'esperienza più recente, come in occasione dell'approvazione della legge deliberativa dello scostamento di bilancio[28].

Con riferimento alle misure necessarie per regolare il numero dei parlamentari in Aula, al fine di preservare il computo del numero legale, si è poi imposta l'esigenza di individuare la qualificazione giuridica dei parlamentari contagiati, in quarantena, o comunque impossibilitati a partecipare alla seduta, facendo ricorso, a Regolamenti invariati e in assenza di precedenti utili[29], all'istituto della missione[30], già utilizzato per la qualificazione delle parlamentari in maternità[31].

Il complesso di tali misure (attività interpretativa delle Giunte per il Regolamento, determinazioni delle Conferenze dei Presidenti dei gruppi parlamentari e degli Uffici di Presidenza), dettate dalla necessità di fronteggiare la pandemia, mette in rilievo, tra limiti e potenzialità, una certa elasticità del modello di riferimento; e ripropone l'esigenza di una riflessione organica sul ruolo del Parlamento e la sua valorizzazione – anche attraverso la leva di una revisione più ampia dei Regolamenti parlamentari – affinché possa recuperare maggiore ruolo in termini di decisione e di co-decisione[32].

3. Il controllo parlamentare nei «paradigmi normativi»[33] dell'emergenza

La dimensione esterna, in modo speculare rispetto a quella interna, consente di analizzare le modalità di partecipazione del Legislativo al processo di produzione normativa, anche in relazione all'attività di

[26] Così U. RONGA, *L'emergenza in Parlamento*, cit., p. 146.

[27] Profili oramai consolidati nel modello partitico, benché in costante mutamento, come già notato in S. STAIANO (a cura di), *Nella rete dei partiti, trasformazione politica, forma di governo,* network analysis, Jovene, Napoli, 2014, spec. p. 33 ss.

[28] Il 5 marzo 2020 il Governo Conte II ha presentato al Parlamento la prima di cinque relazioni per far fronte alle conseguenze dell'epidemia da Covid-19, ai sensi dell'articolo 6, comma 5, della legge n. 243 del 2012. Tale relazione è stata autorizzata dalla Camera con la risoluzione n. 6-00103 e dal Senato con la risoluzione n. 6-00102. Durante le sedute in cui si discuteva dell'approvazione, il gruppo parlamentare Fratelli d'Italia ha invitato tutti i propri componenti a partecipare alla votazione in Aula, costringendo i gruppi di maggioranza ad adeguare le presenze, determinando la "rottura" della soluzione concordata.
Approfonditamente sul tema: Camera dei deputati, Servizio studi, *Gli scostamenti di bilancio della XVIII legislatura: un quadro d'insieme*, 24 ottobre 2022.

[29] L'unico precedente riguarda la decisione del Presidente Fini sulla partecipazione ai lavori parlamentari di deputati sottoposti a misure cautelari: cfr. Camera dei deputati, Ufficio di Presidenza, *Resoconto sommario*, agosto 2011, p. 15.

[30] Gli artt. 46 r.C. e 108 r.S. prevedono che i parlamentari in missione siano considerati presenti ai fini del computo del numero legale. Per un approfondimento sul dibattito istituzionale, si v. Camera dei deputati, Giunta per il Regolamento, *Resoconto stenografico*, XVIII Legislatura, 4 marzo 2020, p. 2; e, più in generale, sul tema, si v., P. PISICCHIO, *Pandemia da Covid-19 e Assemblee Parlamentari, tra contagi, congedi e missioni*, in *federalismi.it*, 21 ottobre 2020, spec. p. 4.

[31] Cfr. Camera dei deputati, Giunta per il Regolamento, *Resoconto stenografico*, XIV Legislatura, 4 ottobre 2001, p. 3.

[32] Analizza il mutamento delle funzioni del Parlamento e la progressiva marginalizzazione, L. VIOLANTE, *Dal Parlamento delle leggi al parlamento dei controlli*, in *federalismi.it*, 3, 2019, p. 245.

[33] L'espressione è mutuata da U. RONGA, *L'emergenza in Parlamento*, cit., spec. pp. 125 e ss., ove sono ricostruite le modalità della produzione normativa dell'emergenza, adoperando una classificazione delle fonti e delle misure adottate secondo determinati «paradigmi normativi».

controllo che questo svolge sugli atti dell'Esecutivo[34]: in questa prospettiva, si tratta di comprendere se agli sforzi organizzativi sia seguito un rafforzamento sostanziale del ruolo del Parlamento nella produzione normativa emergenziale.

Tali vicende, com'è stato notato[35], possono essere ricondotte a due paradigmi differenti: il primo, definito dal Governo Conte II, «a prevalenza del d.P.C.M.»; il secondo, risalente al Governo Draghi, «a prevalenza del decreto-legge»[36], introdotto in un contesto forse meno avverso, alla luce del calo dei contagi e degli sviluppi della campagna vaccinale.

Nel primo paradigma (Governo Conte II) le Camere hanno esercitato le proprie prerogative decisionali e di controllo prevalentemente in sede di conversione della decretazione d'urgenza nonché attraverso la procedura, introdotta dalla legge n. 35 del 2020[37], orientata – sia pure con esiti spesso incerti – a garantire il coinvolgimento del Parlamento nella definizione delle misure anticontagio.

In questo ambito, molti sono i profili problematici: alcuni riguardano la conversione dei decreti-legge pandemici[38]; altri ancora, di interesse specifico e che si intende per questo analizzare, riguardano il tema della cd. "parlamentarizzazione" dei d.P.C.M.[39]. Specie quest'ultima è stata introdotta per «rafforzare le garanzie procedurali di un atto che, proprio per la sua flessibilità […] è stato scelto come strumento di regolazione delle misure restrittive connesse all'emergenza sanitaria»[40]. Si tratta di una modalità che prevede due forme di coinvolgimento parlamentare: una *ordinaria*, che consente alle Camere di formulare pareri a seguito dell'illustrazione delle misure in corso di definizione da parte del Presidente del Consiglio

[34] In senso critico, si v. G. GUZZETTA, *E se il caos delle norme anti-contagio fosse un trucco per toglierci la voglia di libertà?*, in *Il Dubbio*, 4 aprile 2020. Con riferimento invece al principio di collegialità, è stato rilevato che il processo di amplificazione del protagonismo del Presidente del Consiglio dei ministri, a scapito della collegialità del Governo: sul punto, cfr. A. ARCURI, *Cose vecchie e cose nuove sui d.P.C.M. dal fronte (…dell'emergenza coronavirus)*, in *federalismi.it*, 28, 2020, p. 241; riflette sui meccanismi di raccordo tra Governo e Regioni nella pandemia, F. SAVASTANO, *Il Governo come attore principale della leale collaborazione: il ruolo nelle sedi di raccordo con le autonomie e la perdurante necessità di un cambio di rotta*, in *federalismi.it*, 28, 2020, p. 43.

[35] Cfr. U. RONGA, *L'emergenza in Parlamento*, cit., spec. pp. 125 e ss.

[36] Così *ivi*, pp. 131 e ss., di cui sono entrambi i virgolettati.

[37] Si tratta della legge di conversione del decreto-legge n. 19 del 2020. Per ulteriori apprendimenti in merito al coinvolgimento parlamentare nella vicenda pandemica, si v. V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, p. 271.

[38] Su tutte, la questione che principalmente è venuta in rilievo ha riguardato la proposta di approvare le leggi di conversione dei decreti-legge direttamente in Commissione, superando la riserva di assemblea prevista dai Regolamenti parlamentari; anche con riferimento al sistema delle fonti, in dottrina si sono posti numerosi dubbi sull'opportunità di far confluire diversi decreti-legge in un'unica legge di conversione, oppure di abrogare un decreto-legge precedente con uno successivo, sottraendo il primo al controllo parlamentare, cfr. N. LUPO, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica, tra rischio di auto-emarginazione e "finestra di opportunità"*, in *Il Filangieri, Quaderno 2020*, Jovene, Napoli, 2021, pp. 155 e ss.; E. BORGHETTO, *L'intervento parlamentare nel processo di conversione dei decreti-legge "pandemici"*, cit., pp. 13 e ss.

[39] Cfr., da ultimo, M. RUBECHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Giappichelli, Torino, 2022, spec. pp. 115 e ss. Riflette sulla natura del d.P.C.M. nel sistema delle fonti: A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria,* in *Rivista AIC,* 2, 2020, spec. p. 565 e ss.

[40] Così E. GRIGLIO, *La parlamentarizzazione dei DPCM "pandemici": un caso di inversione dell'onere della prova*, in *Il Filangieri, Quaderno 2020*, Jovene, 2021, p. 50.

dei ministri o di un suo delegato; una *straordinaria*, che prevede una comunicazione successiva all'adozione delle misure, da attivare nell'impossibilità di ricorrere alla procedura ordinaria.

Al riguardo, il dibattito scientifico si è articolato su due principali linee di pensiero: una parte della dottrina ha ritenuto tale procedura in grado di assicurare un adeguato coinvolgimento delle Camere nella produzione normativa, anche alla luce della contingenza emergenziale[41]; altra parte, invece, ha ritenuto tale meccanismo incapace di garantire l'effettiva inclusione del Parlamento nella definizione della risposta ordinamentale alla situazione di crisi[42].

In questo quadro, articolato e incerto, sono venuti in rilievo i limiti della procedura, specie rispetto alla capacità di controllo parlamentare. Tra questi: la mancata previsione dell'obbligo, in capo al Governo, di inviare lo schema di provvedimento alle Camere prima dell'illustrazione delle misure; l'assenza di aggravi procedimentali in caso di risoluzioni contrarie da parte dell'Assemblea; l'assenza di contromisure in caso di mancato recepimento da parte dell'Esecutivo degli orientamenti espressi dalle Camere attraverso le risoluzioni[43].

Nella transizione che conduce al secondo paradigma (Governo Draghi), mutano le vicende della produzione normativa: come si è anticipato, si riafferma il decreto-legge e, per ragioni anche legate alla necessità di operare «nel segno della discontinuità»[44] con il Governo precedente, arretra il d.P.C.M. Tuttavia, tali mutamenti non hanno determinato una modifica del ruolo del Legislativo, almeno negli snodi sin qui considerati: al tentativo del Parlamento di autogestirsi per garantire la continuità dei lavori e assicurare l'esercizio del mandato parlamentare, non è corrisposto, infatti, un mutamento decisivo rispetto al ruolo che ha assunto – e tutt'ora assume – nella forma di governo. In tal senso, in continuità con tendenze consolidate, anche la produzione normativa emergenziale è stata rimessa a una «gestione solitaria»[45] del Governo, mentre il Parlamento ha prevalentemente operato come «consulente»[46] ed «emendatore»[47].

---

[41] Su tutti, si v. V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *Il Filangieri*, *Quaderno 2020*, Jovene, Napoli, 2020, p. 3 ss.

[42] Cfr. G. BRUNELLI, *Sistema delle fonti e ruolo del parlamento dopo (i primi) dieci mesi di emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, p. 390, che ritiene la parlamentarizzazione «una soluzione debole e insufficiente [che ha ridotto] il Parlamento al rango di consulente dell'Esecutivo, ridimensionando anche per questa via i suoi già compromessi poteri».

[43] Tale modalità, come rileva P. CARETTI, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale, 2020, p. 3, non è stata ritenuta pienamente efficace, alimentando «i dubbi sulla correttezza del ricorso a questo tipo di fonte».

[44] Così U. RONGA, *L'emergenza in Parlamento*, cit., p. 131.

[45] Così A.M. POGGI, Green pass*, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, cit., p. 10.

[46] In questi termini, analizzando il fenomeno della marginalizzazione del Legislativo e, più in generale, le dinamiche della forma di governo attraverso lo studio della delegazione legislativa: U. RONGA, *La delega legislativa. Recente rendimento del modello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 41. Per alcune ulteriori considerazioni riguardanti la prassi più risalente, invece, si v. E. ROSSI (a cura di), *Il Parlamento consulente. Dati e tendenze relativi alla funzione consultiva parlamentare nella XIII Legislatura*, Jovene, Napoli, 2002, spec. pp. 71 ss.

[47] Così L. GORI, *Problemi di metodo per una ricerca sulla decretazione d'urgenza ed il ruolo del Parlamento. A proposito di una ricerca in corso al Sant'Anna*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge*, Grafo, Brescia, 2011, pp. 95 ss.

4. La digitalizzazione dei lavori parlamentari: potenzialità e limiti

Come si è in parte anticipato, la pandemia ha contribuito a riportare al centro della riflessione teorica e istituzionale il dibattito per il rilancio della centralità del Legislativo. Tra le diverse ipotesi in campo, quelle connotate da maggiori potenzialità innovative – e, tuttavia, dai maggiori risvolti problematici – riguardano le prospettive della partecipazione da remoto all'attività parlamentare e, in particolare, di uno dei suoi corollari: il voto a distanza. Ad esso sono riconducibili almeno due accezioni, che intercettano il più ampio tema delle modalità di funzionamento della *e-democracy*[48], ciascuna corrispondente a diverse fasi del circuito democratico-rappresentativo: il voto *elettivo* e quello *deliberativo*.

La dimensione del voto *elettivo* riguarda modalità – venute in rilievo per arginare la «progressiva crisi della democrazia rappresentativa in ragione della fine dei partiti di massa»[49] e già consolidate in alcuni ordinamenti[50] – che consentono di esercitare il diritto di voto per l'elezione delle Assemblee elettive senza che l'elettore si rechi fisicamente presso i seggi: mediante il voto per corrispondenza[51]; o, alternativamente, utilizzando dispositivi elettronici (voto elettronico)[52].

Circa il momento del voto *deliberativo* – che in questa sede si intende approfondire dal punto di vista del Parlamento – invece, il riferimento è alla praticabilità di modalità digitali per lo svolgimento del mandato

---

[48] Per un'ampia riflessione sul tema dell'*e-democracy*, si vv. A. SIMONCINI, E. CREMONA, *L'AI fra pubblico e privato*, in *DPCE online*, 1, 2022, p. 253, ove si discute anche della prospettiva del metaverso; G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, ETS, Pisa, 2017, pp. 155 e ss.; P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in *Diritto pubblico*, 1, 2019, p. 71 ss.; T.E. FROSINI, *La dimensione costituzionale del consenso popolare,* in *federalismi.it*, 13 luglio 2022, pp. 7 e ss; A. LAMBERTI, *L'ambiente digitale: una sfida per il diritto costituzionale*, in *federalismi.it*, 4, 2022, pp. 435 e ss.; M. BETZU, G. DEMURO, *I* big data *e i rischi per la democrazia rappresentativa*, in *MediaLaws*, 1, 2020, pp. 218 ss. Con riferimento al procedimento legislativo, si v. *A.* CARDONE, *"Decisione algoritmica"* vs *decisione politica. A.I., Legge, Democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, spec. pp. 55 ss. Quanto al rapporto tra democrazia e libertà, si vv. T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e Libertà in Internet*, Mondadori, Firenze, 2017; S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2014, par. 8, in cui l'A. riflette sulla «qualità della democrazia elettronica». Svolge ulteriori considerazioni alla luce del diritto dell'Unione europea: E. LONGO, R*ivoluzione digitale e sviluppi della partecipazione democratica nell'Unione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2021, p. 1315, ove l'A. discute sul «difficile rapporto tra nuove tecnologie e l'emergere di una sfera pubblica europea».

[49] In questo senso, F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, in *federalismi.it*, 6, 2020, p. 220.

[50] Pur analizzandone i rischi, ritiene che la tutela della segretezza non debba operare come ostacolo insormontabile ad un uso consapevole della tecnologia nelle procedure democratiche, *passim*, M. ROSPI, *La segretezza del voto, garanzia di libertà o ostacolo alla partecipazione? Una comparazione fra Italia e Stati Uniti*, Il Campano, Pisa, 2019.

[51] Tale soluzione è prevista anche nel nostro ordinamento ma solo per il caso dei cittadini italiani residenti all'estero, come rileva V. DESANTIS, *Il voto degli italiani all'estero: nuove criticità e vecchi problemi nella prospettiva del superamento del voto per corrispondenza*, in *federalismi.it*, 22, 2022, pp. 31 e ss. Su questi profili, analizzando secondo una prospettiva critica i numerosi problemi di tale questione, cfr. G. TARLI BARBIERI, *Il voto degli italiani all'estero: una riforma sbagliata*, in R. D'ALIMONTE, A. CHIARAMONTE, *Proporzionale ma non solo. Le elezioni politiche del 2006*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 140. Circa i profili connessi all'intersezione tra il voto elettivo e il possibile utilizzo di nuove tecnologie, si vv. E. LONGO, *Europa e democrazia elettronica*, in A. PAJNO, L. VIOLANTE (a cura di), *Biopolitica, pandemia e democrazia.* Rule of law *nella società digitale*, Vol. I, Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 233 e ss.

[52] Su questi profili, cfr. L. TRUCCO, *Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e Libertà in Internet*, cit. Inoltre, più di recente, si v. E. CATERINA, M. GIANNELLI, *Il voto ai tempi del* blockchain*: per una rinnovata valutazione costituzionale del voto elettronico*, in *Rivista AIC*, 4, 2021, pp. 3 e ss.

parlamentare, anche attraverso un processo di complessiva «reingegnerizzazione»[53] di attività e procedure[54]. Si tratta di una prospettiva divisiva sul piano teorico e culturale – e altrettanto complessa – che «costituisce una delle sfide che la rivoluzione tecnologica e digitale pone all'attenzione del costituzionalismo contemporaneo e che va a toccare al cuore il funzionamento stesso degli ordinamenti democratici»[55]. Essa è venuta in rilievo, con rimarchevole forza, durante la fase più acuta dell'emergenza ma anche, più di recente, in occasione dell'elezione del Presidente della Repubblica, ancorché non abbia trovato, ad oggi, riscontri applicativi[56]. La praticabilità della digitalizzazione delle attività parlamentari chiama in causa, infatti, almeno due principali elementi, tra loro strettamente dipendenti: l'interpretazione del lemma «presenza», previsto dall'art. 64, comma terzo, Cost.; e la possibilità di esercitare il mandato parlamentare con il supporto di strumenti informatici.

Quanto al primo versante (interpretativo), nell'ambito del dibattito scientifico si registrano almeno due principali orientamenti. Il primo predilige un'interpretazione letterale della disposizione costituzionale, che, in questo senso, implicherebbe necessariamente la "presenza fisica" per la partecipazione ai lavori: ne deriva che, una «mera evoluzione», operante in via interpretativa, dei Regolamenti parlamentari si produrrebbe «*contra Constitutionem*»[57], essendo tra l'altro preclusa, proprio per la natura degli stessi Regolamenti, la «garanzia del sindacato di costituzionalità contro un eventuale abuso che in futuro [possa] verificarsi del voto a distanza e delle tecnologie informatiche a danno della genuina espressione della volontà delle Camere»[58].

A questo orientamento se n'è contrapposto un secondo che, invece, propende per un'interpretazione evolutiva dell'art. 64, comma terzo, Cost.: con ciò favorendo il presupposto, nonché l'apertura

---

[53] Si v. *passim* 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 *Rivista AIC*, 3, 2020.

[54] Ricostruisce analiticamente le posizioni in campo nel dibattito scientifico e istituzionale sul tema: U. RONGA, *L'emergenza in Parlamento*, cit., pp. 216-235.

[55] Cfr. F. BIONDI e P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria. Riflessioni sulla difficile praticabilità di un Parlamento "telematico"*, cit., p. 42.

[56] In questa occasione (risalente al 29 gennaio 2022, XVIII Legislatura), infatti, il diritto di voto è stato esercitato esclusivamente in presenza. Pertanto, per garantirne l'esercizio anche agli elettori contagiati è stato predisposto uno specifico seggio. Per approfondire, si vv. G. MARAZZITA, *Il decreto legge (dei paradossi) sull'esercizio del diritto di voto per l'elezione del Presidente della Repubblica*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2022, pp. 5 e ss.; AA.VV., *Elezione del Presidente della Repubblica: riflessioni costituzionali 'a caldo'*, in *federalismi.it*, 5, 2022. Più in generale, circa le modalità di elezione presidenziale a seguito della riduzione del numero dei parlamentari, si v. C. TUCCIARELLI, *Il significato dei numeri: riduzione del numero di deputati e senatori e i regolamenti parlamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2020, p. 173.

[57] Deporrebbero in tal senso anche gli artt. 55, 61, 62, 63 Cost., dove i lemmi «seduta» e «riunione» sarebbero compatibili solo con una interpretazione legata alla fisicità, come rileva R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza, federalismi.it,* 8, 2020, pp. 6 e ss. In continuità con questo orientamento è l'interpretazione di F. BIONDI, P. VILLASCHI, *Il funzionamento delle Camere durante l'emergenza sanitaria. Riflessioni sulla difficile praticabilità di un Parlamento "telematico"*, cit., pp. 44 ss.

[58] Così, R. CALVANO, *Brevi note su emergenza COVID e voto dei parlamentari a distanza: rappresentanza politica, tra effettività e realtà virtuale,* in *federalismi.it*, 21, 2020, p. 50 che propende per una interpretazione contraria alla praticabilità della digitalizzazione dei lavori parlamentari.

costituzionale, verso forme di esercizio del mandato parlamentare a distanza. In questo senso, deporrebbe a favore di una interpretazione evolutiva anche la giurisprudenza della Corte costituzionale più risalente: già nella storica sentenza n. 78 del 1984[59], infatti, la Corte ha dichiarato che ciascuna Camera esercita, in piena autonomia, la potestà di regolare lo svolgimento del «procedimento legislativo in tutto ciò che non sia direttamente ed espressamente già disciplinato dalla Costituzione. Ne consegue che questa lascia un margine piuttosto ampio all'interpretazione ed attuazione del pensiero del costituente in materia e che l'interpretazione ed attuazione in parola sono di esclusiva spettanza di ciascuna Camera»[60].

Anche quanto al secondo versante (applicativo), con riferimento al rapporto tra strumenti digitali e mandato parlamentare, si registrano opinioni differenti, riconducibili a due orientamenti, in continuità con – e sul presupposto di – quelli precedentemente considerati.

Tra quanti propendono per la necessità della presenza fisica nell'esercizio del mandato parlamentare, sono escluse ipotesi di partecipazione da remoto. Ciò, per ragioni culturali: il valore simbolico della presenza di deputati e senatori nelle rispettive Aule, avrebbe un fondamentale significato pedagogico per la Nazione non rinunciabile[61]; ma anche per ragioni connesse alla natura dell'attività svolta: in questa direzione si è sostenuto che l'attività del parlamentare sarebbe riconducibile (al pari di medici, forze armate e altri operatori di servizi pubblici essenziali) a quelle che impongono di essere svolte *in loco*, affermando, pertanto, un rapporto di stretta strumentalità tra rappresentanza politica e presenza fisica[62].

---

[59] La sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 1984 riguarda la legittimità della l. n. 865 del 22 ottobre 1971. Si tratta della storica sentenza sul computo dei parlamentari astenuti tra i votanti, a partire dalla quale (come avvenuto anche la successiva sentenza n. 84 del 1985) la Corte ha affrontate il tema dell'autodichia delle Camere, affermando l'indipendenza delle stesse con specifico riferimento all'interpretazione delle disposizioni costituzionali in ambito parlamentare.

[60] Così Corte cost., sent. n. 78 del 1984, c.i.d. § 4. Al riguardo, si vv. 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*, cit., p. 24; ID., *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus,* cit., p. 127. A favore di tale tesi interpretativa, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 6, 2020, p. 8: «in un mondo che si sta sempre più orientando verso ampie forme di collegamento virtuale (i processi possono essere telematici, i luoghi da cui ci collega sono considerati a tutti gli effetti camera di consiglio, l'insegnamento può svolgersi on line, i consigli di amministrazione possono farsi in videoconferenza, l'attività politica delle Regioni e degli locali può svolgersi con collegamenti *on line*), l'idea che il concetto di "presenza" richiamato dalla Costituzione debba necessariamente significare compresenza fisica sia obsoleta».

[61] Per approfondire questo orientamento, si v. V. LIPPOLIS, *Parlamento a distanza? Meglio di no*, in *ilDubbio.it*, 4 aprile 2020 che rileva come «di fronte ad una emergenza come quella che stiamo vivendo appare ragionevole che l'organizzazione dei lavori parlamentari si sviluppi tra l'esigenza di mantenere visivamente operanti le Camere e quella di tutelare la salute dei parlamentari […]. Se ciò è vero, la strada imboccata finora da Camera e Senato è ragionevole: ridurre all'essenziale i lavori, ma dare al Paese l'immagine della loro presenza sia pure con gli accorgimenti che la pandemia impone». Su posizioni analoghe si colloca anche M. VILLONE, *La rappresentanza non si pratica a distanza*, *il Manifesto*, 31 marzo 2020.

[62] In questo senso, ritiene impossibile un corretto esercizio del mandato parlamentare «senza un confronto diretto tra i parlamentari, ovvero senza che la drammatizzazione determinata dalla fisicità del confronto abbia potuto adeguatamente dispiegarsi, a garanzia proprio del primato del Parlamento», C. SBALIÒ, *Parlamento* online*? Garantiamo la possibilità di violare il regolamento*, in *formiche.net,* 31 marzo 2020.

Specularmente, tra i fautori dell'orientamento maggiormente estensivo, si registra l'apertura a favore dell'impiego e della implementazione degli strumenti digitali per l'esercizio del mandato e lo svolgimento di attività e procedure parlamentari, anche alla luce delle potenzialità di cui queste sono dotate (specie in chiave di efficienza). In tal senso, com'è stato rilevato, la partecipazione ai lavori secondo modalità digitali, se ben regolata, può rappresentare una opportunità utile a «proteggere le democrazie rappresentative»[63] e che consentirebbe finanche di promuovere la partecipazione di quei parlamentari impossibilitati a intervenire alle sedute in aula, in continuità con gli obiettivi connessi al principio di eguaglianza sostanziale tra i componenti della medesima Camera[64].

Tali questioni (interpretazione del lemma «presenza»; mandato parlamentare da remoto), tuttavia, non esauriscono il tema. Ulteriori perplessità, infatti – da approfondire in sede scientifica, aprendo all'apporto dei saperi tecnici con l'avvertenza di coniugarli, se e fin dove possibile, nel quadro costituzionale – riguardano la compatibilità fra procedure di voto a distanza e i principi costituzionali previsti dall'art. 48 Cost., a partire dalla segretezza[65]: un profilo che chiama in causa il più ampio tema della *cybersecurity*[66].

Al dibattito in sede teorica è corrisposta, in sede istituzionale, una analoga riflessione sulla opportunità o meno delle soluzioni "digitalizzate". Si è trattato di un dibattito di segno parzialmente diverso tra Camera e Senato, connotato da difformità sia quanto alla possibile interpretazione della norma costituzionale, che quanto agli esiti applicativi: alla Camera dei deputati si è concluso a favore dell'opportunità di declinare «in termini diversi la prescrizione della presenza dei parlamentari ai lavori della Camera»[67]; al Senato, invece, si è privilegiata una interpretazione maggiormente restrittiva, sostenendo che «la normalità della vita parlamentare si esprime […] attraverso il principio della presenza, come definito dall'art. 64 Cost. e dall'art. 1 r.S.»[68]. Le posizioni di ciascun ramo del Parlamento, qui solo accennate, riflettono il grado di apertura che si è in seguito prodotto nelle soluzioni – pur minime – impiegate in questo ambito e con tali modalità: alla Camera, dove almeno negli intendimenti, l'apertura a tali prospettive sembrava maggiore,

---

63 Così F. CLEMENTI, *Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del coronavirus). Una prima introduzione*, cit., p. 47.

64 Sul tema si v. S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, cit., p. 251. Anche in sede istituzionale si è discusso di tale ipotesi: la deputata Lisa Noja (IV), infatti, nel momento di maggiore diffusione del contagio, ha inviato una lettera alla Presidenza della Camera ove, in relazione all'aggravarsi della condizione emergenziale, ha chiesto l'opportunità di valutare specifiche misure per consentire la partecipazione da remoto per i deputati con problemi di salute, come l'immunodepressione, che sarebbero soggetti ad un ingiusto rischio per poter esercitare, al pari dei colleghi, le prerogative parlamentari.

65 Per ulteriori apprendimenti sul punto, si vv. F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)* (ad vocem), in *Enc. Dir.*, XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 1107 ss.; A. AGOSTA, F. LANCHESTER, A. SPREAFICO, *Elezioni e Automazione. Tutela della regolarità del voto e prospettive di innovazione tecnologica*, Franco Angeli, Milano, 1989.

66 Con riguardo all'impiego degli strumenti digitali nei pubblici poteri e, segnatamente, ai profili della sicurezza informatica, si v., L. PREVITI, *Pubblici poteri e cybersicurezza: il lungo cammino verso un approccio collaborativo alla gestione del rischio informatico*, in *federalismi.it*, 25, 2022, p. 66. Per ulteriori apprendimenti, si v. R. BRIGHI, P.G. CHIARA, *La* cybersecurity *come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi del diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 21, 2021, spec. p. 18.

67 Cfr. Camera dei deputati, Giunta per il Regolamento, *Resoconto stenografico*, XVIII Legislatura, 31 marzo 2020, p. 3.

68 Cfr. Senato della Repubblica, Giunta per il Regolamento, *Resoconto stenografico*, XVIII Legislatura, 9 giugno 2020, p. 12.

la sperimentazione delle modalità di partecipazione a distanza, si è prodotta solo nell'ambito di consessi non deliberativi e solo in Commissione[69]; al Senato, invece, dove già sul piano interpretativo l'orientamento era maggiormente restrittivo, il collegamento da remoto è stato previsto solo per ipotesi eccezionali: a beneficio dei componenti impossibilitati a partecipare in presenza ed esclusivamente per le sedute dedicate alle audizioni informali dell'Ufficio di Presidenza[70].

Ne è derivata, pertanto, un'applicazione piuttosto «timida»[71], fondata su soluzioni provvisorie, dedicate a casi specifici e limitatamente a circostanze straordinarie (quanto all'ambito applicativo); nonché rimessa a modalità differenti in ciascun ramo del Parlamento (quanto al metodo). Le differenze di approccio mostrate in sede interpretativa e in sede deliberativa delle rispettive Giunte per il Regolamento si pongono in continuità con asimmetrie che caratterizzano ormai da tempo gli assetti delle Camere, inducendo a riflettere – anche al di là del merito specifico della questione – sugli strumenti di raccordo tra Camera e Senato. Ciò specie al cospetto di emergenze siffatte che rendono opportuna la ricerca di soluzioni – anche a livello regolamentare – per il «coordinamento tra le opzioni che Senato e Camera [adottano] nell'affrontare il nodo [della pandemia, ma non solo per] cogliere – auspicabilmente – la "finestra di opportunità" che si offre oggi al nostro parlamentarismo»[72]. Al riguardo e in continuità con le esigenze qui da ultimo richiamate, l'ultima modifica del Regolamento del Senato sembra promuovere una modalità di raccordo ulteriore, in sede interpretativa, tra i due rami del Parlamento: ciò attraverso un meccanismo che consente la convocazione in seduta congiunta delle rispettive Giunte per il Regolamento «al fine di elaborare disposizioni comuni e prassi interpretative condivise e coordinate, volte a garantire il buon andamento dei lavori parlamentari»[73].

