



DE IUSTITIA

RIVISTA GIURIDICA

ISSN 2974-7562
ISBN 978-88-67355-54-9



WWW.DEIUSTITIA.IT
Rivista scientifica Anvur

Rivista n° 2 / Aprile 2020 Trimestrale

DE IUSTITIA - Rivista giuridica scientifica – www.deiustitia.it

Fondata da: Avv. Carlo Giordano - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Angelo Rubano

Diretta da: Dott. Francesco Boccia (Direttore scientifico) - Avv. Carlo Giordano (Condirettore Scientifico) - Dott. Angelo Rubano (Vicedirettore)

Direttore responsabile: Avv. Francesco Boccia

Comitato scientifico: Prof.ssa Carla Acocella – Prof. Amedeo Arena – Dott. Pierpaolo Arganelli - Dott. Alessandro Auletta - Prof. Adrian Bedford - Dott. Francesco Boccia – Avv. Emilio Boccia - Prof. Fernando Bocchini - Avv. Francesco Bottiglieri - Pres. Francesco Caringella – Prof. Avv. Gianluca Cascella - Dott. Flavio Alessio Clemente - Avv. Gabriella De Maio – Avv. Gaetano del Giudice – Dott. Mattia Di Florio - Dott.ssa Antonia Foglia - Dott. Marco Fratini - Prof. Rosaria Giampetraglia - Avv. Carlo Giordano - Avv. Davide Giordano – Cons. Roberto Giovagnoli - Avv. Pasquale Guida - Prof.ssa Laura Gutiérrez-Masson - Dott.ssa Paola Iazeolla - Dott. Vincenzo Iazzetta - Dott.ssa Fabiana Iorio - Dott. Alessandro Iovino - Dott.ssa Viviana Francesca Ippolito - Dott.ssa Annamaria La Marca - Avv. Luigi Lalla - Prof. Vincenzo Maiello - Dott.ssa Iliana Manna - Dott. Lorenzo Maruotti - Pres. Luigi Maruotti – Dott.ssa Daniela Messina - Avv. Ferdinando Migliozzi - Dott. Andrea Napolitano – Dott.ssa Edda Napolitano – Prof.ssa Anna Papa – Dott. Giacomo Palombino – Dott. Simone Petralia - Dott. Angelo Rubano - Avv. Nicolò Rubino - Prof. Avv. Angelo Scala - Avv. Marina Sfarzo - Prof.ssa Laura Solidoro – Dott.ssa Alessia Tomo - Avv. Silvia Tuccillo – Dott. Francesco Zappatore

Redattori: Dott.ssa Fabiana Iorio - Avv. Luigi Lalla - Dott. Flavio Alessio Clemente

Amministrazione: www.youcanprint.it selfpublishing

via Roma 73 – 73039 Tricase (Le)

Registrazione: presso il Tribunale di Napoli con decreto n. 2683 del 11.02.2015

Per ciascun articolo è effettuato un procedimento di revisione tra pari almeno a singolo cieco (one-side blind)

INDICE

PARTE I – DIRITTO AMMINISTRATIVO

Consip e centrali regionali di committenza: gli approvvigionamenti sanitari ai tempi del coronavirus.
di Cristiana Iannitti **Pag. 4**

La scuola pubblica italiana ai tempi del Covid-19. Un'opportunità da non perdere.
di Pierpaolo Arganelli **Pag. 22**

L'intervento delle autorità amministrative per la tutela della salute ai tempi del Coronavirus.
di Giulia Papa **Pag. 43**

PARTE II – DIRITTO CIVILE

Il trattamento dati nell'era del covid-19. la "law enforcement directive" tra prevenzione del crimine e repressione del contagio.
di Alessia Palladino **Pag. 65**

Il problema della frequentazione dei figli da parte del genitore non collocatario durante l'emergenza sanitaria da covid-19.
di Giorgio Potenza **Pag. 80**

Coronavirus e contratto: il contratto modificativo come strumento di conservazione del rapporto
di Emanuela Morotti **Pag. 104**

PARTE III – DIRITTO PENALE

La malattia in carcere tra tutela dei diritti fondamentali e messa alla prova dei nuovi provvedimenti a fronte dell'emergenza Covid-19.
di Margherita Gallo **Pag. 114**

I principi di legalità, offensività e riserva giurisdizionale alla prova del diritto penale della pandemia.
di Simone Petralia **Pag. 142**

La configurabilità del reato di manovre speculative su merci (art. 501 bis c.p.) in relazione all'emergenza covid-19.
di Stefano Terlizzi **Pag. 170**

PARTE IV – FOCUS SPECIALE COVID-19

Emergenza coronavirus: un'epidemia di provvedimenti il potere ordinario.
di Donato Forastiere

Pag. 183

La rilevanza gius-pubblicistica del concetto di emergenza tra democrazia protetta e decretazione d'urgenza.
di Alessandro Fricano

Pag. 195

La libertà religiosa alla prova dell'emergenza sanitaria prodotta dal virus sars-cov-2.
di Alessandro Palma

Pag. 207

Responsabilità sanitaria e contratti in corso ai tempi del Covid-19: quali effetti?
di Gennaro Dezio

Pag. 225

Il potenziamento dello smart working nelle p.a. durante l'emergenza COVID-19: il cambiamento della cultura organizzativa passa di qui?
di Gianluca Lo Mele Buonamico

Pag. 240

Contact tracing e la linea di equilibrio tra il diritto alla salute e il diritto alla tutela dei dati personali.
di Carlo Giordano

Pag. 253

I limiti dell'unione europea al contrasto dell'emergenza sanitaria da covid-19 (coronavirus).
di Gianluca Trenta

Pag. 271

Coronavirus e 5G: quando la tecnologia è al servizio della sicurezza.
di Wanda Nocerino

Pag. 281

Consip e centrali regionali di committenza: gli approvvigionamenti sanitari ai tempi del coronavirus.

di **Cristiana IANNITTI***

SOMMARIO. **1.** Premessa. **2.** Brevi cenni sulla disciplina codicistica in tema di centralizzazione degli acquisti di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni. **3.** La normativa esterna al Codice dei contratti pubblici, con particolare riferimento alle principali disposizioni di legge, che sanciscono in capo alle P.p.A.a. l'obbligo di ricorso alle centrali di committenza. **4.** Il ruolo delle centrali di committenza in sanità e il rapporto tra Consip s.p.a. e gli altri soggetti aggregatori, costituiti a livello regionale.

ABSTRACT. *On 31st January 2020, the World Health Organization (WHO) declared a global health emergency as the coronavirus outbreak spread well beyond China. In particular, our government has announced the state of emergency with the Council of Ministers deliberation of 31 January 2020 and, from then on, has adopted a series of measures to strengthen our National Health System (NHS). For this purpose, specific functions have been conferred on Consip s.p.a., who has to provide determined health goods to the NHS bodies, that, according to the law, are primarily supplied by regional centralized structures. So, the aim of this work, starting from a brief analysis of centralized public procurement, is to investigate the potential relationship between Consip s.p.a. and the regional centralized structures in order to coordinate the purchasing of health goods in the public sector.*

1. Premessa

Il 31 gennaio scorso, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (da ora in poi, O.M.S.) ha dichiarato l'epidemia di Coronavirus in Cina emergenza internazionale di salute pubblica. Alla proclamazione richiamata¹, hanno fatto seguito specifici

* Collaboratore della XVIII legislatura presso Senato della Repubblica; in precedenza stage presso Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.) e Nucleo di valutazione e verifica degli investimenti pubblici (NuVal) del Ministero dell'interno; dottore nel Master interuniversitario di II livello in diritto amministrativo (M.I.D.A.), laureata magistrale con lode in Scienze delle Pubbliche Amministrazioni.

¹ Cui ha fatto seguito, a causa della velocità e dimensione dei contagi, la proclamazione dello stato di
di pandemia, v.

interventi, adottati dai governi nazionali, per far fronte alle drammatiche conseguenze innescate da una crisi diffusa, che ha investito gli assetti sanitari, economici, sociali e politici del mondo intero.

In particolare, per ciò che riguarda il nostro Paese, con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, il Governo ha proclamato lo stato di emergenza, per una durata complessiva di sei mesi (decorrenti dalla data del provvedimento citato), in ragione del rischio sanitario alla pubblica e privata incolumità, connesso alla velocità e alla dimensione dei contagi da Covid-19². Infatti, una virulenza di simile entità ha richiesto, fin da subito, l'implementazione di precise misure di supporto alle attività del Servizio Sanitario Nazionale (da ora in poi, SSN), soprattutto attraverso il potenziamento delle relative strutture, anche mediante approvvigionamento di ogni bene strumentale, utile a garantirne il corretto ed efficace funzionamento. In tal senso, come meglio si dirà *infra*, l'esecutivo, ponendo in essere determinati interventi, ha investito delle funzioni di "soggetto attuatore" delle attività di acquisto dei predetti beni Consip s.p.a, provocando, tuttavia, una serie di polemiche, balzate agli onori della cronaca nelle passate settimane. In specie, le Regioni, lamentando il ritardo nella consegna dei ventilatori, ordinati dal soggetto menzionato, hanno rivendicato la propria competenza a procedere in autonomia, mediante ricorso a proprie centrali regionali di committenza. Si tratta, a ben vedere, di una questione seria e di primaria importanza, con evidenti ricadute sul piano della effettiva tenuta del SSN e sulla capacità delle strutture ospedaliere di rispondere prontamente ed adeguatamente alla richiesta di cure mediche.

Ai fini di una migliore comprensione della materia, occorre, pertanto, illustrare, in via preliminare, i tratti salienti della disciplina in tema di centralizzazione delle committenze pubbliche ed esaminarne i successivi sviluppi all'interno del mercato delle commesse sanitarie, concludendo, infine, con l'analisi dei rapporti intercorrenti tra i soggetti aggregatori³, ivi coinvolti in relazione ai rispettivi ambiti territoriali di competenza (Consip s.p.a. e centrali di committenza regionali).

<http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioContenutiNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&id=5338&area=nuovoCoronavirus&menu=vuoto>.

² Pubblicata in G.U. Serie Generale n. 26 del 1-02-2020, v. https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2020-02-01&atto.codiceRedazionale=20A00737&elenco30giorni=false.

³ Sulla nozione di "soggetto aggregatore, di cui *infra*, v. art. 9, comma 1, del d.l. n. 66/2014, convertito in l. n. 89/2014.

2. Brevi cenni sulla disciplina codicistica in tema di centralizzazione degli acquisti di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni

In particolare, riguardo al sistema di approvvigionamento delle pubbliche amministrazioni (da ora in poi, P.p.A.a.), si evidenzia un quadro alquanto variegato e complesso, in ragione dell'esistenza di differenti meccanismi di acquisto e di diversi strumenti giuridici, a ciò predisposti. Invero, se, da un lato, le P.p.A.a. possono gestire in via autonoma e diretta le proprie commesse, dall'altro, al ricorrere di date condizioni, sono obbligate ad approvvigionarsi mediante centrali di committenza⁴, come più avanti sarà precisato. Infatti, la centralizzazione delle committenze persegue, tra l'altro, lo scopo di rafforzare la professionalità delle commesse pubbliche, razionalizzandone i costi, proprio attraverso l'aggregazione della domanda di beni e servizi e il conseguente incremento del potere contrattuale dell'amministrazione⁵.

In dottrina, gli acquisti delle P.p.A.a. sono generalmente ricondotti al più ampio fenomeno dell'esternalizzazione di attività strumentali⁶, ravvisabile in Italia già nell'ultima parte dell'Ottocento, allorquando, presso il Ministero dell'agricoltura, industria e commercio (in seguito, Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, MIPAAF), fu istituito un Economato generale, deputato alla gestione e regolamentazione degli acquisti di beni e servizi dell'apparato statale⁷. Nella seconda metà degli anni Novanta, anche su scorta di una tendenza diffusa nei Paesi europei, il Legislatore nazionale dispose, in prima battuta, l'obbligo per le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato di approvvigionarsi, mediante ricorso alle convenzioni stipulate dal Ministero del tesoro, del bilancio e della

⁴ V., *ex plurimis*, art. 1, comma 450, della l. n. 296/2006, come modificato dalla l. n. 145/2018; artt. 36 e 37 del d.lgs. n. 50/2016, come modificati dal d.l. n. 32/2019, convertito in l. n. 55/2019.

⁵ Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale dei contratti pubblici. Principi e applicazioni*, Dike Editrice, 2020; P. GRAUSO, *Gli acquisti di beni e servizi in sanità-le centrali di committenza*, 2019, in www.giustiziamministrativa.it; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. n. 56/2017*, Zanichelli, Bologna, 2017; E. SANTORO, P. SANTORO, *Nuovo manuale dei contratti pubblici*, Maggioli Editore, Rimini, 2011; M. CORRADINO, D. GALLI, D. GENTILE, M. C. LENOCI, C. MALINCONICO, *I contratti pubblici*, Ipsoa, 2017.

⁶ A titolo meramente esemplificativo, non esaustivo, v. anche G. NAPOLITANO, *La pubblica amministrazione e le regole dell'esternalizzazione*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 4, 2006, 663 ss.; G. VETRITTO, *L'esternalizzazione strategica nelle amministrazioni pubbliche*, Roma, Rubbettino, 2006; L. FIORENTINO, B.G. MATTARELLA, *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative*, Rimini, Maggioli, 2007.

⁷ All'Economato generale sono poi succedute le Ragionerie centrali nei singoli ministeri, negli anni Venti divenute Uffici delle finanze, posti alle dipendenze della Ragioneria generale. Nello stesso periodo, fu istituito il Provveditorato generale, al quale furono conferite, tra l'altro, le attribuzioni dell'economato Generale. Per un maggiore approfondimento, v. anche regio decreto 17 febbraio 1870, n. 5503; regio decreto 18 gennaio, n. 94; regio decreto 28 gennaio 1923, n. 126; d.P.R. 12 giugno 1985, n. 478.

programmazione economica (in seguito, Ministero dell'economia e finanze, MEF)⁸. Perciò, con d.m. 24 febbraio 2000⁹, furono attribuite alla Concessionaria servizi informatici pubblici – Consip S.p.a., società a totale partecipazione pubblica, specifiche funzioni in materia gestione degli acquisti di beni e servizi per conto delle P.p.A.a.

Nel frattempo, con le direttive nn. 17 e 18 del 2004, allo scopo di promuovere la concorrenza e l'efficacia delle commesse pubbliche, il Legislatore europeo dettò, per la prima volta, una disciplina comune del fenomeno, definendo l'istituto della centrale di committenza come quella autorità aggiudicatrice, "(...) che acquista forniture e/o servizi, destinati ad enti aggiudicatori o aggiudica a appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi, destinati a enti aggiudicatori (...)"¹⁰. Pertanto, in ottemperanza al modello delineato in ambito sovranazionale, con il d.l.gs. n. 163/2006 (cd. Codice dei contratti pubblici) fu inizialmente disposto il ricorso facoltativo, da parte di amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori, alle centrali di committenza, nella duplice veste di centrali di acquisto e stazioni appaltanti. Fu negli anni successivi che, in ragione degli effetti negativi, indotti dalla crisi finanziaria del 2007, il Legislatore nazionale, in sede di decretazione d'urgenza, ne prescrisse l'obbligatorietà, seppur limitatamente ai Comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti¹¹.

Peraltro, malgrado le finalità concorrenziali che ne avevano ispirato l'istituzione, in punto di applicazione, la centralizzazione ha dimostrato di precludere

⁸ Cfr. art. 26 della legge n. 488/1999. In virtù degli interventi legislativi successivi, il testo vigente della disposizione richiamata, come in ultimo modificato dall'art. 1, comma 4, del d.l. n. 168/2004, convertito in l. n. 191/2004, prevede che le P.p.A.A. "(...) possono ricorrere alle convenzioni stipulate (...)".

⁹ Diversi provvedimenti legislativi hanno successivamente inciso sulle funzioni di Consip s.p.a., istituita nel 1997. Tra questi, a titolo esemplificativo, figurano anche: l. n. 388/2000; l. n. 448/2001; l. n. 289/2002; d.l. n. 143/2003, convertito in l. n. 212/2003; l.n. 326/2003; l. n. 350/2003; l. n. 191/2004; d.lgs. n. 163/2006; l. n. 296/2006; d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008; d.l. n. 95/2012, convertito in l. n. 94/2012; d.l. n. 66/2014, convertito in l. n. 89/2014; l. n. 208/2015, d.lgs. n. 50/2016, d.lgs. n. 56/2017; d.l. n. 32/2019, convertito in l.n. 55/2019; d.l. n. 14/2020.

¹⁰ Art. 1 par. 8 direttiva n. 17/2004; art. 1 par. 10 direttiva n. 18/2004.

¹¹ In tal senso, l'art. 33, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163/2006, come modificato dal d.l. n. 201/2011, convertito in l. n. 214/2011, disponeva per i predetti enti il ricorso obbligatorio, nell'ambito delle unioni di Comuni, alle centrali di committenza, qualora costituite, ovvero, in mancanza, a specifici accordi consortili tra i Comuni medesimi. L'articolo richiamato è stato successivamente modificato dal d.l. n. 95/2012, convertito in l. n. 135/2012; dalla l. n. 147/2013; dal d.l. n. 66/2014, convertito in l. n. 89/2014. Per un'analisi esaustiva dell'argomento v. P. GRAUSO, *Gli acquisti di beni e servizi in sanità-le centrali di committenza*, cit.

fortemente la partecipazione delle piccole e medie imprese (da ora in poi, P.M.I.) alle procedure di affidamento pubblico¹².

Anche per questo motivo, il Legislatore europeo si è affrettato a intervenire con le nuove Direttive in materia di appalti pubblici e concessioni¹³, a cui si è provveduto a dare attuazione con l. n. 11/2016, che ha dettato, tra l'altro, i criteri di esercizio della delega legislativa. In particolare, per quel che riguarda gli acquisti centralizzati, l'art. 1, co. 1, lett. cc) e dd), della legge richiamata dispone altresì la revisione generale delle procedure utilizzabili da Consip S.p.a., dai soggetti aggregatori e dalle centrali di committenza; la promozione di un sistema di reti, per favorire la partecipazione delle P.M.I.; il perseguimento di adeguate forme di centralizzazione della committenza; la riduzione del numero delle stazioni appaltanti¹⁴. In recepimento della delega, il d.lgs. n. 50/2016 (cd. Codice dei contratti pubblici, da ora in poi, Codice) delinea un sistema complessivo, nel quale, alle specifiche previsioni in tema di raccordo tra gli obblighi di ricorso alle centrali di committenza e il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti¹⁵, se ne aggiungono altre sull'approvvigionamento di beni e servizi da parte delle stazioni appaltanti, prive della necessaria qualificazione¹⁶. Inoltre, il Codice in esame reca un'apposita disposizione, nella quale sono enunciate le "Definizioni"¹⁷ dei diversi istituti e nozioni richiamati nel codice, tra cui:

- "(...) centrale di committenza, un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie (...)"¹⁸;
- "(...) attività di centralizzazione delle committenze, le attività svolte su base permanente riguardanti l'acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni

¹² Comunicazione della Commissione del 25 giugno 2008, COM (2008) 394 def., *Una corsia preferenziale per la piccola impresa*, riesaminata con la successiva Comunicazione del 23 febbraio 2011, COM (2011) 78 def; "Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici", documento di lavoro dei Servizi della Commissione del 25 giugno 2008, SEC (2008) 2193.

¹³ Cfr. Direttive nn. 23/2014, 24/2014, 25/2014.

¹⁴ Cfr. art. 1, comma 1, lett. cc) e dd), della l. n. 11/2016.

¹⁵ Cfr. artt. 37 e 38 del d. lgs. n. 50/2016.

¹⁶ Infatti, le stazioni appaltanti, prive della necessaria qualificazione, sono tenute a procedere, mediante ricorso alle centrali di committenza ovvero a mezzo aggregazione con una o più stazioni appaltanti, dotate della necessaria qualificazione. Cfr art. 37 del d.lgs. n. 50/2016.

¹⁷ Cfr. art. 3 del d.lgs. n. 50/2016.

¹⁸ Cfr. art. 1, comma 1, lett. i), del d.lgs. n. 50/2016.

appaltanti e l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro per lavori, forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti (...)"¹⁹;

- "(...) soggetti aggregatori, le centrali di committenza iscritte nell'elenco istituito ai sensi dell'articolo 9, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89 (...)"²⁰. In detto elenco, come previsto nella Delibera ANAC del 17 gennaio 2018, n. 31²¹, per ciò che qui rileva, figurano Consip s.p.a e le centrali regionali di committenza.

Per ciò che attiene invece all'accesso delle P.M.I. alle procedure di affidamento, relativamente ai settori ordinari e speciali, il d.lgs. n. 50/2016 dispone che "(...) le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali (...) ovvero in lotti prestazionali (...), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture (...)"²², prevedendo, altresì, un onere motivazionale in capo all'amministrazione procedente, in caso di mancata suddivisione.

Da ultimo, il d.l. n. 32/2019, convertito in l. n. 55/2019, ha introdotto una serie di rilevanti innovazioni al Codice, nell'ottica della semplificazione del quadro normativo connesso agli affidamenti pubblici. In particolare, per ciò che qui rileva, interessa la sospensione, di cui all'art. 37 del Codice in esame, il quale prevede l'obbligo per i Comuni non capoluogo di provincia di avvalersi di centrali di committenza ovvero di altre amministrazioni qualificate per lo svolgimento delle procedure di importo superiore alla soglia comunitaria. In tal senso, gli enti in questione, al pari delle stazioni appaltanti di maggiore dimensione, potranno ora bandire gare pubbliche di qualunque importo, in totale autonomia, indipendentemente dalla presenza di uffici interni, competenti nella progettazione, affidamento ed esecuzione di procedure complesse.

3. La normativa esterna al Codice dei contratti pubblici, con particolare riferimento alle principali disposizioni di legge, che sanciscono in capo alle P.p.A.a. l'obbligo di ricorso alle centrali di committenza

Venendo, dunque, all'esame della normativa esterna al Codice, ai fini di una migliore comprensione dell'istituto della centralizzazione degli acquisti, giova rilevare che la relativa disciplina, certo ispirata dalla necessità di migliorare l'efficienza e l'efficacia delle commesse pubbliche, ha risentito nel tempo delle pressanti esigenze di contenimento della spesa pubblica e di contrasto alla

¹⁹ Cfr. art. 1, comma 1, lett. l), del d.lgs. n. 50/2016.

²⁰ Cfr. art. 1, comma 1, lett. n), del d.lgs. n. 50/2016.

²¹ Cfr. https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=0ea964730a77804274288fb

²² Cfr. art. 51 del d.lgs. n. 50/2016.

corruzione e all'evasione fiscale, dando luogo a una congerie normativa intricata e oscura, che ha limitato fortemente gli spazi discrezionali, rimessi alle stazioni appaltanti. Più in generale, ponendo lo sguardo al complessivo sistema di regole in materia di appalti pubblici, è riscontrabile una certa diffidenza e sfiducia nei riguardi delle P.p.A.a., al punto da ancorarne la tutela del corretto funzionamento alla standardizzazione dei processi e alla minuziosa definizione di iter di spesa rigidi e generalizzati²³.

Tralasciando l'esame delle suesposte considerazioni, poichè irrilevante ai fini della trattazione in oggetto, per ciò che riguarda la normativa esterna al Codice, le principali disposizioni di legge, che sanciscono in capo alle P.p.A.a. il ricorso obbligatorio alle centrali di committenza, sono quelle, di seguito indicate.

Innanzitutto, viene in rilievo l'art. 1 della legge n. 296/2006, in virtù del quale:

- "(...) tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e le istituzioni universitarie, nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro. Le restanti amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, nonché le autorità indipendenti, possono ricorrere alle convenzioni di cui al presente comma e al comma 456 del presente articolo, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti. Gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip S.p.A (...)"²⁴;

- "(...) le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n.

²³ Sul punto, v. anche L. DONATO, *Le prospettive di riforma del mercato degli appalti pubblici. Semplificazione e ricerca della qualità*, intervento in *Re Italy Conventions Day 2019*, 4-5 giugno 2019, Milano, in https://www.bancaditalia.it/publicazioni/interventi-vari/int-var-2019/Donato_RE_05062019.pdf.

²⁴ Cfr. art. 1, comma 449, della l. n. 296/2006.

207. Fermi restando gli obblighi e le facoltà previsti al comma 449 del presente articolo, le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché le autorità indipendenti, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure (...)»²⁵;

- "(...) ai fini del contenimento e della razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi, le regioni possono costituire centrali di acquisto anche unitamente ad altre regioni, che operano quali centrali di committenza ai sensi dell'articolo 33 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in favore delle amministrazioni ed enti regionali, degli enti locali, degli enti del Servizio sanitario nazionale e delle altre pubbliche amministrazioni aventi sede nel medesimo territorio (...)»²⁶. Inoltre, in relazione ai rispettivi ambiti territoriali di competenza, le predette centrali stipulano le convenzioni, di cui all'articolo 26, comma 1, della l. n. 488/1999, e, unitamente a Consip Spa "(...) costituiscono un sistema a rete, perseguendo l'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e realizzando sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi (...)»²⁷.

Peraltro, nell'ottica del contrasto alla corruzione, con l. n. 136/2010 si è provveduto a disciplinare l'istituzione, in ambito regionale, di una o più stazioni uniche appaltanti (SUA)²⁸. Come previsto dal d.P.C.M. 30 giugno 2011, le SUA assumono la veste giuridica di centrali di committenza, procedendo, per conto degli enti aderenti e limitatamente all'ambito territoriale di competenza (regionale, provinciale ed interprovinciale, comunale ed intercomunale), all'aggiudicazione di contratti pubblici per la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi e l'acquisizione di forniture.

Successivamente, nel corso della XVI legislatura, con d.l. n. 95/2012, convertito in l. n. 135/2012, il Governo Monti è intervenuto, allo scopo di ridurre la spesa per consumi intermedi della pubblica amministrazione, mediante definizione di

²⁵ Cfr. art. 1, comma 450, della l. n. 296/2006.

²⁶ Cfr. art. 1, comma 455, della l. n. 296/2006.

²⁷ Cfr. art. 1, comma 456 e comma 457, della l. n. 296/2006.

²⁸ Cfr. art. 13 della l. n. 136/2010.

limiti alle diverse tipologie di spesa e determinazione di misure volte ad incrementare i processi di **centralizzazione** e **razionalizzazione** degli acquisti di beni e servizi delle P.p.A.a. In particolare, l'art. 1 del suddetto decreto, dispone che:

- "(...) i contratti stipulati in violazione dell'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 ed i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa. (...) Le centrali di acquisto regionali, pur tenendo conto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A., non sono soggette all'applicazione dell'articolo 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488. La disposizione del primo periodo del presente comma non si applica alle Amministrazioni dello Stato quando il contratto sia stato stipulato ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A., ed a condizione che tra l'amministrazione interessata e l'impresa non siano insorte contestazioni sulla esecuzione di eventuali contratti stipulati in precedenza (...)²⁹;

- "(...) le amministrazioni pubbliche obbligate sulla base di specifica normativa ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 stipulate da Consip S.p.A. o dalle centrali di committenza regionali costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 possono procedere, qualora la convenzione non sia ancora disponibile e in caso di motivata urgenza, allo svolgimento di autonome procedure di acquisto dirette alla stipula di contratti aventi durata e misura strettamente necessaria e sottoposti a condizione risolutiva nel caso di disponibilità della detta convenzione (...)"³⁰;

- "(...) fermo restando quanto previsto all'articolo 1, commi 449 e 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e all'articolo 2, comma 574, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, (...) le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, a totale partecipazione pubblica diretta o indiretta, relativamente alle seguenti categorie merceologiche: energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia

²⁹ Cfr. art. 1, comma 1, del d.l. n. 95/2012, convertito il l. n. 135/2012.

³⁰ Cfr. art. 1, comma 3, del d.l. n. 95/2012, convertito il l. n. 135/2012.

fissa e telefonia mobile, ((autoveicoli di cui all'articolo 54, comma 1, lettere a), b), ad eccezione degli autoveicoli per il servizio di linea per trasporto di persone, e c), del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, autoveicoli e motoveicoli per le Forze di polizia e autoveicoli blindati,)) sono tenute ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ovvero ad esperire proprie autonome procedure nel rispetto della normativa vigente, utilizzando i sistemi telematici di negoziazione messi a disposizione dai soggetti sopra indicati (...)³¹.

4. Il ruolo delle centrali di committenza in sanità e il rapporto tra Consip s.p.a. e gli altri soggetti aggregatori, costituiti a livello regionale

Per quel che invece riguarda più specificamente il settore sanitario, questa significativa porzione del mercato europeo assume dimensioni economiche di sicuro rilievo e incidenza sul bilancio pubblico³², al punto da richiederne una complessiva riorganizzazione, che ha interessato l'intero processo di approvvigionamento dei beni e servizi³³. Sul punto, l'acquisto di forniture sanitarie può avvenire attraverso due sistemi: decentrato e centralizzato. Il primo consente alle singole aziende di procedere in autonomia all'approvvigionamento dei beni meglio rispondenti alle specificità della struttura, malgrado comporti un aggravio di spesa, essenzialmente legato al minore potere contrattuale di cui dispone l'amministrazione precedente. Il secondo, invece, pur assicurando margini di risparmio maggiori, comporta l'inevitabile standardizzazione dei prodotti da acquistare.

Relativamente a quest'ultimo sistema, in via generale, l'art. 1, co. 449, della legge n.296/2006, dispone in capo agli enti del SSN l'obbligo di approvvigionamento a

³¹ Cfr. art. 1, comma 7, del d.l. n. 95/2012, convertito in l. n. 135/2012.

³² G.M. RACCA, *Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie*, in a cura di A. PIOGGIA, M DUGATO, G.M. RACCA, *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario, un primo bilancio*, Roma, Franco Angeli, 2008; G.M. RACCA, *La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza e accordi quadro*, in *Foro Amm.*, C.d.S., 2010, p. 1375 ss.

³³ E. Pintus, *Il procurement nelle aziende sanitarie*, in *ww.astrid.it*; K. SYRETTO, *Opening eyes to the reality of scarce health care resources?* in *Public Law*, 2006, p. 664; G.M. RACCA, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, p. 119 ss.; G.M. RACCA, G.L. ALBANOC, *Collaborative Public Procurement and Supply Chain in the EU experience*, in C. HARLAND, *Handbook of supply chain management*, Sage, 2013.

mezzo di apposite convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero attraverso convenzioni quadro stipulate da Consip S.p.A, qualora non siano operative convenzioni regionali. Alle Regioni è infatti riconosciuta la facoltà di costituire proprie centrali di committenza in favore delle amministrazioni ed enti regionali, degli enti locali, degli enti del SSN e di tutte le altre P.p.A.a., aventi sede nel medesimo territorio. Perciò, con qualche anno di anticipo rispetto alla consacrazione dell'istituto della centralizzazione nel d.lgs. n. 163/2006, le Regioni hanno provveduto a costituire propri soggetti con funzioni di aggregazione della spesa, adottando modelli organizzativi e operativi alquanto differenziati³⁴.

Inoltre, in aggiunta all'art. 1, co. 449, della l. n. 163/2006, già richiamato, l'art. 15 co. 13 lett. d) del d.l. n. 95/2012 prescrive che "(...) gli enti del servizio sanitario nazionale, ovvero, per essi, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, utilizzano, per l'acquisto di beni e servizi di importo pari o superiore a 1.000 euro relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP, gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa CONSIP, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. I contratti stipulati in violazione di quanto disposto dalla presente lettera sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa (...)"

Altresì, l'art. 9 co. 3 del d.l. n. 66/2014, rimette a successivi decreti attuativi la determinazione delle categorie di beni e di servizi, nonché le soglie di importo, al superamento delle quali il ricorso a Consip s.p.a. ovvero alle centrali di committenza regionali diviene obbligatorio³⁵. A tal proposito, in riferimento alle categorie merceologiche del settore sanitario, da individuarsi a mezzo dei decreti, di cui sopra, l'art. 1 co. 548 della legge n. 208/2015 impone agli enti del SSN l'obbligo di approvvigionamento, in via esclusiva, attraverso le centrali

³⁴ A titolo esemplificativo, non esaustivo, la Campania si avvale di So.Re.Sa., società a totale partecipazione regionale; la Toscana opera per il tramite di ESTAR; la Lombardia ricorre alla società *in house* ARCA S.p.a.; l'Emilia Romagna agisce attraverso l'agenzia regionale Intercenter. Sul tema, v. anche F. AMATUCCI, S. MELE, *I processi di acquisto di beni e servizi nelle aziende sanitarie*, Milano, Egea, 2011; L. MARRACCINI, *Le forniture sanitarie tramite centrali di committenza*, in *www.amministrativamente.it*; G. ROMEO, *Il contenimento della spesa nei servizi sanitari regionali: la razionalizzazione del sistema degli acquisti*, in *Le Regioni*, a. XXXVII, n. 3-4, giugno-agosto 2009.

³⁵ Al riguardo, con d.P.C.M. 11 luglio 2018, sono state individuate ben diciotto categorie merceologiche, relative a medicinali, dispositivi medici, apparecchiature sanitarie e servizi dedicati alle sole aziende sanitarie.

regionali di committenza di riferimento ovvero Consip s.p.a. Peraltro, qualora le centrali di committenza non siano disponibili ovvero non operative, i predetti enti sono tenuti a ricorrere alle " (...) centrali di committenza iscritte nell'elenco dei soggetti aggregatori, di cui all'articolo 9, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89 (...)"³⁶. La violazione delle prescrizioni, di cui sopra, costituisce illecito disciplinare ed è causa di responsabilità per danno erariale. Infine, qualora siano attive convenzioni stipulate da Consip s.p.a. ovvero dalle altre centrali di committenza regionali, le P.p.A.a., obbligate ad aderirvi, ivi inclusi gli enti del SSN, possono provvedere autonomamente, previa osservanza di apposita procedura, solo nel caso in cui il bene o il servizio, oggetto di convenzione, " (...) non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali (...)"³⁷.

Proprio relativamente alle disposizioni, che sanciscono l'obbligo per gli enti del SSN di avvalersi delle convenzioni stipulate dai soggetti aggregatori, la recente giurisprudenza amministrativa, di primo e secondo grado, si è espressa, con specifico riferimento ai rapporti intercorrenti tra Consip s.p.a. e le centrali regionali di committenza³⁸. In specie, dalla lettura combinata dell'art. 1, comma 449, ultimo periodo, della l. n. 296/2006 e dell'art. 1, comma 548 della l. n. 208/2015, emerge un complessivo quadro normativo, in virtù del quale:

"(...) - in via tendenziale, le gare per gli approvvigionamenti di interesse degli enti del SSN devono essere svolte dalle centrali di committenza regionali;

- in via sostanzialmente suppletiva (e all'evidente fine di prevenire il rischio di possibili carenze in approvvigionamenti di estremo interesse e rilevanza) è altresì possibile che la centrale di committenza nazionale attivi specifiche convenzioni-quadro;
- nell'ipotesi appena richiamata è da ritenere che l'intervento di sostanziale supplenza svolto da Consip non possa giungere ad alterare in modo definitivo il carattere evidentemente sussidiario di tale intervento, il quale per questa caratteristica avrà dunque valenza cedevole. Tale intervento, infatti (pur necessario nel perdurare dell'inadempimento da parte delle centrali di committenza regionali), perderà la sua ragion d'essere laddove le centrali

³⁶ Cfr. art. 1, comma 549, della l. n. 208/2015.

³⁷ Cfr. art. 1 comma 510 l. n. 208/2015.

³⁸ V., *ex plurimis*, T.A.R. Sardegna, sez. I, 19 dicembre 2018, n.1038; Cons. St., sez. VI, ord. 19 febbraio 2018, n. 1056; Cons. St., sez. III, 7 settembre 2015, n. 4133

regionali, ripristinando la fisiologica dinamica delineata dal legislatore, attivino i propri strumenti di acquisizione;

- ci si può domandare se, una volta attivato l'intervento suppletivo di Consip (e una volta rese operative le relative convenzioni-quadro), ciò impedisca alle centrali di committenza regionali di attivare a propria volta strumenti di centralizzazione degli acquisti aventi ad oggetto servizi identici o analoghi (...)»³⁹. Pertanto, l'attivazione del predetto meccanismo sostitutivo da parte di Consip s.p.a. non è idonea a precludere l'avvio di gare pubbliche da parte dei soggetti aggregatori, costituiti a livello regionale.

"(...) Infatti il dispositivo fissato dalla l. n. 296 del 2006 e poi dalla l. n. 208 del 2015 mira a sollecitare l'intervento fisiologico delle centrali di acquisto regionali e non a privarle stabilmente della potestà di attivarsi, sia pure tardivamente (...)»⁴⁰.

Ne deriva, quindi, che, a fronte di un disegno normativo, che contempla la contestuale attivazione di procedure di affidamento a livello centrale e regionale, l'indizione di gare pubbliche da parte di Consip s.p.a., specie se non aggiudicate definitivamente, non impedisce alle centrali regionali di committenza la facoltà di indirne proprie⁴¹. Sul punto, queste ultime, qualora bandiscano procedure di affidamento in concomitanza a quelle di Consip s.p.a., non sono tenute a motivare, poiché l'art.1, comma 449, della l. n. 296/2006 nulla dispone in merito a eventuali oneri delle centrali regionali di committenza di coordinarsi con Consip s.p.a., quanto all'indizione delle procedure di gara⁴². Infatti, malgrado la l. n. 296/2006 faccia riferimento a un "sistema a rete", con riguardo ai soggetti aggregatori menzionati, è evidente che la nozione richiamata

"(...) come modulo organizzativo, sotto il profilo ontologico non comporta quale unico criterio di coordinamento, la necessità che la centrale di committenza regionale, prima di indire nuove procedure per i fabbisogni delle Aziende sanitarie operanti nel proprio ambito territoriale, attenda l'esito della eventuale procedura CONSIP in corso di espletamento in ambito nazionale (...)»⁴³.

Venendo, infine, agli acquisti di beni e servizi sanitari nell'attuale contesto emergenziale e ai rapporti ivi intercorrenti tra Consip s.p.a. e le centrali regionali

³⁹ Cfr. Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5826.

⁴⁰ Cfr. Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5826.

⁴¹ Sul punto, peraltro, è bene sottolineare che una parte della giurisprudenza amministrativa ritiene l'obbligo di adesione alla convenzione regionale recessivo, qualora siano rinvenibili convenzioni statali, ritenute dall'amministrazione più convenienti in relazione al medesimo servizio o alla medesima fornitura. V. T.A.R. Piemonte, sez. I, 1 giugno 2012, n.634.

⁴² Cfr. Cons. St., sez. III, 28 giugno 2017, n. 3162.

⁴³ Cfr. Cons. St., sez. III, 28 giugno 2017, n. 3162.

di committenza coinvolte, occorre procedere preliminarmente alla disamina delle disposizioni sino ad ora varate in materia. Come, infatti, già affermato in premessa, alla proclamazione, da parte del Governo, dello stato di emergenza il 31 gennaio 2020, ha fatto seguito la definizione di precise misure di supporto alle attività del SSN, che hanno investito, tra l'altro, il processo di approvvigionamento dei beni e servizi sanitari.

In particolare, per quel che riguarda i provvedimenti adottati dal Capo del Dipartimento della Protezione Civile, con Ordinanza del 3 febbraio 2020, n. 630, si è provveduto a conferire al soggetto richiamato il potere di coordinamento degli interventi necessari a fronteggiare le criticità in atto. In tal senso, è previsto che il Capo Dipartimento si avvalga, tra l'altro, di "(...) soggetti attuatori, individuati anche tra gli enti pubblici economici e non economici e soggetti privati, che agiscono sulla base di specifiche direttive, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica (...) "⁴⁴. Inoltre, in vista della concreta attuazione degli interventi menzionati, è riconosciuta al Capo Dipartimento e agli eventuali soggetti attuatori la possibilità di derogare, previa motivazione, alle disposizioni di legge, tassativamente individuate all'art. 3 dell'Ordinanza in esame, nonché alle leggi e alle altre disposizioni regionali, strettamente connesse alle attività espletate.

Inoltre, l'Ordinanza del 25 febbraio 2020, n. 639, prescrive che il Dipartimento della protezione civile provveda all'acquisizione dei dispositivi di protezione individuali (da ora in poi, D.P.I.), riconoscendo a tal scopo priorità assoluta ai relativi ordini di acquisto, anche rispetto a quelli, "(...) già emessi (...) "⁴⁵. Peraltro, in virtù di successiva disposizione, il predetto Dipartimento procede altresì ad acquisire, con la medesima priorità, gli strumenti e i dispositivi di ventilazione invasivi e non invasivi⁴⁶.

Relativamente ai soggetti attuatori, di cui all'Ordinanza n.630/2020, con decreto del Capo Dipartimento della Protezione civile del 2 marzo 2020⁴⁷, il predetto ruolo è stato conferito a Consip s.p.a., che opera sulla base delle

⁴⁴ Cfr. art. 1 dell'Ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile del 3 febbraio 2020, n. 630.

⁴⁵ Cfr. art. 1 dell'Ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile del 25 febbraio 2020, n. 639.

⁴⁶ Cfr. art. 1 dell'Ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile del 28 febbraio 2020, n. 641.

⁴⁷ Per un maggiore approfondimento v. http://www.protezionecivile.gov.it/amministrazione-trasparente/provvedimenti/dettaglio/-/asset_publisher/default/content/decreto-del-capo-del-dipartimento-della-protezione-civile-del-2-marzo-2020-nomina-del-soggetto-attuatore-della-concessionaria-servizi-informativi-pubb..

specifiche direttive impartite dal Capo Dipartimento della Protezione civile, in raccordo con la relativa struttura amministrativa.

Per quel che invece riguarda i provvedimenti adottati dal Governo, in specie decreti-legge, è doveroso precisare che gli stessi saranno elencati in ordine cronologico, rendendo conto, perciò, dei successivi passaggi normativi, con particolare riferimento alla eventuale conversione in legge.

Innanzitutto, l'art. 34 del d.l. 2 marzo 2020, n. 9, ha autorizzato il Dipartimento della protezione civile e i soggetti attuatori, *rectius* Consip s.p.a., all'acquisizione dei D.P.I., nonché di altri dispositivi medicali, per tutto il periodo di durata dello stato di emergenza, di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 (sei mesi).

Successivamente con d.l. 9 marzo 2020, n. 14, al fine di incrementare la disponibilità dei dispositivi per il potenziamento dei reparti di terapia intensiva, il Dipartimento della protezione civile, per il tramite di Consip s.p.a., è stato autorizzato ad acquistare, cinquemila impianti di ventilazione assistita e i materiali indispensabili, ai fini del relativo funzionamento, anche in deroga ai limiti di cui all'articolo 163, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016⁴⁸.

Inoltre, con d.l. 17 marzo 2020, n. 18, l'esecutivo ha provveduto a istituire la figura del "Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID -19"⁴⁹ (da ora in poi Commissario), disciplinandone le funzioni e disponendo, in particolare, che detto soggetto:

"(...) attua e sovrintende a ogni intervento utile a fronteggiare l'emergenza sanitaria, organizzando, acquisendo e sostenendo la produzione di ogni genere di bene strumentale utile a contenere e contrastare l'emergenza stessa, o comunque necessario in relazione alle misure adottate per contrastarla, nonché programmando e organizzando ogni attività connessa, individuando e indirizzando il reperimento delle risorse umane e strumentali necessarie, individuando i fabbisogni, e procedendo all'acquisizione e alla distribuzione di farmaci, delle apparecchiature e dei dispositivi medici e di protezione individuale. Nell'esercizio di tali attività può avvalersi di soggetti attuatori e di società in house, nonché delle centrali di acquisto. Il Commissario, raccordandosi con le regioni, le province autonome e le aziende sanitarie e fermo restando quanto previsto dagli articoli 3 e 4 del presente decreto, provvede, inoltre al potenziamento della capienza delle strutture ospedaliere, anche mediante

⁴⁸ Cfr. art. 12 del d.l. n. 14/2020.

⁴⁹ Così rubricato l'art. 122 del d.l. n. 18/2020.

l'allocazione delle dotazioni infrastrutturali, con particolare riferimento ai reparti di terapia intensiva e sub-intensiva (...)⁵⁰.

Nell'arco di pochissime settimane, il Governo ha perciò provveduto alla definizione degli interventi emergenziali, mediante ricorso alla decretazione d'urgenza, la quale, ai sensi dell'art. 77 Cost., entro sessanta giorni dalla sua emanazione, necessita della conversione in legge, ai fini del consolidamento dei relativi effetti, pena la decadenza con efficacia *ex tunc*⁵¹. Atteso che la procedura, di cui alla disposizione costituzionale richiamata, compete all'organo titolare della funzione legislativa, in considerazione, altresì, della scadenza ravvicinata degli effetti dei decreti legge emanati, il Parlamento, con l. n. 27/2020, ha convertito il d.l. n. 18/2020, abrogando contestualmente i d.l. n. 9/2020, n.11/2020, n. 14/2020⁵², in base alle precisazioni, di cui alla nota n. 53. Per ciò che qui rileva, l'art. 34 del d.l. n. 9/2020 e l'art. 12 del d.l. n. 14/2020 sono rispettivamente confluiti negli artt. 5-*bis* e 5-*quinqües*, seppur con alcune modifiche. Infatti, l'art. 5-bis del d.l. n. 18/2020, convertito in l. n. 27/2020, autorizza anche il Commissario all'acquisizione dei D.P.I. e degli altri dispositivi medicali anche il Commissario. Mentre, relativamente all'art. 122, in tema di funzioni del soggetto menzionato, non si registrano sostanziali modifiche tra le due versioni, ante e post legge di conversione, eccezion fatta per alcune aggiunte al testo della disposizione di carattere meramente formale/grammaticale.

Come affermato in premessa, nelle passate settimane, si è accesa un'aspra polemica tra il Commissario e le Regioni, le quali, lamentando, tra l'altro i ritardi nella consegna dei D.P.I. e dei ventilatori (ordinati a livello centrale attraverso Consip s.p.a.), hanno rivendicato la competenza a procedere in autonomia all'acquisizione dei beni richiamati, a mezzo delle proprie centrali regionali di acquisto⁵³.

⁵⁰Ai fini di una ricognizione esaustiva dei compiti attribuiti al Commissario, v. art. 122 del d.l. n. 18/2020. Successivamente, in attuazione della disposizione richiamata, con Comunicato del Presidente del Consiglio dei Ministri, pubblicato in G.U. Serie Generale n. 73 del 20.03.2020, l'esecutivo ha provveduto alla designazione del soggetto attributario dei compiti di Commissario straordinario.

⁵¹ Fatti salvi gli effetti già prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti legge non convertiti.

⁵² Cfr. art. 1, comma 2, della l. n. 27/2020.

⁵³ V. anche <https://www.iltempo.it/politica/2020/03/27/news/coronavirus-protezione-civile-guerra-mascherine-regione-lombardia-commissario-domenico-arcuri-assessore-davide-caparini-1303455/>; https://www.tgcom24.mediaset.it/cronaca/i-ventilatori-non-arrivano-le-regioni-attaccano-arcuri-li-compriamo-da-soli_16630344-202002a.shtml;

Invero, se, da un lato, alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale, è ammessa la contestuale indizione a livello centrale e regionale di gare puliche con medesimo oggetto da parte dei soggetti aggregatori, dall'altro, nell'attuale contesto emergenziale, sono stati varati specifici provvedimenti, con i quali sono state conferite al Dipartimento della Protezione Civile, a Consip s.p.a. e al Commissario specifiche funzioni in ordine alla gestione dell'emergenza sanitaria. Peraltro, al precipuo scopo di efficientare il processo di approvvigionamento dei beni e servizi sanitari:

- è riconosciuta al Capo Dipartimento e a Consip s.p.a. la possibilità di derogare, previa motivazione, a disposizioni di legge, tassativamente individuate, nonché ad altre disposizioni di legge regionale, afferenti le materie di competenza⁵⁴;
- con riguardo agli ordini di acquisto, emessi dal Capo Dipartimento della Protezione Civile, in riferimento a determinati beni sanitari, è accordata priorità assoluta, anche rispetto a procedure già avviate da quest'ultimo. E' da chiarire, tuttavia, attesa la formulazione della disposizione, se questi ordini prevalgano anche su quelli emessi, in riferimento allo stesso oggetto, da soggetti diversi, come le centrali regionali di committenza⁵⁵;

In ragione di quanto sopra rappresentato, tenuto conto, inoltre, dell'attuale stato di criticità, anche in vista di un efficientamento dei processi di spesa pubblica, non sarebbe conveniente, seppur limitatamente a determinati beni e servizi, duplicare il mercato delle commesse sanitarie, mediante indizione di gare regionali parallele a quelle centrali, a cui è accordato per legge un percorso, per così dire, maggiormente semplificato. Peraltro, pur in difetto di apposite previsioni in merito a forme di raccordo tra Consip s.p.a. e centrali regionali di committenza, per ciò che riguarda gli acquisti sanitari in contesto emergenziale, nulla vieta il ricorso a meccanismi di buon senso e "buone pratiche", le quali, invero, già gioverebbero di una copertura provvedimentoale.

E', infatti, bene rammentare che il Dipartimento della Protezione Civile ha facoltà di avvalersi di "soggetti attuatori, individuati anche tra gli enti pubblici economici e non economici"⁵⁶. Perciò, lo stesso, ai fini di un migliore coordinamento delle attività di gestione dell'emergenza, oltre a Consip s.p.a., può essere coadiuvato

<https://www.ilfattoquotidiano.it/in-edicola/articoli/2020/03/27/video-rissa-fra-arcuri-e-tre-regioni-grazie-ma-facciamo-da-soli/5750660/>.

⁵⁴ Cfr. art. 3 dell'Ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile del 3 febbraio 2020, n. 630.

⁵⁵ Cfr. art. 1 dell'Ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile del 25 febbraio 2020, n. 639.

⁵⁶ Cfr. art. 1 dell'Ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile del 3 febbraio 2020, n. 630.

ulteriormente dalle centrali di committenza, istituite a livello regionale. Inoltre, al Commissario è riconosciuto un ruolo chiave nell'organizzazione e gestione dei processi di approvvigionamento dei beni e servizi sanitari, tra l'altro, "(...) individuando e indirizzando il reperimento delle risorse umane e strumentali necessarie, individuando i fabbisogni, e procedendo all'acquisizione e alla distribuzione di farmaci, delle apparecchiature e dei dispositivi medici e di protezione individuali(...)"⁵⁷ e provvedendo, anche in raccordo con le Regioni e le aziende sanitarie "(...) al potenziamento della capienza delle strutture ospedaliere, anche mediante l'allocazione delle dotazioni infrastrutturali, con particolare riferimento ai reparti di terapia intensiva e sub-intensiva (...)"⁵⁸. Proprio ai fini di un efficace espletamento delle attività ivi attribuite, è previsto che il Commissario possa avvalersi dei soggetti attuatori e delle centrali di acquisto.

Su scorta delle suesposte considerazioni e alla luce dei recenti avvenimenti, è opportuno che si proceda all'attivazione di un sistema di coordinamento nazionale, che, in luogo della duplicazione dei compiti, li ripartisca in maniera ordinata tra il livello centrale e quello regionale, per dare così concreta attuazione a quel "sistema a rete", definito nella l. n. 296/2006, e a quella leale cooperazione, l'unica in grado di trainarci fuori dall'emergenza.

⁵⁷ Cfr. art. 122, comma 1, del d.l. n. 18/2020, convertito in l. n. 27/2020.

⁵⁸ Cfr. art. 122, comma 1, del d.l. n. 18/2020, convertito in l. n. 27/2020.

La scuola pubblica italiana ai tempi del Covid-19. Un'opportunità da non perdere.

di Pierpaolo ARGANELLI*

SOMMARIO: **1.** Premessa **2.** I principi costituzionali alla base del diritto allo studio e alla libertà di scelta educativa. **3.** Storia, analisi e raffronto tra scuola statale e paritaria. **4.** Discriminazione e violazione della libertà di scelta degli individui relativamente alla scuola. Confronto con i sistemi scolastici: francese e spagnolo. **5.** Rivoluzione tecnologica e scuola. Analisi dell'impatto del Covid-19 sul sistema scolastico italiano, la sfida tecnologica affrontata dalla scuola pubblica anche qui con differenze. **6.** Possibili evoluzioni normative dovute alla digitalizzazione forzata della scuola italiana.

ABSTRACT: *In this pandemic period, all countries are fighting Covid-19. Many western European countries are enforcing laws to save different sectors from the post-pandemic economic crisis. Italy is doing the same. One of the sector majorly affected by Covid-19 has been the educational one. On the 5th of March all Italian schools suspended the traditional didactics, this create several issues, showing a difference of treatment between state schools and public private schools so called "paritarie" who affected families constitutional rights. This article will analyze the Italian education system focusing on how Covid-19 affected it. The work starts with an analysis of Italian Constitutional rights like freedom of education choice, right to education and right to have an educational pluralism. After that, it will focus on Italian law n.62/2000 and its role in the education system.*

In the second part of my work, the article will show how law issued by Italian Parliament with the intention to protect students' health, his/her access to education and to study achieve only partially its objective. In the process of saving the education right the law is discriminating some schools affecting negatively the right to education and the freedom of education choice of thousands of families. To give a better overview on Italian system, the article will compare shortly three different education systems system: Italian, French and Spanish, showing how ours needs some reforms to be similar to other European countries and to protect constitutional rights of minorities.

* Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

1. Premessa

Nel presente lavoro si è cercato, seppure senza pretesa di completezza, di analizzare l'effetto che il Covid-19 ha avuto sul sistema scolastico italiano. In particolare sui provvedimenti adottati dal Governo al fine di salvaguardare il diritto all'istruzione per milioni di studenti. La scelta del legislatore di sospendere la didattica tradizionale dal 5 Marzo 2020 fino alla fine dell'anno scolastico, seppur con un itinerario tortuoso¹, è stata ritenuta la scelta più opportuna al fine di tutelare la salute pubblica. I molteplici interventi del legislatore nazionale hanno avuto un diverso impatto sul sistema scolastico creando incertezza durante l'anno e sugli esami di fine ciclo.

La sostituzione della didattica in presenza con quella a distanza, (di seguito nell'articolo DAD) sotto vari profili che saranno analizzati, non ha garantito il diritto allo studio per tutti dal momento che la realizzazione dell'obiettivo normativo è stato variamente declinato, con scuole che hanno attivato le lezioni in DAD, altre che lo hanno fatto solo in parte e altre ancora che non lo hanno fatto.

Scuole statali e scuole paritarie non si sono differenziate per quanto riguarda tale offerta, mentre diversi sono stati e sono gli interventi a sostegno dell'una e dell'altra scuola pubblica introdotti in questa fase di pandemia, evidenziandone le differenti tutele presenti all'interno di un sistema scolastico unico ed integrato. In altri paesi europei queste differenze non si sono notate e per questo si è deciso di comparare brevemente tre sistemi scolastici: italiano, spagnolo e francese. Si è voluto infine individuare alcune possibili prospettive che consentano alle leggi vigenti di essere realmente attuate e contemporaneamente tutelare principi costituzionali come la libertà di scelta educativa, il pluralismo educativo ed il diritto all'istruzione per un sistema scolastico italiano che sia pluralistico ed inclusivo.

"Non si ha vera democrazia là dove l'accesso all'istruzione non è garantito in misura pari a tutti" (Piero Calamandrei).

¹ Sebbene non con un unico provvedimento ma con diversi provvedimenti emanati nel tempo. Vedi quanto stabilito all'art.1 lettere: d ed e del DPCM 04/Marzo/2020 di sospensione dal 05 al 15 Marzo 2020; all'art.1 lett.h ed i del DPCM 08/Marzo e l'art.1 lett. p e q del Decreto-Legge del 25 marzo 2020, n. 19 "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19" che hanno previsto la sospensione fino al 03 Aprile 2020 e successive modifiche. Ultimo l'art.1 lett.q del DPCM del 17 Maggio ha sospeso l'attività didattica in presenza fino alla chiusura dell'anno scolastico sancendo il completamento dello stesso tramite Didattica a distanza.

2. I principi costituzionali alla base del diritto allo studio e alla libertà di scelta educativa.

“Non può esserci diritto all’uguaglianza se non c’è diritto alla conoscenza, perché c’è la miseria materiale ma c’è anche la miseria dell’ignoranza, non meno pericolosa”².

Al fine di svolgere una corretta analisi della situazione attuale del sistema scolastico italiano è necessario tracciare un quadro normativo il più esaustivo possibile, tenendo sempre a mente che l’attuale questione scolastica ha radici profonde ed è il frutto di ideologie e filosofie che, come vedremo successivamente, solo apparentemente sono contrapposte.

La Carta costituzionale colloca il diritto all’istruzione nel Titolo II concernente i rapporti etico-sociali e già questo può essere considerata una prima indicazione dei Padri costituenti sul come interpretare gli articoli 30, 33 e 34.

L’art. 30 Cost. ci dice che è dovere e diritto dei genitori [...] istruire ed educare i figli [...]: è un dovere perché collegato strettamente al principio di sviluppo e tutela della personalità dell’individuo sancito nell’art. 2 Cost. ed alle altre leggi statali che prevedono l’obbligo scolastico fino ai 16 anni d’età; è altresì un diritto dal momento che i genitori hanno la libertà di scegliere quello che reputano essere il miglior percorso educativo ed istruttivo dei loro figli, sempre tenendo in considerazione le loro inclinazioni.

Il diritto di scelta educativa è presente, a livello internazionale, nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, all’art. 26³, nella Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo, all’art.2⁴, nella Convenzione contro la

² D. ANTISERI, *Più libertà per una scuola migliore*, Rubbettino, 2019

³ L’articolo 26 recita come segue: “1. Ogni individuo ha diritto all’istruzione. L’istruzione deve essere gratuita almeno per quanto riguarda le classi elementari e fondamentali. L’istruzione elementare deve essere obbligatoria. L’istruzione tecnica e professionale deve essere messa alla portata di tutti e l’istruzione superiore deve essere egualmente accessibile a tutti sulla base del merito. 2. L’istruzione deve essere indirizzata al pieno sviluppo della personalità umana ed al rafforzamento del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Essa deve promuovere la comprensione, la tolleranza, l’amicizia fra tutte le Nazioni, i gruppi razziali e religiosi, e deve favorire l’opera delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace. 3. I genitori hanno diritto di priorità nella scelta del genere di istruzione da impartire ai loro figli.” Come si può notare l’art.26 stabilisce anch’esso nel c.1 il diritto all’istruzione, ponendo un obbligo per tutti gli stati firmatari di prevedere l’obbligo per tutti i loro cittadini di completare almeno il ciclo di istruzione elementare o della scuola primaria. Il c.2 invece lega indissolubilmente il diritto all’istruzione e allo studio con lo sviluppo della personalità dell’individuo, come teorizzato successivamente nell’articolo, allo scopo di creare una società di individui equilibrati e volti al raggiungimento e mantenimento della pace. Il c.3 è quello che nella discussione in atto ci interessa maggiormente ponendo anch’esso la libertà di scelta educativa in capo ai genitori per i loro figli.

⁴ L’art.2 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo recita: “Il diritto all’istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell’esercizio delle funzioni che assume nel campo

discriminazione nell'educazione dell'Unesco, all'art.3⁵, e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art.14⁶.

Nella nostra Costituzione tale diritto è sancito nell'art.33 che al c.1 tutela la libertà d'insegnamento⁷, al c.2 prevede l'obbligo per la Repubblica di stabilire norme generali in materia di istruzione e di istituire scuole statali di ogni ordine e grado. Questo secondo comma deve inoltre essere letto in combinato disposto con l'art. 117 c.2 lett.n: "norme generali sull'istruzione" e con l'art. 117 c.2 lett.m "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale", entrambe competenze esclusive dello Stato, e con l'art.117 c.3 il quale, a seguito della riforma costituzionale del 2001, attribuisce una competenza concorrente Stato-Regioni in materia di "istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e formazione professionale"⁸.

Non è possibile nel presente lavoro soffermarsi sulle diverse proposte avanzate nell'ultimo biennio di differenziazione regionale delle competenze, comprese

dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche." Tale articolo pone in capo allo Stato il dovere di consentire a tutti l'accesso all'istruzione, lasciando liberi gli Stati di optare per le scelte che meglio credano per raggiungere l'obiettivo, e contemporaneamente ponendo l'obbligo di lasciare che i genitori possano provvedere autonomamente in base a quelle che sono i loro orientamenti religiosi e filosofici, c.d. libertà di scelta educativa.

⁵ L'art.3 recita: "Al fine di eliminare e di prevenire ogni forma di discriminazione ai sensi della presente Convenzione, gli Stati che vi partecipano si impegnano a: a) Abolire ogni disposizione legislativa e amministrativa e a far cessare ogni pratica amministrativa che comporterebbe una discriminazione nel campo dell'insegnamento; b) Prendere le misure necessarie, eventualmente per via legislativa, perché non venga praticata alcuna discriminazione nell'ammissione degli allievi negli istituti d'insegnamento; c) In quel che riguarda le spese scolari, l'attribuzione di borse di studio, e le facilitazioni e autorizzazioni che possono essere necessarie per proseguire gli studi all'estero, non ammettere alcuna differenza di trattamento tra nazionali da parte dei poteri pubblici, tranne quelle basate sul merito e sul bisogno; d) Nell'aiuto eventualmente fornito, sotto qualunque forma ciò avvenga, da parte delle autorità pubbliche alle istituzioni d'insegnamento, non ammettere alcuna preferenza né restrizione fondata esclusivamente sul fatto che gli allievi appartengano a un gruppo determinato; e) Accordare agli stranieri residenti sul loro territorio lo stesso accesso all'insegnamento che ai propri nazionali."

⁶ L'articolo 14 del Titolo Secondo – Le libertà sancisce il diritto all'istruzione come segue: " 1. Ogni persona ha diritto all'istruzione e all'accesso alla formazione professionale e continua. 2. Questo diritto comporta la facoltà di accedere gratuitamente all'istruzione obbligatoria." Ed al comma n.3 sancisce invece la libertà di scelta educativa recitando come segue: "la libertà di creare istituti di insegnamento nel rispetto dei principi democratici, così come il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche, sono rispettati secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio."

⁷ La libertà d'insegnamento sarà oggetto di discussione nei successivi paragrafi.

⁸ Per un approfondimento sull'impatto della riforma del titolo V sulla normativa scolastica si veda: C.Caciagli, *La materia dell'istruzione e i suoi interpreti: Stato, Regioni, Corte costituzionale*, consultabile al link: https://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/rivista_6_2006/caciagli.pdf

quelle dell'istruzione⁹. Il diritto allo studio, tuttavia, si potrebbe far risalire all'Art.34 commi 2 e 3 i quali sanciscono che lo Stato debba impegnarsi a garantire ai "capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, di raggiungere i gradi più alti degli studi" tramite "borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze attribuite per concorso". Al fine di completare il quadro costituzionale, ai principi appena esposti occorre aggiungere quanto previsto dai commi 3, 4 e 5 dell'art. 33. Il comma 3 dell'Art.33 Cost. sancisce infatti che "enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato". Su questo articolo della Carta si è aperto, in passato, un amplissimo dibattito¹⁰ sociale, dottrinale¹¹ e giurisprudenziale¹² in quanto alcuni ritenevano

⁹ Per un'analisi dettagliata in merito al regionalismo differenziato si rimanda ad autorevole dottrina, fra i molti: A. NAPOLITANO, *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata*, Federalismi, 2018. In ambito scolastico si veda anche A. Poggi, *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie regionali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2004, p. 234. M. NUTINI, R. PALLANTE, *La riforma Moratti e le autonomie scolastiche*, Maggioli, p. 65

¹⁰ Per un approfondimento storico si veda autorevole dottrina fra i molti: V. FALZONE, V. PALERMO, F. COSENTINO; *La Costituzione della Repubblica Italiana illustrata con i lavori preparatori*, Mondadori, Milano, 1976, p.119; E. Minnei, *Scuola Pubblica e scuola privata. Gli oneri per lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2003.

¹¹ La dottrina infatti si è a lungo confrontata sulla portata del limite, interpretandolo in maniera più o meno restrittiva in ragione della parte politica più vicina alle proprie idee, si veda in questo senso: A.SANDULLI, *il sistema nazionale*, p.330. Per una visione più restrittiva si veda: V.Crisafulli, *La scuola nella Costituzione*; G.BALLADORE-PALLIERI, *Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1965 p.352; P.Calamandrei, *Difendiamo la scuola democratica*, in *Scritti e discorsi politici*, vol.I, Sansoni, Firenze 1966 p.388; P.Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1987. Tutti i precedenti autori però hanno parlato di scuole meramente private. Diversa fu l'opinione relativamente alle scuole parificate, ora riconducibili a paritarie (vedremo poi le differenze), si veda: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976 p.1187; E.SPAGNA MUSSO, *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova 1992, p.343. Diversamente concordante si veda l'opinione di cui autori che sostengono l'idea del finanziamento pubblico ma solo in fase di funzionamento della scuola paritaria non in quella di avviamento: G.LOMBARDI, *La libertà della scuola nel quadro della Costituzione Italiana*, in *Rivista giuridica della scuola*, 1964 p.342; S.Bartole, R.Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova 2008,2, p.338; S.Cassese, A.Mura, *Artt.33-34*, in *Commentario della Costituzione*. Opinione ancora differente è quella di altri autori che pur contrari al contributo diretto all'istituto sono favorevoli ad un sostegno economico alle famiglie che scelgono la scuola paritaria in virtù del principio di libertà di scelta. L'ultima in termini cronologici è la prospettiva dottrinale che sostiene l'interpretazione della clausola "senza oneri" come mera specificazione dell'inesistenza di un diritto delle scuole private e paritarie di richiedere un finanziamento allo stato ma non un divieto allo stesso di emanare dei contributi a favore delle scuole. In tal senso si veda: M.BERTOLISSI, *Scuola privata e finanziamento pubblico: un problema da riconsiderare*, in *Diritto e società*, 1985, p.551; F.DONATI, *Pubblico e privato nel sistema di istruzione scolastica*, in *Le Regioni*, 1999,3,p.554; C.Marzuoli, *Istruzione e Stato sussidiario*, in *Diritto pubblico*, 2002, I, p.156.

¹² L'opinione espressa dalla Corte Costituzionale fino al 1990 è stata contraria ad ogni forma di finanziamento pubblico alle scuole private e paritarie in particolare ci si riferisce alle sentenze n.36/1982, n.668/1988. L'inversione di tendenza si ebbe nel 1994 con la sentenza n.454, per

che la parte "senza oneri per lo Stato" obbligasse lo Stato, le regioni e gli enti locali a non prevedere alcuna forma di aiuto e/o contributo diretto ed indiretto alle scuole non statali¹³. Le divergenze interpretative dell'Art.33 c.3 sono state parzialmente ricomposte dalla sentenza 298/2012 della Corte costituzionale. La Corte ha affermato che l'art.33 c.3 stabilisce il "principio pluralistico della libertà della scuola"¹⁴ e che tale principio garantisce e tutela l'accesso all'istruzione con la conseguenza che il contributo erogato va considerato come necessario per garantire la libertà di scelta del modello di educazione, assicurata ai genitori dal già richiamato art. 30 Cost.¹⁵. In altri termini, il contenuto è stato ritenuto essenziale, al fine di garantire l'accesso da parte dei cittadini ad un servizio pubblico essenziale ed al fine di promuovere l'uguaglianza sostanziale prevista all'art.3 Cost riformulando le opinioni restrittive espresse fino a quel momento¹⁶. Infatti, il modello costituzionale di istruzione costituisce uno strumento per rispettare il principio di uguaglianza sostanziale sancito dall'art.3 Cost. permettendo il migliore sviluppo della personalità di un individuo a prescindere dal suo stato sociale ed economico¹⁷.

3. Storia, analisi e raffronto tra scuola statale e paritaria.

approfondire vedi: Corte Costituzionale 30 dicembre 1994, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994 p.3936ss. Per un'analisi storico-evolutiva vedere: P.Cavana, *Buona scuola, diritto allo studio e parità scolastica nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2005, I, p.786.

¹³ Il limite dell'art.33 introdotto con l'emendamento Corbino, presentato nella seduta del 28 aprile 1947, mirava a comporre il disaccordo tra le forze cattoliche e l'area di sinistra. Sul punto si veda il parziale chiarimento da parte della Corte Costituzionale in materia di "finanziamenti regionali come aggiuntivi di quelli statali alle scuole paritarie" sent. n.34/2005 e quello definitivo con sent. N.298/2012.

¹⁴ Sentenza Corte Costituzionale n.298/2012

¹⁵ La corte ha affermato anche che: "la materia dei contributi alle scuole era stata, in effetti, delegata alle Regioni dall'art. 138, comma 1, lettera e), del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni e agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59) - il servizio dell'istruzione è «da sempre finanziato dallo Stato», cui in particolare compete il finanziamento delle funzioni sue proprie e la predisposizione di risorse atte a sostenere il sistema qualificato come «nazionale», che costituisce un servizio pubblico essenziale." Nel caso di specie il Veneto si ritrovava nella condizione per cui il 67% delle scuole dell'infanzia erano scuole paritarie e che esse gli consentivano un risparmio di circa 525 milioni di euro annui.

¹⁶ Si veda nota precedente.

¹⁷ Si veda sul ruolo del diritto all'istruzione ed allo studio per il rispetto dell'art.3 Cost autorevole dottrina: S. CASSESE, *La scuola: ideali costituenti e norme costituzionali*, cit., 3639, 3646 (il quale ricorda gli sforzi compiuti in seno alla Costituente per collegare l'istruzione al tema dell'eguaglianza sostanziale: p. 3649 ss.), A. MATTIONI, *Scuola privata e pubblica*, cit., 644 e, nel senso del diritto, con ulteriori indicazioni bibliografiche, A.M. Poggi, *Istruzione, formazione professionale e titolo quinto: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche*, in *Regioni*, 2002, 777.

Al fine di poter trattare i successivi argomenti è bene delineare l'evoluzione delle leggi ordinarie in materia di istruzione.

Innanzitutto, va evidenziato come pur essendo costituzionalmente prevista, la parità¹⁸ tra scuole statali e private della scuola sia stata sancita e disciplinata solo con la legge n.62 del 2000. La legge nel dettaglio sancisce all'art.1 : "Il sistema nazionale di istruzione, fermo restando quanto previsto dall'articolo 33, secondo comma, della Costituzione, è costituito dalle scuole statali e dalle scuole paritarie private e degli enti locali" fornendo una prima classificazione delle scuole. Il particolare più rilevante è che da un'interpretazione restrittiva potrebbe dedursi che tutte le scuole non statali e che non siano gestite da enti locali debbano essere paritarie e che quindi ci sia un obbligo a carico delle scuole

¹⁸ La legge prevede per il riconoscimento della parità i seguenti criteri sanciti dagli art.4,5 e 6: "a) un progetto educativo in armonia con i principi della Costituzione; un piano dell'offerta formativa conforme agli ordinamenti e alle disposizioni vigenti; attestazione della titolarità della gestione e la pubblicità dei bilanci; b) la disponibilità di locali, arredi e attrezzature didattiche propri del tipo di scuola e conformi alle norme vigenti; c) l'istituzione e il funzionamento degli organi collegiali improntati alla partecipazione democratica; d) l'iscrizione alla scuola per tutti gli studenti i cui genitori ne facciano richiesta, purché in possesso di un titolo di studio valido per l'iscrizione alla classe che essi intendono frequentare; e) l'applicazione delle norme vigenti in materia di inserimento di studenti con handicap o in condizioni di svantaggio; f) l'organica costituzione di corsi completi: non può essere riconosciuta la parità a singole classi, tranne che in fase di istituzione di nuovi corsi completi, ad iniziare dalla prima classe; g) personale docente fornito del titolo di abilitazione; h) contratti individuali di lavoro per personale dirigente e insegnante che rispettino i contratti collettivi nazionali di settore. Per quanto riguarda la lettera h il tema del contratto e compenso degli insegnanti sarà poi affrontato nei paragrafi successivi. L'art.4-bis specifica relativamente alla lett.g che: "Ai fini di cui al comma 4 il requisito del titolo di abilitazione deve essere conseguito, dal personale in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge presso le scuole secondarie che chiedono il riconoscimento, al termine dell'anno accademico in corso alla data di conclusione su tutto il territorio nazionale della prima procedura concorsuale per titoli ed esami che verrà indetta successivamente alla data sopraindicata. Per il personale docente in servizio alla medesima data nelle scuole materne che chiedono il riconoscimento si applica l'articolo 334 del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, approvato con decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297." Il problema dell'abilitazione non sarà affrontato nel dettaglio ma è importante sottolineare come anche su questo punto ci sia una forma di discriminazione sostanziale tra insegnanti che verrà poi affrontata successivamente. L'art. 5. Invece stabilisce che: "Le istituzioni di cui ai commi 2 e 3 sono soggette alla valutazione dei processi e degli esiti da parte del sistema nazionale di valutazione secondo gli standard stabiliti dagli ordinamenti vigenti. Tali istituzioni, in misura non superiore a un quarto delle prestazioni complessive, possono avvalersi di prestazioni volontarie di personale docente purché fornito di relativi titoli scientifici e professionali ovvero ricorrere anche a contratti di prestazione d'opera di personale fornito dei necessari requisiti." Questo articolo è fondamentale perché permette alle scuole paritarie di continuare a vivere nell'attesa che lo Stato emani i concorsi di abilitazione degli insegnanti che in media escono ogni 4 anni. L'art.6 sancisce invece che: "Il Ministero della pubblica istruzione accerta l'originario possesso e la permanenza dei requisiti per il riconoscimento della parità."

meramente private di ottenere la parità per poter svolgere il servizio scolastico pubblico¹⁹. Per quanto concerne la definizione di scuola paritaria fornita nell'articolo 2 di tale legge bisogna ricordare che in Italia, a differenza di molti altri Stati europei, vige ancora il valore legale del titolo di studio. Per tale motivo è stato quindi necessario che la legge n.62/2000 stabilisse anche che "le scuole paritarie sono abilitate a rilasciare titoli di studio aventi lo stesso valore legale di quelli delle corrispondenti scuole statali".

Le scuole paritarie, inoltre, ai sensi dell'art.8: "hanno piena libertà per quanto concerne l'orientamento culturale e l'indirizzo pedagogico-didattico ed usufruiscono di un più favorevole trattamento fiscale se non hanno fini di lucro". Ed ultimo, non meno importante oggetto di dibattito, l'art. 9 della legge 62/2000 prevede: "al fine di rendere effettivo il diritto allo studio e all'istruzione a tutti gli alunni delle scuole statali e paritarie nell'adempimento dell'obbligo scolastico e nella successiva frequenza della scuola secondaria [...] lo Stato adotta un piano straordinario di finanziamento alle regioni e alle province autonome di Trento e di Bolzano da utilizzare a sostegno della spesa sostenuta e documentata dalle famiglie per l'istruzione mediante l'assegnazione di borse di studio di pari importo eventualmente differenziate per ordine e grado di istruzione [...]". Questo articolo negli anni è rimasto nei fatti lettera morta per quanto riguarda la scuola secondaria. Infatti, se il contributo dello Stato erogato tramite le Regioni è sempre arrivato alle famiglie della scuola paritaria primaria non lo è stato per i genitori di iscritti alla secondaria sia di primo che di secondo grado. A ciò deve aggiungersi che tale contributo dipende fondamentalmente dalle scelte politiche del governo regionale con la conseguenza che il trattamento riservato alle scuole paritarie varia in base alla Regione dove tali scuole svolgono il loro servizio pubblico. Questa differenza di trattamento lede però sia i diritti delle famiglie sia quelli delle scuole paritarie. La legge n. 27 del 2006 riconduce tutte le scuole, previste dalla legge n.62/2000, a: scuole pubbliche, suddivise in statali e paritarie, e scuole private²⁰. Questa suddivisione e la normativa che la sostiene,

¹⁹ Per pubblico si vuole intendere un servizio pubblico essenziale. Infatti come già detto la scuola pubblica si divide in statale e paritaria.

²⁰ Le scuole non paritarie vengono definite come quelle che svolgono un'attività organizzata di insegnamento e che presentano le seguenti condizioni di funzionamento: 1. un progetto educativo e relativa offerta formativa, conformi ai principi della Costituzione e all'ordinamento scolastico italiano, finalizzati agli obiettivi generali e specifici di apprendimento correlati al conseguimento di titoli di studio; 2. la disponibilità di locali, arredi e attrezzature conformi alle norme vigenti in materia di igiene e sicurezza dei locali scolastici, e adeguati alla funzione, in relazione al numero degli studenti; 3. l'impiego di personale docente e di un coordinatore delle attività educative e

potrebbe portare ad una interpretazione di parità tra scuola statale e scuola paritaria con la sola differenza nella titolarità della gestione e con i conseguenti oneri. Non sembrerebbe essere così, si vedano a titolo esemplificativo ma non esaustivo gli atavici problemi che attanagliano il ruolo e la figura del docente²¹ con differenze evidenti tra le due tipologie di scuola.

didattiche forniti di titoli professionali coerenti con gli insegnamenti impartiti e con l'offerta formativa della scuola, nonché di idoneo personale tecnico e amministrativo; 4. alunni frequentanti, in età non inferiore a quella prevista dai vigenti ordinamenti scolastici, in relazione al titolo di studio da conseguire, per gli alunni delle scuole statali o paritarie. A differenza delle scuole statali e paritarie le scuole non paritarie non possono rilasciare titoli di studio aventi valore legale, né intermedi, né finali. Infatti gli studenti di una scuola di questo tipo devono sostenere l'esame di idoneità per iscriversi a una scuola statale o paritaria e al termine della scuola primaria per accedere alla scuola secondaria di primo grado. Per completezza si ricorda che gli esami di idoneità si svolgono presso le scuole statali o paritarie che hanno come precedentemente detto la possibilità di rilasciare titoli di studio aventi valore legale. Per un riepilogo rapido si invita a visitare il sito di Eurydice: <https://eacea.ec.europa.eu/national-policies/eurydice>.

²¹ Si fa riferimento all'annosa questione del riconoscimento della carriera del docente di scuola paritaria ed all'altra importa questione legata alla remunerazione del personale docente che disincentiva il laureati più qualificati ad intraprendere tale carriera. Infatti, per quanto concerne il ruolo del docente è emblematico il fatto che pur avendo lo stesso ruolo di pubblico ufficiale come nella statale, pur dovendo essere in possesso dei medesimi requisiti per svolgere la propria funzione e pur avendo contratti conformi a quelli nazionali egli sia discriminato. La giurisprudenza In tal senso le sentenze della Corte di Cassazione n. 1035/2014 e n. 1749/2015 hanno stabilito come: << L'art. 485 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, che riproduce l'art. 2 del d.l. 19 giugno 1970, n. 370, conv. in legge 26 luglio 1970, n. 576, è una norma avente carattere eccezionale, in quanto, nel prevedere il riconoscimento in favore del personale docente del servizio pre-ruolo ai fini giuridici ed economici, attribuisce un particolare beneficio in deroga alla regola generale della computabilità del solo servizio di ruolo, con la conseguenza di dover ritenere tale disposizione insuscettibile di interpretazione estensiva o analogica con riguardo ai servizi prestati presso istituti diversi da quelli contemplati>>. Sul punto e più recente è anche la sentenza Cass. n. 32386/2019, la quale ha statuito al punto 14 che <<Senza dubbio il legislatore ha inteso riconoscere all'insegnamento svolto nelle scuole paritarie private lo stesso valore di quello che viene impartito nelle scuole pubbliche, garantendo un trattamento scolastico equipollente agli alunni delle une e delle altre, da intendere tale equipollenza non solo con riguardo al riconoscimento del titolo di studio, ma anche con riguardo alla qualità del servizio di istruzione erogato dall'istituzione scolastica paritaria>> aggiungendo al punto 15 che <<Tuttavia, ciò non dà luogo all'equiparazione del rapporto di lavoro che intercorre con la scuola paritaria, con quello instaurato in regime di pubblico impiego contrattualizzato, attesa la persistente non omogeneità dello status giuridico del personale docente, come si evince già dalla modalità di assunzione, che nel primo caso può avvenire al di fuori dei principi concorsuali di cui all'art. 97 Cost.>> e concludendo al punto 16 nel senso di ritenere che <<Non sussiste, quindi, in mancanza di una norma di legge - come invece nella fattispecie di cui all'art. 485 del d.lgs. n. 297 del 1994 - la necessaria premessa della omogeneità delle posizioni professionali per pervenire al riconoscimento del servizio pre-ruolo prestato presso le scuole paritarie in via interpretativa. Né è applicabile l'art. 485 del d.lgs. n. 297 del 1994, in quanto attiene alla diversa fattispecie delle scuole pareggiate>> La giurisprudenza è univoca nel considerare nella circostanza di vittoria del concorso da parte di un docente gli anni di servizio prestati nella scuola paritaria come non valutabili ai fini degli scatti di anzianità e di carriera con motivazioni che sembrano quantomeno discutibili visto che: 1.con la l.62/2000 si considera

4. Discriminazione e violazione della libertà di scelta degli individui relativamente alla scuola. Confronto con i sistemi scolastici: francese e spagnolo.

All'interno del quadro normativo vivono, ancora oggi, questioni irrisolte che danneggiano il pieno sviluppo del settore istruzione.

Le scuole paritarie vengono considerate da molti come "scuole dei ricchi" o "scuole religiose" contrapponendole alle scuole statali considerate "per tutti" e laiche. Di conseguenza, chiunque si schieri a favore delle scuole paritarie è visto quasi come un traditore di quell'art. 34 della Costituzione nella parte in cui recita: "la scuola è aperta a tutti" senza però comprenderne pienamente il significato. Le scuole paritarie sono un patrimonio che va valorizzato per l'apporto che può dare al miglioramento complessivo del sistema scolastico italiano²², alla tutela del pluralismo educativo e della libertà di scelta educativa delle famiglie. A causa del Covid-19 sono state previste, per tutte le piccole e medie aziende, un

scuola pubblica anche la scuola paritaria (al contrario di quanto affermato nel punto 14 della motivazione della nota precedente); 2. La l.62/2000 prevede che anche le scuole parificate siano riconosciute come paritarie quindi non si capisce come la Corte possa creare una distinzione tra i diritti riconosciuti alle prime rispetto a quelli non riconosciuti alle seconde (Vedi punto 16 della motivazione in nota precedente). Deve far riflettere come gli insegnanti pur avendo il maggior impatto sui risultati di apprendimento degli studenti vedi: Pari al 60%, Calcolo della DG EAC sulle statistiche delle finanze pubbliche di Eurostat, anno di riferimento 2017. Per ulteriore approfondimento si suggerisce di leggere: "Relazione di monitoraggio del settore dell'istruzione e della formazione 2019 — Analisi per paese — Settembre 2019". Consultabile al link: http://ec.europa.eu/education/policy/strategicframework/et-monitor_it

²² Sia in termini di concorrenza che per i benefici economici. La sana competizione, infatti, porta un miglioramento costante dell'offerta scolastica. In termini economici, si considera che uno studente costi allo Stato italiano una media di 6.000 euro l'anno, meno di molte rette delle scuole paritarie, alle quali lo Stato versa un contributo medio di 500 euro annui a studente. Facendo un rapido calcolo questo permette un risparmio pari a circa 6 miliardi e mezzo di euro l'anno. Si veda a tal proposito anche il solo esempio del Veneto dove ogni anno grazie al 67% di scuole d'infanzia paritarie la Regione risparmia 520 milioni di euro da investire nel territorio. Il Veneto anche nell'emergenza Covid si è dimostrata la regione meglio organizzata e che ha gestito meglio il problema grazie a fondi regionali ben spesi e risparmiati nel tempo. L'equivalente di un quinto di una normale manovra finanziaria. Nonostante questi dati lo Stato italiano non si sta muovendo per supportare le scuole paritarie in alcun modo, quasi fossero che gli studenti frequentanti tali scuole fossero "cittadini di serie B". Ancora oggi è stato indetto dal Miur un bando PON per la digitalizzazione, bando riservato alle sole scuole statali pur essendo finanziato tramite FSE e quindi in aperto conflitto con la normativa italiana ed europea. Ci si riferisce: all' "Avviso pubblico per la realizzazione di smart class per le scuole del primo ciclo Fondi Strutturali Europei – Programma Operativo Nazionale "Per la scuola, competenze e ambienti per l'apprendimento" 2014-2020 Asse II – Infrastrutture per l'istruzione – Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR) Obiettivo Specifico 10.8 – Azione 10.8.6 - "Azioni per l'allestimento di centri scolastici digitali e per favorire l'attrattività e l'accessibilità anche nelle aree rurali ed interne"" pubblicato il 17/04/2020, che è stato recentemente oggetto di ricorso da parte delle associazioni delle scuole paritarie.

contributo o l'accesso al credito con garanzia statale ma alle scuole paritarie no²³; scuole paritarie escluse anche dalla cassaintegrazione straordinaria; il fatto che non si sia pensato ad un bonus per le famiglie i cui figli sono iscritti alla scuola paritaria per il pagamento della retta scolastica²⁴ e si potrebbe andare avanti. La cosa certa è che la scomparsa delle paritarie creerebbe il problema del monopolio statale nella gestione dell'Istruzione, che oltre ad essere in pieno contrasto con i commi 3 e 4 dell'art.33 della Costituzione, potrebbe venire considerato in conflitto anche con l'art.41 della Costituzione e con la normativa europea stabilente il principio di concorrenza nei servizi pubblici, con l'art.2 Cost. e l'art.3 Cost. come precedentemente declinati. L'idea che la scuola non statale sia un valore è stato più volte affermato da molteplici esponenti politici di tutte le componenti partitiche. Il primo in ordine temporale a parlare pubblicamente a favore di una scuola non esclusivamente statale fu Gaetano Salvemini sull'Unità il 17 ottobre 1913, il quale scrisse:

<<Dalla concorrenza delle scuole private libere, le scuole pubbliche – purchè stiano sempre in guardia e siano spinte dalla concorrenza a migliorarsi, e non pretendano neghittosamente eliminare con espedienti legali la concorrenza stessa – hanno tutto da guadagnare e nulla da perdere>>.²⁵

Inoltre l'interpretazione dell'art.34 c.1 Cost. sopra esposta è da considerarsi eccessivamente restrittive e limitata. "La scuola è aperta a tutti" è un principio che va tutelato non limitando il sistema scolastico italiano alla presenza dei cittadini nelle sole scuole statali, ma, al contrario, cercando di ampliare la scelta educativa consentendo la frequenza di scuole non statali a chi non ha la possibilità economica per poterlo fare autonomamente. Quest'interpretazione sembra prevalere visti anche i commi successivi stabiliti dalla Costituzione senza dimenticare che tale interpretazione garantirebbe sia la libertà di scelta

²³ Molti enti gestori di scuole paritarie infatti per beneficiare del miglior trattamento fiscale previsto dalla legge n.62 del 2000 hanno scelto di essere Fondazioni o Associazioni ed altri tipi societari senza scopo di lucro.

²⁴ Bonus che normalmente viene erogato solo in alcune regioni italiane in base allo schieramento politico al potere nella regione. Non permettendo né una pianificazione economica di medio-lungo termine né di avere un'uguaglianza di trattamento su tutto il territorio nazionale.

²⁵ Per ulteriori conferme sul tema si invita a leggere il medesimo autore sull'Unità il 17 Maggio 1919: " il metodo migliore per risolvere il problema [...] è sempre quello escogitato dai liberali del nostro Risorgimento: non vietare l'insegnamento privato, ma mantenere in concorrenza con esso un sistema di scuole pubbliche". In alternativa ma sempre d'accordo con Salvemini: A.Gramsci: "noi socialisti dobbiamo essere propugnatori della scuola libera, della scuola lasciata all'iniziativa privata e ai comuni. La libertà nella scuola è possibile solo se la scuola è indipendente dal controllo dello Stato". Per altri si vedano i molti scritti dei seguenti autori sul punto Don Milani, Toqueville, Rosmini, Mill, Einaudi, Sturzo, Popper.

educativa da parte delle famiglie sia l'uguaglianza tra i cittadini e concorderebbe con quel principio di solidarietà economica e sociale stabilita dall'art.2 Cost. per la completa autodeterminazione dell'individuo.

In altri sistemi educativi europei questo è stato già fatto nel passato. Il sistema scolastico francese è l'esempio perfetto di come uno Stato laico e con una forte cultura statalista abbia scelto di tutelare le libertà ed i diritti dei suoi cittadini. Nel 1959 fu approvata la legge Debré. La *loi Debré votée par la droite en décembre 1959, bouleverse totalement l'équilibre entre le public et le privé*²⁶. Tale legge creò un sistema integrato di scuole pubbliche e private con quattro regimi possibili: 1. Integrazione: la scuola è completamente inserita nel sistema statale, una volta ricevuta l'idoneità. 2. Indipendenza: la scuola conserva piena autonomia gestionale e didattica. 3. Contratto semplice 4. Contratto *d'association*. In entrambi questi ultimi due casi in accordo con quanto previsto dall'art.1 c.4 della legge Debré sono previste forme di sostegno finanziario dello Stato alla scuola. La legge Debré fu poi inserita nel titolo IV del *Code de l'éducation* del 2000 artt.L-442-1 e ss.

Il sistema francese separa l'insegnamento²⁷ dalla gestione²⁸, e a seconda del contratto siglato tra lo Stato e la scuola si avrà un maggior controllo dello Stato sull'insegnamento ma anche l'accesso maggiori fondi e finanziamenti. Il contratto semplice (n.3) è utilizzabile esclusivamente nella scuola primaria. Esso pone a carico dello Stato l'intero costo del personale docente e non docente, inclusa la formazione iniziale e permanente degli insegnanti²⁹. I Comuni hanno la facoltà ma non l'obbligo di contribuire ai costi delle attività scolastiche con il limite di non superare quanto erogano alla scuola pubblica. La scuola può chiedere eventualmente un contributo alle famiglie. In cambio di ciò la scuola è

²⁶ Trad: "la legge Debré votata nel dicembre 1959, rompe totalmente l'equilibrio tra pubblico e privato" di C. LELIEVRE e C.NIQUE, *L'école des présidentes: de Charles de Gaulle à François Mitterrand*, ODILE JACOB, Parigi 1995, p.252

²⁷ L'insegnamento viene controllato dallo Stato in base al modello unico d'istruzione. Questo modello consente di tutelare la libertà di scelta educativa ed impone l'obbligo di accoglienza tutelando anche l'uguaglianza. Per un approfondimento ulteriore si veda autorevole dottrina: B.POUJET, *la liberté sous contrat. Une histoire de l'enseignement privé*, Fabert, Parigi 2009.

²⁸ Alla gestione è garantito il *caractere propre* cioè la libertà di scegliere quale indirizzo religioso, pedagogico e ideologico perseguire.

²⁹ Ai sensi del Code de l'éducation del 2000 art.L-442-12 però vi è una differenza nelle modalità di pagamento. Gli insegnanti vengono retribuiti dal ministero dell'istruzione francese pur essendo legati ad un contratto di diritto privato al datore di lavoro – ente gestore mentre i fondi per gli stipendi del personale non docente vengono inviati all'istituto che a sua volta paga gli stipendi.

obbligata ad impartire un'istruzione "ragionevolmente equipollente"³⁰ a quella pubblica.