5. Qualche osservazione conclusiva

La ricerca condotta consente di trarre qualche osservazione conclusiva.

Quanto al ruolo del Parlamento, la riflessione sulle dimensioni interna (organizzativa) ed esterna (di relazione con il Governo) ha consentito di cogliere il rapporto di strumentalità, o almeno l'intendimento di una sua realizzazione, tra le soluzioni adottate per la riorganizzazione e la continuità dei lavori e il

[69] Cfr. Camera dei deputati, Giunta per il Regolamento, *Resoconto stenografico*, XVIII Legislatura, 31 marzo 2020, p. 2.
[70] Cfr. Senato della Repubblica, Giunta per il Regolamento, *Resoconto stenografico*, XVIII Legislatura, 9 giugno 2020, p. 10.
[71] Così S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, cit., p. 217.
[72] Così N. LUPO, *Il Parlamento nell'emergenza pandemica, tra rischio di auto-emarginazione e "finestra di opportunità"*, cit., p. 162.
[73] Così l'art. 18 r.S., comma 3-*ter*, r.S. aggiunto in occasione della modifica del 27 luglio 2022, che così dispone: «Il Presidente del Senato, d'intesa con il Presidente della Camera dei deputati, può disporre la convocazione della Giunta per il Regolamento in seduta congiunta con l'omologo organismo della Camera dei deputati, al fine di elaborare disposizioni comuni e prassi interpretative condivise e coordinate, volte a garantire il buon andamento dei lavori parlamentari».

tentativo di riabilitare il Parlamento nell'esercizio delle proprie prerogative: normative e di controllo sull'Esecutivo.

Più nello specifico, come si è visto, le soluzioni logistico-organizzative[74] hanno trovato campo a Regolamenti invariati, secondo tempi e modalità differenti in ciascuna Camera: alcune mediante accordi informali tra gruppi parlamentari; altre con il contributo delle rispettive Presidenze e il supporto delle Giunte per il Regolamento; altre ancora, benché prive di esito, hanno interessato le ipotesi di partecipazione da remoto ai lavori parlamentari[75].

Una così drastica riorganizzazione di spazi, tempi e procedure è stata resa possibile sia da un atteggiamento di *fair play* istituzionale tra le forze politiche (almeno nel periodo considerato[76]), sia da una considerevole attività interpretativa delle Giunte per il Regolamento, facendo leva – talvolta anche in senso «assai lasco»[77] – sulle norme di diritto parlamentare, che consentono e, in questo caso hanno consentito, «un intervento rapido ed estemporaneo per colmare un vuoto di regolamentazione»[78].

Ciò nonostante, l'intendimento di riaffermare le proprie prerogative attraverso tali sforzi organizzativi, non ha prodotto gli esiti auspicati: ad essi, non è infatti corrisposto un mutamento sostanziale nella relazione con l'Esecutivo che, nel segno della continuità con le vicende della forma di governo, ha confermato la propria preminenza nella produzione normativa.

La stessa "parlamentarizzazione" dei d.P.C.M. – mediante la quale si sarebbe realizzata (o almeno si intendeva realizzare) l'inclusione del Parlamento attraverso un meccanismo di controllo e co-decisione nella gestione della pandemia – atteso il rendimento prodotto, sembrerebbe aver determinato un coinvolgimento del Parlamento solo formale, ben lontano da una dimensione co-decisionale.

Per rilanciare il ruolo del Legislativo, allora, in concomitanza con gli sviluppi dell'emergenza ma con lo sguardo proiettato anche oltre di essa, in dottrina e in sede istituzionale si è sviluppato un dibattito divisivo sulla possibilità di prevedere la partecipazione dei parlamentari "a distanza" mediante l'impiego di strumenti digitali. Come si è visto, è un tema complesso sotto diversi punti di vista (teorico e applicativo): intreccia possibili interpretazioni estensive della Costituzione (su tutte, l'art. 64, comma terzo, Cost.); e necessita di riflessioni ulteriori sulla opportunità di una analisi interdisciplinare, che coinvolga anche le scienze dure allo scopo di realizzare infrastrutture sicure, capaci di dimostrarsi impermeabili. In tal senso,

[74] *Ivi*, p. 145.

[75] Si tratta della proposta dell'On. Stefano Ceccanti, A.C. 2452, *Introduzione degli articoli 55-bis e 55-ter della Costituzione, concernenti la dichiarazione dello stato di emergenza e l'istituzione di una Commissione parlamentare speciale per l'esercizio delle funzioni delle Camere*, presentato il 30 marzo 2020. Per un'analisi approfondita si v. S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *Instant Forum di BioLaw Journal*, 2, 2020, pp. 1 ss.

[76] Cfr. *supra* nota 1 e § 2.

[77] Così N. LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, cit., p. 127.

[78] In questi termini, Y.M. CITINO, *Il diritto parlamentare "sperimentale"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2021, p. 1232.

la sicurezza informatica assume un valore da tutelare[79], anche alla luce delle transizioni in atto che intercettano le modalità di svolgimento dei conflitti bellici, condotti non più (o, almeno, non soltanto) con i mezzi tradizionali, ma anche sul terreno della *cybersecurity*, attraverso gli attacchi informatici[80].

Tuttavia, le occasioni fornite dalla pandemia per ripensare le procedure parlamentari non sembrano aver prodotto specifiche ricadute[81]: l'emergenza non ha orientato le scelte del Legislatore in sede di modifica nei regolamenti parlamentari. Alla Camera, così come al Senato, infatti, la metodologia impiegata (almeno ad oggi) è andata nella direzione di un mero adeguamento dei *quorum* a seguito della riduzione del numero dei parlamentari e di ulteriori modifiche su pochi altri versanti[82]. Tra gli ambiti non considerati rientra l'ipotesi della digitalizzazione[83] che, come si è visto, già durante l'emergenza ha avuto un'applicazione «timida»[84] nel merito (essendo limitata solo a casi straordinari e a sedute non deliberative); e disomogenea tra le due Camere, nel metodo. Ma la portata (minima) dell'applicazione, prima, e la mancata previsione del nuovo quadro ordinamentale, poi, non risultano dirimenti. È, piuttosto, decisivo un interrogativo di fondo che si ripropone e persiste a margine (si auspica) di questa esperienza: com'è possibile garantire la continuità dell'attività parlamentare e l'esercizio del mandato in sicurezza al cospetto di nuove emergenze? La recente vicenda bellica, lo si è detto, rinnova l'attualità del tema e pone, in questa prospettiva, ulteriori interrogativi. In tal senso: le nuove tecnologie possono offrire, in determinati casi e circostanze, un supporto funzionale allo scopo? È un interrogativo oggi non più trascurabile: attesa la transizione digitale in atto[85], promossa dal PNRR; atteso il possibile verificarsi di emergenze ulteriori, come quella bellica

---

[79] Al riguardo, cfr. R. BRIGHI, P.G. CHIARA, *La* cybersecurity *come bene pubblico: alcune riflessioni normative a partire dai recenti sviluppi del diritto dell'Unione europea*, cit., spec. p. 18.

[80] Di «*cyberwar*» tratta L. VIOLANTE, *Diritto e potere nell'era digitale.* Cybersociety, cybercommunity, cyberstate, cyberspace*: tredici tesi*, in *BioLaw Journal*, 1, 2022, pp. 150 e ss. Inoltre, sul tema, cfr. A. D'ALOIA, *Intelligenza artificiale, società algoritmica, dimensione giuridica. Lavori in corso*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2022, pp. 655 e ss.

[81] Le modifiche approvate dalle Camere, infatti, rispondono per lo più a una logica di adeguamento algebrico a seguito della riduzione del numero dei parlamentari, come rilevano: S. CURRERI, *Le conseguenze della riduzione del numero dei parlamentari sui gruppi politici*, in *Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 1, 2022, p. 24; L. GIANNITI, N. LUPO, *Le conseguenze della riduzione dei parlamentari sui Regolamenti di Senato e Camera*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2020, spec. p. 573.; R. IBRIDO, *Prosegue, con ambizioni minime, il percorso di revisione dei Regolamenti parlamentari*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2022, pp. 361 ss.

[82] Infatti, nell'*iter* di approvazione dei Regolamenti parlamentari, si è deciso, attraverso comitati ristretti in seno alle Giunte per il Regolamento – ancorché con tempi molto diversi (per la Camera, infatti, solo con l'inizio della XIX Legislatura, 30 novembre 2022, G.U. n. 282 del 2 dicembre 2022) – di perseguire il metodo del cd. "doppio binario", che ha consentito di approvare modifiche per lo più algebriche, rimettendo a future determinazioni le questioni di merito considerate maggiormente divisive. Oltre all'adeguamento algebrico delle previsioni regolamentari, alla Camera, è stato introdotto il requisito politico-elettorale per la costituzione di un gruppo parlamentare, specularmente alla modifica del Regolamento del Senato del 2018; al Senato, invece, tra le modifiche più significative, vi è senz'altro quella della figura del senatore «non iscritto», in deroga al principio secondo cui ogni senatore dovesse essere iscritto ad un gruppo parlamentare (Doc. II n.12, approvato il 27 luglio 2022, XVIII legislatura).

[83] Oggetto della proposta, presentata al Senato contenuta in Doc. II, n. 5: *Introduzione dell'articolo 120*-bis *del Regolamento del Senato, in materia di voto a distanza*, 11 giugno 2020.

[84] Così S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, cit., p. 217.

[85] Il processo di transizione digitale, per quanto qui interessa, si potrebbe declinare – ancorché con il metodo già richiamato – non solo con riferimento alle ipotesi della digitalizzazione dell'attività parlamentare, ma anche, mediante il

che, in astratto ma anche in concreto, potrebbe impedire lo svolgimento dell'attività parlamentare in presenza e determinare l'esigenza di riunire l'Assemblea in modalità alternative[86]. Si impone, pertanto, una riflessione sul loro possibile impiego e sulla necessità di individuare misure analoghe nei due rami del Parlamento. Certo, recuperando un metodo altrove proposto[87], ovvero in chiave «problematica», e mai «ideologica», conservando un approccio prudente a causa dei possibili rischi legati alla vulnerabilità e alla *governance* dei sistemi informatici[88], ma anche alle possibili disarticolazioni quanto alle modalità di esercizio del mandato parlamentare. La «democrazia digitale»[89], se non adeguatamente regolata, può infatti rivelarsi una «una vera e propria distopia, più che una semplice sfida per la democrazia rappresentativa»[90]. Quali che siano le opinioni, le soluzioni e le scelte da adottare, si tratta di interrogativi che tratteggiano le linee di «una ricerca destinata a continuare»[91], per scongiurare il rischio di affidare la regolazione di delicati fenomeni «a scelte contingenti ovvero dettate dalla pressione dell'emergenze»[92].

potenziamento degli strumenti di digitalizzazione di alcune fasi del procedimento legislativo (basti pensare ai progetti *X-Leges* e *Normattiva*). Specificamente su questi profili, si rinvia, per ulteriori approfondimenti, alle relazioni annuali sui risultati raggiunti nell'attuazione dei progetti citati (articolo 1, comma 313, della legge 27 dicembre 2013, n. 147).

86 Si tratta di un'ipotesi affatto remota, come dimostra lo svolgimento dell'attuale vicenda bellica russo-ucraina. Sul punto e, con particolare riguardo ai relativi riflessi sull'ordinamento italiano e sull'ulteriore marginalizzazione, in questo ambito, del Parlamento, si vv. G. AZZARITI, *La Costituzione rimossa*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022; M. VOLPI, *La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022.

87 Cfr. U. RONGA, *L'emergenza in Parlamento*, cit., p. 245, che rileva come si tratti «di questioni che non possono essere sacrificate, come pure è stato fatto in qualche caso, sull'altare di qualche opzione ideologica o convenienza contingente».

88 Analizza il rischio di tali derive A. SCIORTINO, Fake news *e post-verità nella società dell'algoritmo*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2021, spec. pp. 423 e ss.

89 Le potenzialità applicative dell'intelligenza artificiale – nonché i relativi rischi – nell'ambito degli organi costituzionali e, segnatamente, del Parlamento, sono oggetto della riflessione costituzionalistica più recente. Al riguardo, per una ricostruzione delle principali questioni, si v. B. CARAVITA, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale – Il diritto, i diritti l'etica*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 451 e ss. Con riferimento specifico al rapporto tra intelligenza artificiale e procedimento legislativo, si vv. A. CARDONE, *Algoritmi e ICT nel procedimento legislativo: quale sorte per la democrazia rappresentativa?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2022, pp. 358 e ss.; G. PICCIRILLI, *Lo (scarso) impiego delle nuove tecnologie da parte del Governo nella redazione degli atti normativi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2022, p. 313; R. IBRIDO, *Evoluzioni tecnologiche o involuzioni costituzionali? La "reingegnerizzazione" del processo di decisione parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2022, pp. 296 e ss. Quanto ai rischi che possono prodursi sul piano delle libertà fondamentali, si vv. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, pp. 63 ss.; E.C. RAFFIOTTA, M. BARONI, *Intelligenza artificiale, strumenti di identificazione e tutela dell'identità*, in *BioLaw Journal*, 1, 2022, p. 166; G. DE MINICO, Big Data *e la debole resistenza delle categorie giuridiche.* Privacy *e* lex mercatoria, in *Diritto pubblico*, 1, 2019, pp. 90 e ss. Riflette sulle ipotesi di una «AI costituzionalmente orientata», C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, p. 711.

90 Così A. CIANCIO, *Le sfide della rappresentanza politica nell'epoca di internet. Brevi note a mo' di introduzione*, cit., 53.

91 In tal senso, U. RONGA, *L'emergenza in Parlamento*, cit., p. 234.

92 Così A. SIMONCINI, *Sistema delle fonti e nuove tecnologie. Le ragioni di una ricerca di diritto costituzionale, tra forma di stato e forma di governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2021, p. 732.

Pandemia e compressione dei diritti fondamentali: l'eccezione del referendum*

di Paolo Inturri
Borsista di ricerca in Diritto processuale penale
Università degli Studi di Catania

Abstract [It]: In un periodo storico in cui la pandemia di Covid-19 ha imposto allo Stato italiano l'adozione di numerose limitazioni alle libertà costituzionali, l'istituto del referendum ha, invece, conosciuto una significativa espansione attraverso la digitalizzazione della fase della formazione della richiesta operata dall'art. 38 quater della legge 29 luglio 2021, n. 108 di conversione del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, venendo in tal modo a costituire una eccezione. Inevitabilmente la facoltà attribuita agli elettori di sottoscrivere digitalmente le iniziative referendarie impone delle riflessioni sul rapporto tra digitalizzazione e modalità di esercizio dei diritti fondamentali nel contesto pandemico, nonché sulla potenziale incidenza che il ricorso al riformato istituto referendario può esercitare sulla forma di governo.

Title: Pandemic and fundamental rights limitations: the exception of the referendum
Abstract [En]: In a historical period during which the Covid-19 pandemic led Italy to adopt several restrictions on constitutional freedoms, the right to hold a referendum has, indeed, broadened its boundaries as a result of the right to digitally sign the promoters initiative, which was introduced by a 2021 legislative reform. Consequently, in this contest the referendum reform appears to be a rare bird, an exception. Nevertheless, the reform imposes a reflection upon the relationship between digitalization and fundamental freedoms, as well as upon the effect that the new referendum modalities may produce towards the current institutional asset.

Parole chiave: Referendum; Democrazia digitale; Pandemia; Firma digitale; Democrazia diretta
Keywords: Referendum; E-democracy; Pandemic; Digital signature; Direct democracy

Sommario: 1. pandemia, tecnologia e limitazione dei diritti costituzionali; **2.** l'origine della digitalizzazione delle firme per i referendum; **3.** la disciplina transitoria dell'art. 38 *quater* della l. n. 108/2021; **4.** tecnologia ed espansione del diritto all'iniziativa referendaria; **5.** le conseguenze della riforma: problemi e possibili soluzioni; **6.** conclusioni

1. Pandemia, tecnologia e limitazione dei diritti costituzionali

La necessità di fronteggiare la pandemia da Covid-19 ha indotto gli Stati di tutto il mondo a contemperare il diritto alla salute con l'esercizio delle libertà ritenute incompatibili con la gestione dell'emergenza sanitaria. L'Italia è stata la prima nazione europea ad operare un bilanciamento tra le contingenti esigenze di sanità pubblica ed il pieno riconoscimento dei diritti garanti nella propria Carta costituzionale[1], ad esito

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1] Sul tema del bilanciamento dei diritti costituzionali, nella copiosa letteratura, cfr., A. Morrone, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014; Id., *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in "Enciclopedia del diritto", Annali, Milano 2008, volume II, tomo II, pp. 185-204; I. Porat, *The Dual Model of Balancing: a Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law*, in 27 Cardozo Law Review, 2006, 1393 ss.; G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi,* Etica & Politica/Ethics & Politics, 2006, 1; A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 2002. Tra i contributi più risalenti, v. E. Cheli, *Eguaglianza, ragionevolezza e bilanciamento negli sviluppi della giurisprudenza costituzionale italiana*, in "Scritti in onore di G. Guarino", Padova, 1998, 580 ss.; G. Scaccia, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in Giurisprudenza Costituzionale, n. 6, 1998, pp. 3953-4000:

del quale è stata accordata preminenza alle prime[2]. Tuttavia, il maggior peso riconosciuto al diritto alla salute, nella sua duplice dimensione individuale e collettiva (art. 32 Cost.), non implica una posizione gerarchicamente sovraordinata di quest'ultimo rispetto agli altri diritti costituzionali[3]. A voler diversamente ritenere esso si espanderebbe illimitatamente a discapito <<*delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona*>>[4]. Piuttosto, in quanto valore primario dell'ordinamento giuridico, non può essere sacrificato ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati. Dunque, la Costituzione, in quanto democratica e pluralista, <<*richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali*>>, per operare il quale il legislatore, nella statuizione delle norme, e la Corte Costituzionale, in sede di controllo, devono avvalersi dei criteri di proporzionalità e di ragionevolezza per evitare un sacrificio del loro nucleo essenziale[5]. Ebbene, è interessante notare come durante la pandemia tale nucleo essenziale sia stato preservato, con riguardo a specifici diritti, grazie all'attuale stadio di avanzamento tecnologico[6]. Infatti, se un simile evento avesse avuto luogo neanche trent'anni fa, l'implementazione di misure atte a contrastarlo sarebbe risultato inevitabilmente in un sacrificio totale dei diritti inconciliabili con la prevenzione dei contagi. In altre parole, lo sviluppo tecnologico consente la pensabilità di modalità di esercizio dei diritti inedite e alternative rispetto a quelle tradizionali, utili tanto a fronteggiare contesti in cui queste ultime sarebbero inadeguate, quanto ad espanderne la sfera di pieno godimento al di là dei limiti concepiti. È in questo fenomeno che, a parere di chi scrive, deve collocarsi la digitalizzazione delle sottoscrizioni necessarie a proporre un referendum abrogativo (art. 75, co. 1, Cost.) o costituzionale (art. 138, co. 2, Cost.) e a sostenere una legge d'iniziativa popolare (art. 71, co. 2, Cost.). Al fine di meglio comprendere

R. Guastini, *Diritto mite, diritto incerto*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1996, pp. 513 ss.; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992; T.A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in Yale Law Journal, 1987, vol. 96, pp. 943-1005; R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Clarendon, 1989; L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1985, pp. 65-103. Con precipuo riguardo al bilanciamento tra diritti nella gestione dell'emergenza pandemica, si vedano, a mero titolo d'esempio, A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in Costituzionalismo.it, Fasciolo n. 1, 2021; F. Grandi, *L'art. 32 Nella Pandemia: Sbilanciamento Di Un Diritto O "Recrudescenza" Di Un Dovere?*, in Costituzionalismo.it, Fasciolo n. 1, 2021..

[2] In particolare, v. l'art. 1, co. 2, del d.l. n. 19/2020.

[3] *Contra* v. G.I.P. di Taranto, ord. del 22/01/2013, n. 19, secondo cui la scelta del Costituente di impiegare l'aggettivo *fondamentale* solo con riferimento al diritto alla salute ne rivelerebbe la preminenza sugli altri diritti della persona.

[4] Corte cost., sent. n. 85/2013, *Considerato in diritto*, par. 9. Sul tema del bilanciamento nel caso "ILVA", v., tra gli altri, E. Vivaldi, *Il caso ILVA: la "tensione" tra poteri dello stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali,* in federalismi.it, n. 15, 2013; M. Boni, *La politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della corte costituzionale sul caso ILVA (n. 85/2013)*, in federalismi.it, n. 3, 2014; A. G. Dato, *Il bilanciamento tra principi costituzionali e la nuova dialettica tra interessi alla luce della riforma Madia. Riflessioni in margine al 'caso Ilva'*, in federalismi.it, n. 12, 2019.

[5] *Ibid.*

[6] Esemplificativo è il caso del diritto all'istruzione il cui nucleo minimo è stato garantito, con tutte le criticità del caso, unicamente per mezzo della didattica a distanza.

la portata di tale affermazione, nonché le sue implicazioni, nel prosieguo del discorso si tenterà di ricostruire le tappe che hanno portato a tale importante modifica del panorama costituzionale italiano, dedicando precipua attenzione all'istituto del referendum abrogativo.

2. L'origine della digitalizzazione delle firme per i referendum

L'origine della riforma in esame risiede, più che in un disegno di informatizzazione dell'ordinamento giuridico, nella condanna del *Human Rights Committee* nel caso *Staderini e De Lucia v. Italia*[7]. In particolare, secondo il Comitato l'onere di autenticazione delle firme in capo a specifici funzionari pubblici (art. 8, co. 3 e 4, l. n.352/1970), poiché svincolato da un parallelo obbligo di adempiere, costituisce una "*unreasonable restriction"* in capo ai promotori dei diritti riconosciuti dall' art. 25, lett. *a*), del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici[8]. Tuttavia, parte della dottrina[9] ha sottolineato l'irrilevanza della digitalizzazione delle firme referendarie rispetto a tale decisione. Infatti, se, da una parte, essa non figura nel testo della decisione, dall'altra, l'ampliamento della categoria dei potenziali autenticatori attraverso l'inclusione della categoria degli avvocati[10] costituiva già di per sé una risposta sufficiente ai rilievi sollevati dall'OHCHR. Cionondimeno, dalla condanna internazionale è sorta un'interrogazione parlamentare rivolta al Ministro dell'Interno[11], ad esito della quale tanto gli interroganti quanto il rispondente hanno auspicato l'introduzione di un sistema di raccolta digitale delle firme che fosse funzionale sia all'abbattimento dei costi sia ad un esercizio dei diritti politici compatibile con le misure di distanziamento imposte dalla pandemia. Tali aspettative sono state tradotte nell'art. 1, co. 341-344, della l. n. 178/2020, che <<*al fine di contribuire a rimuovere gli ostacoli che impediscono la piena inclusione sociale delle persone con disabilità e di garantire loro il diritto alla partecipazione democratica*>> ha previsto l'istituzione di un apposito fondo destinato alla realizzazione di una piattaforma di raccolta delle firme e dei dati in forma digitale ovvero tramite strumentazione elettronica con le modalità previste dall'art. 20, co. 1 *bis*, del d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 (c.d. *Codice dell'Amministrazione Digitale*, di seguito denominato CAD), da utilizzare a partire dal 1° gennaio 2022 per gli adempimenti di cui all'art. 8 della l. n. 352/1970. Conseguentemente, le firme digitali sono state sottratte all'autenticazione prevista dal 3° comma della medesima disposizione. In sostanza, la legge di bilancio per il 2021 aveva realizzato un'operazione contrassegnata da una chiara finalità

[7] Decisione del 21 gennaio 2020 (CCPR/C/127/D/2656/2015).
[8] *Ibid.* par. 9.5.
[9] F. Pallante, *Referendum digitali e autodelegittimazione del Parlamento*, in *Osservatorio AIC*, n. 6/2021, p. 347.
[10] Art. 16 *bis* della l. n. 120/2020 di conversione con modificazioni del d.l. n. 76/2020.
[11] Interrogazione a firma degli onn. Gebhard e Magi, Commissione Affari Costituzionali, seduta n. 348 del 27 maggio 2020, rispondente l'on. Variati, sottosegretario di Stato al Ministero dell'interno.

integrativa, a beneficio di una sfera di persone svantaggiate[12], in adempimento al dettato di cui all'art. 3, co. 2, Cost.

3. La disciplina transitoria dell'art. 38-*quater* della l. n. 108/2021

Su tale quadro normativo si è venuto ad innestare l'art. 38 *quater* della l. n. 108/2021 – di conversione del d.l. c.d. "*semplificazioni*" n. 77/2021 ("*Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure") – introdotto per il tramite dell'emendamento 38.027 (primo firmatario On. R. Magi) approvato il 19 luglio dello stesso anno in una seduta notturna delle Commissioni riunite Affari Costituzionali e Ambiente della Camera. L'articolo in esame – rubricato "*Misure di semplificazione per la raccolta di firme digitali tramite piattaforma o strumentazione elettronica ai fini degli adempimenti di cui agli articoli 7 e 8 della legge 25 maggio 1970, n. 352*" – interviene sull'art.1 della l. n. 178/2020 su più fronti.

Per quanto attiene al comma 341, ne chiarisce la portata del richiamo "*agli adempimenti di cui all'art. 8 della legge 25 maggio 1970, n. 352*", esplicitando in via discorsiva il riferimento alle procedure riguardanti i referendum e le iniziative legislative popolari previsti in Costituzione. In secondo luogo, dispone che la piattaforma digitale di raccolta delle firme possa avvalersi della disciplina per la presentazione delle istanze alla P.A. per via telematica[13], che prevede la sottoscrizione mediante identità digitale (SPID)[14], carta di identità elettronica (CIE)[15] e carta nazionale dei servizi (CNS)[16]. Ancora, prescrive la digitalizzazione nella piattaforma degli adempimenti prescritti dalla l. n. 352/1970.

Poi, intervenendo sul comma 343, demanda ad apposito DPCM – adottato di concerto con il Ministro della Giustizia e dietro parere obbligatorio del Garante per la protezione dei dati personali – la definizione delle specifiche tecniche della piattaforma, le modalità e le procedure per assicurare il rispetto dei principi in materia di trattamento dei dati personali[17], nonché quelle con cui i promotori, nella stessa data in cui

[12] P. Carnevale, *La richiesta di referendum abrogativo dinanzi alle risorse della digitalizzazione. Qualche prima considerazione sulla sottoscrizione per via telematica,* in *Nomos*, n. 3/2021, p. 2.

[13] In particolare, l'art. 65, co. 1, lett. b), CAD ha introdotto la possibilità per il cittadino accreditato dall'AgID ("Agenzia per l'Italia Digitale") di accedere a determinati servizi erogati dalla P.A. mediante specifici certificati digitali di autenticazione personale.

[14] Il sistema elettronico SPID costituisce una chiave di accesso digitale che, mediante l'inserimento di *username* e *password* personali, permette al titolare di essere riconosciuto dal sito internet di una PA e di poter fruire, in maniera sicura, dei servizi digitali da quest'ultima erogati. Cfr. www.spid.gov.it

[15] La CIE consente l'identificazione del suo titolare, da parte della PA, tramite la verifica di dati personali e biometrici memorizzati in un microchip installato all'interno della relativa tessera plastificata e protetti secondo i meccanismi di sicurezza previsti dalle raccomandazioni ICAO 93032. Cfr. www.cartaidentita.interno.gov.it

[16] La CNS consiste in un dispositivo installato su *Smart Card* o su chiavetta USB, rilevato da un apposito lettore, che permette al titolare di autenticare il proprio accesso ad una data piattaforma online. Cfr. www.agid.gov.it

[17] Art. 5, Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016.

effettuano il deposito di eventuali firme autografe, mettono a disposizione dell'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione le firme raccolte elettronicamente.

Invece, il comma 344 viene interamente sostituito da una disciplina transitoria (vigente sino alla predisposizione della piattaforma digitale) in base alla quale a partire dal 21 luglio 2021 si ammette la raccolta delle firme anche attraverso documento informatico, predisposto dai promotori della raccolta, sottoscritto con firma elettronica qualificata. Tale disciplina provvisoria, essendo slegata, rispetto a quella prevista dal comma 341, da ogni riferimento alle persone disabili, assume così portata generale ed una *ratio* di mero ammodernamento delle procedure della l. 352/1970[18]. In altri termini, essendo rimasto inalterato il riferimento alle persone disabili contenuto nel comma 341, dovrebbe dedursene che saranno costoro i soli utenti beneficiari della piattaforma una volta entrata in funzione. Tuttavia, in tal modo si verrebbe a creare una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti delle procedure referendarie svoltesi sotto la vigenza della disciplina transitoria e quelle che avranno luogo dopo il suo scadere. Infatti, se per le prime la firma poteva essere apposta digitalmente da ogni elettore, con riferimento alle seconde tale possibilità sembra essere riservata ad una platea ben più ristretta. Conseguentemente, si appalesa una possibile incompatibilità con l'art. 3, co.1, Cost. dell'art. 38 quater, co. 341, per risolvere la quale dovrebbe interpretarsi il comma 344 nel senso di aver inteso superare ogni circoscrizione dei potenziali utenti della piattaforma. Ad analogo risultato potrebbe giungersi sostenendo che l'intento di piena inclusione sociale e politica delle persone con disabilità non potrebbe essere disatteso per la mancata riservazione esclusiva a questi ultimi dell'accesso alla piattaforma. Tuttavia, se in tal modo si creerebbe una risposta più adeguata ai rilievi formulati dall'OHCHR - che aveva evidenziato la presenza di un limite generalizzato (e non di categoria) al diritto sancito dall'art. 25, lett. a), del Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici - allo stesso tempo si appaleserebbe l'insufficienza dei fondi per lo sviluppo della piattaforma, il cui ammontare (100.000 €) era stato stanziato dal comma 342 con delle prospettive di utenza ben più modeste. Più in generale, la stessa previsione di una disciplina transitoria ha rallentato l'entrata in funzione della piattaforma (ad oggi inattiva), stante la conseguibilità di risultati pressoché identici tramite l'affidamento della gestione delle sottoscrizioni digitali a soggetti privati, anziché pubblici[19].