Il contratto di associazione (n.4) è la forma che offre maggiori finanziamenti ma con controlli statali più incisivi e si rivolge esclusivamente alla scuola secondaria di primo e secondo grado. In particolare nel regime del contratto di associazione lo Stato assume il peso degli stipendi dei docenti, finanzia parzialmente i costi di gestione³¹ e finanzia integralmente la pensione di anzianità degli insegnanti e la loro formazione iniziale e continua³². La scuola in questo caso può chiedere un contributo alle famiglie ma solo per attività predeterminate³³. In questo ultimo caso, ci deve essere una piena conformazione al modello pubblico d'istruzione³⁴ e questo comporta ovviamente ispezioni più severe e costanti nel tempo al fine di monitorare l'andamento scolastico ed il rispetto degli obblighi contrattuali.

I risultati di questo modello sono sbalorditivi. Le famiglie di ogni fede religiosa e provenienti da ogni classe sociale possono iscrivere i loro figli dove vogliono in base a quella che reputano essere la migliore scelta educativa per il loro sviluppo³⁵.

Il sistema scolastico spagnolo invece presenta una situazione "ibrida" tra il sistema francese e quello italiano. L'art.27 c.9 della Costituzione spagnola del 1970 riconosce il diritto delle scuole private di esistere e di essere finanziate dallo Stato al fine di garantire il pieno sviluppo della personalità umana e delle libertà fondamentali degli individui/ studenti, e di tutelare la libertà di scelta educativa dei genitori in base alle convinzioni morali e religiose³⁶. Il *Tribunal*

³⁰ R.BENIGNI, *Educazione religiosa e modernità-Linee evolutive e prospettive di riforma*, Giappichelli, 2017.

³¹ Come previsto nella riforma del 1971 vengono finanziati dallo stato gli oneri relativi alla struttura come energia elettrica e riscaldamento e forfettariamente ma in maniera obbligatoria vengono finanziati dai comuni, dai province e dai dipartimenti le attività didattiche.

³² Questi ultimi 2 punti sono stati introdotti dalla legge Guermier del 1977.

³³ Come ad esempio cerimonie religiose, insegnamento confessionale, acquisto attrezzature sportive.

³⁴ In questo caso al contrario del contratto semplice gli insegnanti sono assunti tramite concorso pubblico e sono dipendenti pubblici.

³⁵ Per un approfondimento sul tema si suggerisce autorevole dottrina: J.Laloutte, *Ecole confessionnelles et secularisation: l'école catholique en France après le concile et la Déclaration sur l'éducation chrétienne*, Comunicazione al colloquio di Amiens, *Etat et enseignement privé. A propos des cinquante ans de la loi Debré*, 2009; per un dossier redatto dalla direzione degli insegnanti cattolici sul fenomeno: *Musulmans en école catholique* consultabile al link: www.enseignement-catholique.fr

³⁶ Per un approfondimento si suggerisce autorevole dottrina: A.E.IRUJO, *libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983; A.Fernandez-Miranda, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, Centro de Estudios Ramon

Constitutional nel 1985 con sent.n.77 sancisce che il c.9 debba essere interpretato non come obbligo diretto in capo allo Stato di finanziare in toto la scuola privata al fine di renderla gratuita ma piuttosto che una legge ordinaria debba stabilire le modalità di sovvenzione statale che però deve rimanere parziale e non a totale copertura dei costi. Dopo importati riforme degli anni '90³⁷, la legge che vige e regola il sistema scolastico spagnolo è la Ley Organica de Education del 2006 (di seguito LODE). L'art.108 c.4 della LODE stabilisce che il sistema scolastico spagnolo si suddivide in pubblico e privato³⁸, intendendo per pubblico sia la scuola statale sia la scuola privata *concertada* e per privato l'iniziativa privata in senso stretto. La scuola privata *concertada*, come nel modello francese della scuola sottoposta a contratto (modello n.3 e n.4), prevede il sostegno finanziario da parte dello Stato e comporta altresì un minor grado di autonomia gestionale dell'istituto ed ovviamente più controlli rispetto ad una scuola privata non *concertada*. In particolare, le scuole *concertade* hanno una limitata autonomia di scelta del corpo docente³⁹, di determinazione dei requisiti di ammissione degli studenti⁴⁰, della regolamentazione interna e della gestione finanziaria. Infatti i *centros concertados* rinunciano ad una parte di tale autonomia a fronte di un finanziamento che copre tutti i costi di funzionamento quali stipendi dei docenti e personale non docente, pensioni, attrezzature e costi di gestione ordinaria e straordinaria della struttura. La scuola "paritaria" spagnola, come quella francese sottoposta a contratto di associazione, non ha la facoltà di chiedere contributi alle famiglie se non previa approvazione ed esclusivamente per attività facoltative extrascolastiche. Tutti i tipi di scuola sono tenuti a rispettare il principio dell'*enseñanzas minimas* ma sono lasciati liberi di impostare la linea pedagogica, religiosa o ideologica che preferiscono (contrariamente a quanto previsto nel modello francese del contratto di

Arecas, Madri 1988. La dottrina sostiene che l'obbligo di finanziamento però sorgerebbe solo dalla previsione di una futura legge.

³⁷ Per un approfondimento sull'evoluzione storica del rapporto tra scuola pubblica e privata si suggerisce di rifarsi ad autorevole dottrina: M.FERNANDEZ-ENGUITA, *Ecole publique et école privée en Espagne*, in AA.VV., *Ecole publique /école privée: des frontières poreuses*, in.59-60, Editions L'Harmattan, Parigi 2006, p.67

³⁸ LODE, Art.108 c.4 recita: "*La prestación del servicio público de la educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados*".

³⁹ Nel senso che gli insegnanti ed i professori devono essere in possesso dei requisiti previsti dalla LODE per l'assunzione nella scuola statale e vigono le medesime procedure per l'assunzione ed il licenziamento. La particolarità anche in questo sistema è che la Comunità paga lo stipendio del docente per conto dell'ente gestore così come in Francia.

⁴⁰ Nel senso che sono obbligati ad accogliere tutti in base all'art.84 LODE secondo criteri di uguaglianza e non discriminazione.

associazione dove la libertà di scelta in questo senso era notevolmente più limitata, al contrario del contratto semplice). A differenza del modello francese, in questo modello la "concertazione" si acquisisce in base alla volontà politica dell'Amministrazione locale che prende in carico la pratica, quindi non è automatico che se una scuola privata rispetta tutta la normativa relativa alla struttura, spazi, offerta educativa ecc sia riconosciuta come *concertada* dall'Amministrazione. Il fine ultimo della LODE è sempre il rispetto dell'art.27 c.3 della Costituzione spagnola che garantisce la libertà di scelta educativa ai genitori. La Spagna grazie alle riforme scolastiche apportate dal 1985 in poi ha scalato le classifiche europee per il livello del suo sistema scolastico, segno evidente che la collaborazione e la sana competizione tra scuola paritaria e statale a parità di riconoscimento dei propri diritti funziona.

In conclusione, si può notare come in Europa, sistemi simili al nostro come cultura e tradizione scolastica abbiano da tempo integrato le scuole paritarie nel loro sistema pubblico classificandole come scuola pubblica e garantendo loro il medesimo trattamento della scuola statale al fine di consentire a tutti i cittadini di accedere alla migliore istruzione possibile e di rispettare la libertà di scelta sancita nelle rispettive Costituzioni, così come nella nostra. Non si capisce quindi la resistenza del sistema scolastico italiano ad una riforma in tal senso anche per omologarsi agli altri stati europei.

5. Rivoluzione tecnologica e scuola. Analisi dell'impatto del Covid-19 sul sistema scolastico italiano, la sfida tecnologica affrontata dalla scuola pubblica anche qui con differenze.

Nel periodo del Covid-19 il sistema scolastico italiano ha scoperto che il suo processo di digitalizzazione non era stato sufficientemente portato avanti. Il Covid ha fatto emergere l'inadeguatezza delle strutture di tele-comunicazione, delle strutture scolastiche e del personale docente a reagire all'emergenza.

L'inadeguatezza delle strutture di tele-comunicazione è stata probabilmente la più grave e trasversale del nostro paese. Organizzare lo *smartworking* per i docenti e la didattica a distanza (di seguito DAD) per i discenti senza una linea internet capace di reggere un tale traffico di dati in vaste zone d'Italia è stato estremamente difficile se non impossibile in alcuni casi. Molti problemi infatti legati alla DAD sono scaturiti dal fatto che o i docenti o i discenti non avessero una connessione stabile o sufficientemente forte da consentire loro di svolgere una videolezione, una video conferenza ecc.

La carenza di apparecchiature e deficit nelle strutture scolastiche, statali in particolare, era già evidente prima del Covid-19, successivamente è stata lampante e percepita da tutti gli *stakeholders*. Dal punto di vista degli studenti inizialmente si è percepito un senso di gioia per una "vacanza" anticipata, seguita poi da smarrimento quando si è compreso che più che una vacanza era una "prigionia dorata" condita dall'incertezza di dover recuperare le insufficienze, di poter completare il programma e per i maturandi di arrivare preparati al meglio all'esame finale. Le video lezioni hanno mostrato come il gap digitale in Italia esista e come lo Stato non abbia pensato a come colmarlo. Molti studenti avevano solo uno *smartphone* per seguire le lezioni ed alcuni neanche quello. Bisogna immaginare cosa abbia significato per loro seguire una lezione di qualunque materia e svolgere poi una verifica su un dispositivo del genere o non poterla svolgere proprio per problemi di connessione o altro. Il risultato, ad oggi, è stato che chi è figlio unico ed è nato in una famiglia agiata ha potuto svolgere regolarmente e senza problemi la DAD, gli altri no⁴¹. Senza contare le diverse necessità tra uno studente di scuola secondaria di I e II grado e tra gli stessi e uno studente della scuola primaria. Lo Stato dopo proposte di intervento non ha dato inizialmente la possibilità alle scuole di comprare e distribuire tablet o altri dispositivi e solo dopo circa due mesi ha provveduto, almeno in parte a colmare questo gap, che comunque ha di fatto accresciuto le disuguaglianze fra studenti non solo di ceti sociali diversi ma anche di regioni, città diverse.

Per docenti e dirigenti scolastici, se il registro elettronico⁴² era già stato adottato da tempo ed ormai diffuso sul tutto territorio nazionale, il discorso è stato ben diverso per l'utilizzo delle piattaforme DAD. Il processo di digitalizzazione infatti era cominciato da tempo, la riforma della l.n.107/2015 c.d. "Buona scuola" aveva fornito un ulteriore impulso sbloccando dei fondi *ad hoc* per la digitalizzazione scolastica⁴³. Tuttavia, il fatto di avere un personale docente tra i più anziani in Europa, la mancanza di una formazione specifica e continua nel tempo sull'uso dei *device* e delle piattaforme hanno fatto sì che molti docenti non sono stati pronti a svolgere la DAD. In poco tempo la scuola ha dovuto creare *ex novo*

⁴¹ Se infatti si considera solo la ricchezza familiare volendola associare alla possibilità di avere un computer o un tablet non si tiene in considerazione che anche i genitori potrebbero essere a casa in smartworking a lavorare tramite quel computer o quel tablet. O in altra ipotesi una famiglia agiata con 3 figli avrebbe dovuto comprare 3 dispositivi per consentire a tutti di seguire live le lezioni.

⁴² Il registro elettronico nella scuola è previsto all'art. 7 comma 31 decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95 convertita nella L. n.135 del 2012.

⁴³ Ci si riferisce in particolare al "Piano Nazionale Scuola Digitale" introdotto con la riforma c.d. "Buona Scuola" e consultabile al link: <https://www.miur.gov.it/scuola-digitale>

piattaforme che consentissero non solo di caricare documenti e/o file ma di svolgere videolezioni *live*. Non solo, in 5 giorni⁴⁴ le scuole italiane statali, paritarie e private si sono dovute tutte adeguare ad un'ordinanza ministeriale che imponeva la DAD senza però specificare nulla riguardo alle modalità di erogazione del servizio né quale iter seguire. La legge infatti prevedeva solo una sospensione fino al 15 Marzo, poi prolungata fino al 03 Aprile e poi nuovamente estesa fino a fine anno scolastico. Le scuole sono state lasciate ad affrontare qualcosa per cui non erano preparate e senza particolari indicazioni, con pressioni da parte dei genitori, dei ragazzi e del personale docente e del ministero stesso al fine di svolgere il programma. Questo ha portato a dover formare i docenti a distanza al fine di utilizzare correttamente gli strumenti forniti dalla scuola e svolgere il proprio lavoro al meglio. Tuttavia, se per i dirigenti scolastici l'art.1 c.1 lett.g l.n.13 del 5 marzo 2020 impone l'attivazione: "[...] modalità di didattica a distanza avuto anche riguardo alle specifiche esigenze degli studenti con disabilità", per gli insegnanti non vale lo stesso. Il personale docente infatti non è obbligato in termini contrattuali previsti dal CCNL, ad alcuna attività didattica eccetto quelle programmate e sicuramente la DAD non rientra nelle attività programmate. Il personale docente non può neanche essere obbligato da quanto deciso dal dirigente scolastico. Sul punto appare chiaro quanto previsto dall'art.25 del D.Lgs 165/2001⁴⁵, dalla legge 107/2015 c.d.

⁴⁴ La norma che ha previsto la sospensione dell'attività didattica è entrata in vigore il 05/03/2020. Infatti se è vero che il decreto è del 23/02/2020 esso stabiliva solo la "sospensione delle visite d'istruzione sul territorio nazionale ed internazionale", solo con la conversione in legge con modificazioni all'art.1 c.2 lett.d ha portato alla "sospensione dell'attività didattica su tutto il territorio nazionale" l. n.13 del 05 Marzo 2020 "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19".

⁴⁵ "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" convertito con l.n.106/2001 e successivamente aggiornato con decreto legislativo n. 75/2017. L'art-25 recita: Art. 25. Dirigenti delle istituzioni scolastiche recita: "[...] c.2. Il dirigente scolastico assicura la gestione unitaria dell'istituzione, ne ha la legale rappresentanza, è responsabile della gestione delle risorse finanziarie e strumentali e dei risultati del servizio. Nel rispetto delle competenze degli organi collegiali scolastici, spettano al dirigente scolastico autonomi poteri di direzione, di coordinamento e di valorizzazione delle risorse umane. In particolare, il dirigente scolastico organizza l'attività scolastica secondo criteri di efficienza e di efficacia formative ed è titolare delle relazioni sindacali." Il c.2 pur stabilendo ruolo e responsabilità del dirigente scolastico ribadisce il ruolo separato degli organi collegiali scolastici. Il c.3 afferma invece: "nell'esercizio delle competenze di cui al comma 2, il dirigente scolastico promuove gli interventi per assicurare la qualità dei processi formativi e la collaborazione delle risorse culturali, professionali, sociali ed economiche del territorio, per l'esercizio della libertà di insegnamento, intesa anche come libertà di ricerca e innovazione metodologica e didattica, per l'esercizio della libertà di scelta educativa delle famiglie e per l'attuazione del diritto all'apprendimento da parte degli alunni." Secondo tale comma quindi se vi è l'obbligo da parte del dirigente scolastico di promozione di interventi volti a

“Buona Scuola”, dal Testo Unico della Scuola⁴⁶ e dal CCNL stesso, i quali prevedono che i poteri del dirigente scolastico debbano essere esercitati “nel rispetto delle competenze degli organi collegiali”. In particolare, l’art. 7 del T.U. della scuola al comma 2 lett.a stabilisce che il collegio dei docenti ha il “potere deliberante in materia di funzionamento didattico del circolo o dell’istituto [...]”. Esso esercita tale potere nel rispetto della libertà di insegnamento garantita a ciascun docente”. Se ne deduce quindi che il principio di libertà d’insegnamento incide inevitabilmente sullo svolgere o meno la DAD. Infatti, se il docente non ritenesse valida la DAD potrebbe non adottarla visto che il principio di libertà d’insegnamento così come stabilito dal legislatore non è stata sospesa, né tantomeno tale libertà soppressa da normativa speciale e costituisce come visto nel paragrafo precedente un principio costituzionale art. 33 c. 1 Cost. Va quindi apprezzato l’impegno assunto da molti docenti di svolgere la DAD in questa situazione, non essendoci normativa *ad hoc*, per puro senso civico e solidarietà sociale.

Se questo è stato vero per la scuola statale, si può serenamente affermare che la scuola paritaria ha saputo reagire meglio all’emergenza. La scuola paritaria infatti in media presenta un personale docente più giovane e quindi naturalmente più predisposto all’uso della tecnologia e questo ha permesso di organizzare più velocemente la DAD. Inoltre, in molti contratti tra docenti e ente gestore era già presente la voce relativa alla didattica a distanza. Tuttavia, le scuole paritarie sono state ancora una volta penalizzate ingiustamente sia dall’amministrazione scolastica sia dal legislatore. Dal sistema scolastico in quanto il progetto PON⁴⁷ che offriva fondi per i *device* da fornire alle famiglie (quindi non diretti alla scuola) era riservato alle sole scuole statali, contrariamente a quanto previsto dalla stessa l.n.107/2015 e dal diritto UE in tema di fondi FSE. Dal legislatore sono stati discriminati *de facto* per due motivi: in primo luogo in quanto gli enti gestori di scuole paritarie non possono accedere

garantire un migliore servizio pubblico rimane in capo al personale docente di esercitare liberamente l’insegnamento secondo le modalità dallo stesso ritenute più valide.

⁴⁶ D.lgs. n. 297 del 1994

⁴⁷ Cfr infra: “Avviso pubblico per la realizzazione di smart class per le scuole del primo ciclo Fondi Strutturali Europei – Programma Operativo Nazionale “Per la scuola, competenze e ambienti per l’apprendimento” 2014-2020 Asse II – Infrastrutture per l’istruzione – Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR) Obiettivo Specifico 10.8 – Azione 10.8.6 - “Azioni per l’allestimento di centri scolastici digitali e per favorire l’attrattività e l’accessibilità anche nelle aree rurali ed interne”” pubblicato il 17/04/2020.

né alla cassaintegrazione ordinaria in deroga⁴⁸ né a quella straordinaria prevista dal governo con l'art.22 del Decreto Legge n.18/2020. L'unica soluzione a cui avrebbero potuto accedere è il FIS o la Cassa integrazione ordinaria che però copre solo una parte degli stipendi dei docenti e che si rivolge all'infanzia ed al nido e solo in parte alla primaria e secondaria visto che il servizio DAD per questi ordini di scuola è attivo. In secondo luogo, qualora le scuole paritarie avessero messo in cassaintegrazione il personale docente di scuola primaria e secondaria avrebbero ovviamente dovuto interrompere l'attività di didattica a distanza richiesta dal MIUR e dai genitori rischiando sia di perdere la parità scolastica sia di perdere i genitori o andare incontro a contenziosi visto che i genitori avrebbero poi potuto chiedere la restituzione parziale delle rette scolastiche creando in entrambi i casi ulteriori problemi economici ed occupazionali.

A seguito di ciò, i sindacati nazionali delle scuole paritarie come FIDAE ed AGITAE hanno indetto uno sciopero il 19 ed il 20 Maggio dal motto: "noi non siamo invisibili" e "vogliamo fare scuola". Tale sciopero mirava a sensibilizzare il legislatore verso una parte del sistema scolastico che era stata trascurata. In risposta a ciò il legislatore ha previsto all'art.233 del decreto-legge del 19 Maggio 2020, n. 34, c.d. "Decreto Rilancio", nel Capo VIII, concernente le misure in materia di istruzione, lo stanziamento di 150 milioni di euro divisi 80 per la scuola dell'infanzia e nido da 0-6 anni e 70 per la scuola primaria, secondaria di primo grado e di secondo grado fino a 16 anni d'età. Il medesimo Decreto ha stanziato 1 miliardo e 230 milioni di euro per la scuola statale. A queste cifre ci si devono poi aggiungere per entrambe le scuole di scuola pubblica 39 milioni e 230mila euro per la sanificazione dei locali. Il "Decreto Rilancio", ancora una volta, ha tristemente mostrato come in Italia la scuola paritaria venga discriminata rispetto alla scuola statale pur essendo entrambe nel sistema nazionale di istruzione sotto almeno quattro punti. Il primo è evidente nei numeri, pur essendoci una differenza di alunni tra i due tipi di scuole pari a 1 a 7 si è fatta una proporzione di circa 1 a 10. Il secondo è dettato dal fatto che il miliardo e duecentotrenta milioni per la scuola statale coprono non solo la scuola dell'obbligo ma tutti gli studenti al contrario dei fondi destinati alla paritaria i cui studenti al di fuori dell'età dell'obbligo non sono contemplati. Questo in un sistema come quello italiano dove il tasso di abbandono scolastico è uno dei principali problemi del paese.

⁴⁸ In quanto il c.d. "Decreto Cura Italia" non ha modificato l'elenco delle imprese beneficiarie previsto dall'art. 10 del Decreto Legislativo n. 148 del 2015.

Il terzo punto è che non vengono in alcun modo incluse le famiglie delle scuole paritarie, alle quali non viene destinato alcun bonus né detrazione fiscale. Il quarto ed ultimo punto riguarda il fatto che per la sanificazione dei locali il sistema nazionale d'istruzione è unico, perché altrimenti si rischierebbe di ledere anche il diritto alla salute degli studenti, dei docenti e del personale ATA delle scuole paritarie, mentre per tutto il resto dei fondi: digitalizzazione, adeguamento delle strutture, DAD ecc. lì si è diversi.

6. Possibili evoluzioni normative dovute alla digitalizzazione forzata della scuola italiana.

Appare evidente come dai paragrafi precedenti sia emersa l'esigenza di una riforma normativa della scuola italiana al fine di armonizzare l'attuale situazione. Si è potuto notare come in altri paesi europei questo percorso sia già stato intrapreso da anni con risultati brillanti per gli studenti. Secondo la relazione di monitoraggio del settore scolastico italiano 2019 è evidente come la scuola italiana stia migliorando nel tempo ma non a sufficienza per essere in linea con gli altri Paesi europei. Il settore scolastico ha bisogno di una riforma che riconosca ed integri pienamente la scuola paritaria nella scuola pubblica così come stabilito dalla l.n.62/2000. Andrebbe eliminata ogni forma di discriminazione a carico delle scuole paritarie, nell'interesse *in primis* delle famiglie e della loro libertà di scelta, *in secundis* dei ragazzi e della loro libertà di autodeterminarsi ed essere uguali gli uni agli altri a prescindere da dove o in che famiglia si nasce, *in terzis* dello stato che grazie alle scuole paritarie risparmia miliardi di euro e non porta al collasso le scuole statali. Per ottenere la piena integrazione scolastica ci si potrebbe ispirare al modello francese o a quello spagnolo descritto nel paragrafo precedente. Si potrebbe riconoscere il servizio offerto dai docenti nella scuola paritaria come equivalente a quello offerto nella scuola statale in termini di carriera, titoli e ruoli. Si potrebbe porre a carico dello Stato, lasciando l'erogazione tramite le regioni, l'obbligo di versare un contributo annuale alle famiglie che scelgano di mandare il proprio figlio/a alla scuola paritaria legandolo magari al voto scolastico conseguito o ad altri criteri di merito per la parziale o totale copertura della retta scolastica così da ottemperare a quanto previsto dai dettami degli artt.33 e 34 Cost. Si potrebbe riflettere sull'aumento della percentuale di detrazione fiscale accordata alle famiglie che scelgono per i figli una scuola paritaria. Si potrebbe in ultimo eliminare il valore legale dei titoli di studio in tutta la filiera educativa in modo da certificare solo le competenze acquisite e creare una sana competizione tra scuole per far eccellere

i nostri giovani e prepararli ad una visione globale del loro futuro. Serve una riforma che investa veramente sulla digitalizzazione della scuola; in termini di strutture in particolare è urgente investire sulla sicurezza degli edifici. Serve una legge che modifichi ed aggiorni i CCNL dei docenti favorendone lo svecchiamento e la formazione delle nuove leve. Il Covid-19 sta offrendo la possibilità di una riforma strutturale della scuola italiana al fine di migliorare tutte le prestazioni educative erogate mettendo al centro lo studente e i suoi bisogni e rendere il sistema scolastico pubblico realmente paritario, riconoscendo a tutti ai genitori italiani la libertà di scelta educativa al fine di la nostra società più giusta e solidale.

L'intervento delle autorità amministrative per la tutela della salute ai tempi del Coronavirus.

di Giulia PAPA*

SOMMARIO: **1.** Breve premessa sulla diffusione dell'epidemia e sui provvedimenti. **2.** L'ipertrofia normativa delle autorità amministrative. **3.** Il bilanciamento dei diritti costituzionali coinvolti. **4.** Stato di eccezione o di emergenza? **5.** Un'emergenza sanitaria a livello mondiale. **6.** In conclusione: la necessità di una manovra di rientro sui diritti.

ABSTRACT: *The emergency situation we are living is totally unprecedented, with significant consequences, not only on a family, work and relationship level, but also on a legal level. The impact of COVID-19 and the measures taken to combat it are absolutely disruptive. The powers of public authorities have been expanded, all rights have been limited to protect health and the government has declared a state of emergency, which is not regulated in the Constitution!*

1. Breve premessa sulla diffusione dell'epidemia e sui provvedimenti.

Il nostro Paese è blindato da misure sempre più drastiche per gestire l'emergenza determinata dall'epidemia del Coronavirus dal 9 marzo¹. Inizialmente, ma di fatto solo per poche ore, il Decreto del Presidente del Consiglio di Ministri (d.P.C.M.) dell'8 marzo 2020 aveva rafforzato le misure già adottate da precedenti provvedimenti², estendendole all'intero territorio nazionale e dettando misure specifiche che avevano interessato la Lombardia e alcune province di Piemonte, Veneto, Emilia Romagna e Marche.

Da tale momento, se non prima, un incredibile profluvio di fonti normative ha inondato il nostro ordinamento che pone molteplici problemi di rapporto fra le fonti dell'ordinamento e, in particolare, di tutela o compressione dei diritti fondamentali dei cittadini³.

* Dottoressa in giurisprudenza L.U.I.S.S.

¹ L'art. 1 del d.P.C.M. del 9 marzo 2020, ha statuito che «allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 le misure di cui all'art. 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 sono estese all'intero territorio nazionale».

² Ordinanza del Ministro della Salute del 30 gennaio 2020, delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020, decreto legge 23 febbraio 2020 n. 6, decreto legge 2 marzo 2020 n. 9.

³ Tra i vari diritti costituzionali coinvolti: la libertà di circolazione e di soggiorno (art. 16 Cost.), la libertà di riunione (art. 17 Cost.), la libertà religiosa (art. 19 Cost.), il diritto/dovere all'istruzione

Tali problematiche, già di per sé rilevanti rispetto alla limitazione dei diritti fondamentali stabiliti dal quadro costituzionale, meritano il dovuto inquadramento giuridico, affinché si garantisca l'interesse pubblico in base a quanto previsto dalla legge e non ingeneri nei cittadini la sensazione che le proprie libertà fondamentali possano essere limitate senza uno scopo "di sistema".

La pandemia ⁴ sta sconvolgendo le nostre vite tanto da renderle drammaticamente irreali e produrrà un ripensamento dei valori fondanti della società nella quale viviamo. Sul piano giuridico, l'impatto del Covid19 e delle misure adottate per farvi fronte sono decisamente dirompenti, ma sono pur sempre legate allo stato di emergenza nazionale.

Per di più, sono stati rafforzati i poteri delle autorità amministrative prevedendo anche la facoltà di adottare ulteriori misure di contenimento, al fine di prevenire la diffusione del virus anche fuori dai casi elencati⁵. Dunque, ormai gli interventi normativi e le loro disposizioni attuative si stanno succedendo *ad horas*. Questa notevole proliferazione normativa ha generato molti dubbi tra giuristi e non. Le riflessioni che seguono non vogliono intralciare l'attività di prevenzione della diffusione del virus, ma rendere la stessa maggiormente conforme ai principi e, se possibile, più efficace.

Intendo interrogarmi sulla correttezza degli strumenti giuridici sinora adottati dal Governo e dalle autorità pubbliche e sulla loro adeguatezza dal punto di vista del dettato costituzionale. Sarebbe meglio iniziare a pensare al domani, quando bisognerà fare i conti, oltre che con le ricadute sociali, politiche, ambientali ed economiche, anche con le conseguenze giuridiche. È necessario, quindi, soffermarsi sulla distinzione della collocazione sistematica dei principali provvedimenti adottati⁶.

(art. 34 Cost.) la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.). L'ulteriormente inasprimento delle misure, sino al divieto di uscire di casa, potrebbe comportare limitazioni persino alla libertà personale (art. 13 Cost.).

⁴ Dichiarazione dell'O.M.S. nella conferenza stampa dell'11 marzo: «*We have therefore made the assessment that COVID-19 can be characterized as a pandemic*». In base ai parametri dell'O.M.S., una pandemia è la diffusione nel mondo di una nuova malattia che coinvolge almeno due continenti. Il parametro decisivo affinché sia dichiarata la pandemia non è la gravità della malattia, ma la facilità con la quale una malattia si diffonde. Il direttore dell'O.M.S. prosegue ringraziando anche l'Italia per le misure adottate per controllare l'epidemia.

⁵ Le misure sono contenute nell'art. 1, comma 1, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, che fa seguito alla delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020 che a sua volta fa riferimento alla dichiarazione di epidemia dell'O.M.S. del giorno prima. L'allarme è giustificato dal fatto che non esistono ancora vaccini o farmaci contro questo nuovo virus.

⁶ M. PAPPONE, *I rischi di una confusione semantica ai tempi dell'emergenza Coronavirus tra Decreti legge, ordinanze, DPCM e Circolari*, in www.iusinitinerere.it, 18 marzo 2020, p. 3.

2. L'ipertrofia normativa delle autorità amministrative.

Un momento di evidente emergenza come questo non si era mai visto nel nostro ordinamento se non per eventi limitati nel tempo e nello spazio. Non è difficile comprendere perché la normativa emergenziale dell'ultimo mese adottata per combattere la diffusione del Coronavirus sollevi numerosi dubbi. Essa è particolarmente complessa e determina una c.d. "cascata" di fonti normative⁷. Ogni intervento deve essere ponderato, per non incorrere nel rischio che l'impianto, che parte da alcuni decreti legge e passa attraverso i d.P.C.M., non legittimi un potere di ordinanza e che si affermi di poter operare derogando le leggi settoriali.

Tale fatto non si è verificato quando il Governo ha adottato d.P.C.M. con efficacia sull'intera Nazione, ma è accaduta con l'intervento delle numerose autorità amministrative, regioni e comuni compresi, che hanno dato una diversa interpretazione del d.P.C.M., emettendo ordinanze di urgenza diversificate al fine di attuare quanto previsto dai decreti leggi richiamati. È assegnato ai d.P.C.M. un potere di intervento fondato sul contrasto a un'emergenza legata all'interesse pubblico, che gli consentirebbe di intervenire anche sull'applicazione di norme di rango primario⁸.

Il punto problematico è che alcuni d.P.C.M. hanno ampliato il numero dei soggetti titolari di un potere emergenziale di intervento e gli strumenti normativi che possono essere utilizzabili, individuandoli nei provvedimenti di urgenza che chiunque abbia funzioni che contrasti il Covid-19 può adottare. In tale quadro hanno trovato anche ulteriore ratifica le molteplici ordinanze dei Governatori di regione o dei sindaci di comuni⁹.

Gli effetti di tale complicato sistema normativo sono evidenti. Da una parte, si è dato rilievo al potere del Governo di adottare provvedimenti che derogano le norme di legge tramite i d.P.C.M., e con ciò i mezzi di cui dispone per far fronte alle situazioni di emergenza che richiedono l'adozione di provvedimenti legati al concetto di "ordinanze contingibili e di urgenza" dell'ordinamento

⁷ F. PIZZETTI, *Pizzetti: "A rischio le libertà dei cittadini, urgente un intervento giuridico"*, in www.agendadigitale.eu, 23 marzo 2020.

⁸ F. PIZZETTI, *Idem*.

⁹ Si pensi alla recente ordinanza del 12 aprile 2020 n. 32 del Presidente della Regione Campania che contiene ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza COVID-19. L'ordinanza proroga le precedenti ordinanze, allineandole alle indicazioni nazionali, fino al prossimo 3 maggio, e inserisce nuove prescrizioni per i cantieri e il commercio.

amministrativo¹⁰. Dall'altra parte, avendo valorizzato lo strumento delle ordinanze di urgenza si è convalidato quanto regioni ed enti locali avevano iniziato a fare in merito ai provvedimenti di lotta alla epidemia del Coronavirus. Oltre alla dichiarazione dello stato d'emergenza¹¹, la fonte del diritto che fonda la lunga catena degli atti normativi adottati è il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6. Con tale decreto si è scelto di dare un ordine sistematico a tutto questo, demandando al potere di ordinanza e ai mezzi giuridici legati all'urgenza che sono presenti nel sistema ordinamentale, il potere e il dovere di adottare i provvedimenti necessari alla lotta al Coronavirus, sempre che i titolari di tali poteri siano chiamati a operare per contenere il diffondersi dell'epidemia. La situazione che si è determinata è stata di coprire giuridicamente le iniziative spesso non coordinate degli amministratori locali, Presidente di regione compresi, che si sono trovati nella posizione di autorità dotate di poteri emergenziali nell'ambito territoriale di loro competenza. Successivamente, vi sono state ordinanze emanate da parte di autorità a vario titolo competenti in materia sanitaria.

In realtà, già ci sono delle leggi per le situazioni di emergenza, che sono state approvate prima dell'epidemia di Coronavirus. Il Testo unico delle leggi sugli enti locali¹² prevede il potere del sindaco di emanare ordinanze contingibili e urgenti in caso di emergenze sanitarie locali¹³. Nei casi di estrema necessità e urgenza, inoltre, le misure possono essere adottate dalle autorità regionali o locali ai sensi della legge di istituzione del servizio sanitario nazionale¹⁴. Quando la situazione ha preso una piega più importante, l'alveo normativo della risposta all'emergenza è stato costituito dalle disposizioni contenute nel decreto legge citato poc'anzi, a cui hanno fatto seguito provvedimenti specifici governativi, regionali e di concerto.

¹⁰ Per una loro definizione, vedi E. CASTAGNINO, *Le ordinanze contingibili ed urgenti*, Exeo Edizioni, Padova, 2012.

¹¹ Ordinanza del Ministro della Salute del 30 gennaio 2020, delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020.

¹² D. lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

¹³ Nel caso in cui l'emergenza superi il territorio comunale l'adozione dei provvedimenti d'urgenza spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali¹³. Tuttavia, anche in caso di rilevanza sovracomunale i sindaci possono adottare le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti. Peraltro, il l'art. 54, al comma 2, T.U.E.L. prevede un potere di ordinanza del sindaco anche quale ufficiale statale di governo.

¹⁴ Art. 32, l. del 23 dicembre 1978 n. 833. Se l'esigenza è nazionale o pluriregionale, il Ministro della Sanità ha il potere di emettere ordinanze in materia di igiene e sanità pubblica. Se l'esigenza è regionale o locale, il potere di ordinanza spetta al Presidente di Regione o al Sindaco.

Per porre fine alla confusione normativa ci sarebbe anche l'art. 120, comma 2, Cost.. Con la riforma del titolo V sono stati da un lato assegnati importanti poteri alle Regioni, dall'altro è stato inserito l'articolo in questione che prevede che il Governo possa sostituirsi *in toto* agli enti locali in caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica¹⁵. L'Esecutivo non ha ancora fatto uso di questa norma, probabilmente per evitare il conflitto tra le Regioni esautorandole dalle proprie funzioni, ma non è escluso che in futuro la norma possa essere utilizzata.

Con il d.l. n. 6 del 2020 le autorità competenti sono tenute a adottare qualsiasi misura di contenimento adeguata e proporzionata all'evolversi dell'epidemia. Il punto è che il decreto legge prevede indicazioni di carattere generale riguardanti la limitazione di alcuni diritti fondamentali, ma concretamente tali misure sono state definite non con un altro decreto legge ma tramite d.P.C.M.¹⁶.

Per prevenire la diffusione del contagio, dunque, vengono attuate misure di riduzione della socialità, che è coerente con le forme di diffusione del virus, ma incide pur sempre sui diritti fondamentali indicati dalla Costituzione. Il d.l. n. 6 del 2020 cerca di rispondere all'emergenza, ma cercando allo stesso tempo di bilanciare i beni costituzionalmente garantiti ed equilibrando i vari valori coinvolti.

È necessario rammentare che, in base all'art. 117, terzo comma, Cost., la tutela della salute appartiene al novero delle materie sottoposte a legislazione concorrente. Pertanto, le singole Regioni dovranno necessariamente muoversi tenendo conto dei principi generali fissati dallo Stato, potendo provvedere soltanto alla normativa di dettaglio¹⁷. Questa ripartizione, tuttavia, può porre dei problemi di coordinamento in caso di situazioni di necessità e urgenza che giustificano il ricorso a misure straordinarie. In questo senso va considerato il richiamo del d.l. n. 6 del 2020 che prevede la possibilità di adottare, da parte delle autorità competenti, ogni misura adeguata alla gestione dell'emergenza e

¹⁵ C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 63 ss.

¹⁶ Su proposta del Ministro della salute, sentiti i Ministri e il Presidente della Regione competente ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui gli eventi riguardino più regioni.

¹⁷ R. BIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale* - *Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli 2004, I, 297 ss.

al contenimento del virus al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia al di fuori dei casi già previsti dal Legislatore¹⁸.

I presidenti delle Regioni ed i sindaci, pertanto, in presenza di ulteriori esigenze di contenimento, ben possono emanare provvedimenti. Particolari problematiche potrebbero porre tutte le altre ulteriori misure ritenute necessarie per il contenimento del contagio¹⁹. In questo periodo sembra esserci una gara tra sindaci, presidenti di Regione e presidente del Consiglio a chi vieta di più, mettendo il sistema in uno stato caotico.

Nell'ottica del contenimento della pandemia, non soltanto le ordinanze regionali, ma anche quelle dei Sindaci che hanno adottato ulteriori misure molto più restrittivi di quelli adottati a livello centrale²⁰ pongono alcuni problemi di non poco conto. Ovviamente, le autorità regionali e locali, dovranno rispettare la normativa di carattere generale, prevedere una scadenza e motivare in modo molto più rafforzata i loro provvedimenti, facendo riferimenti espressi alle particolari aree "focolaio" e tenendo sempre presente quelle che sono le evidenze "scientifiche"²¹. A tal riguardo, vi è da osservare che il tentativo di tipizzazione delle misure di contenimento, nell'art. 1 del decreto legge, si scontra con la generale possibilità di adozione di "ulteriori misure" di cui all'art. 2; il che pone il problema della collocazione della materia nell'ambito delle ordinanze di necessità e urgenza²² quali provvedimenti amministrativi straordinari, nominati ma atipici, espressione di un potere amministrativo *extra ordinem* ma non *legibus solutus*.

Come detto, il Governo, al fine di fronteggiare l'emergenza, aveva agito prontamente con decretazione di urgenza cui si erano succeduti diversi interventi con atti generali ovvero con d.P.C.M., atti normativi il cui susseguirsi a distanza

¹⁸ M. BOZZAOTRE, *Il diritto ai tempi del coronavirus: come cambia la nostra vita e perché*, in www.giustiziainsieme.it, 16 marzo 2020.

¹⁹ In proposito le diverse ordinanze del Presidente della Campania avevano previsto, fra le limitazioni imposte da esigenze di contenimento, un divieto di accesso e di allontanamento fino al 25 marzo e la sospensione dell'attività degli uffici pubblici, relativamente ad alcuni comuni per il contagio di alcuni residenti. Inoltre, la giunta campana aveva emanato in precedenza altre ordinanze contenenti il divieto di passeggiate e attività motoria in generale con ordinanza del 13 marzo ben prima delle restrizioni imposte a livello nazionale.

²⁰ Si pensi all'ordinanza della sindaca di Roma che ha chiuso parchi pubblici, limitato del trasporto pubblico e ridotto il servizio dei taxi.

²¹ Il governo dice di basare i suoi provvedimenti sul parere di un comitato tecnico scientifico di esperti.

²² Per una loro definizione, vedi G. RAZZANO, *Le ordinanze di necessità e urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, IV, Napoli 2008, 1966 ss..

di brevissimo tempo con contenuto frammentario e talvolta disomogeneo si giustifica in virtù delle ragioni emergenziali che li sorreggono.

I decreti di Conte sul Coronavirus non sono previsti dalla Costituzione e si fa fatica anche a cercarli nella legge che disciplina la potestà normativa del governo²³. Sono stati utilizzati anche per definire i "livelli essenziali di assistenza", prestazioni a cui corrispondono di certo i diritti e le libertà fondamentali. Tuttavia, in questo periodo sono stati utilizzati per limitare di tutto di più.

Si tratta di atti amministrativi che non hanno forza di legge poiché difettano dei caratteri propri dell'astrattezza e della generalità. Sono fonti secondarie che, nella gerarchia delle fonti, sono al di sotto dei regolamenti che, pur essendo formalmente amministrativi, sono provvedimenti sostanzialmente normativi. Orbene, se gran parte delle limitazioni alle libertà fondamentali garantite dal dettato costituzionale provengano proprio da tale categoria giuridica, appare evidente il *vulnus* di tutele che ne consegue.

L'atto legislativo è soggetto ad una serie di controlli previsti dal testo costituzionale²⁴, mentre l'atto amministrativo, come il d.P.C.M., è uno strumento giuridicamente fragile, che sfugge ai controlli del potere pubblico, se non quello del possibile sindacato innanzi a un giudice amministrativo qualunque sotto i profili di violazione di legge ed eccesso di potere entro gli stretti termini di impugnazione²⁵. Dal punto di vista formale, resta fuori dal circuito decisionale e della verifica della validità, cosa che, al contrario, avverrebbe con l'adozione di decreti legge o di regolamenti del governo. Quest'ultimi sarebbero compatibili comunque con l'urgenza, in quanto andrebbe acquisito il parere del Consiglio di Stato entro novanta giorni, un termine più che rilassato che potrebbe anche scendere vista la situazione.

Non è chiaro se questi d.P.C.M. abbiano natura sostanziale di regolamenti o di ordinanze. Da un lato, si pongono come disposizioni attuative del d.l. n. 6 del 2020, quindi, sarebbero regolamenti. Dall'altro lato, rinviano alla dichiarazione di stato di emergenza e sono provvisori: dunque, sarebbero ordinanze. L'ordinanza del Ministro della Salute del 20 marzo 2020 è stata, di fatto, utilizzata

²³ L. 23 agosto 1988, n. 400

²⁴ Approvazione delle due Camere, promulgazione del Presidente della Repubblica, eventuale sindacato da parte della Corte costituzionale

²⁵ Esclusa la possibilità di applicazione estensiva o analogica delle norme che prevedono ipotesi tassative di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (i già citati artt. 113, comma 1, lettere p) e q), del c.p.a. e 47, comma 1, lettera i) del d.lgs n. 1 del 2018), il riparto di giurisdizione sarà questione da affrontare secondo i principi generali del rapporto tra interesse legittimo e diritto soggettivo e la declinazione dell'art. 7 c.p.a..

per consentire al Presidente del Consiglio di non intervenire con un nuovo d.P.C.M. prima della scadenza di quello precedente, lasciando intendere che il Governo ritiene sovrapponibili i due atti. La qualifica dei d.P.C.M. rileva dal momento che le ordinanze hanno una forza derogatoria della legislazione vigente che i regolamenti non hanno.

Nel loro aspetto testuale i recenti d.P.C.M. si prestano a numerosi dubbi interpretativi, essendo atti che mirano a produrre effetti retorici e psicologici prima che giuridici. Già il Presidente del Consiglio nella conferenza stampa che ha preceduto la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale -atto dovuto solo nella sostanza, dato che il testo era conosciuto dalla sera prima- ha voluto sottolineare che il decreto dell'8 marzo avrebbe contenuto raccomandazioni e inviti²⁶. Quel d.P.C.M. puntava cioè a persuadere più che a prescrivere, contenendo delle regole piuttosto generali. Per questo il decreto è un provvedimento retoricamente orientato²⁷. Sembrerebbe che sia meglio la *soft law* della *hard law*. La questione è che l'indeterminatezza di tali proposizioni apre il campo alla discrezionalità del potere e a forme coercitive non subito decifrabili²⁸.

A tali atti governativi si intersecano varie ordinanze che possono porsi in contrasto con le normative centrali, che potrebbero innescare veri e propri conflitti di competenze. L'autorità amministrativa competente, Presidente della Regione o Sindaco, può, pertanto, adottare tutti quei provvedimenti anche urgenti ma che non contrastino con i provvedimenti di natura centrale.

Tutte le ordinanze che, per cercare di contenere il contagio, disciplinino la materia in contrasto con le disposizioni del governo sono inefficaci. Tali atti pertanto non saranno invalidi, ma privi di effetti, ossia perfettamente validi ma congelati. Saranno efficaci, al contrario, tutte quelle ordinanze che non contrastino le misure adottate a livello statale.

In conclusione, il d.l. n. 6 del 2020, prevede la possibilità di adottare, da parte delle autorità competenti, ulteriori misure di gestione dell'emergenza e di contenimento per prevenire la diffusione dell'epidemia fuori dai casi di quanto

²⁶ L'art. 3 del medesimo d.P.C.M. elenca invece delle regole di *soft law* in un'ottica informativa e di prevenzione.

²⁷ La retorica è la tecnica che persuade, mentre la norma giuridica è un comando

²⁸ Il d.P.C.M. del 9 marzo ha posto un divieto assoluto di assembramento. A ogni divieto corrisponde una sanzione, e in questa disposizione la sanzione non è espressa. Il che ne rende oscura la comprensione ai destinatari. Una disposizione scritta in tale maniera contiene soltanto un messaggio: sappiano tutti che esiste un divieto. Nella logica dell'emergenza, lasciar aleggiare lo spettro di un generale divieto, senza precisarne i confini, induce paura. Identica l'interpretazione che si deve dare al d.P.C.M. dell'11 marzo. Il decreto impone la sospensione di alcune attività economiche, ma non prevede sanzioni per l'inosservanza.

già previsto dal Legislatore nell'art. 1 del d.l. n. 6 del 2020. In tale caso la norma si riferisce alle autorità competenti, ma la materia, come detto precedentemente, appartiene a quelle a legislazione concorrente e un'eventuale ordinanza del Presidente della Regione potrebbe essere emanata solo in un quadro generale stabilito preventivamente o non in contrasto con i principi già delineati a livello statale. Altrimenti, potrebbero crearsi preoccupanti e inopportuni conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato.

La limitazione dei diritti e delle libertà costituzionali non può essere mai, nemmeno in questa emergenza, di competenza del Presidente di regione, almeno non in questa forma. Secondo alcune opinioni tali ordinanze possono essere pericolose soprattutto perché andrebbero a sovvertire, ribaltandola, la catena di comando e controllo entrata in vigore dopo la Dichiarazione Stato di emergenza del 31 gennaio 2020²⁹.

3. Il bilanciamento dei diritti costituzionali coinvolti.

Tale complesso intrigo nel sistema delle fonti ha consentito il convivere in parallelo di provvedimenti a efficacia nazionale e poteri a efficacia territoriale limitata, in primo luogo le ordinanze di urgenza dei Presidenti di regione e delle altre autorità amministrative. Tale aspetto, ha una notevole incidenza sulle stime delle fonti che possono incidere sui diritti fondamentali. In base a tali considerazioni, alcuni giuristi hanno parlato di «eclissi delle libertà costituzionali»³⁰.

Con l'attuale sistema il Presidente del Consiglio è abilitato a stabilire quali misure che limitano i diritti e le libertà fondamentali possono essere adottate. Uno schema, tuttavia, che appare problematico. Soltanto una volta che l'epidemia sarà terminata sarà possibile una valutazione nel merito sulla adeguatezza e sulla coerenza di queste misure. I d.P.C.M., letti insieme al d.l. n. 6 del 2020, hanno messo in campo la più intensa limitazione dei diritti e delle libertà fondamentali garantiti dalla Carta costituzionale dal momento in cui è in vigore,

²⁹ F. COSTANTINI, *Alcune considerazioni giuridiche sul modello normativo di contrasto alla epidemia/pandemia da covid-19". Le limitazioni al diritto di libera circolazione. Rapporti tra fonti del diritto. Il modello di autocertificazioni per giustificare la mobilità. direttive e circolari*, in www.diritto.it, p. 15

³⁰ M. AINIS, *Il bisticcio del potere*, La Repubblica, 3 marzo 2020; esprimono un atteggiamento critico anche M. OLIVETTI, *Coronavirus. Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avvenire*, 11 marzo 2020, F. CLEMENTI, *Coronavirus, quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm*, in *Il Sole 24Ore*, 13 marzo 2020; L. CASAROTTI, *L'emergenza per decreto*, in www.jacobinitalia.it, 13 marzo 2020; M. PLUTINO, *I decreti di Conte sul Coronavirus*, in *Il Riformista*, 14 marzo 2020.

pur con una serie di meccanismi di flessibilizzazione dei divieti e delle prescrizioni che in taluni casi li riducono a mere raccomandazioni.

Con tutti questi provvedimenti si è dato vita ad una catena di rinvii da una fonte all'altra simile alle matrioske russe³¹. Sembra urgente, quindi, che il Governo e soprattutto le Camere riflettano sulla situazione. Il problema è la modalità scelta per scarificare le libertà. La domanda ineludibile è: è ragionevole e conforme a Costituzione immaginare che in tema di diritti fondamentali la loro sospensione e compressione avvenga con atti amministrativi come le ordinanze contingibili e d'urgenza in base ad una norma autorizzatoria generica e indeterminata? È possibile che la limitazione dei diritti fondamentali possa avvenire a geometria variabile come succede nel caso in cui la loro limitazione avvenga in forza di un provvedimento amministrativo di una Autorità a competenza territoriale definita e non coincidente con tutto il territorio nazionale?

In breve tempo i d.P.C.M. hanno limitato i diritti che la nostra Costituzione dichiara inviolabili, stabilendo da quali autorità e a quali condizioni questi possano subire eventuali restrizioni, che possono essere adottate soltanto se motivate da casi di eccezionale gravità.

La situazione eccezionale che sta fronteggiando il Paese richiede un impegno anche sul fronte giuridico per non rinunciare mai alla bussola della legalità ed alla tutela giurisdizionale³² nei confronti del potere esercitato *contra legem* nonché per ricordare come sia sempre la Costituzione a segnare con i suoi principi e valori, anche nei tempi dell'emergenza, una linea di confine tra ciò che è legittimo e ciò che resta vietato. Atteso che le scelte che il governo sta adottando sono senza precedenti nella storia della Repubblica, questo non significa dare giudizi su chi abbia agito bene e chi non, ma bisogna prendere atto, da operatori del diritto, di cosa stia accadendo per riflettere sulle molteplici ricadute dell'emergenza all'interno del nostro impianto costituzionale³³.

Per gli aspetti giuridici, il discorso vira dalla legalità alla legittimità di tali misure, che trovano consenso unanime soltanto per l'eccezionalità del pericolo per la salute e l'incolumità pubblica che la società avverte. Ma tra le vittime del Covid-19 ci sono anche i diritti fondamentali e da qui è evidente la difficoltà dell'apparato pubblico nel coordinare aspetti organizzativi e gestionali che sono diventati oggetto di infinite riunioni.

³¹ F. PIZZETTI, *Idem*

³² Artt. 24 e 113 Cost.

³³ M. PAPPONE, *I rischi di una confusione semantica ai tempi dell'emergenza Coronavirus tra Decreti legge, ordinanze, DPCM e Circolari*, in www.iusinitinerere.it, 18 marzo 2020, p. 3.

Tra Ministero, Regione e Comuni i cittadini si confondono tra chi è realmente incaricato di gestire l'emergenza e per quali aspetti e chi no. Quindi, è inevitabile chiedersi fino a che punto un contagio possa minare i diritti e le libertà degli individui e condizionare il reciproco bilanciamento tra loro. La violazione dei diritti è dovuta dalla pesante limitazione dei movimenti e dall'obbligo di quarantene³⁴. Ciò ha alimentato il dibattito sul bilanciamento tra interessi pubblici, libertà e diritti fondamentali. La tutela della salute pubblica appare un interesse preminente rispetto ad altri diritti fondamentali degli individui. Nel caso del Coronavirus, sulla base di un criterio di "massima precauzione", l'Italia ha introdotto varie misure di restrizione agli spostamenti, limitando l'esercizio dei diritti fondamentali.

Il rispetto del diritto alla salute e la giustificabilità su base scientifica di tali misure costituiscono i principi in base ai quali analizzare la legittimità e la liceità delle stesse. Tali azioni hanno fin da subito suscitato opinioni e critiche nella comunità scientifica, così come tra i giuristi e gli attivisti dei diritti civili. Il tema posto dagli interventi normativi adottati in via eccezionale per contrastare il Coronavirus è, in generale, quello del bilanciamento tra la garanzia dei diritti fondamentali alla salute pubblica ed all'accesso ai servizi essenziali.

Nessuno ha mancato di evidenziare lacune, insufficienze, carenze di coordinamento, sistematicità, chiarezza, semplificazione e linearità dei provvedimenti che si sono andati via via stratificando in modo incessante dall'inizio dell'emergenza sanitaria. La complessità di questa normativa, la rapidità con la quale si è dovuto provvedere ad una situazione rispetto alla quale eravamo impreparati e la necessità di adeguare le norme emanate all'evolversi della situazione epidemiologica assolvono dalle critiche che non considerano il fine con il quale il Governo si è dovuto misurare, ossia modificare l'assetto delle regole esistenti per fermare il normale funzionamento della nostra società per preservare la salute pubblica, tentando di contenere i danni devastanti della pandemia³⁵.

Lo scopo perseguito, ossia la gestione dell'emergenza sanitaria in corso, e la necessità e proporzionalità delle limitazioni sono collegati e costituiscono il nucleo fondamentale della ponderazione alla base delle misure attuate.

³⁴ F. PIZZETTI, *Idem*.

³⁵ A. MARESCA, *Il diritto del lavoro al tempo del COVID-19*, in *federalismi.it*, 1 aprile 2020, p. 5.

Sembrerebbe quindi che la salute sia valore preminente su qualunque altra istanza individualistica³⁶.

Il bilanciamento dei beni costituzionalmente rilevanti ha come parametro l'art. 32 Cost.. Solo nel diritto alla salute ricorre il tema di diritto fondamentale. L'art. 32 parla della salute come diritto individuale e come interesse della collettività, termine quest'ultimo che richiama le esigenze di contenimento di malattie diffuse, anche con trattamenti sanitari senza consenso. In generale, la dottrina e la giurisprudenza riconoscono un particolare valore al diritto alla salute e al connesso diritto alla vita. Tutti gli altri diritti si possono ponderare, il diritto alla vita è l'unico diritto qualificato come assoluto, destinato a prevalere sempre sugli altri³⁷. La *ratio* è che la vita è preconditione per il godimento di tutti i diritti, senza la vita non si può godere di nessun diritto.

Un ulteriore equilibrio costituzionale, che l'emergenza Coronavirus e i provvedimenti che ad essa intendono fare fronte, è con l'art. 2 e art. 3, secondo comma, Cost.. Del resto, lo stesso decreto legge n. 6 del 2020 afferma che ogni misura di contenimento e gestione deve essere proporzionata e necessaria all'esito di prevenzione³⁸. Lo scoglio del giudizio di ragionevolezza è per tutelare l'unico diritto cui la Costituzione riserva l'aggettivo "fondamentale". A tal fine, le Regioni sono chiamate a concorrere con lo Stato.

Il d.l. n. 6 del 2020 e, in generale, tutti i provvedimenti di risposta all'emergenza epidemiologica recente sono ispirati a esigenze di eguaglianza sostanziale. L'epidemia è paritaria nella sua diffusione, ma selettiva negli effetti, in quanto colpisce in forma più grave i soggetti più fragili come ad esempio gli anziani, gli immunodepressi o i portatori di patologie croniche. Quindi, tale prevenzione della diffusione dell'epidemia è per riequilibrare condizioni diseguali di partenza.

Inoltre, la mancata riduzione del potenziale numero di malati produrrebbe un sovraccarico del servizio sanitario pubblico, compromettendone la funzione di risposta universale volta a fornire uguali cure ai cittadini. Difendere le funzionalità del servizio sanitario pubblico corrisponde a esigenze di uguaglianza sostanziale. tuttavia, per avere tali effetti le misure di contenimento devono agire necessariamente, come si è detto varie volte, verso la riduzione della socialità.

³⁶ S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 110.

³⁷ M.S. BONOMI, *Il diritto alla salute e il sistema sanitario nazionale*, in *Federalismi*, 20 luglio 2014.

³⁸ Ad avviso di V. Baldini, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, cit., p. 592, "il richiamo alla proporzionalità ed adeguatezza non bastano da sole ad offrire all'atto una copertura di legittimità costituzionale se, ad es., si tiene conto del fatto che, per dottrina costante e consolidata, la limitazione di diritti fondamentali costituisce, in via di principio, una forma di ingerenza in sfere di garanzia sancite dalla Costituzione".

L'art. 2 Cost. opera una scelta di valore per la socialità, per lo svolgimento della personalità dell'essere umano "nelle formazioni sociali"³⁹. La frequenza scolastica, l'attività associativa, culturale e sportiva sono espressioni di un valore costituzionale. Vi deve essere, dunque, la consapevolezza che la riduzione della socialità agisce su di esso e deve essere giustificata e può esserlo sulla base dell'ispirazione egualitaria sostanziale accennata.

Questa prospettiva conferma che davanti ai dilemmi proposti dalla "società del rischio"⁴⁰, l'estensione di principi e valori costituzionali costituisce un avvio imprescindibile di risposta; che questa esperienza emergenziale può essere un'occasione per riconsiderare. Come noto, la diffusione del Coronavirus ha indotto gli Stati a introdurre misure restrittive dei diritti individuali, indispensabili per bloccare la diffusione dell'epidemia. Sono diritti e libertà garantiti dalla Costituzione e dai trattati internazionali a tutela dei diritti umani cui l'Italia fa parte. Ma la domanda è: sono ammissibili restrizioni ai diritti individuali?

La Costituzione e le convenzioni sui diritti umani prevedono la possibilità di introdurre limitazioni al godimento dei diritti. Queste si ritengono legittime quando sono tese a salvaguardare gli interessi collettivi, come la salute o la sicurezza pubblica, o gli interessi essenziali dello Stato. Queste misure limitative possono avere carattere ordinario, ossia essere previste in linea generale nelle singole disposizioni che codificano un dato diritto, oppure straordinario. Infatti, in situazioni emergenziali è contemplata la possibilità di introdurre misure derogatorie, ossia provvedimenti eccezionali che sarebbero vietati, ma che diventano leciti in quanto sono volti a contrastare un pericolo eccezionale che minaccia "la vita della nazione".

Esistono alcuni parametri formali e sostanziali che devono essere rispettati nell'attuare entrambe le tipologie di restrizioni. Queste devono essere, in primo luogo, previste dalla legge, in ossequio al principio di legalità volto a limitare l'arbitrio dell'autorità pubblica. Inoltre, le limitazioni devono essere proporzionate all'interesse che si vuole proteggere, e lo Stato è dunque chiamato a bilanciare la misura restrittiva e il bene meritevole di tutela⁴¹.

Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto-legge di un d.P.C.M.. È problematico che una fonte normativa di rango secondario limiti libertà costituzionali, come ad esempio l'art. 41 Cost.. Il Presidente del Consiglio, di

³⁹ Sull'art. 2 Cost., M. FIORAVANTI, *Costituzione Italiana: Articolo 2*, Carocci, Roma, 2017.

⁴⁰ Tema della *Risikogesellschaft* elaborato negli anni '80 dal sociologo tedesco Ulrich Beck

⁴¹ E. SOMMARIO, *Misure di contrasto al coronavirus e rispetto dei diritti umani*, in *affarinternazionali.it*, 29 marzo 2020.

concerto con i Ministri, avrebbe dovuto chiedersi quali siano i settori strategici per l'economia nazionale che vale la pena lasciare aperti, quali siano i servizi essenziali per il Paese e se c'è qualcosa a cui è possibile rinunciare. Stiamo assistendo in questo periodo soltanto ad un continuo "apri tutto" e "chiudi tutto" tra Stato e Regioni. Ad esempio, perché le edicole devono aprire prima e le società che si occupano di gestione delle infrastrutture dopo?

Una volta fatte queste considerazioni bisogna individuare il minimo di lavoratori necessario per espletare le principali mansioni e tutelare la loro salute. Quando tale schema sarà definito, il Governo dovrà imporre linee guida a datori di lavoro e proprietari di impresa, senza lasciare niente alla discrezionalità dei privati. Il Presidente del Consiglio deve decidere cosa è strategico e irrinunciabile e cosa no, quali siano i rischi da dover correre, rispettando l'art. 41 Cost..

4. Stato di eccezione o di emergenza?

La situazione del rischio sanitario connesso all'insorgenza del Coronavirus si è evoluta con tempi così rapidi da giungere alla dichiarazione dello stato di emergenza⁴². La nostra Costituzione non prevede l'ipotesi dello stato d'emergenza né dello stato d'eccezione⁴³. Al di fuori di questa ipotesi, in caso di necessità ed urgenza, il Governo adotta i decreti legge.

La gestione dell'emergenza ha sottoposto alcune disposizioni costituzionali a un'indubbia tensione che coinvolgono le procedure con le quali sono stati introdotti i limiti sempre più restrittivi ai diritti e alle libertà costituzionali⁴⁴. Il ponderamento tra interessi di rilievo costituzionale in conflitto è attività imprescindibile del Parlamento in situazioni ordinarie e del Governo nelle forme indicate nell'art. 77 Cost. in situazioni straordinarie.

Per far fronte all'emergenza, il nostro Paese ha optato per un modello che rispecchia uno stile etico e un modo d'intendere l'interesse nazionale che fanno leva sul principio di solidarietà⁴⁵. Il modello al quale si sta ispirando il nostro Paese riflette una strategia basata sull'idea per la quale il senso dell'appartenenza comunitaria prevale sull'individualismo esasperato⁴⁶.

⁴² Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020.

⁴³ Si tratta di due categorie differenti. La prima si riferisce alla ricorrenza di eventi calamitosi, la seconda alla rottura del *pactum* politico, concetto chiave della dottrina politica di Carl Schmitt.

⁴⁴ Per esempio, le riserve di legge previste negli artt. 13 ss. Cost. richiederebbero, se non una legge ordinaria, almeno dei decreti-legge.

⁴⁵ I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in www.questionegiustizia.it, 18 marzo 2020.

⁴⁶ Cfr. R. BUFFAGNI, *Epidemia coronavirus: due approcci strategici a confronto*, in www.italiaemondo.it, 14 marzo 2020. Al contrario, il modello opposto, che sceglie

È impossibile non riflettere su cosa stiamo vivendo in termini di restrizioni di diritti e libertà fondamentali. È qualcosa difficile da immaginare in uno stato di diritto, in condizioni normali, condizioni che però il Coronavirus ha improvvisamente allontanato da noi, gettandoci in una situazione mai sperimentata prima. Lo stato di eccezione, nel nostro ordinamento costituzionale, giustifica deroghe, ma non indiscriminatamente. La tenuta dello stato di diritto, anche dinanzi all'emergenza, richiede limiti e controlli al potere del Governo di incidere restrittivamente su diritti e libertà fondamentali⁴⁷.

La sovranità esiste in forma pregiudiziale anche quando inizia a diffondersi il costituzionalismo. Nei regimi costituzionali lo stato di eccezione si configura in termini assoluti, che possono sospendere la Costituzione, che non limitata se non dal criterio di adeguatezza dell'azione alle circostanze. "Sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione"⁴⁸.

Sino all'entrata in vigore del d.l. n. 6 del 2020 la tensione di ordine generale non è sfociata in una torsione quale si sarebbe verificata se fosse stato affermato uno stato di eccezione straordinariamente nei termini che la dottrina politica designa come esercizio di sovranità pura⁴⁹. Il riferimento è a Carl Schmitt, che osserva come sia un carattere dello Stato di diritto "differire il più possibile il problema della sovranità", intesa come competenza illimitata sospensiva dell'ordinamento vigente⁵⁰.

Al contrario, proprio l'utilizzo del decreto legge mantiene nell'alveo ordinamentale la reazione all'emergenza epidemiologica facendone oggetto di norme di rango primario adottate rispettando l'art. 77 Cost..

consapevolmente di sacrificare una quota importante della popolazione, fa un calcolo costi/benefici che è stato paragonato a uno stile strategico squisitamente bellico: non adottando misure restrittive, o adottando solo misure parzialmente restrittive, in quanto giudicate dannose per l'economia, quest'ultimo modello punta tutto sulla cura dei malati, pur nella consapevolezza che nessun sistema sanitario sarebbe in grado di prestare le cure necessarie a tutti i contagiati dal virus.

⁴⁷ Vedi G. AZZARITI, *Le misure sono costituzionali a patto che siano a tempo determinato* (intervista), in www.repubblica.it, 8 marzo 2020; V. BALDINI, *Lo stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in dirittifondamentali.it, 10 marzo 2020; G. BATTARINO, *Decreto-legge "COVID-19", sistemi di risposta all'emergenza, equilibrio costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 1° marzo 2020; A. CANDIDO, *Poteri normativi del governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in forumcostituzionale.it, 10 marzo 2020; F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm*, ne *Il Sole24Ore*, 13 marzo 2020.

⁴⁸ È l'incipit di C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità (1922)*, in id., *Le categorie del 'politico'*, il Mulino, Bologna 1972, p. 33.

⁴⁹ G. BATTARINO, *Decreto-legge "COVID-19", sistemi di risposta all'emergenza, equilibrio costituzionale*, in www.questionegiustizia.it, 1 marzo 2020.

⁵⁰ C. SMITH, *Le categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, Bologna, 1972, pp. 38-39.

Alcuni ordinamenti costituzionali disciplinano il c.d. stato di eccezione o di emergenza. In Francia, ad esempio, i poteri sono attribuiti al Presidente della Repubblica, mentre in Italia, considerando che la Costituzione è nata in seguito alla dittatura fascista, soltanto lo stato di guerra è disciplinato come stato di emergenza. Per le situazioni bisognose di interventi urgenti esiste il decreto legge, che rompe il principio di separazione tra i poteri e trasferisce provvisoriamente il potere legislativo dal Parlamento al Governo. I decreti legge prevedono, tuttavia, un controllo preventivo del Capo dello Stato e uno successivo del Parlamento, sancendone in tal modo la legittimità⁵¹.

Occorre registrare una certa "leggerezza" governativa nell'utilizzo di d.P.C.M.. è un elemento del costituzionalismo quello per cui gli organi costituzionali non devono essere dotati di poteri eccessivi, ma essere in equilibrio tra di loro. Questo non soltanto nelle situazioni ordinarie, ma anche in quelle straordinarie, quando sarebbe più facile approfittare dell'emergenza per stravolgere gli equilibri costituzionali. Il bisogno di intervenire con urgenza non rende percorribili le strade ordinarie, quale sarebbe stata l'approvazione di una legge. Il Parlamento, quindi, è completamente tagliato fuori.

La circostanza che il Presidente del Consiglio sia titolare di un potere di ordinanza emergenziale di fatto indefinito sembra produrre un'eccessiva concentrazione di potere nelle sue mani, a maggior ragione considerando che il potere in questione nasce da un decreto legge, ossia da un atto deciso dal Governo di cui egli stesso è alla guida. Le procedure d'urgenza non dovrebbero ridursi ad attribuire tutto il potere in mano ad un solo soggetto, ed è il principale motivo perché la Costituzione italiana non disciplina lo stato di emergenza.

Le Costituzioni moderne hanno ripreso in vario modo questa idea, individuando organi e procedure per la gestione delle situazioni di macro e di micro emergenza, in cui la forza della Costituzione si attenua. Tuttavia, recentemente si tende a sottolineare che questa non viene meno, operando invece diversamente dalle situazioni ordinarie. La conseguenza principale è che i diritti fondamentali vengono compressi. Inoltre, la Costituzione dei poteri individua organi e procedure appositi, diversi da quelli ordinari per fronteggiare l'emergenza.

Il Governo italiano ha inquadrato la situazione di emergenza del Coronavirus come un evento igienico-sanitario, dichiarando lo stato di emergenza sanitaria. Quando il virus ha investito alcune parti del territorio italiano, ha adottato il d. l.

⁵¹ Per una definizione del decreto legge *vedi*, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Manuale di Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 389 ss.

n. 6 del 2020, che ha individuato una serie di interventi che limitano i diritti e le libertà fondamentali, rimettendone l'attuazione a d.P.C.M.. Le misure devono essere unicamente volte a debellare la malattia e non devono minare in modo permanente il rispetto dei diritti e dello stato di diritto. Una volta che l'emergenza sarà superata, sarà possibile valutare l'adeguatezza e la coerenza di queste misure nel merito. Un'attenta verifica tecnica dovrà essere compiuta auspicabilmente da parte di una Commissione tecnica, che sottoponga un rapporto al Parlamento e all'opinione pubblica. Intanto, ci si può chiedere se le misure che il Presidente del Consiglio ha deciso di adottare siano costituzionalmente corrette. L'Italia è uno Stato costituzionale di diritto, e anche quanto sta accadendo in questo periodo non può sfuggire al limite costituzionale, anche se è inevitabile che ogni snodo del sistema costituzionale sia messo in tensione in situazioni come quelle attuali⁵².

Il Presidente del Consiglio dei Ministri diventa quindi una sorta di *dictator*⁵³, che può stabilire quali siano le limitazioni dei diritti fondamentali che possono essere adottate. Questo schema appare problematico dal punto di vista costituzionale e ci si chiede se il bisogno di efficacia che ha spinto a disegnarlo non possa essere soddisfatto con soluzioni procedurali più compatibili a Costituzione.

Il costituzionalismo liberale non può rinunciare allo Stato di diritto, che è un grande progresso di civiltà giuridica. Il problema dello Stato di diritto è difenderlo. Ciò che invece sorprende, in un sistema di Stato di diritto, è la legittima possibilità dell'adozione di misure che limitano gran parte delle libertà individuali, nonché altri aspetti, di ordine formale e sostanziale. Presupposti di legittima adozione dell'esercizio del potere di limitare le libertà individuali sono, in generale, l'urgenza e l'indifferibilità dell'intervento in relazione anche alla ragionevole previsione del danno incombente e conseguente ad un intervento non tempestivo, nonché l'impossibilità di provvedere con i mezzi ordinari stabiliti dalla legislazione.

Ma in questo tempo di Coronavirus lo Stato costituzionale di diritto quale presidio insuperabile a tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli, sembra venire meno a seguito dello zelo operativo delle istituzioni territoriali per cercare di contrastare la diffusione del virus. L'emergenza sanitaria deve essere affrontata con misure adeguate e ragionevoli dagli organi competenti,

⁵² M. OLIVETTI, *Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator»*, in *Avvenire*, 11 marzo 2020.

⁵³ Dittatura cui i romani facevano ricorso in situazioni di pericolo per la Repubblica, introducendo in quel caso una figura giuridica – il *dictator*, appunto – che per sei mesi sostituiva i consoli.

nonostante queste misure comportino, come in tale caso, il sacrificio anche drastico dei diritti di libertà. Questo, tuttavia, non comporta di rinunciare alla tutela giurisdizionale *ex artt.* 24 e 113 Cost., se il potere non sia esercitato conformemente alla legge e, per tale ragione, si mostri illegittimo e prevaricatore. La Costituzione liberale, con i suoi principi e valori anche in questa situazione emergenziale, segna la linea di discriminazione tra cosa è giusto e legittimo e cosa che, comunque, resta vietato.

5. Un'emergenza sanitaria a livello mondiale.

Lo stato di emergenza sanitaria è stato dichiarato non soltanto dalle autorità interne ma anche, e soprattutto, dall'OM.S., quindi si sta parlando di uno stato d'emergenza che, di fatto, consente al Governo un intervento straordinario e urgente incisivo. È evidente che la riespansione delle libertà deve essere assicurata appena cessata la situazione emergenziale. D'altro canto, è necessario ricordare che gli Stati devono tutelare gli individui su cui esercitano la propria giurisdizione da minacce gravi ed imminenti, specialmente se mettono a repentaglio il diritto alla vita. Se, quindi, questi non prendessero alcuna misura per evitare il contagio, violerebbero comunque i propri obblighi internazionali. Il d.l. n. 6 del 2020 richiama le considerazioni dell'O.M.S. che ha classificato l'epidemia da COVID-19 come emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale, giustificando la situazione di straordinaria necessità e urgenza che legittima l'emanazione di misure di contrasto e contenimento del virus. Alla luce dell'emergenza del Coronavirus si pongono taluni problemi anche in merito alle ricadute sulle Olimpiadi, che sono state persino sospese, insieme agli altri eventi sportivi quali il calcio, la F1, la Fie, il ciclismo e ranking Atp di tennis. Gli aggiornamenti relativi all'ampliamento dei contagi dell'epidemia di Covid-19 continuano a confermare l'evidente gravità dell'emergenza ed è condivisibile la scelta del C.I.O. di rinviare le Olimpiadi. Vista tale situazione di emergenza, era facile prevedere un rinvio. È uno slittamento che diventa inquietante, se si confronta con le motivazioni precedenti che portarono al rinvio *sine die* dell'appuntamento sportivo più prestigioso. Fino ad ora soltanto le due Guerre Mondiali le avevano fermate, come nel 1940⁵⁴.

⁵⁴ Nel 1940, quando lo scoppio della Seconda guerra mondiale fece saltare i Giochi Olimpici. Ed è allora che sarebbe iniziata la maledizione dei 40 anni: nel 1980 le Olimpiadi di Mosca furono segnate dal boicottaggio americano in segno di protesta per l'invasione sovietica dell'Afghanistan, ora nel 2020 c'è una minaccia nuova, mai vista prima, che risponde al nome di coronavirus.

La sospensione di manifestazioni ed eventi sportivi e la chiusura di palestre e impianti sportivi rimane uno dei punti più deboli. Sono stati buttati gran parte dei 12 miliardi di dollari investiti nelle Olimpiadi, ma nessuno potrà mai spostarsi senza una situazione sanitaria tornata alla normalità e in piena sicurezza. Il coronavirus è diventato una pandemia globale, e non poteva essere mai sconfitto completamente in tempo per consentire il normale svolgimento delle Olimpiadi. Si deve sempre tenere presente che le Olimpiadi hanno indubbia rilevanza sociale. Ovviamente, la prima motivazione per tutti gli sportivi è tutelare la salute, dando esempio con un comportamento responsabile. Per qualunque atleta non poter gareggiare nella competizione più importante non è una buona notizia, ma considerata la gravità della situazione sanitaria a livello internazionale, non c'era altra scelta. Bisogna tutelare la salute di tutti e anche gli atleti devono adeguarsi a questo momento di crisi internazionale.

Tutti gli atleti e gli spettatori non si sarebbero mai spostati mai senza una situazione sanitaria tornata alla normalità e in piena sicurezza. Il motivo principale del rinvio delle Olimpiadi è la salvaguardia della salute e la sicurezza degli atleti, di tutti i partecipanti e della comunità internazionale. I Giochi dell'anno prossimo saranno la testimonianza della sconfitta del virus.

Il comunicato del C.i.o. rispecchia la comune preoccupazione per la pandemia mondiale Covid-19 e per ciò che sta causando alla vita delle persone e al significativo impatto che sta avendo sulla preparazione degli atleti globali per i Giochi. La pandemia di Covid sta "accelerando" e in questa situazione difficile, andare a fare le Olimpiadi era come giocare alla roulette russa. Questa esperienza sta facendo riflettere e riscoprire i valori e il rinvio, dettato dal buon senso, era inevitabile. Il rinvio delle Olimpiadi si tratta di un caso in cui ha avuto rilievo una necessità o un'urgenza percepita talmente imminente da determinare una frattura, più o meno rilevante, alle regolarità svolgimento. Per la loro ricorrenza, casi simili non solo non sono stati mai praticati, ma hanno fornito notevoli tentazioni per le implicazioni di potere eccezionale che fisiologicamente portano con sé. Il discorso ha mostrato come si sia evoluto il modo di reagire in termini giuridici alle situazioni più gravi di emergenza collettiva. I rischi e le cause delle necessità principali non sono cambiati, ma il modo con il quale oggi si affrontano le eccezioni che accompagnano le emergenze si è raffinato e ha fatto tesoro di esperienze secolari con la consapevolezza che tale mondo giuridico, ossia il "diritto dell'emergenza", è complesso, pieno di rischi.

6. Conclusione: la necessità di una manovra di rientro sui diritti.

Il quadro normativo che si è cercato di presentare pone una serie di problemi molto delicati, poichè le misure descritte incidono drasticamente su diritti e libertà fondamentali garantiti dalla Costituzione, come per esempio la libertà di circolazione (art. 16), la libertà di riunione (art. 17), il diritto all'istruzione, ecc.. In primo luogo, si può ritenere piuttosto lungo il periodo di "silenzio" dal 31 gennaio al 23 febbraio e pian piano che l'emergenza cresceva e la situazione si aggravava sono state adottate misure sempre più restrittive.

In questa vicenda il Parlamento ha fatto la sua comparsa solo per convertire in legge il decreto legge madre, da cui è derivata "a cascata" la catena degli atti normativi che sono stati adottati fino ad ora. In pratica, il legislatore si è "volatilizzato" di fronte al rischio del contagio, riducendo la propria funzione costituzionale alla precipitosa ratifica delle decisioni governative in sede di conversione del decreto legge. Le norme emanate in questi giorni accentrano gran parte dei poteri nelle mani del Governo con un controllo parlamentare diradato, se non addirittura annullato. Questo elemento è criticabile, come tutte le altre ipotesi di limitazione del libero dibattito parlamentare⁵⁵.

Per un verso, le Camere sono state tenute fuori da tale procedura emergenziale, dall'altro è preoccupante come esse, che in una situazione come questa dovrebbero essere convocate addirittura in seduta permanente, non si siano più riunite, facendo mancare il controllo democratico previsto dalla Costituzione. Libertà costituzionali e diritti fondamentali dei cittadini sono stati praticamente azzerati per decreto. Bisogna correggere il tiro e il Parlamento deve ritrovare il suo ruolo.

La Costituzione prevede che soltanto il decreto legge è lo strumento per fronteggiare gli stati di necessità ed urgenza. Quindi, la normativa consente di derogare ai diritti in caso di emergenza, ma l'Italia ha scelto delle modalità giuridiche rischiose, lasciando ampi poteri alle autorità amministrative di limitare i diritti. Sarebbe, pertanto, necessaria una normativa temporanea che ci rimetta nell'alveo dei diritti costituzionali e, successivamente, un intervento del legislatore che chiarisca i termini esatti.

Quello di cui vi è bisogno è approvare una legge che, in modo generale e preventivo, disciplini emergenze che possono incidere sui diritti fondamentali dei cittadini, coinvolgendo sempre il Parlamento, di operare sempre sulla base di una valutazione della proporzionalità e adeguatezza delle misure che si

⁵⁵ Riduzione del numero dei parlamentari presenti, accorpamento dei provvedimenti, riduzione dell'attività in commissione, voto telematico senza previa adeguata discussione.

intendono prendere e di riservare al Presidente del Consiglio il potere emergenziale di adottare provvedimenti di urgenza anche quando essi possano incidere sui diritti fondamentali. Per di più, tale legge dovrà definire anche il procedimento da adottare, l'Autorità giudiziaria alla quale i cittadini possano impugnare il provvedimento e le garanzie da assicurare ai cittadini. Nel frattempo, tenendo presente che una legge così complessa non è affare di tempi come questi, è necessario almeno di operare assicurando coerenza con la Costituzione. Il testo costituzionale prevede la possibilità di restringere alcuni diritti costituzionali per motivi di sanità o di incolumità pubblica⁵⁶. È importante che le limitazioni siano decise con legge perché è un atto approvato dal Parlamento, l'organo che rappresenta tutti. La deliberazione delle Camere è garanzia del fatto che tutti siano coinvolti nella decisione che limita la libertà di tutti. Ci troviamo davanti a vizi di forma estremamente sostanziali per quanto concerne i valori in gioco e i rischi che possono far correre alle libertà degli individui. Sarà quindi necessario fin da subito che si provi di mettere a punto una "manovra di rientro" del sistema delle fonti e si correggano i provvedimenti emergenziali rendendoli più conformi al testo costituzionale.

Alla fine dell'indagine, in un clima emergenziale che mette a dura prova le fonti del diritto, la tenuta del sistema sembra demandata al buon senso della collettività, nella consapevolezza che la stagione dei diritti dello Stato sociale deve lasciare spazio alla stagione dei doveri, primo tra tutti quello solidaristico. Nell'attesa di un auspicabile riordino normativo e provvedimentale in una sorta di Testo Unico delle misure di contrasto al corona virus, vi è l'estrema necessità di una maggiore informazione sul piano giuridico. Maggiore chiarezza, maggiore precisione, maggiore uniformità questo si chiede. L'emergenza ha tolto tante libertà, ma non potrà toglierci il ragionare di "diritto"⁵⁷. Se questa vicenda ci insegna a prestare più attenzione alla tutela della salute e alla necessità di garantire le emergenze di tutti i giorni con un servizio sanitario nazionale in grado di assicurare il diritto fondamentale alla salute e le cure a tutti, ciò sarebbe una conseguenza positiva rispetto a tale tragedia. Se, al contrario, si pensa di poter stabilizzare una riduzione della socialità, un aumento dell'individualismo, la paura dell'altro e dell'ignoto, al rischio sanitario consegue un nefasto regresso

⁵⁶ Art. 16 Cost.. Al contrario, la sentenza n. 68 del 1964 della Corte costituzionale pone una riserva di legge. Significa che la legge può limitarsi a dettare la normativa di carattere generale, demandando poi ad atti normativi secondari adottati dal potere esecutivo, come i regolamenti o le ordinanze, la specificazione del dettaglio.

⁵⁷ F. COSTANTINI, *Idem*, p. 31.

culturale che ci allontanerebbe dalla prospettiva di libertà garantita dal testo costituzionale.

Lo stile strategico di gestione dell'epidemia rispecchia l'etica e il modo di intendere interesse nazionale e priorità politiche degli Stati. La scelta dello stile strategico di gestione è politica. Il contagio viene contrastato con provvedimenti emergenziali di isolamento della popolazione. Come si è potuto notare nel conflitto tra Stato e Regioni all'apertura della crisi epidemiologica, i livelli decisionali si sovrappongono e, al contempo, si ostacolano reciprocamente. L'implementazione del modello "conteniamo il contagio per salvare tutti i salvabili" richiede l'applicazione di stringenti misure delle libertà. L'Italia ha scelto di salvare tutti i salvabili. Questa volta è semplice dire: *right or wrong, my country*.

Il trattamento dati nell'era del covid-19. La "law enforcement directive" tra prevenzione del crimine e repressione del contagio.

di Alessia PALLADINO*

SOMMARIO: **1.** Il trattamento dati nell'era del contagio. **2.** La "Law Enforcement Directive" tra prevenzione del crimine e repressione del contagio. **3.** La "Law Enforcement Directive" nel contesto nazionale: criticità operative e semantiche. **4.** Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: *This Article aims at shedding light upon the Directive 2016/680 (so called "Law Enforcement Directive") in the Covid-19 scenario. In this regard, the analysis of most important aspects of this recently enacted Directive on data protection in the police and criminal justice sectors that will be determinative of its effective and consistent application in practice in the health emergency.*

1. Il trattamento dati nell'era del contagio.

La recente diffusione epidemica ha conquistato lo scenario internazionale con estrema dirompenza, ingenerando a livello nazionale stati emergenziali di matrice sanitaria e costituzionale.

La necessità di arrestare la rapidità del contagio ha condotto all'adozione di decreti ministeriali che, ossequiando il principio del bilanciamento¹, hanno limitato e sospeso l'esercizio di una pletora di diritti e libertà fondamentali (si pensi alla libera circolazione, ma anche alle attività di partecipazione a riunioni e culti religiosi, alla libertà personale e di impresa)², a tutela della salute individuale e collettiva.

Simili misure, al contempo, segnano il principio di una labile trasfigurazione dello Stato verso modelli organizzativi sempre più improntati alla prevenzione, dominati in senso assoluto dall'interesse di tutelare la pubblica sicurezza e l'incolumità pubblica. La transizione risulterebbe fortemente coadiuvata dalle più

* Dottore di ricerca in Humanities and New Technologies, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, specializzata nelle professioni legali presso la S.S.P.L. dell'Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa.

¹ In tema di bilanciamento riecheggiano gli insegnamenti degli studiosi di teoria generale del diritto come Robert ALEXY: sul punto cfr. *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998, nonché *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, 2005, X, p. 99 ss..

² Sul punto cfr. V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, del 27 febbraio 2020.

recenti innovazioni tecnologiche – come i *Big data*, l'Intelligenza Artificiale e il *Machine learning* –, che consentono l'implementazione di modelli predittivi, in grado di prevedere la verificazione di eventi futuri e dannosi, al fine di neutralizzarne efficacemente gli effetti negativi³.

Tale scenario si acuisce nell'attuale periodo emergenziale, in cui la tecnologia assurge a strumento ambivalente, capace di asseverare tanto la tutela dei diritti fondamentali, quanto il controllo della popolazione⁴. Risuonano in tema le più consolidate esperienze orientali⁵, ove si è assistito ad una politica poliedrica, tesa parallelamente alla repressione delle condotte illecite e alla prevenzione di future devianze⁶.

In tali casi, se per un verso si è assistito alla riconversione di strumenti – tipicamente preordinati alla videosorveglianza della popolazione per ragioni di ordine pubblico e di sicurezza⁷ – in presidi di controllo epidemiologico e delle condotte individuali, per altro verso si è consolidato l'utilizzo (già sperimentato dal 2003 per la SARS) di App basate su algoritmi di *Automated Decision Making*⁸, per individuare i contravventori agli obblighi imposti dall'autorità pubblica (come l'obbligo di indossare mascherine), nonché per imporre il divieto di circolazione e la quarantena coatta per tutti quei cittadini con stati di alterazione febbrile, o comunque venuti in contatto (anche indirettamente) con soggetti successivamente confermati positivi.

Il ricorso a simili strumenti, fortemente incentrati sulla geolocalizzazione degli *smartphone*, rappresenta uno scenario non estraneo al contesto europeo. In particolare, i vari Stati membri dell'Unione, a causa dello scarso successo delle

³ J. KLEINBERG, H. LAKKARAJU, J. LESKOVEC, J. LUDWIG, S. MULLIANATHAN, *Human Decisions and Machine Predictions*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2017, p. 237.

⁴ C. FARALLI, *Diritti e nuove tecnologie*, in *Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica* n. 2/2019, pp. 43 ss.; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, II, 2016.

⁵ A cui si aggiungono le più recenti sperimentazioni condotte in Israele, focolaio altrettanto significativo per numero dei contagi: *Cyber-intel firms pitch governments on spy tools to trace coronavirus*, *Postmedia Breaking News*, 28 Aprile 2020.

⁶ La peculiare forma di stato, commune alla maggior parte di paesi orientali, si è riverberata nella dicotomia cybersecurity – cybersurveillance. Per approfondimenti in tema cfr. MELANIE J. TEPLINSKY, *Fiddling on the roof: recent developments in cybersecurity*, 2 *Am. U. Bus. L. Rev.* 225 (2013); sull'esperienza cinese si v. Liudmyla Balke, *China's new Cybersecurity Law and U.S.-China Cybersecurity issues*, 58 *Santa Clara L. Rev.* 137 (2018).

⁷ Spesso adoperando sistemi di rilevamento biometrico: sul punto cfr. K. W. WONG, *The Face-ID Revolution: The Balance between Pro-Market and Pro-Consumer Biometric Privacy Regulation*, in *Journal of High Technology Law*, Vol. 20, Issue 1 (2020), pp. 229-269.

⁸ C. COGLIANESE, D. LEHR, *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era*, 105 *Geo. L.J.* 1147; O. TENE, J. POLONETSKY, *Taming the golem: challenges of ethical algorithmic decision-making*, 19 *N.C. J.L. & Tech.* 125 (2017).

misure normative di contenimento sociale predisposte a livello nazionale e locale, hanno maturato l'esigenza di ricorrere a strumenti di monitoraggio degli spostamenti dei propri cittadini e di tracciamento dei contatti⁹, ingenerando un sentito dibattito sulla compatibilità di tali misure rispetto al diritto alla protezione dati¹⁰.

In realtà, la dinamica non rileva esclusivamente ai fini dell'applicazione del Regolamento 2016/679/Ue (di seguito, il "GDPR")¹¹, circa il trattamento di dati personali per la tutela di interessi vitali dei soggetti interessati, giacché le attività di trattamento potrebbero essere sorrette da ulteriori e differenti finalità. Invero, la violazione delle misure adottate a livello nazionale – sull'obbligo di quarantena per i soggetti dichiarati positivi e sulle restrizioni agli spostamenti – costituiscono profili idonei per la configurazione dei delitti di epidemia dolosa o colposa (di cui, rispettivamente, agli artt. 438 e 452 c.p.) e del più mite reato contravvenzionale di cui all'art. 650 c.p.

Pertanto, l'intento di prevenire simili reati, a tutela della salute pubblica ed individuale, potrebbe legittimare l'attività di monitoraggio delle competenti autorità di controllo ai sensi della Direttiva 2016/680/Ue¹², relativa al trattamento dei dati personali ai fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati.

Lo scenario prospettato non risulta utopico, se affiancato ai più recenti orientamenti in materia di sicurezza urbana integrata¹³: gli ultimi approdi

⁹ M. FARINA, *La data protection ai tempi del coronavirus tra prevenzione dei reati e repressione del contagio*, in rivista BioDiritto 2020, consultabile all'indirizzo www.biodiritto.org.

¹⁰ Le criticità sottese alla protezione dati hanno richiesto, al fine di fornire un approccio comune a livello europeo, l'intervento del Comitato europeo per la protezione dei dati personali (European Data Protection Board). Il Comitato è intervenuto in subiecta materia dapprima con lo *Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak*, in seguito con le *Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak*, adottate il 21 aprile 2020.

¹¹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), pubbl. in GU L 119 del 4.5.2016, pagg. 1–88, consultabile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>.

¹² Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, pubbl. in GU L 119 del 4.5.2016, pagg. 89–131, consultabile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX:32016L0680>

¹³ Il concetto di sicurezza urbana integrata è stato pienamente introdotto con il decreto legge 14/2017, successivamente convertito nella legge 48/2017, Conversione in legge, con

normativi¹⁴, invero, restituiscono una nuova morfologia dell'ambiente urbano¹⁵, che per farsi "smart" predilige la sinergia tra azione amministrativa e strumento repressivo – sanzionatorio ai meri baluardi proattivi della "resilienza urbana"¹⁶, confidando nell'ausilio tecnologico come mezzo facilitatore del contrasto¹⁷.

In questo senso, il presente lavoro mira ad illustrare i possibili scenari derivanti dall'applicazione della cd. "Law Enforcement Directive"¹⁸, che potrebbe configurarsi – alla luce della vaghezza concettuale ed applicativa in tema di sicurezza urbana¹⁹ – come uno tra i vari strumenti di prevenzione dei reati connessi all'inosservanza delle restrizioni e, consequenzialmente, di neutralizzazione del contagio. Per tali ragioni, l'intento di ricerca mira a enucleare i profili più critici connessi al trattamento dei dati personali nello svolgimento delle attività di polizia, onde riflettere sulle garanzie che dovranno essere assicurate agli interessati, anche sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia e della prassi applicativa europea.