Infine, l'art. 38 *quater* della l. n. 108/2021, aggiungendo un periodo all'art. 8, co.6, della l. 352/1970, prevede la possibilità di depositare, unitamente alla richiesta di *referendum*, i certificati elettorali rilasciati mediante posta elettronica certificata o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato come

[18] P. Carnevale, *op. cit.*, p. 2.

[19] Sul problema dei costi delle piattaforme di raccolta di firme online private e delle conseguenti fonti di finanziamento v. F. Pacini, *Verso un mutamento costituzionale tecnicamente indotto? Note sulla digitalizzazione delle firme per il referendum*, in Quaderni costituzionali, n. 4/2021, p. 943.

duplicato informatico ai sensi dell'articolo 1, co. 1, lett. i-*quinquies*, CAD oppure come copia analogica di documento informatico se dotati del contrassegno a stampa di cui all'articolo 23, co. 2-*bis*, CAD.

4. Tecnologia ed espansione del diritto all'iniziativa referendaria

Indubbiamente la riforma in esame ha fornito nuova linfa agli istituti di partecipazione popolare[20] dell'ordinamento giuridico italiano, contribuendo al continuo perfezionamento della democrazia rispetto alle sue condizioni di base consolidate[21]. A riprova di ciò basti osservare le esperienze dei primi beneficiari dell'emendamento c.d. Magi, le campagne referendarie *"Eutanasia Legale"* e "*Cannabis Legale"*: la prima adottando una modalità di raccolta "mista", ha raggiunto 1.239.423 sottoscrizioni, di cui 391.874 digitali[22]; la seconda avvalendosi della sola modalità digitale ha raggiunto le 500.000 firme necessarie in appena una settimana dall'avvio della campagna, assestandosi sulle 607.627, con il contributo anche di sottoscrizioni cartacee, dopo solo un mese[23]. La smaterializzazione della fase della formazione della richiesta[24] ben si inquadra nel contesto della *e-democracy*[25] ovverosia nell'applicazione delle ICT (*Information and Communication Technologies*) a sostegno della partecipazione dei cittadini ai processi democratici. Lo sviluppo della democrazia elettronica è legato a doppio filo alla crisi delle democrazie rappresentative, che ha generato situazioni diffuse di insoddisfazione verso la politica e scarsa partecipazione elettorale[26]. L'affermazione delle *social platforms* quale luogo principale per lo sviluppo del dibattito ha reso manifesta la possibilità di ravvivare attraverso nuovi strumenti le istanze di partecipazione attiva di cui i partiti politici non riescono più a farsi carico[27]. Allora, non deve sorprendere che in Italia il *digital switchover* abbia investito proprio l'istituto del *referendum*. Infatti, esso costituisce lo strumento più incisivo a disposizione dei cittadini per intervenire su quei temi particolarmente sentiti dalla società civile, ma negletti dalla politica[28], come testimoniato dalle campagne testé menzionate[29]. La rivoluzione della *e-democracy* assume

[20] Sulla qualificazione del referendum come istituto di partecipazione popolare (e non di democrazia diretta) v. M. Luciani, *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, vol. 37, 2008, pp. 163 ss.
[21] R. Borrello, *Firma digitale e slow democracy,* in *Nomos* n. 3/2021, p. 2.
[22] Dati ufficiali del Comitato Promotore del referendum: https://referendum.eutanasialegale.it/trasparenza/
[23] Dati ufficiali del Comitato Promotore: https://www.associazionelucacoscioni.it/i-dati-aperti-sui-firmatari-dei-referendum-eutanasia-e-cannabis-legale
[24] Sulle fasi del referendum, v. G. M. Salerno, *Referendum*, in Enciclopedia del Diritto, XXXIX, 1988
[25] G. Donato, *Gli strumenti di democrazia partecipativa alla prova del digital switchover*, in DPCE online, n.2/2021, p. 1532.
[26] W. D'Avanzo, *Democrazia elettronica. La partecipazione politica ai tempi dei social media*, in Open Journal of Humanities, Universitas Studiorum, 2020, pp. 183-184.
[27] G. Donato, op. cit., p. 1532.
[28] Cfr. M. Luciani, op.cit., p. 173.
[29] Per quanto attiene ai cannabinoidi è significativa la giacenza della proposta legislativa di iniziativa popolare di legalizzazione alla Camera dei Deputati dal 2016 (https://www.camera.it/leg18/126?leg=18&idDocumento=12), nonostante la collocazione dell'Italia in cima alle classifiche per consumatori abituali (https://www.emcdda.europa.eu/data/stats2021/gps_en). Invece, con riferimento all'eutanasia, dopo l'iniziale silenzio della politica rispetto ai moniti della Corte Costituzionale (ord. n.207/2018 e sent.

ulteriore pregnanza ove relazionata all'emergenza epidemiologica in corso. Infatti, se in condizioni normali la digitalizzazione degli istituti democratici rappresenta un mezzo di velocizzazione ed ammodernamento, nel contesto pandemico assurge a condizione stessa del loro esercizio. Proprio il trasferimento dei banchetti delle firme e delle piazze di dibattito dal mondo materiale a quello informatico ha permesso al popolo italiano di partecipare attivamente alla vita democratica della Repubblica senza incorrere nel rischio di contrarre e diffondere il virus. Tuttavia, l'eliminazione di una barriera frapposta all'esercizio di un diritto politico costituzionalmente tutelato – sia essa rappresentata dagli ostacoli burocratici evidenziati dall'OHCHR o da una crisi sanitaria senza precedenti – non esime dal riflettere sulle conseguenze di tale riforma, specie ove si consideri che un intervento normativo dotato di estrema puntualità, appare potenzialmente idoneo a generare squilibri, laddove incurante dell'area costituzionale circostante[30].

5. Le conseguenze della riforma: problemi e possibili soluzioni

Le principali riflessioni avanzate in dottrina ruotano intorno alla considerazione che le procedure della democrazia diretta sono state progettate dal Costituente secondo un periodo fisiologico di realizzazione, volto ad una ponderata espressione dalla volontà del corpo elettorale, sì da assicurare il corretto funzionamento della forma di stato, che vede il *referendum* come derogatorio rispetto al sistema della democrazia rappresentativa[31].

In particolare, è stato messo in luce come antecedentemente alla riforma l'arco temporale tra l'approvazione di una legge e la sua sottoposizione a *referendum* assicurava una giusta distanza dallo scontro parlamentare. Invece, in seguito al *digital switchover* della raccolta firme si appaleserebbe il rischio dell'automatismo referendario ovverosia che all'indomani della pubblicazione in G.U. di una legge le forze politiche sconfitte ricorrano sistematicamente al *referendum* abrogativo per contrapporre alle Camere il popolo sovrano[32]. Dunque, la conseguenza prospettata sarebbe la trasformazione dell'istituto referendario <<*in un distorto strumento di democrazia rappresentativa mediante il quale si vengano in sostanza a proporre plebisciti o voti popolari di fiducia, nei confronti […] dei partiti […] che abbiano assunto e sostenuto le iniziative referendarie*>>[33].

Per arginare i rischi legati alla facilità di collezione delle sottoscrizioni digitali sono stati proposti diversi correttivi.

242/2019) e alla campagna referendaria, è attualmente in corso di calendarizzazione al Senato la relativa proposta di legge.

[30] R. Borrello, op. cit., p. 2

[31] R. Borrello, op. cit., p. 3

[32] A. Pugiotto, *Il pericolo non è il click, ma il plebiscito,* in *Il Riformista*, 3° settembre 2021, par. 6

[33] C. Cost., sent., n. 16/1978, *Considerato in Diritto*, par. 5.

Il primo consiste nell'innalzamento della soglia delle firme prevista dall'art. 75, co. 1, Cost. da 500.000 ad 800.000, mutando contestualmente la tipologia del *quorum* prevista dal 4° comma da fissa a mobile, sì da ancorarlo al 50 per cento più 1 di coloro che hanno votato alle ultime elezioni politiche, onde contrastare l'astensionismo[34]. Avverso un simile correttivo è stato obiettato che la quantificazione in termini assoluti della soglia di elettori prevista dall'art. 75, co. 1, Cost. deve intendersi non un ancoraggio alla consistenza del corpo elettorale, bensì espressione di un consenso sufficientemente diffuso intorno alla richiesta referendaria[35]. Perdipiù, nella variante di tale proposta corroborata dall'argomento della necessaria adeguazione della soglia delle firme all'attuale consistenza quantitativa del corpo elettorale[36] si annida la contraddizione intrinseca del perseguire un ancoraggio alle variazioni degli elettori prevedendo una quota di sottoscrizioni comunque formulata in termini assoluti[37].

La seconda proposta di riforma prevede di anticipare il giudizio di ammissibilità delle richieste referendarie anteriormente al raggiungimento della soglia prevista dall'art. 75, co. 1, Cost. con contestuale sospensione della raccolta delle firme[38], chiamando in causa la Consulta al conseguimento di una quota intermedia di sottoscrizioni espressiva di un certo grado di consenso intorno all'iniziativa ablatoria popolare[39]. Conseguentemente, il giudizio di ammissibilità della Corte costituzionale sarebbe alleggerito dalla pressione politica derivante dalle iniziative referendarie fornite di ampio consenso[40]. A ben vedere, una simile premura appare eccessiva. Infatti, il giudizio di inammissibilità di alcune delle prime proposte referendarie post-riforma ha mostrato che un elevato numero di sottoscrizioni non costituisce una forma di pressione nei confronti della Consulta[41], come dimostrato anche dalla scelta di utilizzare il mezzo della conferenza stampa per anticipare l'esito della decisione[42]. Poi, nel caso di plurime iniziative referendarie nel corso dell'anno, si profilerebbe la necessità di una multipla chiamata in causa del Giudice delle leggi, in luogo di uno scrutinio "a pacchetto", con un conseguente incremento non solo in termini di carico di lavoro, ma anche di quell'esposizione pubblica che il correttivo mira ad evitare. Infine, la nuova ricollocazione nel procedimento referendario trasformerebbe inevitabilmente il giudizio di ammissibilità

[34] F. Clementi, *I correttivi necessari alla deriva della spid democracy*, in *Il Sole 24* ore, 21 settembre 2021
[35] P. Carnevale, op. cit., p. 4. Sulla *ratio* del *quorum* di partecipazione del *referendum* abrogativo cfr. A. Ciancio, *Il "quorum" di partecipazione nel referendum abrogativo. (Causa ed effetti di un anacronismo)*, in "Politica del diritto"4/1999, pp. 670-671.
[36] S. Ceccanti, *"Portare le firme a 800mila e ritoccare il quorum"*, in *Repubblica*, 18 settembre 2021
[37] P. Carnevale, op. cit., p. 4
[38]Proposta di legge C. 3284 «*Modifiche alla legge 25 maggio 1970, n. 352, in materia di anticipazione del controllo della Corte costituzionale sui referendum abrogativi dopo la raccolta di centomila firme*», presentata il 15 settembre 2021(Primo firmatario S. Ceccanti)
[39] F. Clementi, op. cit., individua tale quota intermedia intorno ai 100.000 elettori.
[40] Sono di tale avviso anche R. Borrello, op. cit., p. 7 e F. Pallante, op. cit., pp. 354-355
[41] Peraltro, in tal senso si era già pronunciato S. Cassese, *Altro che divisione, siamo alla confusione dei poteri*, in *il Riformista*, 5 ottobre 2021
[42] Decisione disponibile sul canale YouTube ufficiale della Corte Costituzionale, https://www.youtube.com/watch?v=fgZ7DU2Q2Ak&t=9s

in un fattore di accreditamento anche politico dell'iniziativa popolare, in grado di riflettersi sulla raccolta delle firme[43].

Infine, è stata avanzata l'idea di un controllo di costituzionalità preventivo della normativa di risulta in sede di giudizio di ammissibilità, onde evitare il paradosso di una possibile declaratoria di incostituzionalità proprio sul prodotto normativo di un referendum abrogativo dichiarato ammissibile dalla stessa Consulta[44]. A ben vedere, un simile correttivo appare impraticabile in ragione del fatto che la ragionevolezza può valutarsi solo con riferimento ad un atto normativo perfetto, non rispetto ad un atto d'impulso i cui effetti non sono prevedibili e, quindi, valutabili, dipendendo da come gli applicatori del diritto restituiranno coerenza al sistema normativo dopo l'eventuale abrogazione popolare[45]. Dunque, la sottoponibilità della normativa di risulta ad un successivo sindacato di costituzionalità non costituisce un cortocircuito, bensì espressione di un sistema di giustizia costituzionale coerente in quanto rispettoso delle caratteristiche specifiche ed autonome proprie di ogni tipologia di giudizio riservato alla Corte Costituzionale.

Il tema dei tempi della democrazia diretta viene in rilievo anche con riferimento alla questione dello *spatium deliberandi* tra il momento di apprensione dell'iniziativa referendaria e quello dell'apposizione della firma, inevitabilmente contratto dalle dimensioni artificiali dell'agire digitale[46]. Nello specifico, è stato notato come un eccesso di facilità nell'espressione *della* scelta possa indurre a una disinvoltura *nella* scelta. Per compensare tale *deficit* di ponderazione la dottrina ha posto l'accento sulla necessità per il legislatore di predisporre le condizioni necessarie a consentire l'adozione di scelte quanto più possibile consapevoli e frutto di sufficiente maturazione in capo all'elettore[47]. Il che secondo alcuni[48] dovrebbe tradursi in un intervento sull'apparato informativo, che in Italia si profila carente tanto con riferimento ai media tradizionali, quanto con riguardo alle *social platforms*. Secondo altri[49] la soluzione andrebbe ricercata nel testo costituzionale, il quale allorquando intende assicurare l'adozione di decisioni adeguatamente mature, dispone il rispetto di termini minimi. Da qui la proposta di modificare la l. n. 352/1970, prevedendo un termine minimo – da individuarsi nell'intervallo temporale di 34 giorni previsto dall'art. 52 in forza del rinvio alla disciplina dettata dalla l. n. 130/1975 in materia di campagna elettorale – tra la pubblicazione del quesito referendario nella G.U. e l'inizio della raccolta delle firme. In questo modo, il tempo in quanto

[43] P. Carnevale, op. cit., p. 5.
[44] F. Clementi, op. cit.
[45] A. Pugiotto, *Referendum e giudizio incidentale di costituzionalità: ecco le norme*, in *Diritto&Giustizia* 2004, n. 20, p. 54.
[46] R. Borrello, op. cit., p. 4.
[47] P. Carnevale, op. cit., p. 6.
[48] R. Borrello, op. cit., pp. 4-5.
[49] P. Carnevale, op. cit., pp. 8-9.

spazio di dibattito e fattore di raffreddamento degli attriti, contrasterebbe il rischio di una *bubble democracy* in cui la sottoscrizione referendaria è mal ponderata poiché immediata e solipsistica.

6. Conclusioni

A ben vedere, ciò che rimane implicito nei correttivi analizzati è la concreta condizione politico-istituzionale italiana, elemento di contesto imprescindibile per comprendere se la rinnovata disciplina del referendum rischia di sconvolgere l'assetto costituzionale. In un sistema rappresentativo nel quale i meccanismi di responsabilità funzionano e i partiti sono saldamente presenti e legittimati nella società civile, il referendum assume quel connotato essenziale di eccezionalità individuato dall'interpretazione maggioritaria della Carta fondamentale[50]. Invece, in un sistema connotato dalla debolezza dei partiti e del consenso verso le istituzioni politiche, l'evocazione della partecipazione popolare può alterare tanto profondamente la politica da incidere sulla forma di governo[51]. Le proposte esaminate lasciano intendere tra le righe che la situazione italiana vada inquadrata proprio in quest'ultimo scenario. Allora, non è un caso che la compagine del comitato promotore del *referendum "Cannabis Legale"* ricomprenda associazioni e gruppi d'opinione, ma non partiti (o sindacati), normalmente indispensabili per mobilitare una raccolta firme[52]. Ciò secondo alcuni costituirebbe premonizione della perdita del ruolo di intermediazione democratica dei partiti (nel campo referendario) a favore delle *lobbies* o addirittura degli *influencers*[53]. Un effetto probabilmente voluto dal primo firmatario dell'emendamento - esponente del Partito radicale che da sempre interpreta il *referendum* come rimedio alla partitocrazia[54] - che abilmente è riuscito ad indurre il Parlamento ad approvare una legge potenzialmente autodelegittimante, nonostante il parere contrario del governo che avrebbe voluto circoscrivere gli effetti alle sole persone disabili[55]. Tuttavia, non è contrastando la digitalizzazione che si reindirizza il *referendum* abrogativo verso le coordinate di sistema che gli appartengono, bensì rafforzando la mediazione dei corpi intermedi, il cui ruolo è ineliminabile anche quando la decisione viene imputata direttamente alla volontà del popolo, poiché essa si manifesta solo nel contesto politico del confronto tra partiti[56]. Peraltro, un simile obiettivo è perseguibile proprio

[50] Sul carattere di eccezionalità del referendum v. F. Cerrone, *Art. 75*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 1970, pp. 458-459

[51] M. Luciani, op. cit., p. 167. Cfr. A. Di Giovine, *Referendum e sistema rappresentativo: una difficile convivenza*, in *Il Foro Italiano*, 1979, vol. 102, PARTE QUINTA: MONOGRAFIE E VARIETÀ (1979), pp. 149-164.

[52] Sull'integrazione del *referendum* abrogativo nel sistema politico-partitico cfr. A. Cariola, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista*, Giuffrè, Milano 1994, pp. 345 ss.

[53] N. Lupo, *La nuova vita "digitale" del referendum abrogativo. Origini e conseguenze*, Policy Brief Luiss n. 31/2021, p. 3.

[54] F. Cerrone, op. cit., p. 459.

[55] F. Pallante, op. cit., pp. 350-351. Complice dell'approvazione anche la presentazione della modifica normativa in una seduta notturna delle Commissioni riunite Affari Costituzionali e Ambiente della Camera nella forma di un emendamento presentato alla legge di conversione di un d.l., alla quale il governo aveva apposto questione di fiducia.

[56] *Amplius,* M. Luciani, op. cit., pp. 159-160.

ricorrendo all'istituto referendario, stante la sua funzione <<*dinamizzante delle forme di governo fondate sulla rappresentanza*>>[57] che, a parere di chi scrive, viene esaltata dalla riforma esaminata. Infatti, l'aver inciso unicamente sulla fase d'avvio dell'*iter* (e, dunque, sul potenziale ricorso all'istituto) incrementerà le occasioni di confronto dialettico tra il corpo elettorale e il Parlamento, la cui potestà legislativa non è erosa, bensì spronata ad attivarsi nelle more del procedimento per anticipare l'esito abrogativo o innovare la disciplina interessata dal quesito popolare[58]. Peraltro, ciò sembra confermato non solo dall'inalterato ruolo dell'Ufficio centrale per il *referendum* presso la Corte di Cassazione, ma soprattutto dalla costante vigenza dei limiti temporali dell'art. 31 della l. 352/90, i quali riflettono la <<*prevalenza degli strumenti rappresentativi su quelli di immediata compartecipazione popolare alle scelte pubbliche*>>[59]. Dunque, la costante presenza dei contrappesi referendari mantiene l'attuale assetto costituzionale ben distante dalle distopie evocate da Sartori[60] e Bobbio[61] in cui le nuove tecnologie eliminerebbero la necessità di ogni tipo di intermediazione decisionale. Allora, se ne può concludere che l'espansione dei diritti costituzionali favorita dall'innovazione tecnologica non deve essere guardata sfavorevolmente fintantoché non viene sfruttata per aggirare quel meccanismo di equilibri oculatamente bilanciato dal Costituente.

[57] *Ibidem*, p. 172-173.
[58] A. Pugiotto, op. cit., par. 3. Per l'esposizione della tesi secondo cui la riforma intaserà il dibattito parlamentare, cfr. G. Sgueo, *La transizione digitale*, in Giornale di diritto amministrativo, n. 6/2021, p. 749.
[59] M. Mazziotti Di Celso, G.M. Salerno, *Manuale di diritto costituzionale*, 7ªed., Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 340.
[60] G. Sartori, *Tecniche decisionali e sistema dei comitati*, in *Rivista italiana di scienza politica*, n. 1/1974, p. 39.
[61] N. Bobbio, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, in G. Quazza (a cura di), *Democrazia e partecipazione*, Edizioni Stampatori, Torino, 1978, p. 34.

Impresa, crisi e contratti

L'emergenza covid-19 e le misure sul capitale sociale*

di Claudia D'Urso
Dottoranda di ricerca in Giurisprudenza
Università degli Studi di Catania

Abstract [It]: Il paper propone una riflessione sull'articolo 1, comma 266, legge 30 dicembre 2020, n. 178 (legge di bilancio 2021) con cui il Legislatore dell'emergenza da Covid-19 ha disposto delle deroghe eccezionali e temporanee alla disciplina codicistica in materia di capitale societario. Si analizza il grado di efficacia della normativa d'urgenza, il cui contenuto non rappresenta in sé una novità nell'ordinamento, nel far fronte all'esigenza di garantire la continuità delle imprese colpite dall'emergenza Covid-19, i profili di impatto sulle regole delle società di capitali ed infine, le diverse criticità di sistema derivanti da tale scelta legislativa. Tra le questioni oggetto di analisi, si indaga in particolare sulle possibili ricadute della sospensione transitoria delle regole codicistiche in tema riduzione per perdite del capitale sociale sugli obblighi e sulle responsabilità in capo agli organi gestori per il monitoraggio della continuità aziendale ed il rispetto del dettato dell'articolo 2086, comma 2, c.c. come modificato dal Codice della crisi.

Title: The covid-19 emergency and social capital measures
Abstract [En]: The paper focuses on Article 1, paragraph 266, Law No. 178 of 30 December 2020 (Budget Law 2021), by which the Covid-19 emergency legislator provided for exceptional and temporary exceptions to the codified regulations on share capital. In particular, the article examines the degree of effectiveness of the emergency legislation, the content of which is not in itself a novelty in the Italian legal system, in addressing the need to ensure the continuity of the companies affected by the Covid-19 emergency, the impact profiles on the rules of joint stock companies and, finally, the various systemic criticalities arising from this legislative choice. Among the issues discussed, particular attention is paid to the possible effects of the transitory suspension of the codified rules on the reduction of share capital due to losses on the obligations and responsibilities of directors for the monitoring of going concern and compliance with the provisions of Article 2086, paragraph 2, of the Italian Civil Code as amended by the new Crisis Code.

Parole chiave: Covid-19, emergenza sanitaria, misure sul capitale sociale, legge di bilancio
Keywords: Covid-19, health emergency, social capital measure, budget law

Sommario: 1. L'articolo 6 del decreto "liquidità" e le successive modifiche. **2.** Le finalità della sospensione delle regole codicistiche sulle perdite di capitale ed il confronto con suoi precedenti. **3.** Il problema dell'individuazione delle perdite oggetto della sospensione emergenziale. **4.** Le possibili ricadute della sospensione della regola "ricapitalizza o liquida": obblighi e responsabilità degli amministratori. **5.** Riflessioni conclusive: quale futuro per il capitale sociale?

1. L'articolo 6 del decreto "liquidità" e le successive modifiche

La diffusione del virus da Covid-19 ha determinato, come noto, un'emergenza sanitaria a livello globale cui si è concatenata anche una crisi di tipo economico dalla portata ancora non del tutto prevedibile. Allo scoppio del fenomeno epidemico ed a causa del connesso blocco delle attività produttive, lo scenario che

* Articolo sottoposto a referaggio.

si prospettava innanzi ai Governi della maggior parte dei Paesi del globo era quello di una pandemia economica con forti ripercussioni sulle imprese. Per tali ragioni, oltre all'adozione di numerose misure di contenimento del contagio volte alla tutela del bene salute, sono stati altrettanto copiosi gli interventi volti alla mitigazione dei rilevanti effetti economici negativi legati alla inaspettata e rapida diffusione del virus.

Il Governo italiano, in linea con quanto fatto da altri paesi europei, ha predisposto una serie di misure in ambito economico-produttivo attraverso cui sono state disposte deroghe temporanee ad una parte della disciplina prevista dal Codice civile in materia societaria nell'intento di attenuare l'impatto economico della pandemia ed arginarne le conseguenze recessive.

Tra le misure adottate si evidenzia la disapplicazione di alcune regole codicistiche sulla perdita del capitale sociale prevista dall'articolo 6 del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (cd. decreto liquidità, convertito dalla legge 5 giugno 2020, n. 40), le cui finalità ed i cui effetti ci si propone di analizzare nella presente trattazione.

La versione originaria di tale disposizione ha sollevato in dottrina alcune questioni interpretative ed applicative che hanno portato, dapprima, ad una incisiva modifica del suo testo con la legge di bilancio 2021 (art. 1, comma 266, l. 30 dicembre 2020, n. 178) e, successivamente, ad un'ulteriore modificazione con l'art. 3, comma 1-*ter*, del cd. decreto Milleproroghe (d.l. 30 dicembre 2021, n. 228, conv. dalla legge 25 febbraio 2022, n. 15).

In origine la disposizione prevedeva che *«a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto* [9-4-2020] *e fino alla data del 31 dicembre 2020 per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data»* non si applicassero *«gli articoli 2446, comma 2° e 3°, 2447, 2482-bis, comma 4°, 5° e 6°, e 2482-ter c.c.»*. Per lo stesso periodo era inoltre sospesa *«la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, comma 1°, n. 4, e 2545-duodecies c.c.»*.

Dalla lettura della relazione illustrativa di accompagnamento[1] al decreto emergono le ragioni che hanno spinto il Governo all'introduzione della sospensione temporanea delle regole del capitale sociale; ed invero, poiché la situazione eccezionale determinata dalla crisi economica conseguente all'epidemia da Covid-19 era tale da travolgere *«anche imprese che prima della pandemia si trovavano in condizioni economiche anche ottimali, traducendosi in una patologica perdita di capitale che non riflette le effettive capacità e potenzialità delle imprese coinvolte»,* la disposizione mirava ad evitare *«che la perdita del capitale, dovuta al Covid-19 e verificatasi nel corso degli esercizi chiusi al 31 dicembre 2020, ponga gli amministratori di un numero elevatissimo di imprese nell'alternativa –*

[1] Relazione di illustrativa di accompagnamento al decreto 23/2020, art. 6 (*Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale*).

palesemente abnorme – tra l'immediata messa in liquidazione con perdita della prospettiva di continuità per imprese anche performanti, ed il rischio di esporsi alla responsabilità per gestione non conservativa ai sensi dell'articolo 2486 c.c.».

Tuttavia, la norma, così come formulata, non era in grado di perseguire l'intento del Legislatore poiché sterilizzava le perdite solo per un breve arco temporale – fino al 31 dicembre 2020 – durante il quale, anche alla luce della prosecuzione del fenomeno pandemico, era del tutto improbabile il ripianamento delle perdite da parte delle imprese che avevano scelto di usufruire della disapplicazione temporanea disposta dall'art. 6 del decreto liquidità. Al fine, dunque, di evitare la (presumibilmente disastrosa) ripresa di efficacia, dal 1° gennaio 2021, delle regole sul capitale sociale che erano state sospese, il Legislatore è intervenuto con l'art. 1, comma 266, l. 30 dicembre 2020, n. 178 (legge di bilancio 2021) che – anche nell'intento di risolvere i dubbi interpretativi legati alla prima formulazione – ha completamente riscritto la disposizione del decreto liquidità prevedendo *«per le perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020»* la disapplicazione:

- dell'obbligo di riduzione per perdite oltre un terzo del capitale previsto dagli artt. 2446, comma 2° e 3°, e 2482-*bis*, commi 4°, 5° e 6°, c.c.. Prevedendo al secondo comma del novellato art. 6 un'estensione del cd. "periodo di grazia" da uno a cinque anni, ed infatti il termine entro il quale la perdita deve risultare diminuita a meno di un terzo viene posticipato al quinto esercizio successivo a quello in corso al 31 dicembre 2020, pertanto alla riduzione dovrà provvedere l'assemblea che approva il bilancio in corso al 31 dicembre 2025;
- dell'obbligo di provvedere alla immediata riduzione e successiva ricapitalizzazione, oppure alla trasformazione o allo scioglimento della società in caso di perdite oltre il terzo e al di sotto del minimo legale ai sensi degli artt. 2447 e 2482-*ter* c.c.. Anche in questo caso si consente all'assemblea di rinviare a nuovo queste perdite per i successivi cinque esercizi e posticipare quindi l'assunzione dei necessari provvedimenti (art. 6, comma 3°);
- della causa di scioglimento per la perdita del minimo del capitale (art. 2484, comma 1°, n. 4, c.c.), e per perdita integrale del capitale nelle società cooperative (art. 2545-*duodecies* c.c.).

L'art. 3, comma 1-*ter*, del decreto-legge 30 dicembre 2021, n. 228 (cd. decreto Milleproroghe) è nuovamente intervenuto sul testo dell'articolo 6 sostituendo, al comma 1°, le parole *"31 dicembre 2020"* con *"31 dicembre 2021"*; in sostanza anche per le perdite emerse nell'esercizio in corso al 31 dicembre 2021 sarà possibile optare per la non applicazione di alcuni obblighi previsti dal Codice civile per la protezione del capitale sociale negli stessi termini previsti per la sospensione delle perdite emerse nell'esercizio in corso al 31 dicembre 2020.

2. Le finalità della sospensione delle regole codicistiche sulle perdite di capitale ed il confronto con suoi precedenti

Come già evidenziato, la *ratio* ispiratrice della sospensione temporanea delle regole codicistiche sul capitale sociale prevista dall'art. 6 del decreto liquidità è evitare le conseguenze che subirebbero le imprese a causa delle perdite provocate dalla crisi e destinate a riflettersi sull'esercizio in chiusura al 31 dicembre 2020 o, a seguito dell'estensione prevista nel decreto Milleproroghe, al 31 dicembre 2021. La scelta è stata quindi di "sterilizzare" le perdite rilevanti e rinviarle al quinto esercizio successivo, nell'ambito del quale occorrerà, se esse non saranno già state riassorbite mediante utili prodotti *medio tempore*, applicare le ordinarie regole sulla riduzione del capitale sociale per perdite (artt. 2246, 2247, 2482-*bis*, 2482-*ter* c.c.) e sullo scioglimento della società ai sensi degli artt. 2484, comma 1, n. 4 e 2545-*duodecies* c.c.[2]. È pertanto intendimento del Legislatore evitare che la crisi economica da Covid-19 ponga gli amministratori di un elevato numero di imprese tra l'incudine, ovverosia ricapitalizzare, ed il martello, consistente nell'immediata messa in liquidazione della società[3].