2. La "Law Enforcement Directive" tra prevenzione del crimine e repressione del contagio.

modificazioni, del decreto-legge 20 febbraio 2017, n. 14, recante *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città*, pubbl. in GU Serie Generale n.93 del 21-04-2017.

¹⁴ Decreto legge 14 giugno 2019, n. 53, recante "Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica", pubbl. in GU Serie Generale n.138 del 14-06-2019. Per un approfondimento sul Decreto – legge cfr. A. ALGOSTINO, *Sicurezza urbana, decoro della "smart city" e poteri del prefetto. Note intorno alla "Direttiva Salvini sulle zone rosse" (n. 11001/118/7 del 17 aprile 2019) ed alcune recenti ordinanze dei prefetti di Bologna, Firenze e Siracusa*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, fasc. 1, pt. 3, pp. 105-130.

¹⁵ Si veda: G.G. NOBILI, T.F. GIUPPONI, E. RICIFARI, N. GALLO (a cura di), *La sicurezza delle città. La sicurezza urbana e integrata*, Milano, 2019.

¹⁶ Sul punto cfr. G. PIGHI, *Spazi e destinatari delle politiche di sicurezza urbana: la città divisa*, in *Diritto penale e processo* n.11/2019, pp. 1518-1530. Secondo l'A. per "resilienza delle città" deve intendersi una "caratteristica del sistema urbano che lo protegge dai fattori critici e favorisce il recupero degli equilibri originari con l'azione quotidiana di prevenzione, interventi organizzati, servizi, controlli e la vigilanza sul territorio": la definizione è fornita da United Nations, *Prague declaration for habitat III Europe regionalmeeting*, Prague, 16-18march 2016, in <http://www.mmr.cz>. Per un ulteriore confronto sul punto, si veda S. D'Antonio, *Verso Habitat III, la Dichiarazione di Praga promuove la visione europea sullo sviluppo urbano sostenibile*, in *Enti locali & Pa*, Il Sole XXIV ore, 25 marzo 2016.

¹⁷ Si veda: M. PAVARINI, *Sicurezza dalla criminalità e governo democratico della città*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Volume 1, Milano, 2006, 1039 ss.

¹⁸ Per un primo commento, cfr. T. QUINTEL, *Article 29 Data Protection Working Party Opinion on the Law Enforcement Directive*, (2018) 4 *Eur Data Prot L Rev* 104.

¹⁹ La definizione di "sicurezza urbana", individuata all'articolo 4 della L. 48/2017, si connota per un estremo dinamismo.

La Direttiva 2016/680/UE inaugura un vero e proprio processo di modernizzazione della *data protection* nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale²⁰, che, come si evidenzierà nel prosieguo, risulta tradizionalmente contraddistinto da profonda frammentazione e carenza di incisività.

In passato²¹, invero, sin dal Trattato di Amsterdam la cooperazione si esauriva nella mera procedura di riconoscimento reciproco²², strumento insufficiente ed anacronistico rispetto alle innovazioni tecnologiche in atto: l'incremento della disponibilità di dati digitali e di strumenti di comunicazione costituivano precondizioni essenziali per le autorità competenti degli Stati membri coinvolte nella lotta contro la criminalità²³, che auspicavano l'adozione di atti normativi che regolassero lo scambio di informazioni, ivi compreso quello relativo ai dati personali.

Di converso, la disciplina si caratterizzava per una latente frammentarietà contenutistica ed istituzionale²⁴, rimanendo affidata alla competenza del Consiglio, ed alla carenza di uno strumento giuridico di portata generale. Per tali ragioni, fu emanata dal Consiglio la Decisione quadro 2008/977/GAI²⁵, che purtroppo non apportò i progressi auspicati nella realizzazione di standard e regole comuni in materia di *data protection*; al contrario, la Decisione quadro si

²⁰ Per approfondimenti, cfr. G. RUGANI, *La protezione dei dati nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale alla luce della direttiva (UE) 2016/680: frammentazione ed incertezze applicative*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* n.1/2019, pp. 75-92. M.M. CARUANA, *The reform of the EU data protection framework in the context of the police and criminal justice sector: harmonisation, scope, oversight and enforcement*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2017.

²¹ Si veda, in proposito, la Raccomandazione del Consiglio d'Europa, n. R (87) 15 del Comitato dei ministri agli Stati membri relativa alla *Disciplina dell'uso di dati personali nell'ambito della pubblica sicurezza*, adottata il 17 settembre 1987, disponibile all'indirizzo <https://rm.coe.int/168062dfd4>.

²² A. GRZELAK, *Protection of Personal Data of Crime Victims in European Union Law - Latest Developments*, in *Polish Yearbook of International Law* n. 38/2018, pp. 209-228.

²³ A. MARANDOLA, *Information sharing nella prospettiva del Trattato di Prüm e della decisione di recepimento nel quadro giuridico dell'Unione*, in F. PERONI, M. GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, Trieste 2009, pp. 164-189.

²⁴ Ciò era dipeso soprattutto dal sistema ordinamentale vigente prima della riforma di Lisbona, ove la strutturazione in pilastri comportava una forte distinzione e distacco del settore della cooperazione dalle altre materie. Per approfondimenti si v. C. GLON, *Data protection in the European Union: A closer look at the current patchwork of data protection laws and the proposed reform that could replace them all*, in *International Journal of Legal Information* 2014, Vol. 42, p. 475.

²⁵ Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, pubbl. in GU L 350 del 30.12.2008, pagg. 60-71, consultabile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX:32008F0977>.

rivolgeva agli Stati membri con un approccio minimalista, escludendo dal proprio ambito di applicazione il trattamento dei dati svolti all'interno dei confini nazionali²⁶.

Alla luce delle evidenziate criticità, è indubbio che la Direttiva 2016/680/UE apporti un contributo significativo alla modernizzazione della data protection²⁷, esplicitando l'intento del legislatore dell'Unione di addivenire ad una più compiuta armonizzazione del settore²⁸.

²⁶ T. MARQUENIE, *The Police and Criminal Justice Authorities Directive: Data protection standards and impact on the legal framework*, in *Computer Law & Security Review*, 2017, vol. 33, n. 3, pp. 324-340. Secondo l'articolo 3 paragrafo 1 della Proposta di Decisione quadro COM/2005/0475 def., invece, la Decisione quadro doveva applicarsi anche ai trattamenti effettuati all'interno dei confini nazionali dei singoli Stati membri: «La presente decisione quadro si applica al trattamento di dati personali, interamente o parzialmente automatizzato, nonché al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare negli archivi da parte di un'autorità competente ai fini della prevenzione, dell'indagine, dell'accertamento e del perseguimento dei reati penali».

²⁷ C. GONZALEZ, *Nuevos paradigmas de la cooperación judicial penal en la Unión Europea*, in *VVAA (a cura di BARONA VILAR)*, *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 339 e ss..

²⁸ Cfr. Garante europeo per la protezione dei dati, *Opinion 6/2015, A Further Step Towards Comprehensive EU Data Protection, EDPS recommendations on the Directive for data protection in the police and justice sectors*, del 28 ottobre 2015, consultabile all'indirizzo https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2015/further-step-towards-comprehensive-eu-data_en. Secondo il Considerando 28 del Regolamento (UE) 2018/1727: «La direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio stabilisce norme armonizzate per la protezione e la libera circolazione dei dati personali trattati a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia dalle minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse. Al fine di garantire lo stesso livello di protezione per le persone fisiche mediante diritti giuridicamente tutelati in tutta l'Unione e di prevenire disparità che possano ostacolare lo scambio di dati personali tra Eurojust e le autorità competenti degli Stati membri, opportuno che le norme per la protezione e la libera circolazione dei dati personali operativi trattati da Eurojust siano coerenti con la direttiva (UE) 2016/680». Lo scopo di garantire più elevati standard di armonizzazione traspare sin dai primi Considerando della Direttiva 2016/680/UE: vengono in rilievo, in particolare, i Consideranda 4 e 7, rispettivamente tesi a motivare la necessità di un adeguato livello di protezione dei dati personali e di un livello di tutela equivalente in tutti gli Stati membri dei diritti e delle libertà delle persone fisiche.

Abrogando la Decisione quadro 2008/977/GAI²⁹, la "Law Enforcement Directive" si pone come *lex specialis* del coevo Regolamento 2016/679/Ue³⁰, presentando un ambito applicativo territoriale e materiale più ampio rispetto alla Decisione quadro 2008/977/GAI.

Essa, infatti ha ad oggetto tutte le attività di trattamento dei dati personali – ivi comprese quelle *purely domestic*³¹ – da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali. Al riguardo, l'art. 3 n. 7), fornisce una definizione alquanto elastica di "autorità competente", dovendosi con ciò intendere (i) qualsiasi autorità pubblica competente in materia di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica ovvero (ii) qualsiasi altro organismo o entità incaricati dal diritto dello Stato membro di esercitare l'autorità pubblica e i poteri pubblici a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica.

L'ampiezza terminologica comporta dunque che le attività di trattamento dati possano esser realizzate oltre che dalle autorità di pubblica sicurezza (Polizia di Stato, ovvero Polizia Postale) e dalla magistratura inquirente, anche da qualsiasi altro organismo o entità incaricati dal diritto dello Stato membro di esercitare l'autorità pubblica e i poteri pubblici³².

²⁹ La Direttiva è entrata in vigore il 5 maggio 2016 e doveva essere recepita dagli Stati membri entro il 6 maggio 2018, data a decorrere dalla quale è stata abrogata la Decisione quadro 2008/977/GAI. L'Italia ha provveduto al recepimento della Direttiva attraverso il d.lgs. del 18 maggio 2018, n. 51, Attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, pubbl. in GU Serie Generale n.119 del 24-05-2018.

³⁰ M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *Le nuove normative europee sulla protezione dei dati personali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2016, n. 1, pp. 1-39.

³¹ L. COLONNA, *The new EU proposal to regulate data protection in the law enforcement sector: raises the bar but not high enough*, in *IRI Promemoria*, 2012, n. 2, pp. 1-10.

³² Il Considerando 11 della Direttiva confermerebbe tale impostazione nel menzionare gli istituti finanziari: questi, "a fini di indagine, accertamento o perseguimento di reati, conservano determinati dati personali da essi trattati, e li trasmettono solo alle autorità nazionali competenti in casi specifici e conformemente al diritto dello Stato membro". Sul punto per approfondimenti si v. M.M. CARUANA, *The reform of the EU data protection framework in the context of the police and criminal justice sector: harmonisation, scope, oversight and enforcement*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2017.

Nel complesso, il carattere di specialità della normativa si intercetta nella presenza di disposizioni speculari a quelle contenute nel GDPR, talvolta coincidenti anche nella enumerazione³³: vengono in rilievo, in particolare, i principi sul trattamento dei dati personali, il rapporto tra titolare del trattamento e soggetto interessato, nonché i diritti dell'interessato.

Al pari del Regolamento, anche la Direttiva risulta teleologicamente preordinata alla tutela dell'interessato, che viene così collocato al centro del sistema di *data protection*³⁴: l'articolo 12 della Direttiva (cui corrisponde, specularmente, l'articolo 12 GDPR), in effetti, fissa regole di condotta per il trattamento dei dati personali, che dovrà essere incentrato sui canoni di trasparenza, liceità e correttezza; il rispetto della deontologia comportamentale si traduce nell'obbligo, gravante sul titolare del trattamento, di comunicare al soggetto interessato tutte le informazioni relative al trattamento, in forma concisa, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro³⁵.

Dalla disamina del contesto normativo sembrerebbe, quantomeno *prima facie*, che l'autorità pubblica agisca sulla scorta di un modello del tutto speculare a quello relativo alla *data protection* nelle attività di tracciamento dei contatti, ricavabile dal combinato disposto del GDPR e della Direttiva 2002/58/Ce³⁶.

³³ È il caso, come si evidenzierà nel prosieguo, dell'articolo 12 della Direttiva, destinato a disciplinare, similmente a quanto previsto dall'articolo 12 GDPR le comunicazioni che il titolare del trattamento è tenuto a garantire nei confronti dell'interessato.

³⁴ G. GONZÁLEZ FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Dordrecht, 2014. Come evidenziato dal Considerando n. 7 della Direttiva 2016/680/Ue, "Un'efficace protezione dei dati personali in tutta l'Unione presuppone il rafforzamento dei diritti degli interessati e degli obblighi di tutti coloro che trattano dati personali, nonché poteri equivalenti per controllare e garantire il rispetto delle norme di protezione dei dati personali negli Stati membri".

³⁵ Più precisamente, dalla lettura congiunta degli articoli 12 e 13 della Direttiva (rubricati, rispettivamente, "Comunicazioni e modalità per l'esercizio dei diritti dell'interessato" e "Informazioni da rendere disponibili o da fornire all'interessato") emerge che il titolare del trattamento debba mettere a disposizione dell'interessato almeno le seguenti informazioni: a) l'identità e i dati di contatto del titolare del trattamento; b) i dati di contatto del responsabile della protezione dei dati, se del caso; c) le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali; d) il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo e i dati di contatto di detta autorità; e) l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento l'accesso ai dati e la rettifica o la cancellazione dei dati personali e la limitazione del trattamento dei dati personali che lo riguardano. In casi specifici, inoltre, il titolare del trattamento dovrà comunicare all'interessato: a) la base giuridica per il trattamento; b) il periodo di conservazione dei dati personali oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo; c) se del caso, le categorie di destinatari dei dati personali, anche in paesi terzi o in seno a organizzazioni internazionali; d) se necessario, ulteriori informazioni, in particolare nel caso in cui i dati personali siano raccolti all'insaputa dell'interessato.

³⁶ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni

Tuttavia, ad una più approfondita analisi della Law enforcement Directive, emergono lampanti e più profondi segnali di divergenza rispetto all'assetto normativo generale. In particolare, la stessa imprime un duplice regime derogatorio: infatti, se per un verso è possibile ovviare alla riservatezza delle comunicazioni elettroniche e al consenso dell'interessato per finalità di interesse generale³⁷, per altro verso la Direttiva introduce un regime totalmente eccentrico rispetto agli oneri informativi che il Regolamento attribuisce al titolare del trattamento.

In effetti, l'articolo 13, paragrafo 3, della Direttiva stabilisce che gli Stati membri possano adottare misure legislative intese a ritardare, limitare o escludere la comunicazione di informazioni all'interessato, ogniqualvolta la loro diffusione possa compromettere le indagini, la prevenzione o il perseguimento dei reati, ovvero la sicurezza pubblica e, nondimeno, i diritti e le libertà fondamentali altrui. La norma, peraltro, non consente unicamente il differimento di tali comunicazioni, ma legittima la mancata comunicazione preventiva all'interessato circa le attività di trattamento che l'autorità competente intende attuare, ogniqualvolta ciò comprometterebbe la prevenzione dei reati ovvero i diritti e le libertà fondamentali altrui: più precisamente, l'autorità pubblica potrà omettere ogni comunicazione all'interessato avente ad oggetto *(i)* il periodo di conservazione dei dati personali, *(ii)* la base giuridica per il trattamento, *(iii)* le categorie di destinatari dei dati personali, anche in paesi terzi o in seno a organizzazioni internazionali, ma soprattutto *(iv)* ulteriori informazioni, in particolare nel caso in cui i dati personali siano raccolti all'insaputa dell'interessato. Il riferimento a "ulteriori informazioni" risulta alquanto vago, costituendo un parametro di ambiguità che si accentua dalla lettura del Considerando 12, in base al quale andrebbero ricomprese anche le attività di polizia condotte senza previa conoscenza della rilevanza penale di un fatto. Ciononostante, la disposizione potrebbe nel complesso legittimare misure normative³⁸ che consentano alle autorità competenti, individuate dalla legge, di

elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), pubbl. in GU L 201 del 31.7.2002, pagg. 37–47 e consultabile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058>.

³⁷ E, in questo senso, costituisce un regime del tutto analogo a quello indicato per legittimare il trattamento dati attraverso l'utilizzo di app sul tracciamento. Sul punto cfr. ex multis, Garante per la protezione dei dati personali - Primi riscontri alle ipotesi avanzate all'interno del Gruppo di lavoro data-driven per l'emergenza COVID-19, consultabile all'indirizzo <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9316821>.

³⁸ In coerenza con il principio di legalità indicato nell'incipit dell'articolo 13, paragrafo 3, della Direttiva, laddove si afferma che "Gli Stati membri possono adottare misure legislative intese a

effettuare attività di trattamento dei dati personali (ivi compresi il tracciamento e la localizzazione) all'insaputa degli interessati: si potrebbe, ad esempio, geolocalizzare i soggetti sottoposti a quarantena obbligatoria, per prevenire il reato di epidemia di cui all'art. 438 c.p., così da garantire al contempo la sicurezza pubblica e la tutela dei diritti fondamentali altrui alla salute collettiva ed individuale.

Peraltro, facendo leva sull'elevata ampiezza applicativa del paragrafo 3 esaminato, l'elenco delle attività di trattamento condotte *clam altera parte* (all'insaputa dell'interessato) potrebbe risultare decisamente più variegato. Le attività di trattamento "silenti" condotte dalle autorità designate, tra le varie, potrebbero anche essere volte alla verifica postuma della veridicità contenutistica delle autodichiarazioni rilasciate dal cittadino per legittimare i propri spostamenti; in tali casi, l'esclusione di qualunque informazione potrebbe essere giustificata dall'esigenza di favorire le attività di indagine ed accertamento per verificare l'assenza di dichiarazioni mendaci (che altrimenti costituirebbero condotta idonea ad integrare il reato di cui all'art. 483 c.p.), ma soprattutto per evitare che queste arrechino pregiudizi ai diritti altrui (così come indicato dall'art. 13, paragrafo 3, lett. d)).

Tali considerazioni non risultano particolarmente distanti dall'attuale scenario empirico, soprattutto se si rammenta che il corrente modello di autodichiarazione impone al soggetto dichiarante di asserire "di non essere sottoposto alla misura della quarantena", ovvero di "non essere risultato positivo al Covid - 19". Per finalità di accertamento, invero, l'autorità pubblica potrebbe incrociare i dati relativi ai soggetti dichiarati positivi, con quelli relativi al monitoraggio degli spostamenti per garantire la massima tutela della salute, subordinando il rispetto della riservatezza e delle regole ordinarie in tema di protezione dati.

Peraltro, quanto appena affermato non risulta scalfito dalle più recenti posizioni esplicitate dal Comitato europeo per la protezione dati³⁹, giacché le stesse risultano circoscritte all'enucleazione di condizioni di liceità, correttezza e trasparenza del trattamento dati secondo le forme esclusive del Regolamento 2016/679/Ue, per finalità diverse da quelle fin qui enunciate.

Dalla breve analisi condotta, si deve constatare che le esenzioni introdotte dalla Law Enforcement Directive costituiscano una forte ingerenza nei diritti fondamentali, sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali

ritardare, limitare o escludere la comunicazione di informazioni all'interessato ai sensi del paragrafo 2".

³⁹ V. *supra*, nota 10.

dell'Unione europea⁴⁰. Tra queste, figura l'obiettivo di interesse generale della "prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati", senza che però si addivenga ad alcuna precisazione quanto alla natura di questi ultimi⁴¹. L'assenza di una compiuta definizione di "reato", ovvero di un esplicito parametro definitorio, rischia di minare gli intenti armonizzatori della Direttiva e, soprattutto, di ingenerare forte discrepanza applicativa⁴².

Nel prossimo paragrafo si procederà ad enucleare i profili critici sottesi alle attività di trattamento condotte ai sensi della Direttiva; a tal fine, l'analisi della casistica e della prassi europea costituirà un valido supporto per fornire primi parametri interpretativi.

3. La "Law Enforcement Directive" nel contesto nazionale: criticità operative e semantiche.

Come si è tentato di chiarire nei precedenti paragrafi, la Direttiva 2016/680/Ue cela un indiscutibile potenziale per la prevenzione dei reati. Essa potrebbe trovare applicazione nell'attuale scenario di contenimento del contagio, ove si inseriscono le più recenti proposte normative in tema di *app* per il *contact tracing*, basate su standard di interoperabilità con altri sistemi utilizzati a livello europeo⁴³.

⁴⁰ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000/C 364/01), consultabile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf.

⁴¹ Si tratta di criticità già note nel panorama europeo, connesse alla carenza di armonizzazione del settore penale, che hanno costantemente richiesto l'intervento interpretativo della Corte di giustizia, volto a chiarire se la nozione di "reato" debba intendersi come nozione autonoma, propria del diritto dell'Unione, o se al contrario occorra fare riferimento alla nozione di reato propria di ogni Stato membro: sul punto, per tutti, cfr. le Conclusioni dell'Avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe presentate il 3 maggio 2018, Causa C-207/16, *Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2018:300, consultabili all'indirizzo <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=201707&pageIndex=0&doclang=IT&mode=Ist&dir=&occ=first&part=1&cid=3707564#Footnote92>.

⁴² Sul punto cfr. Mireille M. CARUANA, *The reform of the EU data protection framework in the context of the police and criminal justice sector: harmonisation, scope, oversight and enforcement*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 33:3, 249-270, DOI: 10.1080/13600869.2017.1370224. Secondo l'A. (p. 252): «The fact that the EU has enacted a Regulation (the GDPR) setting out the general rules applicable to personal data processing, and a Directive (2016/680) setting out specific rules applicable to personal data processing for law enforcement purposes, means that uniform data protection rules do not apply in all areas of EU law».

⁴³ Si veda il Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali n. 79 del 29 aprile 2020, *Parere sulla proposta normativa per la previsione di una applicazione volta al tracciamento dei contagi da COVID-19* (doc. web n. 9328050), consultabile all'indirizzo <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9328050>.

La Direttiva solleva, al contempo, molteplici criticità operative e semantiche, che non hanno trovato tempestivo chiarimento nel recepimento nazionale, di cui al d.lgs. del 18 maggio 2018, n. 51: questi, infatti, nel limitarsi ad una mera trasposizione del testo normativo di rango europeo, costituiva anzitutto l'occasione per consolidare gli auspici manifestati dal Working Party Article 29 sulla necessità di esplicitare – in sede di recepimento – il termine massimo di conservazione dei dati⁴⁴.

Le precisazioni semantiche, del resto, sono state parimenti disattese. La novella non ha operato alcuna più efficace perimetrazione della nozione di "autorità competente" – che allo stato attuale rischia di rendere ulteriormente opachi i confini tra la Direttiva e il GDPR⁴⁵ –, né tantomeno ha contribuito a fornire chiarezza sull'impiego delle locuzioni "ordine pubblico" e "pubblica sicurezza", adoperate dal legislatore dell'Unione come concetti interscambiabili⁴⁶.

In realtà, l'assenza di qualunque delimitazione del regime derogatorio introdotto dall'articolo 13, paragrafo 3, rappresenta il vero *punctum dolens*. L'articolo 14 del decreto di recepimento, invero, si limita a statuire che il regime derogatorio possa essere previsto soltanto con disposizione di legge o di regolamento e fintantoché ciò costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica, tenuto debito conto dei diritti fondamentali e dei legittimi interessi

⁴⁴ L'articolo 5 della Direttiva rimette ai legislatori nazionali la facoltà di disporre che siano fissati adeguati termini per la cancellazione dei dati personali o per un esame periodico della necessità della conservazione dei dati personali. In ogni caso, misure procedurali garantiscono che tali termini siano rispettati. Il Working Party Article 29, nel citato Parere sulla direttiva (UE) 2016/680 aveva affermato che (p.4): «*La legislazione nazionale dovrebbe definire criteri chiari e trasparenti per valutare la necessità di un'ulteriore conservazione dei dati personali*».

⁴⁵ Come osservato dall'European Data Protection Supervisor, l'accezione ampia di "autorità competente" gemmava dall'approccio generalista del Consiglio. A tal fine, si suggeriva l'adozione di una nozione estremamente concisa e limitata, al fine di garantire maggiore certezza applicativa: cfr. European Data Protection Supervisor, Opinion 6/2015 del 28 ottobre, *A Further Step Towards Comprehensive EU Data Protection. EDPS recommendations on the Directive for data protection in the police and justice sectors*, nonché "Annex to Opinion 6/2015: Comparative Table of Directive Texts with EDPS Recommendations.", entrambe consultabili all'indirizzo edps.europa.eu.

⁴⁶ Tale criticità si riscontra sin dal Considerando 12. Questi, in particolare, stabilisce che: «Le attività svolte dalla polizia o da altre autorità preposte all'applicazione della legge [...] comprendono anche il mantenimento dell'ordine pubblico quale compito conferito alla polizia o ad altre autorità incaricate dell'applicazione della legge ove necessario per la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica e agli interessi fondamentali della società tutelati dalla legge che possono dar luogo a reati. Gli Stati membri possono conferire alle autorità competenti altri compiti che non siano necessariamente svolti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica [...]».

della persona fisica interessata⁴⁷: si tratta di un criterio assai vago, che non tiene conto né della natura dei dati trattati né della gravità dei reati. La questione richiama precedenti giurisprudenziali sviluppati ben prima dell'avvento della Law Enforcement Directive, insistenti sul problema affine dell'accessibilità ai dati, da parte delle autorità pubbliche, per motivi di pubblica sicurezza.

La casistica giurisprudenziale – ed in particolare il recente caso *Misterio Fiscal*⁴⁸– esamina, quali possibili parametri per valutare la prevalenza dell'ingerenza pubblica, (i) la categoria di dato personale trattata ovvero (ii) la gravità del reato. Quanto al primo criterio, la giurisprudenza ha affermato che sia irrilevante stabilire se i dati rivestano o meno un carattere particolarmente sensibile, giacché "qualsiasi dato relativo ad una persona, anche apparentemente inoffensivo, può rivestire un certo carattere di sensibilità (ad esempio un semplice indirizzo postale)"⁴⁹.

Per quanto concerne invece il secondo parametro, né la Direttiva 2016/680/Ue né il d.lgs. 51/2018 operano alcuna distinzione tra reati "gravi" e reati "in generale", che avrebbe potuto costituire un valido criterio discrezionale per legittimare un'ingerenza da parte dell'autorità competente.

Risulta dunque utile richiamare nuovamente la giurisprudenza in materia di accesso delle autorità pubbliche ai dati personali conservati dai fornitori di servizi di comunicazione⁵⁰.

⁴⁷ Peralto, sembra non aver trovato attuazione la previsione contenuta all'art. 13, paragrafo 4, della Direttiva, laddove si stabiliva che "Gli Stati membri possono adottare misure legislative al fine di determinare le categorie di trattamenti cui può applicarsi, in tutto o in parte, una delle lettere del paragrafo 3".

⁴⁸ Sentenza del 2 ottobre 2018, *Ministerio Fiscal*, causa C-207/16, *cit.* Per approfondimenti cfr. D. DEL VESCOVO, *L'accesso alle autorità pubbliche a dati personali di natura meramente identificativa non costituisce un'ingerenza grave nei diritti fondamentali degli interessati*, Nota a CGUE Grande sezione 2 ottobre 2018 (causa C-207/16), in *Amministrativamente*, 2018, fasc. 11-12, pp. 21 e ss.; G. FORMICI, *Tutela della riservatezza delle comunicazioni elettroniche: riflessioni (ri)partendo dalla pronuncia "Ministerio Fiscal"*, Nota a CGUE Grande sezione 2 ottobre 2018 (causa C-207/16), in *Osservatorio costituzionale* n. 3/2018, pp. 24 e ss.

⁴⁹ V. comunicazione della Commissione, del 13 settembre 1990, concernente la protezione delle persone per quanto riguarda il trattamento dei dati personali nella Comunità e la sicurezza dei sistemi d'informazione [COM(90) 314 def., pag. 20]. V. parere 1/15 (Accordo PNR UE-Canada), del 26 luglio 2017 (EU:C:2017:592, punto 124 e giurisprudenza ivi citata). Anche la Corte EDU si è pronunciata in tal senso (v. Corte EDU, 16 febbraio 2000, *Amann c. Svizzera*, CE:ECHR:2000:0216JUD002779895, §§ da 68 a 70).

⁵⁰ Sentenza dell'8 aprile 2014 *Digital Rights Ireland e a.*, C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238, nonché Sentenza del 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige e Watson e a.*, C-203/15 e C-698/15, EU:C:2016:970.

Sulla base del principio di proporzionalità, la Corte aveva affermato nel caso *Ministerio Fisca*⁵¹ che l'obiettivo perseguito da una normativa che disciplina tale accesso debba essere adeguato alla gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali che tale operazione determina: pertanto, una grave ingerenza poteva essere giustificata, in tale ambito, solo da un obiettivo di lotta contro la criminalità che doveva essere qualificata come "grave"; di converso, in caso di ingerenza "non grave" nei diritti fondamentali delle persone, l'accesso ai dati poteva essere giustificato dall'obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati in generale, indipendentemente dal tipo di dati personali. Il meccanismo argomentativo della Corte potrebbe essere replicato, a fronte degli opportuni contemperamenti, anche per l'applicazione dell'articolo 13, paragrafo 3, della Direttiva. In particolare, occorre distinguere l'ambito applicativo delle sentenze in commento rispetto a quello più fortemente afflittivo oggetto della Direttiva: difatti, al contrario del regime descritto dalla casistica giurisprudenziale, l'assenza di comunicazione preventiva di informazioni all'interessato non è suscettibile di maggiore o minore afflittività; al massimo, tale distinzione può sussistere se si tiene conto della ripartizione "ritardare – limitare – escludere". Pertanto, certamente il principio di proporzionalità potrebbe intendersi nel senso di ammettere deroghe *latu sensu* all'obbligo di comunicazione preventiva di informazioni all'interessato ogniqualvolta ciò impedirebbe soltanto l'accertamento o la prevenzione di reati "gravi". Risulta invece più arduo propendere all'estensione di un simile regime anche per ipotesi meno gravi, giacché un'interpretazione di tal sorta rischierebbe di svilire tanto il contributo evolutivo offerto dalla Direttiva, quanto l'intera impalcatura dell'ordinamento penale interno.

4. Considerazioni conclusive.

Le evidenze empiriche più recenti confermano che l'impiego della tecnologia possa apportare significativi benefici per la tutela della salute, sebbene determini la compressione di molteplici diritti del singolo.

Tale riflessione è tanto più necessaria alla luce delle potenzialità sottese alla Direttiva 2016/680/Ue. La Direttiva – e le disposizioni normative di recepimento – potrebbero costituire la nuova frontiera per la *data protection* nell'ambito della prevenzione ed accertamento dei reati connessi all'attuale situazione

⁵¹ Sentenza del 2 ottobre 2018, *Ministerio Fiscal*, *cit.*

emergenziale. In questo senso, la Direttiva potrebbe costituire, al contempo, strumento di prevenzione dei reati e di neutralizzazione del contagio.

Sebbene la Direttiva abbia inaugurato un processo di modernizzazione della *data protection* nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, essa risulta ancora priva di effettiva applicazione, rimanendo confinata all'ombra del Regolamento 2016/679/Ue.

L'incertezza applicativa della Direttiva, peraltro, opacizza i confini con il GDPR, condizionando il corretto coordinamento tra i due strumenti; del pari, le norme di recepimento nazionale costituiscono piuttosto un'occasione persa per apprestare i livelli essenziali di certezza giuridica.

In particolare, si auspica un più denso contributo del legislatore per poter riconfigurare l'intero assetto derogatorio descritto, rispettivamente, dall'articolo 13, paragrafo 3, della Direttiva e dall'articolo 14 del d.lgs. 51/2018.

Ciononostante, il particolare momento storico emergenziale potrebbe validamente costituire la prima vera e utile occasione per ripensare la valenza applicativa della Direttiva, che giustificerebbe il ricorso alla tecnologia per il contrasto al contagio.

Ciò implicherebbe, *funditus*, una globale rimeditazione della disciplina della *data protection* nel più ampio framework tematico della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, che tuttora risulta ancora oggetto di insanate fratture.

Il problema della frequentazione dei figli da parte del genitore non collocatario durante l'emergenza sanitaria da covid-19.

di Giorgio POTENZA*

SOMMARIO: **1.** Premessa: libertà costituzionali e tutela della salute pubblica ed individuale. **2.** Le misure di contenimento e gestione dell'emergenza sanitaria. **3.** Diritto alla bigenitorialità, superiore interesse del minore e "diritto di visita" del genitore non collocatario. **4.** *Law in action* ai tempi del Coronavirus. **5.** Osservazioni conclusive.

ABSTRACT: *The problem of the custody exchanges during the health emergency means an excellent test to understand how courts react in the time of a real exceptional law, about a subject very important in family law, concerning the interest of the child to a personal relationship and direct contact with both parents and their custody and visiting rights. The paper reveals that there is no single rule but only guiding criteria to be adopted in the light of the specific features of the concrete case.*

1. Premessa: libertà costituzionali e tutela della salute pubblica ed individuale.

La diffusione del Coronavirus ha causato – e probabilmente causerà ancora per lungo tempo – profonde ripercussioni nella vita di ciascuno di noi, soprattutto a livello introspettivo e socio-relazionale. Assistiamo ad una situazione emergenziale senza precedenti, paragonabile ad un vero e proprio stato di guerra, così come ha avuto modo di affermare il Presidente francese Macron in occasione del discorso alla Nazione del 16 marzo 2020: "*Nous sommes en guerre! En guerre sanitaire certes. Nous ne luttons ni contre une armée ni contre une autre nation, mais l'ennemi est là, invisible, insaisissable, et qui progresse*". Il prolungarsi e l'aggravarsi dell'urgenza sanitaria ha costretto il Governo italiano a ricorrere alle misure restrittive della quarantena, limitando l'esercizio di numerose libertà individuali, tra cui, senza pretesa di esaustività, si annoverano la libertà di circolazione, soggiorno ed espatrio (art. 16 Cost.), la libertà di riunione (art. 17 Cost.), il libero esercizio del culto religioso (art. 19 Cost.), e la

* Dottorando di ricerca in Diritto e Tutela presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

libertà di iniziativa economica (art. 41, comma 1 Cost.), al fine di contenere e gestire il più possibile la propagazione del virus¹.

Certamente, il riconoscimento delle libertà fondamentali dell'uomo rappresenta uno dei capisaldi dello Stato di diritto sin dalle prime carte costituzionali, nonché uno degli aspetti più qualificanti della struttura democratica di un ordinamento. La limitazione dei diritti e delle facoltà derivanti da queste libertà, tuttavia, è consentita dalla stessa Costituzione, oltre che dalle fonti internazionali e sovranazionali, allorché l'esercizio dei medesimi offenda o ponga in pericolo beni giuridici collettivi giudicati prevalenti nel processo interpretativo di bilanciamento tra interessi temporaneamente confliggenti.

È il caso della tutela della salute (art. 32 Cost.), bene giuridico da salvaguardare non solo a livello individuale ma anche come interesse della collettività, a discapito di ulteriori interessi, pubblici e/o privati, che risultano recessivi, in modo totale o parziale, sulla base dei principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità. In tal senso, ad esempio, la Costituzione prevede una riserva di legge rinforzata all'art. 16, che consente al legislatore di limitare la libertà dei cittadini di circolare e soggiornare in qualsiasi parte del territorio nazionale mediante restrizioni disposte in via generale, vale a dire non rivolte a singoli individui determinati, e giustificate soltanto da motivi di sanità o sicurezza.

Questa, dunque, la *ratio* a fondamento della decretazione d'urgenza posta in essere dal Governo durante l'attuale crisi sanitaria. E su queste basi devono poi essere assunti i provvedimenti giurisdizionali ed amministrativi, con particolare riguardo alla necessità di circoscrivere i casi in cui la circolazione degli individui sia stata eccezionalmente consentita sull'intero territorio nazionale.

A tal proposito, il problema degli spostamenti dovuti alla necessità di continuare le frequentazioni dei figli da parte del genitore non collocatario durante il periodo di emergenza rappresenta un ottimo banco di prova per comprendere quali siano state le soluzioni offerte dalla giurisprudenza di merito, ai tempi della vigenza di un vero e proprio diritto eccezionale, su un tema molto importante del diritto di famiglia, concernente il diritto alla bigenitorialità del minore ed il diritto-dovere di visita del genitore. Quest'ultimi, infatti, in periodo di emergenza sanitaria, necessitano di essere esercitati non solo alla luce del "superiore interesse del

¹ Per uno sguardo critico alla decretazione d'urgenza adottata dal Governo, la quale non sembra prevedere alcun limite se non quello meramente temporale, si v. l'articolo apparso in *La Repubblica* di F. BARTELLONI, *Coronavirus: la dialettica fra emergenza sanitaria ed emergenza normativa*, reperibile sul sito www.repubblica.it, consultato in data 05 aprile 2020.

minore”, ma anche nel rispetto delle seguenti misure adottate per la prevenzione e la tutela della salute pubblica, oltre che individuale.

2. Le misure di contenimento e gestione dell'emergenza sanitaria.

A seguito della dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il Coronavirus (PHEIC) da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità, datata 30 gennaio 2020, e delle raccomandazioni alla comunità internazionale dell'Organizzazione stessa circa la necessità di assumere misure adeguate, è stato dichiarato nel nostro Paese, con la Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, lo stato di emergenza di rilievo nazionale di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 1/2018, in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

Com'è noto, il decreto legislativo n. 1 del 2018, c.d. "Codice della protezione civile", disciplina in via generale il Servizio nazionale della protezione civile, definito di pubblica utilità, e le relative funzioni dirette a tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo, nel rispetto dei principi di leale collaborazione e di sussidiarietà, nonché in ossequio ai principi e alle norme della Costituzione e dell'ordinamento dell'Unione europea.

In considerazione della crisi internazionale determinata dall'insorgenza di rischi alla pubblica e privata incolumità, non fronteggiabile con mezzi e poteri ordinari, il Governo italiano ha ravvisato i presupposti di cui all' art. 7, c. 1, lett. c), (*"emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24"*), e dell'art. 24 del già citato decreto per la dichiarazione dello stato di emergenza di durata di 6 mesi dalla data del provvedimento, autorizzando il Capo del Dipartimento della protezione civile ad esercitare in via derogatoria di ogni disposizione vigente, ai sensi dell'art. 5 c. 1 del decreto legislativo, i poteri di ordinanza di cui all'art. 25 per il coordinamento dell'attuazione degli interventi necessari in materia di protezione civile.

Al fine di contenere e gestire l'emergenza epidemiologica da Covid-19, inizialmente circoscritta nell'area settentrionale della Penisola, nelle Regioni di Lombardia e Veneto, è stato varato il decreto legge del 23 febbraio 2020, n.6, il quale ha legittimato le autorità competenti, in particolare con successivi decreti

del Presidente del Consiglio dei ministri e con varie ordinanze regionali e sindacali, di adottare misure adeguate e proporzionate all'evolversi dell'epidemia, con l'applicazione di divieti di spostamento in entrata e in uscita dalle zone interessate dalla diffusione del virus, la sospensione delle attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità, e la chiusura o limitazione di orario di apertura degli uffici pubblici². Nei giorni successivi, in effetti, il Governo ha dato avvio ad una lunga serie di decreti attuativi in cui le misure di contenimento e gestione del contagio sono progressivamente diventate più stringenti e si sono gradualmente estese a tutto il territorio nazionale. Tra questi atti normativi si segnalano i D.P.C.M. datati 23 febbraio 2020, 25 febbraio, 01 marzo; 08 marzo; 09 marzo; 11 marzo e 22 marzo 2020, quest'ultimo prescrittivo del divieto su tutto il territorio nazionale e a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un Comune diverso rispetto a quello di attuale dimora, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di "*assoluta urgenza*" (formula che sostituisce la precedente "*situazioni di necessità*" adottata dal D.P.C.M. 08 marzo), ovvero per motivi di salute³. In virtù delle disposizioni contenute nel d.l. 25 marzo 2020⁴,

² Con i decreti legge 02 marzo 2020, n. 9; 08 marzo 2020, n. 11 e 17 marzo 2020, n. 18, invece, il Governo ha ritenuto sussistente la straordinaria necessità e l'urgenza di emanare ulteriori disposizioni relative a misure non solo di contrasto alla diffusione del predetto virus ma anche di contenimento degli effetti negativi prodotti sul tessuto socio-economico nazionale, potenziando il sistema sanitario nazionale e sostenendo le famiglie, i lavoratori e le imprese, e sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, rinviando d'ufficio le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari e sospendendo il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto, tranne nei casi di procedimenti aventi un particolare oggetto di causa e, in genere, in tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione avrebbe prodotto un grave pregiudizio alle parti. Quest'ultima eccezione ha permesso di ricorrere in giudizio per controversie riguardanti l'esercizio del diritto-dovere di visita del genitore non collocatario anche in costanza dell'emergenza sanitaria.

³ La medesima disposizione è stata prevista ai sensi dell'art. 1 dell'ordinanza del Ministro della Salute datata 22 marzo 2020.

⁴ Il decreto-legge 25 marzo 2020, n.19, rinnova, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. a), la possibilità di introdurre misure che comportino limitazioni all'allontanamento dalla propria residenza, domicilio o dimora, ad eccezione degli spostamenti limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni. Stabilisce altresì che, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e con efficacia limitata fino a tale momento, le Regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale. I Sindaci, invece, non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti ai sensi dell'art. 54 T.U.E.L. dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti previsti dal Decreto. Le disposizioni suddette si applicano altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità, in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente.

n. 19 e nel D.P.C.M. del 01 aprile, poi, è stata prorogata⁵ l'efficacia delle disposizioni dei decreti attuativi precedenti e di alcune ordinanze del Ministro della Salute (datate 20 marzo⁶ e 28 marzo 2020) fino alla data del 13 aprile 2020. Si annoverano, da ultimo, il D.P.C.M del 10 aprile, pressoché identico ai precedenti, salva la specificazione del divieto di ogni spostamento verso abitazioni diverse da quella principale comprese le seconde case utilizzate per vacanza, ed il D.P.C.M. del 26 aprile, il cui art. 1, comma 1, dispone alla lett. a) che *"sono consentiti solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute e si considerano necessari gli spostamenti per incontrare congiunti purché venga rispettato il divieto di assembramento e il distanziamento interpersonale di almeno un metro e vengano utilizzate protezioni delle vie respiratorie; in ogni caso, è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in una regione diversa rispetto a quella in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute; è in ogni caso consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza"*, mentre alla lett. c) dispone che: *"è fatto divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus"*.

Alla luce dell'evoluzione di tale quadro normativo, dunque, la libertà di circolazione delle persone, così come altre rilevanti libertà individuali costituzionalmente garantite, tra cui la libertà di riunione e la libertà di esercizio dell'attività economica, è stata particolarmente limitata, in presenza di un divieto di allontanamento dalla propria residenza, domicilio o dimora che, in generale, risulta derogabile per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni, mentre è assoluto nel caso di persone sottoposte a quarantena in quanto risultate positive al virus.

⁵ L'art. 1, comma 1 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 consente l'adozione di misure di contenimento e gestione della diffusione del virus per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 luglio 2020, termine dello stato di emergenza dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020.

⁶ In particolare, l'ordinanza del Ministro della Salute del 20 marzo 2020, emanata ai sensi dell'art. 32 l. 23 dicembre 1978, n. 833 e con efficacia inizialmente limitata al momento dell'adozione di ulteriori decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, conteneva ulteriori misure restrittive efficaci sull'intero territorio nazionale, tra cui il divieto di accesso del pubblico ai parchi, alle ville, alle aree gioco e ai giardini pubblici, il divieto di attività ludica o ricreativa all'aperto, salva la possibilità di svolgere individualmente attività motoria con le dovute precauzioni e rimanendo nei pressi della propria abitazione, e il divieto di spostamento verso abitazioni diverse da quella principale.

Una differenziazione di trattamento, quest'ultima, che rileva altresì sotto il profilo sanzionatorio, atteso che, con l'entrata in vigore del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, e salvo che il fatto costituisca reato⁷, la trasgressione delle misure restrittive emanate dalle varie autorità competenti è stata punita in generale non più come illecito penale, con le sanzioni contravvenzionali previste dall'art. 650 c.p. richiamate dal precedente d.l. 23 febbraio, n. 6, bensì come illecito amministrativo⁸, mentre le sanzioni penali sono state mantenute solo per il mancato rispetto della quarantena da parte di chi è risultato positivo al Covid-19, derivandone in tale evenienza l'arresto da 3 a 18 mesi e il pagamento di un'ammenda da 500 a 5000 euro, senza possibilità di oblazione, a norma del Testo unico delle leggi sanitarie⁹.

Ad ogni modo, pur concretizzandosi nel primo caso un'ipotesi di *abolitio criminis*¹⁰ ex art. 2, co. 2 c.p., con la previsione della nuova sanzione amministrativa da 400 a 3.000 euro¹¹ a fronte delle sanzioni previste dall'articolo

⁷ Di conseguenza, ad esempio, rendere dichiarazioni false nelle dichiarazioni sostitutive ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, consegnate alle forze di polizia durante i controlli, integrerà la fattispecie tipica del delitto di cui all'art. 495 c.p. ("Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri") o quella dell'art. 483 c.p. ("Falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico"). Sui limiti alla configurabilità di questi reati di falso, tuttavia, v. F. LOMBARDI, *Covid-19, misure di contenimento e reati di falso: aspetti problematici dell'autodichiarazione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 3.

⁸ Sui problemi connessi alla precedente fattispecie penale che aveva assunto rilievo in forza dell'art. 3, comma 4 del d.l. 6/2020, si rinvia a C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in *Sistema penale*, 2020, 3, pp. 231- 245.

⁹ Ai sensi dell'art. 260 del r.d., 27 luglio 1934, n. 1265, come modificato dall'art. 4, comma 7 del d.l., 25 marzo 2020, n. 19. Resta come sempre ferma l'eventualità che, violando le misure precauzionali imposte dalla normativa di derivazione ministeriale e uscendo di casa con la consapevolezza di aver contratto il virus, possa essere formulata, in aggiunta o in sostituzione rispetto alle violazioni del TULS, denuncia per più gravi reati. Ed invero, nella maggioranza di questi casi si configurerà verosimilmente il reato di epidemia colposa ai sensi del combinato disposto degli artt. 438 e 452 c.p., norme incriminatrici poste a tutela del bene giuridico della salute pubblica.

¹⁰ Congruamente, l'art. 4, comma 8 del d.l., 25 marzo 2020, n. 19 aggiunge che le disposizioni che sostituiscono le sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto, ma in tali casi le sanzioni amministrative sono applicate nella misura minima ridotta alla metà. Restano applicabili, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 101 e 102 del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507 che disciplinano la revoca della sentenza penale e la trasmissione degli atti all'autorità amministrativa in caso di depenalizzazione di reati intervenuta successivamente alla definizione con sentenza irrevocabile dei procedimenti penali.

¹¹ Se la violazione avviene mediante l'utilizzo di un veicolo le sanzioni possono arrivare fino a 4.000 euro. Inoltre, in caso di violazione delle misure di contenimento previste per pubblici esercizi, attività sportive, ludiche o di intrattenimento, attività di impresa o professionali e commerciali, può essere imposta la immediata sospensione dell'attività fino a 30 giorni. In caso di reiterazione, le sanzioni pecuniarie sono raddoppiate (quindi da 800 a 6000 euro oppure 8.000 euro se commesse mediante l'utilizzo di un veicolo), mentre quella accessoria è applicata nella misura massima.

650 c.p. o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, si può giustificare il bilanciamento di interessi effettuato dal Governo a mente del dettato costituzionale offerto dagli artt. 16 e 32 Cost. Resta da comprendere, però, quali casi rientrino nel novero degli spostamenti eccezionalmente consentiti e, in particolare, se tra le possibili ragioni giustificative sia possibile annoverare l'ipotesi dello spostamento necessario all'esercizio ed all'attuazione di diritti e doveri costituzionalmente rilevanti, connessi agli incontri tra figli e genitori non collocatari.

3. Diritto alla bigenitorialità, superiore interesse del minore e "diritto di visita" del genitore non collocatario.

Si pone, dunque, il problema di come si possano conciliare la posizione giuridica soggettiva del minore ed il cosiddetto "diritto di visita" del genitore non collocatario, residente in Comune diverso da quello del genitore ove il minore sia collocato, in vista dei provvedimenti che limitano la libertà di spostamento degli individui nell'interesse della salute pubblica e individuale.

Occorre preliminarmente definire questi concetti e le loro relazioni ordinarie. Nell'ambito dei rapporti personali intercorrenti nella famiglia, i figli hanno diritto, ex art. 315 *bis* c.c., di essere mantenuti, educati, istruiti ed assistiti moralmente dai genitori, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni. All'introduzione dell'art. 315 *bis* nella disciplina codicistica, avvenuta per effetto della l. n. 10 dicembre 2012, n. 219, fa poi da *pendant* la riformulazione dell'art. 147 c.c., rubricato "doveri verso i figli", a seguito del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154: "*Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'articolo 315 bis*". Parallelamente, su entrambi i genitori ricade, ex art. 316, comma 1 c.c., la responsabilità genitoriale, da esercitarsi di comune accordo, sempre tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio. Ed in comune accordo i genitori stabiliscono altresì la residenza abituale del minore. Questa correlazione di specifici diritti e doveri tra figli e genitori è destinata a protrarsi anche a seguito della crisi del rapporto di coppia. Al fine di evitare la dissoluzione del nucleo familiare, riguardo ai figli, i rimedi che il codice predispone sono i medesimi sia che il nucleo sia fondato sul vincolo matrimoniale, sia che si tratti di un'unione di fatto. Come principio generale, i genitori che si separino o divorzino, oppure ancora pongano fine ad una convivenza, sono comunque tenuti a concorrere nello svolgimento del loro

reciproco ruolo in relazione ai compiti di assistenza, cura ed educazione della prole. In modo speculare, i figli hanno diritto di conservare un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi, e di non vedersi interrotto il legame affettivo con gli ascendenti ed i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Al fine di concretizzare queste finalità, la l. n. 54 del 08 febbraio 2006, recante "*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*", nel novellare il testo dell'art. 155 c.c., aveva introdotto nel nostro ordinamento giuridico l'istituto dell'affidamento condiviso, proprio allo scopo di tenere ferme le posizioni di responsabilità dei genitori per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione dei figli, preservando così l'intensità del rapporto di quest'ultimi con entrambe le figure parentali, con maggiore efficacia rispetto a quanto accadeva nella vigenza del precedente impianto normativo, fondato sulla regola generale dell'affidamento esclusivo derogata, in alcuni casi, dal regime dell'affidamento congiunto¹².

Il nuovo testo dell'art. 155 c.c., così come modificato dal d. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, rimanda, in caso di separazione, alle disposizioni di cui al Capo II del titolo IX, tra le quali spiccano quelle contenute nel testo degli artt. 337 *ter* e 337 *quater*: il giudice può adottare provvedimenti relativi ai figli avendo esclusivo riguardo al loro interesse morale e materiale. Come opzione principale, valuta se è possibile ricorrere al regime dell'affidamento condiviso, determinando i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, la misura e le modalità del rispettivo contributo dei genitori al loro mantenimento, alla loro cura, istruzione ed educazione, e assumendo ogni altro provvedimento relativo alla prole. Altrimenti, il giudice può stabilire l'affidamento esclusivo¹³ dei figli ad

¹² Certamente, in quest'ultima tipologia di affidamento, i figli erano posti in migliori condizioni per continuare a consolidare il loro rapporto affettivo con entrambi i genitori rispetto al regime, considerato come scelta prioritaria, di affidamento esclusivo. Il *punctum dolens* riguardava, però, la sua concreta operatività, giacché l'esercizio della "potestà genitoriale" avveniva a mani unite, appunto in maniera congiunta, non sempre di facile realizzazione, specialmente in casi di forte conflittualità successiva alla crisi relazionale della coppia. Nel superare le difficoltà incontrate nell'applicazione del regime dell'affidamento congiunto, la disciplina dell'affidamento condiviso è risultata sin da subito più flessibile, assicurando una più efficace compartecipazione dei genitori nell'adempimento degli obblighi di cura dei figli nonché, al contempo, un certo grado di autonomia decisionale, in particolare nelle questioni di ordinaria amministrazione concernenti gli interessi dei minori.

¹³ Dispone l'art. 337 *quater* c.c. che "*Il genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non sono affidati ha il diritto ed il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può*

uno solo dei genitori, qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore¹⁴.

Postulando e promuovendo una "*paritaria condivisione del ruolo genitoriale*"¹⁵, una genitorialità cooperativa e collaborativa, l'introduzione dell'istituto dell'affidamento condiviso ha contribuito a dare effettiva realizzazione al "diritto del minore alla bigenitorialità", definito dalle fonti internazionali e sovranazionali come il diritto del minore separato da entrambi i genitori o da uno di essi, "*a mantenere relazioni personali e contatti diretti in modo regolare con entrambi i genitori*"¹⁶, salvo che ciò sia "*contrario al suo interesse*"¹⁷.

Ciò non ha comportato in giurisprudenza la necessità di affermare una "*proporzione matematica in termini di parità dei tempi di frequentazione del minore*"¹⁸, ovvero una "*simmetrica e paritaria ripartizione dei tempi di permanenza con entrambi i genitori*"¹⁹, giacché l'esercizio del diritto è ponderato dal giudice di merito sulla base di elementi concreti ed avendo come "stella polare" l'interesse morale e materiale della prole²⁰. Il diritto del minore alla bigenitorialità, infatti, si inserisce all'interno di un più ampio processo di mutamento di prospettiva, in senso decisamente paidocentrico²¹ del diritto di famiglia, in cui si è attribuita sempre più centralità e prevalenza all'interesse del minore.

Quello del "superiore interesse del minore", invero, è un principio generale che rappresenta oggi il faro illuminante della tutela multilivello dei diritti del fanciullo. Espresso per la prima volta nella Dichiarazione delle Nazioni Unite del 1959 sui

ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse".

¹⁴ Per una concreta applicazione di questa regola, si v., ad esempio, Cass. civ., Sez. VI – 1, ord., 11 luglio 2017, n. 17137, commentata in R. GELLI, *L'affidamento condiviso: presupposti e risvolti applicativi*, in *Famiglia e diritto*, 2018, III, 253 – 258.

¹⁵ A.M. DEL FANTE, *Affidamento condiviso e diritti dei figli: le rationes decidendi nella giurisprudenza. (Parte prima: profili personali)*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2015, IV, 1- 47, in particolare p. 3.

¹⁶ Cfr. art. 9 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, la quale è stata adottata il 20 novembre 1989, con risoluzione n. 44/25 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, entrata in vigore il 02 settembre 1990, e ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176.

¹⁷ Cfr. art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 07 dicembre 2000 e divenuta vincolante per gli Stati membri, a seguito del riconoscimento dello stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi dell'Unione europea, operato dal Trattato di Lisbona del 2007 (cfr. art. 6, par.1, comma 1 TUE).

¹⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. I, ord., 10 dicembre 2018, n. 31902.

¹⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. I, ord., 13 febbraio 2020, n. 3652.

²⁰ Cfr. U. SALANITRO, *Il diritto del minore alla bigenitorialità e il d.d.l. "Pillon"*, in *NGCC*, 2019, II, 333 – 342, in particolare pp. 336 – 337.

²¹ Cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, Paris, 1980, 370.

diritti del fanciullo²², la formula ha poi trovato una sua previsione come clausola generale nella Convenzione di New York del 1989²³, nella Convenzione europea di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti del minore²⁴, e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁵. Peraltro, sempre con riferimento alla normativa euro-unitaria, la formula del superiore interesse del minore è

²² L'espressione "superiore interesse del minore" (insieme alle sue varianti, come "preminente", "esclusivo", *et cetera*) trae origine dal principio di prevalenza degli "interests of the child" rispetto a quelli del padre nelle relazioni familiari. Una nuova visione del diritto di famiglia, dunque, affermata in via giurisprudenziale, a partire dai primi decenni del XIX secolo, nel *common law* nordamericano, in cui si sviluppò la cosiddetta *best interests of the child doctrine*. Cfr. L. LENTI, «Best interests of the child» o «best interests of children»? in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, III, 157. Nell'area dell'Europa, in seguito, si verificò un problema di sovrapposizione dei termini di paragone, dal momento che si concepirono gli interessi dei minori come categoria generale ed astratta meritevole di un sistema legale di tutela (*best interests of children*, secondo la terminologia di L. Lenti) piuttosto che quelli del minore rilevanti nella risoluzione giurisdizionale di un caso concreto, (*best interests of the child* secondo la tradizionale *best interests of the child doctrine* nordamericana). La prima formulazione del principio a fondamento di un tale sistema legale di tutela, dunque, risale alla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959, il quale, nella versione inglese, disponeva che "the best interests of the child shall be the paramount consideration", vale a dire che al superiore interesse del minore dovrebbe essere riconosciuta la considerazione determinante (cfr. *Principle II, Declaration of the Rights of the Child*, 1959). Con la successiva Convenzione sui diritti del bambino del 1989, invece, non fu assicurata "the paramount consideration" alla figura del fanciullo ma, sempre in una prospettiva puerocentrica, si stabilì, nella versione inglese, che "the best interests of the child shall be a primary consideration", mentre nella versione francese, utilizzando il singolare, che "l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale". Dalla esegesi delle due versioni ufficiali della Convenzione del 1989 si rileva la persistenza di una certa complessità semantico-concettuale del principio in questione. Cfr. C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interest of the child"*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, IV, 986 ss. La terminologia da esse impiegata evoca una diversa percezione della rilevanza da attribuire all'interesse del minore: la versione inglese suggerisce che la considerazione dell'interesse del minore non può restare isolata ma deve essere bilanciata tra più considerazioni, mentre quella francese sembrerebbe indicare una prevalenza incondizionata rispetto alla considerazione di altri interessi. Cfr. L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 87 ss.; S. SONELLI, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori "tessere" per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, IV, 1374. La versione, non ufficiale, italiana, che si rinviene nella legge di attuazione del 27 maggio 1991, n. 176, sembra accreditare quest'ultima impostazione teorica.

²³ Si v. art. 3, comma 1 della suddetta Convenzione. Si veda altresì il *General comment* n. 14, redatto nel 2013 dal Comitato dei diritti del fanciullo (organo istituito in virtù della Convenzione stessa), il quale fornisce alcune precisazioni sulla nozione di *best interests of the child*, nel senso di un fondamentale criterio interpretativo e regola procedurale nelle operazioni di bilanciamento di interessi confliggenti.

²⁴ Cfr. art. 1, comma 2; art. 6, lett. a); art. 10 della Convenzione europea di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti del minore.

²⁵ "In tutti gli atti relativi ai bambini (...) l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente". Ciò ai sensi dell'art. 24, par. 2 della Carta.

rinvenibile altresì in una molteplicità di disposizioni del diritto derivato che riguardano i minori²⁶.

Il principio del superiore interesse del minore non è espressamente contemplato all'interno della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (o CEDU)²⁷. E tuttavia, lo stesso è riuscito a consolidarsi anche nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, alla luce di una interpretazione evolutiva della Convenzione, trovando fondamento nella parte in cui, ai sensi dell'art. 8, è sancito il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare²⁸.

Sul piano interno, i dati normativi derivanti dal livello costituzionale e legislativo rivelano la sussistenza del dovere-diritto dei genitori e del dovere dello Stato di predisporre le condizioni in cui possa meglio realizzarsi il diritto del minore all'educazione e all'educazione in famiglia. La Costituzione, in realtà, non presenta un espresso riferimento al principio del superiore interesse del minore, il quale, però, rimane comunque desumibile da una serie di disposizioni dirette alla tutela del minore (cfr. artt. 30; 31, comma 2; 34; 37, commi 1 e 3). Del resto, il principio dei *best interests of the child* espresso nella Convenzione costituisce parametro di legittimità costituzionale delle leggi per effetto non solo dell'art. 117, primo comma Cost., ma anche dell'art. 2 Cost. che, riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell'uomo, ricomprende anche i diritti riconosciuti dallo Stato e dalle Regioni in applicazione degli impegni assunti a livello internazionale²⁹. Una protezione del minore come persona, poi, si evince dalla portata generale dell'art. 3 Cost. Nelle fonti primarie, invece, il riferimento al principio si può rinvenire, oltre alle già citate norme in materia di esercizio della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio, in particolar modo nella normativa dedicata all'istituto dell'adozione (l. n. 183 del 1984).

²⁶ A mero titolo esemplificativo, e senza pretesa alcuna di esaustività, si v. reg. n. 2201/2003/CE: artt. 12, par. 1, lett. b); 15, par. 1, 5; 23, par. 1, lett. a); dir. 2003/86/CE: art. 5, par. 5; dir. 2011/36/UE: artt. 14, par. 2; 16, par. 2; reg. 2013/604/UE: artt. 6, 8, 20, par. 3; dir. 2013/33/UE: artt. 11, 23. Si veda *amplius* P. DE CESARI, *Il diritto della famiglia nell'Unione Europea. Fondamenti e prospettive*, in G. AJANI, A. BENNACCHIO (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2008, 233 ss.

²⁷ Firmata a Roma nel 1950 ed adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa (in Italia è entrata in vigore a seguito della ratifica nel 1955). La CEDU introduce un meccanismo giurisdizionale permanente che consente ai singoli individui di ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo, per la tutela dei diritti fondamentali.

²⁸ Cfr. L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, in particolare p. 149.

²⁹ Cfr. E. LAMARQUE, *Il principio dei best interests of the child nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Minorigiustizia*, 2017, II, 21.

Alla luce di un siffatto ambiente normativo, la giurisprudenza ha ricavato varie modalità di impiego del principio in questione, potendosi enucleare almeno cinque sue specifiche funzioni: una funzione di indirizzo della politica del diritto a vantaggio della figura del minore, una funzione istitutiva di un *favor minoris* come principale *ratio decidendi* nel processo interpretativo seguito dai giudici per la risoluzione di conflitti tra posizioni giuridiche divergenti (in particolare quelli che solitamente intercorrono tra i genitori a seguito della crisi della coppia), una funzione di specificazione del contenuto dei diritti fondamentali del minore, una funzione adeguatrice o addirittura talvolta derogatoria delle norme del diritto minorile o del diritto di famiglia, allorché una loro rigida applicazione non consenta di assicurare giustizia al caso concreto, e persino una funzione direttamente costitutiva di giuridicità a talune situazioni di fatto in quanto rispondenti all'interesse del minore³⁰.

E così, seguendo questa prospettiva, il criterio fondamentale a cui si è attenuto il giudice, con riguardo alla questione dell'affidamento dei minori a seguito della separazione dei genitori, è stato rappresentato dall'esclusivo interesse morale a materiale della prole, volto a privilegiare la soluzione più idonea, da valutarsi volta per volta in relazione ai casi in concreto³¹, per ridurre al minimo i danni derivanti dalla disgregazione del nucleo familiare. Secondo un consolidato indirizzo della Corte di legittimità, l'interesse superiore del minore è tutelato mediante il rispetto del principio della bigenitorialità, da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio che sia idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi³². Soluzioni diverse possono essere adottate solo in caso di un giudizio prognostico negativo circa le concrete capacità del singolo genitore di crescere ed educare il figlio³³. Sempre nella stessa direzione, la Suprema Corte ha di recente affermato che,

³⁰ Cfr. V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, II, 405 ss.

³¹ Alla complessità semantico- concettuale del principio descritta in precedenza (v. nota 20) si affianca una complessità a livello contenutistico. Il principio è stato qualificato già dagli anni '60 da Jean Carbonnier in termini di una "*formula magica*", avente un contenuto vago ed indeterminato, tale da causare potenziali sconfinamenti in violazioni del principio di legalità e del principio di certezza del diritto. Sul punto si v. F. D. BUSNELLI, *Il diritto di famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Juscivile*, 2017, II, 173; L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 87 ss. A ben vedere, occorre individuare nella formula non un richiamo alla categoria generale ed astratta degli interessi del minore, ma a quelli che possono essere intercettati da giudice tenendo conto degli elementi circostanziali del caso concreto di volta in volta emergente.

³² *Ex multis*, Cass. civ., Sez. I, ord., 08-04-2019, n. 9764; Cass. civ., Sez. VI - 1, 23 settembre 2015, n. 18817; Cass. civ., Sez. I, 22 maggio 2014, n. 11412.

³³ Cfr. Cass. civ., Sez. VI-1, ord., 19 luglio 2016, n. 14728.

per il principio del preminente interesse del minore, da intendersi come riferito alle sue fondamentali ed imprescindibili esigenze di cura, educazione, istruzione, e sana ed equilibrata crescita psicologica, possono essere posti a fondamento dell'accoglimento di una domanda di affidamento esclusivo, in deroga alla regola generale del regime di quello condiviso, la grave conflittualità esistente tra i genitori e la commissione di reati da parte dell'uno nei confronti dell'altro³⁴.

Ne deriva che il preminente interesse del minore, valutato in relazione alle circostanze concrete, costituisce il criterio guida anche per i provvedimenti giurisdizionali assunti in tema di esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, così come a seguito di scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero ancora all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio. Ogni decisione giurisdizionale è finalizzata a promuovere il benessere psicofisico del bambino e a privilegiare l'assetto più favorevole a quest'ultimo.

Tra i vari provvedimenti cui il giudice è chiamato ad assumere, vi sono quelli diretti a regolamentare le frequentazioni del figlio minore da parte del genitore non affidatario o che, a prescindere dal regime di affidamento stabilito dal giudice, non risulti collocatario della prole: in sede di separazione o divorzio, il giudice, tenendo conto di eventuali accordi conclusi tra le parti, dopo aver determinato il genitore con il quale i minori continueranno a convivere, stabilisce i tempi e le modalità di presenza dei figli presso il genitore non collocatario.

In dottrina ed in giurisprudenza si è spesso fatto riferimento ad un "diritto di visita"³⁵ in capo al genitore non affidatario o non collocatario, il quale trova tutela nel nostro ordinamento proprio al fine di consentire la soddisfazione, per un verso, dell'interesse del minore alla bigenitorialità, alla conservazione cioè di una relazione significativa e continuativa con entrambi i genitori, e per l'altro dell'interesse del genitore non collocatario di continuare a poter assolvere ai suoi doveri verso i figli, in virtù di quanto costituzionalmente previsto ai sensi dell'art. 30 Cost.³⁶. Un diritto, questo, che non può essere negato nemmeno in caso di addebito di responsabilità in sede di separazione e divorzio.

In realtà, con riguardo alla qualificazione della posizione giuridica in esame, si è a lungo discusso se essa si configuri in un diritto soggettivo perfetto³⁷ ovvero

³⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 22 settembre 2016, n. 18559.

³⁵ In senso critico sull'utilizzo della locuzione, da cui deriverebbe una visione distorta della relazione genitore- figlio, si v. A. ARCERI, *L'affidamento condiviso. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Milano, 2007, 117.

³⁶ F. LOGOLUSO, *Diritto di visita*, in *Ifamiliarista.it*, 15 aprile 2015.

³⁷ Cfr. I. BAVIERA, *Diritto minorile*, II, Milano, 1976, 629 ss.

affievolito, oppure come mera facoltà³⁸, oppure ancora come un diritto-dovere. A ben vedere, anche coloro che ne svelano la natura giuridica di diritto soggettivo, poi hanno posto il dubbio circa la sussistenza del carattere di assolutezza, prediligendo la tesi della sua "funzionalizzazione alla realizzazione dei preminenti interessi morali e materiali della prole"³⁹. Tenuto conto, allora, che il criterio valutativo rappresentato dall'interesse morale e materiale della prole sia posto a presidio di ogni determinazione del giudice, è possibile intercettare anche nella regolamentazione delle modalità di visita i riflessi del coacervo di diritti e doveri che caratterizza l'intera disciplina dell'affidamento⁴⁰, sicché è lecito parlarsi di un diritto-dovere, di un *munus* derivante dalle regole della responsabilità genitoriale⁴¹.

Peraltro, sul punto, si è di recente pronunciata la Suprema Corte nel dirimere un antico contrasto giurisprudenziale in merito alla possibilità di applicare le misure di coercizione indiretta di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., in combinato con l'art. 709 *ter* c.p.c., per imporre al genitore non collocatario, in maniera preventiva, il rispetto della periodicità prescritta per gli incontri con i figli⁴². In questa occasione, i giudici di legittimità hanno precisato che, in virtù della specialità del diritto di famiglia rispetto al diritto delle obbligazioni, la posizione giuridica del genitore non collocatario nei confronti dei figli, in tema di frequentazioni e visite a seguito di separazione o divorzio, si declina in una duplicità di specifici contenuti. Nella sua declinazione attiva, come vero e proprio diritto, comporta a favore del genitore non collocatario l'operatività dei rimedi risarcitori di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. in caso di atti compiuti dall'altro genitore che rechino pregiudizio ovvero ostacolino il regolare svolgimento degli incontri con i figli. Nella sua declinazione passiva, e quindi come uno dei doveri genitoriali derivanti dall'art. 147 c.c., però, non ne può essere coattivamente imposto l'adempimento, invocandosi l'art. 614 *bis* c.p.c., e ciò anche se lo stesso sia finalizzato a favorire la crescita sana ed equilibrata del figlio. Questo perché il "dovere" di frequentazione e visita del figlio minore rimane comunque "espressione della capacità di autodeterminazione del soggetto e deve, come tale, essere rimesso, nel suo esercizio, alla libera e consapevole scelta di colui che ne sia onerato, per

³⁸ Cfr. P. POLLICE, *Nota "minima" sul cosiddetto diritto di visita*, in *Dir. e Giur.*, 1987, 637.

³⁹ Cfr. E. QUADRI, *Il minore nella crisi familiare*, in *Giur. it.*, 1988, 23; Cass. civ., Sez. I, 12 luglio 1994, n. 6548.

⁴⁰ Cfr. G. MANERA, *Criteri di affidamento della prole nel giudizio di separazione e modalità di visita del minore da parte del genitore non affidatario*, in *Giur. civ.*, 1991, 50.

⁴¹ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 19 aprile 2002, n. 5714;

⁴² Si tratta di Cfr. Cass. Civ., Sez. I, ord., 06 marzo 2020, n. 6471.

una discrezionalità che, pur non assoluta e rivolta alla tutela dell'interesse indicato dalla legge, entro siffatto limite deve trovare ragione e termine ultimo di esercizio'. La Corte, quindi, specifica il diritto-dovere di visita in termini di una potere-funzione e nega la sua coercibilità, anche nella forma indiretta di cui all'art. 614 *bis* c.p.c., quale esito di autonome scelte che rispondono, anche, all'interesse superiore del minore⁴³.

In ogni caso, a prescindere dalla sua qualificazione giuridica, si può notare come l'esercizio del "diritto di visita" resti pur sempre strettamente connesso all'attuazione del superiore interesse del minore nella fattispecie concreta. Interesse che, come si è detto, generalmente si estrinseca proprio nel diritto alla bigenitorialità, a mantenere cioè rapporti equilibrati e continuativi con entrambi i genitori.

4. Law in action ai tempi del Coronavirus.

Quid iuris quando, nel caso in concreto, si configurino ulteriori interessi da tenere in considerazione nell'ottica di permettere e garantire l'esercizio del diritto-dovere di visita? L'emergenza sanitaria da Covid-19, infatti, impone di valutare e proteggere, oltre all'interesse privato a non essere contagiati dal virus ed a non esporre il proprio figlio allo stesso pericolo, anche l'interesse collettivo della salute pubblica. Si è posta allora la questione se, nella vigenza delle misure restrittive delle libertà individuali dirette a contrastare il pericolo di contagio da Covid-19, rientrano nelle ipotesi eccezionalmente consentite, in deroga al divieto generale, gli spostamenti, in particolare quelli effettuati tra Comuni diversi, dei genitori non collocatari che intendano continuare ad esercitare il loro diritto-dovere di visita.

La giurisprudenza di merito si è espressa in maniera differente a seconda delle peculiarità del singolo caso in concreto di volta in volta in esame ed in relazione all'efficacia sempre più limitativa dei decreti adottati dal Governo. Ad ogni modo, i binari lungo i quali la stessa si è dovuta muovere, generalmente rappresentati da procedimenti cautelari finalizzati alla richiesta urgente di sospendere le frequentazioni e le visite dei figli, hanno permesso di ordinare le decisioni in due

⁴³ Per un approfondimento sul punto, si v. B. FICCARELLI, *Misure coercitive e diritto-dovere di visita del genitore non collocatario*, in *Famiglia e diritto*, 2020, IV, 332- 345, in particolare pp. 344- 345. Resta inteso che il mancato esercizio del diritto di visita da parte del genitore non collocatario può essere, in ogni caso, soggetto al provvedimento giurisdizionale dell'ammonizione e, nei casi più gravi, l'applicazione del regime dell'affidamento esclusivo in capo all'altro genitore, la decadenza della responsabilità genitoriale e l'adozione di provvedimenti limitativi della responsabilità per condotta pregiudizievole ai figli (artt. 330 e 333 c.c.), o persino la responsabilità penale per il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.).

orientamenti: il primo, per così dire di segno positivo, volto a mantenere o a ripristinare, a seconda dei casi, quanto precedentemente stabilito in merito alle modalità di esercizio del diritto-dovere di visita; l'altro, di segno negativo, volto invece ad acclarare la subalternità di quest'ultimo e del diritto alla bigenitorialità del figlio in relazione alla tutela della salute pubblica ed individuale.

A titolo esemplificativo, tra i provvedimenti che hanno sposato la prima impostazione teorica, vi è quello, datato 11 marzo 2020, con il quale il Tribunale di Milano ha rigettato l'istanza urgente presentata dal genitore collocatario in via prevalente diretta ad interrompere il periodo di frequentazione dei figli presso l'altro genitore, residente fuori Milano, in conformità ad un calendario di incontri concordato in sede di procedimento di separazione, e al rientro immediato dei minori presso il domicilio milanese⁴⁴. Il Tribunale meneghino, imponendo alle parti di attenersi all'accordo precedentemente raggiunto, ha ritenuto che le disposizioni vigenti al momento del giudizio, in particolare l'art. 1, comma 1, lett. a) del D.P.C.M. 08 marzo 2020, n. 11, non fossero preclusive degli spostamenti finalizzati alla attuazione delle disposizioni di affido e collocamento dei minori, giacché risultava comunque consentito, a chiunque si trovasse nelle cc.dd. "zone rosse", "il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza". A sostegno della propria decisione, resa *inaudita altera parte*, i giudici milanesi hanno anche richiamato le FAQ (*Frequently Asked Questions*) pubblicate dalla Presidenza del Consiglio dei ministri in data 10 marzo 2020 sul proprio sito internet istituzionale, le quali, al punto 13, prevedevano che gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso il proprio domicilio o residenza fossero comunque consentiti, seppur nel rispetto delle modalità indicate dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio⁴⁵.

⁴⁴ Trib. Milano, Sez. IX, decreto 11 marzo 2020. Sul citato decreto si v. D. PIAZZONI, *Il problema del diritto di visita e di frequentazione all'epoca del Covid-19*, in *Rivistafamiglia.it*, del 23 marzo 2020; L. COLLURA, *Coronavirus: è sempre permesso lo spostamento per raggiungere i figli minori*, in *Quotidianogiuridico.it*, del 24 aprile 2020.

⁴⁵ Attualmente il punto 18 della sezione "Spostamenti" delle FAQ enuncia che "Sono separato/divorziato, posso andare a trovare i miei figli minorenni? Sì. Gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti anche da un Comune all'altro. Tali spostamenti dovranno in ogni caso avvenire scegliendo il tragitto più breve e nel rispetto di tutte le prescrizioni di tipo sanitario (persone in quarantena, positive, immunodepresse etc.), nonché secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio o, in assenza di tali provvedimenti, secondo quanto concordato tra i genitori". Si v. *www.governo.it*, consultato in data 27 aprile 2020.

Successivamente, si sono distinte altre tre pronunce che hanno accolto il medesimo indirizzo di pensiero sopra esposto. Con il primo provvedimento – decreto datato 27 marzo 2020 – il Tribunale di Verona ha respinto una domanda di sospensione dell’esercizio del diritto-dovere di visita decidendo che il minore rimanesse in collocamento alternato di quindici giorni presso ciascun genitore durante tutto il periodo di emergenza sanitaria, in modo da ridurre al minimo gli spostamenti e garantire al contempo il suo diritto alla bigenitorialità⁴⁶. Con il secondo provvedimento – decreto del 28 marzo 2020 – il Tribunale di Trani ha confermato che *“le previsioni di cui all’art. 1, comma 1, lett. a) del D.P.C.M. 8 marzo 2020, n. 11, sue modifiche ed integrazioni, non siano né incompatibili né preclusive della attuazione delle disposizioni in materia di affido e collocamento dei minori laddove consentono gli spostamenti finalizzati alla osservanza dei relativi provvedimenti giurisdizionali”*. A tal proposito, si richiamano le FAQ governative. Nel provvedimento, inoltre, si ribadisce che *“... il genitore collocatario non sia neppure autorizzato ad impedire gli incontri padre-figli invocando quale motivazione l’esistenza della situazione esistente tanto traducendosi, tra l’altro, in violazione di legge (art. 650 c.p.)”*⁴⁷. Con il terzo provvedimento, reso in data 31 marzo 2020, il Tribunale di Brescia ha confermato il calendario di visita e di frequentazione prestabilito tra padre e figlio, rilevando *inter alia* che, in mancanza di prova quanto alla positività al Covid-19, non sussistono motivi per sospendere gli incontri, anche se un genitore separato svolgesse attività fuori casa. Il giudice, dunque, ha tenuto in considerazione, ai fini della sua decisione, le particolari circostanze del caso, facendo altresì riferimento al modello di autocertificazione successivo al d.l. n. 19/2020, in cui sono inseriti, tra i motivi di necessità, per gli spostamenti interni nello stesso Comune, e di assoluta necessità, per gli spostamenti tra Comuni diversi, gli “obblighi di affidamento di minori”.

⁴⁶ Trib. Verona, decreto 27 marzo 2020. Come è stato notato, l’aver disposto l’alternanza di quindici giorni in quindici giorni presso ciascun genitore implica una valutazione negativa di un regime di frequentazioni troppo frammentato nel periodo di emergenza sanitaria che *“di fatto trasforma un affidamento con genitore collocatario (in questo caso il padre) in un affidamento paritetico”*. G. MEGNA, *Il diritto-dovere di visita dei genitori separati ai tempi del Coronavirus*, in *Ilfamilarista.it*, 20 aprile 2020. Nello stesso senso, si v. altresì il provvedimento reso in data 04 aprile 2020 del Tribunale di Reggio Emilia, ed il provvedimento datato 09 aprile 2020 del Tribunale di Lecce, con il quale è stata ampliata la durata di ciascun periodo di frequentazione tra un padre e il figlio al fine di limitare il numero degli spostamenti durante l’emergenza sanitaria.

⁴⁷ Trib. Trani, Sez. civ. (area famiglia), decreto 28 marzo 2020.

Sulla stessa linea interpretativa si è posto il Tribunale di Busto Arsizio, con decreto del 03 aprile⁴⁸. Nella fattispecie, il Servizio Tutela Minori aveva sospeso gli incontri tra un padre separato ed i propri figli, proponendo la loro sostituzione con videochiamate, a seguito della crisi sanitaria. Il Tribunale, dopo aver invitato il Servizio Sociali a riferire sui motivi del provvedimento, il quale non può fondarsi su valutazioni di opportunità ma solo su preclusioni normative, e riservandosi di decidere a seguito di ulteriori adempimenti delle parti, ha posto in evidenza alcuni passaggi del ricorso introduttivo presentato dal padre dei minori.

Da un lato, infatti, le misure emergenziali adottate dal Governo per fronteggiare il rischio del contagio prevedevano un'eccezione al generale divieto di allontanamento dalla propria residenza, domicilio o dimora quando lo spostamento fosse dovuto per "situazioni di necessità" ovvero "per altre specifiche ragioni"⁴⁹, tra cui è possibile annoverare quella relativa all'esigenza di assolvere agli "obblighi di affidamento di minori"⁵⁰, tenuto conto di quanto indicato anche nel modello di autocertificazione emesso a seguito del d.l. n. 19/2020.

Dall'altro lato, tale eccezione non solo era stata mantenuta nelle già citate FAQ governative del 10 marzo, ma era stata espressa anche nelle FAQ della Regione Lombardia, pubblicate sul proprio sito internet istituzionale in data 27 marzo 2020, ed aggiornate, con ulteriori specificazioni, in data 30 marzo⁵¹.

Sempre in data 03 aprile 2020, è stato emanato dal Tribunale di Treviso un decreto con il quale si è disposto, nell'ambito di un procedimento ex artt. 709 ter e 710 c.p.c., il ripristino immediato del regime di affidamento, collocazione e regolamentazione dei turni di responsabilità stabilito negli accordi di

⁴⁸ Trib. Busto Arsizio, Sez. I, decreto 3 aprile 2020. Sul citato decreto si v. A. SCALERA, *Coronavirus: al padre possono bastare le videochiamate?*, in *Quotidianogiuridico.it*, del 10 aprile 2020.

⁴⁹ Cfr. il già citato art. 1, comma 2, lett. a) del Decreto-legge 25 marzo 2020, n.19.

⁵⁰ In tal senso, già il D.P.C.M. 08 marzo 2020 permetteva lo spostamento tra comuni diversi per situazioni di necessità, in cui rientravano gli "spostamenti per raggiungere i figli".

⁵¹ In particolare, nella sezione dedicata alle "tipologie di spostamenti" che sono "consentiti", in data 30 marzo 2020 veniva ulteriormente specificato che "i provvedimenti nazionali, in particolare il Decreto del Ministro della Salute del 23 marzo 2020, vietano gli spostamenti e la mobilità limitandola al proprio territorio comunale. Le uniche eccezioni al divieto sono gli spostamenti al di fuori del proprio Comune per ragioni di comprovate esigenze lavorative, urgenza o motivi di salute, da attestare sempre tramite autocertificazione. Tra le motivazioni per cui sono possibili gli spostamenti tra comuni diversi sono compresi i casi di assistenza domiciliare a favore di parenti, anziani, soggetti per i quali è prevista la permanenza a domicilio quale forma di tutela dal contagio, spostamenti nei comuni limitrofi per acquisto di medicinali o alimentari qualora nel proprio Comune non vi fosse nessun esercizio aperto. Inoltre, ai genitori separati o divorziati è consentito lo spostamento per raggiungere i figli o condurli presso di sé, secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio".

separazione, posto che nel caso di specie *“i pericoli di diffusione del contagio legati al solo spostamento dei bambini fra le abitazioni dei genitori siano talmente contenuti da dover cedere di fronte alla necessità di evitare strumentalizzazioni della situazione e di garantire il carattere di normalità alle relazioni familiari”*⁵².

Seguono, poi, in ordine cronologico:

1) l'ordinanza (ex art. 4, comma 8 della l. n. 898/1970) datata 06 aprile 2020 del Tribunale di Torre Annunziata, con la quale, rigettando una domanda di sospensione temporanea, sino a cessazione dell'emergenza sanitaria, delle visite padre-figlia, è stato affermato che la compressione del diritto del minore a godere della bigenitorialità si giustifica non con un generico riferimento all'emergenza sanitaria, ma solo in presenza di oggettive e specifiche ragioni di tutela della salute presenti nel caso concreto;

2) l'ordinanza (ex art. 709 *ter* c.p.c.) datata 07 aprile 2020 del Tribunale di Roma, con la quale, nell'accogliere istanza presentata da un padre per la violazione del diritto di visita dei figli a causa del comportamento ostativo dell'altro genitore, il giudice ha dichiarato che, nel caso in esame, la frequentazione tra padre e figli, nel rispetto delle dovute cautele e delle misure di igiene, non esponesse quest'ultimi ad alcun rischio ulteriore che non sia quello normalmente connesso alla situazione generale emergenziale già in atto⁵³;

3) il decreto del Tribunale dei Minorenni di Roma del 09 aprile 2020, che respinge l'istanza presentata da una madre per la sospensione delle frequentazioni del figlio con il padre sulla base del riconosciuto essenziale apporto all'equilibrio psico-fisico del minore derivante dall'attuazione del suo diritto alla bigenitorialità, delle FAQ governative, dell'ultimo modello di autocertificazione in circolazione e, infine, sulla base della circostanza che il padre del minore non appartenga ad alcuna categoria a rischio⁵⁴.

4) infine, l'ordinanza del Tribunale di Pescara del 22 aprile 2020, con il quale il Collegio giudicante ha dato *“via libera”* agli incontri tra il padre non collocatario e il figlio avendo *“ritenuto che le previsioni di cui all'art. 1, comma 1, lettera a), del D.P.C.M. 08 marzo 2020, n. 11 non sono preclusive dell'attuazione delle disposizioni di affido e collocamento dei minori, laddove consentano gli spostamenti finalizzati ai rientri presso la «residenza o il domicilio», sicché alcuna «chiusura» di ambiti regionali può giustificare violazioni, in questo senso, di*

⁵² Trib. Treviso, Sez. I, decreto 03 aprile 2020.

⁵³ Trib. Roma, Sez. I, ordinanza 07 aprile 2020.

⁵⁴ Trib. Min. Roma, decreto 09 aprile 2020, n. 1882.

provvedimenti di separazione o divorzio vigenti...". Occorre rilevare, però, che nel caso sottoposto all'attenzione del Tribunale pescarese, il minore era di tenera età, sicché il ricorso ai collegamenti telefonici e telematici in sostituzione degli incontri dal vivo si sarebbe rivelato assolutamente inidoneo al mantenimento delle relazioni affettive.

Secondo una diversa opzione interpretativa, di segno negativo, nel bilanciamento tra l'interesse del minore alla bigenitorialità, l'interesse del genitore ad incontrarsi con il figlio e l'interesse alla salute pubblica ed individuale, che si concretizza nell'esigenza di non rimanere contagiati dal virus e nella cautela di evitare il più possibile gli spostamenti fuori di casa, si ritiene che debba prevalere quest'ultimo, anche in considerazione della temporaneità di sacrificio degli interessi recessivi. Durante il periodo di emergenza sanitaria, quindi, appare necessario assumere decisioni improntate a canoni di massima prudenza e sicurezza, per cui risulta doveroso sospendere gli incontri tra i figli e il genitore non collocatario. Così è stato, ad esempio, disposto dal Tribunale di Matera, in data 12 marzo 2020.

Nelle more della sospensione delle visite, però, il rapporto continuativo tra genitori e figli può essere temporaneamente preservato nelle forme di collegamenti telefonici o telematici⁵⁵. In questa prospettiva, ad esempio, la Corte di Appello di Bari, Sezione Minori, Persone e Famiglia, con decreto del 26 marzo 2020, dopo aver rilevato che il minore era collocato presso la madre, che la stessa aveva presentato istanza di sospensione delle visite del padre, residente in un diverso comune, e che gli incontri dei minori con genitori dimoranti in comune diverso non potevano realizzare le condizioni di sicurezza e prudenza di

⁵⁵ In tal senso, in ordine cronologico dalla più risalente, si v. ad esempio Trib. Verona, 10 marzo 2020; Trib. Bologna, Sez. I, 20 marzo 2020; Trib. Napoli, Sez. I, decreto 26 marzo 2020; Trib. Trento, decreto 31 marzo 2020. I collegamenti devono avvenire in videochiamata da attuarsi almeno una volta al giorno. Si v. il provvedimento della Corte App. di Lecce del 20 marzo 2020. Il ricorso alle comunicazioni telefoniche o telematiche, via *skype* ad esempio, in sostituzione ovvero ad integrazione delle visite di persona del genitore non collocatario ai figli, non costituisce un *quid novi* nel nostro diritto pretorio (ed in misura maggiore in altri ordinamenti, come quello degli Stati Uniti, ove le distanze geografiche possono essere maggiori ed il ricorso agli strumenti tecnologici diventa più di frequente l'unica modalità possibile per il mantenimento dei rapporti affettivi). Ed invero, con la pronuncia del Tribunale di Nicosia del 22 aprile 2008, al fine di evitare frequenti spostamenti ai minori, sono state prescritte per la prima volta modalità di visita mediante collegamento video via internet, con spese di apparecchiature e costi di gestione a carico del genitore non collocatario, allo scopo non di sostituire completamente la relazione fisica, ma solo di implementarla e rafforzarla ove gli spostamenti risultassero particolarmente gravosi. Cfr. K. MASCIA, *Affidamento della prole e "diritto di visita on line" del genitore non affidatario*, in *Famiglia e diritto*, 2008, VIII- IX, 803- 814. Conformemente alla pronuncia del Trib. di Nicosia, si v. Trib. Campobasso, 25 febbraio 2010; Trib. Roma, 11 gennaio 2013; Trib. Milano, 16 aprile 2013.

cui al D.P.C.M. 9/3/2020, ed all'ancor più restrittivo D.P.C.M. 11/3/2020, dal D.P.C.M. 21/3/2020, e, da ultimo, dal D.P.C.M. del 22/3/2020, ha ritenuto che *"il diritto-dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi, nell'attuale momento emergenziale, è recessivo rispetto alle limitazioni alla circolazione delle persone, legalmente stabilite per ragioni sanitarie, a mente dell'art. 16 della Costituzione, ed al diritto alla salute, sancito dall'art. 32 Cost."*, per cui gli incontri di persona devono essere sospesi (nel caso in esame, fino alla data di efficacia dei predetti decreti) e sostituiti dallo strumento della videochiamata.

Alla decisione della Corte di Appello, segue l'ordinanza del Tribunale di Bari, del 27 marzo. In quest'ultimo caso rilevano due importanti punti della motivazione del giudice. Da un lato, infatti, si riconosce più ampio apprezzamento alla tutela della salute nel suo profilo individuale, quale riflesso del superiore interesse del minore, prevalente sul diritto alla vita familiare (artt. 29 e 30 Cost.), piuttosto che nel suo profilo pubblicistico. Dall'altro lato, il giudice ha negato valore alle FAQ governative del 11 marzo 2020, non trattandosi di fonte normativa.

I passaggi fondamentali del decreto della Corte di Appello di Bari del 26 marzo 2020, poi, sono stati riprodotti a sostegno delle motivazioni dell'analoga decisione del Tribunale di Vasto del 02 aprile, nonostante il ricorrente avesse lamentato la difficoltà di intrattenere collegamenti telefonici riservati in videochiamata con la figlia minore a causa del comportamento ostruzionistico della madre⁵⁶. Risaltano, in questa occasione, due considerazioni dell'organo giudicante. In primo luogo, il provvedimento di sospensione delle frequentazioni dal vivo tra padre e figlia è stato assunto semplicemente invocando l'astratta possibilità di mantenere rapporti costanti con i figli anche attraverso strumenti telematici; in secondo luogo, non era verificabile il rischio sanitario al quale si sarebbe esposta la minore. Nel caso di specie, infatti, il padre era proveniente da una zona ad alto tasso di contagio virale e non aveva dimostrato il rigoroso rispetto delle prescrizioni imposte dalla normativa vigente. Non era chiaro, infine, se "nell'abitazione di destinazione fossero presenti altre persone, oltre al ricorrente".

Caldeggiando la medesima linea interpretativa, il Tribunale di Bolzano, in data 03 aprile 2020, dopo aver posto in bilanciamento l'interesse del minore alla bigenitorialità e l'interesse alla salute pubblica ed individuale, ha deciso che dovesse prevalere quest'ultimo. Il Tribunale, però, ha disposto che i periodi di frequentazione, sospesi durante l'emergenza, fossero recuperati in futuro. Così

⁵⁶ Trib. Vasto, decreto 02 aprile 2020. Sul provvedimento si v. M. SICHETTI, *Covid-19: la salute pubblica prevale sul diritto di visita del minore*, in *Quotidianogiuridico.it*, del 22 aprile 2020.

anche il Tribunale di Velletri, con provvedimento reso in data 08 aprile 2020, il quale ha sospeso gli incontri tra madre non collocataria e figli minori, essendo la prima infermiera presso un Presidio Ospedaliero e, come tale, maggiormente esposta al rischio di contagio.

Per quanto concerne, invece, gli incontri da tenersi "in spazio neutro", seguendo il calendario redatto dai servizi sociali, il Tribunale di Terni, ad esempio, con provvedimento datato 30 marzo 2020, ha stabilito che gli stessi fossero sostituiti con collegamenti da remoto idonei alla comunicazione audio e video tra il genitore, i figli e l'operatore specializzato, salvo il ripristino delle modalità normali di frequentazione al termine dell'emergenza sanitaria.

Si segnala, infine, l'ordinanza della V Sezione civile della Corte di Appello di Milano del 09 aprile 2020. La decisione, assunta nell'ambito di un giudizio ex artt. 337 *bis* e ss. c.c. a seguito di istanza prodotta da un padre per il ripristino immediato delle visite al figlio, collocato presso la residenza materna sita in una diversa Regione, secondo il calendario di incontri pattuito prima dell'emergenza sanitaria, è stata fondata sulle seguenti considerazioni. Da una parte, occorre tutelare il diritto soggettivo di ogni minore al mantenimento, a seguito di separazione dei genitori, di *significantive* (*sic.!*) relazioni con entrambi, anche nelle ipotesi ed in circostanze emergenziali, in conformità alla normativa nazionale e sovranazionale vigente. Tale diritto così non poteva essere limitato *"se non per accertate situazioni di serio pregiudizio per il benessere psico fisico del minore"*. Dall'altra parte, occorre soppesare le misure restrittive adottate per ragioni di sicurezza e a tutela del bene giuridico della salute. Sulla base di queste considerazioni, allora, il Collegio ha imposto la sospensione degli spostamenti tra diverse Regioni ai fini dell'esercizio del diritto-dovere di visita, salvo che per un breve periodo di tempo continuato e salvo, in ogni caso, il mantenimento della relazione, per tutta la durata della sospensione degli incontri, mediante collegamento telefonico in videochiamata.

5. Osservazioni conclusive.

Dall'analisi delle due opzioni ermeneutiche seguite dalla giurisprudenza di merito si può osservare la sussistenza di un ventaglio molto ampio di soluzioni offerte con riguardo al problema della frequentazione dei figli da parte del genitore non collocatario durante l'emergenza sanitaria da Covid-19.

Da un lato, vi sono state decisioni più attente alla tutela della vita familiare, le quali hanno negato qualsivoglia sospensione del diritto alla bigenitorialità del minore e del diritto-dovere di visita del genitore in virtù del superiore interesse

del minore a “*mantenere relazioni personali e contatti diretti in modo regolare con entrambi i genitori*”, soprattutto in un momento così preoccupante per la vita di un bambino, come quello della sottoposizione alle rigide regole della quarantena. In questo modo, è stato possibile far rientrare nell’alveo delle eccezioni al generale divieto vigente sul territorio nazionale gli spostamenti dovuti all’attuazione del diritto-dovere di visita.

Dall’altro lato, in ragione delle proporzioni raggiunte dal rischio di contagio e della gravità dei suoi effetti sulla popolazione, vi sono state decisioni improntate maggiormente alla tutela della salute, con particolare riferimento ora al suo rilievo pubblicistico, ora al suo rilievo individuale, giacché proprio il principio del superiore interesse del minore impone di evitare situazioni di pericolo alla sua integrità psico-fisica.

E così, ancora, vi sono state alcune decisioni dirette a sospendere completamente gli incontri ed a sostituirli con collegamenti in videochiamata, altre dirette ad “accorpare in blocchi” i periodi di frequentazione, al fine di ridurre al minimo gli spostamenti dovuti all’alternanza (ad esempio ogni fine settimana) del minore dall’abitazione del genitore collocatario (prevalente) a quella dell’altro.

A ben vedere, però, non si tratta di un elogio all’incertezza del diritto in un tempo – già di per sé – di profonde e laceranti incertezze; piuttosto si tratta di prendere consapevolezza che il diritto non possa sempre semplificarsi in modelli matematici, non possa riassumersi sempre in aridi algoritmi, ma deve operare mediante un difficile bilanciamento di interessi, tutti costituzionalmente garantiti. E se ciò è vero nei casi ordinari, in particolar modo in alcuni settori inerenti al diritto della famiglia, *a fortiori* lo sarà in costanza di una situazione emergenziale. Il giudice avrà, così, l’arduo compito in ogni causa di contemperare tutte le esigenze di tutela in gioco, sia quelle individuali che quelle collettive, e ponderare in diverso modo la prevalenza dell’una sulle altre.

Dovrà, ad esempio, valutare il pericolo attuale e concreto per la salute di tutti i soggetti coinvolti nel caso di specie, e solo ove si possa dimostrare la possibilità di compiere gli spostamenti in totale sicurezza, allora si potrà constatare l’assenza di elementi ostativi all’esercizio del diritto-dovere di visita⁵⁷.

Dovrà sapere in cuor suo che l’allontanamento prolungato del minore da una figura genitoriale potrebbe ulteriormente aggravare la situazione di disagio di un bambino durante il clima terrificante della quarantena, ma al contempo dovrà analizzare i rischi derivanti dalle modalità dei vari trasferimenti, se questi, ad

⁵⁷ Cfr. M. G. CIVININI, *Questo divorzio s’ha da fare*, in *Questionegiustizia.it*, 24 aprile 2020.

esempio, debbano avvenire mediante mezzi di trasporto privati o pubblici, diretti o intervallati da soste necessarie.

Ove riscontri rischi effettivi alla salute pubblica e privata, il giudice dovrà valutare se è possibile sostituire temporaneamente gli incontri di persona con collegamenti in videochiamata, ritenendo pertanto recessivi gli interessi contrapposti fintantoché perduri l'emergenza.

Insomma, dall'analisi della giurisprudenza ai tempi del Coronavirus non sembra possibile ricavare una regola universale al problema in esame, una regola cioè valida per tutti i casi ma, tutt'al più, si possono desumere alcuni criteri guida, inevitabilmente improntati alle peculiarità della situazione fattuale, applicabili in sede di bilanciamento di interessi operato dal giudice, *"pena il trattamento irragionevole in modo identico di situazioni diverse, con conseguente violazione dell'art. 3 Cost."*⁵⁸.

In questo modo, l'esercizio del diritto-dovere di visita potrà essere considerato alla stregua di una ragione – non solo astratta ma anche in concreto – idonea a giustificare gli spostamenti necessari per gli incontri tra genitore e figlio in costanza delle misure restrittive della quarantena.

⁵⁸ D. PIAZZONI, *Il problema del diritto di visita e di frequentazione all'epoca del Covid-19*, cit.

Coronavirus e contratto: il contratto modificativo come strumento di conservazione del rapporto.

di Emanuela MOROTTI*

SOMMARIO: **1.** Le ricadute della crisi sanitaria nei rapporti contrattuali e l'insufficienza delle soluzioni legislative adottate. **2.** Prima ipotesi: un approccio volto all'estinzione del rapporto. **3.** Seconda ipotesi: l'interesse alla conservazione del rapporto e il contratto modificativo. **4.** Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: *The ongoing Coronavirus crisis has affected several business sectors, and it is becoming particularly challenging for contractual relationship between parties. Italian Civil Law provides different remedies designed to terminate the contract, as in the case of the performance of one of the parties becoming excessively burdensome (art. 1467 c.c.), or in the case the obligation cannot be performed due to the impossibility of performance resulting from not attributable causes (art. 1463 c.c.). But what can the parties do if they want to maintain their contractual rights and obligations? In this event, the modification of contract could be the answer to ensure the renegotiation of original agreement and the adjustment of his terms and conditions to the unpredictable occurred circumstances.*

1. Le ricadute della crisi sanitaria nei rapporti contrattuali e l'insufficienza delle soluzioni legislative adottate.

L'attuale situazione di crisi sanitaria provocata dalla diffusione del virus *Covid-19* ha portato all'introduzione di una legislazione di emergenza, adottata sia a livello governativo sia regionale, volta a tutelare il bene primario della salute dei cittadini. Le misure in concreto adottate sono dirette a contenere gli spostamenti delle persone e a limitare le attività di impresa, generando importanti ricadute sul contesto economico e sociale del nostro Paese.

La crisi ha colpito non solo le piccole e medie imprese¹, che rappresentano il tessuto vitale dell'economia italiana, ma è in grado di ripercuotersi a cascata

* Assegnista di ricerca Università degli studi di Padova.

¹ Ha analizzato la realtà delle piccole e medie imprese A.GENTILI, Una proposta sui contratti di impresa al tempo del Coronavirus, in *Giustiziacivile.com*, 4/2020, del 29.04.2020, in cui sostiene

sulla posizione di lavoratori, clienti e fornitori. Si pensi, solo per fare solo qualche esempio, alla difficoltà di rispettare le scadenze dei pagamenti o di consegna della merce, oppure ancora di portare a conclusione la prestazione nei termini stabiliti.

In maniera non dissimile, anche i privati stanno affrontando le conseguenze economiche derivanti dalla diffusione del virus: si pensi alla sorte di tutti i contratti in corso di esecuzione, dalle vendite al trasporto di merci, dai viaggi alle prenotazioni alberghiere e turistiche², fino alla difficoltà di pagare i canoni delle locazioni abitative o commerciali³.

In un simile quadro, si pone anche per il giurista il problema di capire in che modo affrontare la crisi emergenziale⁴, posto che le soluzioni normative predisposte *ad hoc* dal Legislatore non sempre sono capaci di dare una risposta a situazioni così diverse tra loro.

Gli interventi normativi in materia di contratti hanno interessato solo alcuni settori circoscritti, in particolare quello del "trasporto aereo, ferroviario, marittimo nelle acque interne e terrestre" (art. 28 del D.L. 2 marzo 2020, n. 9) e dei contratti di soggiorno e di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi di cultura (art. 88 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18)⁵, che sono stati dichiarati

la ristrutturazione del debito con strumenti ripresi dal diritto della crisi. Si veda sul punto anche P. VALENTE - N. DE BORTOLI, Coronavirus: profili di rischio per le imprese e approcci alla "clinica d'impresa", in *Fisco*, 2020, 16, p. 1520.

² Ha affrontato diffusamente il problema R. SANTAGATA, Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti, in *Giustiziacivile.com*, 4/2000, del 17.04.2020.

³ Si rimanda sul tema a U. SALANITRO, La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus, in *Giustiziacivile.com*, 4/2000, del 21.04.2020. Si richiama anche V. CUFFARO, Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia, in *Giustiziacivile.com*, 4/2000, del 31.3.2020.

⁴ Più approfonditamente si rimanda a C. SCOGNAMIGLIO, L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?, in *Giustiziacivile.com*, 4/2020, del 15.04.2020.

⁵ L'articolo citato così dispone: "Rimborso di titoli di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura: 1. A seguito dell'adozione delle misure di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e d), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 e a decorrere dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura.[...] **Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano fino alla data di efficacia delle misure previste dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 e da eventuali ulteriori decreti attuativi emanati ai sensi dell'articolo 2, commi 1 e 2, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19.**"

risolti di diritto con conseguente obbligo di rimborso ai clienti di quanto già eventualmente pagato⁶.

Similmente circoscritto è l'art. 91 del Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 181, che, *nel prevedere che "Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti"*, fornisce una soluzione parziale del problema, preoccupandosi del solo profilo della responsabilità del debitore⁷, ma nulla dice in merito alla sorte del relativo contratto. Inoltre, come è stato notato⁸, il campo di applicazione di questa norma è limitato al solo caso in cui il ritardato o il mancato pagamento siano conseguenza delle misure autoritative per il contenimento dell'epidemia, e non invece quello in cui siano dipesi direttamente dalla pandemia in sé considerata.

Si rende quindi necessario procedere all'analisi delle **ipotesi prospettabili, tenendo conto primariamente dell'interesse dei contraenti rispetto all'estinzione o alla conservazione del contratto in corso.**

2. Prima ipotesi: un approccio volto all'estinzione del rapporto.

La difficoltà di adempiere il contratto, o di eseguirlo nei termini e nelle modalità originariamente prefissati, possono condurre le parti a riconsiderare complessivamente la convenienza dell'affare intrapreso, e a preferire di conseguenza porre fine al rapporto. La strada verso l'estinzione può essere intrapresa in vari modi: in particolare, per far fronte alle conseguenze della crisi

⁶ Si rinvia al commento di M. BERGAMASCHI, L'esecuzione dei contratti al tempo del Coronavirus, in *Quotidianogiuridico.it*, del 21.04.2020.

⁷ L'art. 91 del citato decreto è stato analizzato in particolare da A. M. BENEDETTI, Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto, in *Giustiziacivile.com*, 4/2020, del 29.04.2020, sul quale osserva che "va registrato che l'inadempimento del debitore non dà luogo a quegli effetti sostanziali (in punto rimediabile) che ne discenderebbero in una situazione di fisiologia; mi pare che il legislatore abbia inteso regolare una causa emergenziale di giustificazione, destinata ovviamente a cessare con la fine dell'emergenza. Un debitore «immune», appunto." Lo stesso Autore, in un altro contributo, parla di "causa di giustificazione legislativamente tipizzata": si veda in proposito A. M. BENEDETTI, Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "Cura Italia", in *Contratti*, 2/2020, p. 213 ss.

⁸ Per un commento si veda D. DE RADA, Coronavirus e inadempimento delle obbligazioni, L'Art. 91 Decreto-Legge 17 marzo 2020, n. 81, nell'ambito della normativa dei contratti ed il rischio di "liquidity crunch", in *Altalex.com*, del 7.04.2020.

sanitaria, sono stati invocati, a seconda delle situazioni, la risoluzione per impossibilità sopravvenuta⁹ della prestazione o la risoluzione per eccessiva onerosità.

Nel primo caso, l'impossibilità di eseguire la prestazione per causa non imputabile al debitore estingue l'obbligazione (art. 1256 c.c.) e, nei contratti sinallagmatici, impedisce al debitore così liberato di chiedere la controprestazione (art. 1463 c.c.), imponendogli altresì di restituire quella eventualmente già ricevuta. L'istituto in esame¹⁰ offre uno strumento agile per liberarsi dal rapporto, dal momento che la risoluzione avviene *ex lege*, senza bisogno di ricorrere alle vie giudiziarie, come invece richiesto per chi si voglia avvalere della risoluzione per eccessiva onerosità¹¹.

In questo secondo caso, operante per i contratti destinati a protrarsi nel tempo, come quelli a esecuzione continuata o periodica o ad esecuzione differita, l'art. 1467 c.c. consente alla parte, la cui prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili, di chiedere al giudice la risoluzione del contratto.

Sia la risoluzione per impossibilità sopravvenuta sia quella per eccessiva onerosità si pongono nel solco di una tutela di tipo estintivo del rapporto, ma non rinunciano ad offrire una soluzione nel caso in cui ci sia, almeno per una delle parti, la volontà di mantenerlo in vita.

L'art. 1464 c.c., in ambito di impossibilità sopravvenuta, prende in considerazione l'ipotesi di impossibilità solo parziale, consentendo in tal caso la riduzione della prestazione: il creditore, però, non è obbligato a ricevere l'adempimento parziale e, qualora non vi abbia interesse, può recedere dal contratto. Lo strumento della riduzione, in tal caso, si inserisce¹² timidamente nel contesto della risoluzione del contratto, che continua a prediligere il

⁹ Si veda, a proposito, G. SPARANO, Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell'unitarietà, in Giustiziacivile.com, 4/2020, del 28.04.2020.

¹⁰ In tema di impossibilità sopravvenuta si rimanda a G. DELLE CAVE, Coronavirus e inadempimento contrattuale. Gli effetti del COVID-19 sulle obbligazioni contrattuali alla luce degli artt. 1256 e 1467 del Codice civile, in Altalex.com del 28.02.2020.

¹¹ Sull'effettiva utilità di questo rimedio si è espresso M. ZACCHEO, Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19, in Giustiziacivile.com, del 21.04.2020: "Tuttavia, tra la domanda di risoluzione proposta da chi subisce gli effetti della eccessiva onerosità e la sentenza di risoluzione correrebbe un periodo non inferiore a due-tre anni; ciò che renderebbe il rimedio del tutto inefficace rispetto all'esigenza immediata di chi la richiede. È vero che la sentenza opera retroattivamente al momento della domanda con l'obbligo del creditore di ripetere quanto pagato, ma è altrettanto vero che il debitore sino alla sentenza deve continuare a pagare l'intero; e non è poi detto che arrivi a quel momento."

¹² Come evidenziato tra l'altro dalla collocazione sistematica dell'art. 1464 c.c.

momento estintivo del rapporto, come si evince dalla possibilità di ricorrere al recesso.

Più decisivo, invece, si rivela lo strumento *della reductio ad aequitatem* previsto al comma 3 dell'art. 1467 c.c., che consente di modificare equamente le condizioni del contratto divenuto eccessivamente oneroso. Si tratta quindi di un meccanismo alternativo alla risoluzione e che consente alle parti di intervenire sul contratto per neutralizzare lo squilibrio economico sopravvenuto. Senza dimenticare che l'istituto in esame ha una portata limitata, perché interessa solo la fattispecie della sopravvenuta onerosità e funge proprio da risposta per paralizzare la domanda di risoluzione ex art. 1467 c.c., esso tuttavia apre la strada all'ipotesi di una rinegoziazione¹³, guardando con favore ai tentativi di conservazione del rapporto.

3. Seconda ipotesi: l'interesse alla conservazione del rapporto e il contratto modificativo.

Abbiamo visto quali sono i principali strumenti per arrivare all'estinzione del rapporto, ma non sempre tali soluzioni si rivelano soddisfacenti. Le parti, infatti, potrebbero avere interesse a mantenere in vita il contratto, anche se devono affrontare le conseguenze che, inevitabilmente, la situazione di emergenza ha provocato anche nei rapporti interprivati.

L'attuale crisi sanitaria ha fatto affiorare prepotentemente la necessità di ricorrere alla teoria delle sopravvenienze¹⁴, che si occupa di analizzare tutti quei fattori, esterni alla volontà delle parti, che intervengono ad alterare l'equilibrio economico e giuridico racchiuso nel contratto. In quest'ambito si è formata la

¹³ Aleggja in sottofondo il dubbio che gli strumenti rivolti all'estinzione del contratto non forniscano una tutela adeguata, soprattutto nel caso in cui nel rapporto permangano alcuni interessi rilevanti, a cui le parti non intendono rinunciare irrimediabilmente. Si vedano, sul punto, le parole di F. MACARIO, *Sopravenienze e rimedi al tempo del "Coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2/2020, p. 129, sull'effettiva "adeguatezza dell'apparato di regole disposte dal diritto dei contratti per rispondere alle sopravvenienze, ossia, [...] dei <<rimedi>> agli squilibri economici (alle <<disfunzioni>> del sinallagma, se si preferisce), intervenuti nel corso del rapporto e che, come si accennava, potrebbero essere determinati tanto dall'impossibilità, quanto dall'eccessiva onerosità della prestazione.[...] In questo senso, il diritto generale del contratto potrebbe rivelarsi inadeguato ad offrire una risposta accettabile alle istanze di tutela di quanti risulteranno pregiudicati dallo squilibrio tra le prestazioni contrattuali".

¹⁴ Si segnala, per la dottrina più recente, V. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 16 ss.; E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali. Tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, p. 31 ss.; T. MAUCERI, *Sopravenienze perturbative e rinegoziazione del contratto, in Europa e diritto privato*, 2007, p. 1095 ss.

definizione di rinegoziazione¹⁵, che comporta la possibilità di ridefinire il contenuto del contratto originariamente predisposto, al fine di rispondere alle nuove e mutate esigenze, determinate dal sopraggiungere di fattori esogeni e imprevedibili¹⁶. In quest'ottica, l'adeguamento del contratto funge da rimedio che consente ai contraenti di conservare il proprio rapporto, sottoponendolo a modifiche che, in assenza dei mutamenti di cui si è detto, esse probabilmente non avrebbero avuto interesse a realizzare.

All'interno di questo contesto, un ruolo di primo piano è svolto dal contratto modificativo¹⁷, che è una figura giuridica¹⁸ che non trova un'espressa collocazione nel Codice civile, ma che è generalmente ricavata dalla lettura combinata degli articoli 1321 c.c. e 1231 c.c.: la prima disposizione consente l'ammissibilità di negozi diretti a "regolare" un rapporto giuridico patrimoniale, mentre la seconda norma fa espresso riferimento all'ipotesi di "ogni altra modificazione accessoria dell'obbligazione [che] non producono novazione".

¹⁵ Per un approfondimento sul tema della rinegoziazione del contratto e dei rapporti con il contratto modificativo si rinvia a F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 360 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, p. 22 ss.; F. P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova Giur.Civ. Comm.*, 2013, p. 210 ss. Per la cosiddetta clausola di hardship si rimanda a G. ALPA – R.DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005, p. 263. Per la dottrina straniera si rinvia a M. FURMSTON – G. TOLHURST, *Contract formation. Law and Practice*, Oxford, 2016, in particolare p. 55; M. CHEN-WISHART, *A bird in the hand: Consideration and Contract Modifications*, in A. BURROWS - E. PEEL, *Contract formation and parties*, Oxford, 2010 p. 89 ss.

¹⁶ Non sempre e non per forza la rinegoziazione consente di raggiungere un equilibrio "giusto" dei rapporti: si veda in proposito D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustiziacivile.com.*, 4/2020, del 10.04.2020 "Così stando le cose, mi pare che la rinegoziazione dell'emergenza sanitaria somigli a qualsiasi negoziazione, in cui vince il più forte; si rinegozia, dunque, ma l'esito della rinegoziazione non riflette necessariamente una riallocazione equilibrata delle effettive difficoltà o degli impedimenti patiti dai singoli contraenti, ciò che richiederebbe l'esame incrociato e trasparente dei documenti e dei bilanci aziendali. O richiederebbe che ogni rinegoziazione avvenisse davanti al giudice, quel che è di fatto impossibile."

¹⁷ Il contratto modificativo è definito, in modo generalmente condiviso, come un negozio di secondo grado, collegato funzionalmente con quello di primo grado, regolamentare ed accessorio. Si veda sul tema G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, in *Giust. civ.*, 1957, p. 855; A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, 1980, p.15 ss.; G. GORLA, *La riproduzione del negozio giuridico*, Padova, 1933, p.13 ss.; G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella Civil Law e nella Common Law*, in *Riv. dir. com.*, 1952, N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. 135 ss.; C. GRANELLI, *Riproduzione e rinnovazione del contratto*, Milano, 1988, p. 69. Tra i contributi più recenti si segnala A. ALAMANNI, *La modifica del contratto*, Torino, 2018, p. 43 ss.

¹⁸ Si veda la definizione di G. CRISCUOLI, *op.cit.*, p. 848 "Il negozio modificativo può essere definito la manifestazione di volontà, che opera, per l'autoregolamento di privati interessi, su un precedente regolamento negoziale e sul rapporto obbligatorio da esso messo in atto, modificandoli in guisa da non far loro perdere l'originaria fisionomia e, perciò, il loro nomen iuris".

Da questi elementi si è configurato l'istituto del contratto modificativo, riconosciuto sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza, e definito come un negozio di secondo grado¹⁹, collegato funzionalmente con quello di primo grado, regolamentare ed accessorio. Il collegamento funzionale con il negozio di primo grado è individuato sia sotto il profilo oggettivo, in quanto sussiste uno stretto nesso economico e teleologico tra i negozi di primo e secondo grado²⁰, sia dal punto di vista soggettivo, essendo caratterizzato dal cosiddetto "*animus modificandi*"²¹, tradizionalmente contrapposto all' "*animus novandi*" che è proprio della novazione.

La finalità del contratto modificativo è quello di fornire alle parti uno strumento giuridico con il quale ritornare sul regolamento originariamente pattuito, per configurarlo diversamente. Questo tipo di operazione si caratterizza per due effetti: il primo è quello di conservare il vincolo iniziale, che sopravvive, continuando a costituire la sola ed unica fonte dei diritti e degli obblighi delle parti. Il secondo effetto è simmetrico e speculare, perché consiste nella mancata estinzione del rapporto preesistente.

Già da queste premesse si possono intuire le potenzialità del contratto modificativo come strumento di reazione ai mutamenti provocati dalla situazione di emergenza a livello contrattuale, consentendo di far recuperare alle parti il controllo di un rapporto negoziale travolto dalle sopravvenienze. Il contratto modificativo rappresenta la piena espressione dell'autonomia contrattuale che governa le scelte dei contraenti, consentendo loro di "riappropriarsi" del contratto e di convogliare i mutamenti all'interno dello schema regolamentare originario. Attraverso la modifica, è possibile infatti adeguare alle mutate circostanze il contratto inizialmente pattuito, senza però costituire un nuovo rapporto: il vincolo è - e resta - quello originario, anche se viene alterato in alcuni dei suoi elementi. Ciò è possibile solo se la modifica non vada ad incidere su quegli elementi che contribuiscono a definire il *proprium* di un contratto, e il cui mutamento altera irrimediabilmente l'identità del rapporto. L'ambito di applicazione del contratto modificativo sarà allora quello delle modifiche "accessorie", come ad esempio quelle relative al tempo e al luogo

¹⁹ Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli, 1994, p. 243; e L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1949, p. 296.

²⁰ G. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 855 "in quanto il suo regolamento modificativo ha per oggetto il Medesimo rapporto giuridico essenziale che costituisce oggetto del negozio di primo grado"

²¹ È così definito da G. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 848 "Si individua generalmente anche un *animus modificandi*, inteso come lo stato psicologico di chi vuol modificare un precedente negozio regolarmente creato ed efficace."

dell'adempimento, alla forma e alle modalità di esecuzione del rapporto, fino a quelle che definiscono il *quantum* della prestazione.

Andando con ordine, finché perdura la diffusione del virus, è ben possibile immaginare, per i contratti che non hanno ancora avuto esecuzione, la stipulazione di un contratto modificativo del termine, con il quale le parti sostituiscono il termine di adempimento originario con uno diverso, differito nel tempo²². Così facendo, si estende la durata del contratto mediante uno spostamento nel tempo della data indicata per l'esecuzione della prestazione, consentendo indirettamente al debitore di ottenere un aumento del periodo di tempo entro il quale poter adempiere.

Allo stesso modo, nel caso in cui le limitazioni agli spostamenti impediscano alle parti di muoversi, sarebbe possibile prevedere l'esecuzione in un luogo diverso da quello originariamente stabilito.

Anche la forma del contratto e le modalità di esecuzione della prestazione sono suscettibili di subire modifiche, ad esempio privilegiando la forma elettronica e l'esecuzione "da remoto" e non "in presenza"²³, laddove siano possibili in considerazione della natura e delle caratteristiche del rapporto.

Il contratto modificativo può inoltre intervenire anche sul *quantum* della prestazione, la cui modifica è generalmente ricondotta anche dalla giurisprudenza²⁴ ad un'operazione meramente modificativa, che non altera quindi l'identità e la configurazione del rapporto originario. Sarà quindi ammissibile un contratto modificativo che riduce il canone di locazione²⁵ oppure

²² La modifica del termine del negozio costituisce, in un certo senso, l'esempio classico di modifica accessoria, rientrando quindi senza ombra di dubbio nella definizione di contratto modificativo che è possibile ricavare dall'art. 1231 c.c., che individua nelle "modificazioni accessorie" quelle modalità che non importano novazione.

²³ Si rimanda sul punto a A. BUSANI, Assemblee e C.d.A. in audio-video conferenza durante e dopo Covid-19, in *Società*, 4/2020, p. 393 ss. Sullo stesso tema si veda anche M. PALAZZO, Ex facto oritur ius. A proposito delle nuove disposizioni in tema di svolgimento delle assemblee di società, in *Giustiziacivile.com*, 4/2020, del 7.04.2020.

²⁴ La mancata eliminazione dell'obbligazione originaria costituisce l'aspetto di maggior distanza dalla novazione, come sottolineato anche dalla giurisprudenza. Si veda, ad esempio, Cass. civ. , 21/01/2008, n. 1218 "L'atto con il quale le parti convengono la modificazione quantitativa di una precedente obbligazione ed il differimento della scadenza per il suo adempimento, non costituisce una novazione e non comporta, dunque, l'estinzione dell'obbligazione originaria, restando assoggettato, per la sua natura contrattuale, alle ordinarie regole sulla validità; la novazione oggettiva esige invero l' <<animus novandi>>, cioè l'inequivoca, comune, intenzione di entrambe le parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova e l' <<aliquid novi>>, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto."

²⁵ La soluzione di rimettere all'accordo delle parti la decisione di concordare, se ritenuto opportuno, una diminuzione del canone di locazione, sembra quella che meglio riesce a contemperare gli opposti interessi di conduttore e locatore, posto che, come osserva R. MORELLO, Gli effetti sui

che diminuisce il prezzo di una vendita non ancora eseguita, così rispondendo alle esigenze di quei contraenti che si trovano in condizioni di difficoltà economica a causa della crisi.

4. Considerazioni conclusive.

La diffusione del Coronavirus sta provocando gravi conseguenze in tutti i settori dell'economia e anche i rapporti tra privati ne sono stati profondamente coinvolti. A fronte di una simile situazione il compito del giurista è quello di fornire delle risposte concrete per tentare di ricomporre gli squilibri provocati dalle nuove e sopravvenute esigenze.

In ambito contrattuale, abbiamo visto che la crisi ha colpito l'assetto di interessi che le parti si sono originariamente date, causando in molti casi la scelta di porre fine al contratto, perché non più sostenibile per l'una o per entrambe le parti.

In altri casi, invece, la volontà dei contraenti si è espressa nel senso del mantenimento del rapporto, ma è emerso al contempo che il regolamento originario non corrisponde più al concreto interesse delle parti. In una simile situazione, si propone il ricorso al contratto modificativo, che offre uno strumento agile e veloce per riorganizzare i propri interessi all'interno dello schema negoziale inizialmente definito. Ciò consente di trovare una soluzione a tutti quei casi in cui sia necessario stabilire un diverso luogo o termine di adempimento, oppure adeguare le modalità e la forma dell'esecuzione alla nuova situazione di emergenza, e finanche riequilibrare il rapporto economico, diminuendo quantitativamente la misura della prestazione.

L'utilizzo del contratto modificativo si rivela così adeguato a far fronte ai cambiamenti introdotti dalla situazione di emergenza e, su questa linea, si potrebbe anche ipotizzare un ripensamento complessivo di questa figura, nel senso di ampliarne l'ambito di applicazione e di farne uno strumento generalizzato, proprio alla luce del bisogno di trovare risposte rapide, in grado di adeguare in tempi brevi la conformazione del contratto ai cambiamenti della realtà che ci circonda²⁶.

contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile, in *Giustiziavivile.com*, 4/2020, del 27.04.2020: "non è inutile ricordare che per ogni debitore c'è ovviamente un creditore e che addossare arbitrariamente a quest'ultimo il peso della crisi in atto avrebbe effetti imprevedibili e incontrollabili."

²⁶ Si fa propria la riflessione di F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "Coronavirus"*: interesse individuale e solidarietà, in *Contratti*, 2/2020, p. 131: "L'emergenza venutasi a determinare potrebbe, dunque, imporre una seria riflessione "di sistema", per così dire, sugli strumenti che un ordinamento evoluto dovrebbe essere in condizione di porre a disposizione del

giudice, affinché i conflitti d'interesse suscitati dagli effetti delle sopravvenienze - in questa occasione verosimilmente ben più pregiudizievoli del solito, se non devastanti in termini socio-economici - siano gestiti all'interno di una logica della "relazione" contrattuale (con utili spunti che potrebbero provenire dal pensiero giuridico e sociologico statunitense degli anni Sessanta, cui si ascrive lo studio dei c.d. "relational contracts") non vincolata dalla alternativa "tutto-niente", tipica delle soluzioni estintive offerte dal diritto comune di matrice codicistica - qui riconducibili, evidentemente, alla risoluzione del contratto -, ma arricchita dalla prospettiva conservativa del rapporto."

La malattia in carcere tra tutela dei diritti fondamentali e messa alla prova dei nuovi provvedimenti a fronte dell'emergenza Covid-19.

*di Margherita GALLO**

SOMMARIO: **1.** Premessa: ius et lex. **2.** Il diritto alla salute come diritto fondamentale anche nel sistema penale. **3.** Trattamenti disumani nelle carceri alla luce delle decisioni dei Giudici di Strasburgo. **4.** Le osservazioni del Garante dei diritti dei detenuti. **5.** Il ruolo del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti. **6.** Un quadro normativo attuale: i provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. **7.** Un sistema normativo in continuo divenire: tra politica e diritto. **8.** Conclusioni.

ABSTRACT: *This work aims to represent the regulatory framework regarding the protection of the person's right to health when incarcerated, as they have the same rights as free people do, to human dignity and other individual rights. Looking at the national and European legislative intervention, this is an attempt to clarify the phenomenon, which is inevitably linked to a state of suffering, especially in the current world situation.*

1. Premessa: ius et lex.

“Πολλά τὰ δεινὰ” costituisce l'esordio del primo stasimo dell'Antigone di Sofocle, il cui mito apre ed invita alla riflessione sul mutevole rapporto tra lex e ius.

La tragedia sofoclea, al di là dello scontro mortale tra Antigone e Creonte, costituisce una rappresentazione, longeva come poche, del conflitto tra il dovere di obbedienza al comando politico, posto dal potere costituito, ed il dovere di fedeltà alle leggi non scritte, intese come patrimonio comune della collettività. Dunque, senza assumere il pretenzioso compito di rappresentare il legame tra legge e diritto, si vuole evidenziare che per quanto possa apparire strano il diritto esiste senza la legge¹, ma la legge non esiste senza il diritto.

Legge e diritto, infatti, sebbene siano inseparabili, sono concetti diversi. Antigone ne è l'esempio lampante «*E non pensavo che i tuoi editti avessero*

* Dottoressa in giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 l. 98/13 presso la Procura della Repubblica di Nocera Inferiore.

¹ Cfr. M. CARVALE, *Diritto senza legge. Lezioni di diritto comune*, Torino, Giappichelli, 2013.

tanta forza, che un mortale potesse trasgredire le leggi non scritte e incrollabili degli dèi. Infatti queste non sono di oggi o di ieri, ma sempre vivono, e nessuno sa da quando apparvero»: un deposito di ius preesiste sempre alla lex².

Nondimeno accade per la legislazione penale, poiché le leggi penali senza il diritto sarebbero prive del loro fondamento giuridico-sociale. In tale prospettiva, si pone il serrato dibattito sui diritti fondamentali che si impongono con forza prorompente, nell'ambito dell'ordinamento nazionale ed in quello comunitario, quale espressione del patrimonio inestimabile di una comunità conscia dell'intangibilità dei diritti dell'uomo.

Nell'alveo dei diritti fondamentali si colloca il diritto alla salute, ex art. 32 Cost., quale archetipo di diritto inviolabile³, ed in particolare l'aspetto che in questa sede preme passare in rassegna è quello concernente la tutela del diritto alla salute dei detenuti, la cui prigionia non può negarne la dignità: così, Antigone disobbedisce al potere in nome della dignità umana.

2. Il diritto alla salute come diritto fondamentale anche nel sistema penale.

Il diritto alla salute, comprensivo non solo della salute fisica ma anche della salute psichica, alla quale l'ordinamento assicura e deve assicurare il medesimo grado di tutela, viene garantito anche nei confronti di persone assoggettate a restrizioni di libertà, mediante la predisposizione di adeguati mezzi per garantirne l'effettività. Difatti, a partire dalla legge n. 354 del 1975, sull'ordinamento penitenziario, fulcro di un intenso dibattito è stato quello afferente alla tutela della salute dei detenuti.

Va preliminarmente evidenziato che l'Italia con la Costituzione del 1948 effettua una scelta significativa, di cui l'art. 27 Cost. ne rappresenta l'emblema, statuendo espressamente che «*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*» e che «*Non è ammessa la pena di morte*». Eppure, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte censurato la Repubblica italiana per la violazione dell'art.

² M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, p. 2, 20 dicembre 2019, in *Sistema penale*, saggio destinato alla rivista *Il Pensiero*. Rivista di filosofia, n. 2/2019.

³ La Conferenza Internazionale della Sanità (New York, 1946) e l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) affermano che la salute costituisce «*uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e non consiste soltanto nell'assenza di malattie o infermità. Il possesso del migliore stato di sanità che si possa raggiungere costituisce uno dei diritti fondamentali di ciascun essere umano, qualunque sia la sua razza, la sua religione, le sue opinioni politiche, la sua condizione economica e sociale. I Governi hanno la responsabilità della sanità dei loro popoli: essi per farvi parte devono prendere le misure sanitarie e sociali appropriate*».

3 CEDU, che sancisce il divieto di tortura, creando una sorta di paradosso ove uno Stato contraddistinto da una consolidata tradizione liberale è autore di condotte delittuose in grado di porre in essere gravi aggressioni alla libertà e alla dignità della persona umana.

Nell'immaginario comune, ancora oggi, alla condizione dei detenuti, non di rado, viene affiancata una considerazione in termini di pura effettività della sanzione inflitta dall'ordinamento, senza peraltro considerare il carattere rieducativo della pena, a cui tende la risocializzazione del condannato in funzione di un reinserimento all'interno della società, con una conseguente apertura nei confronti della posizione dell'ergastolano⁴. Quasi come se, effettività della pena e procedimento di esecuzione si scontrassero tra loro in modo non conforme al principio costituzionale di cui all'art. 27 comma 3.

Citando lo scrittore russo Fëdor Dostoevskij, colpito personalmente dall'esperienza carceraria, «*il grado di civilizzazione di una società si misura dalle sue prigionie*», emerge come il carcere, senza sconfinare in concezioni utopistiche, debba essere un luogo civile in grado di assicurare i diritti fondamentali dei detenuti, con la previsione di strutture e di personale adeguato. D'altronde, il carcere è «*la semplice custodia di un cittadino, finché sia giudicato reo; e questa custodia, essendo essenzialmente penosa, deve durare il minor tempo possibile, e dev'essere meno dura che si possa*»⁵.

Negli ultimi anni la materia penitenziaria è stata oggetto di interventi legislativi, alcuni dei quali, tuttavia, destano perplessità circa la volontà del Legislatore. Anzitutto, il d.l. 22 giugno 1999 n. 230, in materia di riordino della medicina penitenziaria, ha avviato il trasferimento delle funzioni sanitarie penitenziarie al Servizio sanitario nazionale, riconoscendo, ai sensi dell'art. 1 comma 1, che gli internati hanno diritto, al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione delle prestazioni di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione, efficaci ed appropriate, tenuto conto degli obiettivi generali e speciali di salute e dei livelli essenziali e uniformi di assistenza individuati nel piano sanitario nazionale, nei piani sanitari regionali ed in quelli locali.

Successivamente, l'art. 2 comma 283 l. 24 dicembre 2007 n. 244, al fine di dare completa attuazione al riordino della medicina penitenziaria e minorile di cui al

⁴ Sul punto, la sentenza della Corte EDU del 13 giugno 2019, Viola c. Italia., secondo cui la disciplina concernente l'ergastolo c.d. ostativo, ai sensi dell'art. 4 bis ord. pen., contrasta con l'art. 3 CEDU, nella parte in cui limita alla sola ipotesi di collaborazione – salvo i casi di collaborazione impossibile o irrilevante – con la giustizia la possibilità per il ricorrente di beneficiare della liberazione condizionale.

⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764.

d.l. 22 giugno 1999 n. 230, conferisce al Presidente del Consiglio dei ministri, il potere di definire: a) il trasferimento al SSN di tutte le funzioni sanitarie svolte dal dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e dal dipartimento della giustizia minorile del Ministero della giustizia; b) le modalità e le procedure, previa consultazione con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, per il trasferimento al SSN dei rapporti di lavoro in essere relativi alle funzioni sanitarie. Si registra, dunque, con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 1° aprile 2008 (GU Serie Generale n.126 del 30/05/2008) il completamento del trasferimento di competenze avviato con il d.lgs. n. 230/199.

Di estrema importanza la scelta del DPCM – contestata dal Consiglio Nazionale dell'Ordine degli psicologi⁶ – di non prevedere il trasferimento degli esperti psicologi convenzionati con il Ministero della Giustizia ai sensi dell'art. 80 della legge 26 luglio 1975 n. 354 e 8 del d.lgs. 28 luglio 1989 n. 272. Orbene, il trasferimento a monte riguardava le prestazioni che dapprima venivano eseguite dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, afferendo esclusivamente al trasferimento del personale di ruolo e non anche i rapporti professionali autonomi retti da convenzione. Peraltro, l'art. 80 della legge n. 354/75 sancisce che *«Per le attività di osservazione e trattamento, l'amministrazione penitenziaria può avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, corrispondendo ad essi onorari proporzionali alle singole prestazioni effettuate»* evidenziando, quindi, la non obbligatorietà del ricorso a tali soggetti in quanto *«le attività di cura e di sostegno psicologico ai detenuti – di cui è indiscussa la notevole importanza sociale e istituzionale – riguardano più propriamente le attività di supporto volte a salvaguardare la sicurezza e la più ordinata e serena vita all'interno degli istituti penitenziari»*⁷.

Si è, quindi, fatto un enorme passo avanti nel percorso risocializzante del detenuto, legittimando anche da un punto di vista sociale il fenomeno carcerario, mediante il reinserimento – cui tende la finalità rieducativa della pena – del medesimo all'interno della comunità. A tal proposito, va evidenziato che, perlomeno, taluni istituti dell'esecuzione penitenziaria non sono ispirati a generiche finalità risocializzanti, invero l'accesso ad alcune misure alternative è

⁶ Il Consiglio nazionale dell'ordine degli psicologi proponeva appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione terza quater, n. 7094 del 18 luglio 2009, con ricorso n. 258 del 2010.

⁷ Consiglio di Stato sez. IV, 15/09/2010, ud. 04/06/2010, dep. 15/09/2010, n. 6891.

determinato da situazioni oggettive, ad esempio condizioni patologiche (così accade per il condannato tossicodipendente o affetto da AIDS), oppure elementi estranei a percorsi rieducativi (come l'età), oppure interessi di terzi (come quello della prole nel caso della madre detenuta). In alcune fattispecie, tra l'altro, tali misure costituiscono il premio consequenziale alla collaborazione processuale. Il 2018, inoltre, poteva rappresentare un anno decisivo per il processo riformatore dell'ordinamento penitenziario culminato in i tre decreti legislativi n. 121, concernente la riforma dell'esecuzione penale dei soggetti minorenni, 123 e 124, riguardanti viceversa l'esecuzione penale degli adulti. Innanzitutto, l'art. 1 comma 5 ord. pen., ora, prevede 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. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti»* focalizzando l'attenzione sul trattamento e sulla rieducazione dei detenuti in conformità alle previsioni costituzionali di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost., mancando, tuttavia, il richiamo ai principi fondamentali delle Regole penitenziarie europee, della Raccomandazione R (2006)2 del Consiglio di Europa⁸, nonché alla cd. sorveglianza dinamica⁹, in attuazione della delega di cui all'art. 1 comma 85 lett. r) della legge 23 giugno 2017 n. 103¹⁰. Va specificato che l'art. 1 si rivolge al detenuto inteso come individuo, a cui va garantito un trattamento penitenziario conforme ad umanità ed al il rispetto della dignità della persona scongiurando ogni forma di violenza fisica o morale.

Degne di nota sono state le novità in materia di assistenza sanitaria (d. lgs. 123/2018), tra cui le modifiche concernenti l'art. 11 ord. pen., in materia di

⁸ La Raccomandazione, recante le *Regole penitenziarie europee riconosce anche il contributo della CEDU e del CPT* evidenzia l'importanza del principio dell'*ultima ratio* secondo cui la detenzione dovrebbe essere l'ultima delle misure alle cui ricorrere; si rinvia al § 3 per l'analisi del fenomeno del sovraffollamento alla luce delle decisioni dei Giudici di Strasburgo.

⁹ L'ingresso nel nostro ordinamento della sorveglianza dinamica si verifica con la circolare del DAP del 14 luglio 2013, concernente le *linee guida sulla sorveglianza dinamica*. Lo scopo della circolare è quello di *«individuare nuove strategie operative tese non soltanto a contenere la piaga del sovraffollamento che da anni affligge il nostro Paese, ma volte innanzitutto a rendere maggiormente dignitosa l'esecuzione della pena, a darle un senso compiuto, a far sì che la stessa sia eseguita con modalità rispondenti alle prescrizioni della C.E.D.U., rilanciando in particolare l'attività trattamentale che si pone come elemento sinergico delle nuove norme contenute nel decreto-legge recentemente varato dal Consiglio dei Ministri recante "Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena"»*.

¹⁰ A norma dell'art. 1 comma 85 lett. r) della legge 23 giugno 2017, n. 103 *«previsione di norme volte al rispetto della dignità umana attraverso la responsabilizzazione dei detenuti, la massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna, la sorveglianza dinamica»*.

principi generali relativi al servizio sanitario negli istituti penitenziari. Si pensi, ad esempio, al diverso riparto di competenze a disporre il ricovero nelle strutture sanitarie esterne dei detenuti (per esattezza, si guarda alla loro posizione giuridica), secondo cui «*Ove siano necessari cure o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati dai servizi sanitari degli istituti, i condannati e gli internati sono trasferiti, con provvedimento del magistrato di sorveglianza, in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura. Per gli imputati, detti trasferimenti sono disposti, dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, dal magistrato di sorveglianza; prima della pronuncia della sentenza di primo grado, dal giudice istruttore, durante l'istruttoria formale; dal pubblico ministero, durante l'istruzione sommaria e, in caso di giudizio direttissimo, fino alla presentazione dell'imputato in udienza; dal presidente, durante gli atti preliminari al giudizio e nel corso del giudizio gli atti preliminari al giudizio e nel corso del giudizio; dal pretore, nei procedimenti di sua competenza; dal presidente della corte di appello, nel corso degli atti preliminari al giudizio dinanzi la corte di assise, fino alla convocazione della corte stessa e dal presidente di essa successivamente alla convocazione*».

Tuttavia, la riforma del 2018 è stata additata come un'occasione mancata, restando al di fuori di essa la tematica della salute mentale, ragion per cui può ritenersi che la questione sanitaria costituisca ancora argomento sconcertante sebbene la consapevolezza per cui «*per vivere, per stare bene c'è bisogno di amore e di libertà*»¹¹. Segnatamente, si evidenzia l'elevato tasso dei suicidi, verificatesi negli ultimi anni, sintomo di un malessere in grado di colpire il detenuto in diversi momenti¹² della permanenza carceraria. Sul punto, gli aspetti principali del Piano Nazionale per la prevenzione dei suicidi nelle carceri, predisposto in seguito alla direttiva del Ministero della Giustizia del 3 maggio 2016, riguardano gli strumenti di rilevazione del rischio, il presidio delle situazioni potenzialmente critiche, i protocolli operativi per la gestione dei casi a rischio e per la gestione delle urgenze, al fine di cogliere eventuali segni premonitori della condotta suicida e di gestire efficacemente tale pericolo.

¹¹ A. BRUNI, *Corpi in galera*, Assemblea n. 7, 1984 «*Mi viene da sorridere quando sento parlare di convegni sulla sanità in carcere, è un sorriso ironico e benevolo al tempo; per vivere, per stare bene c'è bisogno di amore e di libertà*».

¹² Si intende riferirsi al momento del primo ingresso presso l'istituto penitenziario detenuti, al momento della definizione del primo giudizio, ai momenti in cui il detenuto si trova in uno stato di isolamento, nonché nei casi di assenza di contatti con la propria famiglia oppure nei casi in cui il medesimo si avvicina la fine della pena.

3. Trattamenti disumani nelle carceri alla luce delle decisioni dei Giudici di Strasburgo.

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo non include al suo interno i diritti sociali, tra cui il diritto alla salute, i quali trovano quindi una tutela indiretta, nel caso di specie mediante il riconoscimento del diritto alla vita (art. 2 CEDU), del divieto di pene e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU), del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio (art. 8 CEDU). Dunque, tale mancata previsione non deve condurre in errore avendo gli stessi Giudici di Strasburgo riconosciuto che «*nonostante la Convenzione enunci essenzialmente diritti civili e politici, molti di questi hanno implicazioni di natura sociale o economica. [...] non c'è alcuna barriera impermeabile che separi quella sfera dall'ambito coperto dalla Convenzione*»¹³.

Non va oscurato, inoltre, il fatto che le ragioni che hanno spinto le istituzioni nazionali all'adozione di alcuni importanti provvedimenti in materia penitenziaria, con specifico riguardo al diritto alla salute, hanno la loro causa prossima in distinte pronunce della Corte EDU, concernenti trattamenti disumani, che coinvolgono tematiche disparate dal sovraffollamento, tema su cui si è discusso molto, a partire dalla sentenza Torreggiani della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dell'8 gennaio 2013, che fissa a 3 metri quadri la superficie minima messa a disposizione di ogni detenuto, al divieto di tortura, con la sentenza della Corte EDU del 22 giugno 2017, nel caso Bartesaghi Gallo e altri c. l'Italia, oggi previsto all'art. 613 bis c.p., in seguito alla emanazione della legge 110 del 2017. Per di più, è opportuno constatare che l'opera di intervento da parte della Corte di Strasburgo, lungi dall'essere un fenomeno riguardante soltanto l'ordinamento italiano, ha coinvolto molteplici Paesi, tra cui, ad esempio, la Francia¹⁴, in relazione alla drammatica vicenda di un detenuto malato di leucemia che veniva ammanettato al letto durante la chemioterapia con conseguente ed inevitabile peggioramento delle condizioni di salute, la Grecia¹⁵, con riguardo ad un paziente affetto da sclerosi multipla, nonché numerosi altri Stati, marcando, quindi, la difficoltà di declinare in maniera corretta tale diritto anche alla luce anche delle necessarie risorse economiche.

La giurisprudenza CEDU è intervenuta affrontando tali questioni, in particolare, individuando quel "minimo di gravità" per la violazione dell'art. 3 della Convenzione e riconoscendo che «*l'apprezzamento di questo standard minimo*

¹³ Corte EDU, 9 ottobre 1979, Airey v. Ireland, ric. n. 6289/73.

¹⁴ Corte EDU, 14 novembre 2002, Mouisel v. Francia, ric. n. 67263/01.

¹⁵ Corte EDU, 2 novembre 2006, Serifis v. Greece, ric. n. 27695/03.

è relativo e dipende ed è quindi, condizionato dalla durata del trattamento e dai suoi effetti fisici o mentali oltre che [...] dallo stato di salute della vittima»¹⁶. In altri termini, all'individuazione di un criterio minimo, deve seguire una concreta attività di produzione normativa ed una conforme applicazione giurisprudenziale. Venendo alla pronuncia Torreggiani, la Corte di Strasburgo affronta una delle più note e frequenti patologie del carcere: il sovraffollamento.

Il sovraffollamento, già, nel 2003, calcava la scena italiana con il caso Sulejmanovic c. Italia, per la mancanza di un adeguato spazio vitale (2,7 metri quadri per ognuno dei 4 detenuti) all'interno delle celle. Il 16 luglio 2009, la Corte europea dei diritti dell'uomo condannava l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU poiché il ricorrente aveva subito disagi e inconvenienti quotidiani, vivendo in uno spazio alquanto esiguo e non conforme alla previsione del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

In seguito alla pronuncia del 2009, l'Italia avviò un'opera diretta allo svuotamento degli istituti penitenziari. Dapprima, con l. 26 novembre 2010 n. 199, recante le disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno, c.d. legge svuota carceri, prevedendo una misura alternativa alla detenzione, non superiore a dodici mesi, che consente al pubblico ministero di sospendere l'ordine di carcerazione e di trasmettere gli atti al magistrato di sorveglianza ai fini dell'esecuzione della pena presso il domicilio, ovvero presso *«altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza»¹⁷. Successivamente, con il d.l. 22 dicembre 2011 n. 211 (convertito con modifiche dalla l. 17 febbraio 2012 n. 934), recante gli interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri, aumentando di sei mesi – in totale diciotto – il limite di pena per la richiesta della detenzione domiciliare prevista a partire dal 2010, ed incidendo sulla disciplina dell'art. 558 c.p.p.¹⁸.*

¹⁶ Corte EDU, 18 gennaio 1978, Ireland v. the United Kingdom, ric. n. 5310/71.

¹⁷ La legge ha validità *«fino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013»*. In ogni caso, restano esclusi dal suo ambito di applicazione: i condannati per i cd. "reati ostativi" ex art. 4 bis ord. pen., i delinquenti abituali, professionali o per tendenza, i detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare ex art. 14-bis l. 354/1975, i condannati per i quali sussista un concreto pericolo di fuga ovvero specifiche e motivate ragioni per ritenere che possa commettere ulteriori delitti, oppure quando non ricorra *«l'idoneità e l'effettività del domicilio anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato»*.

¹⁸ Nella specie, viene modificato il comma 4 dell'art. 558 c.p.p. che, ora, prevede *«Se il pubblico ministero ordina che l'arrestato in flagranza sia posto a sua disposizione, lo può presentare direttamente all'udienza, in stato di arresto, per la convalida e il contestuale giudizio, entro*

Un nuovo colpo per l'Italia fu sferrato, nel 2013, con il caso Torregiani, concernente una sentenza "pilota" della Corte CEDU, che traeva origine da sette ricorsi di detenuti italiani, i quali lamentavano l'eccessivo affollamento presso l'istituto penitenziario, poiché disponevano di celle ridotte (9 metri quadri per tre detenuti, quindi, 3 metri quadri per ogni carcerato). A parere della Corte CEDU, l'Italia violava l'art. 3 della Convenzione, pertanto, doveva, entro un anno dal passaggio in giudicato della decisione, adottare le misure necessarie ovvero «istituire un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei a offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario e ciò conformemente ai principi della Convenzione come stabiliti nella giurisprudenza della Corte». In tal senso, la Corte di Strasburgo, richiamandosi alla vicenda Sulejmanovic c. Italia, alle condizioni individuate dal CPT¹⁹, nonché alla Raccomandazione n° (99) 22 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, imponeva l'adozione di rimedi preventivi (occorre rimuovere la lesione) e di rimedi compensativi (occorre riparare il danno subito).

In conformità a quanto disposto dalla Corte, con riguardo ai rimedi preventivi, si giunse al d.l. 23 dicembre 2013 n. 146 (convertito con modificazioni dalla l. n. 10/2014)²⁰, recante le misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e riduzione controllata della popolazione carceraria, che introdusse una novità, nell'ordinamento penitenziario, il reclamo giurisdizionale ex art. 35 a

quarantotto ore dall'arresto. Si applicano al giudizio di convalida le disposizioni dell'art. 391 in quanto compatibili», inoltre, vengono aggiunti il comma 4 bis, secondo cui «Salvo quanto previsto dal comma 4-ter, nei casi di cui ai commi 2 e 4 il pubblico ministero dispone che l'arrestato sia custodito in uno dei luoghi indicati nel comma 1 dell'articolo 284. In caso di mancanza, indisponibilità o inidoneità di tali luoghi, o quando essi sono ubicati fuori dal circondario in cui è stato eseguito l'arresto, o in caso di pericolosità dell'arrestato, il pubblico ministero dispone che sia custodito presso idonee strutture nella disponibilità degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che hanno eseguito l'arresto o che hanno avuto in consegna l'arrestato. In caso di mancanza, indisponibilità o inidoneità di tali strutture, o se ricorrono altre specifiche ragioni di necessità o di urgenza, il pubblico ministero dispone con decreto motivato che l'arrestato sia condotto nella casa circondariale del luogo dove l'arresto è stato eseguito ovvero, se ne possa derivare grave pregiudizio per le indagini, presso altra casa circondariale vicina» ed il comma 4 ter, secondo cui «Nei casi previsti dall'articolo 380, comma 2, lettere e-bis) ed f), il pubblico ministero dispone che l'arrestato sia custodito presso idonee strutture nella disponibilità degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che hanno eseguito l'arresto o che hanno avuto in consegna l'arrestato. Si applica la disposizione di cui al comma 4-bis, terzo periodo».

¹⁹ Il Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e dei Trattamenti Inumani e Degradanti sostiene che lo spazio minimo destinato al singolo detenuto debba essere di 7 metri quadri in ogni cella, sottolinea la necessità di un uso privato di servizi igienici, un livello adeguato di aerazione e di riscaldamento, nonché la possibilità di accedere alla luce e all'aria naturale.

²⁰ Si segnala che con il d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, convertito nella l. 10/2014, veniva istituito il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale.

un provvedimento (c.d. reclamo in materia disciplinare) o a una condotta illegittima dell'amministrazione penitenziaria (cd. reclamo giurisdizionale per condotta illegittima dell'amministrazione).

Sul versante dei rimedi compensativi, invece, intervenne il d.l. 92/2014 (convertito dalla l. 117/2014) che dava ingresso all'art. 35 ter nell'ordinamento penitenziario e prevedeva due novità volte a riparare il pregiudizio sofferto dai detenuti che si trovano in condizioni tali da violare l'art. 3 CEDU. *In primis*, si prevedeva una riparazione in forma specifica, ovvero sia una riduzione di un giorno di pena da scontare per ogni dieci giorni di lesione patita, e venne introdotto un risarcimento pari a otto euro – somma definita da taluni come una "beffa"²¹ – per ogni giorno di pregiudizio. *In secundis*, la seconda parte del comma 3 recita «L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere». Tale disposizione ha generato non poche incertezze interpretative, essendo stata la locuzione "in carcere" posta in seguito al richiamo alla "custodia cautelare", mentre la "detenzione" può essere sia carceraria sia domiciliare.

È importante precisare il ruolo cruciale svolto dalla sentenza dell'8 maggio 2018 n. 11018, con cui le Sezioni Unite civili si sono pronunciate sulla natura del rimedio di cui all'art. 35 ter co. 3 ord. pen., chiarendo che «il diritto ad una somma di denaro pari a otto euro per ciascuna giornata di detenzione in condizioni non conformi ai criteri di cui all'art. 3 della CEDU, previsto dalla L. n. 354 del 1975, art. 35 ter, comma 3, come introdotto dal D.L. n. 92 del 2014, art. 1, conv. con modif. dalla L. n. 117 del 2014, si prescrive in dieci anni, trattandosi di un indennizzo che ha origine nella violazione di obblighi gravanti "ex lege" sull'amministrazione penitenziaria. Il termine di prescrizione decorre dal compimento di ciascun giorno di detenzione nelle su indicate condizioni, salvo che per coloro che abbiano cessato di espiare la pena detentiva prima del 28 giugno 2014, data di entrata in vigore dei D.L. cit., rispetto ai quali, se non sono incorsi nelle decadenze previste dal D.L. n. 92 del 2014, art. 2, il termine comincia a decorrere solo da tale data». In altre parole, la decadenza decorre a partire dalla cessazione dello stato di detenzione, tuttavia, se questa può essere sia carceraria sia domiciliare soltanto la prima è tale da configurare il problema del sovraffollamento e del conseguente trattamento disumano.

²¹ M. AMIRANTE, *I diritti "ristretti" dei detenuti e in particolare la tutela del diritto alla salute*, consultabile in giudicedonna.it, n. 1/2020.

Inoltre, si osserva che, già, prima dell'intervento del 2018, la Corte CEDU, con la sentenza *Stella e altri c. Italia* del 2014, ha salutato con favore l'intervento del Legislatore italiano, che ha predisposto rimedi interni al fine di fronteggiare le problematiche del sovraffollamento e della violazione ex art. 3 CEDU. In particolare, la Corte ritiene non soddisfatta la condizione del previo esaurimento delle vie interne «*non essendo stati esperiti i rimedi recentemente introdotti dal legislatore italiano per riparare, in via preventiva o compensativa, alle violazioni dei diritti fondamentali derivanti da condizioni di sovraffollamento*».

Emerge come il cuore pulsante del dibattito sia rappresentato dall'art. 3 CEDU che «*racchiude uno dei diritti fondamentali delle società democratiche*»²², ed è proprio la violazione della menzionata norma il fil rouge che lega sovraffollamento e tortura e più in generale qualsiasi forma di trattamento disumano.

Venendo, ora, alla tortura si constata che, all'interno delle carceri, non di rado si verificavano alcune forme di punizione riconducibili al fenomeno in parola, tra cui, ad es., la pratica del cd. letto di contenzione consistente nel legare i detenuti ad un tavolo dotato di un buco per l'espletamento dei bisogni fisiologici. Inevitabilmente la tortura va ad incidere sul diritto alla salute, difatti, non sorprende come tale fattispecie, ancor più del sovraffollamento, necessitava di un intervento, che, in Italia, si verificò in seguito alla sentenza della Corte CEDU del 22 giugno 2017 *Bartesaghi, Gallo et al. c. Italia*, concernente il ricorso di quarantadue occupanti della scuola Diaz vittime di violenza durante l'episodio del G8 di Genova del 2001.

In relato, senza entrare nel merito della vicenda, la Corte CEDU, richiamandosi alla sentenza²³ del 2015 (relativa ai medesimi fatti), attribuisce alle condotte delle forze di polizia il carattere della "tortura" «*in considerazione della sua natura particolarmente grave e crudele e dell'acuta sofferenza fisica e psichica causata alle vittime*». Fu proprio in occasione della condanna del 2015 che ebbe inizio un lungo iter legislativo dovendo l'ordinamento italiano «*dotarsi di strumenti giuridici in grado di punire adeguatamente i responsabili di atti di tortura o altri maltrattamenti impedendo loro di beneficiare di misure in contraddizione con la giurisprudenza della Corte*». Tale iter culminò nella l. n.

²² Corte EDU, 7 luglio 1989, *Soering v. the United Kingdom*, ric. n. 14038/88; Corte EDU, 18 dicembre 1996, *Aksoy v. Turkey*, ric. n. 21987/93.

²³ Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia.*, in particolare, nel caso *de quo* il ricorrente sosteneva che gli agenti di polizia lo avessero colpito più volte, al punto da rimanere invalido, sebbene avesse mostrato segni di sottomissione alzando le mani al cielo.

110 del 2017, che ha dato luogo all'introduzione all'interno del codice penale dell'art. 613 bis, quale fattispecie a condotta vincolata. In particolare, l'art. 613 bis prevede le ipotesi di tortura c.d. comune «*Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona [...]*»; nonché le ipotesi di tortura c.d. di Stato «*Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio [...]*». Con riferimento all'ultima ipotesi emerge il particolare disvalore sociale, poiché si ha riguardo a soggetti che dovrebbero uniformare il proprio comportamento ad un dovere di cura e custodia.

Oltremodo, si constata che, al di là del sovraffollamento e della tortura, vi sono ulteriori fattori, ugualmente importanti, che si riflettono sulla salute entrando nell'orbita della Corte di Strasburgo, soprattutto: la fruizione dell'acqua, tematica che si riflette su un tema ulteriore quello dell'igiene personale in relazione alla previsione di servizi igienici all'intero della cella, tematica connessa a sua volta alla circolazione di infezioni e di virus²⁴; la fruizione di spazi comuni con accesso all'aria e alla luce naturale; nonché la fruizione nei mesi invernali del riscaldamento²⁵.

In conclusione, uno spunto di riflessione in materia di trattamento disumano può essere fornito da due esperimenti, rispettivamente, del 1971 e del 2001.

Il primo, realizzato dallo psicologo statunitense, G. Philip G. Zimbardo, fu condotto all'interno del seminterrato della Jordan Hall della Stanford University²⁶, ove veniva simulato un contesto carcerario in cui gli studenti²⁷ furono suddivisi in gruppi di prigionieri ed in gruppi di guardie. Sebbene non fosse ammessa alcuna forma di violenza, ben presto si manifestò l'ostilità degli studenti/guardie nei confronti degli studenti/detenuti, al punto che fu necessario interrompere il test, dopo soltanto una settimana. Ne conseguiva che «*qualsiasi atto che un*

²⁴ Si rileva che le infezioni più frequenti in carcere sono: l'epatite non A e l'HIV, prevalentemente acquisite al di fuori dell'istituto penitenziario, ma con possibilità di trasmissione anche all'interno del medesimo, scabbia, dermatofitosi, pediculosi, epatite A e tubercolosi, prevalentemente acquisite in carcere per trasmissione persona a persona, nonché le sintomatologie associate ad etiologie infettive (febbre e diarrea), determinate la prima dalla circolazione di influenza ed altre infezioni respiratorie a carattere epidemico, o comunque legate all'igiene dell'alimentazione.

²⁵ Cfr., ex multis, Corte EDU, 12 marzo 2009, Aleksandr Makarov v. Russia, ric. n. 15217/07; Corte EDU, 9 ottobre 2008, Moisseiev v. Russia, ric. n. 62936/00; Corte EDU, 24 luglio 2001, Valašinas v. Lithuania, ric. n. 44558/98.

²⁶ Tale seminterrato riproduceva un mini-carceri, ove gli studenti partecipanti venivano controllati e monitorati mediante telecamere collocate nella struttura.

²⁷ I 24 studenti selezionati erano stati sottoposti ad alcuni test, al fine di escludere coloro affetti da disturbi psichici e coloro che faceva uso di sostanze.

qualsiasi essere umano abbia mai compiuto, per quanto orribile, potrebbe compierlo ognuno di noi, se sottoposto alle giuste o sbagliate pressioni situazionali», poiché sebbene gli individui non siano schiavi del potere lo diventano delle "forze situazionali": così, gli studenti/guardie divennero aguzzini. Tale teoria ebbe una grande diffusione sia in Europa, per comprendere alcuni comportamenti verificatesi durante la Seconda grande guerra, sia America, aprendo al dibattito sul carcere.

Successivamente, nel 2001, due psicologi britannici, A. Haslam e S. Reicher, replicarono il suddetto esperimento di Stanford ma giunsero a conclusioni differenti al punto da mettere in discussione la veridicità del test del 1971. Simulato un ambiente carcerario, le guardie difficilmente si adattarono al ruolo di aguzzini, mentre i detenuti non rimasero inerti bensì si ribellarono e ottennero il controllo della situazione.

Abbonando la prospettiva di Zimbardo e aderendo alla tesi di Haslam e di Reicher si ha modo di comprendere come la detenzione non sia *sic et simpliciter* disumana, degradante o connotata da forme di violenza. Pertanto, l'esperienza del carcere non è annullamento della persona umana, ma deve essere reinserimento e rieducazione.

4. Le osservazioni del Garante dei diritti dei detenuti.

La previsione legislativa di un Garante dei diritti dei detenuti risponde all'esigenza di vigilare su tutte le forme di sottrazione della libertà, dal momento che lo *status detentionis*, come rilevato più volte dalla Corte di Strasburgo, non priva il detenuto dei suoi diritti fondamentali, ponendo quasi un paradosso per cui, alla luce della maggiore vulnerabilità psico-fisica di tale soggetto, occorre una maggiore tutela. Si deve al d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, convertito con modificazione dalla legge 21 febbraio 2014, l'istituzione, presso il Ministero della Giustizia, del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale.

Pare opportuno specificare che la figura del Garante non è sorta con finalità di reprimere situazioni già pregiudicate, quanto di prevenirle: così, la parola chiave divenne "prevenzione". Tale prevenzione si sostanzia in un'attività consistente in visite, nell'accesso a dati personali dei detenuti, nelle richieste di informazioni e/o documenti necessari, nonché valutando i reclami ex art. 35 della legge 354/1975.

Ricapitolando, il Garante fece il suo ingresso nell'ordinamento italiano in seguito alla sentenza Torreggiani dovendo, quindi, fronteggiare il fenomeno del

sovraffollamento carcerario che calca, ancora oggi, la scena pubblica e politica. In particolare, per contrastare il fenomeno *de quo* si è tentato di acclarare a gran voce l'*extrema ratio* della pena detentiva, in base al principio di residualità, unitamente alla chiusura degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, in favore dell'apertura delle REMS (Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza). Sul punto, il Garante osserva che *«l'apertura delle trenta REMS, talune ancora in strutture provvisorie, che ha portato a compimento quel tratto inevaso della riforma del trattamento psichiatrico del 1978 che aveva visto per quarant'anni il persistere di istituzioni segreganti per il pazzo reo. [...] Tale dimensione positiva va tutelata, accompagnata nel suo realizzarsi, sottolineando i suoi aspetti paralleli del valore residuale che la norma assegna alla misura restrittiva in REMS (sono 571 le persone presenti) e del limite massimo della sua applicazione: una misura da adottare solo quando non ve ne siano altre ritenute idonee ad assicurare cure adeguate alla persona e a far fronte alla sua pericolosità, peraltro non desumibile meramente dalle sue condizioni di vita; una misura di sicurezza che, come ora anche le altre, non può più procrastinarsi indefinitamente. Questa fisionomia va preservata, quindi, evitando il rischio di far diventare le REMS luoghi di ricovero di persone con caratteristiche molto dissimili, da chi è stato dichiarato non imputabile a chi ha sviluppato il disagio mentale nel corso dell'esecuzione della sanzione penale a chi è in osservazione per comprendere il suo stato psichico [...]»*.

Tuttavia, non va celato il fatto, sebbene la forte valenza culturale che connota la riforma del trattamento psichiatrico con la chiusura degli OPG e l'apertura delle REMS, la disponibilità di queste nuove strutture è alquanto limitata. Giacché, è stato rilevato che i detenuti – affetti da patologie psichiche – vagano per la strada nell'attesa di un posto disponibile²⁸.

Tra l'altro, estremamente interessante in tema di infermità psichica sopravvenuta è stata la pronuncia della Corte Costituzionale n. 99 del 19 aprile 2019, con cui ha affermato l'incostituzionalità dell'art. 47 ter co. 1 ter ord. pen., riguardante le norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, per violazione dei principi di cui agli artt. 2, 3, 27, 32 e 117 co.1 Cost. *«nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter, atteso che la*

²⁸ L. FERRARELLE, *I malati psichiatrici che sono pericolosi ma restano in libertà*, 19 aprile 2016, in Il Corriere della sera.

suddetta misura alternativa si presta ad essere modellata dal giudice in modo tale da contemperare il fondamentale diritto alla salute del detenuto, qualora esso sia incompatibile con la permanenza in carcere, con le esigenze di difesa della collettività in ragione della potenziale pericolosità di chi è affetto da alcuni tipi di patologia psichiatrica».

Ebbene, tale pronuncia potrebbe superare una situazione di stallo²⁹ mirando ad una sintesi coerente, da un lato, tra cura e carcere, dall'altro, tra le due forme detentive.

5. Il ruolo del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

In linea con quanto sinora affermato, in un'ottica finalizzata alla prevenzione, alla configurazione di un luogo rispettoso dei diritti umani, alla garanzia di uno standard di vivibilità, allo sforzo di contrastare quella inevitabile sofferenza psicologica che contraddistingue lo *status detentionis*, non può non meritare un cenno il ruolo del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT).

Anzitutto, il CPT, sorto in seno del Consiglio d'Europa, è l'organo la cui attività mira a prevenire i casi di tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, in particolare, «*esamina, per mezzo di sopralluoghi, il trattamento delle persone private di libertà allo scopo di rafforzare, se necessario, la loro protezione dalla tortura e dalle pene o trattamenti inumani o degradanti*»³⁰. Assume, dunque, il compito di visitare le carceri al fine di constatare se ivi si verificano condotte contrarie alla dignità umana e di redigere un rapporto, dopo ogni sopralluogo, sui fatti accertati in tale occasione.

Il CPT, *in relato* alla visita presso le strutture carcerarie di Biella, Milano Opera, Saluzzo e Viterbo, avvenuta tra il 12 e il 22 marzo 2019, ha visto con favore le novità della riforma dell'ottobre del 2018 e sottolinea la cooperazione delle autorità italiane³¹. Tuttavia, dal rapporto del 21 gennaio 2020, emerge la preoccupazione per il fenomeno del sovraffollamento «*the CPT is concerned by the steady increase in the prison population since the 2016 periodic visit, and by the fact that a large number of prisoners are not provided with the minimum standard of 4 m² of living space in multiple-occupancy cells*»; nonché per la

²⁹ P. PELLEGRINI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 99/2019. Per un nuovo punto d'incontro tra giustizia e psichiatria*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, p. 13.

³⁰ Ex art. 1 Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

³¹ Per esattezza osserva che lo stabilimento di Viterbo non fosse a conoscenza della visita.

presenza di episodi violenti tra i detenuti e tra i detenuti ed il personale anche se «*In the prisons visited, the great majority of prisoners met by the delegation stated that they were treated correctly by staff. However, a few allegations of excessive use of force and physical ill-treatment were received at Biella, Milan Opera and Saluzzo Prisons. Further, at Viterbo Prison, a considerable number of allegations of physical ill-treatment were received and the CPT's delegation identified a pattern of deliberate infliction of ill-treatment by staff*».

Sul versante delle condizioni della detenzione, il CPT ravvisa carenze strutturali giacché «*The conditions of detention for inmates under the medium-security regime varied at the prison establishments visited*»; il "tradimento" delle finalità della sorveglianza dinamica «*In terms of regime, the CPT observed that both the out-of-cell and outdoor exercise entitlements offered to inmates were generous, but prison staff still did not engage in constructive relations with prisoners. Staff still misunderstood the concept of dynamic security*»; l'esigenza di rafforzare l'offerta di lavoro, corsi e attività professionali ovvero «*the programme of activities and vocational training opportunities at Biella and Saluzzo Prisons and to fill the vacant positions of educators*»; nonché la considerazione che «*more needs to be done*» relativamente al regime di alta sicurezza.

Passando, invece, al tema dell'isolamento, non mancano critiche dal CPT, che considera l'isolamento diurno "anacronistico" rendendo, perciò, necessaria la sua abolizione poiché «*Such an additional punishment of prolonged solitary confinement can have harmful effects and is contrary to the principle of resocialisation of prisoners, particularly as it is usually imposed several years after the commencement of imprisonment*». Non mancano censure anche con riguardo al regime di sorveglianza particolare, il CPT, difatti, alla luce di potenziali ripercussioni dannose, esorta le autorità italiane a fornire a tali detenuti un trattamento adeguato, soprattutto, invita le medesime a «*engage in a serious reflection on the current configuration of the "41-bis"*».

Il rapporto affronta anche ulteriori tematiche quali il diritto alla salute e la prevenzione dei suicidi, mostrando un'impressione generalmente positiva delle riforme attuate in materia anche se non mancano alcune criticità, specie con riguardo alle carceri di Biella e di Viterbo in relazione ai detenuti affetti da problemi psichiatrici: «*The report also criticises the prolonged accommodation of mentally ill persons in a prison setting due to the absence of places in appropriate facilities (such as the so-called Residences for the Execution of Security Measures or REMS and the specialised psychiatric sections in prisons or*

ATSM). Measures should be taken to ensure that mentally ill prisoners are transferred to a health-care facility without delay».

D'altro canto, si veda come le problematiche afferenti al sovraffollamento, all'inadeguatezza delle condizioni detentive, alla carenza di attività e di opportunità di lavoro e di studio, alla mancata attuazione delle regole della sorveglianza dinamica, all'asprezza di alcune forme detentive, all'assenza di contatti con il mondo esterno sono fattori destinati ad incidere in senso negativo sul diritto alla salute con ripercussioni che possono condurre ad eventi drammatici, quali il suicidio e l'autolesionismo.

6. Un quadro normativo attuale: i provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19.

Nel 1918, si combatteva la spagnola quella «*malattia terribile, misteriosa, ignota nella sua causa e invincibile nei suoi effetti*», nel 1957 il nuovo nemico era l'asiatica, nel 1969 fu il turno dell'influenza di Hong Kong, successivamente la SARS e l'influenza aviaria divennero le «*due grandi paure pandemiche che segnarono l'inizio del XXI secolo*», mentre la fine del 2019 segue la vicenda del COVID che, da Wuhan, arriva, nel 2020, fino in Italia, creando il suo primo focolaio a Codogno.

Il Governo italiano ha dichiarato il 31 gennaio lo Stato di emergenza invitando i cittadini, tra i comportamenti da seguire, al distanziamento sociale poiché le persone divengono il veicolo della malattia. Considerata tale raccomandazione, il Legislatore è stato chiamato a fare i conti con il problema del sovraffollamento, a fronte di un virus che si nutre dello stretto contatto che si verifica, soprattutto, in ambienti chiusi quale il carcere.

Come rilevato, il diritto alla salute dei detenuti non impone soltanto prestazioni sanitarie adeguate ma richiede anche la compresenza di alcuni fattori, si tratta di tematiche che oggi *latu sensu* cedono la scena ad un nemico più forte. *Ab origine*, vi era il pericolo che il virus entrasse all'interno delle strutture detentive, ma ora tale pericolo è divenuto realtà: il carcere, dunque, rischia di configurarsi come la fabbrica della malattia³².

Inevitabilmente, scompiglio ed emotività hanno, ben presto, dominato il mondo intramurario. I detenuti sono scoppiati in rivolte per la paura del coronavirus, ma allo stesso tempo non va sottovalutato l'impatto che su di essi ha prodotto la successione dei provvedimenti emanati dal Governo.

³² G. MOSCONI, *Il carcere come fabbrica della Malattia*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1/2005.

Innanzitutto, detenzione e malattia costituiscono un binomio che non pone affatto una novità, si pensi al binomio "detenzione e HIV", oppure al binomio "detenzione e neoplasia", oppure ancora "detenzione e sclerosi multipla", tuttavia, oggi, si affronta una situazione che rispetto alle altre si lega ai problemi precedentemente esaminati dello *status detentionis* e che può presentare ripercussioni su soggetti già affetti da altre patologie. In considerazione della situazione emergenziale, del sovraffollamento e dell'esistenza di patologie pregresse, il Governo è stato chiamato intervenire, dapprima, con il decreto legge n. 11/2020, recante *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*, in relazione alla previsione di colloqui da remoto con i detenuti e alla previsione della sospensione, fino al 31 maggio 2020, della concessione dei permessi-premio e della semilibertà.

Non è tardato un secondo intervento da parte del Governo con il decreto legge n. 18/2020, cd. cura Italia, recante *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi*, con cui ha cercato di controllare i flussi di detenuti in entrata e di favorire quelli in uscita³³, mediante il ricorso a misure alternative, ovvero detenzione domiciliare e semilibertà.

Anzitutto, l'art. 123 d.l. 18/2020 ricalca la disciplina prevista dalla l. 199/2020, stante l'impossibilità di osservare il limite dei 18 mesi alla luce dell'attualità dell'emergenza. In particolare, la pena può essere eseguita fino al 30 giugno 2020, presso l'abitazione del condannato o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, tuttavia, la norma individua le categorie di soggetti esclusi dal suo ambito di applicazione, ovvero «a) *soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni e dagli articoli 572 e 612-bis del codice penale; b) delinquenti abituali, professionali o per tendenza, ai sensi degli articoli 102, 105 e 108 del codice penale; c) detenuti che sono sottoposti al regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'articolo 14-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, salvo che sia stato accolto il reclamo previsto dall'articolo 14-ter della medesima legge; d) detenuti che nell'ultimo anno siano stati sanzionati per le infrazioni disciplinari di cui all'articolo 77, comma 1, numeri 18, 19, 20 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230; e) detenuti nei cui confronti sia redatto rapporto disciplinare ai sensi*

³³ A. PUGIOTTO, *Il virus nel carcere e le grazie del Quirinale*, in *disCrimen*, 19 aprile 2020.

dell'articolo 81, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, in quanto coinvolti nei disordini e nelle sommosse a far data dal 7 marzo 2020; f) detenuti privi di un domicilio effettivo e idoneo anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato».

L'art. 123 co. 3 prevede che *«salvo si tratti di condannati minorenni o di condannati la cui pena da eseguire non è superiore a sei mesi è applicata la procedura di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici resi disponibili per i singoli istituti penitenziari»*, rendendo dunque obbligatorio il controllo mediante il c.d. braccialetto elettronico nei casi di pena superiore a sei mesi, d'altronde al co. 5 stabilisce che *«l'esecuzione del provvedimento nei confronti dei condannati con pena residua da eseguire superiore ai sei mesi avviene progressivamente a partire dai detenuti che devono scontare la pena residua inferiore»*. Tuttavia, si segnala, sin da subito, che il Legislatore già in passato era ricorso all'uso del braccialetto elettronico e dunque è ben consapevole della carenza dello strumento *de quo*.

Viceversa, degna di nota è la previsione di cui all'art. 124 d.l. 18/2020, concernente le licenze premio straordinarie per i detenuti in regime di semilibertà, che ha disposto in favore del condannato in regime di semilibertà la concessione delle licenze, fino al 30 giugno 2020, potendo passare la notte presso il proprio domicilio così da evitare il rientro notturno in carcere, salvo che il magistrato di sorveglianza ravvisi la sussistenza di gravi ragioni ostative. La citata norma focalizza l'attenzione sul ruolo del magistrato di sorveglianza ai fini della gestione in concreto di certe situazioni per tentare di coniugare al meglio, nel rispetto dei diritti costituzionali, la tutela della salute e la necessità di contenere il contagio. In ogni modo, permane la consapevolezza della drammaticità dell'attuale situazione che richiede misure straordinarie per far fronte agli odierni accadimenti.

Segnatamente, si riporta parte dell'intervento del CPT del 20 Marzo 2020, relativo all'esigenza di dare tutela ai diritti fondamentali dei detenuti e del personale penitenziario, evitando la creazione di focolai presso le strutture detentive; in particolare, la raccomandazione n. 5 osserva che *«As close personal contact encourages the spread of the virus, concerted efforts should be made by all relevant authorities to resort to alternatives to deprivation of liberty. Such an approach is imperative, in particular, in situations of overcrowding. Further, authorities should make greater use of alternatives to pre-trial detention; commutation of sentences, early release and probation; reassess the need to continue involuntary placement of psychiatric patients; discharge or release to*

community care, wherever appropriate, residents of social care homes; and refrain, to the maximum extent possible, from detaining migrants».

Senonché, nel bollettino del 7 Aprile 2020, il Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale mostra il proprio sostegno in favore dell'Amministrazione penitenziaria. In particolare, il Garante, ben consapevole della sussistenza di uno stato di ansia collettivo e della circolazione di dati non veritieri relativi alla situazione presso gli istituti detentivi, dichiara di ricevere ogni sera dal DAP dati relativi alla situazione carceraria con riguardo sia a persone positive o asintomatiche, sia alla loro collocazione in istituto o in ospedale.

Ecco allora che, il Garante, annoverando nel repertorio delle contingenze straordinarie il "rischio epidemico concreto e attuale", gli "stringenti limiti alla circolazione previsti dalla normativa emergenziale", le "ragioni di salute", la necessità "di alleggerire la pressione delle presenze non necessarie in carcere", le "esigenze" e le "regole di distanziamento sociale", le "esigenze di prevenzione dal rischio di contagio di persone in detenzione", si riporta alle parole del Procuratore generale relativamente agli interventi di questa fase emergenziale, ma soprattutto ad un "invito" alla riflessione sull'esecuzione penale in sé e sul ricorso alla privazione della libertà.

Venendo, ora, alla legge del 24 aprile 2020 n. 27, di conversione con modificazioni del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, si segnala *in relato* all'art. 123 la modifica del comma 5 «*L'esecuzione dei provvedimenti nei confronti dei condannati per i quali è necessario attivare gli strumenti di controllo indicati avviene progressivamente a partire dai detenuti che devono scontare la pena residua inferiore. Nel caso in cui la pena residua non superi di trenta giorni la pena per la quale è imposta l'applicazione delle procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, questi non sono attivati*»; nonché la previsione di un comma 8 bis, secondo cui «*Le disposizioni di cui ai commi da 1 a 8 si applicano ai detenuti che maturano i presupposti per l'applicazione della misura entro il 30 giugno 2020*». Inoltre, l'art. 124 è stato così sostituito «*In considerazione della situazione straordinaria di emergenza sanitaria derivante dalla diffusione dell'epidemia da COVID-19 e ferme le ulteriori disposizioni di cui all'articolo 52 della legge 26 luglio 1975, n. 354, al condannato ammesso al regime di semilibertà sono concesse licenze con durata fino al 30 giugno 2020, salvo che il magistrato di sorveglianza ravvisi gravi motivi ostativi alla concessione della misura*».

Per di più, il nuovo decreto legge del 30 aprile 2020 n. 28, cd. anti boss, recante *Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19*, interviene su alcuni aspetti del processo penale e del diritto penitenziario, in particolare, si evidenziano alcune novità in materia di detenzione domiciliare e di permessi a fronte dell'emergenza Covid-19. Dalla lettura dell'art. 2 d.l. 28/2020, si evince che sono state apportate alcune modificazioni agli artt. 30 bis e 47 ter della legge 354/1975.

In primis, l'art. 30 bis al co. 1, oggi, dispone che l'autorità competente, prima di pronunciarsi sulla richiesta di concessione di permesso, nel caso di detenuti per taluno dei delitti di cui all'art. 51 co. 3 bis e co. 3 quater c.p.p., deve chiedere «*il parere del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza*», invece, nel caso di detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41 bis, deve chiedere anche il parere del «*procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto*». In ambedue i casi qualora «*ricorrono esigenze di motivata eccezionale urgenza, il permesso non può essere concesso prima di ventiquattro ore dalla richiesta dei predetti pareri*». Inoltre, il nono comma dell'art. 30 bis è stato sostituito dal seguente «*Il procuratore generale presso la corte d'appello è informato dei permessi concessi e del relativo esito con relazione trimestrale degli organi che li hanno rilasciati e, nel caso, di permessi concessi a detenuti per delitti previsti dall'articolo 51, commi 3 -bis e 3 -quater, del codice di procedura penale o a detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41 -bis, ne dà comunicazione, rispettivamente, al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo*».

In secundis, l'art. 2 d.l. 28/2020 alla lett. b) dispone che all'art. 47, dopo il comma 1 quater, venga aggiunto il comma 1 quinquies, prevedendo, analogamente al caso della concessione di permessi, che il tribunale o il magistrato di sorveglianza, prima di provvedere in ordine al rinvio dell'esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 o 147 c.p. con applicazione della detenzione domiciliare, ai sensi del comma 1 ter, o alla sua proroga, nel caso di detenuti per taluno dei delitti di cui all'art. 51 co. 3 bis e co. 3 quater c.p.p., deve chiedere «*il parere del procuratore della Repubblica presso il*

tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza», invece, nel caso di detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41 bis, deve chiedere anche il parere del «procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto». Peraltro, i pareri devono essere resi nel rispetto termine di due giorni e di quindici giorni dalla richiesta, «Salvo che ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza, decorsi detti termini, il magistrato o il tribunale di sorveglianza procedono comunque anche in assenza dei pareri».

La menzionata norma si inserisce in un quadro politico complesso contrassegnato da un forte carico emotivo, alla luce degli attuali accadimenti che hanno visto i loro protagonisti nei detenuti sottoposti al regime di detenzione di cui all'art. 41 bis ord. pen. Difatti, l'attenzione dei media è stata rivolta a due provvedimenti della magistratura di sorveglianza di Milano e di Sassari, con cui è stata concessa, a fronte della situazione epidemiologica, la detenzione domiciliare ex art. 47 *ter* co. 1 *ter* ord. pen. a detenuti condannati per reati di mafia, data la ricorrenza delle condizioni di grave infermità fisica ex art. 147 co. 1 n. 2 c.p.

Preliminarmente, si vuole porre in luce che il lemma "Mafia" è accompagnato da un pathos non indifferente, riportando la mente ai tristi accadimenti della storia in grado di sconvolgere Paesi, rilevando un deficit del sistema che può portare alla messa in discussione dei diritti dei soggetti coinvolti in tali reati, quasi dimenticando che i principi fondamentali sono garantiti a qualsiasi individuo, nessuno escluso.

Quanto alla vicenda milanese, il Magistrato di sorveglianza osserva che il detenuto, di anni 78 e condannato a 18 anni e 8 mesi per i reati di cui all'art. 416 bis ed estorsione continuata in concorso, presenta un quadro clinico allarmante, giacché dalla relazione sanitaria del 7 Aprile 2020 risultava quanto segue: anamnesi arteriosa in terapia, ateromatosi carotidea con stenosi della carotide interna sinistra de 40% non emodinamicamente significativa, ipercolesterolemia; nel 2013 sottoposto ad intervento chirurgico per adenocarcinoma stenosante del colon e successiva chemioterapia adiuvante, attualmente in follow-up oncologico a causa di riscontro di aumentati valori dei makers tumorali, pregresso intervento di aneurismectomia aorto bisiliaca, BPCO in ex fumatore; presenza di laparocèle addominale. Pertanto, il Magistrato di sorveglianza, considerata la situazione descritta, ritiene sussistenti i presupposti per il differimento dell'esecuzione della pena, specialmente, a fronte del "rischio

di contagio in un ambiente ad densità di popolazione come il carcere". Con l'ordinanza del 20 aprile 2020, dunque, il Magistrato di sorveglianza dispone la suddetta misura ritenendo raggiunto un equilibrio ragionevole tra l'esigenza di cura del soggetto, esposta al pericolo di grave pregiudizio in caso di prosecuzione della detenzione, e l'esigenza di tutela della collettività, nonché ritenendo ragionevolmente esclusi il pericolo di fuga e di reiterazione dei reati, in considerazione non solo del "non lontano fine pena", di "una lunga carcerazione", dell' "esistenza di riferimenti familiari", dell' "età" e del "compromesso quadro clinico", ma anche della circostanza che il detenuto, nel mese di settembre, sarebbe ritornato in libertà.

Una prima osservazione concerne la stessa fattispecie del cd. carcere duro, che si connota per lo stato di isolamento e per le limitazioni imposte, come ad es. si pensi ai diritti telefonici, tanto che il CPT invitava l'ordinamento italiano a ripensare alla normativa del 41 bis. Dunque, in linea con lo slogan "io resto a casa" e con l'opera di distanziamento sociale, l'isolamento carcerario potrebbe costituire una fonte di riparo dal contagio del COVID-19. Tuttavia, ciò non significa considerare il carcere come "isola sicura" restata immune dalla malattia, anche perché il virus è entrato in quelle mura gettando il panico fra i suoi "residenti". Ma qui si discorre di soggetti in stato di isolamento e per definizione l'isolamento comporta l'assenza di contatti – determinando altresì ricadute sulla psiche – con altre persone. Certamente, l'isolamento non elimina le possibilità del contagio poiché il personale entra ed esce dalla struttura penitenziaria, ma allo stesso tempo anche l'equipe medica entra ed esce dalla struttura ospedaliera. Orbene, il rischio del contagio potrebbe essere contenuto a fronte dell'idoneità della struttura e nel rispetto delle precauzioni adottate, così da garantire la cura e le esigenze di difesa sociale.

Senza peraltro oscurare il fatto che, l'art. 4 bis, comma 3 bis., ord. pen. prevede che deve essere vietata la concessione dei benefici «*ai detenuti ed internati per delitti dolosi quando il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o il Procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata*»: collegamenti che in tali fattispecie sono stati considerati assenti. Venendo all'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Sassari 23 aprile 2020, la vicenda segue il caso di un noto boss di camorra, detenuto ad anni 21. Il Tribunale di sorveglianza nel ricostruire i fatti esamina con minuzia il quadro

clinico del detenuto, da cui è emerso una forma tumorale aggressiva e la indifferibilità del programma diagnostico-terapeutico previsto.