A ben guardare, il contenuto dell'articolo 6 del decreto liquidità non è altro che una trasposizione generalizzata della sospensione temporanea della regola "ricapitalizza o liquida" che il Legislatore aveva già previsto in altri contesti e, peraltro, con finalità del tutto differenti rispetto a quelle perseguite con la normativa d'urgenza.

Il precedente maggiormente richiamato in dottrina[4] è indubbiamente l'art. 182 *sexies* l. fall. (introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134; ripreso dagli artt. 64 e 89 c.c.i.i.) che sospende anch'esso gli obblighi di riduzione del capitale per perdite e sullo scioglimento per perdite dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, e sino all'omologazione; dunque, non si tratta in questo caso di un beneficio in assoluto ma di un rinvio legato all'espletamento della procedura. La logica della disposizione di cui alla legge fallimentare è quindi quella di "anticipare" gli effetti esdebitatori dell'omologazione con l'obiettivo di evitare il *default* dell'impresa e consentire l'esperimento di una procedura concorsuale volta al

[2] Sottolinea Campobasso M., *"La riduzione del capitale epidemica e doveri degli amministratori"*, in NLCC, 2021, n. 3, p. 296 ss. che la sospensione della regola "ricapitalizza o liquida" non viola le regole europee di armonizzazione delle società di capitali perché i principi del diritto europeo sul capitale sociale richiedono solamente che: *«In caso di perdita grave del capitale sottoscritto, l'assemblea deve essere convocata nel termine previsto dalla legislazione degli Stati membri, per esaminare se sia necessario sciogliere la società o prendere altri provvedimenti» (art. 57 dir. 2017/1132/UE).*

[3] Pacchi S., *L'impatto del Virus Corona-19 sul diritto della crisi*, in *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 319 ss., jul./dez. 2020, http://doi.org/10.5585/prismaj.v19n2.18706

[4] Si vedano sul punto: Campobasso M., *op. cit.*; Ferri G. *jr*, *La sospensione degli obblighi di riduzione del capitale per perdite tra passato prossimo e futuro remoto*, in *Riv. not.*, 2021, n. 3, p. 3 ss.

risanamento[5] il cui corretto svolgimento renderà dunque non più necessaria la riduzione del capitale sociale per perdite.

Medesime considerazioni non possono invece svolgersi con riferimento al dettato dell'articolo 6 del decreto liquidità che, come visto, si limita a rinviare ad un momento successivo – dopo cinque esercizi – l'intervento sul capitale sociale senza approntare rimedi esperibili *medio tempore* per il ripianamento delle perdite e il superamento della situazione di crisi.

Un modello normativo maggiormente affine per struttura e funzionamento con la disciplina emergenziale è invece contenuto negli articoli 26, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2012 n. 179 (conv. in L. 17 dicembre 2012, n. 221) e 4, comma 9, del decreto-legge n. 3/2015 (conv. in l. n. 33/2015), che si applicano alle c.d. *start-up* e PMI innovative prevedendo una diversa modulazione temporale – rispetto alla disciplina ordinaria – degli obblighi di riduzione del capitale e di ricapitalizzazione in caso di perdite rilevanti[6]. Tuttavia, in questo caso la sospensione temporanea della regola "ricapitalizza o liquida" – oltre ad avere un ambito di applicazione soggettivamente circoscritto a particolari imprese – è stata prevista con fini diversi rispetto agli scopi perseguiti con l'articolo 6 del decreto liquidità; qui il Legislatore, nel prevedere la deroga, ha infatti tenuto conto dell'elevato rischio imprenditoriale legato alla peculiare natura delle attività esercitate da *start-up* e PMI innovative e alla connessa possibilità che nei primi esercizi esse registrino perdite rilevanti[7].

Si segnala, da ultimo, un nuovo "reimpiego" della norma all'interno del decreto-legge 118/2021 (conv. con legge 147/2021, *vedi infra par. 4*) con cui il Legislatore ha introdotto la procedura di composizione negoziata della crisi quale nuovo strumento per il superamento della crisi d'impresa. L'articolo 8 di tale decreto[8] prevede, infatti, tra le misure premiali incentivanti, la sospensione degli obblighi codicistici di riduzione del capitale e della causa di scioglimento con riferimento a tutte le perdite rilevanti, non solo quelle emerse negli esercizi in corso al 31 dicembre 2020 o al 31 dicembre 2021[9], fino alla chiusura delle trattative, o sino all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata. Si noti come qui sia possibile

[5] Sulla non applicabilità dell'art. 6 del decreto liquidità alle società che avevano già presentato domanda di ammissione al concordato preventivo si è pronunciato il Tribunale di Reggio Emilia, sez. fall., del 05.10.2021, reperibile in *DeJure*.

[6] ASSONIME, Circolare n. 16 del 28 luglio 2020, *Le regole societarie per salvaguardare la continuità operativa delle imprese nei decreti liquidità e rilancio*, in *Riv. not.*, 2020, fasc. 5, p. 1033 ss.

[7] Altre normative speciali ove è prevista la sospensione temporanea degli obblighi di riduzione del capitale per perdite sono l'art. 6-*octies*, d.l. 26 aprile 2013, n. 43, conv. in l. 24 giugno 2013, n. 71 che, per le imprese con sede nei territori colpiti dal terremoto dell'Emilia-Romagna del 2012, ha disposto la sterilizzazione per quattro esercizi delle perdite relative all'esercizio nel quale si è verificata la calamità e l'art. 41, comma 1-*octies*, d.lgs. 169/2011 (cd. codice antimafia).

[8] A seguito dell'entrata in vigore del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in data 15.07.2022, la misura premiale incentivante relativa alla sospensione degli obblighi codicistici di riduzione del capitale è stata trasposta all'articolo 20 del menzionato Codice così come modificato dall'articolo 6 del decreto legislativo 17.06.2022, n. 83.

[9] Si tratta di un effetto non automatico dell'accesso alla procedura, in quanto deve essere richiesto espressamente dall'imprenditore (o dall'organo amministrativo) con l'istanza di nomina dell'esperto (o con dichiarazione successiva sulla piattaforma telematica) e la sua concessione è sottoposta alla previa valutazione delle possibilità di risanamento e di ripristino del capitale alla conclusione delle trattative.

rintracciare la medesima *ratio* che ha ispirato il disposto dell'art. 182-*sexies* della legge fallimentare; ed infatti, anche in questo caso, la sospensione si giustifica poiché ha l'intento di rinviare l'eventuale decisione sulla riduzione del capitale o sullo scioglimento per perdite al termine della procedura ed in base ai suoi esiti.

3. Il problema dell'individuazione delle perdite oggetto della sospensione emergenziale

Se dunque, da un lato, appare chiaro il contenuto e la *ratio* della normativa emergenziale sul capitale sociale, dall'altro lato, non sono mancate incertezze relativamente all'ambito di applicabilità della norma in esame e, in particolare modo, sull'individuazione delle perdite rilevanti suscettibili di sospensione.

Come precedentemente accennato, la prima versione dell'articolo 6 del decreto liquidità aveva suscitato numerosi dubbi – dovuti alla sua formulazione e variamente risolti in dottrina[10] - relativamente all'estensione del suo perimetro applicativo. A causa della perduranza della pandemia, il Legislatore è intervenuto, con la legge di bilancio 2021[11], riformulando interamente il suddetto art. 6 e stabilendo al primo comma che la sospensione riguardasse *"le perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020"*[12].

Tuttavia, anche la nuova disciplina ha posto problemi interpretativi circa l'individuazione delle perdite rilevanti. Innanzi tutto, ci si è chiesti quale dovesse essere la sorte delle perdite pregresse, se cioè la sterilizzazione potesse riguardare qualsiasi perdita, dunque anche quelle pregresse e riferite ad esercizi precedenti, purché risultante dal bilancio 2020[13] oppure se la sospensione dovesse concernere solo le perdite prodottesi ed "emerse" per la prima volta nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020.

La seconda opzione, sostenuta da una parte della dottrina[14], è fondata sul dato letterale; ed invero poiché la norma, per indicare le perdite che possono essere sospese, utilizza la parola "emerse" sembrerebbe

---

[10] Il problema maggiore posto da tale formulazione consisteva nell'interpretazione da dare all'espressione *«per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data (31 dicembre 2020)»*. Per un approfondimento relativamente alle varie soluzioni proposte in dottrina si vedano: ASSONIME, Circolare n. 16 del 28.07.2020, *cit.*; D'Attorre G., *Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale ed obblighi degli amministratori di società in crisi*, in *il Fall.*, 2020, n. 5, p. 597 ss.; Marchetti P., *Nuovi sviluppi della disciplina emergenziale in tema di perdite di capitale: introduzione*, in *Riv. soc.,* 2021, n. 1, p. 214 ss; Ferri G. *jr*, *op. cit.*, p. 3 ss.

[11] L. n. 178 del 2020.

[12] Tale espressione ha il pregio di ricomprendere sia gli esercizi non coincidenti con l'anno solare, aperti nel 2020 e che si sono chiusi nel 2021, sia l'esercizio corrispondente all'anno solare 2020, chiusosi quindi al 31 dicembre 2020.

[13] Tale orientamento "estensivo" era già stato formulato in base al testo dell'originario art. 6 del decreto liquidità nella massima n. 191 del Consiglio Notarile di Milano; anche a seguito della riformulazione dell'articolo 6, il Consiglio Notarile di Milano ha riconfermato il suo precedente orientamento nella massima n. 196. Nello stesso senso in dottrina si veda Paolini A., Garcea M., *Riduzione del capitale sociale per perdite nella legislazione emergenziale "Covid 19" e problematiche connesse alla parità di trattamento tra imprese*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 2/2020, p. 1297. Si segnala altresì una prima pronuncia sul tema del Tribunale di Venezia, sez. spec. in materia di imprese, del 25.05.2021 che ha aderito all'orientamento estensivo.

[14] In particolare, Campobasso M., *op cit.,* p. 537, ritiene che *"la riformulazione dell'art. 6 abbia avuto un significato non solo formale ma sostanziale, e nello specifico quello di escludere la retroattività dell'esenzione per perdite emerse anteriormente all'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020"*. Per questa soluzione anche Ferri G. *jr, op.cit.*, p. 3 ss.

riferirsi alle sole perdite prodottesi nel 2020, che prima non si conoscevano e che quindi non risultavano da precedenti bilanci[15]. Una soluzione interpretativa di compromesso è stata avanzata da Assonime che, con la circolare n. 3 del 25 febbraio 2021, ha segnalato che poiché l'intento della disciplina emergenziale non può ridursi ad una mera sterilizzazione degli effetti giuridici delle perdite manifestatesi nel momento della crisi ma sia *"anche quello di ovviare alle difficoltà che avrebbero le imprese a reperire sul mercato mezzi di finanziamento aggiuntivi (come per le perdite che si riferiscono al 2019 da ricapitalizzare nel 2020)",* è necessario andare oltre il dato letterale e proporre una lettura più ampia dell'ambito di applicazione che comprenda anche le perdite emerse nei bilanci d'esercizio chiusi al 31 dicembre 2019 o nel corso dell'anno 2020 ma prima del 31 dicembre[16].

Un'altra questione di cui si discute riguarda il trattamento giuridico delle eventuali ulteriori perdite che si manifestino durante il quinquennio di sospensione degli obblighi di riduzione del capitale sociale. *Nulla questio* nel caso di riduzione delle perdite negli esercizi successivi, si dovrà infatti semplicemente verificare se allo scadere dei cinque anni vi sarà ancora la necessità di ridurre il capitale o se la perdita sia già stata arginata.

La questione è decisamente più delicata qualora ci dovesse essere un aumento delle perdite rilevate. A tale riguardo, sono prospettabili due tesi.

Secondo la prima, il Legislatore, con la normativa di cui all'art. 6 del decreto liquidità, avrebbe inteso "sospendere" la perdita in tutti i sensi, conseguendone così che le eventuali ulteriori perdite emergenti negli esercizi successivi al 2020 risulterebbero anch'esse coperte dalla sterilizzazione emergenziale; seguendo tale impostazione, l'attivazione dei rimedi a tutela del capitale dovrebbe pertanto avvenire soltanto alla chiusura del quinto esercizio successivo. A suffragare questa interpretazione[17], vi è l'idea che la norma, andando oltre alla formulazione letterale e inscrivendosi nella logica di aiuto che costituisce la "filosofia" della disciplina emergenziale, voglia garantire alle società un idoneo lasso temporale per superare le difficoltà legate alla pandemia.

Secondo l'altra tesi, aderente al dato letterale, poiché la norma menziona solo le perdite *emerse* nel periodo in corso al 31 dicembre 2020, alle perdite rilevate negli esercizi seguenti si applicherebbe l'ordinaria normativa civilistica in materia di riduzione del capitale, senza alcun posticipo. Ciò significa che, ai fini dell'applicazione della disciplina in tema di riduzione obbligatoria del capitale sociale, le perdite (sospese)

[15] Nello stesso senso si segnala anche l'orientamento del Comitato notarile del triveneto n. T.A.1. e l'orientamento interpretativo del Ministero dello sviluppo economico, espresso nella lettera del 29 gennaio 2021, prot. n. 26890.

[16] ASSONIME, Circolare n. 3 del 25 febbraio 2021, *Legge di bilancio 2021: la nuova disciplina sulla sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione in caso di perdite significative,* in *Riv. not.*, fasc. 1, 1° febbraio 2021, p. 171 ss.

[17] ASSONIME, Circolare n. 3 del 25 febbraio 2021, *cit.*, secondo cui *"le società che si trovano in questa condizione sarebbero immesse in una sorta di percorso speciale e le eventuali perdite successive al 2020, che potrebbero essere fisiologiche anche in un percorso gestionale di recupero della redditività, non dovrebbero avere un autonomo rilievo"*.

del 2020 andrebbero scorporate dal calcolo dell'ammontare complessivo delle perdite. Dunque, la riduzione del capitale (o anche lo scioglimento della società *ex* art. 2484, comma 1, n. 4 c.c.) si renderebbe necessaria solo se le perdite accumulate negli esercizi successivi a quello 2020 fossero da sole sufficienti a determinare la riduzione di oltre un terzo del capitale sociale (o la perdita anche del minimo legale).

Tale tesi sembra preferibile per una serie di ragioni. Innanzi tutto, si evidenzia il carattere eccezionale della normativa emergenziale che dovrebbe quindi limitare la possibilità di applicazioni analogiche della disposizione di cui si discute. Si deve inoltre segnalare quanto disposto dal comma quarto della norma in esame, ovverosia che le perdite dell'esercizio in corso al 31 dicembre 2020 di cui viene disposto il rinvio ad esercizi futuri devono essere distintamente indicate nella nota integrativa con specificazione della loro origine. La necessità di mantenere due indicazioni contabili separate, da una parte le perdite sospese relative al 2020, dall'altra le eventuali perdite prodottesi negli esercizi successivi, tende a spiegarsi con la volontà del Legislatore di applicare alle diverse perdite regimi normativi differenti, speciale alle prime, ordinario alle seconde.

Sembra costituire definitiva conferma di tale soluzione il nuovo intervento di modifica dell'articolo 6 operato dal cd. decreto "Milleproroghe" che ha sostituito l'esercizio in cui le perdite devono emergere per poter usufruire del regime derogatorio sulle regole del capitale con quello in corso al 31 dicembre 2021. Ove, quindi, le perdite dell'esercizio 2021 fossero già state ricomprese nella sospensione delle perdite del 2020 non sarebbe stato necessario il sopra menzionato intervento di sostituzione e proroga attuato recentemente dal Legislatore. La modifica ha pertanto sottolineato l'eccezionalità delle deroghe alle regole di diritto societario comune, rendendo poco praticabili soluzioni che propongono rinvii "indiscriminati" delle perdite intervenute nel periodo di moratoria oltre i limiti previsti dalla legge[18].

4. Le possibili ricadute della sospensione della regola "ricapitalizza o liquida": obblighi e responsabilità degli amministratori

Le problematiche poste dalla normativa emergenziale non si esauriscono con le sopra viste questioni di tipo interpretativo; altrettanto rilevante è l'analisi del coordinamento tra la sospensione delle regole codicistiche sul capitale e la disciplina dei doveri degli amministratori in caso di crisi dell'impresa.

Infatti, la disciplina agevolativa qui esaminata ha sospeso le norme relative agli obblighi di riduzione del capitale e quelle relative alla causa di scioglimento per perdite con ciò consentendo di ritenere parimenti "sospeso" l'obbligo di gestione conservativa dettato dall'articolo 2486 cod. civ., con la conseguente permanenza in capo agli amministratori del potere di gestire tali società con modalità ordinarie.

[18] Per una prima analisi degli effetti della modifica operata dal menzionato decreto Milleproroghe, si veda Bauco C., *Decreto "Milleproroghe" e disposizioni temporanee in materia di riduzione di capitale,* Documento di Ricerca FNC del 25 marzo 2022, reperibile al sito *https://www.fondazionenazionalecommercialisti.it*.

Tuttavia, non sono state al contempo previste deroghe all'applicazione di altre norme di legge rispetto alle quali rileva la sussistenza di perdite del capitale sociale. In particolare, rimane in vigore il dovere per gli amministratori di convocare senza indugio l'assemblea in presenza di perdite superiori ad un terzo del capitale[19] e l'art. 2086, comma 2°, c.c. che fa obbligo agli amministratori di *"istituire un assetto organizzativo e contabile adeguato, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale*", nonché di *"attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale"*[20].

La circostanza, dunque, che la società si avvalga della sospensione della regola "ricapitalizza o liquida" per cinque esercizi (a partire dal 2020 o dal 2021) non esonera gli amministratori – e con essi anche il collegio sindacale nel suo ruolo di controllo – dal rispettare i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale che impongono di tenere conto della particolare situazione di precarietà della società, derivante dalla perdita di capitale, e di utilizzare l'assetto predisposto ai sensi dell'art. 2086, comma 2, cod. civ. per monitorare costantemente la situazione economica, finanziaria e patrimoniale della società stessa e la persistenza della continuità aziendale. Relativamente a quest'ultima, bisogna sottolineare che si tratta di un concetto di tipo economico-aziendale e non contabile; dunque, la verifica della sua sussistenza non dovrà basarsi unicamente sui dati di bilancio – una tale valutazione avrebbe sicuramente esito negativo ove vi siano perdite rilevanti, anche se sospese – ma piuttosto sulla situazione globale dell'impresa in termini di capacità futura di permanere attiva sul mercato. Ed infatti, trovandosi i concetti di continuità aziendale e di capitale sociale su piani tra loro indipendenti, così come potrebbe sussistere una prospettiva di continuità anche in presenza di perdite rilevanti di capitale sociale, è vero anche il contrario, ovverosia che potrebbe non esservi continuità aziendale anche ove il capitale sociale permanga integro. Ne consegue che, anche nel caso in cui la società decida di usufruire del regime emergenziale di sospensione delle norme sul capitale, non viene meno il dovere per l'organo amministrativo di monitorare la perduranza della prospettiva di continuità aziendale e di attivarsi senza indugio nel caso in cui questa dovesse mancare.

Parimenti, la normativa d'urgenza non esenta gli amministratori dal dovere di adottare tempestivamente, in presenza di indicatori di crisi, una gestione volta alla conservazione del patrimonio sociale e alla preservazione della solvibilità dell'impresa, anche tramite l'adozione di uno degli strumenti previsti

[19] Si ricorda in proposito che l'adozione della sospensione prevista dalla disciplina emergenziale è pur sempre facoltativa. Infatti, visto che continueranno ad applicarsi l'articolo 2433, comma 3, cod. civ. che pone il divieto di distribuzione di utili in caso di perdite, nonché l'art. 2412, comma 1, cod. civ. che individua nelle risultanze del patrimonio netto il limite quantitativo all'emissione di obbligazioni, la società, ed i suoi soci, possono volere provvedere egualmente alla copertura immediata, totale o parziale, delle perdite, scegliendo così di non usufruire del regime derogatorio speciale.

[20] Campobasso M., *op.cit.,* p. 541, evidenzia che non è stata altresì sospesa *"la causa di scioglimento per impossibilità di raggiungimento dell'oggetto sociale (art. 2484, comma 1°, n. 2, c.c.) che può essere determinata anche dalla sopravvenuta impossibilità economica per la società di realizzare l'oggetto sociale".*

dall'ordinamento per il superamento della crisi che possono consistere, ad esempio, in nuovi conferimenti da parte dei soci, in programmi di ristrutturazione aziendale o, nei casi più gravi, nel ricorso a procedure concorsuali (es. richiesta di auto-fallimento).

Proprio con riferimento agli strumenti normativi predisposti per agevolare il superamento della crisi, deve altresì segnalarsi la già menzionata (*vedi supra par. 2*) procedura di composizione negoziata della crisi, introdotta con il decreto-legge 118/2021 (conv. con la legge 147/2021)[21], che può essere adottata dalle imprese che si trovano in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono anche solo probabile l'insolvenza (cd. *twilight zone*). In particolare, si tratta di uno strumento che, considerato il disposto dell'articolo 8 di tale decreto[22] con cui si prevede la sospensione della regola "ricapitalizza o liquida" fino alla chiusura delle trattative (o sino all'archiviazione dell'istanza), ed in presenza di perdite rilevanti di capitale e di una contemporanea situazione di incertezza circa la sussistenza della continuità aziendale, potrebbe rappresentare per gli amministratori una soluzione alternativa, e forse maggiormente efficace per evitare la dispersione dei valori aziendali, rispetto alla scelta di usufruire della sospensione delle perdite emerse nell'esercizio in corso al 31 dicembre 2021 ai sensi dell'articolo 6 come novellato dal cd. decreto Milleproroghe[23].

5. Riflessioni conclusive: quale futuro per il capitale sociale?

Volgendo infine lo sguardo ai possibili effetti di sistema della disciplina emergenziale appena analizzata, lo scenario che si prospetta nei prossimi esercizi è quindi quello di un mercato in cui opererà una percentuale di società che hanno perduto il loro capitale sociale[24], quantomeno dal punto di vista contabile.

Ci si chiede, dunque, se la disciplina d'urgenza, che ha ottenuto il risultato di aver evitato nell'immediato le conseguenze negative di una esclusione dal mercato di imprese ancora vitali, abbia al tempo stesso la capacità di mantenere i suoi effetti positivi nei prossimi anni. Il timore è che le norme emergenziali, non incidendo sulla realtà sottostante, ma limitandosi ad attenuare le sue implicazioni giuridiche in modo generalizzato, potrebbero determinare nel lungo periodo più costi che benefici[25].

[21] Le disposizioni sulla composizione negoziata hanno preso vigore a partire dal 15 novembre 2021.
[22] Vedi nota 8, *infra*.
[23] Art. 3, comma 1-*ter*, del decreto-legge 30 dicembre 2021, n. 228 (conv. dalla legge 25 febbraio 2022, n. 15).
[24] Che si andranno ad aggiungere alle *start-up* e PMI innovative e a molte società a responsabilità limitata, data la sostanziale "decapitalizzazione" vigente per tali categorie, indipendentemente dalla crisi pandemica.
[25] Ventoruzzo M., *Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanziamenti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19,* in *Società*, 2020, n. 5, p. 525 ss.

È, peraltro, interessante notare che ciò che il Legislatore, a fronte dell'emergenza, decide di sacrificare – o almeno di attenuare – è il baluardo del capitale sociale, la cui funzione ed efficacia, financo l'opportunità di mantenerlo nel diritto societario, sono ormai da tempo oggetto di dibattito scientifico[26].

C'è chi suggerisce di sfruttare l'occasione della crisi economica per innovare le regole di diritto comune tenendo conto delle esigenze e della strutturazione dei mercati moderni, dell'ottica finanziaria e non più patrimoniale con cui si guarda alla gestione di un'impresa[27].

Da questo punto di vista, ed alla luce di una sempre maggiore perdita di significato del capitale sociale, emerge con prepotenza e significatività il concetto di "continuità aziendale", concetto – come già segnalato – di tipo economico-aziendale ed indipendente da quello di capitale sociale, che nella realtà economica odierna sembra costituire l'unico metro in base al quale misurare la meritevolezza delle imprese a rimanere sul mercato.

Ciò che si deve però tenere a mente è che i passi verso un'innovazione, anche radicale, della disciplina di diritto societario comune non possono essere tali da determinare un sovvertimento della gerarchia fra i valori tutelati dall'ordinamento. La spinta verso una sempre maggiore centralità della nozione di continuità aziendale non dovrebbe dunque comportare un arretramento dei capisaldi del diritto commerciale quali, da un lato, la tutela del credito e dell'affidamento e, dall'altro lato, la tutela dei diritti proprietari.

[26] La letteratura sul punto è copiosa, si vedano, tra gli altri: L. Enriques - J.R. Macey, *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules*, in *86 Cornell L. Rev.*, 2001, p. 1165 ss.; la replica di F. Denozza, *A che serve il capitale? (Piccole glosse a L. Enriques - J.R. Macey, Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules)*, in *Giur. comm.*, 2002, p. 585 ss.; la risposta di L. Enriques, *Capitale sociale, informazione contabile e sistema del netto: una risposta a Francesco Denozza,* in *Giur. comm.*, 2005, p. 607 ss.

[27] Latella D., *L'eclissi del capitale sociale al tempo del Covid-19*, in *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, Gianmaria Palmieri (a cura di), Napoli, 2020, p. 357 ss., il quale formula l'ipotesi *"di immaginare una sorta di conversione dell'obbligo di capitalizzazione in rischio della perdita del netto patrimoniale e, per questa via, trasferire il problema della patrimonializzazione minima (o adeguata) sul mercato assicurativo"*.

A due anni dal d. «Cura Italia». Calcolo degli interessi nei finanziamenti bancari sospesi a causa dell'emergenza Covid-19*

di Luca Serafino Lentini
Assegnista di ricerca di Diritto dell'economia
Università Cattolica del Sacro Cuore

Abstract [It]: Il contributo affronta il problema della maturazione degli interessi da sospensione in relazione alla moratoria legale dei finanziamenti bancari alle imprese ai sensi dell'art. 56 decreto «Cura Italia». A tal merito, viene criticato l'attuale orientamento dell'ABF, secondo cui tali interessi dovrebbero essere calcolati sulla base del saggio contrattuale applicato all'intero debito residuo: la motivazione è costruita sulla negazione della rilevanza del principio solidaristico nella normativa pandemica, nonostante la riconduzione alla regola di buona oggettiva del testo dell'art. 56. In realtà, l'esistenza di un diretto legame fra buona fede e solidarietà, specie nel contesto pandemico, insieme a diverse ragioni di carattere tecnico, conduce a individuare una diversa soluzione: intesa a contenere il «costo» della sospensione al saggio legale (salvo opportuni correttivi) applicato alle sole rate sospese.

Title: Two years after the "Cura Italia". Calculation of interest in bank loans suspended due to the Covid-19 emergency

Abstract [En]: The essay deals with the reasons why the criteria for accruing the so-called «suspension interests» of the bank loans moratorium in legislative decree «Cura Italia» should be calculated only on the suspended installments according to legal. In particular, given the function of protecting borrowers, the essay criticizes the current orientation of the ABF, which denies the solidaristic relevance of pandemic rules.

Parole chiave: "Cura Italia", finanziamenti bancari, Covid-19, emergenza sanitaria
Keywords: "Cura Italia", bank loans, Covid-19, emergency

Sommario: 1. I problemi proposti dalla disciplina delle moratorie «Cura Italia», con particolare riferimento a quella per le imprese. **2.** Il dato normativo «pandemico». **3.** L'orientamento in corso di emersione in seno all'ABF: il saggio contrattuale applicato sull'intero debito residuo. **4.** Critica: il vettore del principio di solidarietà nella normativa pandemica. **5.** *Segue*: la rilevanza del principio di «solidarietà economica» nell'interpretazione della disciplina emergenziale. **6.** Il saggio legale quale proposta alternativa per il calcolo degli interessi «di sospensione».

1. I problemi proposti dalla disciplina delle moratorie «Cura Italia», con particolare riferimento a quella per le imprese

A più di due anni di distanza dal decreto «Cura Italia» (d.l. n. 18/2020, conv. con l. n. 27/2020), la normativa emergenziale sulla sospensione dei contratti pendenti di credito bancario (artt. 54 e 56) ha già cominciato a mostrare le proprie intrinseche criticità. L'interpretazione del testo di legge, infatti, ha messo sul tappeto una lunga lista di problemi, che hanno subito destato l'attenzione dei primi commentatori,

* Articolo sottoposto a referaggio.

come pure innescato un contenzioso ragguardevole, per numeri e peso complessivo, davanti all'Arbitro Bancario e Finanziario.

A ben vedere, la situazione cui si è appena fatto cenno non può certo sorprendere. In primo luogo perché la formulazione del testo di legge pandemico si è mostrata subito approssimativa, per come intesa a riprendere il contenuto sostantivo di precedenti, a propria volta incomplete, stringhe normative dettate in passato per i fenomeni sismici (Abruzzo 2009, Emilia 2012 e Sabinia 2016). In secondo luogo perché l'esperienza dei terremoti aveva, nella sua propria applicazione, già mostrato tutta l'«insofferenza» degli intermediari nei confronti d'interventi *ex lege* di sospensione dei finanziamenti, avendo innescato l'adozione di prassi e misure intese a ridurre il beneficio effettivamente prodotto da tale misure nei confronti dei sovvenuti interessati.

Il raggio di problematiche apertosi si è mostrato discretamente ampio ed eterogeneo. Fra i vari problemi, in verità, alcuni hanno ormai perso di significato per l'avvenire, posta la cessazione della vigenza della norma (v. *infra*, nel n. 2). Altri, invece, stanno via via emergendo e sono destinati a interessare in particolare il futuro prossimo nella prospettiva del contenzioso seriale[1]. In ordine sparso e senza pretesa di esaustività si può pensare al tema della sospetta illegittimità costituzionale di un intervento la cui portata ha escluso (con l'eccezione dei mutui "prima casa") dal beneficio della sospensione la fascia del credito al consumo, o a quello della corretta interpretazione dei requisiti di accesso alla moratoria dettata per le imprese[2], o ancora alla circostanza che un'interpretazione letterale della normativa dovrebbe condurre alla scadenza di tutti gli interessi, insieme, nel giorno di cessazione del differimento *ex lege*.

E ancora, nonostante gli effetti economici collaterali connessi alla pandemia non siano certo esauriti, non è stata predisposta alcuna nuova disciplina pensata per accompagnare le imprese nella fase «di transito» verso la ripartenza. Né, a testimoniare l'assenza di un compiuto intento di protezione dei contratti pendenti e di programmazione della ripresa, è stata, a suo tempo, dettata nel d. «Cura Italia» una specifica normativa sulla rinegoziazione dei contratti di credito in essere[3].

---

[1] Secondo quanto si legge sul sito del MEF (Comunicato stampa n. 10, del 13 gennaio), all'inizio di questo anno 2022, erano state attivate più di 400.000 moratorie per un valore complessivo di circa 44 miliardi di euro (valore comprensivo pure delle moratorie «convenzionali»).

[2] Per questo proposito, sta infatti emergendo un contrasto all'interno dell'Arbitro Bancario e Finanziario. A un primo orientamento diretto a interpretare il riferimento di legge, che legittima alla moratoria «soltanto le imprese le cui esposizioni non siano classificate come deteriorate» (comma 4), in modo rigido, per come esteso a qualunque rapporto debitorio, anche diverso da quello oggetto della richiesta di sospensione, che risulti nella «categoria sofferenze, inadempienze probabili, esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate» (tra gli altri, ABF Palermo n. 21543/2021; ABF Roma n. 24799/2021, ABF Napoli n. 17616/2021), se ne contrappone un altro che ritiene la predetta interpretazione «eccessivamente restrittiva e abbia condotto a una erronea interpretazione del decreto Cura Italia» mostrandosi «contrario a buona fede e correttezza, anche tenuto conto dello spirito e della finalità della normativa emergenziale» (il virgolettato è di ABF Roma n. 9367/2021).

[3] Disciplina che, per contro, con una scelta «sistematicamente» inopportuna è stata prevista nel decreto c.d. «liquidità» (n. 23/2020) per la «nuova finanza», aprendo la strada a utilizzi distorti della garanzia statale ivi prevista; cfr. DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2020, I, 282 ss.

Non potendo essere questa la sede per analizzare partitamente l'intero arco di problematiche coinvolto, ci si limiterà qui ad affrontare soltanto il tema della definizione dei criteri di calcolo degli interessi maturati durante la moratoria, con esclusivo riguardo ai finanziamenti pendenti concessi alla clientela costituita da imprese (art. 56)[4]. Rispetto a questa tematica, in effetti, sta iniziando a consolidarsi in seno al diritto vivente un orientamento, di favore per gli intermediari, inteso ad applicare, sulla base di calcolo dell'intero debito residuo al momento della sospensione, il saggio di interessi corrispettivo convenuto al momento dell'erogazione del finanziamento. Questa lettura, peraltro, risulta in contrasto colla precedente posizione assunta dal Collegio di Coordinamento dello stesso Arbitro in relazione alle moratorie dedicate ai terremoti[5]; così come con le prime soluzioni prospettate dalla letteratura.

Di questa dissociazione tra i formanti con riferimento all'ABF, per così dire, «para-formanti»), è dunque bene illustrare compiutamente i termini.

2. Il dato normativo «pandemico»

Come si ricorderà, l'art. 56 d. «Cura Italia», nel dichiarato obiettivo «di sostenere le attività imprenditoriali danneggiate dall'epidemia da Covid-19», riconosce(va) alle imprese – al ricorrere della situazione oggettiva rappresentata dalla circostanza della non inclusione «delle esposizioni creditorie» del soggetto richiedente fra quelle «classificate... come deteriorate ai sensi della disciplina applicabile agli intermediari creditizi (comma 4)[6] – il diritto potestativo di avvalersi di distinte misure di sostegno finanziario, consistenti nel prolungamento dei termini del finanziamento pendente secondo una logica di conservazione e salvaguardia del rapporto contrattuale.

Più precisamente, a seguito della dichiarazione da parte del richiedente – rispetto a cui è esclusa ogni forma di controllo di merito o veridicità da parte degli intermediari[7] – di aver subito «carenze di liquidità quale conseguenza diretta della diffusione dell'epidemia da Covid-19» (comma 3) venivano disposte fino

[4] Rispetto alla moratoria di cui all'art. 54, dedicata ai mutui prima casa, è stato affermato che le modifiche occorse alla disciplina di accesso al Fondo di solidarietà Gasparrini, il quale provvede al pagamento del 50% degli interessi, condurrebbero alla debenza della residua quota di interessi da parte del cliente (per tutti MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, in *giustiziacivile.com*, 2020; ID., *Sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa: dal d.l. 2 marzo 2020, n. 9 alle leggi 24 aprile 2020, n. 27 e 5 giugno 2020, n. 40*, in *NGCC*, Supp. 2020, 116). Nel senso, invece, della gratuità della sospensione per il cliente, tra gli altri, cfr. LENTINI, *Moratoria dei finanziamenti bancari e maturazione degli interessi di «sospensione» nel decreto "Cura Italia": una prima lettura*, in *Riv. dir. Banc.*, 2020, I, 246 ss.; SALERNO, *Moratoria sui contratti di finanziamento e segnalazioni alla centrale dei rischi nell'emergenza Covid-19*, in *Ianus*, 2020.

[5] Il contrasto emerso tra i vari Collegi territoriali è stato composto, nel senso dell'utilizzo quale base di calcolo della sola quota capitale oggetto del periodo di sospensione e non del capitale residuo, da Coll. Coord. nn. 4123 e 4136/2015 (per il «fondo Gasparrini»), da Coll. Coord. nn. 5853, 5877 e 5885/2015 (per il terremoto Emilia), da Coll. Coord. 2699 e 2712/2016 (per il terremoto Abruzzo) e da Coll. Coord. n. 210/2020 (per il terremoto della Sabinia).

[6] I diversi orientamenti dell'ABF con riferimento alla corretta interpretazione del requisito sono riportati in nt. 2. In letteratura, cfr., pure per la problematica dell'ambito di applicazione soggettivo della disciplina BALSAMO TAGNANI-VOLPI, *Gli effetti delle misure di sostegno finanziario alle micro e PMI colpite dall'epidemia di Covid-19 sulla qualità del credito*, in *Assicurazioni*, 2020, 408 ss.

[7] In questo senso cfr. ABF Napoli 24054/2021; ABF Roma n. 24041/2021.

al 30 settembre 2020: i) l'irrevocabilità delle «aperture di credito a revoca» e degli «anticipi su crediti» (comma 2, lett. a); ii) la proroga «unitamente ai rispettivi elementi accessori e senza formalità» del termine di rimborso dei finanziamenti non rateali (lett. b); iii) il differimento del termine di restituzione delle singole rate/canoni e la conseguente dilazione del piano di rimborso «unitamente agli elementi accessori e senza alcuna formalità, secondo modalità che assicurino l'assenza di nuovi o maggiori oneri per entrambe le parti» proprio dei finanziamenti strutturati secondo un meccanismo di rimborso rateale (lett. c).

Prolungandosi l'emergenza pandemica, il legislatore ha quindi provveduto a prorogare più volte il termine finale del 30 settembre 2020. Prima al 31 gennaio 2021 (art. 65, d.l. n. 104/2020), poi al 30 giugno 2021 (art. 1, comma 248 della l. di stabilità per il 2021) e, infine, limitatamente alla quota capitale, al 31 gennaio 2021 (art. 16 d.l. n. 73/2021).

Trascritti i riferimenti normativi, è agevole osservare che se da un lato, in assenza di disposizioni espresse intese a escludere la debenza di interessi per il periodo di sospensione[8], il principio di «naturale» onerosità del mutuo (art. 1815 c.c.) impone la retribuzione del differimento, dall'altro lato il testo di legge risulta lacunoso rispetto alla concreta definizione dei termini di maturazione dei ridetti interessi «di sospensione».

3. L'orientamento in corso di emersione in seno all'ABF: il saggio contrattuale applicato sull'intero debito residuo

Per questo proposito, si è già anticipato (sopra, nel n. 1, in fine), di come la soluzione accolta dalle prime decisioni dell'Arbitro sia orientata in senso favorevole agli intermediari. L'orientamento dell'ADR per le controversie bancarie sostiene, infatti, la tesi della maturazione degli interessi sull'intero debito residuo esistente al momento della moratoria, secondo il tasso che era stato convenuto contrattualmente per l'originario piano di rimborso.

Per una più efficace presentazione di questa tesi, conviene trascrivere i passaggi motivazionali della decisione del Collegio di Roma n. 1411 del 21 gennaio 2022, che è rappresentativa dell'esistente. La motivazione della pronuncia viene, in particolare, a costruirsi sulla stringa normativa per cui la dilazione del piano di rimborso delle rate sospese deve avvenire «...secondo modalità che assicurino l'assenza di nuovi o maggiori oneri per entrambe le parti».

Dopo aver rilevato che «l'espressione costituisce specificazione della clausola generale di correttezza e buona fede che... deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione e alla sua interpretazione e, in definitiva, in ogni sua fase ... concretizzandosi nel dovere di ciascun contraente di

[8] Come, invece, è stato previsto in altri ordinamenti, come quello spagnolo, secondo una più intensa espressione del principio di solidarietà a favore delle imprese: una traduzione dei provvedimenti emergenziali della Spagna è reperibile nell'Osservatorio «*Diritto dell'impresa dopo la pandemia*» in *dirittobancario.it*

cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte», il Collegio ritiene che il riferimento «"per entrambe le parti" [ponga] in evidenza come la dilazione non possa recare pregiudizio alle aspettative dell'intermediario che ha fatto affidamento, nella gestione del rischio del credito, sul rientro di una somma computata in modo previsionale al momento dell'erogazione». In effetti – aggiunge il Collegio – «diversamente dalle disposizioni emergenziali ... emanate in occasione di calamità naturali, ispirate da un chiaro intento solidaristico ... le norme in questione rispondono alle esigenze di liquidità delle imprese la cui attività ha subito un grave pregiudizio in conseguenza delle chiusure forzate a ragione della pandemia, senza alcun pregiudizio per le banche finanziatrici».

Intorno a questo baricentro motivazionale, si aggiungono, poi, alcuni altri argomenti di carattere accessorio. Che si appuntano sulla circostanza per cui «le condizioni di rientro sottoscritte dal cliente prevedono [la maturazione di interessi] sul debito residuo... allo stesso tasso e con le stesse modalità con le quali è stato a suo tempo determinato il corrispettivo del contratto»; sulla conformità della soluzione alle FAQ pubblicate sul sito del MEF; sulla coerenza dell'utilizzo del debito residuo quale base di calcolo con i calcoli di matematica finanziaria che prevedono, in luogo dell'accodamento delle rate sospese, «uno slittamento in avanti delle rate di ammortamento, allungandosi il piano di rimborso»[9].

Come si vede, dietro questa soluzione si leva l'avvertita esigenza di dovere individuare un diverso e (asseritamente) più equo meccanismo di distribuzione delle perdite discendenti dalla pandemia tra le parti contrattuali[10]. Nella sostanza, quest'esigenza discende dalla notazione della maggior ampiezza della platea di destinatari della misura di sostegno «Cura Italia» rispetto a quella dei provvedimenti sismici e, conseguentemente, nell'affermazione dell'insostenibilità da parte delle imprese bancarie, pure danneggiate dalla pandemia, di una diversa e meno «remunerativa» forma di retribuzione del differimento.

[9] Nello stesso senso cfr. pure ABF Bari n. 3941/2021; ABF Milano n. 20639/2021; ABF Milano n. 3526/2022; ABF Napoli n. 8311/2022.
Il novero di decisioni qui riportate è aggiornato alla data di consegna delle bozze del *paper* e, quindi, all'estate del 2022. Nel corso del tempo successivo, altre decisioni dell'Arbitro sono state via via pubblicate, risultando così come il reale orizzonte del problema non sia certo destinato all'esaurimento per l'avvenuta cessazione dello stato di emergenza (Cfr. ad es., ABF Torino n. 13455/2022 e, soprattutto, ABF Roma 12211/2022, che pur aderendo alla tesi riportata nel testo, apre l'ulteriore problema della responsabilità precontrattuale dell'intermediario che non abbia adeguatamente informato il cliente dell'effettiva onerosità del nuovo piano di rimborso).

[10] Rispetto al problema della moratoria dei crediti pendenti, questa preoccupazione emerge, per esempio, in SEMERARO, *Il contratto di mutuo bancario*, in *Arbitro Bancario e Finanziario* (diretto da) Conte, Milano, 2021, 740. Cfr pure LENER-DI CIOMMO, *Le moratorie in tempo di pandemia: come superare i problemi applicativi*, in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità* (a cura di) MALVAGNA-SCIARRONE ALIBRANDI, Pisa, 2021, secondo cui l'intervento del legislatore deve intendersi propriamente «più come un mezzo di politica economica che come un intervento solidaristico» (p. 75).

4. Critica: il vettore del principio di solidarietà nella normativa pandemica

La soluzione prospettata dall'ABF, tuttavia, non riesce a convincere, per la particolare interpretazione che viene data delle clausole generali di correttezza e buona fede, in specie nel contesto della parentesi pandemica.

In effetti, la riconduzione della norma di cui all'art. 56 alla clausola generale di buona fede, cui fa seguito la contestuale negazione della rilevanza del principio di solidarietà costituzionale nella sua interpretazione, richiama alla mente il noto dibattito, formatosi nella seconda metà del secolo scorso in seno alla civilistica italiana, sui contenuti da assegnare alla clausola generale di buona fede, di là dal (diverso) profilo della sua rilevanza sul piano meramente «valutativo» oppure anche «integrativo». Dibattito che, come è noto, a una lettura più «basica» dal punto di vista dei valori, diretta a negare la rilevanza dei princìpi costituzionali, ritenendo che la clausola di buona fede possieda un proprio autonomo significato assiologico, ha visto contrapporsi, in una prospettiva di evoluzione, una diversa e più «forte» lettura «qualitativa» che, valorizzando il principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico, ha assegnato alle norme costituzionali (e in specie ai doveri di solidarietà enucleati all'art. 2) la palma di primario referente normativo inteso alla concreta specificazione del significato della regola di buona fede oggettiva nei rapporti fra privati[11].

Nel contesto di una simile contrapposizione interpretativa – e, prima ancora, forse, politica – l'ABF sembrerebbe posizionarsi sul primo polo ricostruttivo. E così, tuttavia, trascurando *sia* che in seno alla giurisprudenza di Cassazione l'affermazione del legame di dipendenza della buona fede dal principio solidaristico risulta ormai constatazione frequentissima[12], *sia* che proprio il principio di solidarietà costituzionale ha costituito, per il giudizio unanime della letteratura[13], il criterio guida attraverso cui governare le conseguenze negative determinate dal fatto pandemico sui rapporti interpersonali. Sì che, a conti fatti, la negazione della connotazione solidaristica di una norma ritenuta espressione della clausola di buona fede oggettiva, nonché dettata per l'emergenza sanitaria da Covid-19, si mostra espressiva di una concezione della buona fede che, già sul piano stipulativo, non risulta in linea con lo stato attuale di elaborazione della materia.

---

[11] Limiti oggettivi e finalità del presente scritto non consentono di riassumere, nemmeno nei propri termini essenziali, il dibattito di cui si dà conto nel testo. Per una sua sintesi, con i riferimenti cardinali, sia consentito rinviare a LENTINI, *Disciplina degli interessi «di sospensione» nella «moratoria Covid» fra buona fede e solidarietà. Sul recente orientamento dell'ABF*, in corso di pubblicazione su *Banca borsa tit. cred.*, 2022.

[12] *Ex multis* cfr. Cass., 4 novembre 2021, n. 31385; Cass., 14 giugno 2021, n. 16743; Cass., 2 aprile 2021, n. 9200; Cass., 6 maggio 2020, n. 8495.

[13] Pur secondo letture, tra loro, anche distanti: nel senso del correttivo esterno rispetto a logiche ordinanti di autonomia di cui si afferma la centralità v. almeno MACARIO *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus»*, cit.; nel senso della buona fede quale criterio orientativo interno degli istituti contrattuali, DOLMETTA, «*Misure di contenimento della pandemia e disciplina dell'obbligazione» (prime note all'art. 91 comma 1 d.l. n. 18/202°)*, in questa *Rivista*, 2020, I, 151 ss.; nel senso di principio inteso a orientare un mutamento nella concezione del modello capitalistico esistente MATTEI e QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020.

5. *Segue*: la rilevanza del principio di «solidarietà economica» nell'interpretazione della disciplina emergenziale

Tanto fermato, è pure evidente che l'affermazione della rilevanza del principio solidaristico ai fini della ricostruzione del significato della buona fede non viene di per sé a indicare in termini automatici e, per così dire, meccanici, l'interpretazione da fornirsi alla disciplina sulla moratoria dei finanziamenti bancari pendenti. La dimensione aperta (anche) della nozione di solidarietà, impedisce di riferire alla regola di buona fede oggettiva, innervata dal dettato costituzionale, un significato sempre uguale a sé stesso; essendo la detta clausola destinata a caricarsi di un contenuto precettivo diverso a seconda delle particolari connotazioni della fattispecie, dei soggetti nella stessa coinvolti e dell'insieme di valori protetti dal sistema in un dato contesto.

Posto che l'art. 56 intende risolvere un problema di gestione della sopravvenienza pandemica rispetto a determinati *rapporti d'impresa*, lo *specifico* criterio interpretativo è da rinvenirsi nel principio di «solidarietà economica», da intendersi – secondo le sponde costituzionali date dagli artt. 2 e 41, 2 co. – come paradigma di una migliore allocazione complessiva dei *surplus* e delle perdite *in funzione dell'efficienza del mercato*. Obiettivo finale, questo, il cui perseguimento giustifica in ottica regolatoria *limitazioni* all'autonomia privata e alla libertà d'impresa dirette all'eliminazione di situazioni di mercato non ottimali, quali rendite di posizione e distribuzione di prodotti la cui «qualità» non risulta sufficientemente elevata[14].

L'enunciazione della necessità di individuare un corretto punto di equilibrio fra tutela della domanda e dell'offerta *in funzione dell'efficienza complessiva del mercato* è, per sé, tuttavia, ancora una circostanza muta nell'ottica di definizione dello specifico vettore interpretativo dell'art. 56. Che allora occorre enucleare alla luce del *set* di regole, valori e principi che ispirano la lettura dei rapporti bancari e che risulta sintetizzabile nel principio di trasparenza bancaria, intesa come controspinta normativa diretta alla protezione della domanda in funzione dell'efficienza complessiva del mercato. Ora, posto che la normativa di trasparenza, per come polarizzata nel segno del dovere di protezione della clientela (arg. *ex* art. 127, 01 t.u.b.)[15], indica, sul piano positivo, l'esigenza di riequilibrare il rapporto in funzione di una logica di parità effettiva, allora pure la buona fede, intesa come «solidarietà economica», non potrebbe che nutrirsi di questo *input* normativo, per indirizzarsi nel segno del riequilibrio complessivo del rapporto *secondo un vettore di maggior favore per la clientela.*

In questa direzione milita, del resto, la finalità propria del microsistema normativo della pandemia. Nonostante il carattere estemporaneo delle serie normative emanate nel biennio di emergenza, è stato

[14] Cfr. *amplius* MALVAGNA, *Clausola di «riaddebito» e servizi di pagamento. Una ricerca sul rischio d'impresa*, Milano, 2018, 173 ss.
[15] Recentemente il punto del più intenso significato da assegnare alla buona fede *nella specifica direzione banca-cliente* è esplicitato da DOLMETTA, *Disciplina di trasparenza e principio di trasparenza*, in *Arbitro Bancario e Finanziario* (diretto da) Conte, Milano, 2021, spec. 199 s.

osservato come tali provvedimenti siano «radunabili sotto il segno di una finalità specifica – come individuata nella prevalente tutela della domanda di credito», che può fungere da «peculiare chiave interpretativa delle singole disposizioni»[16].

Questa corretta prospettiva poggia su più argomenti di ordine positivo e sistematico. Nel primo senso è sufficiente constatare il tenore letterale della stringa di apertura del comma 2 dell'art. 56 (v. sopra, nel n. 2), come pure le «premesse» apposte ai d. «Cura Italia» e «Liquidità»; nel secondo verso, un'importante indicazione nel senso della speciale attenzione accordata al soggetto debitore potrebbe pervenire dalla nota disposizione di cui all'art. 91 del d. «Cura Italia» (secondo cui «il rispetto delle misure di contenimento... è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore...»), da intendersi quale clausola generale orientativa dell'interpretazione dell'intera disciplina pandemica[17].

D'altra parte ancora, nel senso della non condivisibilità della soluzione dell'ABF, va ricordato che l'esercizio dell'attività di erogazione del credito assume rilevanza essenziale per lo sviluppo e il sostegno delle attività d'impresa svolte dai soggetti prenditori del credito[18]. Ove servisse dimostrare ulteriormente questo assunto, è sufficiente pensare a come tale funzione del sistema creditizio sia stata (ancora più) esaltata nel contesto della pandemia: il segno di diverse misure dettate dalle Istituzioni interne e comunitarie (garanzie statali, modifica delle regole sui requisiti patrimoniali e sulla classificazione dei crediti deteriorati, divieto di distribuzione degli utili) è, infatti, espressivo della volontà del legislatore di utilizzare il sistema bancario quale strumento funzionale a consentire alle imprese danneggiate dalla pandemia di superare il momento di difficoltà attraverso agevolazioni al credito (nuovo o già in essere) e ulteriori oneri di protezione della clientela[19].

6. Il saggio legale quale proposta alternativa per il calcolo degli interessi «di sospensione»

Muovendo da queste premesse impostative, in dottrina ci si è interrogati sul problema della definizione degli interessi «di sospensione». Nell'ambito delle varie letture, sono peraltro da distinguere due diversi percorsi argomentativi, che comunque convergono in punto di risultato.

[16] Cfr. DOLMETTA, *Pandemia e contratti pendenti di credito bancario*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 801 s.

[17] Cfr. Trib. Napoli 27 aprile 2020 in tema di piano del consumatore *ex* l. 3/2012 secondo cui «l'art. 91 ...pure riferito a vicende contrattuali e non a vicende caratterizzate da profili procedurali in senso ampio... può essere considerato norma generale per la interpretazione delle conseguenze della attuazione delle misure di contenimento del Coronavirus».

[18] Per tutti sul tema cfr. VELLA, *L'esercizio del credito*, Milano, 1990, *passim*.

[19] Cfr. le belle pagine di MAGGIOLINO, *Appunti sul ruolo delle banche ai tempi del Covid-19*, in *Riv. Soc.*, 2020, 527 ss.; nonché LEMMA, *I bilanci bancari ai tempi del CoViD-19: intervento pubblico e ruolo degli enti creditizi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, supp. 2020, 8.

6.1. Una prima tesi ha rilevato che l'art. 56 «Cura Italia» ha introdotto, all'interno del rapporto, una parentesi in sé estranea rispetto al regolamento contrattuale. L'alienità strutturale della moratoria legale rispetto al contratto implica che l'interesse maturando nel periodo «di sospensione» non potrebbe ricavarsi dai patti convenuti dalle parti, ma piuttosto dai principi che reggono l'operazione di mutuo: secondo il primo comma dell'art. 1815 c.c. la mancata previsione di un saggio di interesse contrattuale importa *de plano* l'applicazione del saggio legale *ex* art. 1284, 2 c.c.[20].

In sé condivisibile, questa lettura non si pone, tuttavia, in diretto confronto con la specifica espressione della legge Cura Italia – si è già detto, non poco ambigua: «secondo modalità che assicurino l'assenza di nuovi o maggiori oneri per entrambe le parti» – che l'ADR per le controversie bancarie sta nell'oggi valorizzando quale argomento centrale della propria lettura. Ciò che, attraverso un diverso percorso argomentativo, appare comunque possibile fare, senza alterazione della conclusione di mera debenza del tasso legale da calcolarsi sulle sole rate sospese.

A una prima lettura del dato testuale, per la verità, sembrerebbe difficile sottrarsi all'impressione che una qualsiasi interpretazione del testo di legge finisca per pendere a favore di una soltanto delle parti. In effetti, la stringa normativa più volte riferita sembra promettere ciò che in realtà non è possibile mantenere, auspicando «una specie di gratuità bilaterale»[21]. Per individuare un criterio di retribuzione «equo», coerente con l'ispirazione della disciplina, è opportuno allora coltivare soluzioni che si limitino a garantire alla banca un rientro rispetto ai costi di produzione e non intese a garantirle propriamente un *profitto*.

6.2. In particolare, la giustificazione di una simile soluzione sul piano delle regole di diritto vigente, deve muovere dal piano degli effetti che la moratoria produce sull'obbligazione restitutoria gravante sul mutuatario, per volgere poi intorno al profilo della funzione assolta dagli interessi nel contesto di questa sospensione *ex lege*.

Differendo il termine di rimborso, la sospensione rende giuridicamente, per la propria durata, temporaneamente non esigibile la prestazione restitutoria del finanziato: il quale non potrebbe essere fatto decadere dal beneficio del termine, né essere chiamato a rispondere, *a titolo di inadempimento*, di alcun danno eventualmente patito dall'intermediario per effetto della mancata disponibilità del denaro *medio tempore*. Ora, l'impossibilità di ascrivere a un inadempimento del mutuatario il ritardo della restituzione, che segue al differimento legale, rende palese l'estraneità degli interessi «di sospensione» rispetto a una funzione di tipo propriamente risarcitorio. E, una volta scartata questa prospettiva, conduce, per

[20] Così DOLMETTA (nt. 16), 808.

[21] Cfr. già LENER, *Appunti sparsi sulle moratorie da «pandemia»*, in *Riv. elett. di diritto, economia, management*, 2020, 272; DOLMETTA, (nt. 16), nt. 32; URBANI, *La disciplina sulle moratorie e sulle garanzie pubbliche*, in corso di pubblicazione su *Banca Impr. Soc.* e consultato per la cortesia dell'A., p. 8 del manoscritto.

l'individuazione della retribuzione spettante alla banca, verso una diversa logica di tratto indennitario; dunque, al genere degli interessi «compensativi».

La dottrina che accoglie la distinzione fra interessi di tipo corrispettivo e compensativi giustifica la scelta sul piano della descrizione della fattispecie produttiva degli interessi legali, ritenendo che la regola contenuta nell'art. 1499 c.c. sia estensibile a tutte le ipotesi in cui «il contraente, creditore di una somma di denaro abbia compiuto in anticipo la propria prestazione rispetto a quanto era previsto nel contratto, e quando questa differenza temporale produce, a favore dell'altro contraente, un vantaggio che, nella considerazione sociale, appare immediatamente valutabile in denaro»[22]. A ben vedere, all'interno di questa situazione-tipo sembra poter essere ricondotta *almeno funzionalmente* pure la parentesi di sospensione, se è vero che la stessa si risolve nel determinare una permanenza temporalmente maggiore della disponibilità della somma finanziata al soggetto sovvenuto, per contro privandone il soggetto finanziatore, che da ciò (soltanto) subisce un pregiudizio.

Ciò fermato, per rispondere all'esigenza di «compensare» il pregiudizio sofferto dalla banca, a fronte del vantaggio conseguito dal cliente, la prospettiva più corretta risulta quella dell'indennizzo da ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 c.c., che è dovuto «nei limiti dell'arricchimento» del debitore e «della correlativa diminuzione patrimoniale» del soggetto creditore[23]. In questa prospettiva, il saggio di interessi che, sul piano del diritto positivo, assolve alla funzione di reintegrare il potere economico d'acquisto perso dalla moneta per effetto del decorso del tempo è quello legale di cui all'art. 1284 c.c.[24].

Del resto, la lettura proposta dall'ABF non pare proporzionata, né conforme alla necessità che il differimento avvenga secondo modalità che assicurino l'assenza di maggiori oneri «per entrambe le parti»[25]. Applicare il saggio contrattuale sulla base di calcolo dell'intero debito residuo significa rendere per il cliente la moratoria un'ipotesi economicamente assai onerosa, anche più della richiesta di un nuovo finanziamento. Per contro, l'applicazione del saggio legale consentirebbe di raggiungere l'equilibrio cercato dall'art. 56: l'indennizzo limita il pregiudizio subito dal cliente al suo arricchimento e, al contempo, attribuisce una proporzionata forma di remunerazione all'intermediario, il cui interesse creditorio, tra l'altro, nel contesto della disciplina qui esaminata è pure protetto da una forma di garanzia statale che si

[22] LIBERTINI, voce «*Interessi*», in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 111.

[23] Cfr. *amplius* LENTINI (nt. 4), 242 ss. Aderisce pure SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia da Covid-19*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supp. 2020, 76 s., adducendo, quale ulteriore argomento a sostegno la coerenza della soluzione con quanto previsto dai *Principles* elaborati dallo *European Law Institute* per fronteggiare le conseguenze della crisi pandemica.

[24] SEMERARO, *Gli interessi monetari*, utilitas temporis, *capitale e scelte di sistema*, Napoli, 2013, 175 ss.

[25] Né, d'altra parte ancora, sembra possibile – come invece afferma la decisione ABF Bologna n. 7001/2022 – ritenere che l'espressione di legge sia «riferibile non tanto all'allungamento del piano di rientro, quanto piuttosto alle modalità concordate tra le parti per la dilazione» posto che l'essenziale gratuità della moratoria per la clientela discende pianamente già solo dalla natura potestativa del diritto che è attribuito dall'art. 56.

pone come netta disposizione di favore, andando a limitare in misura considerevole il rischio di mancati rientri il cliente.

Se è questa la soluzione che pare più corretta alla luce del dato positivo e dei princìpi, resta peraltro da aggiungere come la misura, davvero ridotta, che il legislatore aveva fissato per il saggio legale durante lo scorso biennio rischia forse di tradursi in un esito eccessivamente penalizzante per gli intermediari sul piano economico. Da qui l'opportunità di interrogarsi sulla possibilità di delineare anche soluzioni «correttive», secondo logiche di equo contemperamento. Letture che potrebbero trovare terreno fertile nella considerazione per cui nel nostro sistema l'ingiustificato arricchimento è principio flessibile, il cui utilizzo, nella ricerca di una «proporzione» è suscettibile di vari adattamenti a seconda del concreto piano di interessi coinvolto[26].

[26] Ne è riprova la considerazione della diversità di letture, comunque sempre dirette in una logica di equo contemperamento, che ne è stata offerta in dottrina: tra gli altri, cfr. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 47 ss. (che parla di «giusto corrispettivo»); BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, 212 ss. (per cui il criterio di «proporzione» dovrebbe comunque essere conformato secondo solidarietà costtiuzionale); PIETROBON, *Ingiustificato arricchimento*, in *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito* (a cura di) Vacca, Torino, 2005, 225 (che si rifà al principio etico del *bonum et aequum*).