Rilevato che il detenuto *de quo* doveva svolgere un'attività di "follow-up" per valutare l'efficacia della terapia presso una Clinica, successivamente, individuata «*come Centro Covid-19 e come tale non può garantire interventi se non quelli di emergenza/urgenza*», vi era la necessità di individuare altre strutture ospedaliere. Pertanto, il Tribunale richiedeva approfondimenti sia al responsabile sanitario del carcere, per individuare strutture idonee in Sardegna, sia al DAP., per procedere eventualmente al trasferimento del detenuto presso un altro «*Istituto penitenziario attrezzato per quel trattamento o prossimo a struttura di cura nella quale poter svolgere i richiesti esami diagnostici e le successive cure*». Tuttavia, dai successivi approfondimenti, si apprendeva che nel territorio sardo non vi fossero strutture adeguate ai fini del follow-up diagnostico e terapeutico, giacché i reparti ospedalieri erano stati adattati a Centri Covid-19, ed in assenza di risposta da parte del DAP, il Tribunale doveva giungere ad una decisione.

Nel caso di specie, il Tribunale procede ad una delicata opera di bilanciamento tenendo presente le condizioni sanitarie del detenuto che "inducono a dare prevalenza al diritto personale" del medesimo, senza trascurare l'appartenenza all'associazione a delinquere. Ripercorrendo i momenti del coinvolgimento camorristico, attuale nell'anno 2004 e nell'anno 2011, il Tribunale ha però cura di osservare che, a fronte del periodo di detenzione già scontato e della «*circostanza che il detenuto si costituì spontaneamente in carcere e, nel corso del processo penale, rese confessione in ordine a gran parte dei reati contestati*», possa essere esclusa «*la concreta operatività della presunzione di perdurante al momento della formulazione del giudizio*». Pertanto, la non fronteggiabilità della patologia in ambiente carcerario, l'attenuata pericolosità sociale, la condotta processuale e la misura detentiva in ambiente non giudicato idoneo portano il Tribunale a concedere la misura della detenzione domiciliare, per la durata di mesi cinque, al detenuto.

Segnatamente, qualche perplessità potrebbe essere avanzata proprio relativamente all'allontanamento di ambedue i detenuti dal mondo delle associazioni a delinquere ed alla perdurante sottoposizione al regime per i reati di mafia, poiché il comma 2 *bis*, prevede ai fini della proroga del provvedimento ministeriale – di durata anni quattro – che non debba essere venuta meno «*la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno*». Dato che tale capacità era venuta meno in

entrambi i casi presi in esame, non si comprendono le ragioni dell'attuale sottoposizione al regime del carcere duro.

7. Un sistema normativo in continuo divenire: tra politica e diritto.

Si torna a parlare di scarcerazioni con il nuovo decreto-legge 10 maggio 2020 n. 29, recante *Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, di persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, terroristicò e mafioso, o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, nonché di detenuti e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, nonché, infine, in materia di colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati.*

Tale decreto legge è stato definito come "decreto-Lapalisse" alla luce dell'assenza di vere innovazioni, statuendo espressamente all'art. 2 n. 1 che «*il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza che ha adottato il provvedimento, acquisito il parere del Procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stato commesso il reato e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per i condannati ed internati già sottoposti al regime di cui al predetto articolo 41 -bis , valuta la permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria entro il termine di quindici giorni dall'adozione del provvedimento e, successivamente, con cadenza mensile*»; quindi, l'autorità competente dovrà rivalutare la permanenza dei motivi di salute legati all'attuale emergenza Covid-19, dapprima entro il termine di quindici giorni e successivamente con cadenza mensile.

Un'ulteriore profilo innovativo concerne l'art. 2 n. 2 secondo cui «*Prima di provvedere l'autorità giudiziaria sente l'autorità sanitaria regionale, in persona del Presidente della Giunta della Regione, sulla situazione sanitaria locale e acquisisce dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria informazioni in ordine all'eventuale disponibilità di strutture penitenziarie o di reparti di medicina protetta in cui il condannato o l'internato ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento della pena può riprendere la detenzione o l'internamento senza pregiudizio per le sue condizioni di salute*»; dovendo dunque l'autorità giudiziaria richiedere alle autorità competenti se vi siano posti

disponibili presso strutture sanitarie penitenziarie o presso reparti protetti degli ospedali, ove il soggetto *in vinculis* possa continuare la detenzione o l'internamento senza pregiudizio per le condizioni di salute.

Eppure, ombre calano su tale decreto legge non solo per ragioni di carattere sostanziale, ma anche a causa del conflitto tra il ministro Bonafede ed il magistrato antimafia Nino Di Matteo, conflitto che nelle scorse settimane ha dominato la scena pubblica italiana a fronte di *liaisons dangereuses* tra il mondo politico, il mondo mediatico ed il mondo giudiziario³⁴. Prendendo le mosse dalla velata accusa mossa dal Di Matteo al Buonafede per aver ceduto a pressioni "esterne" relative alla nomina del primo a capo del DAP, si ritornava a parlare di quella tendenza dello Stato italiano a venire a trattative con la mafia. Perciò, era inevitabile la riapertura di polemiche sulla magistratura italiana, che nei giorni precedenti aveva liberato i boss mafiosi e che ora veniva invitata a ritornare sui suoi passi, essendo chiaro il messaggio politico di far rientrare i 41 bis scarcerati presso le strutture detentive.

Dunque, nell'esiguo arco temporale intercorrente dal 30 aprile al 10 maggio la situazione mutava. In un primo momento, sembrava quasi che venisse abbattuta la barriera dello *status detentionis* anche per i soggetti in regime di 41 bis, ma una rappresentazione in chiave drammatizzante³⁵ della questione-scarcerazioni ha avuto la meglio.

Pare che i media – poco neutrali – abbiano scelto una linea carcerocentrica, facendo leva sulle ferite che la mafia ha cagionato e dimenticando di fornire maggiore chiarezza sull'esatto numero dei boss mafiosi scarcerati, sulle ragioni sottese a siffatti provvedimenti e su quella realtà che mostra come la dimensione intramuraria che non si rimasta immune dalla malattia. Si pensi alla morte per Covid-19 di un detenuto, ex tossicodipendente, del carcere di Bologna, dapprima ricoverato in ospedale, poi dimesso per farvi nuovamente ritorno e lì morire. Un caso che ciononostante non ha ricevuto la dovuta attenzione mediatica, la quale sebbene si sia focalizzata sulle dinamiche carcerarie ha prediletto il gioco di potere tra politica e diritto.

Le carceri sono certamente un universo complesso e problematico che necessita ancora una volta di un nuovo intervento, per cui è legittimi chiedersi se «*È davvero fra le priorità di oggi, riportare in carcere alcuni picciotti e alcuni anziani*

³⁴ Si rinvia a G. FIANDACA, *Estremismo dell'antimafia e funzione di magistrato*, in *Diritto di difesa*, 6 maggio 2020.

³⁵ G. FIANDACA, *Scarcerazioni per motivi di salute, lotta alla mafia e opinione pubblica*, in *Sistema penale*, 19 maggio 2020.

e malati boss? O è stata più importante, anche per la ripresa morale del paese, l'attenzione mostrata dalla magistratura di sorveglianza verso i diritti e la salute di chiunque?»³⁶.

8. Conclusioni.

Le scelte compiute dall'ordinamento italiano conducono a salutare complessivamente con favore le disposizioni introdotte relativamente alla tutela della salute dei detenuti, pur dovendo, riconoscere i limiti di alcune di prese di posizione e la necessità di una maggiore chiarezza in materia. È evidente che è doveroso implementare il dialogo tra DAP e Ministero della Salute, nonché, in conformità ai principi costituzionali ed europei, favorire – qualora ovviamente ne ricorrono le condizioni – l'accesso ai sistemi dei benefici e delle misure alternative alla detenzione, ma ciò non significa sconfinare nell'eccesso di considerare *ex se* tali persone come non pericolose (con tale affermazione non si vuole considerare la detenzione *sic et simpliciter* sinonimo di pericolosità, altrimenti si ritornerebbe nelle gabbie di un problema preminentemente culturale, essendo, piuttosto, necessario che l'autorità competente valuti le singole circostanze ed il singolo caso), in quanto la non pericolosità potrà manifestarsi soltanto al termine del percorso rieducativo correttamente seguito.

L'iniziativa del Legislatore è, dunque, meritoria, «*perché una pena ottenga il suo effetto basta che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto [...]. Tutto il più è superfluo e perciò tirannico*»³⁷.

Oltremodo, oggi, il sistema penitenziario, si trova a fare i conti con una situazione – relativamente – nuova, pur non essendo estranee allo *status detentionis* patologie fortemente contagiose. Nella consapevolezza per cui la Carta costituzionale del 1948 non prevede un diritto di emergenza, il Governo è intervenuto con misure limitative dei diritti del singolo. Dibattito feroce è stato quello della misura in cui la limitazione sia compatibile con i principi costituzionali e/o internazionali.

«Quale diritto è più fondamentale del diritto di tutti alla vita e alla salute? Cerchiamo, come giuristi, di non fare gli azzecagarbugli. Intanto la Costituzione prevede che la libertà di circolazione e la libertà di riunione possano essere ristrette per motivi di salute, sicurezza, incolumità pubblica. In ogni caso, la Costituzione consente l'adozione di decreti di urgenza in casi "straordinari di

³⁶ D. PULITANÒ, *Pena e carcere alla prova dell'emergenza*, in *Diritto di difesa*, 13 maggio 2020.

³⁷ C. BECCARIA, op. cit.

necessità". Non siamo forse in uno di questi? Il governo nazionale si deve assumere le sue responsabilità, sia pure di concerto con le autorità regionali».

Dalle parole di G. Zagrebelsky affiora che le limitazioni sono state indispensabili per salvaguardare il diritto alla vita ed il diritto alla salute, che non a caso sta ricevendo una forte tutela anche nel settore penitenziario. Difatti, rilevata la gravità del virus, non poteva mancare un intervento in ambito penitenziario, ove altrimenti si sarebbe giunti al collasso a fronte del problema del sovraffollamento.

Considerate le problematiche coinvolgenti il diritto alla salute e, principalmente, vista l'insufficienza dei trattamenti sanitari in carcere si ritiene condivisibile la scelta della sospensione della custodia cautelare, viceversa, qualche riserva va avanzata nei confronti dei 41 bis la cui particolare condizione giustifica l'imposizione di misure gravose, altrimenti si sconfinerebbe in quell'eccesso di cui sopra. Senz'altro, lo stato di isolamento non elimina il contagio a causa del contatto con il personale penitenziario, tuttavia, senza cadere nei rischi di un pregiudizialismo senza freni si ritiene che, per dirla con le parole di Pascoli, con *«due occhi infantili che guardano semplicemente e serenamente»*, il problema non sia l'interventismo nella giustizia penale quanto l'ormai consolidata assenza di strutture adeguate, con i conseguenti dubbi sulla possibilità del nuovo decreto legge di porvi riparo.

In conclusione, le carceri italiane, nell'attuale momento storico, sono divenute il vero banco di prova della compatibilità tra detenzione e salute, non mancando l'opportunità di un intervento che faccia maggiore chiarezza e che sia idoneo ad abbattere definitivamente il colosso del sovraffollamento.

I principi di legalità, offensività e riserva giurisdizionale alla prova del diritto penale della pandemia.

di Simone PETRALIA*

SOMMARIO: **1.** Premessa metodologica. **2.** L'esposizione diacronica della normativa dell'emergenza. **3.** Le sanzioni per l'inosservanza delle misure di contenimento del contagio. **4.** La giustizia penale ai tempi del coronavirus. **5.** I dubbi di legittimità costituzionale delle norme emergenziali. **5.1.** Il principio della riserva di legge in materia penale. **5.2.** La successione delle leggi penali nel tempo. **5.3.** Il principio di offensività. **5.4.** La riserva giurisdizionale in materia di libertà personale. **6.** Considerazioni conclusive.

ABSTRACT. *Following the coronavirus health emergency, the Italian government intervened in all sectors of the Country's socio-economic life, specially with the instruments of the law decrees and administrative measures. The aim of this paper is to outline some of the interpretative and constitutional legitimacy doubts raised by this emergency legislation (in substantive criminal matters law decrees n. 6/2020 and n. 19/2020; in procedural criminal matters law decrees n. 11/2020, n. 18/2020 and n. 28/2020). The exposition does not systematically analyse the introduced provisions, but it focuses on their compliance with the principles of legality (in its various corollaries, such as the principle of the law reserve in criminal matters or the principle of non-retroactivity of the most unfavorable criminal law), offensiveness and jurisdictional reserve in terms of personal freedom.*

1. Premessa metodologica.

Per far fronte all'emergenza sanitaria da Covid-19 (*CoronaVirus Disease 19*) e ostacolare il propagarsi dell'infezione del virus denominato Sars-Cov-2 (*Severe acute respiratory syndrome Coronavirus 2*)¹ il Governo italiano è intervenuto in

* *Magistrato ordinario presso il Tribunale di Caltanissetta e formatore decentrato della Scuola Superiore della Magistratura per quel distretto.*

¹ All'inizio di gennaio del 2020 le autorità cinesi hanno dichiarato ufficialmente che nella città di Wuhan, capitale della provincia cinese dell'Hubei, erano stati riscontrati diversi casi di pazienti con una grave malattia respiratoria acuta conosciuta con il nome di Covid-19 (*CoronaVirus Disease 19*) a causa di un virus sconosciuto, poi denominato Sars-Cov-2 (*Severe acute respiratory syndrome Coronavirus 2*).

Il germe, a causa della sua elevata capacità diffusiva, si è quindi propagato in un ristretto lasso temporale, dapprima in Asia, quindi in Europa e nel resto del Mondo, tanto che in data 11 marzo 2020 è stata formalmente dichiarata la pandemia da parte dell'organizzazione Mondiale della Sanità (reperibile in www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020).

tutti i settori della vita socio-economica del Paese, per un verso, con lo strumento della decretazione d'urgenza per gli aspetti più generali, per altro verso, con quello della normazione secondaria per i profili più di dettaglio.

Se è indubbio che si sia assistito - e non sembra prospettarsi un mutamento a breve - ad un affluvio normativo spesso disorganico, incoerente e a tratti fagocitante le prerogative del Parlamento ², tale da suscitare negli stessi interpreti (prima ancora che nei destinatari delle *regulae iuris*) un senso di smarrimento, è però da riconoscersi per onestà intellettuale l'assoluta straordinarietà della situazione sanitaria (ed economico-sociale) e l'enorme sforzo messo in campo dall'esecutivo per cercare di fronteggiarla pur nei limiti delle risorse umane, tecniche, gestionali e finanziarie del nostro Stato e della disponibilità dei suoi abitanti di sopportarne il peso.

Premesso ciò, con il presente scritto vengono tratteggiati alcuni dei dubbi interpretativi e di legittimità costituzionale sollevati dalla normativa di maggiore interesse per il penalista, procedendosi ad un'analisi non sistematica delle disposizioni, bensì focalizzata sui profili di compatibilità delle stesse rispetto ai principi di legalità (nei suoi vari corollari), offensività e riserva giurisdizionale in tema di libertà personale.

2. L'esposizione diacronica della normativa dell'emergenza.

Con la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 Gennaio 2020 il Governo ha formalmente emesso la *"Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili"*, con validità di sei mesi (*ergo* fino al 31 luglio 2020).

Una volta individuati i primi focolai è stato promulgato il decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito nella legge 5 marzo 2020, n. 13, rubricato *"Misure urgenti per evitare la diffusione del COVID-19"*, prevedendosi tutta una serie di misure - alcune tipiche (art. 1, co. 2), altre atipiche (art. 2) ³ - che le autorità amministrative a vario titolo competenti avrebbero potuto adottare.

Venendo all'Italia, se la prima diagnosi è risalente al 30 gennaio 2020 a Roma, i focolai sono stati registrati a partire dal successivo 21 febbraio in Lombardia e Veneto, con una propagazione che ha da quel momento interessato tutto il territorio della Penisola.

² Cfr. F. MUZZATI, *Uso e abuso della decretazione d'urgenza e l'attuale situazione sanitaria emergenziale*, in www.iusinitnere.it, 2020.

³ Fra le prime si possono menzionare il divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area; il divieto di accesso al comune o all'area interessata; la sospensione di manifestazioni o iniziative foriere di assembramenti; la chiusura delle scuole di ogni ordine e grado; l'applicazione della quarantena per gli individui a rischio contagio; mentre le seconde erano appunto tali in quanto descritte genericamente quali *"ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1"*.

La concreta individuazione delle dette misure è stata rimessa, come accennato, alla normazione secondaria, esattamente a decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri:

- con i *dpcm 23 febbraio 2020 e 25 febbraio 2020* - sostituiti poi rispettivamente dai *dpcm 1 marzo 2020 e 4 marzo 2020* - sono state istituite le c.d. 'zone rosse' in alcuni Comuni della Lombardia e del Veneto;
- con il *dpcm 8 marzo 2020* sono state inasprite le misure di contenimento del contagio, disponendo "nella regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbanio-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso, Venezia", a titolo esemplificativo, il divieto di spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori predetti o all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute; il divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus; la sospensione di tutte le manifestazioni organizzate in luoghi pubblici o privati; la limitazione di attività commerciali, di centri sportivi, centri benessere, centri culturali, e così via. Si è al contempo scandita la procedura per la sottoposizione alla permanenza domiciliare di quei soggetti che avevano fatto ingresso in Italia dopo aver soggiornato nelle zone a rischio epidemiologico identificate dall'OMS a partire dal quattordicesimo giorno antecedente la data di pubblicazione del decreto (art. 3, co. 2);
- con il *dpcm 9 marzo 2020* sono state estese all'intero territorio nazionale le misure sopra sinteticamente illustrate;
- con i *dpcm 11 e 22 marzo 2020* sono state previste misure di contenimento del contagio ulteriormente limitative dei diritti e delle libertà delle persone, fra cui ricordiamo l'impossibilità di allontanarsi dal comune ove attualmente si trovavano se non per comprovate esigenze lavorative, assoluta urgenza ovvero per motivi di salute.

Nell'avvertita esigenza di ricomporre ad unità un quadro normativo fino a quel momento stratificatosi caoticamente fra livello statale, regionale e comunale e di predisporre una legislazione dell'emergenza più rispondente ai principi dello Stato di diritto consacrati nella Costituzione Italiana e nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁴ è stato emanato il decreto legge 25 marzo 2020, n. 19

⁴ Per un approfondimento della questione si rimanda al dettagliato *report* che l'Agenzia Europea per i Diritti Fondamentali (F.R.A.) sta effettuando sull'impatto sui diritti fondamentali delle misure adottate negli Stati membri dell'UE per contenere l'epidemia, consultabile al seguente indirizzo web: <https://fra.europa.eu/en/project/2020/coronavirus-disease-covid-19-outbreak-eu-impact-fundamental-rights>.

Per un'analisi fortemente critica della legislazione d'emergenza sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo si rinvia a M. G. CIVININI e G. SCARSELLI, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in www.questionegiustizia.it, 2020, e G.L. GATTA, *I diritti fondamentali ai tempi del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in

("Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19"), in via di conversione in legge, che, alla luce della contestuale abrogazione del precedente d.l. n. 6/2020, rappresenta allo stato la cornice della disciplina dell'emergenza.

Ci si può qui limitare ad osservare come il provvedimento, sul piano della prevenzione del contagio, segue le seguenti direttrici:

- l'estensione delle misure di contenimento del virus, qualora necessario, all'intero territorio nazionale, esplicitandone in tal guisa la base legale;
- il carattere tassativo delle misure limitative, in tutto ventinove tipologie, si ricomponendosi la violazione con il principio di riserva di legge statuito dalla Costituzione per la limitazione dell'esercizio delle libertà fondamentali, quali quelle personali (art. 13), di circolazione (art. 16), di riunione (art. 17) e di iniziativa economica (41). In quest'ottica si spiega l'ulteriore previsione secondo cui il Presidente del Consiglio o un Ministro da lui delegato riferisce ogni quindici giorni alle camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto;
- l'adeguatezza specifica e la proporzionalità al rischio, *id est* all'andamento epidemiologico del virus, con consultazione di norma di apposito comitato tecnico scientifico, quali criteri legittimanti l'adozione delle misure limitative, a livello tanto centrale quanto decentrato, secondo il canone della ragionevolezza ex art. 3 Cost.;
- la limitazione temporale delle dette misure, ciascuna di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 luglio 2020 (termine dello stato di emergenza dichiarato il 31 gennaio 2020);
- il carattere primario e centrale della competenza statale nell'adozione delle misure limitative, di regola disposte con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentiti i (o su proposta dei) Presidenti delle Regioni interessate, ovvero del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (nel caso di misure che riguardino l'intero territorio nazionale), residuando in capo al Ministro della Salute lo strumento dell'ordinanza, ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833/1978 (legge istitutiva del servizio sanitario nazionale) "*nei casi di estrema necessità e urgenza*" e in attesa dell'intervento presidenziale;
- il conseguente carattere residuale della potestà normativa delle Regioni, limitata a casi di eccezionale urgenza (specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario) e temporalmente limitata (nelle more dell'adozione dei dpcm), ed il divieto espresso per i Sindaci di emettere ordinanze contingibili e urgenti in contrasto con le misure statali o al di fuori di proprie competenze.

L'attuazione delle misure è stata rimessa alla medesima normazione secondaria già in vigore, ovvero i *dpcm 8, 9, 11 e 22 marzo 2020*, la cui vigenza è stata

www.sistemapenale.it, 2020. V. in senso opposto G.O. CESARO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'emergenza COVID-19*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*, 2020.

prorogata con *dpcm 1 aprile 2020* fino al 13 aprile e con *dpcm 10 aprile 2020* fino al 3 maggio. Con il *dpcm 26 aprile 2020*, invece, il Governo ha dettato le regole per l'allentamento delle restrizioni per le persone fisiche e giuridiche e per le riaperture delle attività imprenditoriali in vista della c.d. fase 2.

3. Le sanzioni per l'inosservanza delle misure di contenimento del contagio.

Quanto all'apparato sanzionatorio a presidio delle misure di contenimento del contagio, in questa sede di maggiore interesse, in una prima fase si è fatto ricorso al solo strumento del diritto penale introducendo una specifica fattispecie di reato dall'ampia applicazione.

Più in dettaglio, l'art. 3, co. 4, del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito nella legge 5 marzo 2020, n. 13, ha previsto una specifica sanzione per l'inosservanza delle misure limitative dal seguente testo: "*salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale*".

Nonostante l'esplicito rinvio alla contravvenzione codicistica possa generare a primo acchito qualche perplessità ermeneutica, la descrizione per così dire autoreferenziale del fatto, incentrato sul mancato rispetto delle misure di contenimento descritte nello stesso decreto legge, e la formulazione letterale del rinvio ("*è punito ai sensi*") disvelano invero che il richiamo all'art. 650 c.p. è stato compiuto solo *quoad poenam*, cioè al fine della determinazione della sanzione (l'arresto fino a tre mesi o l'ammenda fino a 206 euro).

Si tratta (va) pertanto di una figura autonoma di reato di natura contravvenzionale, con conseguente possibilità di definizione del procedimento a seguito di oblazione ex art. 162 bis c.p. (con pagamento di una somma pari a 103,00 euro).

D'altro canto, la lettura alternativa che propende per il rinvio *tout court* all'art. 650 c.p. ne determinerebbe una sicura inapplicabilità, atteso che secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente con la contravvenzione codicistica viene incriminata l'inosservanza di provvedimenti individuali e concreti rivolti a persone determinate, non di atti normativi generali e astratti, quali quelli per lo più in rilievo nel periodo emergenziale⁵.

Da rilevare in chiusura come sia (fosse) ipotizzabile il sequestro preventivo del veicolo ex art. 321, co. 1, c.p.p. qualora lo stesso non sia (fosse) mero mezzo

⁵ Secondo l'insegnamento tradizionale "*la contravvenzione di cui all'art. 650 cod. pen. non è configurabile in caso di violazione di norme giuridiche generali ed astratte, essendo la sua sfera di operatività limitata ai provvedimenti impositivi di un determinato comportamento attivo od omissivo, i quali vengano rivolti ad un soggetto o ad una cerchia di soggetti ben determinati o determinabili (anche se non individuati), al fine di garantire esigenze di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene*" (Cass. pen., Sez. I, 27 settembre 1996, n. 9490, in CED Cass).

occasionale di realizzazione del reato, ma strumento essenziale per lo spostamento illecito realizzato ⁶.

Detto ciò, nella fase *clou* dell'emergenza il legislatore ha invece optato per la differenziazione della risposta, introducendo - con il menzionato decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, in via di conversione in legge - un illecito amministrativo per la maggior parte delle violazioni e un reato *ad hoc* per la sola inottemperanza alla misura della quarantena del soggetto risultato positivo al virus ⁷.

Così, a mente dell'art. 4, co. 1, del d.l. n. 19/2020 "*salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento [...] è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3.000 e non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità, di cui all'articolo 3, comma 3*".

Secondo i principi generali di cui gli artt. 3, 4 e 5 della l. n. 689/1981 il nuovo illecito amministrativo può essere commesso tanto con dolo quanto con colpa, valgono le cause di giustificazione dello stato di necessità, della legittima difesa, dell'adempimento di un dovere e dell'esercizio di una facoltà legittima, sempre che tali doveri e facoltà non siano limitati proprio dalle misure di contenimento del contagio, ed è configurabile il concorso di persone.

La sanzione pecuniaria va da 400 a 3000 euro, raddoppiata in caso di reiterazione della "*medesima disposizione*", concetto che può essere riferito, aderendo allo stretto criterio letterale, alla violazione appunto dell'art. 4, co. 1,

⁶ S. PUTINATI, *Il rischio penale derivante dalle disposizioni per il contenimento del contagio da Covid-19*, in www.fieldfisher.com, 2020, p. 5.

⁷ Per una lettura approfondita della normativa si rinvia a G.L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza Covid-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci e ombre nel D.L. 25 marzo 2020, n. 19*, in www.sistemapenale.it, 2020, e M. GRIMALDI, *Covid-19: la tutela penale dal contagio*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, 4. V. altresì A. NATALE, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in www.questionegiustizia.it, 2020.

La scelta del legislatore di garantire il rispetto delle misure di contenimento del contagio principalmente sul piano amministrativo tende, per un verso, a risolvere i profili problematici in diritto sollevati dalla precedente contravvenzione, per altro verso e soprattutto, ad evitare l'inevitabile sovraccarico dell'organizzazione della giustizia in un periodo di difficile gestione degli stessi uffici giudiziari, atteso l'elevato numero di denunce effettuate dalle forze dell'ordine, con conseguente flusso informativo di dati e documenti a monte e di procedimenti penali d'ufficio a valle, peraltro destinati per lo più a chiudersi con una sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato, nella migliore delle ipotesi, per oblazione, nella peggiore, per prescrizione, senza considerare i possibili esiti assolutori sul piano soggettivo in ordine al ricorrere di situazioni legittimanti uno spostamento.

Ed infatti non è da sottovalutare che, mentre a seguito della contestazione di un reato contravvenzionale si avvia d'ufficio un procedimento penale che necessita di essere definito, un addebito amministrativo sposta l'onere in capo al presunto trasgressore, essendo rimesso a questi l'avvio di un giudizio di opposizione.

Inoltre, la sanzione amministrativa consente all'Erario di incamerare più velocemente le relative somme, pur se è innegabile il minor effetto deterrente per gli incapienti.

in un'ottica di *favor* verso il trasgressore, invece, come violazione della medesima misura restrittiva.

Per la violazione, poi, dei divieti rivolti specificamente ai settori commerciali, professionali e d'impresa, si prevede anche la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni, fissa nella misura massima in ipotesi di reiterazione. Possibile anche la chiusura provvisoria (in via cautelare) dell'attività o dell'esercizio per una durata non superiore a 5 giorni.

Previsto un aumento delle sanzioni fino a un terzo in ipotesi di violazione commessa con l'utilizzo di un veicolo⁸ e, per converso, la possibilità di pagare la sanzione amministrativa in misura ridotta, giusta il rinvio all'art. 202 del codice della strada⁹.

La competenza ad irrogare le sanzioni è attribuita al Prefetto, per le violazioni delle misure di cui all'art. 2, co. 1, disposte con dpcm, alle Regioni per quelle disposte ai sensi dell'art. 3, prevedendosi che gli organi accertatori possano avvalersi delle forze di polizia e delle forze armate.

Venendo ai rapporti con altri illeciti, l'art. 4, co. 1, presenta una clausola espressa di esclusione dell'applicabilità nell'ipotesi in cui il fatto sia sussumibile anche in una fattispecie di reato ("*salvo che il fatto costituisca reato*") - come la nuova contravvenzione di cui all'esaminando art. 4, co. 6 - sì derogando alla previsione generale di cui all'art. 9 della l. n. 689/1981 che invece attribuisce preferenza alla norma speciale. Vi sarà invece concorrenza fra illecito amministrativo e illeciti penali qualora siano stati commessi, in uno all'inosservanza delle misure di contenimento, fatti diversi pur se a tale trasgressione connessi (ad es., lesioni personali, omicidio, epidemia, falso).

La clausola appena riportata subisce tuttavia una menomazione dai contorni nebulosi laddove è stabilito che "*non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale e di ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità*". La prima parte appare riferirsi - non potendo avere alcun significato il riferimento letterale alle sole sanzioni - alla fattispecie incriminatrice dell'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità e a tutte quelle che rinviano al suo trattamento sanzionatorio¹⁰, il secondo alla contravvenzione di cui all'art. 260 del r.d. n. 1265/1934.

⁸ Come condivisibilmente osservato da C. CUPELLI, *Emergenza Covid 19: dalla punizione degli irresponsabili alla tutela degli operatori sanitari*, in www.sistemapenale.it, 2020, p. 4, invero, la circostanza aggravante sembra esporsi a censure di irragionevolezza nella misura in cui non si richiede che il mezzo di locomozione abbia rappresentato uno strumento peggiorativo delle conseguenze dell'inottemperanza (si pensi all'individuo postosi alla guida per un mero giro rispetto a chi, a piedi, abbia creato degli assembramenti).

⁹ Così, ferme le eventuali sanzioni amministrative accessorie, il trasgressore sarà liberato, entro 60 giorni dalla contestazione o dalla notificazione, pagando l'ammontare minimo (400,00 euro), entro 5 giorni, in una misura ulteriormente ridotta del 30% (280,00 euro).

¹⁰ Esclusione espressa invero da considerarsi superflua, tenuto conto della natura sussidiaria della contravvenzione, applicabile solo quando l'inosservanza del provvedimento dell'autorità non sia

Fermo quanto sopra e come si è già anticipato, fra le misure di contenimento del contagio vi è quella stabilita dall'art. 1, co. 2, lett. e) del d.l. n. 19/2020 del "*divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus*", attuata dall'art. 1, co. 1, lett. c) del dpcm dell'8 marzo 2020 (e riproposta nei decreti successivi) che prevede il "*divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus*".

Ebbene, a mente dell'art. 4, co. 6, del d.l. n. 19/2020 "*salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, come modificato dal comma 7*", secondo il quale, a sua volta, "*al comma 1 dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie, le parole <<con l'arresto fino a sei mesi e con l'ammenda da lire 40.000 a lire 800.000>> sono sostituite dalle seguenti <<con l'arresto da 3 mesi a 18 mesi e con l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000>>*". Appare preliminare chiarire - alla stessa stregua dell'analisi ermeneutica compiuta sulla contravvenzione abrogata di cui all'art. 3, co. 4, del d.l. n. 6/2020 - che la disposizione riportata ha introdotto una figura autonoma di reato.

Depone infatti in tal senso il tenore letterale, atteso che l'art. 4, co. 6, indica in modo compiuto e autosufficiente, sia la clausola di sussidiarietà rispetto al reato di epidemia o altro più grave, sia la descrizione del fatto individuato nella violazione della misura della quarantena degli infetti, e accosta la violazione della detta misura alla contravvenzione di cui all'art. 260 del r.d. n. 1265/1934 ai soli fini del trattamento sanzionatorio ("*è punita*"), la cui cornice edittale è d'altro canto stata aumentata proprio con il medesimo atto normativo.

A ciò si aggiunga come il reato di cui all'art. 260 non potrebbe trovare effettiva applicazione nel caso di specie posto che - sulla scorta di quanto già segnalato a proposito del reato di cui all'art. 650 c.p. - è da ritenersi penalmente rilevante sotto la disposizione della legge in materia sanitaria il solo mancato rispetto di quei provvedimenti della pubblica autorità ("*ordini*") che impongono obblighi di condotta a carico di una o più persone determinate o, comunque, determinabili, restando dunque estranea l'inosservanza di altri atti pubblicitici che contengano precetti generali e astratti quali quelli emanati in questa contingenza emergenziale ¹¹.

sanzionata da alcuna norma, penale o processuale o amministrativa (v. *ex multis*, Cass. pen., Sez. I, 19 aprile 2016, n. 44126, in CED Cass).

¹¹ L'art. 260 del d.r. n. 1265/1934, come modificato dal d.l. n. 19/2020, prevede che "*chiunque non osserva un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo è punito con l'arresto da 3 mesi a 18 mesi e con l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000. Se il fatto è commesso da persona che esercita una professione o un'arte sanitaria la pena è aumentata*".

Riconosciuto il carattere autonomo alla fattispecie introdotta dal d.l. n. 19/2020 appare doveroso individuarne i tratti distintivi.

Si tratta innanzitutto di una contravvenzione, essendo appunto punita - giusta il rinvio *quoad poenam* all'art. 260 del r.d. n. 1265/1934 - con la pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda.

È un reato proprio, potendo essere commesso soltanto dal soggetto gravato dall'obbligo di permanere presso la propria abitazione perché risultato positivo al virus ex art. 2, co. 1, lett. e), del d.l. n. 19/2020, con esclusione anche dei soggetti sottoposti alla quarantena precauzionale - o per aver avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o per essere rientrati dall'estero ex art. 2, co.1, lett. d), del d.l. cit. o per avere una sintomatologia da infezione respiratoria e febbre maggiore di 37,5 C° ex art. 1, co. 1, lett. b), del dpcm 26 aprile 2020 - che pertanto risponderanno del solo illecito amministrativo.

Attesa la natura contravvenzionale del reato il coefficiente psicologico è indifferentemente il dolo o la colpa.

Come è dato evincere dal tenore letterale l'art. 4, co. 6, del d.l. n. 19/2020 esclude che possa esservi un concorso fra il nuovo reato ed altri più gravemente puniti.

Ciò non implica che i comportamenti posti in essere da soggetti infetti non possa per ipotesi integrare altre fattispecie di reato, *in primis* quella di epidemia, di cui sia consentita una breve digressione.

Quest'ultima condotta delittuosa - che può essere integrata tanto nella sua forma dolosa (art. 438 c.p.) quanto in quella colposa (art. 452 c.p.) - consiste nel cagionare l'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni. Si è in presenza di una fattispecie causalmente orientata con un evento di danno rappresentato dalla concreta manifestazione, in un certo numero di persone, di una malattia eziologicamente collegabile a quei germi patogeni e da un evento di pericolo rappresentato dalla possibilità di ulteriore propagazione della stessa malattia ad ulteriori individui anche senza un intervento dell'autore dell'originaria diffusione. Per germi patogeni devono intendersi tutti quegli esseri od elementi (virus, batteri, microrganismi di altro tipo) atti a trasmettere la malattia; il concetto di epidemia si specifica invece alla luce della collocazione sistematica della norma

Osserva in modo approfondito M. GRIMALDI, *Covid-19, op. cit.*, p. 10, che assumono rilevanza per l'integrazione del reato di cui all'art. 260 solo i provvedimenti individuali e concreti, diretti a una o più persone determinate e/o determinabili, poggiando tale conclusione, da un lato, sulla lettera della legge, che nel richiamare il concetto di ordine (al singolare) - cioè di provvedimento con il quale la P.A. impone obblighi di dare, di fare o di non fare - evoca la necessità di uno o più destinatari determinati e/o determinabili a cui esso è impartito; dall'altro, sulla esigenza di rispetto del principio di riserva di legge, che sarebbe inevitabilmente violato ove si consentisse alla Pubblica Amministrazione di individuare, in via generale e astratta, norme giuridiche la cui violazione sarebbe penalmente sanzionata. In tema v. altresì F. VALERINI, *Il sistema sanzionatorio del mancato rispetto delle misure di contenimento COVID-19 nel decreto legge 25 marzo 2020, n. 19*, in *www.judicium.it*, 2020, p. 3.

nell'ambito dei delitti contro l'incolumità pubblica, abbracciando quindi non ogni malattia infettiva o contagiosa, ma solamente quella, dotata del carattere della straordinarietà, in grado di diffondersi tra la popolazione e di aggredire contemporaneamente un numero indeterminato di persone in un ambito territoriale o gruppo demografico¹².

Nel caso in cui soggetti affetti abbiano invece contagiato esclusivamente una o più persone determinate saranno configurabili i singoli delitti di lesioni personali o omicidio, nelle loro profilazioni soggettive dolose (nell'ordine 582 o 575 c.p.) o colpose (rispettivamente 590 o 589 c.p.).

4. La giustizia penale ai tempi del coronavirus.

Un settore che può essere considerato paradigmatico di come il contemperamento fra l'indefettibile distanziamento sociale e la prosecuzione delle attività essenziali si sia risolto in un travolgente stratificarsi e accavallarsi di provvedimenti normativi è quello della giustizia, nel quale sono state introdotte misure di sospensione dell'attività giudiziaria e di svolgimento della stessa a distanza.

Senza voler qui ripercorrere in dettaglio l'*excursus (rectius confusio)* normativo - probabilmente determinato in massima parte da non sempre convergenti interessi degli operatori della giustizia coinvolti - esulando dalla presente la trattazione della disciplina di riferimento¹³, il Governo è intervenuto la prima volta nella materia con il decreto legge 8 marzo 2020, n. 11, i cui artt. 1 e 2 individuano due periodi:

- una prima fase, dal 9 al 22 marzo 2020, con la previsione del rinvio d'ufficio delle udienze dei procedimenti penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari e conseguente sospensione dei termini procedurali, compreso il decorso dei termini di prescrizione, di durata massima della custodia cautelare e di impugnazione (in alcuni casi), ad eccezione di quei procedimenti considerati a trattazione urgente ed in presenza di richiesta di svolgimento;

¹² Chiaro a livello teorico, se in dottrina la condotta incriminata è ravvisata anche nel caso di diffusione della malattia orientata verso una sola persona, che a sua volta sia causa del contagio verso altri soggetti, osservandosi come la norma esiga dall'agente la sola diffusione dei germi patogeni e non anche del morbo (G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, 2001, p. 563. In senso contrario S. ARDIZZONE, voce *Epidemia*, in *Dig. Pen.*, IV, 1990, p. 252), in giurisprudenza si è sottolineato in modo più rigoroso l'indefettibilità di "una malattia contagiosa che, per la sua spiccata diffusività, si presenta in grado di infettare, nel medesimo tempo e nello stesso luogo, una moltitudine di destinatari, recando con sé, in ragione della capacità di ulteriore espansione e di agevole propagazione, il pericolo di contaminare una porzione ancor più vasta di popolazione" (*Cass. pen.*, Sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014, in *CED Cass.*).

¹³ Si rinvia in tema alle *Linee Guida del Consiglio Superiore della Magistratura del 27 marzo 2020*, in www.csm.it, 2020, e agli approfondimenti dottrinali, fra i tanti, di L. FIDELIO e A. NATALE, *Emergenza COVID-19 e giudizio penale di merito: un catalogo (incompleto) dei problemi*, in www.questionegiustizia.it, 2020, e F. MALAGNINO, *Sospensione dei termini nel procedimento penale in pandemia da Covid-19*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, 5.

- una seconda fase, dal 23 marzo al 31 maggio 2020, affidata ai dirigenti degli uffici giudiziari, chiamati a seguito di una procedura scandita nei suoi passaggi essenziali ad adottare misure di limitazione all'accesso agli uffici giudiziari e agli sportelli di cancelleria, prevedere lo svolgimento dei giudizi penali a porte chiuse, in deroga alle previsioni dell'art. 472 c.p.p., emettere linee guida vincolanti per i magistrati per la fissazione e trattazione delle udienze e prevedere il rinvio di ufficio delle udienze a data successiva al 31 maggio 2020, sempre con sospensione dei termini e ad eccezione dei procedimenti penali considerati a trattazione urgente.

Gli artt. 1 e 2 citati sono stati poi abrogati dall'art. 83 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, il c.d. decreto Cura-Italia, anche se viene mantenuta la scansione temporale fra:

- una prima fase, dal 9 marzo al 15 aprile 2020, caratterizzata dalla sospensione di quasi tutte le attività processuali e di quasi tutti i termini procedurali.

Fanno eccezione i procedimenti, considerati a trattazione indifferibile, di convalida dell'arresto o del fermo o dell'ordine di allontanamento immediato dalla casa familiare, nei quali nel periodo di sospensione scadono i termini di durata della massima della custodia cautelare di cui all'art. 304 c.p.p.; di consegna di un imputato o di un condannato all'estero ai sensi della legge sul mandato d'arresto europeo o per estradizione in cui sono applicate misure di sicurezza detentive o è pendente la richiesta di applicazione di misure di sicurezza detentive; che presentano comunque carattere di urgenza, per la necessità di assumere prove indifferibili, nei casi di incidente probatorio di cui all'art. 392 c.p.p.;

- una seconda fase, dal 16 aprile al 30 giugno 2020, caratterizzata dall'adozione da parte dei dirigenti degli uffici giudiziari delle misure organizzative funzionali a consentire nella trattazione degli affari ritenuti non rinviabili il rispetto delle indicazioni igienico sanitarie.

Con lo stesso art. 83 è quindi previsto un ampio ricorso a modalità di celebrazione dei processi, di deposito degli atti, di comunicazione di atti e di svolgimento di camere di consiglio a distanza.

Nelle more della conversione in legge del d.l. n. 18 del 2020 il Governo ha emanato l'ulteriore d.l. 8 aprile 2020, n. 23, con il quale si è spostato il primo lasso temporale all'11 maggio 2020, fermo restando per il secondo quello del 30 giugno 2020.

Infine, a distanza di pochi giorni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, di conversione del d.l. n. 18 del 2020, **con il d.l. 30 aprile 2020, n. 28**, sono state inserite ulteriori modifiche al menzionato art. 83, fra cui lo spostamento del termine della seconda fase al 31 luglio 2020 ed un forte ridimensionamento della remotizzazione dei procedimenti e delle deliberazioni collegiali.

5. I dubbi di legittimità costituzionale delle norme emergenziali.

Di fronte ad un susseguirsi di norme di fonte primaria, d'urgenza e ordinaria, e secondaria nel tentativo di inseguire l'evolversi dell'infezione virale non potevano che essere numerosi i punti di tensione con i principi fondamentali del diritto penale, alcuni dei quali aventi rango costituzionale.

Si analizzeranno pertanto a seguire, senza alcuna pretesa di esaustività, gli aspetti involgenti i principi di legalità (nei suoi vari corollari), offensività e riserva giurisdizionale in tema di libertà personale.

5.1. Il principio della riserva di legge in materia penale.

Come noto, il principio della riserva di legge esprime il divieto di punire un determinato fatto in assenza di una legge (preesistente) che lo configuri come reato e che ne preveda la relativa sanzione (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

I riferimenti normativi del principio in questione sono costituiti, a livello costituzionale, dagli artt. 25, co. 2, Cost. ("*nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso*"), a livello ordinario dall'art. 1 c.p. ("*nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite*"), a livello sovranazionale dall'art. 11, co. 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. Carta di Nizza), nonché dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Detto ciò, solo un rapido cenno merita la questione della legittimità costituzionale del ricorso in questa fase emergenziale a due decreti legge - rispettivamente il n. 6/2020 ed il n. 19/2020 - per la disciplina sanzionatoria dell'inosservanza delle misure di contenimento del contagio.

Non ci si nasconde che costituisce *vexata quaestio* l'inclusione fra le fonti della norma penale ex art. 25, co. 2, Cost. - accanto alla legge in senso formale adottata dal Parlamento, vuoi per la riforma della Costituzione ex art. 138 Cost., vuoi in via ordinaria ex artt. 70-74 Cost. - della legge in senso materiale, ossia di quegli atti che godono della forza di legge ma che vengono adottati dal Governo, ovvero i decreti legislativi e appunto i decreti legge (artt. 76 e 77 Cost). Tuttavia, se è vero che una parte della dottrina¹⁴ dubita della legittimità costituzionale dell'adozione di tali atti in materia penale, attesa la *ratio* garantistica del principio della riserva di legge, volta ad assicurare il monopolio politico-criminale al Parlamento, sede della dialettica fra maggioranza e opposizione, e l'incompatibilità dei presupposti di necessità e urgenza per l'adozione dei decreti-legge rispetto all'esigenza di ponderazione nelle scelte di criminalizzazione, è altrettanto vero che la dottrina prevalente¹⁵ - ed una prassi

¹⁴ G. FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale-parte generale*, 2004, p. 54.

¹⁵ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 1995, p. 34 e ss.

purtroppo diffusa - è ormai attestata su posizioni favorevoli, sull'assunto che è rimesso comunque all'organo legislativo in sede di conversione l'emanazione di una legge in senso formale.

Pertanto, in virtù della conversione in legge formale lo strumento della decretazione d'urgenza qui in esame, pur se non l'*optimum* quanto al rispetto delle garanzie costituzionali, è al riparo da dichiarazioni di illegittimità costituzionale *in parte qua*¹⁶.

Problema più articolato è quello che attiene alla compatibilità fra il principio della riserva di legge *ex art. 25, co. 2, Cost.* e l'integrazione del contenuto del precetto penale da parte del potere esecutivo, meccanismo ampiamente utilizzato nella specie, ove tutte le regole di condotta di cui è sanzionata la violazione sono dettagliate in sede extra-legislativa.

Si tratta di una tematica strettamente correlata al dibattito sorto attorno alle cd. norme penali in bianco, connotate da un precetto genericamente formulato da completare mediante l'intervento di altre fonti.

Rimandando alla trattazione manualistica l'illustrazione specifica dei limiti entro i quali fonti diverse dalla legge possono concorrere a descrivere il precetto penale¹⁷, delle tre tesi di riferimento - della riserva relativa, secondo cui è sufficiente che sia la legge a delineare i connotati fondamentali del reato, completabili per il resto anche in chiave descrittiva da fonti sublegislative, della riserva assoluta, cioè dell'autosufficienza e completezza della norma primaria nella previsione del reato e della sanzione, e della riserva tendenzialmente assoluta, ove si ammette il rinvio a norme regolamentari alla duplice condizione che le stesse introducano mere 'specificazioni tecniche' di uno o più elementi già enucleati dalla norma primaria e che la legge stessa indichi un criterio a cui la fonte non primaria debba attenersi - il pensiero giuridico prevalente attesta ampia preferenza per quest'ultima.

Così vi sarebbe compatibilità con il principio della riserva di legge qualora l'atto di natura amministrativa, del quale la legge punisce l'inosservanza, rimanga estraneo al precetto penale, non concorrendo in alcun modo a delineare i fatti che il legislatore ha inteso reprimere: lo stesso si atteggia ad attuazione storica

¹⁶ Sarebbe invece affetta da incostituzionalità un'eventuale reiterazione dei decreti legge di contenuto identico a quelli non convertiti entro sessanta giorni o sulla base dei medesimi presupposti di questi ultimi, come statuito da *Corte Cost., 2 ottobre 1996, n. 360*, in www.cortecostituzionale.it, 2020.

V. invece *Corte Cost., 25 febbraio 2014, n. 32*, in www.giurcost.org, 2020, per la questione della corrispondenza in materia penale fra decreto legge e legge di conversione.

¹⁷ Si rimanda agli approfondimenti dottrinali di M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 1987, p. 37 e ss.; G. FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale, op. cit.*, 2004, p. 56 e ss.; G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso, op. cit.*, p. 38 e ss.; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, 1976, pp. 210 e 317; A. PAGLIARO, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali*, in *Ind. Pen.*, 1977, p. 390; G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, 1970, p. 154 ss.; Id., *Norme penali in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 454 ss.

di un elemento già previsto dalla fattispecie criminosa, un mero fattore da sussumere nella classe degli ordini che figurano nella norma stessa.

In siffatta evenienza il fatto nasce in sé chiuso e il singolo provvedimento consente solo di accertare se, nel caso concreto, vi sia stata o meno l'inottemperanza alla classe di provvedimenti amministrativi indicata dal legislatore.

Ebbene, calando i principi enucleati alle disposizioni penali dell'emergenza, appare innanzitutto inevitabile che la contravvenzione di cui all'art. 3, co. 4, del d.l. n. 6/2020, si esponga a parziale dichiarazione di illegittimità costituzionale proprio per violazione del principio della riserva di legge in materia penale di cui all'art. 25, co. 2 Cost.

In termini maggiormente esplicativi, ove si ponga mente alle misure atipiche di cui all'art. 2 del d.l. in rilievo, l'autonoma figura di reato - ma la soluzione non sarebbe diversa qualora, in contrasto con quanto argomentato, si ritenesse effettuato un rinvio globale all'art. 650 c.p. - si risolverebbe in una norma penale in bianco ove il disvalore del fatto viene affidato ad atti normativi generali e astratti di fonte subprimaria che non si limitano alla specificazione tecnica del precetto, ma contribuiscono - appunto in modo non conforme al dettato costituzionale - a descriverlo, individuando ad esempio le limitazioni strumentali alla prevenzione del contagio¹⁸.

Al contrario la contravvenzione di cui all'art. 4, co. 6, del d.l. n. 19/2020, anch'essa comunque rientrante nel novero delle norme penali in bianco, può ritenersi in linea di massima rispettosa del principio di riserva di legge, individuando la normativa secondaria la misura di contenimento qui in rilievo sulla scorta di presupposti, interesse tutelato, caratteri, contenuto e limiti individuati nel precetto generale¹⁹ dato appunto dal combinato disposto degli artt. 4, co. 6, e 1, co. 2, lett. e), del d.l. n. 19/2020.

E però dal coacervo di norme costituzionali e convenzionali poste a presidio dei diritti e delle libertà fondamentali in qualche modo incise dalla normativa volta al contenimento della diffusione del Covid-19 - si pensi, per quanto qui di maggiore interesse, alla libertà personale (art. 13 Cost. e art. 5 Cedu), alla libertà di circolazione (art. 16 Cost. e art. 2 Prot. 4 Cedu), alla libertà di riunione (art. 17 Cost. e 11 Cedu), al diritto al rispetto della vita privata o familiare (art. 8 Cedu) - se ne deduce l'esigenza che le misure contenitive siano previste per

¹⁸ In effetti l'art. 2 del d.l. n. 6/2020, nel consentire l'adozione di "*ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1*", non indica con sufficiente specificazione le coordinate dei provvedimenti dell'autorità non legislativa (l'esecutivo a mezzo dei dpcm) alla cui trasgressione deve seguire la sanzione penale.

¹⁹ Così si esprime *Corte Cost.*, 5 luglio 1971, n. 168, in www.giurcost.org, 2020. V. per una rassegna della giurisprudenza costituzionale in tema G. CARBONI, *Norme, op. cit.*, p. 454 e ss.; G. VICICONTE, *Nuovi orientamenti della Corte costituzionale sulla vecchia questione delle norme "in bianco"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 1002 e ss.

legge quanto a presupposti e modalità di applicazione, siano rispondenti ai canoni di ragionevolezza (idoneità allo scopo), necessità (assenza di alternative rispetto alla compressione di quelle libertà), proporzionalità e temporaneità, nonché siano sottoposte al vaglio giurisdizionale.

Più in dettaglio, quanto alla libertà di circolazione, tanto l'art. 16 Cost. quanto l'art. 2 Prot. 4 Cedu menzionano *expressis verbis* le ragioni di salute a eventuale giustificazione di una limitazione. Quanto alla libertà personale analogata esplicitazione non è riportata all'art. 13 Cost., che tuttavia consente quelle restrizioni rientranti "*nei soli casi e modi previsti dalla legge*" e per "*atto motivato dell'autorità giudiziaria*", anche in convalida di provvedimenti emessi dall'autorità di pubblica sicurezza per necessità e urgenza, mentre è presente all'art. 5, co. 1, lett. e), Cedu, (si tratta della "*detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa*") con previsione del controllo giurisdizionale ²⁰.

Ebbene, indubbio che la misura della quarantena a cui sono sottoposti i soggetti risultati positivi a seguito di tampone incida sulla libertà personale - l'art. 1, co. 2, lett. e), del d.l. n. 19/2020 caratterizza il divieto di allontanamento come assoluto e privo di eccezioni, mentre l'art. 3, co. 2, del dpcm 8 marzo 2020 utilizza l'espressione 'permanenza domiciliare', di per sé evocativa di una delle pene irrogabili dal giudice di pace (art. 53 del d.lgs. n. 274/2000) e di una delle misure cautelari applicabili al soggetto minore d'età (art. 21 del d.p.r. n. 448/1988) - non sembra possano dirsi per l'effetto rispettate le garanzie costituzionalmente previste dall'art. 13 Cost. in punto di riserva di legge rafforzata, nell'accezione in rilievo *sub* siffatta disposizione costituzionale, che appunto esige una regolamentazione preventiva di rango legislativo di ogni aspetto della restrizione stessa ²¹.

Difatti, premessa la necessità, per l'operatività del divieto di allontanamento dalla propria dimora, non solo che l'interessato sia risultato positivo al virus a seguito di accertamenti sanitari, ma anche che sia stato destinatario di un provvedimento amministrativo di sottoposizione alla quarantena - come deducibile dal tenore letterale dell'art. 1, co. 2, lett. e) del d.l. n. 19/2020, prevalente sull'ambigua espressione utilizzata invece dall'art. 1, co. 1, lett. c) del dpcm dell'8 marzo 2020 - dall'analisi della normativa primaria non è dato individuare con sufficienti margini di certezza alcun procedimento amministrativo, per quanto semplificato, che venga definito con l'emissione di un provvedimento impositivo dell'obbligo della permanenza domiciliare nei confronti del soggetto risultato infetto, che in modo individualizzato ne determini lasso temporale e modalità.

Nemmeno le censure di illegittimità costituzionale *in parte qua* paiono scolorire ove si consideri quale provvedimento di sottoposizione alla quarantena il

²⁰ *Amplius* G.L. GATTA, *I diritti fondamentali*, op. cit., p. 20.

²¹ *Corte Cost.*, 14 gennaio 1982, n. 15, in www.giurcost.org, 2020.

semplice ordine impartito oralmente dall'operatore di sanità pubblica all'interessato dopo aver ricevuto il risultato del tampone con esito positivo e si mutui il preciso procedimento amministrativo conducente alla prescrizione della 'permanenza domiciliare' per il soggetto proveniente da zone a elevato rischio epidemiologico o dall'estero disciplinato o dall'art. 3, co. 2, del dpcm 8 marzo 2020²² o dall'art. 4 del dpcm del 26 aprile 2020, in quanto comunque procedimento integralmente delineato in una normazione non primaria.

Non potrebbe che conseguirne, per l'effetto, la non integrazione del reato di cui all'art. 4, co. 6, del d.l. n. 19/2020, costruito appunto attorno alla violazione della misura della quarantena rivelatasi illegittima *in parte qua*²³.

Fermo quanto sopra, è più in generale innegabile la ritrosia dell'esecutivo ad adoperare lo strumento della legislazione ordinaria (e perfino d'urgenza) per delineare gli elementi comunque incidenti sul precetto penale, tale da frustrarne in definitiva la pur opportuna azione.

E' il caso, ad esempio, dell'autocertificazione sottoscritta dall'interessato per giustificare la sussistenza di una situazione legittimante uno spostamento (allo stato, le ricordate esigenze lavorative, di salute, di necessità o assoluta urgenza, a seconda del territorio attraversato), imposta tramite la Direttiva del Ministero dell'Interno dell'8 marzo 2020, n. 14606²⁴.

Ebbene, la natura meramente interna dell'atto ministeriale che la prevede (non è rinvenibile alcun obbligo in norme di legge o in atti amministrativi generali) non consente a tale strumento - nato per snellire opportunamente la procedura di controllo e semplificare l'onere allegativo dell'interessato e quello di controllo *ex post* della veridicità di quanto addotto - di produrre effetti esterni, scelta di non ricorrere a discipline di rango primario (anche in via di urgenza) che appare inspiegabile quantomeno nella fase secondaria dell'emergenza epidemiologica²⁵.

²² Il procedimento amministrativo - condotto dall'operatore di sanità pubblica e dai servizi sanitari territorialmente competenti - si snoda attraverso le seguenti fasi: a) acquisizione della notizia della provenienza dell'interessato da zone a rischio epidemiologico; b) conduzione di un'istruttoria (acquisizione di informazioni dall'interessato sulle zone di soggiorno, sul percorso del viaggio effettuato nei quattordici giorni precedenti, sullo stato febbrile o altra sintomatologia dello stesso e degli altri eventuali conviventi); c) prescrizione della 'permanenza domiciliare' con sorveglianza attiva circa le condizioni dell'interessato.

²³ *Amplius* § 5.4.

²⁴ "...un'autodichiarazione ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 [...] resa anche seduta stante attraverso la compilazione dei moduli appositamente predisposti in dotazione agli operatori delle Forze di polizia e della Forza pubblica...".

²⁵ *En passant* giova evidenziare che quanto scritto e sottoscritto dall'interessato nel modulo di autocertificazione assurge al rango di verbalizzazione delle dichiarazioni rese al pubblico ufficiale circa le ragioni dello spostamento, senza possibile integrazione del reato di cui agli artt. 76 del d.p.r. n. 445/2000 e 483 c.p. (in quanto non sostitutive di certificazioni o atti di notorietà), ma al più di quello di cui all'art. 495 c.p. e solo laddove la falsa attestazione riguardi l'identità, lo stato o altre qualità precie della propria o altrui persona.

5.2. La successione delle leggi penali nel tempo.

Alcune premesse di carattere teorico risultano doverose.

Alla delimitazione dell'efficacia nel tempo delle norme penali soccorre una pluralità di previsioni normative, segnatamente, sul piano costituzionale il già riportato art. 25, co. 2 Cost (*"nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"*); sul piano legislativo ordinario l'art. 11 delle preleggi al c.c. e la disciplina dell'art. 2 c.p.; sul piano sovranazionale l'art. 49, co. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cd. Carta di Nizza) a mente del quale *"se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima"*, il già menzionato art. 7 CEDU, che sancisce il divieto di retroazione della disposizione più sfavorevole rispetto a quella vigente al momento del fatto, anche sotto il solo profilo sanzionatorio, e l'art. 15, co. 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, secondo cui *"se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne"*.

Come è noto, la norma codicistica dell'art. 2 statuisce: al comma 1 il principio di irretroattività della norma penale incriminatrice; al comma 2 la regola della retroattività della norma penale abolitrice dell'incriminazione; ai commi 3 e 4 le regole della irretroattività sfavorevole e retroattività favorevole in caso di successione di norme modificative; al comma 5 l'inapplicabilità della disciplina successoria alle leggi eccezionali e temporanee; al comma 6 l'applicabilità della disciplina successoria alle ipotesi di decreti-legge non convertiti o convertiti con modificazioni.

Detto ciò, la disciplina dell'emergenza - nel suo frenetico accavallarsi - non poteva che sollevare diverse questioni in tema di successione di leggi penali nel tempo.

Viene in primo luogo in rilievo il fenomeno della cd. depenalizzazione compiuta con la seconda decretazione d'urgenza dei fatti di inosservanza delle misure di contenimento del contagio diverse dalla quarantena puniti penalmente sotto la vigenza della prima, per i quali è fuor di dubbio che vi sia stata un *abolitio criminis* ai sensi dell'art. 2, co. 2, c.p.

Argomenta in questi termini M. GRIMALDI, *Covid-19, op. cit.*, p. 25. In senso opposto si è inizialmente espresso A. NATALINI, *Stop agli esercenti che non rispettano le 'distanze' fissate*, in *Guida al diritto-Il Sole 24 ore*, n. 14/2020, p. 77. Secondo G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in www.sistemapenale.it, 2020, p. 7, osta all'applicazione dei delitti di falso anche il principio *'nemo tenetur se detegere'*, valido in virtù del momento e della finalità cui è diretta la dichiarazione mendace, vale a dire evitare una contestazione da parte dell'agente accertatore.

È tuttavia da chiedersi se il giudice, nel dichiarare che il fatto non costituisce più reato, debba al contempo applicare la sanzione amministrativa ora prevista per lo stesso fatto in quanto illecito amministrativo.

In linea generale vi osterebbe il principio di irretroattività, valido per gli illeciti amministrativi punitivi secondo quanto disposto dall'art. 1 della l. n. 689/1981 - ai sensi del quale "*nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione*" - e statuito dalla Corte Costituzionale che ha esteso le garanzie di cui agli artt. 25, co. 2 Cost e 7 Cedu²⁶. In applicazione di tale principio, quindi, la sanzione amministrativa, in assenza di una norma specifica che ne consenta l'applicazione retroattiva, non potrà essere applicata che per l'avvenire.

Senonché, la medesima legge di depenalizzazione ha dettato una espressa disciplina transitoria, stabilendo agli artt. 40 e 41 che se il procedimento penale non era stato ancora definito vanno applicate le nuove sanzioni amministrative, disposizioni interpretate estensivamente dai giudici di legittimità²⁷ a tutte le ipotesi di depenalizzazione in considerazione della *ratio legis*, che è quella di attenuare, non già di eliminare, la sanzione per un fatto che rimane illecito, senza considerare il contrasto con il principio di uguaglianza che ne deriverebbe per la totale impunità di coloro che hanno commesso l'illecito penale, successivamente depenalizzato.

In contrasto con quanto riferito si segnala però la recente presa di posizione delle Sezioni Unite della Cassazione²⁸, secondo la quale gli artt. 40 e 41 della l. n. 689/1981 non rivestono valenza generale operando solo con riguardo agli illeciti depenalizzati con la stessa legge, come evincibile dalla lettura dei lavori preparatori e dalla stessa circostanza che le leggi di depenalizzazione successive hanno provveduto a dettare disposizioni transitorie *ad hoc*²⁹.

Alla luce del detto quadro ermeneutico il legislatore dell'emergenza si è quindi opportunamente posto il problema del trattamento da riservare ai fatti antecedentemente commessi, disponendo *expressis verbis* all'art. 4, co. 8, del d.l. n. 19/2020 l'applicabilità retroattiva del nuovo illecito amministrativo ("*le disposizioni del presente articolo che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ma in tali casi le sanzioni amministrative sono applicate nella misura minima ridotta alla metà. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni degli articoli 101 e 102 del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507*").

²⁶ Per Corte Cost., 25 novembre 2018, n. 223, in CED Cass., anche rispetto agli illeciti amministrativi punitivi "*si impone la medesima esigenza, di cui tradizionalmente si fa carico il sistema penale in senso stretto, di non sorprendere la persona con una sanzione non prevedibile alla commissione del fatto*".

²⁷ Cass. pen., Sez. II, 10 aprile 2009, n. 15629, in CED. Cass.

²⁸ Cass. pen., Sez. Un., 28 giugno 2012, n. 25457, in CED Cass.

²⁹ In via esemplificativa si vedano gli artt. 8 e 9 del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8.

Pertanto, la trasformazione dell'illecito penale in illecito amministrativo compiuto con la seconda decretazione d'urgenza non impedisce per espressa *voluntas legis* l'applicazione retroattiva, in luogo della sanzione penale ormai non più prevista, della (più favorevole) sanzione amministrativa disposta successivamente per la medesima condotta.

Al contempo, il rispetto del principio di irretroattività degli illeciti amministrativi punitivi di cui al richiamato art. 1 della l. n. 689/1981 per come di recente valorizzato dalla Consulta - che, è bene ribadirlo, ha in sintesi statuito il contrasto con l'art. 25, co. 2, Cost. e l'art. 7 della CEDU di una norma transitoria che imponga di applicare retroattivamente le nuove sanzioni amministrative punitive se nel complesso comportano un trattamento più sfavorevole - ha opportunamente indotto il legislatore a prevedere che la sanzione applicabile per il passato è fissata nella metà della nuova misura minima (ovvero 200,00 euro), sì dunque rientrando nel *range* edittale dell'abrogata contravvenzione³⁰.

Resta tuttavia irrisolta la questione per cui, trattandosi di depenalizzazione in senso tecnico, il soggetto che ha commesso un determinato fatto trasformato da illecito penale contravvenzionale in illecito amministrativo - come tale potenziale beneficiario dell'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 bis c.p. - non potrà più ricorrervi in ipotesi per non esservi analogo meccanismo nell'ambito del sistema amministrativo punitivo.

È difatti di tutta evidenza che per l'operatività dell'art. 131 bis c.p. il fatto concreto debba rivestire rilevanza criminale, cioè ledere o porre in pericolo un bene giuridico che il legislatore ha stabilito meritevole di protezione a livello penalistico. D'altro canto sono state le stesse Sezioni Unite della Cassazione a statuire che vi è *"piena autonomia dei connotati e dei principi delle violazioni amministrative rispetto a quelle penali, sicché non può ritenersi consentita l'applicazione analogica al regime sanzionatorio amministrativo di categorie generali desunte dal diritto penale, anche se si tratta di categorie o principi favorevoli all'agente"*³¹.

E tuttavia, la qualificazione attualmente prevalente nella giurisprudenza di legittimità secondo cui l'istituto costituisce una causa di esclusione della punibilità in senso stretto (che presuppone un fatto non punito solo per questione di opportunità), potrebbe condurre all'applicazione della disciplina intertemporale di cui all'art. 2, co. 4, c.p. quale *lex mitior a rebours*.

³⁰ Come riassunto da L. RASO, *Misure per il contenimento del contagio da covid-19: dall'illecito penale a quello amministrativo*, in www.diritto.it, 2020, p. 2, per i procedimenti già pendenti ma non conclusi l'autorità giudiziaria inoltrerà gli atti all'autorità amministrativa competente (dopo che il GIP avrà disposto l'archiviazione o emesso sentenza di proscioglimento perché il fatto non è previsto dalla legge come reato), per quelli già conclusi e definiti (per esempio con l'emissione del decreto penale di condanna non opposto nei termini di legge, seppur ipotesi di scuola) occorrerà procedere con la revoca della condanna inflitta a seguito di incidente di esecuzione.

³¹ *Cass. pen., Sez. Un., 28 giugno 2012, n. 25457, cit.*

Rimangono, invece, fuori dallo schema successorio fin qui divisato le violazioni compiute da soggetti posti in quarantena perché positivi al Sars-Cov-2, che continuano ad avere rilievo penale - fatte salve le censure di incostituzionalità - *sub* art. 4, co. 6, del d.l. n. 19/2020 ai sensi dell'art. 2, co. 4, c.p. e ciò a prescindere dal parametro adoperato (criterio del fatto concreto o della doppia punibilità in concreto; della continuità normativa; del rapporto strutturale, per specificazione o per aggiunta³²).

In ordine ai profili di diritto intertemporale involgenti il sistema sanzionatorio a presidio delle misure di contenimento resta da evidenziare che la disciplina penale e amministrativa *in parte qua* non ha carattere temporaneo, difettando il carattere normativo transeunte di preventiva determinazione da parte del legislatore, in via eccezionale rispetto all'ordinario, di un termine finale di efficacia della previsione penale di nuova introduzione.

Difatti, il termine del 30 luglio 2020 di cui all'art. 1, co. 1, del d.l. n. 19/2020 sta ad indicare il termine dello stato di emergenza proclamato con delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 entro il quale possono essere adottate le misure di contenimento dell'epidemia presupposto degli illeciti, penali e amministrativo, configurati dall'art. 4. I fatti commessi posteriormente a quella data - e salvo proroga dello stato di emergenza - non saranno più sanzionabili *ex nunc*, giammai *ex tunc*, rimanendone in vigore la normativa.

La disciplina punitiva va invece inquadrata fra le leggi eccezionali, nozione riferibile non già al rapporto strutturale fra norme ex art. 14 delle preleggi (disposizioni che "*fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi*"), bensì alla straordinarietà della situazione socio-politico-economica o criminologica che ne ha richiesto l'introduzione nel tessuto ordinamentale.

Ne consegue che, anche quando ne dovesse sopravvenire l'abrogazione nell'auspicato superamento dell'emergenza pandemica, si applicherà la regola contenuta all'art. 2, co. 5, c.p., a tenore del quale in presenza di leggi eccezionali si deroga alla disciplina generale in materia di successione di leggi penali nel tempo, trovando applicazione esclusivamente le disposizioni in vigore al tempo in cui è stato commesso il fatto (*tempus regit actum*).

Fermo quanto sopra e spostando l'attenzione alle leggi processuali, occorre domandarsi se i principi di cui all'art. 2 c.p. - più in particolare di quello di irretroattività della legge penale di cui all'art. 25, co. 2 Cost. e all'art. 7 Cedu - operino con riferimento a quella parte della legislazione dell'emergenza (esposta a grandi linee al § 4) che ha disposto per la sopravvenuta impossibilità di svolgere regolarmente l'attività giudiziaria la sospensione del corso della prescrizione e dei termini cautelari in relazione a reati commessi anteriormente.

³² Per una sintesi dei criteri discretivi fra *abolitio criminis* e modificazione della norma penale, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, si rimanda alla lettura di R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale-parte generale*, 2016, p. 218 e ss.

Si tratta, più in dettaglio, dell'art. 83, co. 4, del d.l. n. 18/2020, conv. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, a mente del quale "nei procedimenti penali in cui opera la sospensione dei termini ai sensi del comma 2 sono altresì sospesi, per lo stesso periodo, il corso della prescrizione e i termini di cui agli articoli 303 e 308 del codice di procedura penale". Ulteriore ipotesi di sospensione della prescrizione e dei termini di custodia cautelare sono poi previsti in caso di richiesta difensiva di discussione orale nei procedimenti ex art. 614 c.p.p. dinanzi alla Corte di Cassazione³³.

Dipartendo dalla prescrizione, la soluzione al quesito non potrebbe che essere negativa valorizzando la natura processuale dell'istituto con applicazione del principio del *tempus regit actum*. In tal guisa, chi ha un procedimento in corso con termine prescrizionale non decorso risulterebbe titolare di una situazione giuridica qualificabile come mera aspettativa, potendo sì sperare nella maturazione della causa estintiva, ma non fare affidamento sul certo prodursi dell'effetto ad essa correlato, diversamente dall'ipotesi in cui il termine sia spirato, ove è configurabile un vero e proprio diritto soggettivo. Secondo questo approccio l'art. 25, co. 2, Cost. mette al riparo il cittadino da un mutamento *in peius* della risposta sanzionatoria dello Stato alla condotta posta in essere rispetto al momento della sua commissione, non già a prestabilire in modo fisso quando la pretesa punitiva verrà meno.

Viceversa, presupponendo che la prescrizione del reato sia un istituto di natura sostanziale, in quanto incidente direttamente sulla punizione del reo, a cui lo Stato rinuncia in un equilibrato bilanciamento fra interessi in gioco in considerazione del lasso di tempo trascorso dalla violazione sanzionata, troverebbe sicura applicazione il principio costituzionale di irretroattività della legge penale sfavorevole³⁴.

Nel senso della natura sostanziale della prescrizione, con conseguente applicabilità del regime della successione delle leggi penali nel tempo nella sua integralità - pur se le relative pronunce si sono focalizzate sul principio di retroattività *in mitius* in caso di modifiche favorevoli al reo - si è espressa, tanto la prevalente giurisprudenza di legittimità³⁵, quanto la stessa Corte Costituzionale.

³³ Per un'analisi specifica delle problematiche sottese si rinvia ai contributi di: O. MAZZA, *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo della pandemia*, in *Arch. Pen.*, 1/2020; G.L. GATTA, *"Lockdown" della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito*, in www.sistemapenale.it, 2020; M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in www.sistemapenale.it, 2020; N. MADIA, *Tre questioni problematiche in tema di sospensione della prescrizione connessa all'emergenza Covid-19*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, 5; T. EPIDENDIO, *Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in *Giust. Ins.*, 2020, seconda parte.

³⁴ Per l'esposizione degli orientamenti dottrinali v. R. GAROFOLI, *Manuale, op. cit.*, p. 267 e ss.

³⁵ *Cass. pen., Sez. I, 8 maggio 1998, n. 7442*, in *CED Cass.*; *Cass. pen., Sez. Un., 5 giugno 2007, n. 21833*, in *CED Cass.*

In particolare, *Corte cost.*, 23 novembre 2006, n. 393³⁶, con riguardo agli effetti della riforma della prescrizione del reato realizzata nel 2005 dalla cd. legge 'ex Cirielli' (l. n. 251/2005), ha affermato la natura sostanziale della prescrizione e l'effetto da essa prodotto sottolineando come *"il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva [...]".* Tale effetto, peraltro, esprime l'interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato [...] l'allarme della coscienza comune, ed altresì reso difficile, a volte, l'acquisizione del materiale probatorio". Pertanto, la Consulta conclude nel senso che le norme sulla prescrizione dei reati, ove più favorevoli al reo rispetto a quelle vigenti al momento della commissione del fatto, devono conformarsi, in linea generale, al principio previsto dalla citata disposizione del codice penale e che *"eventuali deroghe al principio di retroattività della lex mitior, ai sensi dell'art. 3 Cost., possono essere disposte dalla legge ordinaria quando ricorra una sufficiente ragione giustificativa"*³⁷.

I principi sono stati poi ribaditi dalla Consulta in occasione della cd. vicenda Taricco, con riguardo agli effetti *in malam partem* che deriverebbero dalla disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p. (che fissano un termine massimo di interruzione del decorso della prescrizione) per incompatibilità con gli artt. 325, parr. 1 e 2, TFUE (tutela degli interessi finanziari dell'UE) in relazione a fatti commessi prima della pronuncia della Corte di Giustizia³⁸.

Secondo appunto *Corte Cost.*, 10 aprile 2018, n. 115³⁹ *"un istituto che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, nel nostro ordinamento giuridico rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza"*. La prescrizione - continua quindi la Consulta - *"deve essere considerata un istituto sostanziale, che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all'oblio e l'interesse a perseguire i reati fino a quando l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno (potendosi anche escludere l'applicazione per delitti di estrema gravità), ma sempre nel rispetto di tale premessa costituzionale inderogabile"*.

Allo stato del diritto vivente, pertanto, la pur ragionevole sospensione del corso della prescrizione conseguente al rallentamento dell'attività giudiziaria per l'emergenza coronavirus si scontra inevitabilmente con il diritto inderogabile

³⁶ *Corte cost.*, 23 novembre 2006, n. 393, in www.giurcost.org, 2020.

³⁷ In termini, *mutatis mutandis*, *Corte Cost.*, 19 luglio 2011, n. 236, in www.giurcost.org, 2020.

³⁸ *C.G.U.E. (grande sezione)*, 8 settembre 2015, C-105/14; *C.G.U.E. (grande sezione)*, 5 dicembre 2017, C-42/17, entrambe in www.eur-lex.europa.eu, 2020.

³⁹ *Corte Cost.*, 10 aprile 2018, n. 115, in www.giurcost.org, 2020. Fra i commenti v., *ex multis*, C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2018, p. 227 e ss.

all'irretroattività della legge penale più sfavorevole di cui agli artt. 25, co. 2, Cost. e 7 CEDU⁴⁰.

Alcuni giuristi⁴¹, sulla scorta del carattere invero bifronte della prescrizione, sostanziale - quale rinuncia alla pretesa punitiva dello Stato - prima dell'emersione della notizia di reato, processuale - quale incidenza del tempo in relazione alle esigenze delle parti e alle vicende procedurali - una volta avviato il procedimento penale, ritiene che nel caso della sospensione del decorso della prescrizione in questa seconda ipotesi non venga in rilievo la *ratio* di garanzia del principio *de quo*, di prevedibilità delle conseguenze in caso di violazione del precetto penale e di protezione da eventuali abusi del potere legislativo, rimanendo la relativa causa sottoposta al solo canone della ragionevolezza ai sensi dell'art. 3 Cost.

Meritevole sul piano logico-giuridico (ma anche etico se riferito alla contingenza storica), siffatto argomento appare tuttavia mal conciliabile con gli ultimi arresti della giurisprudenza costituzionale e nomofilattica, a meno di non auspicarne un *revirement* nonostante la prova muscolare avviata con la Corte di Giustizia dell'UE nella saga Taricco.

A parziale diversa conclusione occorre pervenire in relazione alla sospensione dei termini massimi della custodia cautelare (art. 303 c.p.p.) e delle altre misure coercitive e interdittive (art. 308 c.p.p), sospensione anch'essa che indubbiamente comporta una dilatazione dei tempi *in malam partem*.

Non si disconosce in questa sede che secondo un indirizzo ermeneutico occorre riconoscere alle norme sull'applicazione di misure cautelari, pur aventi natura processuale, una rilevanza sostanziale per la loro influenza immediata sullo *status libertatis*, con conseguente applicazione del regime sulla successione di leggi nel tempo proprie delle disposizioni sostanziali, permeato dal principio generale dell'ordinamento del *favor rei*⁴². In termini maggiormente esplicativi si sostiene che se si guarda al fenomeno cautelare con la lente del bene giuridico coinvolto, cioè la libertà personale ritenuta inviolabile dall'art. 13 Cost. (senza considerare la presunzione di innocenza di cui all'art. 27, co. 2, Cost.), e secondo la nozione autonoma di materia penale di cui all'art. 7, co. 1, CEDU, la custodia cautelare finisce con l'essere in qualche misura omogenea alla pena detentiva, come disvelato dalla fungibilità del presofferto fra regime custodiale cautelare e definitivo (art. 137 c.p. e 657 c.p.p.)⁴³.

⁴⁰ La legislazione dell'emergenza, in quanto rientrante fra le leggi eccezionali ex art. 2, co. 5, c.p., può infatti derogare, pur nei limiti della ragionevolezza, al solo principio di retroattività della legge più favorevole (cfr: le già citate *Corte cost.*, 23 novembre 2006, n. 393, e *Corte Cost.*, 19 luglio 2011, n. 236).

⁴¹ G.L. GATTA, "Lockdown", *op. cit.*, p. 11.

⁴² *Cass. pen.*, Sez. VI, 19 febbraio 1998, n. 211083, in *Ced Cass.*

⁴³ O. MAZZA, *Sospensioni*, *op. cit.*, pp. 8-9, che richiama a sua volta il pensiero di M. NOBILI, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, in *Foro it.*, 1982, I, pp. 2138-2139.

Pur tuttavia, un più convincente orientamento, valorizzando gli aspetti processuali della custodia cautelare, ne sostiene la soggezione alla regola del *tempus regit actum* con la conseguenza che, per gli imputati che non abbiano maturato all'epoca dell'entrata in vigore della nuova normativa il diritto alla scarcerazione in base alla disciplina anteriore, i termini massimi devono ritenersi quelli delle nuove disposizioni, pur incidendo in modo più afflittivo sulla sfera giuridica dell'indagato.

Si tratta di una posizione che ha trovato, peraltro, l'avallo della giurisprudenza costituzionale, ferma nell'escludere l'estensione alle norme processuali dell'irretroattività di cui all'art. 25, co. 2, Cost., salvo ovviamente il limite della protrazione irragionevole della restrizione⁴⁴. D'altro canto, si sostiene, la situazione giuridica di chi si trova in stato di coercizione cautelare non può ritenersi esaurita o cristallizzata, ma aperta ad un ambito valutativo *in fieri*.

Nel precipuo caso della legislazione d'emergenza si è poi opportunamente sottolineato come, a prescindere dalla discussione dommatica sulla prevalente natura processuale o sostanziale della normativa sulle misure cautelari, la disposta sospensione dei termini di cui agli artt. 303 e 308 c.p.p. non si risolve in un'applicazione di un regime restrittivo imprevedibilmente più severo rispetto al momento di commissione del fatto, bensì in un'applicazione prolungata per far fronte a esigenze cautelari permanenti nonostante l'impossibilità, sopravvenuta, di celebrare i processi.

A ciò si aggiunga come la detta sospensione dei termini non costituisce atto di imperio dello Stato, esigendosi il non esercizio da parte delle persone sottoposte al regime restrittivo della facoltà di chiedere la trattazione del processo⁴⁵.

Per tutte tali ragioni non sembra che i dubbi di legittimità costituzionale, a differenza di quanto prospettato in tema di prescrizione, abbiano solide basi⁴⁶.

5.3. Il principio di offensività.

Il principio di offensività opera, in uno con il principio di materialità che esprime la necessità che gli intenti criminosi del soggetto si estrinsechino nel mondo esterno, su un duplice piano: sul versante della previsione normativa, impone al legislatore di incriminare fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale (offensività in astratto); sul versante giurisprudenziale, impone

⁴⁴ Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 1992, n. 72, in *Giust. Pen.*, II, 1992, p. 72; Corte Cost., 14 gennaio 1982, n. 15, in www.giurcost.org, 2020.

⁴⁵ Cfr. G.L. GATTA, "Lockdown", *op. cit.*, p. 19; L. FIDELIO e A. NATALE, *Emergenza*, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁶ Sotto altro profilo - ma la questione esula dal tema dello scritto - è da rilevare come il meccanismo della sospensione dei termini di durata di cui agli artt. 303 e 308 c.p.p., nella misura in cui opera con automaticità di effetti a seguito di un rinvio disposto con provvedimento avverso cui non è previsto rimedio processuale, potrebbe comunque incorrere in una censura di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 111, co. 7 Cost.

all'interprete di accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse protetto (offensività in concreto) ⁴⁷.

Perplessità si generano, tuttavia, con riguardo ai reati di pericolo in cui sono incriminate, in un'ottica di anticipazione della soglia di punibilità, condotte dalle quali derivi la semplice esposizione a rischio dei beni giuridici. Difatti, se nei reati di pericolo concreto la sussistenza del fatto è subordinata all'effettiva presenza del pericolo, elemento tipico espresso che il giudice è tenuto ad accertare, nei reati di pericolo astratto è implicito nella condotta e in quelli a pericolo presunto è in essa insito, sicché in questi due casi il rischio all'interesse tutelato si considera avverato con la realizzazione del fatto tipico.

Ora, nelle ipotesi in cui la condotta astrattamente considerata come pericolosa in base ad una regola di esperienza si riveli ciononostante inoffensiva in concreto, si finisce per punire la mera disobbedienza dell'agente, ragione per la quale, accanto a coloro che dubitano della legittimità costituzionale ⁴⁸ si collocano quanti ⁴⁹ spingono per un'interpretazione in chiave di offesa delle norme che contemplano reati di pericolo astratto e/o presunto, sì pretendendosi che il giudice verifichi comunque se ci sia stata o meno una esposizione a pericolo anche minima ⁵⁰.

Fermo quanto sopra, nel costrutto della fattispecie contravvenzionale di nuovo conio di cui all'art. 4, co. 6, del d.l. n. 19/2020 la condotta incriminata consiste e si esaurisce nell'allontanamento dal luogo di isolamento da parte di un soggetto gravato dall'obbligo di permanere presso la propria abitazione, senza che appaia *prima facie* necessario che il detto comportamento commissivo abbia comportato il concreto rischio di diffusione della malattia infettiva, non rientrando il pericolo per la salute pubblica nella descrizione del fatto tipico (reato di pericolo astratto).

⁴⁷ Il principio di offensività - indefettibile in un sistema penalistico democratico, liberale e garantista ispirato al brocardo *nullum crimen sine iniuria* - ha un fondamento, sia di matrice costituzionale (art. 13 sulla tutela della libertà personale, comprimibile solo dietro offesa ad un bene di pari rango; art. 25, co. 2, che subordina la sanzione penale alla commissione di un 'fatto'; artt. 25 e 27, che segnano la distinzione funzionale tra pena e misura di sicurezza; art. 27, co. 2, che lega la rieducazione del condannato alla percezione dell'antigiuridicità del proprio comportamento; art. 21 sulla libertà di pensiero), sia di rango ordinario (art. 49, co. 2, c.p., che prevede la figura del cd. reato impossibile per inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa a produrre l'evento).

V. in dottrina G. FIANDACA, *La giustizia penale in bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, p. 161; R. GAROFOLI, *Manuale*, *op. cit.*, p. 534 e ss.; M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2013, p. 4 e ss.

⁴⁸ M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro it.*, 1969, p. 8; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, p. 82.

⁴⁹ R. GAROFOLI, *Manuale*, *op. cit.*, p. 571 e ss.

⁵⁰ V. nella materia degli stupefacenti le miliari prese di posizione della giurisprudenza di legittimità e costituzionale: *Cass. pen., Sez. Un.*, 29 novembre 2007, n. 47472; *Cass. pen., Sez. Un.*, 24 aprile 2008, n. 28605 e *Corte Cost.*, 20 maggio 2016, n. 109, tutte in *CED Cass.*

Pur tuttavia, anche se l'incriminazione è tesa a proteggere un bene di rango costituzionale, quale appunto la salute collettiva, la conformità al canone dell'offensività sopra sinteticamente illustrato suggerisce che si proceda ad accertare la concreta lesività del fatto verificando, con giudizio *ex ante*, se alla luce delle circostanze concrete in cui ha operato il soggetto positivo al virus il bene giuridico sia stato esposto a rischio data la possibilità di contagio di un numero indeterminato di persone.

Si dovrà in sede processuale, si immagina, procedere ad una ricostruzione degli spostamenti del soggetto infetto successivi all'abbandono del luogo di isolamento, onde distinguere la qualità e quantità degli incontri effettuati con persone terze, si badi, non per accertare l'effettiva diffusione dell'agente patogeno, ma la diffusività dello stesso per il comportamento posto in essere.

5.4. La riserva giurisdizionale in materia di libertà personale.

Se la illegittimità costituzionale del reato di cui all'art. 4, co. 6, del d.l. n. 19/2020 per mancato rispetto del principio della riserva di legge di cui all'art. 13 Cost. in ordine alla presupposta misura della quarantena è ipotizzabile, ogni incertezza svanisce allorché ci si ponga sul versante della riserva della giurisdizione rafforzata che richiede, come già accennato, che gli interventi in tema di limitazione della libertà personale siano posti dalla sola autorità giudiziaria, anche in convalida dell'operato di quella di pubblica sicurezza, con un provvedimento corredato da motivi, tale da poter essere confrontato con immediatezza alle leggi e censurato nelle competenti sedi giurisdizionali, certamente innanzi alla Corte Suprema di Cassazione per violazione di legge (art. 24, co. 2 e 111, co. 2, Cost.)⁵¹.

In effetti, per la misura limitativa della quarantena, alla cui violazione segue appunto la sanzione penale, non è previsto alcun atto motivato dell'autorità giudiziaria, né in via applicativa, né in via successiva in sede di convalida di un provvedimento emesso *aliunde*, meccanismo invero ampiamente adottato nel nostro ordinamento giuridico, basti pensare alle misure precautelari coercitive di cui agli artt. 380, 381 e 384, co. 1 e 2 c.p.p. (disposte dall'autorità di pubblica sicurezza e convalidate dal giudice precedente), al trattenimento dello straniero presso un centro di permanenza per i rimpatri *ex art.* 14 del d.lgs. n. 286/1998 (disposto dal Questore e convalidato dal giudice di pace), al trattamento sanitario obbligatorio (TSO) e all'accertamento sanitario obbligatorio (ASO) per i soggetti infermi di mente ai sensi degli artt. 1 e ss. della l. n. 180/1978 e 33 e ss. della l. n. 833/1978 (disposti dal Sindaco nella sua qualità di autorità sanitaria locale e convalidati dal giudice tutelare), istituti dai quali ben si sarebbe potuto attingere, magari con istruttoria e oneri motivazionali alquanto semplificati.

⁵¹ L. ARCIDIACONO-A.CARULLO-G.RIZZA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2001, p. 263; *Corte Cost.*, 18 marzo 1986, n. 54, in *www.giurcost.org*, 2020.

Da quanto sopra ne discende la sicura illegittimità del provvedimento di sottoposizione alla quarantena sotto questo profilo ⁵².

Appurato ciò, occorre però domandarsi se il provvedimento amministrativo violato dal privato (appunto la sottoposizione alla misura della quarantena) possa (*rectius* debba) essere oggetto di un sindacato di legittimità da parte del giudice con ovvie conseguenze sull'integrazione del reato.

Sul punto, se è pur vero che, a differenza della fattispecie penale 'ispiratrice' della presente (il più volte citato art. 260), la verifica di legittimità non è ricavabile espressamente dalla formulazione della disposizione incriminatrice, è altrettanto vero come la quasi integralità del pensiero dottrinale e giurisprudenziale ritiene che quando l'atto amministrativo concorre a determinare le norme di condotta penalmente rilevanti il giudice penale abbia il potere-dovere di sindacarne la legittimità alla luce degli artt. 2, 4 e 5 dell'all. e), della l. n. 2245/1865 (c.d. L.A.C.), 101, co. 2, Cost. ("*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*") e 4, co. 1, disp. prel. ("*I regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi*") ⁵³.

Ne consegue pertanto l'obbligo dell'autorità giudiziaria di procedere al sindacato di legittimità dell'atto amministrativo impositivo della quarantena che, presentando i profili di incostituzionalità testé evidenziati, non può che essere disapplicato, con impossibile integrazione del reato di cui all'art. 4, co. 6, del d.l. n. 19/2020.

Del pari, anche qualora si reputasse non indefettibile un provvedimento espresso e individuale di sottoposizione alla quarantena, con sufficienza del mero accertamento della positività al tampone, la misura restrittiva della libertà personale verrebbe ad identificarsi *tout court* con la prescrizione dell'isolamento domiciliare contenuta nella normazione primaria e in quella generale e astratta secondaria di cui al dpcm, comunque priva di ogni controllo dell'autorità giudiziaria.

Per tutte tali ragioni, la contravvenzione di recente introduzione è da ritenersi - allo stato e salvo auspicabili novità in corso d'opera - *inutiliter data* in quanto

⁵² Così anche G.L. GATTA, *I diritti fondamentali*, op. cit., p. 20 e ss.; F. FELICE-G.MARZIA, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in www.questionegiustizia.it, 2020; E. BRUNO, *D.p.c.m. e limitazioni della libertà personale e di circolazione: presidi a tutela della salute pubblica o misure abnormi che indeboliscono la democrazia?*, in www.diritto.it, 2020.

⁵³ Il controllo del giudice procede per vari gradi e livelli di ampiezza a seconda del tipo di fattispecie, incontrando il solo limite del merito amministrativo, inteso come valutazione delle regole di opportunità e di convenienza che l'Amministrazione ha ritenuto di osservare per la realizzazione dei fini ad essa affidati, potendo per il resto riguardare tutti i tipici vizi dell'atto amministrativo, compreso quindi l'eccesso di potere (sufficiente richiamare, in giurisprudenza, *Cass. pen., Sez. III, 16 marzo 2018, n. 18530*, in *CED Cass*; in dottrina, M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, 2000). All'esito della verifica, in caso di ravvisata illegittimità il giudice non potrà che disapplicarlo, con impossibile integrazione della fattispecie penale di volta in volta in rilievo.

costituzionalmente illegittima, restando la condotta di chi viola il regime di permanenza domiciliare inquadrabile solo sotto l'illecito amministrativo.

6. Considerazioni conclusive.

Premesso che ogni giudizio sull'operato del Governo sotto il profilo politico è estraneo alla presente e che si è già precisato che lo stretto lasso temporale in cui si è diffusa l'infezione da Sars-Cov-2 e la carenza di adeguate risorse abbia rappresentato un serio ostacolo a scelte pienamente consapevoli da parte delle autorità competenti, è tuttavia innegabile che ad una pandemia sanitaria sia seguita una infestazione normativa.