L'applicazione della normativa emergenziale ai contratti di sponsorizzazione sportiva*

di Antonio Torrisi
Assegnista di ricerca di Diritto processuale civile
Università degli Studi di Catania

Abstract [It]: Per far fronte all'emergenza sanitaria legata al virus Covid–19 le organizzazioni sportive hanno risposto in maniera differente e ciò ha posto problemi circa la regolarità delle competizioni, ma soprattutto riguardo alla sostenibilità di un livello competitivo internazionale, che collega le varie federazioni nazionali. Il presente contributo esaminerà dunque le ricadute immediate sulla sorte dei contratti in corso e sulla regolare esecuzione del rapporto, rendendo diversa l'attuazione del vincolo negoziale. Si vedrà dunque la previsione introdotta dall'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, comma 6 bis, quanto ai contratti di sponsorizzazione sportiva, ricostruendo il significato della norma, anche in rapporto alle discipline previgenti, onde poi verificarne la rispondenza all'assetto di interessi sotteso ai contratti di sponsorizzazione.

Title: The application of emergency regulations to sports sponsorship contracts
Abstract [En]: To face the emergency linked to the Covid-19 virus, sports organisations have responded in different ways and this has posed problems regarding the regularity of competitions, but above all regarding the sustainability of an international competitive level, linking the various national federations. This contribution will therefore examine the immediate effects on the fate of ongoing contracts and the regular execution of the relationship, making the implementation of the negotiation bond different. We will therefore look at the provision introduced by Article 3 of Law Decree no. 6 of 23 February 2020, converted with amendments by Law no. 13 of 5 March 2020, paragraph 6 bis, with regard to sports sponsorship contracts, reconstructing the meaning of the rule, also in relation to the pre-existing disciplines, in order to then verify its compliance with the structure of interests underlying the sponsorship contracts.

Parole chiave: emergenza sanitaria, contratti di sponsorizzazione sportiva, normativa emergenziale, vincolo negoziale
Keywords: health emergency, sports sponsorship contracts, emergency legislation, negotiation bond

Sommario: 1. Introduzione. **2.** La formula «elastica» dell'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/2020 e l'applicazione ai contratti di sponsorizzazione sportiva. **3.** Disciplina generale delle sopravvenienze contrattuali. **4.** Rilievi conclusivi.

1. Introduzione

Difronte all'emergenza legata al virus Covid–19 le organizzazioni sportive hanno risposto in maniera differente e ciò ha posto problemi circa la regolarità delle competizioni, ma soprattutto riguardo alla sostenibilità di un livello competitivo internazionale, che collega le varie federazioni nazionali[1]. È

* Articolo sottoposto a referaggio. Il contributo rappresenta una rivisitazione in forma ridotta del saggio *I contratti di sponsorizzazione sportiva, il rispetto delle regole federali e la distribuzione dei costi generati dal Covid-19,* in *Rivista di Diritto Sportivo,* 2020, I, pp. 62-83.

[1] Il 30 aprile 2020 la *Ligue 1* ha deciso di interrompere definitivamente il campionato e conferire il titolo al *Paris Saint–Germain*, quando in Francia era stata annunciata una fase di riapertura delle attività anche all'aperto, che tuttavia non contemplava ancora le manifestazioni pubbliche di massa. Di converso, il campionato italiano di pallacanestro di Serie A 2019-2020 è stato interrotto definitivamente senza l'assegnazione del titolo.

inevitabile che tutto ciò abbia comportato e comporti delle ricadute immediate sulla sorte dei contratti in corso e sulla regolare esecuzione del rapporto[2], rendendo diversa (rispetto all'assetto di interessi programmato – *ab initio* – dalle parti) l'attuazione del vincolo negoziale[3]. In tal senso, si pensi che per le ultime tre stagioni calcistiche delle maggiori serie, tra cui la Serie A, sono state modificate le modalità e le tempistiche di svolgimento (con assenza di spettatori allo stadio o partecipazioni fortemente limitate del pubblico o ancora ai calendari rimodulati con possibilità di modifiche e/o interruzioni) con enormi ricadute sull'impatto mediatico ed economico[4]. Si vedrà dunque la previsione introdotta dall'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, comma 6 *bis,* quanto ai contratti di sponsorizzazione sportiva, ricostruendo il significato della norma, anche in rapporto alle discipline previgenti, onde poi verificarne la rispondenza all'assetto di interessi sotteso ai contratti di sponsorizzazione.

2. La formula «elastica» dell'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/2020 e l'applicazione ai contratti di sponsorizzazione sportiva

Il legislatore, intervenendo con l'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, comma 6 *bis* (d'ora in poi: comma 6 *bis*), ha introdotto misure di esclusione della responsabilità del debitore. Segnatamente, la norma così dispone: «*il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati od omessi pagamenti*».

Non vi è quindi automatismo alcuno tra «osservanza delle misure di contenimento» ed «esclusione» della responsabilità del debitore. Non è esclusa, infatti, l'evenienza di un debitore il quale, ancorchè frenato dalle prescrizioni di contrasto dell'epidemia, sia responsabile dell'inadempimento poiché, qualora si fosse

[2] V. A. M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto,* in *Nuova giur. civ. comm. supplemento Covid-19 speciale,* 2020, III; A.A. DOLMETTA, *"Rispetto delle misure di contenimento" della pandemia e disciplina dell'obbligazione,* in *ilcaso.it,* 2020; F. MACARIO, *CoViD-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova giur. civ. comm. supplemento Covid-19 speciale,* 2020, III; U. SALANITRO, *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea,* in *Nuova giur. civ. comm. supplemento Covid-19 speciale*, 2020, III; T. SANTABARBARA, *Sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili e incidenza della pandemia sulle condizioni economiche delle parti,* in *giustiziacivile.com,* note del 22.04.2022; J. STEFANINI, *Contratti di viaggio e pacchetto turistico, viaggi d'istruzione e contingenza pandemica*, in *giusitiziacivile.com,* approfondimenti del 01.10.2021; S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19,* in *giustiziacivile.com emergenza covid-19 speciale n. 1,* 2020.

[3] S. VERZONI, «*Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*», cit., p. 213.

[4] La *Deloitte Football Money League*, classifica di club calcistici ordinata in base ai ricavi operativi dell'ultima stagione sportiva conclusa, ha calcolato che, a causa dell'emergenza sanitaria, si è registrata nella stagione 2020/2021 la perdita di 2 miliardi di euro di ricavi per i principali club calcistici. Per *KPMG Football Benchmark* con "*The European Champions Report*", rapporto che ha calcolato gli effetti a breve termine della pandemia da Covid-19 per i maggiori 20 club europei, è stata già registrata una diminuzione complessiva di oltre 1 miliardo dei ricavi operativi totali. Per la stagione 2020/2021, secondo quanto rinvenibile ne *ilsole24ore.com*, si è registrata una perdita per gli introiti da stadio di circa 80 milioni di euro per la Juventus, 60 e 40, rispettivamente, per Inter e Milan, 30 per Roma e Lazio e 17 per il Napoli.

adoperato secondo ordinaria diligenza, avrebbe potuto adempiere nel rispetto contestuale delle prescrizioni, ovviandovi mediante contromisure non eccessivamente onerose[5]. Il debitore rimane dunque onerato di dimostrare che è stato proprio l'ossequio alle misure di contenimento ad avergli impedito di eseguire la prestazione. Ma è sufficiente dimostrare che sono state le misure ad aver bloccato o trattenuto la prestazione, esemplificativamente in quanto hanno vietato o ritardato l'esercizio di un'attività, per smarcare il debitore dall'area della responsabilità, consentendogli di porre il rapporto contrattuale in una situazione di peculiare quiescenza. Il principio rimane quello per cui «*spetta al debitore dimostrare di aver fatto uso della ordinaria diligenza per rimuovere gli ostacoli creati all'esatta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti*»[6].

Occorre anche chiedersi se ci si trovi in presenza di una norma che contiene un *quid novi*, rispetto alle discipline date, o se piuttosto si tratti di riaffermazione di regole già rinvenibili all'interno dell'ordinamento o di uno sviluppo di principi già in via di affermazione a cui va riconosciuto più un valore simbolico-retorico. Invero, volendo confrontare la revisione introdotta con la disciplina generale dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, la prescrizione del comma 6 *bis* risulta differenziarsene in quanto la vigente disciplina dell'impossibilità della prestazione è «rigida»: al caso di impossibilità «definitiva» segue la «non responsabilità» e la liberazione (nel caso, parziale) del debitore, nel senso di formare una regola unica, non divisibile; al caso di impossibilità temporanea segue la regola del differimento della prestazione (sinché perdura il relativo stato)[7].

Il comma 6 *bis* non presenta invece una simile rigidità disciplinare. Piuttosto può parlarsi di una disciplina «a ventaglio (positivamente) aperto» o fattispecie propriamente elastica, che affida al giudice il compito di individuare la struttura disciplinare più opportuna a seconda della fattispecie concreta. In tal senso, secondo autorevole dottrina, la risoluzione del contratto, prevista per il contraente danneggiato, andrebbe integrata sulla base del principio di effettività che esige di individuare il rimedio più adeguato alla soddisfazione dell'interesse protetto nella fattispecie normativa integrata dai principi[8].

È pur vero che la disciplina generale delle sopravvenienze (artt. 1256, 1463 e 1464 c.c., da una parte, e 1467 e ss. c.c., dall'altra) traduce logiche di sopportazione del relativo costo all'interno della sfera dove è caduta ed è volta alla tutela della libertà di iniziativa economica e quindi all'esigenza di efficiente allocazione delle risorse[9]. Ma rispetto a sopravvenienze che sono ricadute su tutto il mercato e che hanno

[5] È il caso dell'impresa che, nell'impossibilità di usare il proprio consueto corriere, non si attivi per impiegarne un altro in grado di effettuare la prestazione nel rispetto delle prescrizioni che il primo disattenderebbe.
[6] Cass. 16 aprile 2009, n. 9026, in *Italgiure.*
[7] A.A. DOLMETTA, "*Rispetto delle misure di contenimento" della pandemia e disciplina dell'obbligazione,* cit., p. 4.
[8] G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia,* in *Persona e Mercato*, 2020, I, p. 10.
[9] G. AULETTA, *Variazioni di avviamento in azienda in usufrutto od affitto*, II, Milano, 1978, p. 80; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione,* Milano, 1997, 76 s. e 313 s.; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione della sopravvenienza,* in *Europa e diritto privato*, 2003, 467 s.; Id., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo,* Torino, 2006, 201 s.; T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto,* in *Europa e diritto privato*, 2007, IV, 1095 s.

carattere di generalità, non ha molto senso distinguere tra dove è caduta la sopravvenienza e dove no, e occorre al contrario dare ingresso a un intervento del giudice per la preservazione dei rapporti contrattuali. Il sistema generale, imperniato su una logica di confinamento del rischio nella sfera in cui la sopravvenienza è caduta, va quindi parametrato all'attuale congiuntura eccezionale che comporta valutazioni differenti.

Con specifico riferimento ai contratti di sponsorizzazione sportiva va innanzitutto rilevato il carattere fiduciario del rapporto e la reciproca interferenza di immagine con una compenetrazione tra le rispettive posizioni dei contraenti che può considerarsi estranea alle figure di contratto tradizionali, conosciute e regolate dal legislatore (si tratta di una reciprocità che crea una vera e propria interferenza tra l'immagine dello sponsor e quella dello *sponsee*)[10].

Nell'ambito delle relazioni commerciali e dei contratti sportivi è centrale il ricorso alla sponsorizzazione; negli ultimi anni è divenuta una delle due forme principali di finanziamento cui le associazioni sportive ricorrono sempre più frequentemente per lo sviluppo sia dello sport professionistico che di quello dilettantistico[11]. Seppure fino a un'epoca relativamente recente molte discipline federali e, in particolare, quelle del calcio professionistico ne precludevano l'ingresso, il ricorso alla sponsorizzazione ha avuto il sopravvento grazie anche, da principio, a operazioni in qualche modo elusive dei divieti sanciti dalle federazioni sportive[12]. In una società in cui l'*homo videns* ha sostituito l'*homo sapiens*, come provocatoriamente sottolineava Giovanni Sartori, gli sportivi, specialmente quelli di fama, sono divenuti degli idoli mass-mediatici[13]. La loro prestazione assume una duplice rilevanza: agonistica ma anche spettacolare e quindi commerciale. Si parla di effetto di ritorno frutto della notorietà, diretta e indiretta, acquisita dallo sponsor, al punto che la sponsorizzazione è definita come «l'arte del far parlare di sé parlando d'altro»[14].

Numerose sono le implicazioni giuridiche ed economiche sottese al contratto di sponsorizzazione, anche tenuto conto della continua e costante evoluzione della prassi negoziale[15], così come numerose sono,

[10] Si pensi al famoso rapporto di sponsorizzazione tra la Nike e Michael Jordan. La Nike dagli anni ottanta ha sostituito nell'immaginario giovanile la splendida vittoria alata, che sovrasta le scalinate del Louvre, con questo vincente giocatore di basket dando vita ad un esempio di *cobranding* in cui i ruoli di marca e testimonial sono a tal punto intrecciati da non essere nettamente distinguibili.

[11] M. PITTALIS, *Sport e diritto, l'attività sportiva fra performance e vita quotidiana*, Milano, 2019, p. 225.

[12] T. MAUCERI, *Sponsorizzazione e attività sportiva,* Torino, 2014, p. 2.

[13] M. MARTONE, *Contratto di lavoro e "beni immateriali",* Padova, 2002, p. 21.

[14] G. LIOTTA – L. SANTORO, *Lezioni di diritto sportivo,* Milano, 2018, p. 200.

[15] Cass., 11 ottobre 1997, n. 9880, in *Nuova giur. civ. comm.,* 1998, I, p. 626 e in G. CASSANO – A. CATRICALA', *Diritto dello sport,* 2020, p. 229. Secondo la definizione fornitane dalla giurisprudenza, il «*cosiddetto contratto di "sponsorizzazione" – figura non specificamente disciplinata dalla legge – comprende una serie di ipotesi nelle quali si ha che un soggetto (…) si obbliga a consentire ad altri l'uso della propria immagine pubblica e del proprio nome, per promuovere un marchio o un prodotto specificamente marcato, dietro corrispettivo*».

nella prassi, le forme di sponsorizzazione[16]. A tal riguardo, va subito rilevato che non tutte le tipologie di sponsorizzazione sono risultate ugualmente impattate dalla situazione emergenziale in atto. Ad esserlo maggiormente sono state, come evidente, quelle che hanno trovato la loro ragion d'essere nella manifestazione sportiva, mentre minori, seppur rilevanti, sono stati gli effetti su attività «promozionali» che possono essere state veicolate anche tramite altri canali (siti web, canali social, stampa etc.)[17]. Si pensi, ad esempio, ad ipotesi in cui lo *sponsee* avrebbe potuto, secondo ordinaria diligenza da valutare anche in ragione della natura professionale della prestazione, adempiere nonostante il rispetto della misura di contenimento, per esempio adottando un sistema di comunicazione a distanza o altri strumenti tecnici in grado di superare l'effetto impeditivo della misura, tenendo conto, ovviamente, delle caratteristiche e della natura della prestazione da eseguire. Il giudice dovrà valutare quindi, secondo le circostanze, se la misura di contenimento sia stata o no causa esclusiva dell'inadempimento perché – in omaggio alla rubrica del comma 6 *bis*, che si esprime in termini di inadempimenti «derivanti» dall'attuazione delle misure di contenimento – se non lo è stata, la responsabilità del debitore seguirà le regole ordinarie[18].

Potrebbe essere stata prevista, ad esempio, un'estensione dell'iniziale durata del contratto, una rimodulazione dei corrispettivi o nuove forme di sponsorizzazione, meglio rispondenti alle limitazioni imposte dall'attuale emergenza da Covid-19 in linea con uno spirito solidale per il mantenimento in vita di realtà sportive diversamente destinate a sparire o a vedere fortemente compromessa la propria storia sportiva.

3. Disciplina generale delle sopravvenienze contrattuali

Difronte al peculiare disposto dell'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/2020 intendiamo adesso chiederci se ci si trovi in presenza di un'innovazione che si pone in continuità col sistema del diritto civile e che può contribuire a segnarne i successivi sviluppi o se, al contrario, si tratti di una norma dal carattere innovativo ed eccezionale, come la contingenza attuale, finita la quale la stessa non troverà più ragion d'essere[19].

---

[16] G. LIOTTA – L. SANTORO, *Lezioni di diritto sportivo,* cit., p. 207-208. La sponsorizzazione viene suddivisa in sei distinte tipologie: sponsorizzazione di *club,* squadra o scuderia; sponsorizzazione di singolo atleta; sponsorizzazione di evento o manifestazione sportiva; abbinamento; *pool;* sponsorizzazione tecnica o interna.

[17] G. MEDINA – P. MARSILIO, *I possibili impatti dell'emergenza Covid-19 sui contratti di sponsorizzazione per i club di Serie A,* in *gazzetta.it,* 2020. Si pensi alla messa a disposizione degli spazi pubblicitari a bordo campo, sui *led*, su *virtual led*, su cartellonistica, sui *backdrop*, nonché la cessione di titoli d'accesso alle partite, gli spazi di *hospitality*, ecc. In merito ai sistemi di comunicazione a distanza, si pensi, sempre a titolo esemplificativo, alla concessione di spazi promo-pubblicitari sui canali social dei *club*.

[18] A.M. BENEDETTI, *Il "rapporto" obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?,* cit., p. 5.

[19] Sulla nozione di norma eccezionale vedi A. BELFIORE, *Interpretazione della legge. L'analogia,* in *Studium Iuris,* 2008, IV, p. 429 e ss., il quale argomenta che ci sono più tipi di norme eccezionali e che un tipo di norma eccezionale è la norma congiunturale. A tale riguardo vedi P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato,* Milano, 2007, p. 13.

In generale, con riferimento al sistema del diritto civile, bisogna prendere atto che nella dottrina si è fatta strada l'idea secondo la quale, all'insorgere di sopravvenienze perturbative di un contratto, la parte esonerata dal rischio della sopravvenienza avrebbe il diritto di chiedere, anziché la risoluzione, la rinegoziazione dell'accordo e/o la revisione anche in casi in cui l'esperibilità di tali rimedi non sia prevista né dalla legge né dal contratto. A sostegno di questa tesi parte della dottrina ritiene che, prima di giungere alla risoluzione del contratto dovuta agli effetti pregiudizievoli delle sopravvenienze, l'ordinamento favorirebbe soluzioni «manutentive» ossia conservative del vincolo, mediante un adeguamento del regolamento contrattuale attraverso la rinegoziazione tra le parti (quale soluzione evidentemente auspicabile) ovvero, in subordine, per il tramite della pronuncia del giudice, cui rimarrebbe pur sempre la facoltà di valutare se la «correzione» o «modificazione» del regolamento sia in concreto praticabile[20]. In tal senso, si è ritenuto che il principio di solidarietà concorrerebbe a fissare la fonte di una serie di comportamenti dovuti che gravano su ogni contraente o parte di un rapporto obbligatorio[21].

Le ricostruzioni accennate destano perplessità soprattutto con riferimento alle c.dd. variazioni quantitative (art. 1467 c.c.). Le norme che disciplinano la rilevanza delle sopravvenienze perturbative possono essere organizzate e raggruppate attorno a due diversi sistemi: l'uno, che disciplina le sopravvenienze le quali incidono sul contratto in quanto «meccanismo di legittimazione di un mero scambio di valori (in quanto fonte di un peculiare assetto quantitativo del patrimonio)»; l'altro, che si occupa delle alterazioni del contratto in quanto «modello di organizzazione dell'attività (in quanto fonte di una peculiare conformazione qualitativa del patrimonio)»[22]. Più in generale, va richiamato l'orientamento secondo il quale non è congruo fare ricorso a formule magiche, come la «presupposizione»[23] o la «causa in concreto»[24]; così come desta perplessità l'idea di controllare l'autonomia privata attraverso la meritevolezza degli interessi[25] o affidando alla buona fede compiti ad essa non pertinenti, cioè tramutando la buona fede da criterio di sviluppo-specificazione del sistema di regole

[20] F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus",* cit., p. 208 s.
[21] G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia,* cit., p. 7.
[22] Sulle variazioni quantitative/qualitative della prestazione per la locazione commerciale si veda U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus,* in *Giustiziacivile.com,* 2020, p. 7, che riprende la prospettiva di M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze,* cit., p. 467 s. e di T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto,* cit., p. 1095 s.
[23] In critica alla presupposizione vedi A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato di Diritto Privato diretto da Mario Bessone* (estratto anticipato), Torino, 2003, p. 1. In particolare, si sostiene che nell'uso corrente il termine «presupposizione» designa un criterio di organizzazione dell'esperienza giuridica ignoto al diritto scritto con lo specifico compito di segnalare una fattispecie d'invalidità e/o di risolubilità del contratto (del negozio) non riconducibile (usualmente ritenuta non riconducibile) in via diretta e puntuale agli enunciati del codice.
[24] In merito alla critica alla causa in concreto M. BARCELLONA, *Della Causa,* Milano, 2015, p. 131, il quale rileva che «*dopo circa sessant'anni, nel corso dei quali la formula della funzione economico-sociale, almeno a livello di declamazioni, sembrava costituire un cliché, anche la giurisprudenza ha finito per approdare ad una tale concezione concreta della causa negoziale*».
[25] In critica all'utilizzo dell'art. 1322 c.c. come strumento di controllo dell'autonomia privata vedi M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 6.

proprie del regolamento pattizio in tecnica di integrazione del sistema di regole proprie dell'ordinamento legale[26]. Del resto, nell'esercizio della loro autonomia, le parti possono ben rifiutare la selezione di interessi effettuata dal legislatore in via tipica e convenire, così, che, in caso di sopravvenienze rilevanti *ex* art. 1467 c.c., spetti al debitore il diritto (non già alla risoluzione, bensì) alla revisione del contratto, offrendo una modifica equa delle condizioni di esso.

Va però rilevato che se, in una visione generale di sistema, una protrazione forzosa del vincolo contrattuale rischierebbe di tradursi in una seria minaccia alle esigenze di agilità, flessibilità e mobilità nelle strategie del comportamento delle imprese, la congiuntura emergenziale attuale comporta valutazioni differenti. Il Covid può condurre ad aprire una breccia nella formalistica lettura della regola *pacta sunt servanda* codificata nell'art. 1372 c.c. La pandemia mette in luce come il principio della vincolatività del contratto si presti ad essere assolutizzato, suggerendo di per sé un contemperamento con il principio del *rebus sic stantibus*, qualora per effetto di accadimenti successivi alla stipulazione del contratto o ignoti al momento di questa o, ancora, estranei alla sfera di controllo delle parti, l'equilibrio del rapporto si mostri sostanzialmente snaturato.

Ciò che abbiamo fin qui rilevato vale per le variazioni quantitative ma anche rispetto alle variazioni qualitative vi può essere un problema di «salvezza» del rapporto contrattuale all'insorgere di sopravvenienze perturbative. Infatti, con specifico riferimento ad un contratto di sponsorizzazione sportiva tra uno sponsor tecnico ed una società di calcio della massima serie italiana, ci troviamo dinnanzi ad una variazione qualitativa in quanto non varia il valore o il costo ma l'identità stessa della prestazione. Si pensi al campionato di calcio 2019-2020 prima interrotto e poi ripreso o ai successivi campionati di calcio 2020-2021 e 2021-2022 che hanno visto l'assenza di spettatori allo stadio (o partecipazioni fortemente limitate del pubblico) e un calendario rimodulato con modifiche e/o interruzioni.

Secondo la disciplina generale, ai sensi dell'art. 1464 c.c., il contratto di sponsorizzazione, che ha subìto la parziale ineseguibilità a seguito dell'emergenza Covid-19, non si risolve, ma lo sponsor/creditore ha due opzioni: ha diritto ad una corrispondente riduzione della prestazione; può recedere dal contratto allorché non abbia interesse all'adempimento parziale. Quanto poi alla prestazione temporaneamente impossibile può sospendere l'esecuzione di quella da lui dovuta[27]. In altri termini, il creditore della prestazione colpita dalla sopravvenienza può, alternativamente, esigere una riduzione della controprestazione dovuta, ovvero esercitare il diritto potestativo di recesso, laddove non abbia interesse

[26] BELFIORE, *La presupposizione,* cit., p. 78. Sul ruolo della buona fede nel nuovo diritto dei contratti si vedano le osservazioni critiche di A. GENTILI, *Un nuovo paradigma nel diritto dei contratti? L'uso alternativo della buona fede e dell'abuso del diritto,* in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti, Atti del Convegno di Camerino 24-25 settembre, 2015,* a cura di C. Perlingieri e L. Ruggieri, Napoli, 2016, p. 73 s.

[27] R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, p. 1672.

all'adempimento parziale[28]. Nel rimettere la scelta al creditore, l'art. 1464 c.c. non tiene in considerazione l'interesse che il debitore potrebbe avere ad eseguire la prestazione parziale. L'applicazione «rigida» della disciplina generale vedrebbe dunque una riduzione (si pensi alla richiesta dello sponsor di riduzione del 50% di quanto originariamente previsto dal *club* calcistico) delle entrate economiche della squadra di calcio con un serio rischio di insostenibilità economica delle iscrizioni e dei costi legati alla gestione del *team*, *in primis*, per il rispetto del *Financial Fair Play* e per gli oneri degli emolumenti dei calciatori.

4. Rilievi conclusivi

Le conseguenze economiche dell'emergenza Covid-19 anche per il mondo dello sport sono state e saranno rilevanti. Sembra allora appropriato valorizzare il contenuto elastico della nuova normativa potendo anche riscrivere non tanto la tecnica (il *quomodo*) di rilevanza delle sopravvenienze, bensì la stessa regola di distribuzione del rischio[29]. Rispetto alla fisionomia della dialettica degli interessi in gioco, come riscritta per l'emergenza Covid-19, la nuova norma (comma 6 *bis*) risulta quindi avere razionalità dando poteri più forti al giudice e incentivando le parti a dare un'autonoma soluzione[30]. In particolare, per il settore sportivo calcistico lo spirito solidale dello sponsor è necessario per contrastare la depressione economica provocata dall'emergenza sanitaria che, in assenza di misure di sostegno adeguate e di modifica alcuna da parte della U.E.F.A. in materia di *Financial Fair Play*[31], metterebbe a rischio l'intero sistema; infatti, le sanzioni e le retrocessioni avrebbero un enorme impatto sul fenomeno sportivo in quanto comporterebbero una «riscrittura» dei campionati e delle identità stesse dei *club* sportivi che, come è noto, sono ricollegate alle identità storico-politiche delle comunità territoriali di appartenenza[32].

---

[28] F. PANARELLO, *Impossibilità sopravvenuta e strumenti di distribuzione del rischio: il rimedio della risoluzione e le clausole di deroga,* in *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale,* Torino, 2003, p. 37.

[29] V. T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto,* cit., p. 1098, ove si evidenzia come, all'interno di una disposizione che disciplini una sopravvenienza perturbativa si debbano disarticolare e tenere distinti il profilo che riguarda la determinazione della regola di distribuzione del rischio (l'*an* della rilevanza della circostanza) dal profilo che riguarda la determinazione del tipo di tutela apprestata (il *quomodo* della rilevanza).

[30] Si tenga, nel caso di specie, conto dell'esigenza di un principio di proporzionalità e dei concorrenti canoni della ragionevolezza e della adeguatezza attraverso un bilanciamento degli interessi in conflitto. Vedi P. PERLINGIERI, *"Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale,* cit., p. 223.

[31] Approvato il 27 maggio 2010 all'unanimità dal Comitato Esecutivo Uefa, il *Financial Fair Play* cambia la gestione economica dei *club*, delineando l'insieme dei requisiti in tema di sostenibilità economica che le società calcistiche devono rispettare per non incorrere in sanzioni, provando ad arginare così il fenomeno del c.d. «mecenatismo» e l'importante *deficit* finanziario di numerosi *club* europei.

[32] L'art. 65 del documento *Uefa Club Licensing and Financial Fair Play Regulations* definisce i debiti quali somme dovute alle società di calcio a seguito di attività di trasferimento, incluso qualsiasi importo dovuto in trasferimento dei giocatori mentre l'art. 66 prevede che al 30 giugno e al 30 settembre dell'anno in cui hanno inizio le competizioni UEFA per club, il licenziatario non deve avere debiti scaduti nei confronti dei suoi dipendenti. Anche il Codice di Giustizia Sportiva della F.I.G.C. all'art. 33 e le Norme Organizzative Interne Federali (NOIF) all'art. 90 prevedono per i *club* in ritardo con gli emolumenti dei calciatori sanzioni di almeno 2 punti di penalizzazione per il campionato successivo. Inoltre, ai sensi dell'art. 85 c. VI delle NOIF, le società devono procedere all'informativa periodica alla Commissione di Vigilanza sulle Società di Calcio Professionistiche (Co.Vi.So.C.) in merito all'avvenuto pagamento di tutti gli emolumenti dovuti secondo le scadenze previste.

Inoltre, è possibile immaginare la necessità, come già avvenuto, di «aiuti di Stato» che permettano il mantenimento in vita di realtà sportive fortemente radicate nel territorio all'interno di un complessivo indotto economico con elevato numero di tifosi e, per questo, con garanzie di tenuta dell'ordine pubblico (si pensi, guardando al passato, ad altri importanti interventi statali come al c.d. «decreto salva calcio» o al c.d. «spalma debiti»)[33].

[33] Con il d.l. 24 dicembre 2002, n. 282, definito decreto «Salva-calcio», convertito nella l. 21 febbraio 2003, n. 27, fu concessa la possibilità per le società calcistiche professionistiche di operare la svalutazione dei diritti pluriennali delle prestazioni degli atleti, iscrivendola in bilancio come oneri da ammortizzare in 10 anni. Si ricordi anche che la S.S. Lazio S.p.A. nel 2005 facendo leva sulla possibilità per l'Agenzia delle Entrate (prevista dal d.l. n. 138/2002, convertito in l. n. 178/2002 «transazione dei tributi iscritti a ruolo») di arrivare ad una transazione con il contribuente insolvente, ha ottenuto la rateizzazione delle proprie pendenze fiscali.

Gli effetti della pandemia sulla disciplina dei contratti: soluzioni del legislatore italiano e confronto con altri ordinamenti europei*

di Carla Vasta
Assegnista di ricerca in Diritto commerciale
Università degli Studi di Catania

Abstract [It]: Il lavoro esamina la normativa emergenziale adottata dal legislatore italiano per disciplinare la sorte dei contratti colpiti dagli effetti della pandemia di SARS-CoV-2. Il comma 6-bis dell'art. 3, d.l. 23 febbraio n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, che disciplina gli inadempimenti emergenziali causati non da dolo o colpa grave del debitore, ma dalla necessità di osservare una misura di contenimento nei periodi di c.d. lockdown, viene analizzata in ottica comparata, confrontando le soluzioni normative che altri ordinamenti europei hanno approntato per far fronte a un problema comune di entità globale. L'indagine sugli interrogativi che la disposizione presenta in termini di coerenza con il sistema tradizionale contrattualistico permette anche di affrontare il tema, dibattuto e complesso, della rinegoziazione dei contratti quale rimedio alternativo alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità.

Title: The effects of the pandemic on the regulation of contracts: solutions of the Italian legislator and comparison with other European legal systems
Abstract [En]: The work examines the emergency legislation adopted by the Italian legislator to regulate the fate of contracts affected by the effects of the SARS-CoV-2 pandemic. The new disposition is analyzed from a comparative perspective, comparing the regulatory solutions that other European legal systems have prepared to deal with a common global problem. The investigation into the questions that the provision presents in terms of consistency with the traditional contractual system also allows to address the debated and complex issue of the renegotiation of contracts as an alternative remedy to termination due to supervening impossibility or excessive onerousness.

Parole chiave: normativa emergenziale, covid-19, contratti, inadempimenti contrattuali, rinegoziazione
Keywords: emergency legislation, covid-19, contracts, contractual breaches, renegotiation

Sommario: 1. introduzione. **2.** il comma 6-*bis,* art. 3, d.l. 23 febbraio n. 6/2020. **3.** la norma italiana letta alla luce del confronto con altri ordinamenti europei. **4.** nuovi scenari giuridici nel contesto post-pandemico.

1. Introduzione

Gli eventi eccezionali che hanno segnato in modo indelebile gli ultimi due anni, la pandemia di SARS-CoV-2 e, per ultimo, il conflitto in Ucraina, rappresentano e, soprattutto, rappresenteranno nel futuro più prossimo uno stress-test e, forse, un'occasione per rimeditare il sistema vigente del diritto dei contratti, di quello delle obbligazioni e, più in generale, della regolazione giuridica dei rapporti economici. Tutte le imprese, fatta eccezione probabilmente per le sole farmaceutiche, quelle connesse o strumentali alle prestazioni mediche ospedaliere e ambulatorie e quelle del comparto della logistica e del trasporto

* Articolo sottoposto a referaggio.

merci, hanno visto, a partire dal marzo 2020, una contrazione o, nei casi peggiori, una cessazione della loro attività protratta per un tempo imprenditorialmente significativo.

Il legislatore italiano è intervenuto in risposta agli effetti economici della pandemia con diversi provvedimenti, di natura assistenziale e disciplinare, adottando tra le varie misure anche la sospensione dell'operatività di alcune norme del codice civile.

Nel breve saggio che verrà svolto si analizzeranno, sia pur nei loro tratti essenziali, le norme introdotte nel sistema legislativo italiano per regolare il destino dei contratti di durata conclusi dalle imprese nel periodo precedente all'inizio dell'emergenza sanitaria globale. L'impostazione seguita, però, non si concentrerà sull'esegesi individuale delle nuove disposizioni, già ampiamente trattata dalla dottrina[1], ma instaurerà un confronto volto a comprendere e a distinguere in che modo altri legislatori europei hanno fornito degli antidoti (temporanei o no) per il medesimo problema. In particolare, la vicinanza contenutistica delle norme introdotte in Germania, in Austria e in Belgio fornirà un'ulteriore chiave di lettura dell'apparato emergenziale previsto nel nostro paese.

Oggi più che mai la comparazione con sistemi normativi differenti può essere importante per capire come gestire una situazione che non ha precedenti in termini di vastità[2]. Bisogna chiedersi se le risposte date dai legislatori, nella identità di ogni ordinamento, presentino solamente i connotati di interventi emergenziali, di un diritto virale a scadenza, o se invece possano inserirsi in un disegno sistematico e prospettico.

È vero che il Covid-19 non rappresenta il primo episodio di evento imprevedibile che altera profondamente i flussi economici: si può pensare, per citarne solo alcuni, all'iperinflazione degli anni Venti del secolo scorso nella Germania di Weimar; alla chiusura, negli anni 1956-57, del canale di Suez a seguito della guerra nell'Egitto di Nasser; alla crisi energetica del 1973 nella zona del Kippur. In tutte

1. La letteratura è molto ampia. Si ricordano, per tutti: V. Di Cataldo, *Pandemia, imprese e contratti di durata,* in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3, 2020, 689 ss.; U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus. Emergenza Covid-19,* in *giustiziacivile.com*, 2020; Id., *Una soluzione strutturale nell'emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea,* in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3/2020, 110 ss.; R. Santagata, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in *giustiziacivile.com*, 17 aprile 2020; M. Maugeri, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa, ibidem*; G. Trimarchi, *Il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata tra inadeguatezza delle categorie tradizionali e ruolo delle «clausole generali»,* in *Contratti*, 2020, 433 ss.; C. Scognamiglio, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia Covid-19*, in *Corr. giur.*, 2020, 581 ss.; G. Alpa, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2020, 57 ss.; F. Benatti, *Contratto e «Covid-19»: possibili scenari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, 198 ss.; A.M. Benedetti-R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito,* in *dirittobancario.it*; A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contratti*, 2020, 213 ss.; M. Franzoni, *Il Covid-19 e l'esecuzione del contratto,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1 ss; G. Perlingieri, *Pandemia da coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi*, in *Foro nap.*, 2021, pp. 77 ss.; A.A. Dolmetta, *Rispetto delle misure di contenimento della pandemia e disciplina dell'obbligazione,* in *ilcaso.it,* 11 aprile 2020; D. Maffeis, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19,* in *giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020; S. Guadagno, *L'incidenza della difficoltà ad adempiere a causa del covid-19 sui rapporti contrattuali in corso, tra emergenze prospettive,* in *Corriere giur.*, 2020, 8-9, 109 ss.

2. Lo stesso problema sembra prospettarsi per la crisi ucraina, in uno scenario mondiale, politico ed economico, caratterizzato da forte incertezza e crescita dell'inflazione, a causa dell'aumento dei prezzi delle materie prime.

queste occasioni fu necessario interrogarsi sulla possibilità che la sacralità del principio secolare del *pacta sunt servanda* venisse violata per far fronte a situazioni contingenti eccezionali.

Anche per l'epidemia di Covid-19 si pone lo stesso problema, ma in termini globali; per la prima volta, nella storia più recente dal dopoguerra, si può dire che non ci si salva da soli e questo riguarda anche il diritto, che serve la società, ma si serve anche di essa per evolversi ed è chiamato a scegliere se affrontare problemi nuovi ricorrendo a strumenti noti, adattati per l'occasione, o a rimedi generati appositamente.

2. Il comma 6-*bis,* art. 3, d.l. 23 febbraio n. 6/2020

Come è noto, il precetto normativo di natura privatistica e di portata generale, introdotto dal legislatore italiano, è il comma 6-*bis* dell'art. 3, d.l. 23 febbraio n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, che così afferma: «Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c. della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze connesse a ritardati o omessi pagamenti». La norma è dedicata alla disciplina degli inadempimenti emergenziali, vale a dire di quegli illeciti dovuti non già a dolo o colpa grave del debitore, secondo la regola generale di sistema, ma alla necessità di osservare una misura di contenimento che ha impedito di eseguire la prestazione.

Il comma 6-*bis* entra in gioco quando l'adozione delle misure di contenimento, approntate dal governo a far data dall'inizio della pandemia, non abbia reso oggettivamente impossibile la prestazione; in questo caso, infatti, opererebbe già il principio generale in materia d'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. È invece necessario che la mancata, tardiva o inesatta esecuzione della prestazione sia dipesa da ostacoli e impedimenti creati dalle regole contenute nelle norme anti-Covid.

Il confronto con le disposizioni similari previste in altri stati europei passa innanzitutto attraverso la comprensione dei problemi e degli interrogativi sottesi alla norma italiana sopra richiamata.

Va evidenziata, in primo luogo, la portata generale dell'operatività del precetto, letteralmente suscettibile di trovare applicazione in qualsiasi rapporto contrattuale, senza alcuna riserva per determinate categorie di contraenti, ritenute particolarmente esposte alle conseguenze pregiudizievoli prodotte dalla diffusione del virus e dalle misure di contenimento. Qualsiasi debitore può (o ha potuto) invocare la tipizzata esenzione nei confronti di qualsiasi creditore, senza alcuna differenziazione sul piano soggettivo.

3. La norma italiana letta alla luce del confronto con altri ordinamenti europei

Questa scelta si discosta da omologhi interventi legislativi europei. In Germania, ad esempio, il novellato § 240 dell'*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (EGBGB)[3] attribuisce il diritto di rifiutare

3. Modificato dall'art. 5, l. 27 marzo 2020.

l'esecuzione della prestazione soltanto a contraenti debitori qualificabili come consumatori o microimprese[4]: esclusivamente per questi è sancito il diritto di rifiutare l'adempimento di un contratto con prestazioni continuative, concluso primo dell'8 marzo 2020, quando il prestatore non sia in grado di adempiere, in conseguenza delle circostanze generate dalla pandemia, senza danneggiare il proprio tenore di vita o quello delle persone a suo carico. La debolezza contrattuale insita tradizionalmente in capo a determinati soggetti coinvolti nel rapporto di durata viene in rilievo ai fini dell'esonero da responsabilità del debitore, protetto in automatico in relazione a proprie caratteristiche soggettive.

La norma italiana, diversamente, non si configura come una disposizione volta a introdurre forme di protezione riservate solo a determinate categorie di contraenti presuntivamente deboli. La maggiore o minore forza del debitore nei confronti del creditore è ininfluente, potendo operare sia nei rapporti *b to b, b to c* o *c to c*[5]. Non solo la platea dei beneficiari è più ampia, ma si allarga anche il compito del giudice di valutare se l'esonero dalla responsabilità risarcitoria, in questo spettro così eterogeneo di debitori, sia la soluzione più equa del conflitto venutosi a creare.

Ulteriori dubbi sull'interpretazione del comma 6-*bis,* come messo in luce dalla Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione[6], hanno coinvolto l'estensione del perimetro di operatività: il legislatore non ha chiarito se la norma trovi applicazione a qualsivoglia obbligazione, a prescindere dalla fonte, come potrebbe desumersi dalla formulazione testuale, in grado di ricomprendere anche «qualsiasi altro atto o fatto» *ex* art. 1173 c.c.[7], oppure a obbligazioni scaturenti solo da contratto. Quest'ultima soluzione sembrerebbe essere la più conforme alla rubrica dell'art. 91, d.l. 17 marzo 2020,

4. Queste ultime definite ai sensi della Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione UE del 6 maggio 2003: «1. La categoria delle microimprese delle piccole imprese e delle medie imprese (PMI) è costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di EUR oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di EUR; 2. Nella categoria delle PMI si definisce piccola impresa un'impresa che occupa meno di 50 persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di EUR; 3. Nella categoria delle PMI si definisce microimpresa un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di EUR».

5. In senso critico G. De Cristofaro, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento (Art. 3, comma 6 bis, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, introdotto dall'art. 91, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con modif. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27)*, in *NLCC*, 2020, 571 ss., secondo il quale l'esonero di qualsiasi debitore nei confronti di qualsiasi creditore non sempre e non necessariamente appare la soluzione più equa del conflitto d'interessi venutosi a creare con l'inadempimento (dovuto al diffondersi della pandemia e dell'adozione delle conseguenti misure contenitive).

6. Relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020, dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione (consultabile all'indirizzo http://www.cortedicassazione.it) che evidenzia due profili di ardua comprensione della norma: il primo, relativo alla concorrenza tra l'operativa della norma di nuovo conio e il principio generale di sistema in tema di responsabilità contrattuale, dal momento che, già ai sensi dell'art. 1218 c.c., il debitore inadempiente a causa della necessità di rispettare le misure di contenimento non sarebbe tenuto al risarcimento del danno; il secondo, riguardante i criteri di valutazione della responsabilità "da adeguamento" alle misure anti-Covid, non esclusa dal legislatore.

7. Conseguentemente anche l'inadempimento di obbligazioni di risarcimento da fatto illecito, non facendo la norma ricorso in alcun punto all'aggettivo "contrattuale".

n. 18, che ha introdotto il comma 6-*bis* e in cui si discorre esplicitamente di «ritardi o inadempimenti contrattuali».

Sotto questo profilo, il richiamato art. 240, § 1, dell'EGBGB tedesco trova applicazione soltanto per obbligazioni scaturenti da rapporti contrattuali di durata e suscettibili di essere considerati *wesentlich,* per tali intendendosi le obbligazioni di durata indispensabili per consentire ai consumatori di procurarsi prestazioni "di interesse generale" (*Leistungen der angemessenen Daseinsvorsorge*) ovvero alle microimprese di porre in essere i rapporti essenziali a proseguire l'attività d'impresa in modo adeguato (*Leistungen pur angemessenen Fortsetzung des Erwerbsbetriebs*).

Dal momento che il comma 6-*bis* è stato pensato per ovviare alle ipotesi in cui la prestazione del debitore non sia divenuta oggettivamente impossibile, ma eccessivamente gravosa per gli obblighi di diligenza richiesti dall'art. 1176 c.c., esso risulta essere particolarmente importante per le obbligazioni pecuniarie, ontologicamente prive di una *vis* liberatoria del debitore per impossibilità sopravvenuta[8]. Va considerato infatti che uno degli effetti immediati e generali che i *lockdown* hanno comportato per le imprese è stato l'abbassamento del fatturato a causa della riduzione dei consumi, limitando così la liquidità disponibile per adempiere le obbligazioni pecuniarie (ad es. per pagare i fornitori). Il Tribunale di Palermo, in una pronuncia del 2021, ha escluso che la disposizione in esame possa riguardare le obbligazioni di carattere pecuniario. Nel caso di specie, l'intervenuta dichiarazione di fallimento dell'impresa, di cui era titolare la debitrice, non è stata considerata idonea a incidere sull'impossibilità di eseguire il pagamento del canone di una locazione di tipo abitativo (e non commerciale), non avendo le misure legislative di contenimento causato uno svilimento dell'utilizzazione dell'immobile da parte della conduttrice e una sopravvenuta eccessiva onerosità della obbligazione[9].

Un dettaglio che sembra però essere sfuggito al legislatore italiano attiene al profilo degli interessi: escluso che il debitore debba pagare gli interessi moratori per il periodo compreso tra l'adozione e la revoca delle misure di contenimento, non si precisa se sia tenuto a pagare gli interessi legali. Nessun dubbio, invece, in merito al pagamento di eventuali penali convenzionali pattuite dalle parti per la mancata, tardiva o inesatta esecuzione della prestazione, dal momento che il comma 6-*bis* espressamente nega l'operatività

8. Essendo il denaro bene generico e imperituro, il debitore non può mai avanzare l'impossibilità oggettiva e assoluta della prestazione (c.d. impotenza finanziaria): v. Cass., Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione n. 56*, 8 luglio 2020, *cit.,* 7.

9. Trib. Palermo, 26 aprile 2021, n. 1773, in *iusletter.com,* afferma: «L'esecuzione di tale prestazione non implica una fase preparatoria o strumentale e non può ritenersi ostacolata o resa più difficoltosa a causa del rispetto delle misure di contenimento. La difficoltà e persino l'impossibilità di essa è sempre un rischio del debitore. Allocarle in capo al creditore si porrebbe in contrasto con la serietà del vincolo giuridico. E ciò vale anche quando l'incapacità finanziaria del debitore sia sopravvenuta a causa di ragioni esogene di tipo economico, non potendosi, salvo accordo contrario, imporre al creditore di partecipare alla sfera economica del debitore»

di quelle clausole contrattuali che quantifichino forfettariamente il risarcimento qualora l'inadempimento sia dipeso dal rispetto delle misure governative[10].

Più esplicito il legislatore austriaco[11], il quale ha previsto che il debitore, inadempiente per un debito divenuto esigibile fra il 1° aprile e il 30 giugno 2020, in ragione del grave pregiudizio che le sue capacità finanziarie hanno subito a seguito della diffusione della pandemia, possa vedersi richiedere il solo pagamento degli interessi corrispettivi al tasso legale sulla somma spettante al creditore.

A fronte delle tutele riconosciute al debitore, un ulteriore elemento di confronto può riguardare l'altro angolo di visuale relativo alle misure residue in capo al creditore, comunque privato della sua prestazione. Spesso i soggetti coinvolti nel rapporto sono imprese, reduci in eguale (o simile) misura delle conseguenze economiche negative della pandemia. L'inadempimento o la inesatta esecuzione della prestazione possono generare un pericoloso effetto domino sulla controparte, che affronta la medesima situazione di difficoltà, e, inoltre, sul sistema in generale. È sorto l'interrogativo se il creditore possa disporre ancora dei rimedi ordinari approntati dalla disciplina codicistica, quali la domanda giudiziale di risoluzione *ex* art. 1453 c.c. o la diffida ad adempiere *ex* art. 1454 c.c., dal momento che l'esclusione della responsabilità del debitore sancita dal comma 6-*bis* sembra precludere al creditore qualsiasi manovra in risposta all'inadempimento[12].

Il legislatore belga, a tal proposito, dopo aver stabilito che i contratti conclusi anteriormente alla entrata in vigore dei provvedimenti emergenziali[13], «non possono essere risolti, né con atto unilaterale della parte creditrice né con sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, in ragione del mancato pagamento di un debito pecuniario scaturente dal contratto stesso», precisa che tale precetto «non deroga all'obbligazione di pagare debiti già esigibili, né tantomeno alle altre sanzioni contrattuali di diritto comune quali ad es. l'eccezione di inadempimento, la compensazione e il diritto di ritenzione».

Ultima differenza sul piano comparato è l'individuazione, da parte dei vari legislatori, di un differente *dies ad quem* di operatività delle leggi speciali: le normative austriaca e tedesca hanno fissato originariamente nel 30 giugno 2020 il termine di cessazione di efficacia; termine che è stato, comprensibilmente, prorogato più volte da parte dei singoli stati federali.

10. Analoga disposizione è sancita dal legislatore austriaco che, nel § 4 del *Covid-19-Justiz-Begleitgezetz* del 4 aprile 2020, esclude che il debitore in mora sia tenuto al pagamento della penale convenzionale, pattuita dalle parti di un rapporto contrattuale anteriore al 1° aprile 2020, quando il ritardo sia dipeso dal deterioramento delle sue capacità finanziarie in ragione della diffusione della pandemia.

11. § 3 del *Covid-19-Justiz-Begleitgezetz* del 4 aprile 2020.

12. Si è sostenuto che, così facendo, il creditore subirebbe per intero le conseguenze economiche della situazione emergenziale: si veda A.M. Benedetti, *Il "rapporto" obbligatorio,* cit., 215 s.; secondo G. DE CRISTOFARO, *op. cit.,* 57 s., la preclusione a far valere l'eccezione d'inadempimento e qualsiasi altra misura a difesa del creditore è giustificata dalla eccezionalità della situazione generata dalla pandemia.

13. *Arrêté Royal n° 15 del 24 aprile 2020 relatif au sursis temporaire en faveur des entreprises des mesures d'execution et autres mesures pendant la durée de la crise du COVID−19.*

Nell'ordinamento italiano, al contrario, nessun limite temporale è stato fissato e ciò ha alimentato il dibattito sul ruolo sistematico e, quindi, non temporaneo ed emergenziale da assegnare alle norme anti-Covid.

4. Nuovi scenari giuridici nel contesto post-pandemico

Questa breve disamina delle norme, elaborate in pendenza delle fasi più acute dell'emergenza sanitaria ed economica, permette di giungere a ulteriori considerazioni, conclusive di questo lavoro ma, in realtà, vero punto di partenza per la gestione dei contratti tra privati nel nuovo contesto socioeconomico post-pandemico. Dal confronto delle norme analizzate in precedenza, elaborate anche fuori dai confini nazionali, può dirsi che la risposta generalizzata fornita dai vari legislatori alla crisi generata dalla pandemia non sia stata il ripristino dello *status quo ante* al 2020, ma l'adozione di una visuale pragmatica di stabilizzazione e riavvio dell'economia, derogando all'operatività di alcuni dei principi tradizionali in materia contrattuale. Sembra farsi strada una nuova cultura della protezione del sinallagma contrattuale, pensata per l'evento della pandemia, ma che potrebbe valere anche per altre situazioni straordinarie, volta a salvaguardare, mediante la sopravvivenza del singolo negozio, la tenuta dell'intero sistema[14].

Rimanere in una dimensione emergenziale, limitando gli interventi alla risoluzione e al risarcimento del danno, significa demolire il rapporto contrattuale, giungendo a soluzioni subottimali per tutte le parti coinvolte. Il ricorso alle regole in materia di responsabilità contrattuale può risultare angusto, sollevare problemi di coesistenza con altri principi e conseguentemente aggravare il contenzioso rimesso ai giudici. Bisogna prendere consapevolezza che l'equilibrio contrattuale originario non potrà più essere ripristinato, perché gli effetti della pandemia sull'economia (a cui si è oggi purtroppo aggiunta la crisi ucraina) sono andati ben oltre una data ufficiale di cessazione dello stato di emergenza. Per questa ragione, dottrina e giurisprudenza, nelle riflessioni più recenti, hanno indagato sulla possibilità di ricorrere a strumenti alternativi alla risoluzione e al risarcimento del danno, che comportano la demolizione del rapporto contrattuale.

In una condizione in cui non è possibile ravvisare le figure tradizionali del contraente debole e di quello forte, perché entrambe le parti sono soggetti debilitati dagli effetti economici di eventi globali eccezionali (la pandemia e, di recente, la guerra in Ucraina), bisogna pensare a degli strumenti manutentivi del contratto piuttosto che demolitori. L'apparato rimediale predisposto dal codice civile si caratterizza principalmente per interventi di natura ablativa, quali l'impossibilità sopravvenuta o l'eccessiva onerosità,

14. Fa parte del d.d.l. n. 1151/2019 la delega al Governo per interventi modificativi del codice civile, tra i quali anche quello «di prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti».

che conducono entrambi alla rimozione del vincolo contrattuale. La risoluzione del contratto risulta, però, la più inefficiente tra le misure da adottare nel particolare contesto che stiamo ancora attraversando, perché sia l'uno che l'altro contraente, soprattutto nel caso d'imprese, si troverebbero nella condizione di soddisfare un bisogno rimasto inadempiuto, in un mercato che oggi risulta molto più instabile rispetto a due anni fa.

Si è, quindi, parlato di obbligo di rinegoziazione fra le parti, richiamando un istituto già noto all'ordinamento in altre fattispecie, quali nel contratto di appalto (art. 1664 c.c.)[15] o nei negozi a esecuzione continuata o periodica (art. 1468 c.c.).[16]

Lo stesso legislatore sembra procedere nella direzione di salvaguardia degli equilibri contrattuali esistenti, sia pur modificati rispetto al momento della conclusione del negozio. Se si guarda alla legislazione emergenziale, all'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, il comma 6-*ter* afferma: "Nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato, ai sensi del comma 6-*bis,* il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, costituisce condizione di procedibilità della domanda". Si ravvisa pertanto un caso di mediazione obbligatoria.

Si aggiunge poi che nel lungo e travagliato progetto di legge del nuovo Codice della crisi, tra gli alluvionali interventi di modifiche legislative, ha fatto il suo ingresso l'art. 22, ove si contempla la possibilità per l'esperto, a cui è affidata la composizione negoziata della crisi, di "invitare le parti" alla rinegoziazione secondo buona fede «dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2. In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se

15. Che recita: «Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo».

16. «Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto». Va però detto che l'ambito di operatività di questa norma è circoscritta ai soli contratti con obbligazioni a carico di una parte e, sempre che, la riconduzione a equità sia proposta da uno dei contraenti. Al riguardo si veda P. Sirena, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19,* in *Nuova giur civ. comm., 3/2020,* 73 ss.

accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo». Alla mediazione rimessa all'esperto nella fase primordiale della gestione della crisi, la legge introduce un potere conformativo del giudice, autorizzato a rideterminare il contenuto dei vincoli negoziali qualora le parti non siano addivenute a un accordo.

Si è discusso sul fondamento su cui erigere l'obbligo di rinegoziazione[17]: molti Tribunali, interrogati sul tema, hanno rinvenuto nelle clausole generali di correttezza e buona fede *ex* art. 1375 c.c. la matrice del principio in discussione[18]. La stessa Cassazione, nella richiamata relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo, vede nella buona fede e negli obblighi di cooperazione, da adottare nella fase esecutiva del contratto, i principi di sistema che inducono a riconoscere l'impegno delle parti a rendersi disponibili ad adeguare il contratto alla luce delle modificazioni intervenute[19].

È chiaro che la rinegoziazione potrebbe riscuotere il successo sperato se, a supporto, si aggiungessero incentivi a ricorrere a un sistema stragiudiziale di mediazione, in grado di accompagnare i contraenti a una soluzione condivisa che contemperi i rispettivi interessi. Rinegoziare non significa, infatti, obbligo di stipulare un nuovo contratto, ma semplicemente permettere a parti consenzienti di aggiornare i vincoli stipulati in tempi pregressi alla luce delle mutate condizioni, individuali e generali. Se le parti non riescono, da sole, a giungere a un compromesso, prima di ricorrere al giudice, i cui margini d'intervento modificativo sono comunque circoscritti[20], l'assistenza di un terzo imparziale potrebbe consigliare le parti e convincerle ad accettare soluzioni volontarie, reciprocamente eque alla luce dell'economia del contratto. La rinegoziazione, con la previsione di sistemi di composizione stragiudiziale volte a evitare di ingolfare ulteriormente il contenzioso rimesso ai giudici, permetterebbe di adeguare le prestazioni del contratto al mutamento del quadro economico, nell'interesse di entrambe le parti e in tempi ragionevolmente brevi,

17. Si veda T. MAUCERI, *Sopravvenienze pertubative e rinegoziazione dei contratti,* in *EDP,* 4/2007, 1095 ss.

18. Si vedano: Trib. Roma, (ord.), 27 agosto 2020, richiamato da V. Di Cataldo, *op. cit.,* 694 ss.; Trib. Napoli, (ord)., 15 luglio 2020, in *Quot. giur.,* 2020; Trib. Venezia, (ord), 30 settembre 2020, *ibidem,* in cui si richiama il principio di solidarietà *ex* art. 2 Cost.

19. «L'inosservanza dell'obbligo in questione dimora nel rifiuto di intraprendere il confronto oppure nel condurre trattative maliziose (senza, cioè, alcuna seria intenzione di addivenire alla modifica del contratto). Per giurisprudenza costante i canoni della solidarietà contrattuale, fondati sulla buona fede, prescrivono di salvaguardare l'interesse altrui ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o economico».

20. Il giudice non può mai sostituirsi alle parti nella determinazione del contenuto del contratto, che rimane atto di iniziativa privata. La Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione n. 56*, 8 luglio 2020, *cit.,* afferma: «Un intervento sostitutivo del giudice sembrerebbe ammissibile al più ogni volta che dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale. In questo caso, il magistrato, più che intervenire dall'esterno, opererebbe all'interno del contratto e in forza di esso, servendosi di tutti gli strumenti di interpretazione forniti dal legislatore (artt.1362-1371c.c.), precipuamente quello disciplinato dall'art. 1366 c.c. sulla buona fede nell'interpretazione del contratto. Al di fuori di questo angusto contorno, la determinazione del contenuto del contratto appartiene alla sfera decisionale riservata ai contraenti, rispetto alla quale ogni intervento spetta solo al legislatore, che fissa l'eventuale disciplina cogente non modificabile né dalle parti, né dal giudice. Quest'ultimo si trova a svolgere una funzione di valutazione di conformità, senza alcuna prerogativa di intervento ulteriore».

indispensabili per garantire la sopravvivenza delle imprese, considerando che la sottocapitalizzazione è un fattore pericoloso diffuso nel tessuto produttivo italiano.

Viene, allora, in mente una frase attribuita a John Maynard Keynes che, alle critiche rivolte da un giornalista per aver modificato il suo pensiero, rispose: «*When facts change, I change my mind. What do you do, Sir?*». Forse, la pandemia impone anche a noi di rivedere il dogma del *pacta sunt servanda,* alla ricerca di soluzioni nuove a problemi nuovi.

Relazione finale

Diritto dei contratti e delle imprese nella pandemia da COVID-19. Alcune considerazioni finali*

di Vincenzo Di Cataldo
Professore ordinario di Diritto commerciale
Università degli Studi di Catania

Sommario: 1. Problemi dei contratti: regole strutturali delle sopravvenienze e nuove regole create *ad hoc* per la pandemia. **2.** Le regole codicistiche delle sopravvenienze imprevedibili e le ragioni della loro inutilizzabilità per la soluzione dei problemi della pandemia. **3.** Tendenziale sterilità degli obblighi di rinegoziazione e interesse alla mediazione. **4.** Nuove regole speciali per singoli settori: sport e turismo. **5.** Nuove regole speciali di carattere più generale: favore per "il rispetto delle misure di contenimento della pandemia"... **6.** … e contratti pendenti di credito bancario. **7.** A proposito dei danni di una cattiva normazione. **8.** Nuove regole per le imprese. Ricapitalizzazione tramite Cassa Depositi e Prestiti e deroghe temporanee ad alcune regole del capitale sociale. **9.** Criticità delle nuove regole del capitale. **10.** Risorse proprie e "società morte".

1. Problemi dei contratti: regole strutturali delle sopravvenienze e nuove regole create *ad hoc* per la pandemia

Ho il compito di concludere questa bella e intensa discussione dei (di alcuni dei) problemi giuridici sollevati dall'emergenza da COVID-19 in rapporto a contratti e imprese, emergenza cui si è purtroppo aggiunta, aggravandone gli esiti, nonostante di per sé la pandemia sembri avviata ad una fase di contenimento, la feroce aggressione della Russia all'Ucraina.

Le relazioni proposte hanno illustrato una vasta serie di interrogativi, che, peraltro, non sono isolati, ma si intrecciano l'uno con l'altro. Naturalmente non intendo rivederli qui tutti uno per uno. Mi limiterò ad aggiungere poche mie osservazioni sui punti che mi sembrano più interessanti, e sui quali può essere più utile aggiungere qualche piccola considerazione ulteriore.

Riflettere sulla normativa dei contratti porta a discutere in primo luogo della applicazione delle regole dedicate dal nostro codice civile alle sopravvenienze imprevedibili, regole che hanno carattere per così dire strutturale, in quanto sono riferite dalla disciplina generale del contratto, e sono temporalmente anteriori alla pandemia. In secondo luogo, sono poi da esaminare alcune altre regole emergenziali, costruite *ad hoc* dopo l'esplosione della pandemia. Si tratta di norme nuove, emanate dopo lo scoppio della pandemia, con l'intento di disciplinare in senso derogatorio alcuni profili, peraltro non secondari, del diritto comune.

* Articolo sottoposto a referaggio.