Soprattutto in previsione di una lunga fase di convivenza con il 'coronavirus' e di 'normalizzazione' della sua presenza occorrerebbe un'integrale revisione del sistema sanzionatorio, tanto amministrativo che penale, che miri, per un verso, ad una maggiore chiarezza dei suoi elementi costitutivi e ad una ridotta confliggenza con la nostra tradizione costituzionale e l'appartenenza del nostro Paese alle istituzioni sovranazionali di promozione dei diritti umani (magari prevedendosi una compiuta regolamentazione dei profili sostanziali e procedurali della quarantena); per altro verso, ad una maggiore deterrenza, con un più marcato trattamento sanzionatorio per quelle ipotesi di sicura offensività per il bene giuridico della salute pubblica.

Difatti, come visto, il rimedio principale dell'illecito amministrativo, pur dotato di speditezza ed utilità nell'azione di accertamento ed esecuzione, risulta pur sempre blando, mentre il reato contravvenzionale - anche in caso di resistenza costituzionale - risulta inidoneo a garantire il reale rispetto delle esigenze della collettività per l'impossibilità di procedere ad arresto in flagranza di reato e/o all'applicazione di misure cautelari personali⁵⁴.

Quest'ultimo richiamo ha anche una ragion d'essere nei riguardi dell'autorità giudiziaria (nel campo del penale) e dell'autorità di pubblica sicurezza (nell'ipotesi dell'illecito amministrativo) chiamata a differenziare la dosimetria della sanzione a seconda del grado di pericolosità della condotta posta in essere per la salute collettiva.

L'ipertrofia e la confusione normativa sono poi la cifra caratterizzante il settore della giustizia, ove la regolamentazione delle attività giudiziarie nei tribunali e nelle corti di Italia risulta sospinta da innegabili venti contrari, ora volti a rendere perseguibili i procedimenti in modalità da remoto pur con il sacrificio di alcune delle sue tradizionali forme, ora impegnati quasi a difendere la sacralità di alcuni dei suoi passaggi pur così destinandoli a sicuro differimento. In mezzo le esigenze di difesa della collettività e le garanzie degli accusati.

⁵⁴ Anche se con il passaggio alla cd. fase 2 e fase 3 dell'emergenza può non essere ultroneo, seppur in presumibili sporadici casi, il ricorso alle misure di prevenzione personali per "coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica" (art. 1, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 159/2011).

La configurabilità del reato di manovre speculative su merci (art. 501 bis c.p.) in relazione all'emergenza covid-19.

di Stefano TERLIZZI*

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** La fattispecie di reato dell'art. 501 bis comma 1. **3.** Idoneità della condotta a determinare la rarefazione o il rincaro sul mercato interno: l'accertamento del pericolo. **4.** La mancata tutela amministrativa. **5.** Conclusioni.

ABSTRACT: *The global pandemic for the COVID-19 virus has forced national governments to find effective measures to contain the spread of the virus. Among the measures to combat the spread is the one that made the protective mask mandatory, which reflected, on the economic and social level, that of bringing a disproportionate increase in the prices of such goods, in the face of a poor supply, with a marked speculative end. In this regard, the criminal justice system has dusted off a provision of the penal code which aims precisely to combat such speculative phenomena.*

1. Premessa.

L'11 marzo 2020, l'OMS, vista la diffusione del virus denominato Covid-19, si accingeva a dichiarare lo stato di pandemia globale. L'emergenza sanitaria è stata di pari passo accompagnata dalla diffusione delle condotte di chi, cavalcando lo stato di crisi per scopi di lucro, ha innalzato in misura più che esponenziale i prezzi di beni, nel frattempo divenuti, a causa della emergenza, beni di prima necessità, quali in particolare i dispositivi di protezione medico-sanitaria come le mascherine protettive.

È noto che l'ordinamento giuridico, quale prima misura a contrasto della diffusione del virus, ha imposto all'intera popolazione l'obbligo di indossare la mascherina protettiva, la quale quindi si è andata sostanzialmente definendosi bene di prima necessità per la popolazione.

L'aumento vertiginoso della domanda di tali beni, a fronte di una offerta impreparata all'emergenza, ha reso il terreno fertile per le condotte speculative

* Dottore in giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 l. 98/13 presso la Procura della Repubblica di Nocera Inferiore.

da parte di quei soggetti che hanno moltiplicato i prezzi allo scopo di incrementare i profitti.

Al diffondersi di questo fenomeno, l'ordinamento penale non si è fatto trovare impreparato, anzi la legislazione penale conteneva già una disposizione *ad hoc* per far fronte e sanzionare le condotte descritte. A tal proposito, si è rispolverato il reato di cui all'art 501 bis c.p. rubricato "manovre speculative su merci".

In particolare, gli uffici giudiziari insieme a tale obsoleta disposizione hanno rispolverato anche le relative problematiche applicative a cui si è cercato di individuare una soluzione conforme ai moderni canoni ed orientamenti di matrice costituzionale diversi con riferimento all'epoca di emanazione della disposizione. Tra le applicazioni concrete, inerenti all'emergenza COVID-19, vi è, deciso con il decreto di sequestro preventivo disposto in data 2.4.2020 dal GIP - Tribunale di Salerno – Dott. Scermino, che ha riguardato il sequestro probatorio di una partita di mascherine protettive offerte in vendita ad un prezzo quasi triplicato¹.

2. La fattispecie di reato dell'art. 501 bis comma 1.

La fattispecie contestata è l'art 501 bis c.p. rubricato "manovre speculative su merci", il quale recita:

"Fuori dei casi previsti dall'articolo precedente, chiunque, nell'esercizio di qualsiasi attività produttiva o commerciale, compie manovre speculative ovvero occulta, accaparra od incetta materie prime, generi alimentari di largo consumo o prodotti di prima necessità, in modo atto a determinarne la rarefazione o il rincaro sul mercato interno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 516 a euro 25.822.

Alla stessa pena soggiace chiunque, in presenza di fenomeni di rarefazione o rincaro sul mercato interno delle merci indicate nella prima parte del presente articolo e nell'esercizio delle medesime attività, ne sottrae all'utilizzazione o al consumo rilevanti quantità.

¹ La vicenda prende le mosse da un controllo operato dalla Guardia di Finanza nei confronti di un'attività commerciale a seguito della quale venivano rinvenute n. 78 mascherine FFP1, con valvola, con un prezzo pari a 10,00 euro cadauna e n. 179 mascherine modello 9310+GEN3, prive di valvola, con un prezzo pari a 5,00 euro cadauna.

Il Pubblico Ministero, una volta disposto il sequestro probatorio, inviava gli atti al Giudice per le indagini preliminari per la convalida e l'emissione di un decreto di sequestro preventivo di quanto rinvenuto, contestando all'amministratore della società controllata il reato di cui all'art. 501 bis comma 1 c.p. nei confronti del titolare dell'attività. Il GIP, esaminati gli atti, riteneva sussistente il *fumus commissi delicti* necessario per la misura reale e, pertanto, disponeva il sequestro preventivo.

L'autorità giudiziaria competente e, in caso di flagranza, anche gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria procedono al sequestro delle merci, osservando le norme sull'istruzione formale. L'autorità giudiziaria competente dispone la vendita coattiva immediata delle merci stesse nelle forme di cui all'articolo 625 (2) del codice di procedura penale.

La condanna importa l'interdizione dall'esercizio di attività commerciali o industriali per le quali sia richiesto uno speciale permesso o una speciale abilitazione, autorizzazione o licenza da parte dell'autorità e la pubblicazione della sentenza (3)."

La condotta tenuta dal titolare della società può essere astrattamente sussunta nella fattispecie prevista dal primo comma dell'art. 501 bis c.p. che incrimina il fatto di colui che compie manovre speculative in relazione a prodotti di prima necessità in modo atto a determinarne il rincaro sul mercato interno.

Sul piano sistematico, l'art. 501 bis c.p. è inserito nel gruppo di delitti previsti nel Titolo VIII, "dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio", dove vengono in rilievo i reati di cui agli artt. 499, 500, 501, 501 bis e 514.

Nel citato gruppo di disposizioni sono contenute fattispecie incriminatrici che mirano a salvaguardare alcuni presupposti fondamentali per il proficuo e corretto svolgimento dell'attività economica intesa nel suo più ampio significato, tralasciando riferimenti a specifiche attività produttive.

Questo titolo del codice predispose alcune disposizioni incriminatrici le quali, essendo formulate al fine di salvaguardare i presupposti fondamentali per lo sviluppo economico, si preoccupano di salvaguardare la libertà del mercato, intesa, quest'ultima, quale assenza di interferenze patologiche idonee ad alterare il fisiologico andamento degli scambi.

In quest'ambito si collocano i delitti previsti dal codice penale agli artt. 501 (aggiotaggio), 501 bis (manovre speculative su merci) e 514 (frodi contro le industrie nazionali).

Ai fini del presente esame viene in rilievo, come già anticipato, l'art. 501 bis c.p., il quale si prefigge l'ampio obiettivo della tutela della libertà del mercato.

Questa disposizione fu introdotta dall'art. 1 del D.L. 15 ottobre 1976, n. 704², convertito con la Legge n. 787 del 27 novembre del 1976, per porre un freno

² Cfr. Relazione alla Camera dei Deputati in Atti Camera, VII Legislatura stampato n. 605 e Relazione governativa al d.l. n. 704 del 1976: per le quali Con la legge di conversione n. 787 del 27/11/1976 è stato introdotto l'art. 501 bis il quale si presenta come un intervento a tutela dei consumatori in un momento storico contrassegnato da una congiuntura economico-finanziaria negativa che veniva inasprita dall'azione di operatori economici senza scrupoli che agivano con l'accaparramento di beni di largo consumo a fini speculatori e che non potevano essere sussunte

alle condotte speculative di alcuni operatori economici su beni di prima necessità a seguito della nota crisi energetica verificatasi negli anni '70.

Passando all'analisi della fattispecie, una particolare attenzione merita l'incipit della disposizione la quale si apre ponendo una clausola di riserva a favore del delitto di aggioaggio ex art. 501 c.p.; così facendo, il legislatore ha inteso sancire la funzione sussidiaria della fattispecie in esame, favorendo di fatto la riconduzione degli artt. 501 e 501 bis c.p. sotto il medesimo *nomen iuris* di "aggioaggio".

Quanto al soggetto attivo del reato, stando al dato testuale della disposizione, costui deve svolgere, anche di fatto ma con una certa stabilità e continuità, un'attività economica che sia agricola, industriale o di commercio³.

A tal proposito, si è posta la questione sul se si tratti di un reato proprio realizzabile solo con il possesso della qualifica formale di imprenditore o di un reato comune che richieda un semplice presupposto soggettivo di applicazione, cioè lo svolgimento di una attività produttiva.

In primo luogo, contrariamente all'opinione di parte della dottrina⁴, il reato in esame non può ritenersi integrato da parte di colui che esercita l'attività produttiva o commerciale solo in maniera occasionale, anche se caratterizzata dal fine di conseguire i profitti speculativi descritti dalla disposizione in esame; invece, avallando una diversa visione, di matrice sostanzialistica, della disposizione si eliminerebbe tacitamente, mediante una *interpretatio abrogans*, la precisazione, posta espressamente dal legislatore, secondo cui il fatto deve avvenire "nell'esercizio di qualsiasi attività produttiva o commerciale".

A conferma della qualifica di reato proprio, l'orientamento restrittivo ben si concilierebbe con il quarto comma dell'art 501 bis c.p. quando dispone tra le pene accessorie quella dell'interdizione dall'esercizio di attività commerciali o industriali per le quali sia richiesto uno speciale permesso o una speciale abilitazione, autorizzazione o licenza da parte dell'autorità.

A tale argomento si aggiunge, a sostegno di questa lettura, la ratio della punibilità della condotta descritta nel comma 2 dell'art. 501 bis c.p., il quale fa riferimento al comportamento di chi, in situazioni di rarefazione o rincaro del mercato, sottrae le merci indicate nel primo comma dello stesso articolo all'utilizzazione o al consumo. Nella ratio del legislatore è coerente la previsione

nelle condotte punite in base all'art. 501 c.p. per il difetto, nei casi concreti, del dolo specifico caratterizzato dal fine di turbare il mercato interno dei valori e delle merci.

³ Ritene che debba trattarsi di imprenditori A. DI AMATO, Diritto penale, p. 248

⁴ N. MAZZACUVA, in F. BRICOLA e V. ZAGREBELSKY, Giurisprudenza sistematica di diritto penale, parte speciale, vol. II, Torino, 1984, p. 789

del dovere di non sottrarre tali merci alla normale circolazione, posto dal secondo comma, con la qualifica soggettiva di chi, svolgendo stabilmente certe attività produttive o commerciali, può ingenerare anche di fatto nei consumatori un'aspettativa di lealtà. A fortiori, può dirsi che le condotte descritte dal 501 bis c.p., se commesse da un soggetto non rivestente la qualifica, potrebbero al più integrare la fattispecie comune di aggio prevista dall'art 501 c.p..

Con riferimento alla condotta tipica occorre distinguere le due fattispecie rispettivamente previste nel primo e secondo comma dell'art. 501 bis c.p.

Il primo comma prevede multiple condotte tipiche tra cui una più generale - il compimento di manovre speculative - e quelle più specifiche di occultamento, accaparramento, incetta di materie prime, generi alimentari di largo consumo o prodotti di prima necessità.

Per quanto riguarda la condotta di occultamento, accaparramento e incetta non si riscontrano particolari problemi esegetici in quanto i termini adoperati dal legislatore si riferiscono a condotte chiare e comprensibili secondo il significato sociale delle espressioni⁵.

Certamente più arduo risulta definire, conformemente al principio di tassatività, la nozione di "manovre speculative", dovendo comprendere tale espressione tutti quegli atti idonei a conseguire profitti superiori a quelli conseguibili mediante il fisiologico svolgimento dell'attività imprenditoriale in quel settore di mercato.

Ad una visione unitaria della disposizione, l'espressione "manovre speculative" può interpretarsi come previsione di chiusura al dichiarato scopo di estendere l'ambito applicativo della fattispecie ad una pluralità di comportamenti e prevenire eventuali vuoti di tutela.

Tuttavia, tale generica espressione tende a creare una zona di ambiguità ed incertezza nel confine tra lecito e illecito a causa della sua eccessiva indeterminatezza, i cui confini finiscono per dipendere, con tutte le conseguenze in tema di certezza del diritto e di determinatezza della fattispecie, dall'approccio dell'interprete.

Secondo un orientamento, tale formula si specifica nel compimento di operazioni sulle merci protette che, pur non integrando l'ipotesi di aggio, sono idonee

⁵ "Occultare" significa nascondere, eliminare temporaneamente dalla circolazione.

"Accaparrare" vuol dire acquisire la disponibilità di una quantità di beni superiore al bisogno consueto, dunque procacciare merci in quantità superiore al normale fabbisogno.

"Incettare" significa accaparrare sistematicamente, al fine di esaurire le fonti di approvvigionamento a proprio vantaggio.

a procurare un lucro dovuto ad un aumento dei prezzi non fisiologico perché non conforme alle leggi di mercato e alla prassi degli affari⁶.

Sul punto, dottrina e giurisprudenza sono concordi, al fine di evitare una implicita *interpretatio abrogans* della condotta de qua di cui al primo comma dell'art 501 bis c.p., nell'attribuire un autonomo significato al concetto di "manovre speculative", affermando che esse sarebbero da rintracciare in quelle operazioni temporalmente collocate nella fase finale dell'attività imprenditoriale, cioè la vendita dei beni ai singoli consumatori⁷.

In particolare, tra le rare pronunce della Suprema Corte in materia, può evidenziarsi una sentenza della Cassazione del 1989⁸ la quale afferma che ben "può integrare in astratto una manovra speculativa anche l'aumento ingiustificato dei prezzi causato da un singolo commerciante, profittando di particolari contingenze del mercato". Questa pronuncia consente di affermare che in linea teorica, unitamente agli esempi offerti da una parte della citata dottrina, ben possono integrare la fattispecie in esame non soltanto vaste operazioni articolate quali accordi di cartello, ma anche operazioni commerciali minori che però siano idonee a produrre un sensibile, ingiustificato e repentino aumento del prezzo di vendita di uno o più prodotti.

Quanto all'oggetto materiale della condotta la disposizione dell'art 501 bis c.p. fa riferimento alle materie prime, ai generi alimentari di largo consumo ed ai prodotti di prima necessità.

In uno dei rari contesti applicativi, una parte della giurisprudenza di legittimità ha tentato di includere tra queste categorie il bene "casa".

Questa tesi estensiva della punibilità è stata fortemente criticata in quanto è stato osservato che non può essere ricompreso nel concetto di merce un bene immobile perché la ratio della disposizione incriminatrice mira a contrastare fenomeni di speculazione sui beni di consumo e non su cose destinate a durare nel tempo; una simile tesi di tutela del bene "casa" finirebbe per avallare una

⁶ Parte della dottrina ha specificamente ricompreso in tale previsione una intesa di cartello tra una pluralità di operatori; un brusco aumento dei prezzi non giustificato da variazioni di costi di produzione; l'offerta dei beni con corrispettivi esorbitanti dalla prassi per innescare una spinta al rincaro.

⁷ Cfr. F. ANTOLISEI, Parte speciale, II, p. 163, secondo il quale sarebbe il segmento di condotta lasciato scoperto dalle altre tre condotte cui si è fatto cenno.

⁸ Cass., Sez. V, sent. 15.5.1989 – dep. 27.10.1989

interpretazione analogica vietata dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale e dall'art. 25,2° comma della Costituzione^{9 10}.

Pertanto, occorre verificare se tali dispositivi di protezione possano o meno includersi nella categoria aperta dei "prodotti di prima necessità", intesi quali generi non alimentari indispensabili alla vita quotidiana e non sostituibili con equipollenti prodotti.

Al quesito deve darsi certamente una risposta affermativa¹¹.

Tra le principali cause di contagio del predetto virus vi è quello dello scambio di goccioline respiratorie emesse da un individuo infetto e successivamente inalate da un soggetto sano.

Pertanto, il Governo, in aggiunta alla regola generale del distanziamento sociale, imponeva l'obbligatorietà dell'uso delle mascherine protettive con la funzione di barriera al diffondersi del virus.

Di conseguenza, proprio muovendo da tali considerazioni, il bene "mascherina protettiva"¹² deve ritenersi incluso a pieno titolo nella categoria aperta dei "beni di prima necessità" e perciò meritevole di una attenzione rafforzata.

Il legislatore, nonostante l'indispensabilità delle mascherine e la loro scarsità sul mercato a causa della pandemia in corso a livello mondiale, non è intervenuto,

⁹ F. ANTOLISEI Manuale di diritto penale parte speciale II, Giuffrè, Milano, 2008

¹⁰ Corte Cost. ord. n. 233 15/07/1983, la quale si è espressa sul punto, in tema di aggrottaggio immobiliare, su ricorso del Pretore di Roma che lamentava la lesione degli artt. 3, 41 e 42 della Costituzione per l'esclusione del bene casa dalla tutela della fattispecie in oggetto. La Corte, con l'ordinanza citata, ha rigettato la questione di costituzionalità perché un eventuale accoglimento della questione avrebbe avuto come conseguenza quella di creare una nuova disposizione incriminatrice o comunque di ampliare quella esistente, operazione però lesiva della riserva di legge in materia penale.

¹¹ Il governo con la delibera del 31 gennaio 2020 (pubblicata nella G.U. 1° febbraio 2020, n.26), in considerazione della dichiarazione di emergenza sanitaria internazionale a causa del COVID-19 dichiarata dall'OMS il 30 gennaio 2020, il governo ha dichiarato "lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili" per la durata di sei mesi, a causa della diffusione della patologia del virus.

¹² Esse si distinguono in due categorie: quelle chirurgiche, pensate per proteggere il paziente dalla contaminazione da parte degli operatori (medici, infermieri) negli ospedali e le FFP1, FFP2 e FFP3, pensate per proteggere gli operatori dalla contaminazione esterna e per questo qualificate DPI (Dispositivi di Protezione Individuale). Queste ultime possono essere con valvola (proteggono solo chi le indossa) e senza valvola (proteggono sia chi le indossa, sia gli altri).

in primis con il D.L. 17 marzo 2020, n. 18¹³, in maniera decisa con specifiche disposizioni in materia di produzione e distribuzione delle mascherine¹⁴.

Con riferimento all'elemento psicologico del reato in esame, il legislatore del 1976, rammentando le difficoltà applicative riscontrate nelle applicazioni del dolo specifico con l'art.501 in tema di aggotaggio, ha preferito accontentarsi del semplice dolo generico rappresentato oltre che dalla volontà di realizzare le condotte tipiche, dalla consapevolezza della idoneità delle stesse a determinare la rarefazione o il rincaro dei prezzi delle merci nel mercato interno (nell'ipotesi prevista dal primo comma) e dell'effettiva verifica di dette circostanze (nell'ipotesi prevista dal secondo comma).

Pertanto, tale dolo generico dovrà caratterizzare la condotta tipica non solo nella sua materialità ma anche nella sua idoneità a cagionare gli eventi prefigurati dalla disposizione, quale elemento delle fattispecie di pericolo.

Ne consegue che, considerata la difficoltà processuale di dimostrare una simile consapevolezza, non si potrà che trarre un ausilio dalle circostanze del fatto e dalle modalità della condotta, nonché da ogni riferimento rilevante al soggetto agente e al settore merceologico di riferimento.

3. Idoneità della condotta a determinare la rarefazione o il rincaro sul mercato interno: l'accertamento del pericolo.

Nell'analisi del vigente art 501 bis primo comma c.p., al fine di tracciare un perimetro applicativo più o meno preciso, si sono posti problemi esegetici, soprattutto in ordine alla natura del delitto nella parte in cui afferma che la condotta sia realizzata "in modo atto a determinare la rarefazione o il rincaro sul mercato interno".

L'interpretazione dell'espressione citata incide sulla stessa natura del delitto in esame: delitto di pericolo astratto o concreto?

¹³ D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (pubblicato nella G.U. 17 marzo 2020, n. 70, Edizione straordinaria), avente ad oggetto "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19".

¹⁴ Tra i pochi interventi sul punto può annoverarsi l'art. 15 del predetto Decreto, rubricato "Disposizioni straordinarie per la produzione di mascherine chirurgiche e dispositivi di protezione individuale", che, per tutta la durata dello stato di emergenza, consente di produrre, importare e immettere in commercio mascherine chirurgiche e dispositivi di protezione individuale in deroga alle vigenti disposizioni.

A ciò si aggiunga l'Ordinanza n. 11/2020 del Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19, Domenico Arcuri, che ha fissato i prezzi massimi di vendita al consumo delle sole mascherine chirurgiche, di conseguenza diventate quasi introvabili sul mercato.

Secondo una tesi interpretativa, la fattispecie prevista dal primo comma dell'art. 501bis, così come inserita nella legge di conversione¹⁵, sarebbe un reato di pericolo astratto, cioè la condotta deve presentare l'attitudine astratta a determinare la rarefazione o il rincaro delle merci nell'ambito territoriale del mercato interno¹⁶.

Pertanto, aderendo alla tesi che propugna la natura di reato di pericolo astratto, l'indagine andrebbe incentrata su di una valutazione, effettuata *ex ante*, basata sulle caratteristiche intrinseche della condotta, tralasciando tutte quelle circostanze concrete, idonee *ex post*, che hanno influenzato il verificarsi dell'evento.

Tale indirizzo porta con sé il vantaggio, come testimoniato nella *ratio legis* originaria, di evitare rilevanti difficoltà di accertamento dei fatti invece amplificate dalla tesi della natura di reato di pericolo concreto, la quale sconta la mancanza di un sicuro criterio di accertamento per verificare i potenziali effetti della condotta nella situazione concreta.

Una simile lettura della fattispecie è avallata dal fatto che la disposizione, almeno testualmente, si limita a richiedere che la condotta speculativa sulle merci sia caratterizzata dal fatto di essere commessa "in modo atto a determinarne il rincaro sul mercato interno", non richiedendo necessariamente l'accertamento concreto della effettiva lesione del bene giuridico tutelato dalla disposizione.

Perciò, secondo una parte della dottrina, la vigente formulazione andrebbe letta quale reato di pericolo astratto, così da rispettare l'intento legis di dare ampia e semplice applicazione alla fattispecie e così facendo reprimere prontamente i comportamenti vietati.

Tuttavia, però, altri autori, soprattutto seguendo la giurisprudenza costituzionale più recente, preferiscono riportare la disposizione nella categoria dei reati di pericolo concreto, richiedendo il necessario accertamento dell'idoneità della condotta a porre in pericolo il "mercato interno" quale dimensione economica collettiva dei consumatori, intesa in senso più o meno vasta.

La qualificazione in termini di reato di pericolo concreto comporterebbe quindi la necessità di un'indagine prognostica *ex ante*, in concreto, a base totale,

¹⁵ La fattispecie originaria prevista nel decreto-legge era configurata quale reato di evento ma in sede di conversione del decreto, presumibilmente per garantire una più facile e ampia applicazione e conseguentemente anticipare la soglia di tutela a favore del bene dell'economia pubblica, il legislatore preferì riformulare la fattispecie quale reato di pericolo.

¹⁶ cfr. Cass., Sez. VI penale, 15/05/1989 per cui l'espressione "mercato interno" testualmente riportata nell'art. 501 bis cp non esclude la rilevanza penale di condotte speculative insistenti su mercati locali che pur non interessando l'intero territorio nazionale siano idonei a mettere a repentaglio la pubblica economia.

considerando tutte le peculiarità del caso concreto che guardano al pericolo corso dal bene giuridico in modo effettivo e non meramente ipotetico¹⁷.

Inoltre, tenuto conto della natura emergenziale della disposizione, l'accertamento del pericolo concreto meglio si presterebbe alla selezione e alla valutazione, in un clima di crisi in cui la domanda supera di gran lunga l'esigua offerta del bene, delle condotte punibili e della loro idoneità a porre in pericolo il bene giuridico tutelato.

Come può evincersi dal provvedimento citato, emesso dal GIP di Salerno, e dall'orientamento quasi unanime degli altri uffici giudiziari, con riferimento alla fattispecie in esame se ne afferma la natura di reato di pericolo astratto, conformemente ai dettami statuiti dalla suprema corte nel 1989¹⁸ per cui, se in astratto una manovra speculativa su merci può essere integrata anche dall'aumento ingiustificato dei prezzi operato da un singolo commerciante "sfruttando le particolari contingenze del mercato", si precisa che "tuttavia, perché ciò si verifichi, è pur sempre necessario che tale condotta presenti la connotazione della pericolosità prevista dall'art. 501 bis c.p. nei confronti dell'andamento del mercato interno e, cioè, che essa, per le dimensioni dell'impresa, la notevole quantità delle merci e la possibile influenza sui comportamenti degli altri operatori del settore, possa tradursi in un rincaro dei prezzi generalizzato o, comunque, diffuso. Invero, la consumazione del reato richiede la sussistenza di comportamenti di portata sufficientemente ampia da integrare un serio pericolo per la situazione economica generale, con il rilievo che la locuzione "mercato interno", contenuta nella citata norma, rende certamente configurabile la fattispecie criminosa anche quando la manovra speculativa non si rifletta sul mercato nazionale, ma soltanto su di un "mercato locale", però il pericolo della realizzazione degli eventi dannosi deve riguardare una zona abbastanza ampia del territorio dello Stato, in modo da poter nuocere alla pubblica economia"(Cass. pen., Sez. 6, n. 14534 del 15/05/1989 - dep. 27/10/1989).

4. La mancata tutela amministrativa.

È utile notare che il Governo, a riprova delle difficoltà inerenti alla tutela penale, aveva predisposto una bozza di modifica al Codice del Consumo (D. Lgs. 206/2005), con il dichiarato fine di sanzionare espressamente, in via

¹⁷ Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, Manuale di Diritto Penale, Pg, VIII ed., Milano, Giuffré, 2019, p. 253

¹⁸ Cfr Cass. pen., Sez. 6, n. 14534 del 15/05/1989 - dep. 27/10/1989

amministrativa, condotte speculative connesse ad ingiustificati ed irragionevoli innalzamenti dei prezzi nella vendita di beni di prima necessità in relazione all'emergenza COVID-19¹⁹.

Infatti la bozza di modifica al Codice del consumo prevedeva l'inserimento, nel testo legislativo del Codice del Consumo, l'art. 26-bis, rubricato esattamente "Pratiche commerciali che profittano di situazioni di allarme sociale",²⁰ il quale avrebbe mirato proprio a contrastare queste spregiudicate condotte speculative su beni indispensabili in situazioni emergenziali.

Inoltre, il Garante per la sorveglianza sui prezzi, istituito presso il Ministro dello sviluppo economico il quale avrebbe avuto il compito, ove necessario, di formulare segnalazioni all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, anche al fine di sollecitare l'irrogazione delle sanzioni previste dall'art. 27 del Codice del Consumo.

Va, tuttavia, osservato che tale progetto di modifica, proprio nella parte in cui prevedeva l'introduzione di una specifica sanzione amministrativa per le condotte di "approfittamento di situazioni di allarme sociale" non è confluito nel testo definitivo del decreto.

Per il diritto vigente, resta in ogni caso, ai sensi dell'art. 27 comma 9 del Codice del Consumo, la competenza dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato per la vigilanza sulle "pratiche commerciali scorrette" e l'irrogazione delle relative sanzioni amministrative.

La circostanza è comunque significativa; infatti, il fatto che il legislatore abbia ritenuto necessario ipotizzare una modifica al Codice del Consumo, al dichiarato scopo di sanzionare specificamente le pratiche commerciali in caso di "approfittamento di situazioni di allarme sociale", aventi ad oggetto un ingiustificato ed esorbitante innalzamento dei prezzi per i beni di prima necessità in situazioni di emergenza, fa ritenere non applicabile alla fattispecie in esame la disposizione generale vigente sulle pratiche scorrette²¹.

¹⁹ In particolare, era stata prevista l'introduzione, all'interno del testo dell'art. 20 comma 4 D.lgs. 206/2005, della nuova lettera b)-bis, avente ad oggetto "pratiche commerciali che profittano di situazioni di allarme sociale".

²⁰ L'art. 26-bis, rubricato esattamente "Pratiche commerciali che profittano di situazioni di allarme sociale", si sarebbe articolato in un unico comma: "È considerata scorretta la pratica commerciale che, riguardando prodotti attinenti la salute, l'approvvigionamento di beni di primaria necessità e la sicurezza dei consumatori, profitta di situazioni di allarme sociale incrementando il prezzo di vendita in misura superiore al triplo del prezzo risultante dal listino o comunque praticato mediamente, riferito a 30 giorni prima della conclusione della compravendita".

²¹ Si intende far riferimento alla disposizione già vigente nel codice del consumo dell'art. 25, rubricato "Ricorso a molestie, coercizione o indebito condizionamento".

In conclusione, con riferimento all'ordinamento vigente, la sola misura introdotta in materia di prezzo al dettaglio per la vendita di mascherine e altri D.P.I. è da rintracciare nell'Ordinanza del Commissario straordinario per l'emergenza 9 aprile 2020²² la quale all'art. 1, rubricato "Disposizioni urgenti circa la vendita al dettaglio nelle farmacie di DPI", ha statuito che "la vendita al dettaglio anche di una sola unità di DPI senza imballaggi di riferimento deve prevedere un prezzo inferiore o pari all'importo previsto per la singola confezione diviso il numero dei DPI presenti nella medesima"²³.

5. Conclusioni.

In conclusione, è doveroso affermare che, in una simile situazione di emergenza, l'innalzamento irragionevole dei prezzi di vendita al pubblico di D.P.I. da parte di operatori commerciali è una condotta che astrattamente ben può integrare il delitto di cui all'art. 501 bis c.p..

Infatti, si tratta di una condotta che certamente può essere ricompresa nella nozione di "manovre speculative", aventi per oggetto "beni di prima necessità", posta in essere "nell'esercizio di un'attività commerciale".

In concreto, tuttavia, sarà necessario accertare se la condotta de qua, con riferimento ad indici quali le dimensioni dell'impresa, la notevole quantità delle merci vendute e della idoneità ad influenzare le condotte degli altri operatori del settore, possa tradursi in un rincaro generalizzato, quantomeno diffuso, dei prezzi nel settore specifico.

Pertanto, allorché la condotta, alla luce citati indici, si mostri quantomeno idonea ad influenzare il comportamento degli altri operatori sul mercato interno o locale, dunque capace mettere a repentaglio la pubblica economia potrà rientrare nel perimetro applicativo del delitto previsto dall'art. 501 bis, primo comma, c.p.

Pertanto, alla luce di quanto esposto, la configurazione del delitto de quo potrebbe essere esclusa in un'ipotesi in cui, come il caso di specie, l'azione sia posta in essere da un singolo e isolato operatore commerciale ed abbia ad

²² Cfr. Ordinanza 9 aprile 2020 del Commissario straordinario per l'emergenza (pubblicata nella G.U. n. 96 del 10 aprile 2020), avente ad oggetto "Disposizioni urgenti per la vendita al dettaglio di dispositivi di protezione individuale da parte delle Farmacie".

²³ Si può osservare come tale previsione, oltre a facultizzare il cd. "sconfezionamento" dei D.P.I., consentendo di conseguenza la commercializzazione anche di un singolo dispositivo proveniente da una confezione multipla, abbia inteso avere anche una funzione anti-speculativa, anche se minima, in quanto essa pone un divieto di cd "speculazione intrinseca", senza predisporre alcun limite alla cd "speculazione estrinseca" cioè non prevedendo alcun limite al prezzo massimo della confezione multipla.

oggetto un quantitativo di beni che, secondo un'analisi del settore, sia da definirsi di scarsa importanza, in quanto insuscettibile di influenzare il comportamento dei concorrenti e quindi di incidere in qualunque modo sul "mercato locale".

In conclusione, osservando la normativa vigente, potrebbe sostenersi che la vendita a prezzi ingiustificati D.P.I. e di altri beni di prima necessità collegati all'emergenza COVID-19 non integra, salvo ipotesi di manovre speculative realizzate su larga scala, il delitto di cui all'art. 501 bis, primo comma, c.p..

Quindi, considerato che la sanzione amministrativa ad hoc ipotizzata dal Governo non ha avuto seguito, ne consegue una pericolosa lacuna sanzionatoria con riferimento a tutte quelle condotte speculative che non si traducono in operazioni di vasta scala sul mercato.

Emergenza coronavirus: un'epidemia di provvedimenti il potere ordinatorio.

di Donato FORASTIERE*

SOMMARIO: **1.** Emergenza da COVID-19 e i provvedimenti di contrasto. **2.** Principio di legalità dell'azione amministrativa; il potere di ordinanza. **3.** Le ordinanze autorizzate e i profili di illegittimità. **4.** Strumenti di tutela previsti dall'ordinamento giuridico e ordinanze in conflitto. **5.** Conclusioni.

ABSTRACT: *The epidemiological emergency from COVID-19 has prompted the Italian government to intervene to counter the spread of the virus and contain the infections pending the vaccine or valid therapy. The Law Decree n. 6/2020 enabled the adoption of a plurality of measures by different authorities according to different contents and assumptions. This situation generated a considerable regulatory confusion, above all because of the conflicting relationship between the measures issued by the various authorities. Therefore, it is appropriate to clarify the nature of the authorized measures as well as their legitimacy, considered that the measures issued in cases of extreme necessity and urgency must also be subject to limits imposed by law to the administrative action; in particular, it is necessary to understand the application prerequisites of the extra-ordinem ordering power of the Public Administration, especially in this emergency. It is also useful to consider the protection tools required by the law against measures that illegitimately affect the personal freedom of citizens.*

1. Emergenza da covid-19 e i provvedimenti di contrasto.

A far data da gennaio 2020 la vita degli italiani veniva sconvolta a causa dell'emergenza epidemologica da COVID-19 nonché dei diversi provvedimenti succedutosi, volti a contrastare il diffondersi del coronavirus.

Invero, i provvedimenti emanati per contenere i contagi in attesa del vaccino ovvero di un'adeguata risposta terapeutica hanno ad oggetto la limitazione della libertà personale dei cittadini e la compressione di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione.

Peraltro, ad aggravare la situazione contribuisce il quadro normativo estremamente frammentario e disomogeneo che, in spregio al principio generale di certezza del diritto, non è capace di orientare in modo univoco e chiaro le scelte dei cittadini, aggravando la percezione di insicurezza e di precarietà.

Si badi come in uno stato di diritto come il nostro è di fondamentale importanza che il precetto normativo sia chiaro, di modo da consentire ai consociati di

* Avvocato del Foro di Matera, Dottore in Master Interateneo di Diritto Amministrativo

operare scelte consapevoli ed di autodeterminarsi in merito ad una condotta lecita o meno.

Ripercorrendo brevemente il quadro normativo in commento si possono distinguere due fasi.

Nella prima fase il Governo italiano, a far data dal 22 gennaio, adottava alcuni provvedimenti cautelativi¹ in ragione dell'emergenza di sanità pubblica di interesse internazionale segnalata prima dalla Cina e, in un secondo momento, confermata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità il 30 gennaio.

In particolare, si rammentano i provvedimenti emessi dal Ministro della Salute tra cui l'ordinanza del 31 gennaio recante i primi provvedimenti urgenti, la circolare del 1 febbraio che regolamentava la partenza ed il ritorno dalla Cina di studenti e docenti e, infine, l'ordinanza del 21 febbraio volta ad imporre la quarantena obbligatoria per coloro i quali avessero intrattenuto contatti stretti con le persone risultate positive.

Con un'ordinanza del 3 febbraio, inoltre, Angelo Borrelli, capo Dipartimento della Protezione civile, impartiva i primi provvedimenti logistici volti a contenere il diffondersi dell'epidemia tramite il distanziamento sociale e, in particolare, imponeva particolari prescrizioni nei luoghi di partenza ed arrivo di persone dall'estero quali porti ed aeroporti.

La situazione epidemiologica tuttavia iniziava a diventare sempre più critica in ragione della rapida diffusione del coronavirus e dell'aumento dei ricoveri per COVID-19 soprattutto nelle regioni del nord Italia.

Cosicché il 23 febbraio il Governo con il Decreto Legge n. 6/2020 prevedeva la possibilità di adottare misure volte al contenimento del diffondersi del virus da parte delle autorità competenti in materia di sicurezza pubblica.

Nello specifico, si prevedeva che le misure necessarie sarebbero state emanate con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri secondo una procedura che prevedeva il concerto del Ministro della Salute, del Ministro dell'interno, del Ministro della Difesa, del Ministro dell'Economia e della Finanza, di altri Ministri competenti ovvero dei Presidenti delle regioni interessate ovvero del Presidente della conferenza dei Presidenti delle regioni nel caso di provvedimenti che riguardassero tutto il territorio nazionale.

Peraltro, all'art 3, co. 2 del provvedimento suindicato si prevedeva la possibilità per le altre autorità competenti di adottare nei casi di estrema necessità e urgenza i provvedimenti all'uopo ritenuti più necessari nelle more dell'adozione dei decreti da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri.

La ratio della Decreto Legge in esame è quella di fornire copertura legislativa ad una serie di provvedimenti che dovranno contenere l'emergenza epidemiologica incidendo anche gravemente sulla libertà personale dei cittadini.

¹ www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo

I provvedimenti di contrasto espressamente richiamati sono giustificati dalla medesima ragione contenitiva e cautelativa, secondo una flessibilità che dia conto delle diverse circostanze concrete.

Dunque, si ammettono provvedimenti anche differenziati purché tutti intesi a contenere la diffusione del virus secondo un contenuto minimo previsto e disciplinato in linea generale del Decreto-Legge in commento.

Sicché i provvedimenti emessi devono ritenersi legittimi solo se coerenti con la ratio cautelativa e contenitiva del DL n. 6/2020, allorché non presentino tutele e garanzie per la salute e la sicurezza pubbliche inferiori a quelle previste bensì, semmai, più gravi.

Le tipologie di provvedimento richiamate sono essenzialmente due.

Da un lato, si prevede che i provvedimenti saranno adottati con regolamento governativo di attuazione al fine di assicurare l'applicazione e l'integrazione² del Decreto Legge suindicato, con forza innovativa, sebbene nel rispetto dei principi generali che delineano il quadro contenutistico minimo.

Le disposizioni di dettaglio dovrebbero attuare la politica governativa in materia di contenimento dell'emergenza su tutto il territorio nazionale, adattandosi con flessibilità alle diverse circostanze concrete suscettibili di mutare in ragione dei diversi territori interessati ovvero dei differenti periodi di tempo considerati.

Senonché, enunciando un criterio sussidiario, l'art 3, co. 2 prevede la possibilità per le altre autorità competenti di intervenire con il potere di ordinanza allorché la necessità e l'urgenza non consentissero di attendere l'intervento del Governo con lo strumento regolamentare.

Dunque, siffatta disposizione suggerisce i parametri e i presupposti di legittimità delle ordinanze emesse a valle.

Preliminarmente, i requisiti di estrema necessità e urgenza, alla stregua di una lettura sistematica, impongono di fare riferimento al pericolo imminente di un danno grave e irreparabile alla salute e alla sicurezza pubblica.

Questa evenienza giustifica l'adozione di provvedimenti tempestivi che non potrebbero essere adottati tramite DPCM attesa la natura complessa e lunga della procedura regolamentare disciplinata dal decreto Legge n. 6/2020 all'art 3, co. 1.

Questo criterio tuttavia suggerisce altri due presupposti impliciti.

Le ordinanze così adottate dalle altre autorità competenti devono essere coerenti con la ratio legislativa che impone il contenimento dell'emergenze epidemiologica.

Dunque, il potere trova espresso riconoscimento legislativo nella misura in cui è funzionale a garantire la pubblica incolumità favorendo il contenimento del coronavirus.

² R. GAROFOLI, *Compendio di Diritto Amministrativo*, VI edizione 2018-2019, nel diritto editore, pag. 31

Inoltre, atteso che non sarebbe necessario l'esperimento del potere di ordinanza allorché determinate situazioni fossero già adeguatamente tutelate e garantite dal regolamento governativo, deve assumersi che l'intervento ammesso è limitato ai casi in cui sia necessario adottare misure più gravi e stringenti di contenimento del virus.

Ne consegue che misure ordinarie dal carattere più mite e, dunque, meno stringenti non trovano espressa copertura legislativa dovendosi ritenere illegittime.

2. Il principio di legalità dell'azione amministrativa; il potere di ordinanza.

Alla stregua dei principi generali di matrice costituzionale nonché delle esposte previsioni contenute nella Legge sul Procedimento Amministrativo, i poteri della Pubblica Amministrazione sono legittimamente esercitati solo se e nella misura in cui siano previsti dalla legge.

Il principio di legalità invero viene declinato in due accezioni nel diritto amministrativo.

A tal proposito, il principio di legalità in senso formale (c.d. legalità-indirizzo)³ viene richiamato dall'art 1, co 1 L. n. 241/1990 laddove si prescrive che il potere della Pubblica Amministrazione è attribuito in ragione della tutela di un determinato interesse pubblico previsto dalla legge.

Dunque, specie in riferimento ai poteri d'imperio, la Pubblica Amministrazione non è investita in via permanente e generica del potere di agire, bensì è la legge che legittima l'esercizio del potere in ragione del perseguimento di un determinato interesse superindividuale.

Tuttavia, l'evoluzione dei principi, avuto riguardo anche alle norme di derivazione comunitaria, nonché un'interpretazione costituzionalmente orientata hanno imposto di garantire e salvaguardare altri interessi coinvolti dall'azione amministrativa.

In ossequio ai principi di solidarietà, uguaglianza e ragionevolezza (artt. 2 e 3 Cost.), dunque, si è ritenuto che l'azione amministrativa non fosse solo condizionata dal perseguimento di un determinato interesse pubblico, bensì fosse contenuta entro determinati limiti e condizioni così da garantire altri interessi tutelati dall'ordinamento.

In un'ottica maggiormente equilibrata in cui vengono temperati effettivamente tutti gli interessi che vengono in gioco, i soggetti coinvolti dall'azione amministrativa sono garantiti non solo dalla espressa previsione legislativa del potere ma, soprattutto, da limiti e condizioni che contengono la discrezionalità della Pubblica Amministrazione.

³ www.guidellegali.it/approfondimenti-in-amministrativo-procedimento-e-tutela/i-poteri-di-ordinanza-della-pubblica-amministrazione-6188.aspx

Pertanto, assume rilevanza il principio di legalità non solo nell'accezione formale bensì anche nell'accezione sostanziale in quanto è indispensabile che l'esercizio del potere amministrativo sia determinato anche nel contenuto e nelle modalità (c.d. legalità-garanzia), di guisa da garantire che l'*àgere* amministrativo incida negativamente nella sfera giuridica del destinatario nella misura in cui sia strettamente necessario alla realizzazione dell'interesse pubblico⁴.

Dunque, le garanzie previste dalla legge a sostegno di un'azione amministrativa legittima assumono particolare rilevanza allorché la situazione giuridica soggettiva del privato sia compressa od elisa.

I provvedimenti ablatori sono l'espressione più evidente di quanto precede considerato come la pubblica amministrazione privi il cittadino di un'*utilità* per esigenze di pubblico interesse.

M.S. Giannini preferiva descrivere in negativo i provvedimenti ablatori definendoli esattamente come espressione di un potere esattamente speculare rispetto al potere concessorio⁵.

La dottrina distingue tre tipi di provvedimenti ablatori a seconda che incidano su diritti reali, costituiscano obbligazioni ovvero limitino la libertà personale dei cittadini.

Avuto riguardo a quest'ultimi, i provvedimenti ablatori personali consistono in ordini che la Pubblica Amministrazione impartisce nei confronti dei cittadini vietando ovvero imponendo determinati comportamenti.

Nell'ambito dell'emergenze epidemiologica da COVID-19, invero, particolare rilevanza hanno assunto le ordinanze quale strumento di contenimento del virus in quanto autorizzate espressamente dall'art 3, co. 2 D.L. n. 6/2020.

Le ordinanze sono provvedimenti ablatori personali, dunque ordini di tipo prescrittivo⁶, con le quali le autorità competenti possono imporre determinate regole ai soggetti privati al fine di contenere l'epidemia in coerenza con le disposizioni legislative e regolamentari.

Il potere di ordinanza cui fa espressamente rinvio l'art 3, co. 2 del summenzionato Decreto Legge, in considerazione della forte incidenza negativa nella sfera giuridica dei destinatari, deve necessariamente essere circoscritto da determinate garanzie previste espressamente od implicitamente dalla legge, che ne legittimano l'esperimento in ragione dell'interesse pubblico perseguito.

Pertanto, devono ritenersi illegittime, poiché contrarie al dettato legale, le ordinanze che violino le garanzie legali che presidiano l'esercizio del potere di modo da contemperare l'interesse pubblico con le istanze individuali.

3. Le ordinanze autorizzate e i profili di illegittimità.

⁴ www.altalex.com/documents/news/2015/12/18/pubblica-amministrazione-poteri-impliciti-e-principio-legalita

⁵ F. G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, quinta edizione, G. Giappichelli editore, pag. 297

⁶ F.G. SCOCA, op. cit., pag. 296

Preliminarmente, tuttavia, occorre illustrare una differenza importante tra le ordinanze previste dalla legge al fine di verificare limiti e condizioni che presidiano il legittimo esercizio del potere ordinatorio, con particolare riferimento a quello previsto dal Decreto Legge n. 6/2020.

Le ordinanze previste dalla legge possono distinguersi in due macrocategorie. Da un lato, vi sono gli atti necessitati previsti dalla legge in ragione di determinate situazioni di pericolo tipizzate che impongono l'adozione di provvedimenti ablatori personali al fine di tutelare l'interesse generale minacciato.

Gli atti necessitati rispondono allo stato di necessità quale presupposto di liceità che interessa trasversalmente tutto l'ordinamento giuridico, inclusa la materia penale e civile.

Si vengono dunque a giustificare l'adozione di atti e comportamenti che normalmente sono contrari alle prescrizioni normative (*contra ius*) in presenza di situazioni eccezionali che impongono la tutela di altri interesse e valori presidiati dall'ordinamento giuridico.

Considerati gli effetti ablatori delle ordinanze necessitate, il principio di legalità in senso sostanziale assume particolare rilevanza quale presupposto di legittimità in considerazione delle garanzie predisposte dalla legge a fronte dell'esercizio di siffatto potere ordinatorio.

Invero, le ordinanze necessitate sono legittimamente assunte solo se in presenza della situazione di eccezionalità tipizzata dalla legge.

Peraltro, anche il contenuto del provvedimento è vincolato dalle espresse previsioni legislative.

Dunque, tali provvedimenti, sebbene siano fortemente lesivi delle istanze privatistiche, non si discostano dai principi propri dell'azione amministrativa in quanto sia i presupposti quanto il loro contenuto viene definito dalla norma attributiva del potere⁷.

Tuttavia, l'ordinamento prevede un altro strumento che sembra collidere con il principio di legalità sostanziale: le ordinanze contingibili e urgenti.

Le ordinanze contingibili e urgenti sono un strumento eccezionale e straordinario la cui applicazione ha carattere residuale rispetto ad ogni altro provvedimento espressamente disciplinato dalla legge.

Di fatti, i caratteri di tipicità ed nominatività - che costituiscono le principali garanzie delle istanze e degli interessi dei privati contro possibili abusi e arbitri della Pubblica Amministrazione - sono superati in favore di provvedimenti ablatori liberi in quanto a contenuto e presupposti.

Tuttavia, alla stregua della rilevanza costituzionale del principio di legalità, non può considerarsi completamente libero e scevro da qualsivoglia limite sostanziale il potere amministrativo *extra-ordinem* in commento.

⁷ R. GAROFOLI, *Compendio di Diritto di Diritto Amministrativo*, op. cit., pag. 46

Sarebbe paradossale in un stato di diritto come il nostro attribuire poteri illimitati a fronte di situazioni emergenziali, rischiando pertanto di recare alla collettività più danni che benefici.

Si consideri, peraltro, come le ordinanze *extra-ordinem* siano capaci di derogare anche disposizioni di legge pur di far fronte adeguatamente a situazioni di straordinaria necessità ed urgenza per tutta la durata della contingenza.

Pertanto, in coerenza con la giurisprudenza maggioritaria⁸, anche le ordinanze contingibili e urgenti sono delimitate da precisi limiti sostanziali ricavabili dall'ordinamento complessivamente considerato secondo una interpretazione costituzionalmente orientata, sicché siano assicurate anche in siffatte circostanze le garanzie minime che la legge prescrive relativamente ai poteri esercitati dalla Pubblica Amministrazione.

In particolare, si può citare l'obbligo motivazionale⁹ che specie in caso di ordinanze contingibili e urgenti impone una descrizione dettagliata dei presupposti emergenziali che giustificano l'adozione del provvedimento *extra-ordinem*.

Od ancora, si badi al principio di proporzionalità in virtù del quale la Pubblica Amministrazione deve assumere la soluzione più idonea e adeguata che comporti il minor sacrificio possibile per gli interessi dei cittadini destinatari del provvedimento ablatorio¹⁰.

Dunque, alla stregua del principio di legalità sostanziale le ordinanze contingibili e urgenti non possono violare i limiti essenziali cui l'ordinamento circoscrive l'azione amministrativa al fine di orientarla sempre nel senso dell'imparzialità e del buon andamento¹¹, sebbene si discosti dalle forme ordinarie di esercizio del potere amministrativo per via della sua portata eccezionale.

Alla stregua della coordinate appena descritte, procediamo ora ad analizzare il fenomeno ordinatorio durante il periodo di emergenza attuale dovuto alla diffusione del coronavirus.

L'art. 3, co. 2 D.L. n. 6/2020 indica espressamente che le misure di contenimento del virus previste dai commi 1 e 2 possono essere adottate dalle altre autorità competenti nei casi di estrema necessità ed urgenza allorché siano necessari interventi immediati e non si possa attendere l'adozione dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Peraltro, tale disposizione circoscrive il potere così attribuito alle altre autorità competenti prevedendo l'adozione esclusivamente di provvedimenti ablatori già previsti da disposizioni di legge cui si fa espresso rinvio.

Sudette misure contenitive, dunque, possono essere adottate alla stregua dei poteri riconosciuti dall'art 32 L. n. 833/1978, dall'art 117 D.Lgs. n. 112/1998 ovvero dall'art 50 D.Lgs. 267/2000.

⁸ R. GAROFOLI, *Compendio di Diritto di Diritto Amministrativo*, op. cit., pag. 47

⁹ TAR Ancona, Marche, sez I, 13 Novembre, 2012

¹⁰ Consiglio di Stato, Sez V, 12 giugno 2017 n. 2847

¹¹ Consiglio di Stato, Sez V, 26 maggio 2015, n. 2610

In particolare, le disposizioni cui si fa rinvio prevedono che in caso di emergenze sanitarie e di igiene pubblica il Ministro della Sanità, il Presidente della Giunta regionale ovvero il Sindaco possono emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente con efficacia estesa al territorio di rispettiva competenza.

Il rinvio esplicito operato dal D.L. 6/2020 non ha una funzione meramente ricognitiva di poteri già attribuiti dalla legge a codeste autorità.

Invero, si vuole creare un impianto normativo solido e stabile sicché venga attuato in modo coerente e razionale il principio di leale collaborazione tra i diversi enti, specie durante la situazione emergenziale senza precedenti rappresentata proprio dall'epidemia di coronavirus.

Dunque, la ratio della disposizione normativa è quella di porre dei limiti espressi al potere ordinatorio *extra-ordinem* che, normalmente, è contenuto soltanto entro limiti impliciti ricavabili dall'ordinamento complessivamente inteso.

Da un lato, pertanto, si riconosce espressamente il potere di ricorrere all'ordinanza contingibile e urgente in ragione della situazione di eccezionalità e di urgenza che impone una determinata flessibilità contenutistica; risulta impossibile invero contenere siffatto potere entro rigidi schemi che impediscono una risposta adeguata ad una situazione emergenziale imprevedibile e in continua evoluzione.

Dall'altro, invece, si circoscrivono presupposti e contenuto di tali ordinanze entro limiti più ristretti di quelli accordati originariamente dalle disposizioni cui si fa rinvio.

Invece, quanto ai presupposti, rileva non solo l'emergenza sanitaria e di igiene pubblica, bensì anche il criterio sussidiario enunciato dall'art 3, co. 2 D.L. 6/2020, ragion per cui l'intervento ad opera delle altre autorità è ammesso solo nei casi di estrema necessità ed urgenza in cui non si possa attendere l'adozione dei decreti Presidenziali ivi previsti.

In secondo luogo, quanti ai limiti contenutistici possiamo operare un'ulteriore distinzione.

La ratio del Decreto Legge circoscrive l'oggetto d'intervento.

Invero, le misure sono adottate "*allo scopo di evitare il diffondersi del COVID-19*" (art 1, co. 1)¹², giacché i provvedimenti ammessi devono necessariamente mirare al contenimento del virus non potendo fare riferimento ad altri scopi o obiettivi.

Peraltro, un'interpretazione sistematica delle disposizioni summenzionate permette anche di rilevare le caratteristiche qualitative che le ordinanze *extra-ordinem* suindicate devono presentare.

Il criterio di sussidiarietà enunciato espressamente dall'art. 3, co. 2 unitamente al vincolo di scopo impresso dalla legge postulano una situazione più grave di quella prevista e disciplinata dai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri,

¹² www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/23/20G00020/sg

cosicché risulti necessaria l'adozione tempestiva di provvedimenti ablatori personali dal contenuto più stringente e più ingerente.

Ne consegue che le ordinanze emesse in assenza dei presupposti di emergenza sopra enunciati nonché, peraltro, le ordinanze che non prescrivono disposizioni più severe per il contenimento del virus sono da ritenersi illegittime integrando il relativo vizio di annullabilità.

Attualmente si registrano diversi esempi di illegittimo esercizio del potere ordinatorio sin qui esaminato, tesi ad anticipare gli effetti della c.d. fase due dell'emergenza.

Nel caso di specie, particolare dubbi hanno sollevato le diverse ordinanze regionali con cui si consente a bar e ristoranti di riaprire secondo disposizioni in palese contrasto con le direttive nazionali previste dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Orbene, tali ordinanze sono illegittime per violazione di legge in ossequio alle condizioni e ai requisiti innanzi illustrati.

Preliminarmente, tali ordinanze non sono giustificate dai presupposti espressamente richiamati dall'art 3, co. 2 D.L. n. 6/2020, atteso che non si registra un peggioramento della situazione epidemiologica tale da imporre la tempestiva adozione di misure straordinarie ed urgenti.

Ma soprattutto, le ordinanze sono illegittime in ragione del loro contenuto se solo si considera che, alla stregua delle coordinate ermeneutiche sopra esposte, le uniche ordinanze ammesse devono mirare all'adozione di misure contenitive e cautelative di modo da prevenire il diffondersi del virus secondo un contenuto prescrittivo più severo.

Invero, le ordinanze emesse non rispondono ad una situazione di estrema necessità ed urgenza che non sia già contemplata dai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ricorrendo invece un miglioramento complessivo della situazione epidemiologica nonché una riduzione dei contagi e dei ricoveri.

Inoltre, le ordinanze non hanno ad oggetto misure contenitive più gravi, bensì prescrivono misure cautelative meno gravi consentendo la riapertura anticipata di bar e ristoranti.

I limiti contenutistici così elisi sono di due generi.

Le ordinanze ammesse, dunque, possono avere soltanto un contenuto ablatorio venendo a privare i destinatari di determinate *utilitas* di cui sono titolari e non anche un contenuto abilitativo-permissivo.

Peraltro, il contenuto deve necessariamente essere peggiorativo alla stregua di quanto sancisce la norma attributiva del potere ivi invocato dalle predette autorità, non potendosi prevedere misure contenitive più miti e meno invasive.

4. Strumenti di tutela previsti dall'ordinamento giuridico e ordinanze in conflitto.

Alla stregua dei profili di illegittimità di suddette ordinanze, osservato anche il carattere eccezionale e privo di precedenti sul panorama giuridico, ci si interroga

anche sullo strumenti di tutela più appropriati per invalidare le ordinanze illegittime.

Secondo un primo orientamento, le ordinanze cotingibili e urgenti in contrasto con le disposizioni governative integrano un conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato ed quelli attribuiti alle regioni, sicché si rende necessario procedere dinanzi la Corte Costituzionale ai sensi dell'art 134 Cost. secondo la procedura disciplinata dall' art 39 L. n. 87/1953.

Tuttavia, codesta strumento non risulta conferente rispetto alla fattispecie concreta innanzi descritta.

Di fatti, l'ordine e la sicurezza pubblica, declinate più specificamente nelle ragioni di igiene e sanità pubblica, rappresentano una materia trasversale che investe le competenze sia dello Stato sia delle Regioni secondo determinate forme di coordinamento disciplinate dalla legge statale, ai sensi del combinato disposti di cui agli artt 117, co.2, lett *h*) e 118, co. 3 Cost.

Pertanto, le ordinanze della Regione non invadono la sfera di competenza assegnata dalla Costituzione esclusivamente allo Stato, bensì violano i requisiti di legittimità imposti dalla legge statale di coordinamento rappresentata dal D.L. n. 6/2020 e dalla relativa legge di conversione.

Ragione per cui la illegittimità delle ordinanze deve essere fatta valere in via giurisdizionale dinanzi al TAR con ricorso proposto dal Governo contro la Regione¹³ atteso che l'interesse pubblico perseguito dall'ente ricorrente è minato dalla condotta illegittima dell'ente resistente.

Il radicamento poi della giurisdizione amministrativa è giustificato dal fatto che l'assenza dei presupposti previsti dalla legge ovvero la violazione dei limiti sostanziali dalla stessa imposti non integra una carenza di potere in astratto, cosicché possa parlarsi di nullità radicale del provvedimento e di giurisdizione del giudice ordinario¹⁴.

Nel caso di specie, le ordinanze illegittime rispettano il principio di legalità inteso in senso formale atteso che il Decreto Legge attribuisce alle altre autorità competenti il relativo potere in ragione della necessità di contenere i contagi e contrastare il diffondersi dell'epidemia, ma ciononostante non vengono rispettate le garanzie previste espressamente dalla legge in quanto a presupposti e vincoli contenutistici.

Ne consegue che le ordinanze di cui sopra violano i parametri normativi di cui al D.L. n. 6/2020 sicché il vizio di illegittimità deve farsi valere con azione di annullamento dinanzi al Giudice Amministrativo.

Altro problema che emerge in relazione ai diversi provvedimenti intervenuti a contenere l'emergenza epidemiologica riguarda il contenuto conflittuale di diverse ordinanze.

¹³ A. TRAVI, *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, undicesima edizione, G. Giappichelli editore, pag. 66

¹⁴ R. GAROFOLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, manuali brevi d'autore, III edizione 2017, nel diritto editore, pag.39

Di fatti, al di là delle ordinanze in contrasto con i dettami di legge, si registrano anche ordinanze in conflitto tra loro benché siano riferite ad ambiti territoriali coincidenti.

In particolare, si discute delle ordinanze emesse dal Sindaco in contrasto con le ordinanze emesse dal Presidente della Giunta regionale, giacché i cittadini del comune si chiedono quale sia la norma da osservare.

Astrattamente, entrambi gli enti sono competenti ad emanare ordinanze contingibili e urgenti con un ambito d'applicazione che coincide in riferimento al territorio comunale.

Preliminarmente, bisogna considerare come la questioni postuli necessariamente la legittimità delle ordinanze in conflitto ovvero la loro coerenza con la norma di legge attributiva del potere.

Poiché, in caso contrario, entrambe le ordinanze sarebbe illegittime ovvero verrebbe a prevalere l'ordinanza legittima sull'ordinanza illegittima.

Qualora le ordinanze sono entrambe legittime bisogna capire che tipo di relazione sussiste tra i diversi provvedimenti amministrativi di tipo ablatorio.

Nell'ordinamento non sussiste un vincolo espresso di coerenza del provvedimento emanato dall'autorità inferiore rispetto al provvedimento emanato dall'ente territoriale superiore, considerato che il principio di legalità subordina la legittimità all'osservanza delle disposizioni di legge e non anche ad altri provvedimenti amministrativi.

Tuttavia, è necessario interpretare la questione alla luce dei limiti sostanziali imposti dall'ordinamento giuridico complessivamente considerato che guidano il corretto esercizio del potere pubblico evitando che vi sia uno sviamento dalla causa tipica.

Di talché occorre operare una valutazione caso per caso che badi alla natura del provvedimento nonché alla ratio della norma attributiva del potere.

Le ordinanze contingibili e urgenti, di fatti, sono soggette a determinati limiti sostanziali che si identificano in principi e valori costituzionali che guidano l'azione amministrativa tra i quali, in codesta circostanza, particolare rilevanza assume il principio di leale collaborazione e di ragionevolezza.

Pertanto, l'ordinanza contingibile e urgente emanata dal comune è legittima se, attesa la funzione cautelativa e contenitiva di suddetti provvedimenti ablatori, risponde ad esigenze specifiche del territorio comunale che impongono provvedimenti più severi.

In caso contrario, l'ordinanza presenterebbe un contenuto illogico e irragionevole ragione per cui potrebbe ipotizzarsi un eccesso di potere alla stregua di indici sintomatici pacificamente condivisi dalla giurisprudenza.

Dunque, l'ordinanza dell'ente territoriale superiore non può fungere da presupposto di legittimità attesa la sua natura di provvedimento amministrativo e in assenza di una norma di legge che ne disciplina espressamente forme di coordinamento.

Ciononostante, il provvedimento può fungere da parametro interposto di legittimità, laddove la sua elisione evidenzia una manifesta irragionevolezza o illogicità, in considerazione di limiti sostanziali precipuamente previsti dalla Costituzione, tra i quali grande rilievo assumono il principio di leale collaborazione e di eguaglianza sostanziale che impongono un coordinamento tra gli enti locali secondo provvedimenti che ammettono contenuti divergenti purché giustificati da diversi presupposti e specifiche esigenze cautelative.

Pertanto, i cittadini dovranno ottemperare alle prescrizioni imposte dall'ente territoriale più vicino ai loro interessi in quanto si presume che il loro contenuto sia contenuto più adeguato alle esigenze del territorio considerato.

Tuttavia, non si esclude che tale decisione sia illegittima alle stregua delle coordinate ermeneutiche di cui sopra, giacché la previsione differenziata si discosti irragionevolmente dalle previsioni dell'ente territoriale superiore, elidendo peraltro i criteri generali di distribuzione delle funzioni amministrative di cui all'art 118, co. 1 Cost.

5. Conclusioni.

Alla stregua di quanto innanzi rappresentato deve ritenersi come la complessa situazione normativa e provvedimentale in epoca di emergenza epidemiologica da COVID-19 sia da interpretare in ragione dei principi e dei limiti generali posti dall'ordinamento a fronte del legittimo esercizio dell'azione amministrativa.

Particolare rilievo assume il principio di legalità in senso sostanziale che permette di arginare e contenere il potere *extra-ordinem* della pubblica amministrazione anche laddove non siano indicati espressamente condizioni, presupposti e modalità.

In tale evenienza emergenziale risulta di fondamentale importanza che i diversi livelli territoriali di governo collaborino tra loro al fine di garantire una graduale ripresa delle attività economiche cercando di non compromettere l'incolumità dei cittadini che, mai come oggi, rappresenta il principale interesse cui dovrebbe essere informato ogni provvedimento della Pubblica Amministrazione, compresi quelli di carattere permissivo-autorizzatorio.

La rilevanza gius-pubblicistica del concetto di emergenza tra democrazia protetta e decretazione d'urgenza.

di Alessandro FRICANO*

SOMMARIO: **1.** Dallo stato di diritto allo stato di emergenza? **2.** Teoria e prassi di un concetto in evoluzione. **3.** *L'emergency clause*: quale copertura costituzionale? **4.** Il sistema delle fonti alla prova del coronavirus. **5.** La gestione dell'emergenza alla luce dell'art.78 Cost., più che una semplice tentazione. **6.** Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: *The contribution aims to analyze the state of emergency and its evolution in constitutional theories. Until what point can fundamental freedoms recede for national security? Only a complex checks and balance system, capable of limiting the sovereign, can guarantee the rule of law. The absence of an explicit emergency clause in the Constitution does not prevent the execution of extra-order measures that allow for prompt intervention in emergency situations. The emergency of COVID-19 revealed the state of suffering of the Italian system of sources.*

1. Dallo stato di diritto allo stato di emergenza?

Lo stato di emergenza ha attraversato in maniera trasversale tutto il pensiero giuridico occidentale. Si pensi ad esempio allo *stato di assedio*, e a come abbia lambito tanto le categorie costituzionali, quanto la disciplina amministrativa. Gli stessi concetti di necessità e urgenza risalgono alle origini del diritto. Si pensi al celebre brocardo latino «*necessitas non habet legem*»¹. Come ha ricordato recentemente Cassese², la Costituzione italiana fa ricorso cinque volte alla parola

* Dottore in Giurisprudenza LUMSA (Palermo).

¹ Dello stesso avviso è Publilio Siro, autore latino del I secolo a.C., che nelle sue *Sententiae* scriverà: «*Necessitas dat legem, non ipsa accipit*». All'interno dei *Decretales* di Papa Gregorio IX si colloca invece, un frammento attribuito a Beda il Venerabile: «*Quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum*» così MULLER W.P., SOMMAR M.E. (a cura di), *Medieval Church Law and the Origins of the Western Legal Tradition: A Tribute to Kenneth Pennington*, The Catholic University of America Press, Washington D.C., 2006, p.302.

² «La Costituzione italiana non prevede lo stato di necessità. Adopera solo due volte la parola eccezione (articoli 13 e 81), una volta la parola necessità (articolo 13), cinque volte la parola urgenza (articoli 13, 21, 72, 73, 77). Mai la parola emergenza» così S. CASSESE, *Lo stress test del virus sulla democrazia parlamentare: esiti*, in *Il Foglio*, 13 marzo 2020.

urgenza (artt. 13, 21, 72, 73, 77 Cost.), e soltanto due volte al termine *necessità* (artt.13, 77 Cost.). Non farà mai menzione della parola *emergenza*. Il 30 gennaio l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato l'epidemia di Coronavirus, esplosa a Wuhan nella provincia cinese dell'Hubei, "emergenza internazionale di salute pubblica". L'11 marzo 2020 il direttore generale dell'OMS Tedros Adhanom Ghebreyesus ha qualificato il COVID-19 come una pandemia. A seguire, il 13 marzo l'OMS dichiara l'Europa il nuovo epicentro della pandemia. In un ordinamento democratico come quello italiano, la risoluzione costituzionale dell'emergenza COVID-19 presenta profili di gran lunga differenti rispetto alle misure fortemente repressive attuate in sistemi politici totalitari. Le cornici democratiche condizionano inevitabilmente le risposte dell'ordinamento. Uno Stato costituzionale è tale soltanto in presenza di un complesso sistema di *checks and balance* capace di limitare il sovrano. Se lo stato d'eccezione mira al controllo, lo stato di diritto ambisce al governo. Solo così si comprende la netta distinzione tra *pieni poteri e poteri necessari*. Non sono irrilevanti, né per numero né per oggetto, le libertà costituzionali gravemente compromesse dinanzi alle imperative esigenze di sicurezza nazionale. Si pensi ad esempio alla libertà di circolazione (art. 16) e di riunione (art.17) o alle libertà religiose (art. 19) e di iniziativa economica (art.41). Nei primi due casi, è la stessa Carta costituzionale a giustificare l'adozione di misure profondamente restrittive per comprovati motivi di sanità ed incolumità pubblica. Ciascuna di queste libertà non può non essere letta in combinato disposto con l'art. 32 Cost. secondo cui "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività". Il secondo comma risulta essere ancor più dirimente, indicando come limite invalicabile "il rispetto della persona umana". Il rispetto della dignità dell'uomo è il punto nevralgico che costituisce al contempo sia la giustificazione dei provvedimenti necessari ed urgenti, sia il limite ultimo dinanzi al quale si flette la coercizione statale. Ben altro giudizio merita la compressione delle libertà religiose di cui all'art. 19 Cost., ove non si ravvisa alcuna clausola restrittiva in ordine alle motivazioni di pubblica sicurezza precedentemente adottate. Ci si riferisce invece ad un più blando limite ai "riti contrari al buon costume", ipotesi da manuale che tuttavia mal si adegua ad una compressione assoluta della libertà di culto, protratta per mesi e anche nei giorni festivi. Una negazione pertinace che ha escluso categoricamente la partecipazione dei fedeli alle funzioni religiose, non estendendo le misure di distanziamento sociale e di igienizzazione previste invece per i centri di distribuzione alimentare e di beni di prima necessità, e non considerando le dimensioni spesso ampie dei luoghi di

culto. Un precedente inquietante, malgrado il silenzio di molti, che non trova corrispettivo neppure nell'anticlericalismo liberale di fine ottocento. Da una prima lettura delle norme aventi ad oggetto le libertà compromesse, si rileva che l'assenza (voluta) di una specifica disposizione costituzionale in materia di stato d'eccezione non esclude l'adozione di provvedimenti necessari e urgenti qualora si dovessero configurare ragioni sanitarie o di pubblica sicurezza. Risulta pertanto inevitabile operare, in ossequio ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, un bilanciamento tra beni costituzionalmente protetti, in cui a prevalere è la vita quale bene giuridico assoluto.

2. Teoria e prassi di un concetto in evoluzione.

Si presterà una scarsa attenzione allo studio dell'emergenza nella riflessione costituzionale di età repubblicana. Sarà la dottrina penalistica più accorta a subire la fascinazione di quella dialettica tra sicurezza e libertà, a cui vanno ricondotte le stesse teorie sull'ordine pubblico. Fu il grande giurista palermitano Santi Romano a riconsiderare l'*emergenza* secondo canoni interpretativi moderni. Con il suo contributo³ Santi Romano ha introdotto, e problematizzato, un tema quasi del tutto dimenticato dalla pubblicistica post-costituzionale, fino alle attuali vicende legate al COVID-19. «*Nulla si crea, nulla si distrugge, tutto si trasforma*» scrisse Antoine-Laurent de Lavoisier nel suo celebre paradigma scientifico. Allo stesso modo il diritto pubblico contemporaneo sta riscoprendo una categoria giuridica che sembrava relegata ad un passato lontano (e talvolta drammatico), quasi un monile di archeologia costituzionale⁴. Nella sua ricostruzione, l'Autore giustifica la decretazione d'urgenza successiva al terremoto di Messina del 28 dicembre 1908 - evento che sconvolse le coscienze del XX secolo - elaborando una teoria dell'emergenza⁵ in cui questa figura come fonte del diritto⁶. Il terzo Governo Giolitti dovette infatti adottare misure

³ Cfr. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, n. 1/1909, pp. 251 ss.

⁴ Già Oreste Ranelletti riteneva che in assenza di una specifica clausola il potere emergenziale trovasse fondamento giuridico nell'esigenza di autoconservazione dell'ordinamento v. O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, 1904.

⁵ Si rinvia a A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, 1980.

⁶ «la necessità di cui ci occupiamo deve concepirsi come una condizione di cose che [...] non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite. Ma se essa non ha legge, fa legge, come dice un'altra espressione usuale; il che vuol dire che costituisce essa medesima una vera e propria

emergenziali in deroga alla legge per far fronte agli eventi calamitosi che colpirono i comuni di Messina e Reggio Calabria. I provvedimenti trovarono copertura legislativa solo con la legge 12 gennaio del 1909, che agli artt. 6 e 14 conferivano poteri straordinari all'esecutivo. Nella prospettiva romaniana lo stato d'eccezione costituiva la garanzia per la sopravvivenza dell'ordinamento stesso. «Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione»⁷ ebbe a dire in un suo celebre saggio Carl Schmitt, teorico assoluto dell'emergenza costituzionale. Il contributo di Schmitt eleverà lo stato d'eccezione a categoria propria e permanente della dottrina generale dello Stato, dinanzi alla cui sopravvivenza cede qualsiasi libertà. Riemergerebbe con vigore il principio di ciceroniana memoria: *Salus rei publicae suprema lex esto*. Un avanzamento significativo nello studio dello stato d'eccezione si deve al contributo scientifico di Carlo Esposito⁸. Ispirandosi allo statualismo tedesco, Esposito tenterà di fondare l'adozione di provvedimenti emergenziali sull'art. 77 della Costituzione⁹. Meno drastica la posizione di Costantino Mortati in Assemblea costituente. Come è noto, nella visione mortatiana il tema della sospensione della Carta costituzionale viene ricondotto alla costituzione materiale¹⁰. L'emergenza non è qui intesa come fonte, ma come necessità per assicurare l'integrità istituzionale dello Stato¹¹. Lo strumento deputato per far fronte ad eventi atipici è dunque un atto che ha la veste giuridica del decreto-legge, ma che non può derogare le norme costituzionali.¹² Gli esiti drammatici della Repubblica di Weimar, che nella sua Costituzione prevedeva una specifica disciplina dell'emergenza, spiega la cautela dei costituenti nell'introdurre in forma esplicita analoghe fattispecie¹³. Il secondo comma dell'art. 48 della Costituzione di Weimar disponeva la facoltà, in capo al presidente di «prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della

fonte di diritto» scrive S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, cit., p. 254.

⁷ Concetto ben argomentato in C. SCHMITT, *Politische Theologie*, 1922.

⁸ Per ulteriori disamine si rinvia a C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958.

⁹ Cfr. G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura* in *Rivista di Diritto Costituzionale – Gruppo di Pisa*, 2003.

¹⁰ Sul pensiero di Mortati in tema di emergenza, v. inoltre G. DE VERGOTTINI, *Necessità, costituzione materiale e disciplina dell'emergenza. In margine al pensiero di Costantino Mortati*, in *Dir. e soc.*, 1994, p. 217 ss.

¹¹ "l'esigenza fondamentale che presiede allo Stato è la conservazione di sé stesso, nonché la soddisfazione dei fini istituzionali i quali lo sorreggono" cit. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1975).

¹² Cfr. V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 23 marzo 2020, fasc. 1.

¹³ Sul punto C. MORTATI, *La Costituzione di Weimar*, Giuffrè, Milano, 2019.

sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata», consentendo altresì la sospensione di talune libertà fondamentali. Previsione nefasta, e tragicamente nota, che comportò l'avvento del Terzo Reich. Negli anni immediatamente successivi alla Liberazione, lo spettro di una eventuale deriva autoritaria costituì, lungo tutti i lavori preparatori, il fondamento delle ragioni storico-pratiche di questa scelta¹⁴. In realtà, il silenzio della Costituzione sullo stato d'emergenza è un silenzio del tutto apparente. «La Costituzione – asseriva Calamandrei – deve essere presbite, deve vedere lontano, non essere miope»¹⁵. Se ne deduce che la costituzionalizzazione dell'emergenza avrebbe inficiato l'elasticità propria dei principi costituzionali. Rispetto a disposizioni di ben altro rango, la norma costituzionale tende ad una longevità superiore, che guarda oltre la straordinarietà del tempo. Non sono poche le difficoltà riscontrate nello stabilire cosa possa definirsi emergenza e cosa no. Trattasi di una operazione assai complessa. A rendere il percorso ermeneutico ancora più accidentato è la compresenza di due elementi: provvisorietà e atipicità. L'emergenza costituzionale può coinvolgere una pluralità di situazioni, la cui eterogeneità impedisce qualsiasi categorizzazione tassativa¹⁶. Lo stato d'eccezione non può fungere da ombrello per le ipotesi emergenziali più disparate, e sarebbe altrettanto impossibile ricondurle ad un'unica fattispecie normativa. Problemi diversi richiedono interventi legislativi differenti, a una gradazione variabile. Altra questione capitale verte invece l'assoluta indeterminatezza dello stato di necessità. Il suo riconoscimento non sempre dipende da realtà fattuali, ma si determina di volta in volta. Si pensi all'attuale emergenza COVID-19, in cui talvolta gli stessi orientamenti scientifici risultavano tra loro contraddittori. Non si tratta ovviamente di negligenza, ma dell'insufficienza del dato empirico

¹⁴ Cfr. CHERCHI B., *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea costituente*, in Riv. Trim. Dir. Pubblico, 1981.

¹⁵ Secondo il Padre costituente: «è un errore formulare gli articoli della Costituzione con lo sguardo fisso agli eventi vicini, agli eventi appassionanti, alle amarezze, agli urti, alle preoccupazioni elettorali dell'immediato avvenire, in mezzo alle quali molti dei componenti di questa Assemblea vivono. La Costituzione deve essere presbite, deve vedere lontano, non essere miope» v. P. CALAMANDREI, *Opere Giuridiche. Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa*, vol. X, Roma, 2019, p.496.

¹⁶ Si possono portare ad esempio le considerazioni dell'on. MORTATI, in *Atti parlamentari della Camera dei Deputati – Volumi dei lavori della Assemblea Costituente*, vol. VIII, seduta di venerdì 17 ottobre 1947, p. 1303: «Osservo anche che proporsi di disciplinare il caso di necessità è intrinsecamente contraddittorio, come è stato di altri osservato, perché la necessità per sua natura, potendosi presentare negli aspetti più diversi ed imprevedibili, non può mai essere racchiusa nelle maglie di una regolamentazione che esaurisca tutti i possibili casi».

dinanzi ad una epidemia del tutto nuova. Che si tratti di fattori scientifici o di altra natura, a qualificare l'emergenza sono sempre criteri metagiuridici. E' dunque una fattispecie dai contorni evanescenti. **Per tali ragioni lo stato di necessità non può essere considerato fonte del diritto.**

3. L'*emergency clause* : quale copertura costituzionale?

Può la Costituzione, per sopravvivere, negare se stessa?¹⁷ Fino a che punto le libertà fondamentali potranno retrocedere dinanzi alla sicurezza nazionale? La mancanza di una esplicita *emergency clause* non impedisce l'attuazione di misure *extra ordinem* che consentano di intervenire prontamente dinanzi a situazioni emergenziali¹⁸. Nell' ipotesi in cui in Costituzione si prevedesse una clausola d'emergenza, occorrerebbe dapprima decidere se optare per una normativa omnicomprensiva di tutti poteri necessari e urgenti, oppure per una disposizione residuale che ne delinei sommariamente le misure ed i rispettivi limiti¹⁹. Altra questione verte circa l'individuazione dei soggetti deputati all'esercizio di tali poteri. Previsioni tassative o così strettamente vincolate, come si è detto, stridrebbero con la natura dischiusa della normativa costituzionale e con la sua duttilità interpretativa. La Costituzione italiana si differenzia da altre carte costituzionali europee, che hanno invece avviato ad una positivizzazione dell'emergenza. La Francia, ad esempio, è storicamente più sensibile all'*État d'urgence*, si pensi al ricorso dell'art. 16 della Costituzione francese in risposta agli attacchi terroristici. Anche l'ordinamento spagnolo riconosce a livello costituzionale lo stato d'eccezione all'art 116. La storia della Repubblica è contrassegnata da vicende tragiche, si pensi alla lotta contro il terrorismo o Cosa nostra. In nessuna di queste occasioni si è mai pensato di sospendere l'ordine costituzionale. L'ordinamento italiano ha sempre risposto con strumenti propri dello stato di diritto. Ciò è avvenuto a Costituzione invariata e nel rispetto dei

¹⁷ Analogo interrogativo che si è posto Enzo Cheli, si rinvia a E. CHELI, *Recensione a Giovanna De Minico, Costituzione. Emergenza e Terrorismo*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2017, p. 648.

¹⁸ «Il bisogno di diritto, in queste situazioni, assume però due direzioni che possono contrapporsi: emerge un bisogno di superamento delle regole ordinarie che consenta all'ordinamento di resistere alle pressioni emergenziali (ed eventualmente di evolversi verso forme nuove), ma emerge altresì la necessità di tutelare le regole di fondo dell'ordinamento, i suoi stessi principi fondamentali, la cui sospensione o negazione comporterebbe necessariamente un ripensamento della stessa struttura costituzionale complessiva.» cit. F. DONATI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, p. 29.

¹⁹ Per introdurre nell'ordinamento costituzionale italiano una specifica *emergency clause*, è necessario ricorrere alla procedura di revisione costituzionale prevista all'art. 138 Cost. Così G. DE MINICO, *Costituzione ed emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018.

diritti fondamentali garantiti dalla Carta²⁰. Le limitazioni alla libertà devono avvenire entro una cornice di principi giuridicamente protetta. Tra questi non possono non essere rilevati i principi di proporzionalità ed adeguatezza, suscettibili di un bilanciamento costante con il rischio epidemico e con le misure di prevenzione. Si è soliti parlare di parlamentarizzazione della crisi, meno frequentemente si parla di *parlamentarizzazione dell'emergenza*. Seguendo tale assunto, la determinazione dello stato d'eccezione dovrebbe spettare al Parlamento, quale organo rappresentativo della volontà popolare. In esso, e soltanto con gli strumenti procedurali consentiti, è possibile avversare la stabilizzazione delle misure governative-emergenziali. La funzione delle forze di opposizione in seno al Parlamento gioca un ruolo fondamentale²¹. Esse costituiscono l'avamposto democratico a garanzia di qualsivoglia velleità eversiva o autoritaria del potere costituito. Se è vero che il Parlamento svolge per antonomasia un servizio pubblico essenziale, è altrettanto vero che le istituzioni non possono andare in "quarantena". Rinunciare ad una simile architettura costituzionale per inseguire un provvisorio *law of fear*²² potrebbe risultare un procedimento irreversibile. Del resto, se l'emergenza consiste nella provvisorietà, non si comprende allora l'esigenza di una precipua costituzionalizzazione della stessa. Essa non può valicare quel "*minimo costituzionale*"²³ su cui poggiano le fondamenta dello stato costituzionale.

4. Il sistema delle fonti alla prova del coronavirus.

L'emergenza legata al coronavirus ha rivelato lo stato di sofferenza in cui versa il sistema delle fonti e la fragilità a cui sembra essersi rassegnato²⁴. E' la stessa

²⁰ «Anche nel tempo presente, dunque, ancora una volta, è la Carta costituzionale così com'è – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie; diritti, doveri e responsabilità – a offrire a tutte le istituzioni e a tutti i cittadini la bussola che consente di navigare «per l'alto mare aperto» dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende.» così M. CARTABIA, Presidente della Corte costituzionale, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, §6.

²¹ «S'ipotizza il ricorso ad un'altra suprema forma di garanzia: la *resistenza*. Resistenza ... dell'opposizione in seno al Parlamento e resistenza popolare al di fuori, diretta sempre alla "reintegrazione" dell'ordine costituzionale» così L. CARLASSARE, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in M. Galizia e P. Grossi (a cura di) *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 490.

²² Principio ampiamente trattato in C.R. SUNSTEIN, *Laws of Fear: beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

²³ Così G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Giuffrè, Milano, 2003.

²⁴ Per una più accurata disamina si rinvia a: A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *ConsultaOnline*, 06 aprile 2020.

Carta costituzionale a prevedere che nei "casi straordinari di necessità e di urgenza" il Governo possa adottare provvedimenti provvisori aventi forza di legge. Questi devono tuttavia essere convertiti in legge dal Parlamento entro sessanta giorni, a pena di perdere efficacia *ex tunc*. In Italia la decretazione d'urgenza, come condizione ordinaria e permanente, ha raggiunto livelli patologici. La funzione costituzionale del decreto legge, è stata travisata, se non addirittura tradita. Per decenni si è inteso come un iter legislativo preferenziale, in grado di superare *impasse* politiche o lungaggini procedurali. Tuttavia non si tratta di uno strumento di semplificazione per ovviare alle disfunzioni di un bicameralismo perfetto solo nel nome. Non si tratta neppure di un mezzo proprio del Governo per mortificare il già vituperato ruolo del Parlamento. Il problema non risiede nel decreto legge, ma nel cattivo uso che se ne fa. La discrezionalità nel determinare i presupposti di necessità e di urgenza è troppo ampia. Per porre un freno a tale abuso è intervenuta la Corte costituzionale con la celebre sentenza 360 del 1996. L'emergenza COVID-19 si configura indubbiamente come un caso straordinario di necessità e urgenza²⁵. Quale circostanza più idonea di questa giustificerebbe il ricorso al decreto-legge? Si tratterebbe di uno strumento in grado di soddisfare da un lato la tempestività e dall'altro la centralità del Parlamento. A seguito dell'*emergenza Covid* il Governo Conte si è contraddistinto per un uso disinvolto e reiterato dei cd. "DPCM", nonché atti di cui è direttamente responsabile il Presidente del consiglio dei ministri. Non si tratta dunque di decreti che richiederebbero la conversione in legge da parte del Parlamento o l'emanazione del Presidente della Repubblica. Data la delicatezza della materia trattata e l'assoluto deficit di partecipazione democratica, sembrerebbero provvedimenti al limite della compatibilità costituzionale. Esigenze (più che fondate) di celerità hanno prevalso rispetto ai contrappesi propri di uno Stato di diritto²⁶. Accanto a questi provvedimenti si colloca una *giungla normativa* costituita da ordinanze del ministero della Sanità, della Protezione civile, dei prefetti, dei presidenti di regione e dei sindaci. Non si è in presenza di una difformità dal dettato costituzionale. Trattasi invece di un

²⁵ «Un dato è sicuro: poiché il decreto-legge è configurato nella Costituzione come uno strumento volto a fronteggiare l'imprevedibile, risulta, dunque, impossibile, per definizione, stabilire *a priori* una elencazione tassativa dei casi in cui l'ordinamento ne prevede l'adozione» cit. F. VARI, *Necessitas non habet legem? Alcune riflessioni sulle situazioni di emergenza dell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rivista di Diritto Costituzionale – Gruppo di Pisa*, 2003, p. 207.

²⁶ «È una prassi conforme a quanto la Costituzione ha stabilito? Direi di no. Sono atti illegittimi? Anche in questo caso darei una risposta negativa. È l'autoassunzione di un potere *extraordinem* che si legittima per via di necessità» cit. AZZARITI G., *Il diritto costituzionale d'eccezione*, editoriale in *Costituzionalismo.it*, 2020, fasc.1, p.3.

sistema articolato e complesso in cui, nel corso degli anni, si sono sedimentati provvedimenti amministrativi diversi per origine ed intensità. In materia è intervenuta anche la legge generale sul servizio sanitario nazionale del 1978, che all'art. 32 conferisce al ministro della Sanità il potere di emettere "ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni". La legge precisa inoltre che per le materie medesime si attribuisce potere di ordinanza di carattere contingibile e urgente ai presidenti di regione e ai sindaci, con efficacia limitata al territorio corrispondente. Dal Testo unico sugli enti locali si evince tuttavia che tali ordinanze contingibili e urgenti spettano al sindaco soltanto nell'ipotesi in cui l'emergenza sanitaria abbia esclusivamente carattere locale. Lo stesso decreto legislativo n. 267 del 2000 precisa che: "spetta allo Stato o alle Regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali". L'eccessiva discrezionalità delle regioni in materia sanitaria ha lasciato presagire l'esigenza di una forse più opportuna centralizzazione, che consenta allo Stato di imporsi sulle scelte locali nell'interesse nazionale²⁷. A chi invoca facili riletture del Titolo V della Carta costituzionale, basti ricordare quanto disposto dall'art. 120 Cost, non soltanto per quanto concerne la libera circolazione di persone e cose tra regioni, ma soprattutto per il potere in capo al Governo di sostituirsi a regioni ed enti territoriali in caso di "*pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica*"²⁸. Il cd. "passaporto sanitario" proposto dalla regione Sardegna, e in un secondo momento dalla Regione Sicilia, dimostra tutta la sua insussistenza proprio alla luce dell'art. 120. In questo complesso eterogeneo di risorse normative, un ruolo preponderante spetta al decreto legislativo n. 1 del 2018, meglio noto come "Codice della Protezione civile". Il decreto in questione copre un'area di intervento assai vasta in cui si può ritenere ascrivibile la stessa epidemia. Oltre a disciplinare un preciso riparto di competenze, il testo indica nel dettaglio le procedure necessarie per l'attivazione di misure straordinarie. Altra norma applicabile nella situazione di specie è

²⁷ Nel rapporto centro-periferie occorre segnalare un'eccessiva omogeneizzazione delle misure restrittive fortemente sostenuta dal Governo. Già a partire dalla cd. "fase due" si sarebbe dovuta operare una differenziazione fra regioni in base all'indice di contagio. Non per una ripresa a più velocità, ma in ragione di presupposti di proporzionalità e ragionevolezza, specie per quelle regioni del sud in cui il livello di propagazione del virus è vicino allo zero.

²⁸ «Resta nondimeno fermo che – fin dove possibile – va coltivato a modo il metodo della cooperazione tra centro e periferia.» A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti Regionali*, 21 marzo 2019, p. 378.

certamente l' articolo 2 del testo unico di pubblica sicurezza (TULPS), approvato con Regio Decreto 773\1931. Questo prevede che "il prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica". La Corte costituzionale è intervenuta limitandone la portata con sentenza 23 maggio 1961, n. 26. Un sistema così fitto e trasversale può definirsi il più funzionale per il governo di una emergenza senza precedenti nella storia recente?

5. La gestione dell'emergenza alla luce dell'art.78 Cost., più che una semplice tentazione.

L'assenza di una *emergency clause* di rango costituzionale non significa che il nostro apparato normativo primario non preveda strumenti idonei per fronteggiare l'emergenza²⁹. Si pensi all'ipotesi di cui all'articolo 78. Una volta deliberato lo stato di guerra, le Camere conferiscono al Governo i poteri necessari. Si tratta, fortunatamente, di una disposizione mai attuata. Come detto in premessa, l'uso dei termini "poteri necessari" non è affatto casuale. A differenza dei pieni poteri, qualsiasi deroga avviene a Costituzione vigente, non opera cioè sospensione alcuna. I margini di applicabilità dell'art. 78 non possono tuttavia prescindere da quanto disposto all'art 11 Cost., secondo cui "l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa". In via estensiva, data l'eccezionalità dell'evento, è possibile ricondurre l'attuale emergenza sanitaria alla previsione *ex art. 78 Cost*³⁰. Il ricorso per via analogica a questa fattispecie costituisce certamente un *extrema ratio*, da ritenere preferibile per due ordini di ragioni. Il primo attiene al coinvolgimento dell'azione parlamentare, in grado di colmare qualsiasi *vulnus* di democraticità. La scelta delle Camere infatti acquista un valore politico nella misura in cui le forze ivi rappresentate si assumono una responsabilità di non incidentale importanza. La seconda ragione fa riferimento invece all'economicità delle risorse a disposizione: lo stato di guerra è di per sé una fattispecie residuale, e pertanto mai applicata, quale occasione più opportuna per dimostrare, invero, che non si tratta di un reperto di archeologia

²⁹ « [...] assenza di previsioni puntuali non significa mutismo costituzionale» così M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n° 2/2020, p. 140.

³⁰ Contro questa lettura Luciani: «Non siamo in stato di guerra, perché la fattispecie odierna non coincide con quella (per quanto evolutasi nel tempo) tipica del diritto internazionale, perché manca la relativa dichiarazione ai sensi dell'art. 78 Cost. e perché la guerra fu intesa dai Costituenti come un conflitto tra esseri umani, non come un conflitto tra questi e la natura» cit. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n° 2/2020, p. 137.

costituzionale? Sebbene sia formalmente differente da ciò che i costituenti intendevano per stato di guerra, la pandemia in corso presenta notevoli corrispondenze con le vicende belliche in senso stretto. Basti pensare alle libertà coinvolte o all'impatto su determinati settori di interesse nazionale. E' evidente che le risposte normative non vadano cercate altrove.

6. Considerazioni conclusive.

Nella Costituzione si esaurisce ogni orizzonte possibile per una disciplina autonoma dell'emergenza, che non costituirebbe dunque lo strumento funzionale ad un vuoto normativo. Vuoto che non esiste, per tre fattori. In primo luogo, la presenza in Costituzione di una riserva di legge a tutela della pubblica sicurezza, per la limitazione di talune libertà costituzionalmente garantite. La seconda ragione è dovuta alla possibilità di ricorrere alla decretazione d'urgenza prevista dall'art. 77. Ed in ultimo come *extrema ratio*, il conferimento dei poteri necessari al Governo previa deliberazione dello stato di guerra ex art. 78 Cost. Come afferma Valerio Onida: «non serve evocare lo "stato di eccezione" o improbabili riforme di sistema, la nostra Costituzione contiene già le risposte a tutte queste domande»³¹. Lo stato d'emergenza si configura più come una *factio juris* che come una fonte del diritto. Il rischio più elevato che si incorre nel riconoscimento dello stato d'eccezione è la stabilizzazione dello stesso nel tempo, e che si traduce in una delega in bianco all'Esecutivo³². In conclusione, i poteri emergenziali devono muoversi necessariamente entro un perimetro costituzionalmente definito. Com'è noto l'emergenza sanitaria si è presto tradotta in emergenza sociale, acuendo diseguaglianze sempre più evidenti. Malgrado il basso livello di fiducia nell'opinione pubblica delle istituzioni democratiche e nonostante la crisi dei corpi intermedi, lo Stato serve ancora. E non si tratta di un'affermazione banale, ma di una presa di coscienza collettiva. Lungi ciò dal renderci nostalgici di un *centralismo statalista di maniera*. Senza necessariamente dover ricorrere ad esempi fuori dal tempo e dalla storia, mantenere ben saldo il baricentro nella *Ragione costituente* appare l'unica via possibile per risoluzioni costituzionalmente compatibili. Con lo sguardo rivolto verso i recenti fatti d'Ungheria, resta saldo l'auspicio affinché l'emergenza non funga da alibi per autoritarismi regressivi tanto nelle fragili, quanto nelle

³¹ Cfr. V. ONIDA, *Costituzione e Coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, Piemme, 2020.

³² Cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011.

consolidate, democrazie europee. Una questione che merita di essere affrontata laicamente, senza cedere a derive liberticide o a facili pregiudizi, ma mantenendo saldo l'ancoraggio sui diritti fondamentali, perno indispensabile di ogni sistema politico.

La libertà religiosa alla prova dell'emergenza sanitaria prodotta dal virus sars-cov-2.

di Alessandro PALMA*

SOMMARIO: **1.** Considerazioni introduttive sulla gestione normativa dell'emergenza sanitaria: la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali di fronte alla diffusione della malattia Covid-19; **2.** Il diritto di libertà religiosa al tempo della pandemia; **3.** Il concreto contributo delle confessioni religiose alla gestione dell'emergenza nel segno di una leale collaborazione con lo Stato; **4.** *Attualità e prospettive per l'esercizio della libertà religiosa durante l'emergenza epidemiologica.*

ABSTRACT. *The spread of the Sars-CoV-2 virus related contagion represents a national Emergency, as well as a worldwide one, unprecedented in the history of Republic. The health emergency is having many consequences also on religious rules – more broadly for the difficulties raising from the possible contradiction between the respect for the measures taken by civil authorities and religious rules. In Italy, unlike international norms which expressly admit that religious freedom can be restricted by law on public health grounds, the art. 19 of the Constitution protects the exercise of worship, in public and in private, with only limitation: rites should not be contrary to morality. Indeed, in addition to the limits recognized by the art 9 of the Cedu, which provides for the protection of health as a possible limit to religious freedom, both doctrine and national jurisprudence agreed that the needs of health protection should also prevail over religious freedom. Thus, while no doubt can be arise about the legitimacy of the measures taken which have intervened with a limiting discipline of religious freedom, it is also true that the latter have determined several and relevant issues of interest to ecclesiastical discipline. The purpose of this article is to examine these issues through a reflexion that starts from a necessarily emerging legislation which, not always appropriately declined in terms of proportionality, risks turning the "suspended faith" into a "broken faith".*

1. Considerazioni introduttive sulla gestione normativa dell'emergenza sanitaria: la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali di fronte alla diffusione della malattia Covid-19.

Il contagio prodotto dal virus Sars- CoV-2 rappresenta una emergenza nazionale, oltre che mondiale, senza precedenti nella storia della Repubblica. Il nostro Paese ha reagito utilizzando in rapida successione e con un crescendo di intensità, una pluralità di strumenti, quali ordinanze di ambito nazionale, regionale e locale, decreti legge¹ e dpcm, che oltre a minare l'esigenza costituzionale della chiarezza², "ha lasciato diritti di libertà fondamentali in balia della miriade di "autorità competenti" previste, a vario titolo, dal nostro ordinamento e dei loro provvedimenti amministrativi, laddove, invece, la Costituzione riserva alla legge le loro limitazioni"³. I decreti ministeriali, invero, come le ordinanze ed i provvedimenti dei commissari unici per grandi eventi, hanno la veste esterna del provvedimento amministrativo ma sono sostanzialmente fonti di diritto primario perché contengono disposizioni in deroga alle leggi. Perciò, come più volte indicato dalla Corte costituzionale⁴, non sono ammissibili "poteri d'ordinanza non adeguatamente circoscritti nell'oggetto,

* Avvocato e docente a contratto di Diritto Ecclesiastico per l'a.a. 2018/2019 presso l'Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale. Specializzato in professioni legali, Dottore di Ricerca in Filosofia del Diritto e cultore della materia in Diritto Ecclesiastico e Diritti Confessionali presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II. Tutor di Diritto Costituzionale alla Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II nonché Tutor di Diritto Ecclesiastico presso l'Università Telematica Pegaso.

¹ Il decreto-legge nasce quale "strumento di eccezione utilizzato per la «gestione» di stati di emergenza diversi dalla guerra" (art. 78 Cost.) in cui deve assicurarsi "la sopravvivenza dello Stato e dell'ordinamento", mediante l'"esercizio straordinario da parte del governo di potestà legislative normalmente di spettanza parlamentare" (Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1984, p. 104 ; P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 33; F. Modugno, D. Nocilla, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Giuffrè, Milano, 1988, p. 513 e ss.; F. Petrini, *Emergenza epidemiologica COvid 19, decretazione d'urgenza e costituzione in senso materiale*, in *Nomos*, 1, 2020). Si sottolinea, inoltre, che durante questa emergenza, il ricorso alla decretazione d'urgenza, anche se in presenza di una "materiale ed assoluta impossibilità di applicare, in certe condizioni, le norme che regolano la vita normale dello Stato, e il bisogno non già di applicarne altre esistenti, ma di emanarne di nuove", spesso non si è concretizzato in "misure di immediata applicazione" e di contenuto "specifico, omogeneo e corrispondente al titolo", come prescritto dall'art. 15, terzo comma, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (che, com'è noto, "pur non avendo, in sé e per sé, rango costituzionale costituisce esplicitazione della *ratio* implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost."). Cfr. Corte costituzionale, sent. 12 luglio 2017, n. 170.

² S. Cassese, *Il dovere di essere chiari*, in *Corriere della sera*, 24 marzo 2020; M. Ainis, *Il virus della decretate*, in *la Repubblica*, 25 marzo 2020.

³ N. Colaianni, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, www.statoeChiese.it.

⁴ Corte cost. 14 aprile 1995, n. 127.

tali da derogare a settori di normazione primaria richiamati in termini assolutamente generici”, avendo il potere di deroga carattere eccezionale. Di conseguenza, come stabilito dall’art. 13-bis legge n. 400 del 1988, va osservato almeno il limite del rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico” e della “indicazione delle principali norme cui si intende derogare”⁵. Come è noto, in Italia, il tentativo di arginare efficacemente l’emergenza sanitaria derivata dalla diffusione della malattia Covid-19, ha portato alla compressione di numerosi diritti individuali e collettivi, per lo più garantiti a livello costituzionale⁶. Ad essere interessati da queste misure emergenziali vi sono non solo i diritti di libertà, ma anche i diritti sociali, i diritti economici e, addirittura, quelli politici. Tuttavia, la categoria maggiormente interessata da tali misure di contenimento del contagio è indubbiamente quella dei diritti di libertà. Si tratta, infatti, proprio di quei diritti che sono protetti da una forte copertura costituzionale e da un apparato di garanzie che difficilmente consente interventi limitativi da parte del potere esecutivo.

Al riguardo, invece, per far fronte all’emergenza sanitaria, l’Ordinamento italiano ha adottato, a partire dai primi di febbraio, una serie crescente di provvedimenti limitativi dei diritti e delle libertà costituzionali quali, ad esempio, la libertà personale (art. 13 Cost.), la libertà di circolazione⁷ e di soggiorno (art. 16 Cost.), la libertà di riunione (art. 17 Cost.) e la libertà religiosa (art 19 Cost.).

2. Il diritto di libertà religiosa al tempo della pandemia.

Le forti limitazioni subite dal diritto di libertà religiosa (specialmente nella sua veste di libertà di culto associata), attraverso la sospensione delle «cerimonie religiose e civili, ivi comprese quelle funebri» e la condizionata apertura dei luoghi di culto 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» (dpcm 8 marzo 2020), ha determinato diverse e rilevanti questioni di interesse per la disciplina ecclesiasticistica⁸. Si

⁵ Cons. Stato 28 ottobre 2011, n. 5799.

⁶ L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid. 19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, 13 marzo 2020; M. Cavino, *Covid 19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*; G. L. Gatta, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistemapenale.it*, 16 marzo 2020.

⁷ Libertà di circolazione ridotta alle sole ipotesi di «comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute» (dpcm 8 marzo 2020).

⁸ P. Consorti, *Religioni e virus*, in *www.diresom.net*, 9 marzo 2020.

pensi, ad esempio, al corretto bilanciamento a fronte dell'emergenza tra i diritti fondamentali, con particolare riguardo al rapporto tra diritto alla salute (art. 32 Cost.) e diritto di libertà religiosa (art. 19 Cost.). In tema, il dpcm del 9 marzo, che ha esteso a tutto il territorio italiano le limitazioni che il dpcm emanato il giorno precedente aveva stabilito per le cosiddette "zone rosse", ha previsto la sospensione di tutti "gli eventi in luogo pubblico o privato, ivi compresi quelli di carattere culturale, ludico, sportivo, religioso" (art. 1, lett. g) ha disposto, inoltre, che "l'apertura dei luoghi di culto" sia condizionata non solo "all'adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi", ma anche alla possibilità di rispettare la distanza di almeno un metro tra le persone. Allo stesso modo sono state "sospese le cerimonie civili e religiose, ivi comprese quelle funebri" (art. 1, lett. i).

Tale situazione non ha subito fondamentali innovazioni ad opera del dpcm 11 marzo 2020 che ha provveduto a disciplinare soprattutto il regime delle attività commerciali al dettaglio, fatta eccezione per le attività di vendita di generi alimentari e di prima necessità.

Su questa linea, anche il d. l. n. 19 del 25 marzo 2020, che ha disposto nuove misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da covid-19, ha previsto, con riferimento pure alla libertà religiosa, la "limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni altra forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo, ricreativo e religioso (art. 1, co 2, lett. g); la "sospensione delle cerimonie civili e religiose, limitazione dell'ingresso nei luoghi destinati al culto" (art. 1, co 2, lett. h); la "chiusura di cinema, teatri, sale da concerto sale da ballo, discoteche, sale giochi, sale scommesse e sale bingo, centri culturali, centri sociali e centri ricreativi o altri analoghi luoghi di aggregazione (art. 1, co 2, lett. i). Allo stato attuale, ferme tutte le limitazioni appena enunciate, solo una parziale apertura è stata prevista dal dpcm del 26 aprile 2020 che all'art. 1, co.1, lett. i, pur confermando la sospensione delle cerimonie civili e religiose, consente tuttavia "le cerimonie funebri con l'esclusiva partecipazione di congiunti e, comunque, fino a un massimo di quindici persone, con funzione da svolgersi preferibilmente all'aperto, indossando protezioni delle vie respiratorie e rispettando rigorosamente la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro".

E' evidente che queste norme, operando una uniforme compressione del diritto di libertà religiosa e colpendo indistintamente i fedeli di tutte le confessioni

religiose e non solo gli appartenenti a quelle confessioni non integrate nel sistema delle intese ex art. 8, co. 3 Cost., costituiscono una novità per quanto riguarda l'esercizio della dimensione collettiva della libertà di culto in Italia. Del resto, come è stato opportunamente osservato, il nostro Paese, dal dopoguerra ad oggi, ha conosciuto limitati interventi sulla dimensione collettiva dell'esercizio del culto, solo per ragioni di pubblica sicurezza, successivamente agli attentati del 2001⁹.

Sebbene lo stato di emergenza abbia comportato che anche altri diritti fondamentali siano stati legittimamente limitati¹⁰, è anche vero che l'art. 19 Cost. protegge l'esercizio del culto, sia in pubblico che in privato, come diretta espressione della libertà religiosa e con l'unico limite della non contrarietà dei riti al buon costume. Pertanto, è giusto evidenziare che, a differenza degli artt. 16 e il 17 della Costituzione, che stabiliscono che la libertà di circolazione possa essere limitata "per motivi di sanità o di sicurezza" e che la libertà di riunione possa essere limitata "per comprovati motivi di sicurezza e di incolumità pubblica", l'art. 19 non prevede questi motivi ma solo il limite del buon costume¹¹. Il fenomeno religioso viene dal testo assimilato alla fede religiosa di ogni persona (nella logica di un diritto esercitato nella libertà di coscienza) e non si pongono limiti alla estrinsecazione individuale e associata degli atti conseguenti alla fede religiosa condivisa e professata (quindi atti di culto, devozioni, pellegrinaggi, culto dei morti), con l'unico limite di attentati esteriori al cosiddetto "buon costume" che, quale complesso dei principi di etica sociale e della morale comune (cd. moralità media o senso morale) richiamati dalla Costituzione, dai codici e dalle leggi come norme di chiusura, vuole indicare quanto è socialmente ritenuto appartenente alle abitudini e alle prassi etiche della comunità umana di riferimento¹². Il diritto di libertà religiosa, che esprime

⁹ F. Balsamo, *La leale collaborazione tra Stato e confessioni religiose alla prova della pandemia da Covid-19. Una prospettiva dall'Italia*, su www.Diresom.it, 27 marzo 2020; R. Mazzola, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Giuffrè, Milano, 2005; P. Consorti, F. Dal Canto, S. Panizza (a cura di), *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, Pisa University Press, Pisa, 2016.

¹⁰ L. Milella, *Coronavirus, Azzariti: "Le misure sono costituzionali a patto che siano a tempo determinato"*, in *La Repubblica*, 8 marzo 2020; G. Azzariti, *I pieni e solitari poteri del capo del governo extra ordinem*, in *il manifesto*, 19 marzo 2020.

¹¹ M. L. Lo Giacco, *In Italia è in quarantena anche la libertà di culto*, in www.Diresom.it, 12 marzo 2020.

¹² «Si tratterebbe di una limitazione afferente esclusivamente alla pratica del culto e richiamante l'analoga, ma più ampia limitazione sancita durante il fascismo per i c.d. culti ammessi nella legge n. 1159/1929 ("purché non professino principi e non seguano riti contrari all'ordine pubblico ed al

una serie di facoltà garantite da norme costituzionali «*che comprendono in sé lo svolgimento -di regola senza impedimenti legali di sorta- di numerose attività*»¹³, attiene, quanto al contenuto, alla libertà spirituale di avere un proprio patrimonio di credenze, di valori, di idee e garantisce anche il diritto di mantenere i comportamenti che detto patrimonio ideologico ispira e rende necessari a tanti uomini.

Proprio in ragione di questa differenza vi è chi ha ritenuto che la libertà di religione sia da considerarsi come "una libertà privilegiata, nelle sue varie manifestazioni, sia sulle libertà di riunione e di associazione, sia sulla libertà di manifestazione del pensiero"¹⁴. Del resto, le religioni, si caratterizzano per una vera e propria dimensione normativa¹⁵ allorché si estrinsecano in precetti che sono retti da un superiore sentimento di doverosità e che rappresentano, spesso, un elemento oltre che di identità confessionale anche di identità culturale¹⁶. Così, è chiaro che l'esercizio pubblico del culto (le religioni non possono essere confinate soltanto nella vita privata in quanto, per loro stessa natura, sono proiettate ad innestarsi sulle relazioni sociali) deve necessariamente essere tenuto distinto da uno spettacolo o una semplice manifestazione culturale che, anche se offerti al pubblico, non sono estrinsecazione dell'associarsi dei fedeli nel culto della divinità. Se per tali ragioni, dunque, la Costituzione non ha

*buon costume"), che faceva da complemento al regime concordatario con la Chiesa cattolica, elevata al rango di religione dello Stato. Questa previsione limitativa non legittima un sindacato sulle credenze, sui valori o sulla legittima possibilità di esistenza o sull'attività delle fedi religiose, ma incide sui comportamenti rituali dei singoli e dei gruppi, a tutela del comune sentimento dei costumi, anche se i costumi costituiscono un parametro variabile nel tempo e nello spazio». Così G. Macrì, M. Parisi, V. Tozzi, *Diritto civile e religioni*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 71.*

¹³ F. Finocchiaro, *Libertà (VII). Libertà di coscienza e di religione*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Vol. XIX, Roma, 1990, pp. 6-7.

¹⁴ F. Finocchiaro, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 163.

¹⁵ Malgrado le profonde differenze, tutte le religioni hanno una vera e propria dimensione normativa poiché tutte sono portatrici di precetti che orientano e condizionano tanto gli ideali, le credenze interiori, le motivazioni profonde e le aspirazioni, quanto i comportamenti esteriori e socialmente rilevanti di volta in volta imponendo, vietando, o almeno suggerendo o sconsigliando, il comportamento di atti assai più vasti e numerosi; cfr. S. Ferlito, *Le religioni il giurista e l'antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, p. 53 ss.

¹⁶ Secondo L. R. Kurtz sono almeno cinque gli aspetti del processo di costruzione dell'identità ad essere connessi alle tradizioni religiose: 1) standard o modelli; 2) reti sociali religiose come gruppi di riferimento; 3) interazione con la divinità; 4) meccanismi di sostegno dei cambiamenti d'identità; 5) un sistema di significato e di sicurezza. Così L. R. Kurtz, *Le religioni nell'era della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp.149-153.

previsto limiti all'attività di culto ad eccezione del buon costume¹⁷, è anche chiaro che il diritto di libertà religiosa non può essere un diritto assoluto, illimitato e indisciplinabile. Invero, limiti sono stati riconosciuti sia dall'art. 9 della Convenzione Europea, che prevede la tutela della salute come possibile limite alla libertà religiosa, sia dalla dottrina e giurisprudenza nazionali¹⁸ che hanno sempre concordemente ritenuto che le esigenze di tutela della salute debbano prevalere anche a danno della libertà religiosa.

Da questo punto di vista, dunque, nessun dubbio sulla legittimità delle misure adottate che, in via urgente, sono intervenute anche su una materia tanto delicata come quella della celebrazione dei riti che appartiene all'ordine proprio della Chiesa cattolica e delle altre confessioni religiose. Dunque, la disciplina limitativa della libertà di culto, introdotta dai decreti, non determina di per sé una lesione del diritto di libertà religiosa perché, salva la proporzionalità, è funzionale alla tutela del bene salute che, quale interesse della collettività, è visto da parte della dottrina come "un tratto che definisce, ai sensi dell'art. 4, secondo comma, TUE, l'identità nazionale italiana"¹⁹.

Tuttavia, è anche evidente che sarebbe stato opportuno far precedere l'emanazione di tali misure limitative dell'autonomia organizzativa in tema di riti e di celebrazioni religiose (che hanno determinato una rilevante, per quanto astrattamente giustificabile, lesione di quell'autonomia confessionale espressamente garantita dalle norme pattizie) da una consultazione con le

¹⁷ Il buon costume, quale complesso dei principi di etica sociale e della morale comune (cd. moralità media o senso morale) richiamati dalla Costituzione, dai codici e dalle leggi come norme di chiusura, vuole indicare quanto è socialmente ritenuto appartenente alle abitudini e alle prassi etiche della comunità umana di riferimento. *Si tratterebbe di una limitazione afferente esclusivamente alla pratica del culto e richiamante l'analoga, ma più ampia limitazione sancita durante il fascismo per i c.d. culti ammessi nella legge n. 1159/1929 ("purché non professino principi e non seguano riti contrari all'ordine pubblico ed al buon costume"), che faceva da complemento al regime concordatario con la Chiesa cattolica, elevata al rango di religione dello Stato. Questa previsione limitativa non legittima un sindacato sulle credenze, sui valori o sulla legittima possibilità di esistenza o sull'attività delle fedi religiose, ma incide sui comportamenti rituali dei singoli e dei gruppi, a tutela del comune sentimento dei costumi, anche se i costumi costituiscono un parametro variabile nel tempo e nello spazio». Così G. Macrì, M. Parisi, V. Tozzi, *Diritto civile e religioni*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 71.*

¹⁸ Cfr. Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1. Per la quale "il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e [...] nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile", sicché "una disciplina delle modalità di esercizio di un diritto, in modo che l'attività di un individuo rivolta al perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri, non sarebbe perciò da considerare di per sé violazione o negazione del diritto".

¹⁹ B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*.

diverse autorità confessionali²⁰. Del resto, come è stato acutamente osservato, "la mancata convocazione della suddetta Commissione inaugura dunque una prassi costituzionale: laddove chi può decidere sullo stato di eccezione ritenga di poter sospendere la normativa concordataria può farlo *inaudita altera parte*, trasformando dunque il regime concordatario vigente in un giurisdizionalismo di fatto. Rientra dunque nell'ordine proprio dello Stato, ex primo comma dell'art. 7 della Costituzione, decidere in che modo, per quanto tempo e a quali condizioni la libertà ecclesiastica possa essere compressa, a prescindere dal fatto che l'altra parte esprima il suo assenso a tale compressione"²¹.

3. Il concreto contributo delle confessioni religiose alla gestione dell'emergenza nel segno di una leale collaborazione con lo Stato.

E' evidente che l'assoggettamento dell'apertura dei luoghi di culto all'adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone e da garantire il rispetto della distanza di sicurezza tra i fedeli, e la sospensione di tutte le cerimonie religiose (incluso quelle funebri), ha spinto le religioni a ridefinire i tempi e le modalità di esercizio del culto.

Per quanto riguarda la Chiesa cattolica, da quando l'epidemia è iniziata, una leale collaborazione non è certo mancata. Con l'intento di collaborare con lo Stato, pur nel "rammarico e disorientamento" che la decisione del governo ha creato "nei Pastori, nei sacerdoti, nelle comunità religiose e nel popolo di Dio" e precisando che la normativa statale è stata "accettata -dunque non concordata- in forza della tutela della salute pubblica", la CEI²², con un Comunicato del 9 marzo 2020, ha dichiarato che "la Chiesa che vive in Italia e, attraverso le Diocesi e le parrocchie si rende prossima a ogni uomo, condivide la comune preoccupazione, di fronte all'emergenza sanitaria che sta interessando il Paese. Rispetto a tale situazione, la CEI – all'interno di un rapporto di confronto e di collaborazione – in queste settimane ha fatto proprie, rilanciandole, le misure attraverso le quali il Governo è impegnato a contrastare la diffusione del "coronavirus". Il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, entrato in

²⁰ In senso contrario si esprime N. Colaianni, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, www.statoechiese.it.

²¹ V. Pacillo, *La sospensione del diritto di libertà religiosa nel tempo della pandemia*, in www.olir.it, 16 marzo 2020.

²² Che già con un Comunicato del 5 marzo aveva previsto particolari precauzioni da adottarsi nelle zone maggiormente a rischio contagio; tra queste, "alla luce del confronto con il Governo", la sospensione delle messe, per una settimana.

vigore quest'oggi, sospende a livello preventivo, fino a venerdì 3 aprile, sull'intero territorio nazionale, "le cerimonie civili e religiose, ivi comprese quelle funebri". L'interpretazione fornita dal Governo include rigorosamente le Sante Messe e le esequie tra le "cerimonie religiose". Si tratta di un passaggio fortemente restrittivo, la cui accoglienza incontra sofferenze e difficoltà nei Pastori, nei sacerdoti e nei fedeli. L'accoglienza del Decreto è mediata unicamente dalla volontà di fare, anche in questo frangente, la propria parte per contribuire alla tutela della salute pubblica".

Sempre nel rispetto di tutte le precauzioni utili a limitare il contagio, con numerosi decreti diocesani, i Vescovi, a norma dei cann. 381 § 1 e 838 § 4 C.i.c. hanno dispensato, ai sensi del can. 1245 C.i.c.²³, i fedeli dall'obbligo dell'osservanza del precetto legato alla celebrazione dei giorni festivi ricompresi nel periodo 9 marzo – 3 aprile che non potrebbe essere agevolmente osservato in relazione alla mancata «partecipazione» alla Messa della Santa Pasqua di Risurrezione, atteso che il punto n. 1389 del Catechismo della Chiesa Cattolica fa obbligo ai fedeli "di ricevere almeno una volta all'anno l'Eucaristia, possibilmente nel periodo pasquale» e che secondo il can. 1246 - § 1 C.i.c. «il giorno di domenica in cui si celebra il mistero pasquale, per la tradizione apostolica deve essere osservato in tutta la Chiesa come il primordiale giorno gestivo di precetto"²⁴. Questo ha comportato la degradazione del diritto sancito

²³ Il can. 1245, espressamente consente all'autorità ecclesiastica competente (ossia al Vescovo e, secondo le sue disposizioni, al parroco) di dispensare i fedeli in casi particolari dall'obbligo di partecipare fisicamente – la presenza fisica è necessaria - alla Santa Messa, eventualmente disponendo - a riprova della consapevolezza della gravità di una simile misura - la possibile commutazione del precetto in altre opere pie, sulla base di quanto stabilito dal can. 1245 c.i.c. La possibilità di dispensa da un diritto universale e particolare, su richiesta dei fedeli, difatti rientra nella capacità riconosciuta al Vescovo "ogniqualevolta giudichi che ciò giovi al loro bene spirituale" (can. 87 § 1), e per una "causa giusta e ragionevole" (can. 90 § 1). Una tale dispensa non impedisce il rispetto generale della regola, ma limita il suo esercizio in casi particolari e per persone singole. Nella situazione specifica, i Vescovi, più che ricorrere alla possibilità di "dispensare", hanno piuttosto applicato il can. 223 § 2 secondo il quale spetta alla stessa autorità "in vista del bene comune, regolare l'esercizio dei diritti che sono propri dei fedeli". Una decisione di opportunità che non lede la libertà del fedele ma, lungi dall'essere considerata una pena - come pure è stato affermato - ne definisce la modalità di esercizio. Così come del resto si evince chiaramente dal Decreto del 13 marzo 2020 del Vicario di Sua Santità per la diocesi di Roma: "Tuttavia, ogni provvedimento cautelare ecclesiale deve tener conto non soltanto del bene comune della società civile, ma anche di quel bene unico e prezioso che è la fede, soprattutto quella dei più piccoli". Cfr. M. d'Arienzo, *E' legittima la sospensione della Messa in forma pubblica? Risponde una ecclesiasticista*, su www.acistampa.com.

²⁴ Sul punto cfr. F. Marini, *Il precetto della Messa festiva: un obbligo individuale per un'assemblea che celebra la memoria pasquale*, in *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 18, 2005, pp. 259-277.

dal can. 213 da diritto fondamentale a diritto affievolito, poiché condizionato non solo alla sussistenza di uno stato di comunione piena con la Chiesa, ma ad un'eventuale esigenza di interesse pubblico, "il cui verificarsi esclude la tutela e dissolve il diritto. Ancora, di fronte all'emergenza sanitaria scatenata dalla pandemia di Covid-19, la Chiesa, attivando tutte le sue dimensioni, materiali e spirituali, non ha dimenticato i più poveri e vulnerabili, in una grande gara di solidarietà e cura. Basti pensare che, ad esempio, la Conferenza episcopale italiana ha deciso di stanziare milioni di euro, provenienti dall'otto per mille, in favore delle strutture sanitarie; che, in tutta Italia, le Diocesi si sono attivate per rispondere in modo concreto alla pandemia ed hanno aperto le proprie strutture per ospitare persone o gruppi familiari che sono impossibilitati a vivere la quarantena nella propria casa, accollandosi anche il pagamento alberghiero di pazienti dimessi perché meno gravi, così da liberare posti, e che le Congregazioni religiose maschili e femminili, che gestiscono ospedali e case di cura, hanno aumentato l'impegno in favore dei malati di Covid-19²⁵.

Hanno mostrato lo stesso spirito collaborativo anche le altre confessioni religiose. Il 5 marzo, ad esempio, l'Assemblea dei rabbini italiani ha diffuso un comunicato contenente alcune raccomandazioni per le celebrazioni. I rabbini ricordano che, secondo la legge ebraica, costituisce un "dovere per tutti di osservare le *mitzvòt* anche in situazioni di difficoltà". È dovere però anche quello di "salvaguardare la propria vita e la propria salute e la vita e la salute degli altri e, quindi, è un dovere halakhico osservare le raccomandazioni sanitarie degli organismi competenti. Questi due doveri fondamentali vanno conciliati per quanto possibile, anche se chiaramente la salvaguardia della vita e della salute ha la precedenza su tutto²⁶. Ricordando che la salute è anche armonia dello spirito con il corpo, anche le comunità ebraiche hanno cercato di essere il più possibile prossime alle persone contagiate che si trovano in ospedale cercando, in questo momento di grande solitudine, in cui è ancora più forte l'esigenza di richiamarsi ai propri momenti di cultura religiosa, di assicurare a tutti cibo Kosher.

²⁵ In tema di assistenza e cura dei malati deve anche essere ricordato che l'Ospedale pediatrico Bambino Gesù, di proprietà della Santa Sede, ha dedicato la struttura di Palidoro ai bambini Covid-19 positivi.

²⁶ *Il messaggio dei rabbini italiani "Salvaguardia vita e salute ha precedenza su tutto, in moked. Il portale dell'ebraismo italiano*, 5 marzo 2020. In data 8 marzo, le autorità ebraiche sono poi nuovamente intervenute con l'appello dei leader ebraici "Calma e collaborazione, così ne usciremo". Entrambi i documenti sono consultabili su *moked. Il portale dell'ebraismo italiano*, 10 marzo 2020

Anche l'Unione delle comunità islamiche in Italia, il 5 marzo 2020, ha pubblicato con circolare comunitaria n. 01/2020 le "Disposizioni emergenza coronavirus per le comunità islamiche" che all'art. 1 affermano chiaramente la prevalenza della tutela della salute rispetto all'obbligo della preghiera comunitaria giornaliera e, all'art. 2, riportano un *hadith* del Profeta Maometto che, in caso di epidemie, invitava i credenti all'auto isolamento con queste parole: "Se su una terra dovesse apparire un'epidemia, non andateci; e se vi trovate in essa non uscite da questa terra fuggendo". Sono stati così chiusi temporaneamente tutti i centri islamici italiani, sospendendo le cinque preghiere giornaliere e tutte le altre attività culturali e di culto²⁷. L'Unione delle comunità islamiche in Italia ha poi inviato tutti i fedeli a pregare a casa e ha consentito solo i funerali da celebrarsi a porte chiuse. In tal senso è stato disposto che "la chiusura deve includere anche tutte le attività ordinarie e straordinarie, come le cinque preghiere, il *jumuaa*, le prediche, le conferenze, le lezioni, le scuole domenicali ed ogni altra attività culturale, culturale, conviviale o ludica". Le uniche funzioni inderogabili sono i funerali e la preghiera del *gha'ib* che - come succede per i funerali cristiani - possono essere celebrati a porte chiuse e in piccoli gruppi rispettando il metro di distanza e muniti di mascherine evitando il più possibile il contatto diretto". Nella stessa direzione si muove, poi, anche la *fatwa* recante *Raccomandazioni e istruzioni alla luce degli aggiornamenti riguardo l'allerta "Coronavirus"* dell'Associazione Islamica Italiana degli Imam e delle Guide Religiose che, nell'indicare ai propri fedeli la via da seguire, oltre a porsi in linea con la normativa statale, trova piena legittimazione all'interno dei testi ed alla luce dei principi fondamentali della religione islamica²⁸.

Inoltre, non disponendo dell'8×1000 per contribuire in autonomia, le comunità islamiche, per dare un supporto concreto alle realtà coinvolte nella gestione della pandemia e al territorio in cui vivono e di cui si sentono parte integrante, hanno raccolto più di 500 mila euro che sono stati devoluti ad ospedali, Protezione Civile, Comuni e Associazioni di volontariato.

²⁷ Cfr. il documento sul sito dell'Ucoii <https://www.ucoii.org/2020/03/05/01-2020-disposizioni-emergenza-coronavirus-per-le-comunita-islamiche/>.

²⁸ Come ad esempio quello della sacralità della vita (Cor. 5, 32 "[...] chiunque ucciderà una persona senza che questa abbia ucciso un'altra o portato la corruzione sulla terra, è come se avesse ucciso l'umanità intera. E chiunque avrà vivificato una persona sarà come se avesse dato vita all'umanità intera). In tal senso, l'importanza che la visione islamica attribuisce alla tutela della salute individuale e collettiva finisce così per prevalere anche sul dovere di adempiere alla preghiera collettiva.

Tra le Chiese cristiane si evidenzia poi la posizione dei valdesi e dei luterani. Così, se il Moderatore della Tavola Valdese il 10 marzo ha scritto alle chiese ordinando la sospensione di tutte le attività di culto comunitario, comprese le celebrazioni pubbliche di matrimoni e funerali, sollecitando l'accompagnamento spirituale dei congiunti delle persone defunte²⁹, il concistoro della Chiesa evangelica luterana ha da parte sua lasciato alle singole comunità decidere "se cancellare o meno

i culti e gli incontri spirituali" invitando a considerare la necessità di "non rispondere con le sole misure di isolamento alla difficile situazione esistente per quanto riguarda lo stato fisico e dell'anima delle persone"³⁰. Anche la Tavola valdese, avvertendo, per le chiese che rappresenta, la responsabilità di contribuire anche con mezzi straordinari all'impegno diretto a fronteggiare la crisi sanitaria, sociale ed economica prodotta dal diffondersi del virus Covid-19, ha deciso di stanziare 8 milioni di euro, ricavati dai fondi dell'Otto per mille assegnati annualmente alle Chiese valdesi e metodiste, per la costituzione di un Fondo speciale destinato a tale finalità.

La Chiesa Avventista, poi, attraverso l'edizione *online* de *Il Messaggero Avventista* del 5 marzo, facendo seguito alle misure adottate dal governo, ha disposto che tutte le attività comunitarie avventiste, che comportano affollamento di persone tale da non consentire il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro siano sospese fino a nuove disposizioni prevedendo, allo stesso tempo, la possibilità di seguire la Scuola del sabato e il culto sabatico via *streaming*, attivando delle "classi" di Scuola del sabato e un sermone virtuali, disponibili sia attraverso internet, sia attraverso una *app* per lo *smartphone*³¹.

4. Attualità e prospettive per l'esercizio della libertà religiosa durante l'emergenza epidemiologica.

Alla luce di quanto detto, è chiaro anche che attualmente siamo innanzi ad una decretazione d'urgenza anomala, eretta sui presupposti della necessità ed urgenza, che ha di fatto travolto non solo l'esercizio della libertà religiosa, ma anche lo stesso sistema delineato dagli artt. 7 e 8 della Costituzione. Un travolgimento certamente legittimo, tanto nella prospettiva dell'articolo 9 CEDU

²⁹ Coronavirus, sospensione attività ecclesiastiche, in https://www.chiesavaldese.org/aria_articles.php?ref=767

³⁰ Cfr. <https://www.chiesaluterana.it/2020/03/06/decreto-ministeriale-su-covid19/>.

³¹ T. Rimoldi, La Chiesa avventista al tempo del Covid-19, in www.Olir.it, 16 aprile 2020.

(che ritiene la tutela della salute pubblica uno scopo legittimo degli atti diretti alla limitazione della libertà religiosa, purché le misure limitative siano prescritte dalla legge e necessarie in una società democratica secondo un ampio margine di apprezzamento), quanto in quella della deroga, per norma cogente di diritto internazionale pubblico³², al principio *pacta sunt servanda* che, come è noto, può essere disatteso per stato di necessità o cause di forza maggiore. In particolare, per quanto riguarda la Chiesa cattolica, la sospensione dell'art. 2 dell'Accordo di Villa Madama deriverebbe dal fatto che mantenere la totale libertà della stessa di disciplinare senza interventi dello Stato il libero esercizio del culto avrebbe, in questo momento, comportato il rischio del sacrificio di un interesse essenziale quale è la salute dei cittadini³³. Così, se da un lato tale intervento sospensivo della norma pattizia ad opera dello Stato appare legittimo alla luce della evidente sussistenza di un pericolo grave ed imminente, dall'altro lato, tuttavia, non può trascurarsi che tale sospensione investe necessariamente l'interesse essenziale della Chiesa Cattolica che spazia dalla "promozione dell'uomo" alla realizzazione del bene del Paese (interessi esplicitamente menzionati nell'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama) e che risponde, *in primis*, alla salvezza delle anime, *suprema lex* dell'ordinamento canonico ex can. 1752 c.i.c.

Ancora, il nuovo assetto delle celebrazioni cattoliche in Italia non solo ha momentaneamente ridefinito l'assetto del culto pubblico, ma ha anche delineato un nuovo rapporto dei fedeli con i sacramenti che i ministri sacri non possono negare (can. 843 c.i.c) e che, ex can. 840 c.i.c., "sono azioni liturgiche pubbliche mediante le quali la fede viene espressa e rafforzata, si rende culto a Dio e si compie la santificazione degli uomini". I sacramenti, dunque, caratterizzati dalla pubblicità e dalla necessità (can. 1752 c.i.c.), sono indubbiamente centrali nella vita della Chiesa e necessitano di una dimensione cerimoniale in cui l'azione si deve strutturare secondo le linee portanti stabilite in via generale dai cann. 841 e 838 e nel rispetto di quanto stabilito dai cann. 124 – 126. Alla luce di quanto detto, ben si comprende allora come il diritto di ricevere i sacramenti sia, per coloro che si trovano in piena comunione con la Chiesa, un diritto fondamentale che si radica nello *ius divinum* ed espresso nel can. 213.

E' del tutto evidente, però, che le misure giuridiche di contrasto alla pandemia dovuta al Covid-19 hanno determinato *in primis* un affievolimento del diritto

³² Che deve intendersi come applicabile anche al Concordato tra Repubblica Italiana e Santa Sede ex art. 3 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

³³ V. Pacillo, *La sospensione del diritto di libertà religiosa nel tempo della pandemia*, in *Oliv. It.*, 16 marzo 2020.

garantito dal canone 213 che, tuttavia, non può essere disposto *sine die*³⁴ ed, *in secundis*, anche ulteriori e notevoli problemi di ordine pratico.

Si pensi, ad esempio, a coloro che potrebbero richiedere, alle condizioni di cui ai cann. 1004-1007 c.i.c., il sacramento dell'estrema unzione e che, in base alla normativa vigente, non sanno se loro o i sacerdoti che dovrebbero, evidentemente, muoversi dalle loro abitazioni, possono sostenere che il loro spostamento è motivato da "situazioni di necessità" secondo quanto previsto, ancora oggi, dal dpcm del 26 aprile.

In tale circostanza, poi, non è stato chiarito se le Forze dell'ordine, alle quali è demandato il controllo e la valutazione delle situazioni di necessità, possono impedire al fedele di raggiungere il luogo di culto e denunciarlo per violazione dell'art. 650 c.p. e – ugualmente – impedire al sacerdote o al ministro straordinario di somministrare la Comunione al fedele infermo che ne faccia richiesta. Ancora, benché si sia ritenuto sproporzionato il sacrificio del principio di precauzione nel caso di persistente apertura degli edifici di culto (ritenendo quindi i servizi spirituali non assimilabili a quelli "essenziali" e imprescindibili come quelli alimentari e sanitari), non può non evidenziarsi una palese incongruenza a fronte dell'apertura consentita ad attività non essenziali, quali le edicole e le tabaccherie (dpcm 11 marzo 2020, sempre prorogato).

Inoltre, attualmente, alla luce della perdurante necessità di garantire il cosiddetto distanziamento sociale, pur avendo il dpcm del 26 aprile 2020 permesso a determinate condizioni le cerimonie funebri, risultano sospese le cerimonie civili e religiose, così come l'apertura dei luoghi di culto, risulta condizionata all'adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone³⁵. Pertanto, i luoghi di culto, qualora non chiusi dall'autorità ecclesiastiche, possono continuare a svolgere la funzione di luogo di preghiera individuale dei fedeli e di celebrazione di "funzioni religiose" anche se con le

³⁴ V. Pacillo, *Il diritto di ricevere i sacramenti di fronte alla pandemia. Ovvero, l'emergenza da COVID-19 e la struttura teologico-giuridica della relazione tra il fedele e la rivelazione della Grazia*, in www.Olir.it, 6 aprile 2020.

³⁵ Cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 10 aprile 2020 – Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, applicabili sull'intero territorio nazionale che, nel ribadire quanto già previsto nei precedenti provvedimenti, ha stabilito 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 di cui all'allegato 1, lettera d)» e che «sono sospese le cerimonie civili e religiose, ivi comprese quelle funebri» (art. 1, com. 1, lett. i).

limitazioni sopra indicate il cui rispetto può essere oggetto di controllo da parte delle Forze dell'ordine il cui accesso agli edifici aperti al culto, però, nel rispetto delle norme di derivazione pattizia³⁶, non può avvenire in assenza di una "urgente necessità" e senza darne previo avviso all'autorità ecclesiastica³⁷.

Alla luce della disciplina pattizia, la cui efficacia passiva rinforzata non permette la loro modifica unilaterale né con legge ordinaria né, tantomeno, con dpcm, le Forze dell'ordine non possono dunque impedire o turbare le celebrazioni religiose³⁸. Del resto, l'intento di determinare una generale protezione della libertà di culto verso indebite azioni interruttive o di turbamento, è presente sia nella fattispecie di reato di cui all'art 405 c.p. (che, da un punto di vista soggettivo, riferendosi a chiunque, comprende certamente anche le Forze dell'ordine) sia, a livello costituzionale, nell'art. 19 a norma del quale tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume (buon costume e non ordine pubblico proprio per evitare indebite ingerenze).

Indubbiamente, questa normativa emergenziale è stata complessivamente poco chiara, lasciando molti margini di interpretazione discrezionale, solo parzialmente risolti dalla pubblicazione di risposte sui siti istituzionali, che sono peraltro sempre molto restrittive della mobilità personale. Ad esempio, l'apertura dei luoghi di culto non è stata considerata condizione sufficiente per rendere legittimo uno spostamento dalla propria abitazione, se non in prossimità della stessa (Faq 10 aprile 2020), anche se si è ritenuto accettabile l'ingresso nei luoghi di culto – alle condizioni generalmente stabilite – qualora la mobilità fosse stata determinata da altre ragioni legittime (Faq del Ministero della Salute del

³⁶ A tale riguardo, con particolare riferimento ai rapporti tra Repubblica italiana e Chiesa Cattolica, l'art. 2 della l. 25 marzo 1985, n. 121 prevede che "la Repubblica italiana riconosce alla Chiesa cattolica la piena libertà di svolgere la sua missione pastorale, educativa e caritativa, di evangelizzazione e di santificazione. In particolare è assicurata alla Chiesa la libertà di organizzazione, di pubblico esercizio del culto, di esercizio del ministero e del ministero spirituale nonché della giurisdizione in materia ecclesiastica

³⁷ L'art. 5 della l. 25 marzo 1985, n. 121 prevede che "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. 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. 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".

³⁸ Cfr. R. Santoro, *Focus La tutela penale del sentimento religioso ai temi del Covid-19: il caso del turbamento di funzioni religiose da parte delle Forze dell'ordine*, in www.Olir.it, 22 aprile 2020.

15 marzo 2020; Nota della Direzione Centrale degli Affari dei Culti del Ministero dell'Interno, del 27 marzo 2020). Alla luce di quanto detto appare dunque necessario che lo Stato manifesti una maggiore sensibilità nell'affrontare le questioni che riguardano le esigenze dei credenti, qualunque sia la religione di appartenenza, in modo tale che possa essere assicurato a tutti il libero e pubblico esercizio del culto. Lo Stato laico, almeno nella concezione del principio di laicità che deriva dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, ha il dovere di registrare le istanze che emergono dalla società civile e di dare ad esse, entro i limiti costituzionalmente posti, un riconoscimento. Prendere sul serio la libertà di culto, anche in un momento di drammatica emergenza come quello che stiamo vivendo, passa anche per un corretto bilanciamento tra le richieste dei consociati religiosi in merito al pubblico esercizio del culto e la tutela di beni/valori della vita e della salute pubblica che, in questo specifico campo, non può che passare da una rinnovata valorizzazione del sistema bilaterale dei rapporti tra Stato e confessioni. Un rinnovato dialogo formale tra poteri pubblici e la Santa Sede (ovvero con gli enti esponenziali delle altre confessioni con intesa) è oggi, a ridosso della fase 2 di gestione dell'emergenza, più che mai necessario per individuare, laddove fosse possibile, modalità di compimento di atti di culto che – con le opportune misure di cautela sanitaria generale – non mettano a rischio la vita e la salute pubblica. Del resto, il diritto di esercitare il proprio credo in forma individuale e associata, di partecipare ai riti della propria religione e di manifestare la propria fede è garantito dalle Carte costituzionali di moltissimi Paesi del mondo, e dalle grandi carte interazionali dei diritti (si pensi, ad esempio all'art. 9 CEDU). Come si è detto, innanzi alle enormi compressioni dei diritti dei fedeli, che non possono partecipare ai riti collettivi perché ritenuti potenziali luoghi di contagio e che non possono accedere agli edifici di culto, le autorità ecclesiastiche hanno dimostrato una non comune sensibilità nell'indicare ai fedeli percorsi alternativi di ritualità (anche attraverso il web e altri strumenti digitali)³⁹, nell'ottica di una leale collaborazione tra Stato e chiesa che acquista ancora più valore se si considera che le ordinanze contingibili del Governo nazionale e regionale, da una parte, hanno irrispettivamente compresso il diritto di libertà religiosa che, in ossequio all'art. 19 della Costituzione, non prevede limitazioni

³⁹ La sospensione della celebrazione delle messe ha, ad esempio, indotto Tv 2000 ad aumentare gli appuntamenti religiosi per accompagnare e rendere un servizio a telespettatori e fedeli. Oltre all'incremento delle messe in tv si registra una inevitabile apertura alle messe in streaming. Ancora, tra gli strumenti utilizzati vi sono *whatsapp*, *Facebook* e *Youtube*. Sul tema si rinvia a M. d'Arienzo, *Zuckerberg e i nuovi rapporti tra diritto e religioni. A proposito di libertà di coscienza nell'era digitale*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2019.

di "ordine pubblico" e, dall'altra, hanno occupato spazi decisionali riservati (ex Art. 7, comma I, Cost.) alla Chiesa. Così, se è vero che il bilanciamento dei valori costituzionali in gioco tra diritto alla salute e libertà religiosa può certamente determinare la compressione del diritto alla ritualità collettiva, è anche vero che tale compressione è ammissibile solo se rispettosa della gerarchia delle fonti del diritto e se contenuta in un limite spazio-temporale ben definitivo e certamente non eccessivamente lungo⁴⁰.

Se di fronte all'emergenza dettata dalla pandemia le Chiese hanno risposto con un grande senso di responsabilità e non sono arretrate innanzi alla necessità di fornire un concreto contributo alla gestione dell'emergenza sanitaria (in soccorso delle criticità emerse da un sistematico smantellamento del *welfare* statale)⁴¹, non può che lasciare perplessi l'ultimo Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri che, dopo settimane di interlocuzione e di negoziato che hanno visto la CEI presentare Orientamenti e Protocolli con cui affrontare una fase transitoria nel pieno rispetto di tutte le norme sanitarie, esclude arbitrariamente la possibilità di celebrare la Messa con il popolo. Di fatto, il dpcm del 26 aprile 2020 ha mantenuto inalterato il quadro generale, ammettendo la sola celebrazione dei funerali «preferibilmente» all'aperto, col concorso di non più di 15 partecipanti. In ragione di ciò, la Conferenza episcopale italiana ha subito emanato una Nota di dissenso lamentando la compromissione dell'esercizio della libertà di culto e ricordando che anche "l'impegno al servizio verso i poveri, così significativo in questa emergenza, nasce da una fede che deve potersi nutrire alle sue sorgenti, in particolare la vita sacramentale". In tal senso, la CEI, nel

⁴⁰ Cfr. 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 Review*, Rivista Telematica ([www. http://www.calumet-review.it](http://www.calumet-review.it)), 4 aprile 2020; T. Rimoldi, *La Chiesa avventista al tempo del Covid-19*; D. Milani, *Fede e salute al tempo del Coronavirus: per un primo bilancio a un mese dal lockdown*; C. Cianitto, *Let us continue to pray. La Chiesa d'Inghilterra e il Covid-19*; V. Pacillo, *Il diritto di ricevere i sacramenti di fronte alla pandemia. Ovvero, l'emergenza da COVID-19 e la struttura teologico-giuridica della relazione tra il fedele e la rivelazione della Grazia*; S. Montesano, *L'esercizio della libertà di culto ai tempi del Coronavirus*; V. Pacillo, *La sospensione del diritto di libertà religiosa nel tempo della pandemia*; A. Gianfreda, *Libertà religiosa e culto dei defunti nell'epoca del Coronavirus*; M. Abu Salem, *L'Islam italiano e le regole religiose di fronte all'emergenza del COVID-19: "L'avversità si accompagna alla buona sorte"* (*Cor. 94, 5-6*), tutti disponibili al sito web www.olir.it.

⁴¹ Si pensi, ad esempio, alla CEI che ha destinato 10 milioni di euro alle Caritas diocesane, all'iniziativa dell'Unione Buddhista Italiana atta a destinare una parte delle risorse percepite con l'Otto per Mille alla Protezione Civile o, ancora, alla comunità musulmana di Reggio Emilia che ha fatto una ingente donazione alle strutture impegnate nel contrasto all'epidemia.

ricordare che la libertà religiosa dei singoli e dei gruppi può plasmarsi e adattarsi nel bilanciamento con altri diritti fondamentali dell'essere umano ma non può mai del tutto arretrare o peggio scomparire, richiama la Presidenza del Consiglio e il Comitato tecnico-scientifico al "dovere di distinguere tra la loro responsabilità – dare indicazioni precise di carattere sanitario – e quella della Chiesa, chiamata a organizzare la vita della comunità cristiana, nel rispetto delle misure disposte, ma nella pienezza della propria autonomia". In risposta a tale nota, il 26 aprile 2020 la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha comunicato che «nei prossimi giorni si studierà un protocollo che consenta quanto prima la partecipazione dei fedeli alla celebrazioni liturgiche in condizioni di massima sicurezza». Al riguardo, a parere di chi scrive, in considerazione del fatto che l'art. 19 Cost. sancisce che la libertà di culto è protetta nei confronti di tutti, la Presidenza del Consiglio dei Ministri dovrà emanare un protocollo, frutto di una rinnovata interlocuzione tra le parti, che dovrà contenere regole rivolte a tutte le Confessioni religiose, anche quelle che non hanno stipulato un'intesa con lo Stato italiano, ai sensi dell'art. 8 comma 3 della Costituzione. Solo così sarà possibile evitare che la "fede sospesa" possa trasformarsi in una "fede interdetta".

Responsabilità sanitaria e contratti in corso ai tempi del Covid-19: quali effetti?

di Gennaro DEZIO*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Brevi considerazioni in punto di responsabilità degli operatori sanitari. 3. Gli effetti sui contratti. 4. Gli anticorpi codicistici e l'intervento del legislatore

ABSTRACT: *The ongoing pandemic involves several legal disciplines. In the civil sphere, at the moment, above all two: the impact of the pandemic on health liability and the impact of the pandemic on contractual relationships. Obviously, these are very important issues that will require an in-depth analysis considering the relevant consequences on the national economy.*

1. Premessa.

La pandemia¹ da Covid-19, che ormai da mesi sta flagellando moltissimi Paesi del mondo e per la quale, secondo i modelli elaborati in base alle conoscenze scientifiche finora maturate dalle organizzazioni sanitarie nazionali e sovranazionali, non è prevista una fine prossima², pone dei problemi mai affrontati dalle società moderne, mettendone a dura prova il quadro istituzionale e la struttura economica. È pacifico che una sfida che investa i gangli fondamentali della società non possa che, a maggior ragione, rivelarsi una sfida per il diritto, per tutto il mondo giuridico, investendo aspetti di preminente valore sociale e beni costituzionalmente garantiti³.

Del resto, anche pochi giorni fa, durante i lavori del *Legal Forum 9 1/2 Rule of Corona*⁴, organizzato dalla Federazione Russa, Dimitri Medvedev vicepresidente

* Abilitato all'esercizio della professione forense e cultore della materia in Istituzioni di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ <http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioNotizieNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&menu=notizie&p=dalministero&id=4209>

² <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---27-april-2020>

³ A. SIENA, *Gli effetti legati all'emergenza COVID-19 sull'inadempimento contrattuale*, in *diritto.it*, 14 aprile 2020.

⁴ *St. Petersburg International Legal Forum 9 1/2: The Rule of Corona – is a special event exclusively focused on the legal aspects of social life under the conditions of the COVID-19 pandemic. Law as a universal social regulator is of vital importance in the fight against the global pandemic. Legal*

del Consiglio di Sicurezza russo, ha affermato che la pandemia pone rischi per i diritti umani e K. Shanmugam, ministro della Giustizia di Singapore, ha specificato che il mondo del diritto deve avere come obiettivo quello di approntare risposte internazionali unitarie visto che, pur non auspicabili, future pandemie sono pressoché certe⁵.

Sono, queste, solo le ultime testimonianze di un mutato quadro sovranazionale che sebbene inizialmente sia apparso, forse, poco reattivo rispetto ad una minaccia che appariva lontana, sfumata, ha ora preso coscienza di un irrimediabile esigenza di un maggiore coordinamento per evitare, nelle prossime fasi della pandemia e per le future emergenze sanitarie, una drammatica sottovalutazione dei rischi e la mancata predisposizione di adeguati piani di risposta⁶.

È chiaro che l'urgenza di risolvere il prima possibile la crisi sanitaria si accompagna di pari passo alla necessità di affrontare e limitare un'emergenza economica⁷ potenzialmente devastante in un quadro macroeconomico che, in parte, ancora scontava i dannosi effetti della crisi economica del 2007-2013. Ed in tal senso, nelle scorse settimane, ha cominciato a muoversi il legislatore, con provvedimenti volti a sospendere gli obblighi tributari e contributivi, con un ampliamento della platea dei beneficiari della cassa integrazione, con misure a favore dei nuovi poveri, compresi i lavoratori in nero, con la previsione della garanzia dello Stato per i finanziamenti alle imprese⁸. È chiaro che le già citate esigenze di salute pubblica hanno reso ineludibile l'applicazione di strategie di contenimento del virus⁹ che hanno inciso

responses to the current epidemic challenges will be addressed by leading law professionals from all over the world. In keeping with the requirements of the day, the Forum 9 ½ will be held online. Per una panoramica sui lavori del Forum si v. <https://spblegalforum.com/en/online/2020>.

⁵ L. PANZANI, *COVID-19. Un'emergenza destinata a protrarsi. Appunti per il "dopo"*, in federalismi.it, 15 aprile 2020.

⁶ Si v. ad es. le strategie da ultime decise in sede europea: *Covid-19: pandemia di coronavirus e risposta dell'UE*, in <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/covid-19-coronavirus-outbreak-and-the-eu-s-response>.

⁷ Sulla ripartenza dell'economia italiana si v. le interessanti proposte di C. PASSERA, *Con un grande piano integrato si può ripartire*, in ilsole24ore.com, 5 aprile 2020. Per una panoramica globale è di sicura utilità l'*hub* informativo messo a disposizione dal Fondo Monetario Internazionale con varie analisi collegate all'emergenza economica in <https://www.imf.org/en/Topics/imf-and-covid19>.

⁸ *Decreto Liquidità: le misure per il sostegno finanziario di imprese e professionisti*, in www.ipsoa.it, 9 aprile 2020. Per una panoramica più ampia e per i relativi riferimenti normativi si consulti <http://www.mef.gov.it/covid-19/misure-coronavirus.html>.

⁹ Sulle strategie di contenimento del virus nella prima fase dell'epidemia si v. l'interessante contributo di T. PUEYO, *Coronavirus — Perché Agire Ora - Politici, Leader della Comunità e Imprenditori: Cosa Fare e Quando?*, in medium.com, 13 marzo 2020. Su quelle relative alla

profondamente tanto sulle funzioni fondamentali dello Stato, in primo luogo l'amministrazione della giustizia, quanto su molti diritti fondamentali dei cittadini¹⁰. Le libertà di circolazione, di riunione, di esercizio di un'attività economica mai come prima d'ora sono state oggetto di una estrema compressione per l'esigenza di assicurare l'efficacia del distanziamento sociale quale unica forma, al momento efficiente, di contenimento del virus¹¹. Indubbiamente l'emergenza epidemiologica ed il nuovo quadro giuridico che necessariamente ne è derivato ha coinvolto, fundamentalmente, la maggior parte delle scienze giuridiche toccando una complessa molteplicità di aspetti: dalle fonti del diritto ai diritti e libertà fondamentali della persona; dai rapporti tra poteri dello Stato¹² e tra Stato e regioni ai rapporti tra Stato e Unione europea; dal lavoro e dall'impresa alla (ri)organizzazione e gestione della giustizia. Incisi, sono stati anche aspetti prettamente civilistici, si pensi alla responsabilità sanitaria così come all'impatto degli effetti della pandemia sui rapporti contrattuali.

Di questi ultimi in tale sede si proverà a fornire un'analisi che senza alcuna pretesa di esaustività provi a delinearne i tratti caratteristici e possibili ricadute sul sistema giudiziario.

2. Brevi considerazioni in punto di responsabilità degli operatori sanitari.

In una fase, non si sa quanto perdurante di emergenza sanitaria, anche in ragione del possibile decorso mostrato dalla malattia e considerata al momento

seconda fase, si v., sempre dello stesso autore, *Coronavirus: Learning How to Dance Part 1: A Dancing Masterclass, or What We Can Learn from Countries Around the World*, in medium.com, 20 aprile 2020. Si rimanda, poi, per riferimenti a Paesi che hanno optato per approcci diversi (ad es. Svezia), <https://www.bbc.com/news/world-europe-52395866>. Per un focus sulle misure più specificamente attinenti alla prevenzione nei luoghi di lavoro in prospettiva della c.d. "fase 2", si v. il documento tecnico predisposto da Inail, <https://www.inail.it/cs/internet/comunicazione/news-ed-eventi/news/news-coronavirus-fase-2-documento-tecnico-lavoro-2020.html>.

¹⁰ L. PANZANI, *COVID-19. Un'emergenza destinata a protrarsi. Appunti per il "dopo"*, op.cit.

¹¹ Si v. il paper di C. DALTON, S. CORBETT, A. KATELARI, *Pre-Emptive Low Cost Social Distancing and Enhanced Hygiene Implemented before Local COVID-19 Transmission Could Decrease the Number and Severity of Cases*, March 5, 2020. Consultabile all'indirizzo SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3549276> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3549276>. Sull'efficacia delle misure si v., *inter alia*, l'interessante report di A. M. MILLER, *What 'social distancing' actually means, and how to know if you should cancel your plans during the coronavirus outbreak*, insider.com, 11 marzo 2020.

¹² Si v. l'intervista al Corriere della Sera del Presidente della Corte Costituzionale M. CARTABIA del 29 aprile 2020, https://www.corriere.it/esteri/20_aprile_29/coronavirus-intervista-marta-cartabia-nella-costituzione-vie-uscire-crisi-c1893622-8982-11ea-8073-abb9eae2ee6.shtml.

l'assenza di terapie mirate di sicura efficacia¹³ fortissima è la pressione a cui sono sottoposti strutture ed operatori sanitari¹⁴.

L'attività degli operatori sanitari, in maniera ancor maggiore nei primi giorni della diffusione dell'epidemia, se già di per sé delicata, è stata resa ancor più complessa dalle molteplici variabili e dall'effetto sorpresa derivate dal diffondersi di questo nuovo patogeno: si pensi all'ampio novero di manifestazioni e alla diversa gravità del quadro sintomatologico causati dal COVID-19 con la possibilità che ciascun paziente possa arrivare a presentare diversi sintomi, da quelli più lievi (febbre) a quelli più severi (difficoltà respiratorie e complicanze tromboemolitiche)¹⁵.

Evidenziata tale complessità, ben si comprende il motivo per il quale i sanitari potrebbero essere sottoposti, in misura maggiore rispetto ad altri momenti, ad un numero crescente di domande di risarcimento dei danni da parte dei propri pazienti.

Sul punto è interessante capire se e, nel caso, fino a che punto gli stessi debbano essere ritenuti responsabili oppure se sia possibile prevedere delle forme di limitazione della responsabilità in considerazione dell'unicità ed eccezionalità della situazione¹⁶.

Ed infatti, per evitare un aumento repentino di richieste risarcitorie da parte dei familiari delle vittime decedute per Covid-19, causate in parte da potenziali contagi contratti proprio all'interno delle strutture ospedaliere e dall'altro da possibili eventi di danno riconducibili alle prestazioni sanitarie rese (o non rese) in occasione del diffondersi del Covid-19¹⁷, si è riaperto un peraltro mai sopito

¹³ Sul punto si v. l'andamento delle sperimentazioni in corso autorizzate dall'Agenzia Italiana del Farmaco, <https://www.aifa.gov.it/emergenza-covid-19>, nonché le Linee di indirizzo assistenziali per i pazienti affetti da Covid-19 attualmente raccomandate dal Ministero della Salute, <https://www.aifa.gov.it/emergenza-covid-19>.

¹⁴ La Legge n. 24/2017, c.d. Gelli-Bianco, e la normativa vigente in materia professioni sanitarie, individuano tra gli esercenti la professione sanitaria il farmacista ex d.lgs. 258/199, il medico chirurgo ex d.lgs. 368/1999, l'odontoiatra ex l.409/1985, il veterinario ex l. 750/1984, lo psicologo ex l. 56/1989, l'infermiere ex l. 905/1980, le ostetriche ex l. 296/1985, i professionisti operanti in ambito riabilitativo sanitario, nonché professionisti tecnico-sanitari (di area tecnico-diagnostica e tecnicoassistenziale).

¹⁵ Si v. l'intervista di R. GUERRA (Oms): *Il coronavirus è un mostro, attacca l'intero sistema. Ci sono ancora troppe incognite*, in *www.corriere.it*, 28 aprile 2020.

¹⁶ J. GIAMMATTEO, L. SEBASTIANELLI, M. TREGLIA, L. T. MARSELLA, *Limitazione della responsabilità sanitaria durante l'emergenza da COVID-19*, in *Pratica Medica e Aspetti legali*, n.1/2020, <https://journals.seedmedicalpublishers.com/index.php/PMeAL/article/view/1473/1822>.

¹⁷ Si v. le interessanti riflessioni sulla complessa questione delle infezioni nosocomiali da Covid-19 e conseguente responsabilità della struttura sanitaria in M. HAZAN-D. ZORZIT, *Corona Virus e Responsabilità*, Ridare.it, 10 marzo 2020.

dibattito in materia di responsabilità medica e sulla possibilità, in questo caso, di prevederne possibili limitazioni¹⁸.

Una soluzione del genere andrebbe a porsi quale argine ad uno scenario non accettabile da un punto di vista né etico né economico, in considerazione di un contesto sanitario straordinario caratterizzato perlopiù dall'impossibilità, per i sanitari, di operare in condizioni adeguate.

Non sarebbe etico, quindi, considerata la paradossale situazione di operatori sanitari chiamati ad agire senza sosta e privi di risorse adeguate, spesso anche dei più elementari ma indispensabili dispositivi di protezione individuale. Un'evoluzione di questo tipo, a maggior ragione, non sarebbe accettabile dal punto di vista economico visto che renderebbe a maggior ragione pericolante un sistema sanitario già in situazione di forte stress, con inevitabili ricadute sul settore assicurativo e sul sistema giudiziario.

In via generale, la responsabilità medica è quel tipo di responsabilità posta in capo a chi eserciti l'attività sanitaria e che attiene all'insieme di azioni, errori od omissioni che hanno determinato un danno all'integrità psico-fisica del singolo paziente. Può essere ricondotta a diversi profili: alla colpa del singolo medico, ad una insufficienza o non corretta gestione dei mezzi e/o degli strumenti della struttura sanitaria o ancora alla mancanza di un idoneo consenso informato del paziente.

Intervenuta da ultima in materia, la c.d. Legge Gelli-Bianco (Legge n. 24/2017) ha escluso la responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria nel caso in cui questo stesso dimostri di essersi attenuto alle linee guida viste e pubblicate dall'Istituto Superiore di Sanità o, in mancanza, alle buone pratiche, richiedendo in tale circostanza l'adeguatezza al caso concreto clinico-assistenziale e rispondendo, quindi, per le sole ipotesi di dolo e colpa grave¹⁹. Per quanto invece attiene ai profili di responsabilità civile, superando l'annoso dibattito in materia, la scelta è stata quella di ricondurre la responsabilità del singolo medico che opera a qualsiasi titolo all'interno di una struttura sanitaria all'interno nel solco della responsabilità extracontrattuale di cui art. 2043 del codice civile, salvo che non sussista un vincolo negoziale tra medico e paziente.

¹⁸ E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020.

¹⁹ A. PALMIERI, *La riforma della responsabilità medica. La responsabilità del medico*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2018.

Il legislatore ha, invece, lasciato immutato il quadro normativo relativo alle forme di responsabilità delle strutture sanitarie²⁰.

Ciò posto si è opportunamente discusso della possibilità di potenziare gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento e, nel caso, prevederne di nuovi al fine di scongiurare un dannoso incremento del contenzioso tra esercenti la professione sanitaria e pazienti.

Sul punto, si è molto discusso rispetto alla possibilità di inserire, in sede di conversione del d.l. n. 18 del 2020 (c.d. Cura Italia), disposizioni volte ad introdurre uno «scudo giuridico» (civile, penale, erariale) in materia di responsabilità professionale dei sanitari.

All'esito dell'aspro dibattito sorto rispetto all'eventualità di estendere tali garanzie anche alle strutture ed a tutti i soggetti preposti alla gestione della crisi sanitaria, per ragioni di opportunità, viste anche le notizie relative ad indagini dell'autorità giudiziaria volte a verificare la possibilità di ascrivere proprio ad alcune strutture la responsabilità (omissiva) di taluni decessi, ed il mancato contenimento di specifici focolai, si è preferito ritirare gli emendamenti proposti²¹.

Al fine di delineare il tema in discorso, secondo una prima ricostruzione sarebbe necessario innanzitutto focalizzarsi sul concetto di emergenza, fondato su una minuziosa analisi della realtà che «può consentire di cogliere le contingenze nelle quali vi è una particolare difficoltà della diagnosi, sovente accresciuta dall'urgenza; e di distinguere tale situazione da quelle in cui, invece, il medico è malaccorto, non si adopera per fronteggiare adeguatamente l'urgenza o tiene comportamenti semplicemente omissivi, tanto più quando la sua specializzazione gli impone di agire tempestivamente proprio in emergenza [...]. In breve, quindi, la colpa del terapeuta ed in genere dell'esercente una professione di elevata qualificazione va parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiestogli ed al contesto in cui esso si è svolto»²².

Sarebbe quindi possibile, seguendo tale approccio, applicare l'art. 2236 c.c., per il quale se la prestazione richiede la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, come in questo caso, l'esercente la professione sanitaria (nel caso di

²⁰ Esse infatti saranno chiamate a rispondere a titolo di responsabilità contrattuale *ex artt.* 1218 e 1228 del c.c..

²¹ Sebbene il Governo si sia impegnato a riconsiderare, in seconda battuta, la materia con futuri provvedimenti.

²² Cass. civ., 10 giugno 2014, sent. n. 24528.

specie prestatore d'opera) non risponderebbe dei danni, salvo le ipotesi di dolo o di colpa grave.

Tale disposizione normativa inserisce all'interno dell'ordinamento giuridico una regola logica e fattuale che richiede di considerare tutte le difficoltà con cui il professionista ha dovuto confrontarsi, escludendo, in condizioni di emergenza come quella che stiamo affrontando, la possibile ascrivibilità di forme di responsabilità per i danni causati ai pazienti, salvo, chiaramente, quelli derivanti da dolo o colpa grave²³.

Da un punto di vista pratico, al fine di operare una corretta valutazione del comportamento del sanitario bisognerà rapportare la situazione organizzativa, anche sotto il profilo logistico della struttura sanitaria, l'eccezionalità dello stato di emergenza della specifica struttura, il numero più o meno elevato di pazienti che necessitano di essere trattati e la severità delle loro condizioni, la disponibilità di attrezzature e di personale, il livello di esperienza e di specializzazione del singolo operatore²⁴.

In un quadro così delineato, gli emendamenti proposti nulla avrebbero aggiunto rispetto ad uno strumento già attuabile ricorrendo alla disciplina codicistica. Alle stesse conclusioni giunge poi un diverso orientamento per il quale il criterio di limitazione della responsabilità di cui all'art. 2236 c.c., che opera solo quando la prestazione presuppone «la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà», ha la sua *ratio* nell'imperizia, non trovando applicazione in caso di negligenza ed imprudenza.

Visto che, come sostenuto, dalla fase pandemica in corso non scaturirebbero problemi tecnici di peculiare difficoltà²⁵, il criterio in esame non avrebbe inciso sull'imperizia ma, diversamente, solo sulle comuni regole di diligenza e prudenza da seguire a garanzia della possibilità di adempiere la prestazione sanitaria, che, a causa del "contesto" in cui era resa, ha assunto portata straordinaria ed eccezionale²⁶. Di conseguenza, gli emendamenti in discussione non erano considerati adeguati rispetto all'obiettivo finale visto che, seguendo la strada

²³ J. GIAMMATTEO, L. SEBASTIANELLI, M. TREGLIA, L. T. MARSELLA, *Limitazione della responsabilità sanitaria durante l'emergenza da COVID-19*, *op. cit.*

²⁴ Cfr. l'emendamento A.S. 1766 al decreto Cura Italia 2020, a prima firma Marcucci, ridefinito quale "Disposizioni in materia di responsabilità per eventi dannosi che abbiano trovato causa nella situazione di emergenza da COVID-19", ritirato il 5 aprile 2020.

²⁵ E. SCODITTI, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione COVID-19*, in www.questionegiustizia.it, 10 aprile 2020.

²⁶ E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, *op. cit.*

della limitazione della colpa grave, da un lato «non si coglie la vera natura dell'inadempimento, il quale non riposa sull'imperizia», e, dall'altro, «si indeboliscono le potenzialità di esimente da responsabilità risarcitoria che ha la norma di cui all'art. 1218» in tema di impossibilità della prestazione derivante causa non imputabile²⁷.

Allo stesso modo si sono poi rilevati significativi profili di criticità nella formulazione e nell'esposizione delle possibili forme di esclusione della responsabilità: avrebbe posto, ad esempio, problemi di legittimità costituzionale il riferimento a fatti posti in essere «durante l'emergenza»²⁸. Così come illogica sarebbe stata la pur paventata possibilità di ricondurre la fattispecie di colpa grave anche alla «violazione dei protocolli o programmi emergenziali predisposti per fronteggiare la situazione in essere», andando così ad impedire l'esclusione di forme di responsabilità «proprio là dove ve ne sarebbe stato più bisogno».

Del resto, come rilevato, gli obiettivi cui erano volti gli emendamenti poi ritirati, prescindendo da potenziali futuri interventi di riforma della materia, ben potrebbero essere perseguiti facendo ricorso alle le clausole generali, ex artt. 1218, 1176, comma 1, c.c., e 2236 c.c..

Nell'eccezionalità della fase pandemica in cui viene posta in essere la prestazione sanitaria, come criterio di giudizio ed al fine di escludere la responsabilità risarcitoria, potranno trovare applicazione le comuni regole di diligenza e prudenza scaturenti dal combinato disposto degli artt. 1218 e 1176, comma 1, c.c..

²⁷ Ha rilevato infatti E. SCODITTI, *Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, in *www.questionegiustizia.it*, 3 aprile 2020, «Se (...) all'emergenza epidemiologica COVID-19 si conferisce rilevanza in sede di criterio per determinare se vi sia stato adempimento della prestazione professionale (mediante il controllo sulla perizia), non può la medesima circostanza della pandemia tornare ad avere rilievo anche sotto il profilo della causa non imputabile di inadempimento, che costituirebbe peraltro (...) la sua sede propria. Quel presupposto di fatto o ha rilievo per la disciplina sull'adempimento o ha rilievo per quella sulla responsabilità del debitore, stabilendosi diversamente una contraddittorietà nell'ordinamento. I giudici quindi non potrebbero dare rilevanza al COVID-19 dal punto di vista dell'art. 1218. L'esito dell'emendamento è quello di un depotenziamento dell'esimente di cui all'art. 1218, cioè della sede nella quale la circostanza della pandemia dovrebbe essere correttamente collocata».

²⁸ Andando così a ricomprendere prestazioni sanitarie che niente hanno a che fare, nello specifico, con la situazione di emergenza. Si v. E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, op. cit..

L'estrema peculiarità e la criticità dello specifico contesto possono costituire "causa non imputabile" da cui è derivata l'impossibilità di adempiere in modo esatto la prestazione sanitaria.

D'altro canto, al fine di evitare una crescita esponenziale del contenzioso in materia garantendo anche un clima sereno per gli operatori sanitari, quanto mai necessario nell'estrema incertezza del momento storico che stiamo vivendo, si potrebbe pensare di limitare la possibilità di agire per il risarcimento dei danni da emergenza Covid-19 solo per via contrattuale nei confronti della struttura sanitaria.

Sarà la struttura, poi, sulla base di quanto previsto dall'art. 9 legge n. 24/2017, a potersi rivalere sul sanitario solo in caso di dolo o colpa grave e nei limiti stabiliti dalla medesima norma.

3. Gli effetti sui contratti.

Particolarmente serie sono anche le preoccupazioni circa l'incidenza delle conseguenze scaturenti dall'emergenza epidemiologica da Covid-19 sui rapporti contrattuali in corso, vista la maturata consapevolezza dell'eccezionalità assoluta del momento. Opportunamente, si ritiene di primaria importanza la possibile individuazione di adeguati strumenti attraverso i quali fronteggiare le annunciate criticità in punto di esecuzione dei rapporti contrattuali ed attuazione dei rapporti obbligatori²⁹.

L'intervenuta sospensione delle attività lavorative non rientranti nella filiera di quelle essenziali, quanto mai necessaria nella fase di crescita esponenziale della curva epidemiologica³⁰, ha pesantemente colpito tutte le categorie, dai lavoratori ai datori di lavoro, dai locatori ai conduttori, con conseguenze economiche di estrema rilevanza per i singoli e per la collettività³¹. La necessità è, quindi, quella di comprendere se e quali siano gli eventuali strumenti che l'ordinamento potrà utilizzare per prevenire ed attenuare l'impatto delle dinamiche prodottesi in punto di esecuzione dei rapporti contrattuali.

²⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020.

³⁰ Si veda lo studio sulle possibili conseguenze di un mancato *lockdown* di G. GIORDANO, F. BLANCHINI, R. BRUNO, P. COLANERI, A. DI FILIPPO, A. DI MATTEO, M. COLANERI, *Modelling the COVID-19 epidemic and implementation of population-wide interventions in Italy*, in *Nature, naturemedicine.com*, 22 aprile 2020.

³¹ F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020.

Ci si chiede, dunque, se un fatto, come la pandemia, obiettivamente straordinario ed imprevedibile, possa spingersi sino ad alterare una precedente situazione sulla base di un criterio giuridico.

L'obiettivo finale è quello di provare a far sì che la disciplina in materia di contratti e di obbligazioni possa superare la sua atavica astrazione rispetto alle contingenze, a quegli eventi esterni che in questo caso incidono, come mai prima, sulla vita dei consociati³².

Ed è chiaro che una problematica come quella esposta nella sua estrema complessità non può essere certo affrontata partendo da posizioni ideologicamente orientate, emotive o basate su soluzioni poco praticabili. Ci si rende pienamente conto che possibili scelte, quali la pur ipotizzata liberazione totale o parziale dei debitori in difficoltà o la sospensione degli effetti di specifici contratti, sebbene, a prima vista, almeno astrattamente plausibili andrebbero, in concreto, a ledere ingiustificatamente la parte creditoria che sarebbe l'unica a dover far fronte agli effetti della crisi in atto con conseguenze incontrollabili³³ e con il sicuro collasso dell'impalcatura del diritto contrattuale³⁴. In tale quadro è emersa la volontà di una rilettura in chiave solidaristica del concetto di impossibilità sopravvenuta della prestazione, riaffermando l'indispensabilità della regola di buona fede come clausola generale in grado di orientare l'operato degli organi giurisdizionali nella risoluzione delle possibili controversie³⁵ che, giocoforza, sorgeranno quando l'emergenza economica affiancherà quella sanitaria prima di prenderne il posto³⁶.

Il richiamo al principio di solidarietà, espressione costituzionale della regola di buona fede e che si concretizzerebbe operativamente attraverso l'attività

³² *Ibidem*.

³³ R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, in *giustiziavivile.com*, 27 aprile 2020.

³⁴ L'effetto benefico sarebbe solo virtuale se, ad esempio, si liberassero dall'obbligo di pagamento del canone di locazione i conduttori degli esercizi commerciali chiusi d'autorità, visto che il danno causato dall'epidemia sarebbe semplicemente spostato dal patrimonio del conduttore al patrimonio del proprietario.

³⁵ C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, *op. cit.*

³⁶ Si v. da ultime le stime della Commissione europea del 6 maggio 2020 secondo la quale in assenza di una risposta concertata a livello comunitario la crisi economica provocata dalla pandemia in atto potrebbe lasciare determinare «distorsioni gravi» del mercato unico così come «radicate divergenze economiche, finanziarie e sociali tra i Paesi della zona euro». Stimato un forte calo del Pil pari ad un -9,5% per l'Italia caduta e ad un -7,7% per l'Eurozona, in <https://www.ilsole24ore.com/art/i-danni-virus-secondo-ue-pil-italiano-giu-95percento-eurozona-77percento-ADSvuhO>.

giurisdizionale non è, di per sé, sufficiente a definire la questione trattandosi, infatti, di uno strumento che necessiterebbe di un controllo e di un'attività di regolamentazione da parte del decisore pubblico.

Le difficoltà già emerse ed i nuovi fronti che si apriranno all'orizzonte non possono prescindere dall'individuazione di un'adeguata impalcatura su cui provare ad ergere, se ce ne sarà la volontà, un diritto dei contratti dell'emergenza, fondato su regole chiare e precise e sulla prevedibilità del loro esito applicativo, in modo da circoscrivere quanto più possibile l'espansione della fase contenziosa³⁷.

4. Gli anticorpi codicistici e l'intervento del legislatore

Ciò posto, appare chiaro che, nella criticità del momento, difficilmente il legislatore potrà, almeno nel breve termine, provvedere ad una revisione del codice civile. Di conseguenza, oltre ai verosimili ulteriori interventi urgenti che il Governo sarà chiamato ad emanare, al fine di approntare un'ídonea risposta volta a fronteggiare l'emergenza, la disciplina dei contratti e delle obbligazioni potrà affidarsi a degli "anticorpi" già previsti dalla disciplina civilistica³⁸: l'impossibilità sopravvenuta e la eccessiva onerosità sopravvenuta³⁹

Entrambi gli istituti si caratterizzano per essere collegati al verificarsi di un evento connotato dal caso fortuito o dalla forza maggiore: in tali casi, quindi, non dipende dalla volontà delle parti il venir meno dell'equilibrio contrattuale raggiunto in precedenza⁴⁰.

Ed anzi non mancano, in dottrina, voci secondo le quali non sarebbe utile modificare il quadro normativo vigente in materia di contratti ed obbligazioni ben potendosi utilizzare, in via esclusiva, proprio tali strumenti che bene si attaglierebbero a disciplinare le criticità causate dall'epidemia in atto e, incidentalmente, dalle scelte dell'esecutivo⁴¹.

³⁷ C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, op. cit..

³⁸ Stante la mancanza nel nostro ordinamento di disposizioni che prevedano forme di "revisione" del rapporto. Si v. sul punto, V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, pp. 1037 ss.. Per riferimenti in punto di rinegoziazione, cfr., *inter alia*, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in Enc. dir., Milano, 1989.

³⁹ A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *giustiziavivile.com*, 27 marzo 2020.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, op. cit..

Per quanto concerne l'impossibilità sopravvenuta, essa è sicuramente configurata, ad esempio, qualora l'emergenza epidemiologica rendesse la prestazione dedotta in contratto completamente e definitivamente impossibile⁴². Quando però ciò non accade diviene già più complesso considerare impossibile, a causa della situazione sanitaria, la prestazione dedotta nell'accordo contrattuale tra le parti.

Diversamente, risulta plausibile la ricostruzione⁴³ secondo la quale l'art. 1463 c.c., più che all'emergenza sanitaria, sarebbe da ricondurre agli interventi normativi emessi dal Governo e dal Presidente del Consiglio dei Ministri per il contenimento della stessa⁴⁴.

È infatti evidente, quale conseguenza di quei provvedimenti, che molte prestazioni siano divenute temporaneamente impossibili e ciò non attiene esclusivamente alla prestazione del debitore, ma anche alla possibilità per il creditore di ricevere la stessa⁴⁵.

E del resto, che sia così, sembrerebbe essere confermato anche da non risalenti approdi della giurisprudenza di legittimità la quale, pur distinguendo tra impossibilità della prestazione del debitore e impossibilità di fruizione della prestazione da parte del creditore, ha specificato che il contratto si risolve per impossibilità sopravvenuta non solo quando il debitore non può tenere la condotta prevista, ma anche quando la prestazione non può essere ricevuta dal creditore per causa a lui non imputabile⁴⁶.

⁴² Oppure, diversamente, si pensi all'ipotesi di una prestazione debitoria che debba essere eseguita da un paziente ricoverato in terapia intensiva e il contratto sia *intuitu personae*: anche in tal caso il debitore, seppur temporaneamente, nella migliore delle ipotesi, sarà liberato dalla prestazione stessa.

⁴³ M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziavivile.com*, 21 aprile 2020.

⁴⁴ Sul punto, *inter alia*, si v. F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *giustiziavivile.com*, 1 aprile 2020, nonché F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'*, *op. cit.*.

⁴⁵ M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *op. cit.*.

⁴⁶ Cass. civ., 10 luglio 2018, n. 18047. Cfr. M. DELLACASA, *Impossibilità di fruire della prestazione non imputabile al creditore e risoluzione del contratto*, in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, III ed., Milano, 2019, pp. 375 e ss.; Cass. civ., 20 dicembre 2007, n. 26958 (rispetto ad un contratto di soggiorno alberghiero prenotato da due coniugi, uno dei quali era deceduto improvvisamente il giorno precedente l'inizio del soggiorno); Cass. civ., 24 luglio 2007, n. 16315 (episodio relativo all'acquisto di un "pacchetto vacanze" da parte di due persone per un viaggio a Cuba, dove si era poi verificata un'epidemia di dengue).

Ciò posto parrebbe doversi escludere una analoga ricostruzione in riferimento a quei rapporti rispetto ai quali, non avendo previsto nulla al riguardo i diversi provvedimenti legislativi, non risulti impossibile la prestazione debitoria, ma solo particolarmente complesso il godimento della stessa da parte del creditore⁴⁷. Anche sulla base di queste riflessioni bene ha fatto il legislatore con il comma 6-*bis*, introdotto con l'art. 91 d.l. 20 marzo 2020, n. 18, e aggiunto all'art. 3 d.l. 23 febbraio 2020, n.6, a provare ad approntare uno strumento interpretativo potenzialmente idoneo a chiarire il quadro.

Importante è infatti la previsione in base alla quale «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata 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 o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». In base alla stessa il giudice chiamato ad accertare l'inadempimento del debitore non potrà limitarsi ad escludere la responsabilità dello stesso solo se questo riuscirà a dimostrare, *ex art. 1218 c.c.*, che l'inadempimento derivi da una impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, ma dovrà invece sindacare anche il rispetto delle disposizioni di contenimento dell'epidemia da Covid-19. Conseguentemente il giudice non potrà ascrivere la responsabilità al debitore quando sarà realizzata la circostanza che l'inadempimento derivi dal rispetto di quelle specifiche misure ⁴⁸. Dunque, se da un lato i profili di responsabilità risultano esclusi nel caso in cui la prestazione dedotta sia impossibile, allo stesso modo dovrà ragionarsi quando la prestazione, benché possibile, non sia stata effettuata o sia stata adempiuta diversamente rispetto a quanto stabilito nel regolamento contrattuale in ragione del rispetto, da parte del debitore, della disciplina emanata in occasione del Covid-19⁴⁹.

L'altro anticorpo che il nostro ordinamento parrebbe poter offrire per affrontare le conseguenze sui contratti prodottesi a causa della pandemia è quello della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

⁴⁷ Si pensi ai rapporti di locazione: poiché il locatore esegue la propria prestazione essendo in grado di consentire il godimento del bene al conduttore ne deriva che il conduttore sarebbe comunque tenuto al pagamento del canone.

⁴⁸ M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *op. cit.*

⁴⁹ *Ibidem.*

Posta come pacifica la straordinarietà nonché l'imprevedibilità del fatto-pandemia si rileva come tale evento abbia fatto venir meno in molti casi⁵⁰ l'equilibrio della previsione contrattuale, legittimando, di tal guisa, possibili richieste di risoluzione del contratto *ex art.* 1467 c.c.

Come opportunamente rilevato, le tempistiche di una sentenza di risoluzione del contratto⁵¹ giustificano la considerazione relativa all'inefficacia del rimedio rispetto all'esigenza immediata di chi tale provvedimento abbia richiesto. Ciò, a maggior ragione se si considera che sebbene l'operatività della sentenza retroagisca sin dal momento della domanda, con l'obbligo del creditore di ripetere quanto pagato, è altrettanto vero che il debitore sino alla sentenza è chiamato a continuare a pagare l'intero⁵².

In tale quadro, si evidenzia come la misura prevista all'art. 3, comma 6-*bis* si distinguerebbe per una maggiore adeguatezza rispetto ai rimedi approntati dalla disciplina codicistica, ponendo in capo all'altro contraente l'onere di provare l'inadempimento del debitore non già rispetto a quanto previsto dall'art. 1218 c.c., ma, diversamente, con riferimento al mancato rispetto delle disposizioni volte alla riduzione dei contagi⁵³.

In conclusione, se da un lato forti dubbi permangono sulla possibilità e sull'utilità di provvedere in tempi brevi ad una revisione mirata del codice civile⁵⁴, d'altra parte una soluzione ancor meno opportuna risulterebbe essere quella di costringere gli interpreti ad una defatigante attività di correzione della disciplina vigente, anche ricorrendo a quegli strumenti (buona fede, causa concreta, principi costituzionali) che permettono di adattare la decisione alle esigenze del caso concreto⁵⁵. Parrebbe invece più corretto utilizzare gli strumenti offerti dal codice, valorizzando le ultime previsioni legislative e nel caso provare, anche al fine di limitare un incremento del contenzioso, a privilegiare l'introduzione di norme volte a favorire il buon esito della rinegoziazione, quando non, addirittura,

⁵⁰ In particolar modo con riguardo a quel più o meno ampio novero di attività rispetto alle quali non siano stati previsti divieti dal legislatore.

⁵¹ Pari ad almeno due/tre anni.

⁵² M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *op. cit.*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, *op. cit.*.

⁵⁵ R. MORELLO, *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile*, *op. cit.*.

lo stesso adempimento delle prestazioni originariamente previste, ad esempio attraverso la previsione benefici fiscali tanto a favore di entrambe le parti⁵⁶.

⁵⁶ *Ibidem*.

Il potenziamento dello *smart working* nelle p.a. durante l'emergenza COVID-19: il cambiamento della cultura organizzativa passa di qui?

di Gianluca LO MELE BUONAMICO*

SOMMARIO: **1.** Come non fermare la macchina amministrativa durante una pandemia: il potenziamento dello *smart working*. **2.** Cos'è il lavoro agile? Qual è l'ambito di applicazione? (cenno) **3.** L'implementazione normativa del 2020 a causa del COVID-19. **4.** Conclusioni.

ABSTRACT: *The aim of this contribution is the description of the legislative strengthening smart working (a new model of work that uses the development of existing technologies to improve the performance and flexibility, introduced in 2017) in public administrations, following the COVID-19 emergency. The purpose of the emergency rules (which derogate from the ordinary law on s.w.) is to allow public employees to work from home, preventing the spread of COVID-19 and ensuring the protection of workers' health.*

1. Come non fermare la macchina amministrativa durante una pandemia: il potenziamento dello *smart working*.

In seguito alla dichiarazione da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità del 30 gennaio 2020 con cui è stato decretato lo stato di emergenza internazionale da COVID-19 (c.d. Coronavirus) a livello di pandemia, è stata deliberato dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020 lo stato di emergenza per la durata di sei mesi, al fine di consentire l'adozione delle necessarie misure per fronteggiare l'emergenza.