2. Le regole codicistiche delle sopravvenienze imprevedibili e le ragioni della loro inutilizzabilità per la soluzione dei problemi della pandemia

Una prima osservazione da tenere presente riguarda l'idea che le alterazioni dell'equilibrio contrattuale provocate dalla pandemia, come, probabilmente, tutti i problemi relativi a emergenze gravi sopravvenute, devono trovare una risposta adeguata a livello normativo.

È poco utile raccomandare alle parti, a chi scrive i contratti, di inserire nei testi contrattuali regole capaci di gestire le sopravvenienze. Questo consiglio può avere un senso per una fascia molto ristretta di contratti, che per la loro particolare delicatezza tecnica, per il valore degli interessi in essi coinvolti, per altre possibili specifiche ragioni meritano che in essi si inseriscano clausole di *hardship* specificamente ragionate e dettagliate. Ma se si pensa alla generalità dei contratti, ai contratti che direi ordinari, correnti, è difficile pensare che essi non siano destinati, per questo punto, ad una comprensibile, e perciò inevitabile, incompletezza. È del tutto normale che in essi le parti regolino le evenienze prevedibili, ma non sarebbe economico, per esse, regolare anche eventi imprevedibili. Per essi, la gestione dell'imprevedibile non può che rimanere (prevalentemente, e forse integralmente) affidata alla legge.

Il compito della legge, su questo punto, appare tuttavia assai delicato. Emergenze e sopravvenienze possono essere molto diverse tra loro, e spesso presentano caratteristiche non immaginabili nei loro dettagli alla data in cui si crea la regola. Se è vero che progettare regole è sempre cosa molto difficile, progettare regole per evenienze future e non perfettamente note è, con tutta evidenza, cosa ancora più complicata.

Se guardiamo alla disciplina legale delle sopravvenienze presente nel nostro sistema, è abbastanza facile notare, e lo si è notato quasi subito, fin dalle prime esperienze della loro utilizzazione, che esse sono strutturalmente ben poco idonee a regolare l'emergenza della pandemia da COVID-19 (ed altre emergenze, che abbiano lo stesso carattere di generalità).

La disciplina codicistica (nelle regole sulla impossibilità sopravvenuta e sulla eccessiva onerosità sopravvenuta) sembra scritta per disciplinare (soltanto) il caso di sopravvenienze avverse specificamente riguardanti un singolo contratto, un singolo contraente. Non è costruita per rispondere al caso di una sopravvenienza che riguardi allo stesso modo un'ampia fascia di contratti, anzi, tendenzialmente, tutti i contratti di un certo tipo. Essa infatti mostra una chiara tendenza verso la risoluzione del contratto, e, corrispondentemente, una ben scarsa disponibilità per la rinegoziazione (che anzi, per la verità, non è neppure presa in considerazione a livello di legge scritta).

Ma la risoluzione del contratto ha senso, e questo è stato notato proprio nella casistica di questi ultimi mesi, se la sopravvenienza riguarda solo un determinato contraente. In situazione di pandemia, la controparte del contraente la cui prestazione è diventata impossibile o eccessivamente onerosa (pensiamo

ad un caso paradigmatico, molto presente nella casistica recente: un contratto di locazione o di affitto di un locale destinato all'esercizio di un'attività di ristorazione, che è stata oggetto prima, e non per poco, di divieti temporanei di apertura al pubblico, e poi di un forte contingentamento dell'afflusso del pubblico) non ha interesse (oggettivamente) alla risoluzione del contratto, perché sul mercato non troverà altri affittuari disposti a svolgere in quel locale quella stessa attività assumendo il costo di un canone uguale a quello originariamente previsto dal contratto in essere, e che il contraente originario non vuol più pagare perché è divenuto per lui eccessivo. Qualunque nuovo gestore della stessa attività dovrà rispettare le regole emergenziali di chiusura al pubblico o contingentamento dell'afflusso del pubblico, e quindi anch'egli riterrà eccessivo il canone che il suo predecessore si rifiuta di continuare a pagare.

La sopravvenienza colpisce il contraente originario colpisce allo stesso modo ogni altro possibile contraente. Ne sono esenti solo nuovi contraenti che intendono utilizzare quel locale per svolgere un'attività diversa, non toccata da regole restrittive (ad esempio, la vendita di prodotti farmaceutici). Ma, con ogni evidenza, la fascia di nuovi contraenti aventi queste caratteristiche è ristretta, e, comunque, anche questi cercheranno di profittare del vantaggio di una riduzione "generalizzata" dei canoni di affitto.

In caso di sopravvenienza che riguarda tutti gli operatori, quindi, la risoluzione del contratto, oggettivamente, non ha senso: nessuno sarà disponibile a stipulare un contratto che preveda condizioni identiche, o molto simili, a quelle previste dal contratto entrato in crisi.

La controparte del contraente la cui prestazione è diventata (nella pandemia e per la pandemia) impossibile o eccessivamente onerosa, proprio perché non troverà, per il suo contratto, un contraente alternativo alle condizioni originarie del contratto stesso, ha oggettivamente interesse, invece, ad una rinegoziazione del contratto con la stessa parte originaria, in vista di una riduzione del canone accettabile per entrambe le parti. A rinegoziazione con il contraente originario, oltre tutto, sarà meno costosa della ricerca di un nuovo contraente.

3. Tendenziale sterilità degli obblighi di rinegoziazione e interesse alla mediazione

Quanto detto basta ad escludere un generale interesse delle parti (della parte non colpita dalla sopravvenienza: il locatore, nel caso sopra brevemente discusso) alla risoluzione del contratto. Ma questo non basta a portare ad una generale diffusione della rinegoziazione, che pure sarebbe conveniente per tutti. Da un lato, esistono sempre forti ostacoli psicologici, non facili, anzi per qualcuno impossibili da superare, alla accettazione di ribassi di canoni e di prezzi, anche se essi sarebbero economicamente più che giustificati; dall'altro, sulle parti incombe sempre la tentazione di comportamenti opportunistici.

L'esperienza concreta ha dimostrato anche che non è facile (forse potrebbe dirsi: non è possibile) costruire un obbligo di rinegoziare che abbia davvero carattere generale, che possa venire ad esistenza in

ogni situazione, o almeno in un numero sufficientemente grande di situazioni, e sia anche sanzionabile, capace di portare, in caso di mancato adempimento da parte dell'obbligato, ad un risultato concretamente apprezzabile, cioè alla stipula di un nuovo contratto tra le stesse parti.

In realtà, una reazione davvero efficace alla mancata rinegoziazione può venire ad esistenza solo in una serie molto circoscritta di casi, e solo in una frazione minima di essi può portare ad un risultato "utile". Sul punto, il singolare documento pubblicato dall'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione (Relazione n. 96, in data 8 luglio 2020[1]) ha buon gioco a chiarire, ove ve ne fosse bisogno, che un obbligo di rinegoziare non implica un obbligo di concludere un contratto, e che la mancata stipula di un nuovo contratto, modificativo del precedente, può essere imputata ad una delle parti a titolo di inadempimento solo in una fascia molto ristretta di casi.

Qualcuno ha pensato che uno spazio maggiore per gli obblighi di rinegoziazione potrebbe ottenersi ampliando i poteri del giudice rispetto al contenuto del contratto; consentendo cioè al giudice il potere di sostituire alle condizioni originarie del contratto un nuovo assetto di interessi. Ritengo positivo che su questo percorso non si sia fatta fin qui molta strada, e che anche i vari (almeno due) tentativi del legislatore siano falliti[2].

L'assetto odierno non è casuale, e non deriva da scelte distratte o storicamente superate; esso è il risultato di un percorso secolare di progressiva contrazione dei poteri del giudice che è difficile non valutare positivamente. Appare, oltre tutto, ben poco ragionevole ampliare i poteri del giudice, in un momento in cui (al di là di edulcorati comunicati ufficiali) la fiducia nella giustizia è davvero ai minimi storici. L'opinione pubblica è fortemente disorientata dal ricorrente apparire di provvedimenti assurdi (pochi, si spera. Ma su di essi i media attirano, ed è giusto che lo facciano, l'attenzione collettiva)[3]. Ancor più vale

[1] Pubblicato in varie riviste e in vari siti, oltre che nel sito ufficiale http://www.cortedicassazione.it

[2] Il Disegno di Legge delega per la revisione del codice civile n. 1151/2019, fortunatamente decaduto con la fine della legislatura, con l'art. 1, comma 1, lett. i), voleva delegare il governo a "prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti". Da ultimo, per l'inopportunità di un intervento legislativo così fatto si veda M. R. MAUGERI, *Ricodificare? Riflessioni in occasione dell'ottantesimo del Codice Civile*, in *Contratto e impresa*, 2022, p. 739 ss.

Il Codice della crisi e dell'insolvenza approvato con il decreto legge 24 agosto 2021, n. 118, all'art. 10, comma 2, prevedeva che l'esperto incaricato *ex* d. lgs. n. 14/2019 potesse "invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2. In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle prestazioni oggetto di contratto di lavoro dipendente". Questo comma è stato integralmente abrogato in sede di conversione (legge 21 ottobre 2021, n. 147).

[3] Basta citare il recentissimo provvedimento che, secondo organi di stampa, ha dichiarato i poveretti uccisi nel sonno nelle loro case da un terremoto corresponsabili dell'evento-morte, per non aver voluto lasciare la propria abitazione

a ridurre la fiducia nella giustizia il fatto che la prevedibilità delle decisioni dei giudici (per tante ragioni, forse anche inevitabili, come la progressiva inarrestabile crescita del numero delle norme, e la crescente complessificazione del sistema giuridico che ne deriva), diventa sempre più bassa.

Una misura che, invece, potrebbe offrire prospettive interessanti è quella che prevede, per tutte le controversie in materia di obbligazione contrattuali al cui interno assume rilievo il rispetto delle misure di contenimento della pandemia, un obbligo di attivare il procedimento di mediazione ai sensi del d. lgs. n. 28/2010. Si sofferma su questo punto la relazione di Carla Vasta. L'intervento del mediatore, se svolto con la dovuta attenzione e serietà, può generare una buona composizione della lite per una fascia molto ampia di casi. Il mediatore non ha poteri autoritativi, e in sede di mediazione l'accordo delle parti (proprio per il suo essere frutto del consenso, e non dell'autorità di un terzo estraneo) non incontra limiti rispetto alla modifica delle condizioni originarie del contratto. Ma la mediazione, non per caso detta "*a Sleeping Beauty*", "una Bella Addormentata", ha ancora purtroppo una spazio molto ridotto nel nostro Paese, ed avrebbe bisogno, per svilupparsi seriamente e per dare al Paese quello che può dare, di una vera rivoluzione culturale, di un intervento incentivante di fonte normative, e (banale dirlo, ma non tanto in Italia, a fronte del mantra ipocrita delle riforme a costo zero) di finanziamenti adeguati[4].

4. Nuove regole speciali per singoli settori: sport e turismo

La scarsa utilizzabilità delle regole strutturali del contratto al fine della regolazione dei problemi sollevati dall'emergenza della pandemia ha sollecitato, nel nostro Paese come in altri, la creazione di nuove regole *ad hoc*.

Alcune di esse si sono poste a livello settoriale, come regole speciali per taluni contratti di taluni settori, ad esempio in materia di sport e turismo. Non aggiungerò nulla a quanto su di esse è stato detto nei bei commenti specifici loro dedicati da Gaetano Guzzardi, Emanuela Morotti e Antonio Torrisi.

---

nonostante esistesse il rischio del terremoto. È impossibile "difendere" sentenze così fatte, e il danno che esse provocano alla fiducia nella giustizia è semplicemente inimmaginabile.

[4] In data 11 novembre 2022 si è tenuto, presso l'Università di Trento, nel quadro delle iniziative promosse dalle Direttrici della rivista "Giustizia consensuale", Paola Lucarelli e Silvana Dalla Bontà, un convegno dal titolo "*Mediation: a Sleeping Beauty*", all'interno della "*Sleeping Beauty Conference Series*", iniziativa di sensibilizzazione internazionale alla giustizia consensuale ideata da Giuseppe De Palo e Lela Love.

Come è noto, l'esperienza italiana della mediazione è recente, ed assai variegata, ma ancora largamente insoddisfacente. In molti Uffici giudiziari questa procedura viene vissuta in termini assolutamente formali e burocratici, viene affidata a mediatori impreparati, viene di fatto ostacolata da vari ambienti dei professionisti del diritto, i quali mostrano di ritenere che l'interesse della parte di una vertenza può avere tutela solo con giudizio e sentenza: Risultato inevitabile è che la mediazione non riesce a recare un contributo deflattivo al traffico giudiziario, ed anzi spesso aumenta inutilmente i tempi della giustizia. In altre sedi, invece, purtroppo poche, la mediazione viene presa sul serio, e riesce ad evitare il giudizio in percentuali molto alte di casi (anche il 30%). Varrebbe sicuramente la pena di generalizzare un uso razionale e impegnato di essa, ma occorre costruire nel mondo del diritto, a partire dai corsi di laurea nelle Università, una vera e nuova cultura della mediazione (ho provato a scriverne nel mio *A che cosa serve il diritto*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 153 ss.). Occorrerebbe poi che il legislatore si sforzi di creare qualche incentivo ben pensato, e che l'attività del mediatore trovi un compenso decoroso, adeguato alla delicatezza del compito ed all'impegno richiesto per assolverlo degnamente.

Nella contrattualistica sportiva, la pandemia provoca una significativa alterazione dell'equilibrio contrattuale, perché porta a ritenere spesso, o sempre, "inesigibile" la prestazione dello sportivo, per il serio pericolo che la pandemia costituisce per la salute dell'atleta, mentre l'obbligazione assunta dalle società sportive, avendo natura pecuniaria, risulta, in astratto, sempre esigibile. Specifici interventi dell'ordinamento sportivo, nelle sue varie articolazioni, hanno curato di evitare che l'intero peso economico della pandemia ricadesse quindi soltanto sulle società, compromettendo in ultima analisi la stessa sostenibilità dell'intero sistema. In questo senso si sono proposte soluzioni rimediali capaci di condurre il contratto ad un riequilibrio accettabile. Anche i contratti di sponsorizzazione sportiva, sempre più diffusi e sempre più rilevanti, hanno prestato il fianco a specifici squilibri da pandemia, che sono sfociati in contenziosi particolari, i quali, a loro volta, hanno sollecitato e sollecitano la creazione di interventi di riequilibrio *ad hoc*.

5. Nuove regole speciali di carattere più generale: favore per "il rispetto delle misure di contenimento della pandemia"

Alcune osservazioni vorrei fare, invece, su un paio di interventi normativi di carattere più generale, essi pure oggetto di attenzione in appositi commenti, ma comunque meritevoli, proprio per la loro natura non settoriale, di qualche ulteriore breve nota.

Secondo l'art. 3, comma 6-*bis*, del d. l. 6/2020, "Il rispetto delle misure di contenimento" degli effetti negativi della pandemia, disposte dal decreto stesso, "è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi inadempimenti".

A fronte di un piglio particolarmente deciso (si noti l'avverbio "sempre", inusuale in previsioni di questo genere, perché normalmente implicito in qualunque precetto normativo), il disposto di questa norma si caratterizza, spiace dirlo, per la sua indeterminatezza. La norma non dice in che senso il rispetto delle misure di contenimento della pandemia sarà "valutato". Il che sembra condannare la nuova norma ad una utilizzazione piuttosto marginale. Del resto, nel non brevissimo tempo trascorso ad oggi dalla sua entrata in vigore, non sembra che l'esperienza giurisprudenziale presenti di essa tracce consistenti, o da essa abbia tratto spunti di qualche rilievo.

6. … e contratti pendenti di credito bancario

Una seconda novità, solo apparentemente settoriale, ma in realtà di interesse per l'intero sistema delle imprese, attiene alle regole di sospensione dei contratti pendenti di credito bancario (artt. 54 e 56 del d. l.

n. 18/2020, convertito con legge n. 27/2020). A differenza dell'art. 3, comma 6-*bis*, del d. l. n. 6/2020, queste nuove regole dei rapporti bancari sono state oggetto di ampia applicazione, ed hanno suscitato un complesso dibattito, che ne ha messo in luce varie criticità.

Mi vorrei brevemente soffermare sulla regola che consente al cliente-debitore, previa dichiarazione "di aver subito carenze di liquidità quale conseguenza diretta della diffusione dell'epidemia da Covid-19", di conseguire la irrevocabilità delle aperture di credito e degli anticipi su crediti, la proroga dei termini di restituzione dei finanziamenti non rateali, e la dilazione dei piani di rimborso "secondo modalità che assicurino l'assenza di nuovi o maggiori oneri per entrambe le parti". La relazione di Luca Serafino Lentini dà conto delle criticità fin qui evidenziate in sede di applicazione. Io vorrei soltanto rimarcare la incomprensibilità della condizione per la quale la rimodulazione dei contratti in corso di esecuzione dovrebbe assicurare "l'assenza di nuovi o maggiori oneri per entrambe le parti". La rimodulazione del contratto è un gioco a somma zero. Se si vengono a ridurre i "costi" di una delle parti (e l'obiettivo primario, anzi unico, di queste regole è, appunto, venire incontro ai problemi del cliente, riducendo i costi a lui imposti dalla pandemia), è inevitabile che la posizione dell'altra parte (nel caso, la banca) venga gravata di nuovi "costi". E quindi l'assenza di nuovi o maggiori costi è un mito irrealizzabile. Come dice Luca Serafino Lentini, "la stringa normativa … sembra promettere ciò che in realtà non è possibile mantenere, auspicando «una specie di gratuità bilaterale»".

Ed è poi proprio a questa formula assurda che dev'essere imputata la responsabilità di un dibattito giurisprudenziale che tenta di dare ad essa una lettura (comunque correttiva, ma) che possa avere un senso, e inevitabilmente lo fa (perché questo è il modo normale di procedere dell'esperienza giurisprudenziale) "per tentativi ed errori", quindi dando risposte sbagliate ad un numero molto alto di vicende concrete, prima che si riesca, se ci si riesce, a convergere su un assetto comune soddisfacente.

Altra osservazione, già chiaramente prospettata da Lentini, ma che merita di essere sottolineata, è che il legislatore si è limitato a spostare in avanti il momento dell'adempimento degli obblighi di restituzione da parte del cliente, mostrando così piena e totale fiducia nel fatto che la pandemia finirà, e presto, e la crisi economica da pandemia pure, e tutto ritornerà (presto) normale, come prima. La ripartenza è pensata come effetto naturale del corso degli eventi, e nessuno dubita del fatto che chi oggi non è in grado di adempiere lo sarà certamente in un futuro molto prossimo. Questa ventata di ottimismo sollecita simpatia, ma purtroppo non può non apparire un po' troppo ingenua. In questa prospettiva, le norme in esame appaiono pericolosamente monche. Esse curano di ritardare il *redde rationem*, ma manca del tutto "una nuova disciplina pensata per accompagnare le imprese nella fase di transito verso la ripartenza" (Lentini).

7. A proposito dei danni di una cattiva normazione

Se è lecito fare un commento finale a queste nuove norme, verrebbe da dire che è davvero ottima cosa che il legislatore, tutto sommato, ne abbia create poche. Può darsi che i problemi della pandemia avrebbero bisogno di nuove regole, ma certamente non bastano regole comunque fatte. Se non si è in grado di creare regole che davvero funzionino, allora è meglio non farne. La relazione di Carla Vasta consente di dare un primo sguardo ad alcuni interventi normativi di altri legislatori europei, almeno alcuni dei quali sembrano, per più di un profilo, tecnicamente meglio strutturati di quelli del nostro.

Regole mal fatte non sono soltanto inutili: sono dannose. Esse accrescono i problemi, invece di ridurli. Basta pensare agli effetti (negativi) delle incertezze delle regole dei contratti sulla attività delle imprese. Regole mal fatte incentivano l'accesso alla giustizia (cosa di per sé negativa, si tratti della giustizia ordinaria, della giustizia arbitrale, o di altre strutture, come, nel caso dei contratti di credito bancario, l'arbitro bancario e finanziario), perché l'imprevedibilità della decisione che deve procedere da norme mal fatte è altissima (chiunque sia il giudice: il giudice ordinario despecializzato o un collegio arbitrale tecnicamente più attrezzato).

Altra sicura conseguenza della cattiva redazione delle nuove norme, a mio avviso fin qui purtroppo poco avvertita, attiene all'incentivo che esse danno ad una cattiva redazione dei bilanci di esercizio. Le imprese saranno fortemente tentate di accendere nei propri bilanci poste (in attivo o in passivo) la cui correttezza, nell'*an* e nel *quantum*, è assai difficile da verificare, anzi, potrebbe dirsi, è oggettivamente incerta. Bilanci già in bilico, per effetto della pandemia, rischiano di aumentare la propria opacità in conseguenza di manovre di dubbia legittimità, o di sicura illegittimità. Nessuno ha mostrato di preoccuparsene, ma il costo per il sistema delle imprese potrebbe essere molto alto[5].

8. Nuove regole per le imprese. Ricapitalizzazione tramite Cassa Depositi e Prestiti e deroghe temporanee ad alcune regole del capitale sociale

Una seconda serie di interventi legislativi ha avuto ad oggetto il diritto delle imprese e delle società commerciali.

Di notevole interesse è la previsione della possibilità di ricapitalizzazione di imprese private mediante ingresso di capitali pubblici, veicolati da Cassa Depositi e Prestiti mediante un apposito patrimonio destinato, denominato "Patrimonio Rilancio".

Si tratta di un intervento quantitativamente importante (la dotazione finanziaria massima da parte dello Stato è prevista in 44 miliardi di euro), e destinato a proiettare i suoi effetti sul medio-lungo periodo (la

[5] Mi permetto di segnalare che ho già evidenziato il problema nel mio *Pandemia, imprese e contratti di durata*, in *Orizzonti del diritto commerciale – rivista telematica*, fasc. 3/2020, p. 699-700.

durata prefissata è di 12 anni). Non è però ancora oggi facile delineare una visione chiara di questo nuovo strumento, sia perché esso si colloca all'interno di un nuovo quadro di regole sugli aiuti di Stato appena varato dall'Unione Europea, e la cui interpretazione su molti punti appare non facile, sia perché esso si articola e si sviluppa su una complessa disciplina regolamentare oggi ancora in via di formazione. La relazione di Giulia Curcuruto ne illustra comunque bene i punti fondamentali.

L'innovazione forse più consistente, già molto discussa, riguarda le nuove, e già più volte modificate, regole sul capitale sociale, che disapplicano a tempo (per cinque anni) le norme codicistiche in tema di perdite di bilancio, uguali o superiori ad un terzo del capitale, emerse negli anni 2020 e 2021. Per queste perdite viene sospeso l'obbligo di riduzione del capitale e di scioglimento della società, e si prevede soltanto che delle perdite sia data comunicazione all'assemblea dei soci e sia fornita specifica informazione all'interno del bilancio di esercizio.

La Relazione di Claudia D'Urso analizza queste nuove regole in vari dettagli. Io mi limito ad esprimere due sole osservazioni, che riterrei non secondarie.

Queste nuove regole sembrano nascere da una volontà (indipendente dalla pandemia) di depotenziare il ruolo del capitale sociale più che da una vera convinzione che esse possano davvero svolgere un ruolo positivo di sollievo alla pandemia. Come è noto, da molti anni il ruolo del capitale, all'interno del diritto delle società, è posto in dubbio, ma, nonostante tutto, nessun sistema moderno (e certo nessun sistema europeo) ha inteso fin qui rinunziare davvero al concetto di capitale legale. Sembra quasi che il legislatore italiano abbia adesso operato un tentativo di fuga in avanti, nel senso di lasciare ferme le regole generali, introducendo però in via eccezionale una deroga che tuttavia è generale (in quanto riguarda tutte le società di capitali, e non è subordinata a specifiche condizioni) e di durata non breve (cinque anni).

Certo, alla scadenza del termine quinquennale la disapplicazione del diritto comune dovrebbe cessare. Il futuro però, lo si sa bene, non ha certezze.

9. Criticità delle nuove regole del capitale

La logica di queste nuove norme non è molto chiara. In primo luogo, ammesso pure che esse offrano uno strumento efficace di tutela delle imprese rispetto ad effetti negativi che conseguirebbero all'applicazione delle regole comuni, salta subito all'occhio che il legislatore non si è affatto preoccupato di costruire un meccanismo equilibrato di ritorno alle regole generali del capitale. Il margine quinquennale, che segna il ritorno alla normalità, non garantisce affatto che, a quella data, le imprese abbiano potuto superare la congiuntura pandemica che oggi le minaccia. Difficile pensare che dopo un periodo di eccezionale difficoltà le imprese possano improvvisamente tornare all'applicazione delle regole normali. Manca anche qui (lo si è già notato a proposito delle regole relative alle dilazioni delle restituzioni dei

finanziamenti bancari) un percorso virtuoso di "accompagnamento alla normalità", in assenza del quale la normativa eccezionale e temporanea potrebbe non prestarsi alla cessazione dei propri effetti ed esigere proroghe e rinnovi.

Una seconda osservazione è nell'idea, del tutto scontata, ma, stranamente, ignorata dai redattori di queste nuove regole, secondo la quale gli effetti della pandemia sul sistema delle imprese sono stati, in Italia come altrove, fortemente diversificati. Anche senza ricorrere a sofisticate analisi econometriche, alcuni macrodati sono di immediata osservazione. Molti settori, ed esattamente quelli la cui attività conta su spostamenti fisici di larghi numeri di persone, come i settori del turismo, della ristorazione, degli spettacoli in presenza, hanno subito perdite enormi, perché la pandemia ha impedito spostamenti e assembramenti di persone. Molti settori (ad esempio, buona parte del farmaceutico) non sono stati toccati in modo significativo dalla pandemia, perché volti al soddisfacimento di interessi di mercato indifferenti a spostamenti e assembramenti di persone. Altri ancora, e non pochi, hanno visto crescere anche notevolmente i propri volumi, perché la pandemia ne ha stimolato positivamente l'attività, provocando il sorgere di consistenti extra-profitti, o superprofitti: questo è accaduto, in generale, per le attività di prestazione di servizi digitali e l'intera *information technology*, per alcuni subsettori del farmaceutico, per intrattenimento e spettacoli a distanza, per le attività di recapito e consegna di prodotti di consumo. Il settore energetico ha avuto ampi extraprofitti (per la verità a causa dei rialzi dei prezzi di gas e petrolio dovuti alla guerra in Ucraina, più che per la pandemia), che sono stati oggetto di una tassazione speciale[6].

In un contesto così diversificato, la razionalità delle nuove regole sul capitale appare discutibile anche e proprio per la sua assolutezza, che non tiene alcun conto delle enormi differenze degli effetti della pandemia all'interno del sistema delle imprese. Le nuove regole, in definitiva, offrono un "sussidio" che potrebbe rivelarsi illusorio alle imprese che hanno sofferto, ed un "regalo" ingiustificabile a quelle che, invece, con la pandemia hanno convissuto (o avrebbero potuto convivere) senza problemi, o a dirittura hanno prosperato (o avrebbero potuto prosperare).

10. Risorse proprie e "società morte"

Criticità delle nuove regole del capitale. - Sotto altro profilo, l'illusorietà del beneficio che si è offerto alle imprese colpite dalla pandemia è piuttosto evidente. Qualunque cosa si pensi del ruolo del capitale in senso giuridico, è a tutti noto che quelle che, con espressione tradizionale, un po' generica ma efficace,

[6] Anche le imprese del settore energetico, se aventi forma societaria, possono godere della regole sui bilanci di cui si parla nel testo. Secondo notizia di stampa, la tassazione degli extraprofitti, varata dal Governo Draghi con un'aliquota del 10%, poi aumentata al 25%, ha procurato all'Erario solo un paio di miliardi di euro, invece dei dieci preventivati. Nel programma del Governo Meloni ne è prevista un'ampia riscrittura, volta a garantire un maggior gettito, che dovrebbe contribuire al finanziamento degli interventi di sostegno a imprese a famiglie contro il caro-bollette (E. MARRO e C. VOLTATTORNI, in *Il Corriere della Sera*, giovedì 27 ottobre 2022, pag. 10.

vengono dette "risorse proprie" dell'impresa svolgono un ruolo essenziale sul piano economico e aziendale. Si può discutere, e si discute da tempo, della abrogazione delle regole del capitale, ma il dibattito verte essenzialmente su cosa possa utilmente sostituirle. E, forse, la persistenza della disciplina del capitale è dipesa fin qui soprattutto dalla mancata ideazione di qualcosa che possa farne le veci, occupando il suo spazio attuale, di cosa sia in grado di svolgere meglio le funzioni che il capitale ha fin qui svolto in modo abbastanza imperfetto.

In altri termini, forse si può gestire un'impresa senza risorse proprie, per un tempo circoscritto, in settori e situazioni particolari, e con molta fortuna. Ma nessuno pensa davvero che questo sia possibile in tempi normali, in situazioni normali, in qualunque settore, su tempi lunghi e per qualunque impresa. Lo hanno pensato vari legislatori europei, compreso il nostro, con le società a capitale zero o un euro, ma l'esperienza concreta, ovunque (anche l'esperienza di queste società a-capitalizzate, la maggior parte delle quali, se non si è dotata di risorse proprie in un momento successivo alla costituzione, è rimasta inattiva, o lo è presto diventata, o è pervenuta a scioglimento), è nel senso che l'impresa non può vivere se non ha un capitale adeguato, e se non ha nulla che lo sostituisca (si tratti di garanzie di soci o di terzi, secondo l'antica prassi nostrana, o di *ratios* di bilancio, secondo più moderne e sofisticate esperienze californiane, o di qualunque altra cosa che dia all'impresa di che vivere, e faccia vedere, ai finanziatori e al mercato, che l'impresa ha di che vivere).

Il rischio di queste nuove regole speciali è esattamente questo. Alcune, forse molte, società, anche dopo aver perduto per intero il capitale, continueranno ad esistere giuridicamente, rimarranno sui registri e nessuno le cancellerà[7]. Vien da pensare alle "anime morte" di Cicikov, morte ma vive nel grandioso romanzo incompiuto di Nikolaj Gogol'. Si troverà pure qualcuno che tenterà di trarre, e forse trarrà, profitto da questo nuovo genere di "società morte". Ma tutto questo non ha nulla a che fare con la prosecuzione effettiva dell'attività d'impresa, e, facendo apparire come vive società che, invece, sono morte, certamente non rende un buon servizio al sistema.

[7] Salvo che a seguito di liquidazione giudiziale. Eventualità da cui sono però esenti le società (tutt'altro che poche) che si collocano al di sotto delle soglie dimensionali previste dal Codice della crisi per l'accesso alla procedura di liquidazione.

Fascicolo numero 3

2023

30 gennaio 2023