L'emergenza sanitaria causata dal COVID-19 ha contribuito a rilanciare il tema dello *smart working* (o lavoro agile, introdotto nel nostro ordinamento nel 2017) all'interno delle pubbliche amministrazioni (ovviamente non per quanto riguarda i servizi pubblici essenziali coinvolti nella gestione dell'emergenza sanitaria) tramite la disciplina emergenziale.

Da un punto di vista sanitario infatti l'ordinaria presenza dei dipendenti pubblici negli apparati costituisce un forte rischio per la propagazione del virus ed

* Dottore in Scienze delle Amministrazioni e delle Politiche Pubbliche, con un Master di II livello in Diritto Amministrativo.

aumenta le possibilità del contagio, a causa del rischio di assembramenti all'interno dei luoghi di lavoro.

È così parso necessario al legislatore intervenire con una disciplina emergenziale per favorire l'adozione dello *smart working* e il suo potenziamento in tutte le realtà della pubblica amministrazione, da quella centrale a quella locale, resosi necessario per fronteggiare la situazione d'emergenza, per impedire alla macchina burocratica (e non solo) di fermarsi, ovvero garantire la continuità dell'azione amministrativa (e quindi l'esecuzione della prestazione lavorativa da parte dei dipendenti pubblici).

Se lavorare da casa è stata la risposta più semplice per ovviare alle esigenze di contenimento epidemiologico, la domanda che sorge spontanea è come sarà l'amministrazione del futuro e come l'esperienza dell'emergenza la modellerà.

L'attuale Ministro per la Pubblica Amministrazione, Fabiana Dadone, ha più volte affermato¹ come in futuro lo *smart working* sarà la normalità e non l'eccezione, sottolineando i possibili benefici sul lato dell'efficienza e il passaggio alla logica del raggiungimento degli obiettivi al posto di quella della presenza fisica nell'amministrazione, stimando inoltre tra il 30 e il 40 per cento dei dipendenti pubblici in regime *smart working* anche nel post-COVID-19.

Numerose sono le tematiche che hanno accompagnato il tema dell'improvviso potenziamento dello *smart working*, in primis le esigenze di ampliare l'innovazione tecnologica nelle p.a. (con investimenti adeguati nelle infrastrutture digitali, nel materiale informatico e nella connettività) e il potenziamento delle competenze digitali dei suoi dipendenti e dirigenti.

Scopo del presente contributo è quello di ripercorrere in maniera diacronica gli interventi normativi emergenziali che hanno modificato, in deroga, la precedente disciplina del lavoro agile. Quest'ultima verrà trattata nel prossimo capitolo al fine di delineare in maniera completa l'evoluzione della normativa.

2. L'ambito di applicazione del lavoro agile.

La legge 22 maggio 2017, n. 81² ha disciplinato, all'interno del Capo II, il lavoro agile, una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato che non costituisce una nuova tipologia contrattuale: essa non varia la natura giuridica

¹ V. ad esempio le interviste rilasciate al Messaggero il 4 marzo, all'Avvenire il 20 marzo, ad Open il 27 marzo, a Il Sole 24 ore del 28 marzo, a Qui Finanza del 9 aprile e a La Stampa del 20 maggio.

² Intitolata «*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*».

del rapporto di lavoro subordinato perché non fa venir meno la subordinazione, i poteri del datore di lavoro e la posizione del lavoratore all'interno della p.a.³. Per l'Osservatorio *Smart Working* della *School of Management* del Politecnico di Milano, il lavoro agile è: «*un modello organizzativo in grado di portare notevoli vantaggi alle organizzazioni che lo adottano: in termini di produttività, di raggiungimento degli obiettivi, ma anche in termini di welfare e qualità della vita del lavoratore [...] una nuova filosofia manageriale fondata sulla restituzione alle persone di flessibilità e autonomia nella scelta degli spazi, degli orari e degli strumenti da utilizzare a fronte di una maggiore responsabilizzazione sui risultati*»⁴.

L'introduzione del lavoro agile all'interno delle pubbliche amministrazioni consente un diverso approccio all'esecuzione della prestazione lavorativa, contribuisce alla modernizzazione della cultura organizzativa burocratica, garantisce la flessibilità rispetto agli orari, ai luoghi di lavoro, alla dotazione tecnologica (grazie all'utilizzo di strumenti informatici propri del dipendente, c.d. BYOD – *Bring Your Own Device*) e agli spazi fisici.

Inoltre, il lavoro agile è uno strumento in grado di aumentare la responsabilità, la fiducia e la proattività del dipendente pubblico, l'innovazione e la digitalizzazione all'interno della struttura organizzativa.

Occorre aggiungere che la legge 7 agosto 2015, n. 124, nota come legge Madia recante «*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*», all'art. 14 comma 1 intitolato «*Promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche*» disponeva una prima sperimentazione di nuove modalità di svolgimento della prestazione lavorativa all'interno delle p.a. al fine di incrementare la produttività e una più efficace

³ L'art. 18 comma 1 definisce il lavoro agile come una: «*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa*».

⁴ Dal sito www.osservatori.net, link seguente https://blog.osservatori.net/it_it/smart-working-cos-e-come-funziona-in-italia. Per Mariano Corso, responsabile scientifico dell'Osservatorio *Smart Working* lo *smart working* «*significa ripensare il telelavoro in un'ottica più intelligente, mettere in discussione i tradizionali vincoli legati a luogo e orario lasciando alle persone maggiore autonomia nel definire le modalità di lavoro a fronte di una maggiore responsabilizzazione sui risultati. Autonomia, ma anche flessibilità, responsabilizzazione, valorizzazione dei talenti e fiducia diventano i principi chiave di questo nuovo approccio*». Per un approfondimento v. https://blog.osservatori.net/it_it/cos%C3%A8-lo-smart-working.

organizzazione del lavoro, realizzando un primo passo verso il cambiamento culturale della classica visione del lavoro pubblico⁵.

All'art. 14 comma 3 si stabiliva che una successiva direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri, sentita la Conferenza unificata, avrebbe definito gli indirizzi per l'attuazione della sperimentazione e delle linee guida contenenti le regole inerenti l'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti.

Detta direttiva è stata poi emanata con un contesto normativo mutato, il 1 giugno del 2017, a pochi giorni di distanza dalla promulgazione della legge n. 81.

Nello specifico, infatti, Il comma 3 della legge n. 81 del 2017 infatti stabilisce che le disposizioni del capo II : *«si applicano, in quanto compatibili, anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche [...] secondo le direttive emanate anche ai sensi dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti»*⁶.

⁵ *«Le amministrazioni pubbliche, nei limiti delle risorse di bilancio disponibili a legislazione vigente e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, adottano misure organizzative volte a fissare obiettivi annuali per l'attuazione del telelavoro e per la sperimentazione, anche al fine di tutelare le cure parentali, di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa che permettano, entro tre anni, ad almeno il 10 per cento dei dipendenti, ove lo richiedano, di avvalersi di tali modalità, garantendo che i dipendenti che se ne avvalgono non subiscano penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera. L'adozione delle misure organizzative e il raggiungimento degli obiettivi di cui al presente comma costituiscono oggetto di valutazione nell'ambito dei percorsi di misurazione della performance organizzativa e individuale all'interno delle amministrazioni pubbliche. Le amministrazioni pubbliche adeguano altresì i propri sistemi di monitoraggio e controllo interno, individuando specifici indicatori per la verifica dell'impatto sull'efficacia e sull'efficienza dell'azione amministrativa, nonché sulla qualità dei servizi erogati, delle misure organizzative adottate in tema di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti, anche coinvolgendo i cittadini, sia individualmente, sia nelle loro forme associative».*

⁶ Quanto alle disposizioni rilevanti che completano la cornice normativa della legge n. 81 del 2017 si segnalano: l'art. 18 comma 1, sulla durata massima del lavoro giornaliero e settimanale, stabilisce che si debbano rispettare i limiti massimi di durata previsti dalla legge e dalla contrattazione, consentendo al lavoratore la libertà della collocazione delle ore di lavoro nella giornata; l'art. 18 comma 2 stabilisce che il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa; l'art. 19 stabilisce la forma scritta, il contenuto degli accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile (tra cui le forme di esercizio del potere direttivo, i tempi di riposo del lavoratore, le misure tecniche e organizzative necessarie ad assicurare la disconnessione del lavoratore), le modalità del recesso nel caso in cui l'accordo sia a tempo indeterminato; l'art. 20 dispone una parità di trattamento economico e normativo rispetto ai lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda o p.a., il diritto all'apprendimento continuo e alla certificazione delle competenze; l'art. 21 disciplina l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro e il potere disciplinare, nel pieno rispetto di

Per quanto riguarda invece il funzionamento del lavoro agile nelle p.a., la direttiva n. 3 del 2017 del Presidente del Consiglio dei ministri, come è già stato osservato, contiene al suo interno degli indirizzi e delle linee guida per l'avvio della sperimentazione dello *smart working* nel pubblico impiego, in quanto ogni amministrazione individua autonomamente, nel rispetto delle norme, «*il modello rispondente alle proprie esigenze e caratteristiche*»⁷.

Nella direttiva si ribadisce come la principale sfida sia il cambiamento della cultura organizzativa, ove le tecnologie informatiche «*consentono di superare il concetto della "timbratura del cartellino" e della "presenza fisica" in ufficio e quindi di un'attività lavorativa svolta in una sede e in un orario di lavoro definiti*»⁸. La direttiva pone l'attenzione sulla ratio dello *smart working* pubblico: le esigenze di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro del dipendente che ben si sposano con la flessibilità lavorativa che il lavoro agile può offrire; il possibile incremento in termini di produttività ed efficienza grazie all'adeguata razionalizzazione delle risorse umani e strumentali a disposizione; il rafforzamento e l'adeguamento della valutazione delle *performance* organizzativa e individuale; la promozione di una maggiore fiducia tra il dirigente e le risorse umane; la promozione e la diffusione più ampia delle tecnologie digitali, al fine di concorrere alla digitalizzazione della p.a. e colmare il c.d. *digital divide* «*per il consolidamento di una struttura amministrativa basata sulle reti informatiche tecnologicamente*

quanto previsto dall'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300; gli artt. 22 e 23 trattano rispettivamente della salute e sicurezza del lavoratore il primo e l'assicurazione obbligatoria per gli infortuni e le malattie professionali⁶ il secondo.

⁷ Per un approfondimento delle tematiche, come le proposte metodologiche di attivazione del lavoro agile all'interno delle pubbliche amministrazioni (e all'analisi preliminare di contesto), la gestione del rapporto di lavoro, le relazioni sindacali, i poteri di controllo e disciplinari, la protezione dei dati e la riservatezza, le infrastrutture digitali, la misurazione e valutazione delle performance, l'informativa in materia di sicurezza sul lavoro, si rinvia direttamente al testo della direttiva.

⁸ Cultura organizzativa che potrà cambiare grazie al lavoro agile a fronte di: «*a) una cultura manageriale e modelli organizzativi fondati sulla esplicitazione di processi e indicatori, sulla pianificazione e sul perseguimento di obiettivi e quindi sulla stima dei risultati, anziché sul numero di ore lavorate; b) una maggiore autonomia, capacità decisionale e flessibilità riconosciute ai lavoratori, sviluppando negli stessi una responsabilità di risultato piuttosto che di mera prestazione, e inoltre una maggiore motivazione tenuto conto anche degli effetti sul "work-life balance"; c) rapporti professionali fondati sulla fiducia e sulla gestione intelligente del lavoro, incoraggiando comportamenti virtuosi e favorendo uno spirito di collaborazione e valorizzazione dei talenti; d) massima comunicazione e condivisione delle informazioni e sistemi tecnologici ed organizzativi che sostengono l'accesso agli strumenti piuttosto che la titolarità della postazione di lavoro, arrivando a superare l'identificazione della sede di lavoro con gli spazi messi a disposizione dal datore di lavoro; e) miglioramento dei servizi, aumento della produttività, maggiore benessere organizzativo e diminuzione dei costi*».

avanzate, anche attraverso applicazioni gestionali e di project management accessibili da remoto».

La direttiva identifica l'ambito di applicazione, ovvero le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 comma 2 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, come già stabilito dalla legge n. 81 del 2017; si specifica come nessuna tipologia o categoria di lavoratore (compresi i dirigenti) è esclusa a priori, bensì sono le amministrazioni che sono chiamate a definire le attività compatibili con il lavoro agile.

Scopo della direttiva era consentire ad almeno il 10 per cento dei dipendenti di ogni p.a., ove lo avessero richiesto, di avvalersi entro tre anni delle nuove modalità di esecuzione della prestazione lavorativa e alle pubbliche amministrazioni di monitorare nel tempo l'impatto delle misure organizzative sui lavoratori, sull'efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa e sulla qualità dei servizi erogati.

Questo era il quadro normativo ordinario, prima della emanazione della disciplina emergenziale causata dal COVID-19⁹; la percentuale di diffusione fornita dall'Osservatorio *Smart Working* del Politecnico di Milano riferita al 2019 si attestava intorno al 12%¹⁰.

3. L'implementazione normativa del 2020 a causa del COVID-19.

Nello specifico, per quanto riguarda l'emergenza Covid-19 si evidenzia come, con il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 recante «*Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*» si

⁹ Per un approfondimento dello smart working nelle p.a. pre-emergenza v. C. SPINELLI, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni* in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2018, fasc. 1, pt. 1, pp. 127-139; A. TAMPIERI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione: opportunità o illusione?* in *giustiziacivile.com*, 2018, fasc. 5, pp. 11; S. CAIROLI, *Prime questioni sulla fattispecie del lavoro in modalità agile alle dipendenze della pubblica amministrazione in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2018, fasc. 1, pp. 79-108; L. CALAFÀ, *Marginalità apparente: l'innovazione organizzativa nella p.a. alle soglie della XVIII legislatura* in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2018, fasc. 3, pt. 1, pp. 473-487; D. CALDERARA, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione: Prime ipotesi applicative* in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2018, fasc. 2, pp. 69-88.

¹⁰ «*Le Amministrazioni Pubbliche sono state finora il fanalino di coda nel- l'applicazione dello smart working: a fronte dei 570.000 dipendenti privati occupati in modalità di lavoro agile (secondo la ricerca condotta dal Poli- tecnico di Milano, nel 2019 lo smart working ha coinvolto 58% dei dipendenti delle grandi imprese e il 12% dei dipendenti delle piccole e medie imprese), i progetti pilota nel lavoro pubblico hanno stentato a decollare e i risultati conseguiti non corrispondono alle aspettative. Nel 2019 solo il 16% delle Pubbliche Amministrazioni ha avviato programmi strutturati di lavoro agile per i propri dipendenti: ictu oculi potrebbe sembrare un dato piuttosto deludente, ma è comunque un segnale incoraggiante, se confrontato all'8% dell'anno precedente e al 5% del 2017*», M. RUSSO, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, 2020, spec. n. 1 EMERGENZA COVID-19, pp. 55-60.

stabiliva, per le aree ove vi fosse almeno un infetto, la possibilità di emanare misure volte alla: *«sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nel comune o nell'area interessata nonché delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni o aree svolte al di fuori del comune o dall'area indicata, salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile»*.

La direttiva del Ministro per la Pubblica Amministrazione del 26 febbraio, n. 1, invitava poi le amministrazioni *«a potenziare il ricorso al lavoro agile, individuando modalità semplificate e temporanee di accesso alla misura con riferimento al personale complessivamente inteso, senza distinzione di categoria di inquadramento e di tipologia di rapporto di lavoro»*.

Successivamente è intervenuto il d.l. 2 marzo 2020, n. 9 recante *«Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»*, con cui all'art. 18 è stato superato il regime sperimentale previsto dalla legge n. 81 del 2017; inoltre sempre allo stesso articolo sono state previste misure normative volte a garantire, mediante Consip S.p.A., l'acquisizione delle dotazioni informatiche necessarie alle pubbliche amministrazioni al fine di poter adottare le misure di lavoro agile per il proprio personale.

Il D.P.C.M. del 1 marzo ha stabilito poi che su tutto il territorio nazionale *«la modalità di lavoro agile [...] può essere applicata, per la durata dello stato di emergenza di cui alla deliberazione del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, dai datori di lavoro a ogni rapporto di lavoro subordinato»*; modalità che può essere attivata anche in assenza degli accordi individuali, dell'informativa scritta prevista dall'art. 22 della legge n. 81 del 2017¹¹ e delle comunicazioni obbligatorie prescritte dall'art. 23 della stessa legge, per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile (il contenuto è stato poi ripreso dai D.P.C.M. del 4 e 8 marzo) e in via unilaterale¹².

Con la circolare del 4 marzo del Ministro per la Pubblica Amministrazione, n.1, si forniscono alcuni chiarimenti, le pubbliche amministrazioni possono ricorrere per incentivare il ricorso a modalità più adeguate e flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa: *«al fine di contemperare l'interesse alla salute pubblica con quello alla continuità dell'azione amministrativa, le amministrazioni in*

¹¹ Assolta in via telematica ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'INAIL.

¹² S. BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni in stato di emergenza*, spec. n. 1 EMERGENZA COVID-19, pp. 67-72; S. CAIROLI, *L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID-19: prime osservazioni*, spec. n. 1 EMERGENZA COVID-19, pp. 87-92.

indirizzo, nell'esercizio dei poteri datoriali, privilegiano modalità flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa, favorendo tra i destinatari delle misure i lavoratori portatori di patologie che li rendono maggiormente esposti al contagio, i lavoratori che si avvalgono di servizi pubblici di trasporto per raggiungere la sede lavorativa, i lavoratori sui quali grava la cura dei figli a seguito dell'eventuale contrazione dei servizi dell'asilo nido e della scuola dell'infanzia».

In seguito ai due D.P.C.M. del 9 e 11 marzo che avevano introdotto il c.d. *lockdown*, è stata emanata la direttiva del Ministro per la Pubblica Amministrazione del 12 marzo, n. 2, dove al suo interno ha previsto che *«le pubbliche amministrazioni, anche al fine di contemperare l'interesse alla salute pubblica con quello alla continuità dell'azione amministrativa, nell'esercizio dei poteri datoriali assicurano il ricorso al lavoro agile come modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa».*

Inoltre, nello stesso documento, si stabiliva il presupposto che: *«a fronte della situazione emergenziale, è necessario un ripensamento da parte delle pubbliche amministrazioni in merito alle attività che possono essere oggetto di lavoro agile, con l'obiettivo prioritario di includere anche attività originariamente escluse. Relativamente alle attività individuate, le amministrazioni prevedono modalità semplificate e temporanee di accesso alla misura con riferimento al personale complessivamente inteso, senza distinzione di categoria di inquadramento e di tipologia di rapporto di lavoro».*

Divenendo il lavoro agile la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa, la stessa direttiva ha stabilito per le amministrazioni l'obbligo di svolgere, nell'ordinario luogo di lavoro, esclusivamente le attività strettamente funzionali alla gestione dell'emergenza e le attività indifferibili con riferimento sia all'utenza interna sia all'utenza esterna.

La presenza del personale negli uffici è stata limitata ai soli casi in cui fosse indispensabile per lo svolgimento delle predette attività, adottando forme di rotazione dei dipendenti; per le attività che, per la loro natura, non potevano essere oggetto di lavoro agile, le amministrazioni sono state chiamate ad adottare strumenti alternativi.

Il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. Cura Italia, recante *«Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»*, ricomprende al suo interno le disposizioni emergenziali già emanate in precedenza in tema di lavoro pubblico e *smart working*, in particolare, all'art. 87 commi 1 e 2, il lavoro

agile come modalità ordinaria per l'espletamento della prestazione lavorativa nel periodo dell'emergenza (fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, o fino ad una data antecedente stabilita con D.P.C.M. su proposta del Ministro per la Pubblica Amministrazione), l'obbligo per la p.a. di identificare le attività indifferibili in presenza, la non necessarietà della richiesta di accesso al lavoro agile da parte del dipendente e la comunicazione in maniera semplificata dell'individuazione delle modalità con cui i dipendenti eseguiranno la prestazione lavorativa.

La circolare del 1 aprile del Ministro per la Pubblica Amministrazione, n. 2 è intervenuta per fornire orientamenti applicativi alle amministrazioni delle misure recate dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18, per chiarirne la portata ed assicurare una omogenea e corretta applicazione delle stesse in tutti gli uffici¹³.

In seguito, con il d.l. del 25 marzo 2020, n. 19, recante *«Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»*, si ribadisce che possono essere adottate, *«secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso»*, delle misure volte a limitare la presenza dei dipendenti nei luoghi di lavoro e modalità di lavoro agile in deroga alla disciplina vigente.

A ciò si aggiunga, inoltre, come, in conseguenza dell'emanazione del D.P.C.M. del 26 aprile (che ha confermato quanto disposto con il d.l. Cura Italia e continuato ad inserire nell'allegato 3 l'attività svolta dalla amministrazione pubblica tra le attività non sospese), si è susseguita una direttiva del Ministro per la Pubblica Amministrazione del 4 maggio, la n. 3 con la quale si è stabilito che *«le pubbliche amministrazioni continuano a garantire l'attività amministrativa e a tal fine possono rivedere le attività indifferibili, ampliando il novero di quelle individuate in prima battuta, e quelle da rendere in presenza anche per assicurare il necessario supporto all'immediata ripresa delle attività*

¹³ Si segnalano in particolare, tra i vari chiarimenti disposti dalla circolare, i seguenti: *«La prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dall'amministrazione e, in tali casi, l'articolo 18, comma 2, della legge 23 maggio 2017, n. 81 non trova applicazione»*; *«le PA prevedono modalità semplificate e temporanee di accesso alla misura, escludendo appesantimenti amministrativi e favorendo la celerità dell'autorizzazione (ad. es. ricorso a scambio di mail con il dipendente per il riconoscimento dello smart working piuttosto che predisposizione di moduli da compilare o adozione di provvedimenti amministrativi)»*; *«è dunque ammessa la deroga all'accordo individuale (articolo 18 l.81/2017), all'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro (articolo 22 l. 81/2017) e alle comunicazioni relative all'assicurazione obbligatoria per gli infortuni e le malattie professionali (articolo 23 l. 81/2017)»*.

produttive, industriali e commerciali secondo quanto disposto dal citato DPCM 26 aprile 2020»; inoltre si invitano le amministrazioni a valutare «se le nuove o maggiori attività possano continuare a essere svolte con le modalità organizzative finora messe in campo ovvero se le stesse debbano essere ripensate a garanzia dei servizi pubblici da assicurare alla collettività».

La finalità di ogni amministrazione in questa fase dell'emergenza, secondo la direttiva, deve essere quella di contemperare, in maniera autonoma, la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, con la necessità di svolgere un ruolo propulsivo alla ripresa economica, garantendo la conclusione dei procedimenti con celerità e la tempestività dell'informazione dell'utenza sulle modalità di erogazione dei servizi.

La direttiva traccia poi un primo bilancio e delle prospettive future legate allo *smart working*¹⁴.

In particolare, dal monitoraggio del lavoro agile delle regioni durante il periodo COVID-19, la percentuale della media dei lavoratori pubblici in regime di lavoro agile dimostra il potenziamento e la rapida diffusione della modalità di prestazione lavorativa prevista dalla legge n. 81 del 2017, per rispondere alle

¹⁴ «Lo scenario che si è delineato con la situazione emergenziale dovrà auspicabilmente rappresentare un'occasione utile per individuare gli aspetti organizzativi da migliorare, con particolare riguardo alla digitalizzazione dei processi e al potenziamento della strumentazione informatica, che non sempre si è rivelata adeguata nelle singole realtà amministrative. Sotto tale aspetto, è necessario che, già nella fase attuale, le amministrazioni programmino i propri approvvigionamenti ricorrendo alle misure di ausilio allo svolgimento del lavoro agile da parte dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e degli organismi di diritto pubblico di cui all'articolo 75 del citato decreto-legge n. 18 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, con l'obiettivo di migliorare la connettività e di acquisire le necessarie dotazioni informatiche mobili, servizi in cloud e licenze per attivare il lavoro agile. Contestualmente le amministrazioni sono invitate ad individuare ogni misura utile a consentire la dematerializzazione dei procedimenti (ad es. provvedere, mediante il personale in presenza, alla scansione e all'invio della documentazione al personale in modalità agile; provvedere all'utilizzo di cloud, offerti gratuitamente anche in questa fase da provider privati, per l'archiviazione di documentazione), di modo tale che tutti i dipendenti possano svolgere la propria prestazione a pieno regime. È inoltre fondamentale il ricorso all'attività formativa come strumento di accompagnamento del proprio personale nel processo di trasformazione digitale dell'amministrazione e di diffusione della capacità di lavorare in modalità agile per il raggiungimento degli obiettivi assegnati, limitando al massimo il rischio di stress correlato alle nuove modalità di lavoro e garantendo il diritto alla disconnessione. Nell'ottica di accelerare l'innovazione organizzativa come presupposto per incrementare il ricorso al lavoro agile nella fase successiva all'emergenza, ciascuna amministrazione è chiamata ad implementare azioni di analisi organizzativa, di monitoraggio e di semplificazione delle procedure, oltre a quelle sopra indicate di investimento nelle tecnologie informative e di sviluppo delle competenze. In sintesi, la sfida che dovranno affrontare le amministrazioni è rappresentata dalla necessità di mettere a regime e rendere sistematiche le misure adottate nella fase emergenziale, al fine di rendere il lavoro agile lo strumento primario nell'ottica del potenziamento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa».

sfide imposte dall'emergenza sanitaria¹⁵; l'ultimo dato a disposizione del 21 aprile registra una media degli *smart workers* nelle amministrazioni regionali pari al 73,8%.

Da ultimo è intervenuto il d.l. 19 maggio 2020, n. 34, c.d. Rilancio, recante «*Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*».

In particolare, all'art. 90 ribadisce la possibilità di ricorso al lavoro agile, anche in assenza degli accordi individuali, fino al termine dell'emergenza e comunque non oltre il 31 dicembre 2020.

Infine, all'art. 263 dello stesso testo normativo si è stabilito che al fine di garantire la continuità dell'azione amministrativa e la celere conclusione dei procedimenti, le amministrazioni sono chiamate a garantire le misure di tutela della salute con: «*le esigenze della progressiva riapertura di tutti gli uffici pubblici e a quelle dei cittadini e delle imprese connesse al graduale riavvio delle attività produttive e commerciali. A tal fine, organizzano il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata, anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza con l'utenza*».

Al comma 3. del suddetto articolo si stabilisce la necessità da parte delle p.a. di assicurare adeguate forme di aggiornamento professionale alla dirigenza, valutate poi ai fini della performance.

4. Conclusioni.

L'esperienza del potenziamento del lavoro agile negli ultimi mesi¹⁶ sarà utile per capire la forma organizzativa dell'amministrazione del futuro.

¹⁵ V. il link <http://www.funzionepubblica.gov.it/lavoro-agile-e-covid-19/monitoraggio-lavoro-agile>.

¹⁶ Per un approfondimento ulteriore delle tematiche analizzate v. M. RUSSO, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, 2020, spec. n. 1 EMERGENZA COVID-19, pp. 55-60; S. BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni in stato di emergenza*, spec. n. 1 EMERGENZA COVID-19, pp. 67-72; S. CAIROLI, *L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID-19: prime osservazioni*, spec. n. 1 EMERGENZA COVID-19, pp. 87-92; M. TURRIN, *La necessaria continuità dell'azione amministrativa e l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, spec. n. 1 EMERGENZA COVID-19, pp. 147-152; I. SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, spec. n. 1 EMERGENZA COVID-19, pp. 169-176; I. ALVINO, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?* in *giustiziavivile.com*, 2020, spec. n. 2 EMERGENZA COVID-19, pp. 101-106; C. MACCHIONE, *Il lavoro agile ai tempi del Coronavirus*, 2020, spec. n. 2 EMERGENZA COVID-19, pp. 107-112.

Inoltre, l'emergenza ha avuto il merito di rilanciare lo *smart working* nelle p.a., dopo i numeri piuttosto esigui derivanti dalla sperimentazione, accelerando quel processo nel suo ricorso che, quasi sicuramente, avrebbe richiesto svariati anni. Il regime introdotto, anche se in deroga alla legge n. 81 del 2017, ha mostrato la capacità delle p.a. di adattarsi all'emergenza pandemica e di ampliare il ricorso al lavoro agile (anche se manca l'elemento dinamico dello *smart working*, in cui la prestazione lavorativa viene eseguita in parte all'interno dei locali dell'amministrazione e in parte all'esterno).

L'impulso al suo ricorso resosi necessario per garantire la continuità dell'azione amministrativa, potrà in futuro divenire uno strumento in grado di migliorare l'efficienza e l'efficacia della p.a., la fiducia tra la dirigenza e il pubblico impiego, le performance, nonché il passaggio a una logica *objectives oriented* a discapito di quella orientata al mero adempimento formale.

Tuttavia, come già affermato dal Ministro per la Pubblica Amministrazione, le criticità dell'implementazione hanno messo in evidenza le necessità di digitalizzazione dei processi, del potenziamento della strumentazione informatica e della connettività, delle competenze dei dipendenti e dirigenti pubblici in ottica di concorrere alla digitalizzazione della p.a., dei rischi legati alla protezione dei dati personali e allo stress derivante dalla modalità di esecuzione della prestazione, dell'urgenza della dematerializzazione dei documenti amministrativi, dell'interconnessione tra le banche dati delle p.a. e dell'accesso da remoto ai sistemi delle p.a.

Si pensi che, proprio su quest'ultimo punto, a titolo esemplificativo, l'accesso civico generalizzato è stato sospeso dal d.l. Cura Italia, prevedendo solo richieste di accesso con carattere di indifferibilità e di urgenza, derogando a quella possibilità di controllo generalizzato da parte dei cittadini, limitando di fatto il diritto all'informazione e la trasparenza dell'azione amministrativa.

Questo perché non tutti i dipendenti pubblici lavorando in regime di *smart working*, sarebbero stati in grado di ricercare negli archivi cartacei i documenti richiesti (o di recuperare i documenti in formato digitale da remoto) e non avrebbero potuto di conseguenza fornire risposte tempestive rispettando il limite dei 30 giorni stabiliti dal d.l. 14 marzo 2013, n. 33, così come modificato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97.

Se il banco di prova, dato dall'emergenza epidemiologica, fornirà spunti per la sopravvivenza ad un ricorso adeguato del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni, ai fini del cambiamento della cultura organizzativa, del passaggio all'orientamento verso la realizzazione degli obiettivi e all'eliminazione

dell'immagine storica del funzionario-Travet che vaga per i corridoi dell'amministrazione, solo i prossimi interventi normativi potranno chiarirlo.

Contact tracing e la linea di equilibrio tra il diritto alla salute e il diritto alla tutela dei dati personali.

di Carlo GIORDANO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. I Big Data. 3. Il D.l. 9 marzo 2020 n. 14. 4. G.D.P.R. e COVID-19. 5. Linee-guida 04/2020. 6. *Contact Tracing* e l'App "Immuni". 7. Rilievi conclusivi.

ABSTRACT.

Big Brother is watching you.

This scientific article aims to analyze the relationship between health protection and the right to the processing of personal data.

In particular, through the examination of big data, relevant laws and European guidelines, pre-eminent importance will be devoted to the current issue of contact tracing and the related app.

1. Introduzione.

Il Grande Fratello ti osserva¹.

E' un una delle frasi più celebri della letteratura mondiale.

Nel proprio capolavoro, che rappresenta una pietra miliare nell'evoluzione del romanzo distopico, Orwell descrive il concetto di controllo totalizzante dell'individuo, privo dei connotati minimi della "libertà di pensiero", "libertà di parola", "libertà di movimento", che venivano totalmente annichiliti dal Partito. Quanto, quella visione letteraria post bellica è lontana dal controllo massivo e generalizzato che i Governi starebbero attuando per fronteggiare la pandemia dovuta al COVID-19?

Quale è il punto di equilibrio tra il diritto al trattamento dei dati personali ed il diritto alla tutela della salute?

Il presente lavoro ha come propria finalità quella di dare risposta – senza alcuna pretesa di esaustività – alle suesposte domande prendendo le mosse da istituti giuridici che hanno assunto sempre maggior rilievo nel panorama giuridico ed

* *Condirettore della Rivista Giuridica De Iustitia; professore a contratto presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".*

¹ G. ORWELL, 1984, trad. MANFERLOTTI, Mondadori, ed. 2016.

economico quali *Big Data*², *G.D.P.R.*³ e *contact tracing*.

2. I Big Data.

I Big Data vengono generalmente definiti come un «*un insieme di dati (data set) dalle dimensioni talmente ampie da sfuggire alle abilità di raccolta, archiviazione, gestione ed analisi degli strumenti "tradizionali" a ciò finalizzati*»⁴.

La definizione prescinde dal numero di terabytes (o altre unità di misura) gestiti perchè anacronistica rispetto ad una continua evoluzione dell'aspetto dimensionale dei dati per attestarsi, al contrario, sull'aspetto dinamico della fattispecie in esame coadiuvando la ricerca sugli elementi peculiari del mercato dei Big Data⁵.

Con maggiore sforzo esplicativo, si parte dall'assunto secondo cui il numero dei dati trattati sarà sempre sproporzionato in eccesso rispetto alla capacità di archiviazione, gestione ed analisi.

In altre parole, sarà la migliore capacità di archiviazione, analisi e gestione dell'enorme mole dei dati trattati a costituire il requisito fondamentale dei maggiori *players* sul mercato⁶.

Secondo un'altra ricostruzione ermeneutica i Big Data sono definiti non dalle proprie dimensioni ma dalle proprie – per certi versi complesse – caratteristiche intrinseche⁷.

² Cfr. Articolo 29 Data Protection Working Party, *Statement of the WP29 on the impact of the development of Big Data on the protection of individuals with regard to the processing of their personal data in the EU*, 2014, available at http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp221_it.pdf.

³ Cfr. C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, cit., p. 111; L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il regolamento privacy europeo*, cit., p. 100.

⁴ G. MONDINI - G. RUSCONI, *Big Data: Privacy, Gestione, Tutele*, Utet Giuridica, Milano, 2018, pp. 15 e ss.

⁵ Per approfondimenti, si veda con riferimento alla gestione dei *big data* in relazione delle finalità di trattamento ed antitrust, F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018; V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *MediaLaws Rivista di diritto dei media*, 2; L. CALIFANO, *Brevi riflessioni su privacy e costituzionalismo al tempo dei big data*, in *Federalismi.it*, fasc. 9, 2017;

⁶ La questione dell'analisi economica dell'enorme mole di dati trattati è stata affrontata da W. KERBER, *Digital markets, data, and privacy: competition law, consumer law and data protection*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, Milano, 2017, pp. 1-20, secondo il quale (p. 2): «*in order to address properly the concerns about privacy in the digital economy, it is not sufficient to look for policy solution in one field of law alone, e.g. competition law or data protection, but that an integrated approach from various regulatory perspectives that can be deemed relevant to privacy concerns*».

⁷ Cfr. nota 4.

Per la medesima impostazione ermeneutica i Big Data sono connotati dalle seguenti caratteristiche comuni:

1. Diversificazione della tipologia dei dati trattati;
2. capacità di estrazione "passiva" dei dati: idoneità ad estrarre un valore o un significato dai dati o dalla loro analisi;
3. notevole dimensione dei dati;
4. velocità di raccolta e di estrazione;
5. variabilità dei dati in relazione all'analisi a cui sono sottoposti;
6. accuratezza e veridicità dei dati in relazione alla complessità dei data set;
7. competenze specifiche per la realizzazione di strumenti finalizzati alla presentazione dell'analisi o delle informazioni ottenute.

Accanto alle definizioni dimensionali e dinamiche dei *Big Data*, si pone un approccio analitico che si basa sulle diverse fasi dell'attività espletata.

Questo approccio si fonda su uno schema tripartitico: *input-output-insight* di cui si tratteggeranno le linee essenziali.

a. *Input*: da dove originano i dati nella loro forma primordiale.

Un primo ordine di problemi attiene alla generazione e raccolta degli input, dei dati grezzi che possono essere raccolti ed archiviati in piattaforma.

In questa prima fase potranno essere coinvolte tecnologie hardware e software particolarmente complesse sia per la generazione che per la raccolta dei dati.

Sempre nella medesima fase potranno esservi diversi profili – e diverse problematiche da considerare – in relazione al tipo giuridico dei dati trattati (a titolo esemplificativo e non esaustivo dati personali, dati provenienti da database coperti da segreto industriale, dati della p.a.⁸).

b. *Output*: elaborazione immediata delle informazioni.

Sono ricomprese in questa fase tutte le attività di analisi dei dati in senso stretto

⁸ In particolare dopo la digitalizzazione della pubblica amministrazione. Sul punto si veda la rubrica dell'art. 32 della legge del 18 giugno 2009 n. 69: «*Eliminazione degli sprechi relativi al mantenimento di documenti in forma cartacea*». Sottolinea invece T. MAZZOCCO, *I nuovi procedimenti amministrativi*. Commento alla legge 18 giugno 2009, n. 69., Giuffrè, Milano, 2009, p. 365, che «la scommessa del Governo (da dimostrare) è che informatizzazione e digitalizzazione siano strumenti essenziali affinché la pubblica amministrazione sia più efficiente», rilevando in senso critico che anche «la sovrapposizione di regole e la questione della cattiva qualità dei testi possono significativamente influenzare l'efficienza amministrativa»; C. BATINI, M. SCANNAPIECO, *Qualità dei Dati: Concetti, Metodi e Tecniche*, Springer Science & Business Media, Berlino, 2008, *passim*; Si veda inoltre il quarto considerando della Direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, in cui si dà atto che «il settore pubblico raccoglie, produce, riproduce e diffonde un'ampia gamma di informazioni in molti settori di attività, ad esempio informazioni di tipo sociale, economico, geografico, climatico, turistico, informazioni in materia di affari, di brevetti e di istruzione».

a seconda delle diverse tecnologie sviluppate (*data mining & cleansing; data aggregation & integration* ecc..), degli strumenti tecnologici utilizzati per condurre le diverse elaborazioni (si pensi agli strumenti per la *smart aggregation* e dei supporti elaborati per la presentazione dei risultati, ad esempio mediante lo sviluppo di interfacce grafiche).

c. *Insight*: creazione di un nuovo valore e di informazioni di secondo livello.

La terza fase, commercialmente di maggior rilievo, consiste nella elaborazione dei risultati ottenuti ovvero nella creazione di un vero e proprio nuovo servizio o prodotto derivante dalla elaborazione dei dati (si pensi alle tecnologie M2M: *Machine to Machine*⁹).

Delineato, almeno nelle linee essenziali, il concetto di *Big Data* è giocoforza chiedersi quali siano i pericoli concatenati alla crescita esponenziale sia dei dispositivi connessi che della quantità e diversificazione dei dati scambiati nella rete. Oggi si fa riferimento a *cyber security*¹⁰ per indicare in chiave multidisciplinare, sia in ambito privato che aziendale, proprio i problemi connessi alla circolazione dei dati sulla rete, di tal guisa superando quell'arcaica scissione tra lavorativo e privato grazie all'utilizzo di dispositivi promiscui (uso aziendale e privato) che hanno palesato la necessità di sempre più incisive misure di sicurezza e sempre maggiori problemi, anche giuridici.

Si pensi, in particolare, alla responsabilità conseguente all'incidente informatico, a quello che viene definito dal G.D.P.R. come *Data Breach* ovvero «una violazione di sicurezza che comporta – accidentalmente o in modo illecito – la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati. Una violazione dei dati personali può compromettere la riservatezza, l'integrità o la disponibilità di dati

⁹ Per un'interessante analisi degli scenari, dei rischi, degli impatti sui mercati e della regolazione correlati alla massiva diffusione dei servizi M2M si veda il Rapporto finale dell'indagine conoscitiva concernente i servizi di comunicazione M2M, avviata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni con delibera n. 708/13/CONS, disponibile al link agcom.it/documents/10179/1667676/Allegato+3-4-2015/0d62e670-be04-448b-9321-bc2d4363ec6a; si veda inoltre R. RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2019, pp. 240 e ss.

¹⁰ Si veda Report ENISA, *Cyber Security and Resilience of smart cars*, op. cit., p. 46. Si evidenziano alcune iniziative: come riportato ne *Il primo libro bianco sulla cyber security*, op. cit., p. 21, in "ambito *automotive*", a livello internazionale, AUTOSAR (AUTomotive Open System ARchitecture), un partenariato internazionale tra produttori OEM e fornitori Tier 1, ha iniziato a standardizzare soluzioni architetturali per la comunicazione sicura *end-to-end* tra i processori connessi in rete a bordo degli autoveicoli. A livello europeo, la Commissione ha finanziato sia programmi di ricerca specificamente incentrati su *cyber security* nel settore automobilistico, tra cui EVITA2 e PRESERVE3, sia programmi di ricerca, quali SESAMO4 e SAFURE5, in cui la *cyber security* nel settore automobilistico è uno dei casi di studio del progetto.

personali. Alcuni possibili esempi:

- l'accesso o l'acquisizione dei dati da parte di terzi non autorizzati;
- il furto o la perdita di dispositivi informatici contenenti dati personali;
- la deliberata alterazione di dati personali;
- l'impossibilità di accedere ai dati per cause accidentali o per attacchi esterni, virus, *malware*, ecc.;
- la perdita o la distruzione di dati personali a causa di incidenti, eventi avversi, incendi o altre calamità;
- la divulgazione non autorizzata dei dati personali».¹¹

Si pensi, ancora, agli aspetti contrattuali dei fornitori di servizi (per esempio di *cloud*) sia nei confronti dei dipendenti o collaboratori e sia nei confronti delle Compagnie Assicuratrici con cui vengono sottoscritti contratti per la c.d. "copertura da rischio informatico".

3. Il D.l. 9 marzo 2020 n. 14.

Come noto, dal 10 marzo 2020 – data di entrata in vigore del D.l. 9 marzo 2020 n. 14 – venivano introdotte misure eccezionali relative al trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale nell'ambito delle Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19.

Di rilevante interesse risulta l'art. 14 del citato decreto¹² che, rinviando alle

¹¹ <https://www.garanteprivacy.it/regolamentoue/databreach>.

¹² Art. 14, D.l. 9 marzo 2020, n. 14 *Disposizioni sul trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale* 1. Fino al termine dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020, per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica e, in particolare, per garantire la protezione dall'emergenza sanitaria a carattere transfrontaliero determinata dalla diffusione del COVID-19 mediante adeguate misure di profilassi, nonché per assicurare la diagnosi e l'assistenza sanitaria dei contagiati ovvero la gestione emergenziale del Servizio sanitario nazionale, nel rispetto dell'articolo 9, paragrafo 2, lettere g), h) e i), e dell'articolo 10 del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, nonché dell'articolo 2-sexies, comma 2, lettere t) e u), del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, i soggetti operanti nel Servizio nazionale di protezione civile, di cui agli articoli 4 e 13 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, e i soggetti attuatori di cui all'articolo 1 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, nonché gli uffici del Ministero della salute e dell'Istituto Superiore di Sanità, le strutture pubbliche e private che operano nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e i soggetti deputati a monitorare e a garantire l'esecuzione delle misure disposte ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, anche allo scopo di assicurare la più efficace gestione dei flussi e dell'interscambio di dati personali, possono effettuare trattamenti, ivi inclusa la comunicazione tra loro, dei dati personali, anche relativi agli articoli 9 e 10 del regolamento (UE) 2016/679, che risultino necessari all'espletamento delle funzioni attribuitegli nell'ambito dell'emergenza determinata dal diffondersi del COVID-19. 2. La comunicazione dei dati

disposizioni del Regolamento UE 679/2016¹³ e alle modifiche apportate al Codice della Privacy, esprime con forza dirimpante la preminenza del diritto alla salute – a maggiore ragione nello stato emergenziale dovuto al COVID 19 – rispetto ai diritti fondamentali relativi al trattamento dei dati personali, di tal guisa limitando e comprimendo questi ultimi¹⁴.

In particolare, il comma 1 dell'articolo 14 prevede che «*i soggetti operanti nel Servizio nazionale di protezione civile, [...]e i soggetti attuatori di cui all'articolo 1 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, nonché gli uffici del Ministero della salute e dell'Istituto Superiore di Sanità, le strutture pubbliche e private che operano nell'ambito del Servizio*

personali a soggetti pubblici e privati, diversi da quelli di cui al comma 1, nonché la diffusione dei dati personali diversi da quelli di cui agli articoli 9 e 10 del regolamento (UE) 2016/679, e' effettuata, nei casi in cui risulti indispensabile ai fini dello svolgimento delle attività connesse alla gestione dell'emergenza sanitaria in atto. 3. I trattamenti di dati personali di cui ai commi 1 e 2 sono effettuati nel rispetto dei principi di cui all'articolo 5 del citato regolamento (UE) 2016/679, adottando misure appropriate a tutela dei diritti e delle libertà degli interessati. 4. Avuto riguardo alla necessita' di contemperare le esigenze di gestione dell'emergenza sanitaria in atto con quella afferente alla salvaguardia della riservatezza degli interessati, i soggetti di cui al comma 1 possono conferire le autorizzazioni di cui all'articolo 2-quaterdecies del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, con modalità semplificate, anche oralmente. 5. Nel contesto emergenziale in atto, ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 1, lettera e), del menzionato regolamento (UE) 2016/679, fermo restando quanto disposto dall'articolo 82 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, i soggetti di cui al comma 1 possono omettere l'informativa di cui all'articolo 13 del medesimo regolamento o fornire una informativa semplificata, previa comunicazione orale agli interessati della limitazione. 6. Al termine dello stato di emergenza di cui alla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, i soggetti di cui al comma 1 adottano misure idonee a ricondurre i trattamenti di dati personali effettuati nel contesto dell'emergenza, all'ambito delle ordinarie competenze e delle regole che disciplinano i trattamenti di dati personali. In <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/09/20G00030/sg>.

¹³ Cfr. G. FINOCCHIARO, *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017.

¹⁴ Cfr. F. A. RASO, H. HILLIGOSS, V. KRISHNAMURTHY, C. BAVITZ, L. KIM, *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks*, Berkman Klein Center for Internet & Society at Harvard University, Research Publication n. 6-2018, September 25, 2018, consultabile all'indirizzo: <https://cyber.harvard.edu/publication/2018/artificial-intelligence-human-rights>; FEDERAL TRADE COMMISSION, *Big Data: A tool for Inclusion or Exclusion? Understanding The Issues*, Report, Gennaio 2016, consultabile al seguente indirizzo: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-datatool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf>; European Data Protection Supervisor, *Towards a new digital ethics. Data, dignity and technology*, Opinion 4/2015, consultabile all'indirizzo: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-09-11_data_ethics_en.pdf. «*Profiles used to predict people's behaviour risk stigmatisation, reinforcing existing stereotypes, social and cultural segregation and exclusion, with such 'collective intelligence' subverting individual choice and equal opportunities*»; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Handbook on European data protection law*, 2018, 347 ss., spec. 354, consultabile all'indirizzo: <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/handbook-european-data-protection-law-2014-edition>; International conference of Data Protection & Privacy Commissioners, *Resolution on Big Data*, 2014, in <https://icdppc.org/wp-content/uploads/2015/02/Resolution-Big-Data.pdf>.

sanitario nazionale e i soggetti deputati a monitorare e a garantire l'esecuzione delle misure disposte ai sensi dell'articolo 3 del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, anche allo scopo di assicurare la più efficace gestione dei flussi e dell'interscambio di dati personali, possono effettuare trattamenti, ivi inclusa la comunicazione tra loro, dei dati personali, anche relativi agli articoli 9¹⁵ e 10 del regolamento (UE)

¹⁵ Regolamento UE 679/2016 Articolo 9 Trattamento di categorie particolari di dati personali 1. È vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona. (C51) 2. Il paragrafo 1 non si applica se si verifica uno dei seguenti casi: (C51, C52) a) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1; b) il trattamento è necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; c) il trattamento è necessario per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso; d) il trattamento è effettuato, nell'ambito delle sue legittime attività e con adeguate garanzie, da una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegue finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali, a condizione che il trattamento riguardi unicamente i membri, gli ex membri o le persone che hanno regolari contatti con la fondazione, l'associazione o l'organismo a motivo delle sue finalità e che i dati personali non siano comunicati all'esterno senza il consenso dell'interessato; e) il trattamento riguarda dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato; f) il trattamento è necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitano le loro funzioni giurisdizionali; g) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico rilevante sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che deve essere proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato; (C55, C56) h) il trattamento è necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità, fatte salve le condizioni e le garanzie di cui al paragrafo 3; (C53) i) il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale; (C54) j) il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato. 3. I dati personali di cui al paragrafo 1 possono essere trattati per le finalità di cui al paragrafo 2, lettera h), se tali dati sono trattati da o sotto la responsabilità di un professionista soggetto al segreto professionale conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri o alle

2016/679, che risultino necessari all'espletamento delle funzioni attribuitegli nell'ambito dell'emergenza determinata dal diffondersi del COVID-19».

In disparte le considerazioni sul perché si sia voluto estendere l'intervento emergenziale anche al trattamento dei dati personali relativi a reati e condanne penali, il concetto di fondo dell'intervento emergenziale basato sulla preminenza del diritto alla salute e dell'incolumità pubblica rispetto al diritto fondamentale al trattamento dei dati personali è ulteriormente corroborato dal quarto e dal quinto comma dell'art. 14¹⁶.

Cercando di contemperare l'esigenza della tutela alla salute rispetto a quella relativa al trattamento dei dati personali, da un lato viene prevista la possibilità dei soggetti indicati nel comma uno di attribuire funzioni e compiti ai soggetti designati al trattamento dei dati personali di cui all'art. 2 *quaterdecies* del d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (come recentemente riformato) «*con modalità semplificate, anche oralmente*»; dall'altro è prevista la possibilità – sempre per i soggetti indicati al comma 1 – di derogare all'obbligo di informativa di cui all'art. 13 del G.D.P.R. omettendola del tutto oppure fornendola in forma semplificata

norme stabilite dagli organismi nazionali competenti o da altra persona anch'essa soggetta all'obbligo di segretezza conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri o alle norme stabilite dagli organismi nazionali competenti. (C53) 4. Gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute. (C8, C10, C41, C45, C53)

Articolo 10 Trattamento dei dati personali relativi a condanne penali e reati Il trattamento dei dati personali relativi alle condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza sulla base dell'articolo 6, paragrafo 1, deve avvenire soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica o se il trattamento è autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri che preveda garanzie appropriate per i diritti e le libertà degli interessati. Un eventuale registro completo delle condanne penali deve essere tenuto soltanto sotto il controllo dell'autorità pubblica. In <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Regolamento+UE+2016+679.+Arricchito+con+riferimenti+ai+Considerando+Aggiornato+alle+rettifiche+pubblicate+sulla+Gazzetta+Ufficiale+dell'Unione+europea+127+del+23+maggio+2018.pdf/1bd9bde0-d074-4ca8-b37d-82a3478fd5d3?version=1.9>.

¹⁶ Sul bilanciamento dei diritti fondamentali della persona quale «chiave ermeneutica» dello stesso Codice della privacy, si veda E. NAVARRETTA, *Commento all'art. 11 (Modalità del trattamento e requisiti dei dati)*, in C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196* («Codice della privacy»), vol. I, Cedam, Padova, 2007, p. 349. Si ricordano, inoltre, i numerosi casi di diffusione online da parte di soggetti pubblici di dati personali relativi allo stato di salute di taluni individui per finalità di trasparenza o di pubblicità dell'azione dell'autorità amministrativa. Di recente, l'Autorità garante per la protezione dei dati personali ha censurato la pubblicazione da parte di un comune, nella sezione 'Amministrazione trasparente' del sito web istituzionale, di diverse ordinanze del sindaco aventi ad oggetto la sottoposizione di alcuni cittadini a trattamento sanitario obbligatorio, con indicazione di informazioni identificative dell'individuo destinatario della richiesta, la data e il luogo di nascita, l'indirizzo di residenza, e talvolta la struttura ospedaliera di ricovero, provv. n. 88/2017 (doc. web n. 6285030).

previa comunicazione agli interessati al trattamento della limitazione.

4. G.D.P.R. e COVID-19.

La problematica in esame ha interessato il recentissimo dibattito ermeneutico sia nazionale che sovranazionale, in cui si segnalano i plurimi interventi dall'*European Data Protection Board* (d'ora innanzi anche EDPB) ossia il comitato europeo per la protezione di dati personali.¹⁷

L'EDPB il giorno 19.03.2020 ha emanato una dichiarazione formale in merito al trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale COVID-19 in cui, come già ampiamente evidenziato in precedenza, si sottolinea il necessario bilanciamento tra il diritto alla tutela dei dati personali e il diritto alla salute¹⁸.

Nella dichiarazione vengono individuati diversi aspetti fondamentali:

1. liceità del trattamento. La EDPB sottolinea l'applicabilità del G.D.P.R. anche nel contesto emergenziale COVID-19 con l'obbligo per le autorità sanitarie e per i datori di lavoro di trattare i dati personali in maniera conforme a quanto stabilito dalla legge a cui fa seguito – così come poi previsto dal D.l. 14 del 2020 – la non obbligatorietà del consenso degli interessati al trattamento.

Quanto evidenziato dalla EDPB non rappresenta una novità rispetto al G.D.P.R. In particolare, già il considerando (46)¹⁹ qualifica lecito quel trattamento che

¹⁷ Cfr. https://edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb_it.

¹⁸ https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf.

¹⁹ Considerando (46) «Il trattamento di dati personali dovrebbe essere altresì considerato lecito quando è necessario per proteggere un interesse essenziale per la vita dell'interessato o di un'altra persona fisica. Il trattamento di dati personali fondato sull'interesse vitale di un'altra persona fisica dovrebbe avere luogo in principio unicamente quando il trattamento non può essere manifestamente fondato su un'altra base giuridica. Alcuni tipi di trattamento dei dati personali possono rispondere sia a rilevanti motivi di interesse pubblico sia agli interessi vitali dell'interessato, per esempio se il trattamento è necessario a fini umanitari, tra l'altro per tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie e la loro diffusione o in casi di emergenze umanitarie, in particolare in casi di catastrofi di origine naturale e umana».

Per maggiori approfondimenti, occorre sottolineare che anche il considerando (52) nel disciplinare le finalità di trattamento di particolari categorie di dati prevede che «La deroga al divieto di trattare categorie particolari di dati personali dovrebbe essere consentita anche quando è prevista dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, fatte salve adeguate garanzie, per proteggere i dati personali e altri diritti fondamentali, laddove ciò avvenga nell'interesse pubblico, in particolare il trattamento dei dati personali nel settore del diritto del lavoro e della protezione sociale, comprese le pensioni, e per finalità di sicurezza sanitaria, controllo e allerta, la prevenzione o il controllo di malattie trasmissibili e altre minacce gravi alla salute. Tale deroga può avere luogo per finalità inerenti alla salute, compresa la sanità pubblica e la gestione dei servizi di assistenza sanitaria, soprattutto al fine di assicurare la qualità e l'economicità delle procedure per soddisfare le richieste di prestazioni e servizi nell'ambito del regime di assicurazione sanitaria, o a fini di archiviazione nel pubblico interesse o di ricerca scientifica o storica o a fini statistici. La deroga dovrebbe anche

viene posto in essere per «tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie e la loro diffusione o in casi di emergenze umanitarie, in particolare in casi di catastrofi di origine naturale e umana».

Il considerando (46), inoltre, richiama anche gli art. 9.2 lett. i)²⁰ e lett. c)²¹ del G.D.P.R., che già prevedevano il trattamento in situazioni in emergenza sanitaria.

2. Utilizzo della localizzazione attraverso dispositivi mobili.

Sul punto l'EDPB prevede l'introduzione di misure legislative da parte dei singoli Stati finalizzate alla salvaguardia della sicurezza e della pubblica incolumità ed improntate sul principio di proporzionalità tra il diritto alla salute ed il diritto alla tutela dei dati personali.

L'EDPB apre alla possibilità di elaborare dati di posizione e di *tracking* degli individui in forma anonima. Occorrerebbe allora chiedersi quali saranno i dati oggetti di monitoraggio e quali potrebbero essere i possibili strumenti informatici. A titolo esemplificativo e non esaustivo, si pensi ai dati relativi alla geolocalizzazione trasmessi dagli *smartphone*, nonché dati pubblici per impostazione degli utenti derivanti dai *social network*, tra cui quelli messi a disposizione dal *social network Facebook*, quelli relativi alla mobilità e mappe sulla densità della popolazione, ovvero quelli di tracciabilità di pagamenti.

consentire di trattare tali dati personali se necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto, che sia in sede giudiziale, amministrativa o stragiudiziale». In <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Regolamento+UE+2016+679.+Arricchito+con+riferimenti+ai+Considerando+Aggiornato+alle+rettifiche+pubblicate+sulla+Gazzetta+Ufficiale++dell%27Unione+europea+127+del+23+maggio+2018.pdf/1bd9bde0-d074-4ca8-b37d-82a3478fd5d3?version=1.9>.

²⁰ Art. 9.2. lett. i) G.D.P.R.: «il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale», in <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Regolamento+UE+2016+679.+Arricchito+con+riferimenti+ai+Considerando+Aggiornato+alle+rettifiche+pubblicate+sulla+Gazzetta+Ufficiale++dell%27Unione+europea+127+del+23+maggio+2018.pdf/1bd9bde0-d074-4ca8-b37d-82a3478fd5d3?version=1.9>.

²¹ Art. 9.2. lett. c) G.D.P.R.: «il trattamento è necessario per tutelare un interesse vitale dell'interessato o di un'altra persona fisica qualora l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso», in <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Regolamento+UE+2016+679.+Arricchito+con+riferimenti+ai+Considerando+Aggiornato+alle+rettifiche+pubblicate+sulla+Gazzetta+Ufficiale++dell%27Unione+europea+127+del+23+maggio+2018.pdf/1bd9bde0-d074-4ca8-b37d-82a3478fd5d3?version=1.9>.

Ancora, sempre nel pieno rispetto dei principi di correttezza e proporzionalità, saranno utilizzati i dati relativi al monitoraggio e tracciamento dei soggetti entrati in contatto con persone che abbiano contratto il COVID-19.

3. Rapporto tra situazione emergenziale e contesto lavorativo.

L'EDPB rimette alla legislazione nazionale l'introduzione di misure relative all'introduzione di misure per il contrasto e il contenimento del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro con la precisazione che il datore di lavoro potrà comunicare un caso di infezione COVID-19 ai dipendenti, collaboratori, responsabili esterni del trattamento solo quelle informazioni necessarie allo scopo preventivo-sanitario e, in caso di divulgazione del nome, gli interessati dovranno essere previamente informati²².

5. Linee-guida 04/2020.

Sulla scorta di quanto rilevato nel paragrafo precedente, il 21 Aprile 2020 il comitato europeo per la protezione dei dati (acronimo inglese EDPB) adotta le linee guida 4/2020 sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19 con l'intento di chiarire il limite della tracciabilità dei dati personali per far fronte all'emergenza sanitaria²³.

Le linee guida chiariscono le condizioni e l'utilizzo dei dati di localizzazione e degli strumenti di tracciamento nell'ambito della definizione di modelli della capacità diffusiva del virus e nell'ambito del tracciamento dei contatti per informare i soggetti che sono venuti a contatto con soggetti successivamente positivi al COVID-19.

Il Comitato, per quanto concerne invece i dati relativi all'ubicazione (ad es elaborati dalle app dei social network), sottolinea la preminenza al trattamento in anonimizzazione²⁴ e cioè attraverso l'uso di tecniche che eliminano la possibilità di collegare i dati ad una persona fisica identificata o identificabile attraverso uno sforzo "ragionevole" che tenga conto sia dei tempi e dei mezzi sia della rarità del fenomeno, della natura dei dati e sia della densità della

²² Si veda Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro, in https://www.uil.it/documents/protocollo_condiviso.pdf.

²³ In https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Linee-guida+04_2020+sull%27uso+dei+dati+di+localizzazione+e+degli+strumenti+per+il+tracciamento+dei+contatti+nel+contesto+dell%E2%80%99emergenza+legata+al+COVID-19.pdf/cfd0ddc9-86b8-b643-4335-7851a3d82e19?version=1.0

²⁴ Cfr. G. D'ACQUISTO - M. NALDI (a cura di), *Big data e privacy by design. Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2017, pp. 41 e ss.

popolazione.

La valutazione sulla efficacia della anonimizzazione dipende dalla individuabilità dei dati, dalla possibilità di correlare dati relativi ad una stessa persona e la possibilità di dedurre informazioni sconosciute relative ad una persona.

Occorre chiedersi, allora, quale sia il rapporto tra i dati di ubicazione e la anonimizzazione.

Alcuni²⁵ hanno infatti ritenuto che le tracce di mobilità dei singoli sono caratterizzate da una forte correlazione ed univocità tali da renderli, in determinate circostanze, vulnerabili ai tentativi di reidentificazione e, come tali, non anonimizzate.

Un'unica serie di dati che consente di svelare l'ubicazione di un individuo in un determinato lasso di tempo non può definirsi anonimizzata almeno finché non si riduce la precisione delle coordinate geografiche registrate (portando, ad es il raggio di precisione da 30 metri a 300 metri) o se non vengono eliminati i dettagli del percorso di tracciamento.

Ma quali sono effettivamente i precipitati giuridici delle app di tracciamento dei contatti?

L'assunto di partenza è cristallino: il monitoraggio su larga scala dell'ubicazione e/o dei contatti tra persone fisiche rappresenta una invasione nella sfera privata e, pertanto, può essere legittimata solamente su base volontaria²⁶ senza arrecare pregiudizio alcuno a persone che non intendono, non vogliono e non possano utilizzare queste app.

Per garantire il requisito della responsabilizzazione²⁷ deve innanzitutto essere definita la titolarità del trattamento dei dati trattati dalla app in esame (a titolo

²⁵ Cfr. Y. DE MONTJOYE et al., *Unique in the Crowd: The privacy bounds of human mobility*, 2013; . PYRGELIS et al.), "Knock Knock, Who's There?", 2017, in *Membership Inference on Aggregate Location Data*.

²⁶ Nelle linee guida viene inoltre previsto che «Qualora autorità pubbliche forniscano un servizio sulla base di un mandato conferito dalla legge e conformemente ai requisiti stabiliti da tale legge, la base giuridica più pertinente risulta essere la necessità del trattamento per lo svolgimento di un compito di interesse pubblico, ossia l'articolo 6, paragrafo 1, lettera e), del Regolamento generale sulla protezione dei dati», in https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Linee-guida+04_2020+sull%27uso+dei+dati+di+localizzazione+e+degli+strumenti+per+il+tracciamento+dei+contatti+nel+contesto+dell%E2%80%99emergenza+legata+al+COVID-19.pdf/cfd0ddc9-86b8-b643-4335-7851a3d82e19?version=1.0.

²⁷ Il regolamento pone con forza l'accento sulla "responsabilizzazione" (*accountability* nell'accezione inglese) di titolari e responsabili, ossia, sull'adozione di comportamenti proattivi e tali da dimostrare la concreta adozione di misure finalizzate ad assicurare l'applicazione del regolamento (si vedano artt. 23-25, in particolare, e l'intero Capo IV del regolamento). In <https://www.garanteprivacy.it/regolamentoue/approccio-basato-sul-rischio-e-misure-di-accountability-responsabilizzazione-di-titolari-e-responsabili>.

esemplificativo e non esaustivo potrebbero essere individuati nelle autorità sanitarie o nei singoli ministeri di riferimento) a cui dovrebbe far seguito la nomina dei responsabili del trattamento e dei designati.

Superato non senza difficoltà lo scoglio delle responsabilità, occorre allora concentrarsi sulle finalità del trattamento che dovranno essere specifiche e correlate alla gestione della crisi causata dal COVID-19 attraverso un uso adeguato, necessario e proporzionato.

L'app per il tracciamento dei contatti deve essere inoltre caratterizzata dalla minimizzazione, in base a cui il titolare deve trattare solo i dati necessari al raggiungimento delle finalità; dal principio della Privacy by design e by default e, cioè, «tenendo conto dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, nonché della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso" il Titolare del trattamento dei dati "mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate, quali la pseudonimizzazione, volte ad attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli interessati²⁸».

Circa la liceità del trattamento, il Comitato precisa che le app di tracciamento memorizzano e utilizzano dati già archiviati nei dispositivi dell'utente/interessato che non dovrà manifestare un nuovo consenso nel caso in cui le app renderanno il servizio richiesto dall'utente. Per le operazioni non strettamente necessarie, al contrario, sarà richiesto un esplicito consenso.

Occorre inoltre individuare le categorie dei dati trattati e i soggetti a cui possono essere comunicati e per quali scopi. Al crescere dell'interferenza, crescerà in misura proporzionale la salvaguardia del diritto al trattamento dei propri dati tenendo conto della natura, della portata e della finalità del trattamento.

Il Comitato raccomanda inoltre di stabilire quando l'app dovrà essere disinstallata e a chi spetterà tale determinazione.

²⁸ Art. 25 G.D.P.R., in <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Regolamento+UE+2016+679.+Arricchito+con+riferimenti+ai+Considerando+Aggiornato+alle+rettifiche+pubblicate+sulla+Gazzetta+Ufficiale+dell'Unione+europea+127+del+23+maggio+2018.pdf/1bd9bde0-d074-4ca8-b37d-82a3478fd5d3?version=1.9>.

Il vero grande problema è che il ricorso ad una app per fronteggiare la crisi pandemica potrebbe portare alla raccolta di dati relativi alla salute (a titolo esemplificativo quello relativo ad aver contratto il COVID-19).

Come già anticipato in precedenza il Comitato prevede che il trattamento dei dati è consentito quando è «necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, nel rispetto delle condizioni di cui all'articolo 9, paragrafo 2, lettera i), del Regolamento¹⁴, o per le finalità dell'assistenza sanitaria di cui all'articolo 9, paragrafo 2, lettera h), del Regolamento stesso» e, a seconda della base giuridica individuata, il trattamento potrebbe fondarsi su consenso dell'interessato oppure per finalità di interesse pubblico.

I dati generati ed analizzati devono essere però conservati solo per il tempo dettato dalle reali esigenze e dalle rilevazioni mediche e, comunque, non oltre la fine della crisi pandemiche al termine della quale potranno essere anonimizzati e conservati a soli fini statistici.

Al fine di garantire la correttezza dei trattamenti, il rispetto del principio di responsabilizzazione e la conformità con la legge. Gli algoritmi di elaborazione dei dati delle app utilizzate devono essere soggetti a revisione periodica da parte di esperti indipendenti.

Il Comitato affronta anche il problema dei falsi positivi che potrebbe inevitabilmente verificarsi. Partendo dall'assunto che l'identificazione del soggetto positivo al COVID-19 può avere un forte impatto sul medesimo ad esempio con misure di autoisolamento è necessario prevedere meccanismi di correzione e di aggiornamento dei soggetti positivi.

Infine, L'EDPB rimarca la possibilità di porre in essere una valutazione di impatto sulla protezione dei dati prima di implementare le app di *tracing* – i cui risultati dovranno essere poi pubblicati – in quanto il trattamento configura una probabilità di rischio elevatissimo a causa della tipologia dei dati trattati (relativi alla salute), dell'adozione su larga scala, del monitoraggio sistematico e dell'utilizzo di una nuova strumentazione tecnologica.

6. Contact Tracing e l'App "Immuni".

Se quanto esposto in precedenza rappresenta una breve sintesi dell'intervento a livello nazionale e sovranazionale per tracciare la mappa del contagio e fronteggiare l'emergenza pandemica causata dal COVID-19, occorre fare maggiore chiarezza sull'App "Immuni", elaborata dalla Bending Spoons e scelta

tra oltre 300 proposte dai 74 esperti nominati presso il ministero dell'innovazione come strumento di mappatura dei contagi²⁹.

In una nota, il Ministero per l'Innovazione³⁰ precisa che l'intero sistema sarà interamente gestito da uno o più soggetti pubblici e che il codice sia aperto (*open source*) e suscettibile di revisione da qualunque soggetto voglia studiarlo. I dati trattati saranno sufficientemente anonimi da impedire l'identificazione dell'interessato. Al raggiungimento delle finalità perseguite tutti i dati, ad eccezione di quelli che saranno utilizzati a fini di ricerca o statistici, in ottemperanza a quanto indicato dalle linee guida dell'EDPB, e dal Garante della privacy.

Il sistema di *contact tracing* terrà conto dei sistemi internazionali (PEPP-PT, DP-3T, ROBERT) che mirano a definire standard tecnologici per realizzare una soluzione tecnica che renda possibile il tracciamento di contatti tramite *smartphone* basato su un codice libero e *open source* (Licenza *Open Source* MPL 2.0.).

Le funzioni vere e proprie dell'App scattano quando, a seguito di un test, un individuo è risultato positivo al COVID-19. L'operatore sanitario, prima di espletare il questionario analogico, chiederà se il soggetto ha installato l'app Immuni.

Nel caso di risposta positiva, l'operatore genera, mediante una app diversa, un codice con cui il cittadino potrà effettuare un upload su un server dei dati raccolti dalla propria app compresa la lista di dei codici bluetooth anonimizzati con cui è entrato in contatto.

Il server, in base ad appositi algoritmi, per ognuno dei codici calcolerà il livello di rischio rispetto ad un soggetto contagiato prendendo a riferimento parametri come la vicinanza o il tempo di contatto a cui farà seguito una notifica ai dispositivi di persone potenzialmente a rischio, sempre tramite l'app³¹.

La notifica avrà il contenuto di un messaggio predeterminato dalle autorità sanitarie in cui verranno indicati i protocolli da seguire.

L'app non può alla rubrica dei contatti telefonici, non richiede una registrazione

²⁹ In <https://innovazione.gov.it/DM-task-force/>.

³⁰ In <https://innovazione.gov.it/un-aggiornamento-sull-applicazione-di-contact-tracing-digitale-per-l-emergenza-coronavirus/>.

³¹ Il sito dell'agenda digitale evidenzia che «nel modello Pepp-PT è il server a fare la crittografia dei dati; in quello DP-3T sono invece i dispositivi stessi, che quindi creano un codice anonimo e se lo scambiano quando entrano in contatto. L'app manda la notifica se riconosce il proprio codice tra quelli della lista di contatti arrivata dal server», in <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/coronavirus-i-sistemi-per-tracciare-i-positivi-come-funzionano/>.

con numero di telefono e non invia sms di notifica del rischio e richiede una installazione su base volontaria.

L'applicazione non memorizza i dati relativi alla geolocalizzazione³² degli utenti ma conserva solamente i contatti anonimizzati di prossimità rilevati mediante la tecnologia *bluetooth low energy* e mediante l'ausilio di *Big Tech* come Google ed Apple.

Con maggiore sforzo esplicativo occorre allora rilevare che, una volta abilitati, i dispositivi degli utenti invieranno un segnale *bluetooth*, una stringa anonima di numeri casuali non legati all'identità dell'utente e con un ricambio ogni venti minuti.

Il segnale sarà registrato e memorizzato grazie al sistema di crittografia Aes. Almeno una volta al giorno l'app si collegherà al database con l'elenco delle persone risultate positive al test. Qualora venisse trovata una corrispondenza tra i segnali memorizzati e il segnale del contagiato, l'utente sarà informato dalle autorità preposte ai passi da compiere di tal guisa configurando un sistema decentralizzato di controllo così come in Svizzera e Belgio.

Il concetto stesso di decentralizzazione è uno degli elementi base dell'anonimato: se l'informazione sui contatti venisse gestita e poi archiviata da un unico ente centrale si correrebbe il rischio di avere un sistema centralizzato di sorveglianza di massa³³.

Si sottolinea, infine, che l'app Immuni avrà un diario clinico, anonimo e su base volontaria, in cui sarà prevista per gli utenti la possibilità di scrivere informazioni rilevanti dal punto di vista medico (a titolo esemplificativo e non esaustivo: età, sesso, malattie pregresse e farmaci assunti) con aggiornamento giornaliero su sintomi ed evoluzione dello stato di salute.

7. Rilievi conclusivi

³² Si rischierebbe altrimenti un caso analogo a quello accaduto nella Corea del Sud. Presa come esempio d'eccellenza riguardo l'efficacia del *contact tracing*, ai cittadini che avevano avuto un contatto con una persona poi risultata positiva al COVID-19 veniva notificato un messaggio che indicava dove era avvenuto il contatto. Il Guardian, riporta la storia di un uomo accusato pubblicamente di sfruttamento della prostituzione per essere stato tracciato in una zona di Seoul nota per il traffico di prostitute. È stato poi rivelato, a seguito di indagini, che la causa del contagio fosse aver cenato nel quartiere. In <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/06/more-scary-than-coronavirus-south-koreas-health-alerts-expose-private-lives>.

³³ Per approfondimenti, cfr. <https://www.cybersecurity360.it/nuove-minacce/app-di-contact-tracing-come-funzionano-rischi-di-sicurezza-e-soluzioni-di-mitigazione/>.

In relazione a quanto premesso non sussiste ombra di dubbio sul valore contenitivo dell'App Immuni in un momento storico, giuridico e sanitario così particolare.

L'analisi dei megadati così come si è riscontrato in Corea del Sud, Honk Kong e Taiwan³⁴ ha infatti prodotto dati incoraggianti per fronteggiare i contagi da COVID-19.

Si è però rammentato in precedenza il contrasto tra il diritto alla salute e alla pubblica incolumità il diritto al diritto al trattamento dei dati personali (pur sempre nel rispetto del principio di ragionevolezza, proporzionalità e minimizzazione).

Alcuni principi contenuti nel G.D.P.R. (analizzati in precedenza) di cui ne costituiscono le fondamenta sono derogati ma mai superati ancorchè ci si trovi dinanzi a momenti di necessità e di urgenza.

Sul punto è intervenuto anche il Presidente dell'Autorità Garante per la privacy, il dott. Antonello Soro, che seppur in un'ottica di apertura verso le tecnologie finalizzate al *contact tracing* e all'analisi dei *big data* ha sottolineato che l'utilizzo dei dati eventualmente raccolti potrà avvenire solamente in forma aggregata anonima e tale da garantire la non identificazione dei soggetti interessati non trattandosi, infatti «di sospendere la privacy, ma di adottare strumenti efficaci di contenimento del contagio, pur sempre nel rispetto dei diritti dei cittadini³⁵». Il Presidente Soro sottolinea che al fine di garantire sicurezza nella raccolta e nel trattamento dei dati si proceda «nel modo meno invasivo possibile per gli interessati, privilegiando l'uso di dati pseudonimizzati (ove non addirittura anonimi), ricorrendo alla reidentificazione laddove vi sia tale necessità, ad esempio per contattare i soggetti potenzialmente contagiati» concludendo che «la chiave è nella proporzionalità, lungimiranza e ragionevolezza degli interventi, oltre che nella loro temporaneità. Il rischio che dobbiamo esorcizzare è quello dello scivolamento inconsapevole dal modello coreano a quello cinese, scambiando per efficienza la rinuncia a ogni libertà e la delega cieca all'algorithm per la soluzione salvifica».

³⁴ Sebbene i Paesi elencati adottino un sistema centralizzato dei dati con i rischi esposti nel corso della trattazione. Si veda per approfondimenti <https://www.ilpost.it/2020/04/05/coreano-del-sud-test-pandemia/>.

³⁵ In <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9301470>; vedi anche <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9317512>; <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9316873>.

Il Grande Fratello ti osserva. Come ci si chiedeva all'inizio della trattazione, quanto quella visione letteraria post-bellica è lontana dal controllo massivo e generalizzato che i Governi starebbero attuando per fronteggiare la pandemia dovuta al COVID-19?

Sovente, come nel caso di specie, ci si chiede fino a che punto possa esservi un' invasione nella sfera privata. Qual è allora il punto di equilibrio tra la tutela della salute e il diritto al trattamento dei dati personali?

Indignati come giovani idealisti degli anni sessanta, masse di individui di ogni età rivendicano l'equilibrio tra salute e riservatezza anche se un utilizzo massivo di dati potrebbe contenere la pandemia dovuta al COVID-19.

E non importa che siano proprio quelle stesse masse di indignati a prestare il consenso al trattamento dei propri dati per sapere, attraverso l'utilizzo di apposite app, se la loro personalità sia più simile a quella di un lupo o di un gorilla, finanche a dover necessariamente scoprire, mitigando quel diritto tanto rivendicato, quale possa essere il frutto che più si avvicini alla personalità.

Il Grande Fratello non può e non deve osservarti in maniera indiscriminata se si tratta di fronteggiare l'emergenza pandemica, con tutti i problemi relativi al G.D.P.R. e alla riservatezza che sono stati analizzati.

Il Grande Fratello può però sapere che frutto sei o a che animale è più simile la tua personalità.

Il visionario Orwell non avrebbe neanche lontanamente immaginato che durante una crisi pandemica il virus non sarebbe stato il solo nemico invisibile da fronteggiare.

I limiti dell'unione europea al contrasto dell'emergenza sanitaria da covid-19 (coronavirus).

di Gianluca TRENTA*

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** La normativa europea in materia di "calamità" e il "meccanismo unionale" di protezione civile. **3.** Attività dell'Unione europea in materia di *sanità umana*. **4.** Limitazioni alla libera di circolazione delle persone. **5.** Aspetti critici e conclusioni.

ABSTRACT: *The sudden escalation in the Member States of the European Union of the spread of the serious health emergency caused by the virus Covid-19 (Coronavirus), creates deep uncertainty on the institutional stability of the Union itself.*

The present article will analyze the contribution that the European Union can give on the supranational level to react at the exceptional nature of the phenomenon and, most importantly, how much its intervention can affect on the development of the Union acquis, considering that so far it has been the major absentee, to the point of foreshadowing a new scenario regarding the holding of the European Union.

1. Premessa.

L'improvvisa *escalation* negli Stati membri dell'Unione europea del diffondersi della gravissima emergenza sanitaria causata dal virus *Covid-19* (Coronavirus)¹, incute profonda incertezza sulla tenuta istituzionale della stessa Unione.

Il presente articolo analizzerà il contributo che l'Unione europea può fornire sul piano sovranazionale per reagire all'eccezionalità del fenomeno e, soprattutto,

* Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche e politiche presso l'Università degli Studi Guglielmo Marconi di Roma.

* Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche e politiche presso l'Università degli Studi Guglielmo Marconi di Roma.

¹ Il 31 dicembre 2019 le autorità sanitarie cinesi hanno notificato un focolaio di casi di polmonite ad eziologia non nota nella città di Wuhan (Provincia dell'Hubei, Cina) e il 9 gennaio 2020 il Centro per il controllo e la prevenzione delle malattie della Cina ha identificato un nuovo coronavirus, provvisoriamente chiamato 2019-nCoV. L'11 febbraio l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha annunciato che la malattia respiratoria causata dal 2019-nCoV viene chiamata *Covid-19* (Corona Virus Disease ossia dove "CO" sta per corona, "VI" per virus, "D" per *disease* e "19" indica l'anno in cui si è manifestata). L'11 marzo 2020 la pandemia di *Covid-19* è dichiarata dal direttore generale dell'OMS Tedros Adhanom Ghebreyesusdal, un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale.

quanto il suo intervento possa incidere sullo sviluppo dell'*acquis* dell'Unione², considerando che finora è stata la grande assente, tanto da far presagire uno scenario nuovo circa la tenuta dell'Unione europea.

2. La normativa europea in materia di "calamità" e il "meccanismo unionale" di protezione civile..

Sin dai primi giorni della diffusione dell'emergenza sanitaria nel vecchio continente, l'Unione europea ha lasciato la piena gestione in mano ai singoli legislatori degli Stati membri. L'Italia, in seguito alla dichiarazione dello stato di emergenza internazionale da parte dell'OMS³, ha adottato misure di estrema rilevanza al fine di arginare il diffondersi del nuovo coronavirus, soprattutto adottando misure di restrizione della libertà di circolazione e movimento⁴; provvedimenti successivamente impiegati anche da Francia, Germania e Spagna. Al diffondersi della conclamata pandemia, però, la Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, in data 2 marzo, proponeva l'istituzione del *Coronavirus Response Team* formata dai Commissari responsabili per le politiche maggiormente interessate, al fine di attuare misure relative alla prevenzione (soccorso e sostegno) e alla mobilità, secondo gli accordi di *Schengen* e al quadro economico⁵.

Per poter esprimere valutazioni sull'azione di *governance* dell'Unione Europea, intesa come *stabilità* e *uguaglianza* politica, è opportuno approfondire meglio gli

² M. CONDINANZI, *Il futuro dell'Unione europea. Acquis o ma(c)quis communautaire?*, *Eurojus*, 17/07/2014, pp. 1-5.

³ L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), dopo aver valutato i livelli di gravità e diffusione dell'infezione da SARS-CoV-2, ha dichiarato che il focolaio di Covid-19 registrato, può essere considerato una pandemia ma che, nonostante questa definizione, può essere ancora controllata. Il 30 gennaio 2020, dopo la seconda riunione del Comitato di sicurezza, il Direttore generale dell'OMS ha dichiarato il focolaio internazionale da SARS-CoV-2 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale (Public Health Emergency of International Concern - PHEIC), come sancito nel Regolamento sanitario internazionale (International Health Regulations, IHR, 2005). Per un maggior approfondimento cfr. World Health Organization, "Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)", www.who.int.

⁴ Attraverso il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 il Governo adottava misure urgenti per la gestione dell'epidemia. I numerosi d.p.c.m. successivamente emanati dispongono sulla libertà di circolazione e di soggiorno, trovando copertura nella decretazione d'urgenza in quanto adottati per fronteggiare la gravissima emergenza sanitaria da coronavirus (o *Covid-19*).

⁵ La istituenda Commissione è presieduta dalla Presidente Ursula von der Leyen, e dai commissari Paolo Gentiloni responsabile degli aspetti macroeconomici, Thierry Breton responsabile del mercato interno, Stella Kyriakides responsabile di tutti gli aspetti sanitari, Janez Lenarčič responsabile della gestione delle crisi, Ylva Johansson responsabile delle questioni relative alle frontiere, Adina Vălean responsabile della mobilità, www.ec.europa.eu.

strumenti normativi a disposizione delle sue istituzioni, cornice entro la quale l'Unione europea può ricavarsi uno spazio, seppur limitato, per intraprendere le azioni necessarie⁶.

A tal proposito è utile menzionare la clausola di solidarietà introdotta dall'art. 222, co. 1, let. b, del TFUE, che obbliga l'Unione europea, in caso di calamità naturale anche provocata dall'uomo, di prestare assistenza qualora un Paese membro ne faccia espressa richiesta e ritenga che la crisi oltrepassi le proprie capacità⁷.

Bisogna però sottolineare che l'attivazione della clausola di solidarietà è di difficile applicazione, a causa della mancanza di chiarezza sul contenuto degli obblighi di solidarietà che Unione europea e Stati membri sarebbero chiamati ad adempiere nei confronti del Paese che ne abbia fatto espressa richiesta. Tuttavia, è opportuno sottolineare, la violazione di tale obbligo può determinare la possibilità di attivare la procedura di infrazione ai sensi degli artt. 258-259 TFUE⁸.

Dal punto di vista del diritto dell'Unione, la concezione di epidemia rientra proprio nella nozione di «*calamità*», applicabile con riguardo alle disposizioni di *diritto primario*⁹ introdotte dal Trattato di Lisbona¹⁰.

Inoltre, la normativa relativa alla gestione dei disastri naturali e antropici costituisce il quadro di riferimento dello *European Disaster Law* (EDL) e lo stesso Trattato di Lisbona, con la Decisione n. 1313/2013/UE, modificata con la Decisione n. 2019/420/UE, ha introdotto specifiche competenze dell'Unione in materia di protezione civile e ha istituito un nuovo *Meccanismo unionale di protezione civile*¹¹, volto a organizzare una risposta europea alle catastrofi e a tracciare impegni comuni in materia di prevenzione¹².

⁶ C. ATZENI, *Profili critici attorno al sistema di governance europea*, in L. ALAGNA, C. CORDA, G. SCICHILONE (a cura di), *Europa e Futuro, Genere Sicurezza Culture*, Palermo, New Digital Frontiers, 2019, p. 157. V. M. MASCIA, *Unione Europea cantiere aperto di governance. Teorie istituzioni attori*, Bari, Cacucci, 2017.

⁷ Decisione n. 2014/415/UE, pubblicata in GUCE 192/2014, p. 53 ss..

⁸ M. GESTRI, *La clausola di solidarietà europea in caso di attacchi terroristici e calamità (art. 222 TFUE)*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Costato*, Napoli, Jovene, 2014, vol. 2, pp. 537-540.

⁹ L'Unione europea possiede personalità giuridica e il suo diritto ha un effetto diretto o indiretto sulle disposizioni legislative di ogni singolo Stato membro, www.europarl.europa.eu.

¹⁰ F. CASOLARI, *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del Coronavirus*, *Eurojus*, n. 1/2020, p. 92.

¹¹ Decisione n. 1313/2013/UE, pubblicata in GUCE L 347/924.

¹² A tal proposito bisogna tener anche in considerazione la clausola di solidarietà di cui all'art. 222 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (d'ora in poi TFUE), in riferimento alla quale nel 2014 il Consiglio ha finalmente adottato le norme di concreta attuazione.

Dunque, al fine di sostenere i sistemi di prevenzione e di protezione dalle calamità naturali, l'art. 196 del TFUE introduce il c.d. "*meccanismo unionale*" ossia la cooperazione tra gli Stati membri, con l'obiettivo di favorire la coerenza delle azioni di protezione civile e le azioni di sostegno. Tali misure vengono adottate principalmente attraverso la prevenzione dei rischi relativamente alla protezione civile di ogni singolo Stato membro, promuovendo la cooperazione operativa attraverso i servizi di protezione civile nazionali¹³.

In tal senso l'Unione europea svolge azioni *intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri* in alcune materie quali la tutela della salute umana e protezione civile¹⁴. Il Meccanismo è attivato sulla base della richiesta di uno Stato membro che si trovi a fronteggiare una calamità e si esplica attraverso la diffusione di informazioni affidata al Centro di Coordinamento della Risposta all'Emergenza gestito dalla Commissione europea¹⁵, agevolando la collaborazione nelle conoscenze scientifiche dando una immediata ed efficace risposta al fenomeno¹⁶.

3. Attività dell'Unione europea in materia di *sanità umana*.

L'Art. 4 del TFUE stabilisce i settori in cui l'Unione Europea ha competenza concorrente con quella degli Stati membri; alla lettera k) cita la sanità pubblica, materia di cui si occupa nel dettaglio il successivo art. 168 del TFUE. Tale norma ha però il limite di non riuscire a chiarire il quadro entro il quale si possono esplicitare le azioni che l'Unione europea può porre in essere a tutela dei cittadini. In particolare l'art. 168 del TFUE dispone che l'azione dell'Unione europea deve indirizzarsi alla sorveglianza epidemiologica, allarme e lotta contro le gravi minacce per la salute dei cittadini a carattere transfrontaliero, tenendo in considerazione le esigenze connesse a un elevato livello di tutela della salute umana, dando incarico ad ogni singolo Stato membro di coordinarsi con la

¹³ F. FRAIESE D'AMATO, C. LIZZA, I. LUCARONI, *Il meccanismo di protezione civile nell'Unione Europea, Istituto di sviluppo della formazione professionale dei lavoratori ISFOL*, 2011, pp. 74-88.

¹⁴ Art. 6 del TFUE.

¹⁵ La decisione 2019/420/UE, che modifica la decisione originale Decisione n. 1313/2013/UE, si prefigge l'obiettivo di rafforzare l'efficacia dei sistemi di prevenzione, preparazione e risposta alle catastrofi dell'UE. In particolare cfr gli artt. 15-17 della Decisione n. 1313/2013/UE.

¹⁶ A tal proposito è utile ricordare le difficoltà di coordinamento e *compliance* della *governance* dell'Unione europea in occasione dell'epidemia del virus Ebola nel 2014. G. CORDINI, *Crisi dello Stato sociale, sostenibilità ambientale, e tutela della salute*, in L. P. TRONCONI (a cura di), *Unione europea e diritto alla tutela della salute: problematiche giuridiche comparate*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, pp. 179-206.

Commissione¹⁷, la quale può porre in essere ogni iniziativa utile alla promozione di detto coordinamento.

Il successivo comma 5 affida al Parlamento e al Consiglio la possibilità di adottare misure di incentivazione alla protezione e al miglioramento della salute umana contro i "grandi flagelli che si propagano oltre frontiera, nonché la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero"¹⁸.

A tal proposito è utile citare l'art. 114 TFUE con il quale viene prevista la possibilità di adottare misure di armonizzazione e ravvicinamento delle legislazioni nazionali anche in materia di sanità pubblica, per perseguire un livello di protezione elevato tenuto conto degli eventuali nuovi sviluppi fondati su *riscontri scientifici*.

L'art. 168 TFUE, dunque, in combinato disposto con i citati artt. 4 e 114, pur assegnando la materia della sanità anche all'Unione Europea, in realtà mantiene in capo ai singoli Stati Membri la sovranità in materia di sanità pubblica con propria legislazione ed affida loro anche la possibilità di introdurre azioni restrittive secondo le disposizione dell'art. 36 TFUE.

È bene tenere presente anche l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (*Carta di Nizza*) che, in materia di diritto di accedere alla prevenzione sanitaria, puntualizza la necessità di sostenere un livello elevato di salute umana¹⁹. Inoltre, con riferimento alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, è opportuno menzionare anche la Decisione n. 1082/2013/UE, che ha inserito, su di un piano sovranazionale, un insieme di strumenti di sorveglianza, monitoraggio, allarme rapido e contrasto contro le minacce sanitarie. Questo perché le malattie trasmissibili non si fermano alle frontiere, ma si diffondono rapidamente nel caso in cui non si intervenga tempestivamente.

L'Unione europea, quindi, in applicazione delle normative menzionate, ha istituito una rete di sorveglianza epidemiologica e di controllo delle malattie

¹⁷ Decisione 2119/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 1998, pubblicata GUCE L. 268 dell'03.10.1998, pag. 1.

¹⁸ M. GOLA, *Sanità pubblica*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 1765-1789. Cfr anche F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri, Studi sull'integrazione europea*, n. 2/2017, pp. 317-342.

¹⁹ Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio 2011/0421 (COD). Cfr anche V. P. GIANNITI, *I diritti fondamentali nell'unione Europea. La carta di Nizza dopo il trattato di Lisbona*, Milano, Zanichelli, 2013.

trasmissibili²⁰ attraverso il *Sistema di allarme rapido e di reazione* (SARR) e il *Comitato per la sicurezza sanitaria* (CSS)²¹.

Al SARR è affidato il compito di controllare, in ambito europeo, la comparsa di gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, permettendo alla Commissione europea e a tutti gli Stati membri di essere costantemente informati su eventuali allarmi, valutazione dei rischi per la salute pubblica, con la possibilità di assumere in maniera tempestiva le misure necessarie per proteggere i cittadini. Il sistema è stato già utilizzato in passato in occasione di malattie epidemiche come SARS, influenza pandemica A (H1N1), Ebola e Zika. La risposta rapida alle gravi minacce è coordinata dal CSS, costituendo insieme al SARR, lo strumento per coordinare le misure e rispondere alle minacce transfrontaliere per la salute. Nel caso di pandemia influenzale, dunque, la Commissione guida il coordinamento a livello UE con il sistema di allarme rapido e di reazione, che impone ad ogni singolo Stato membro di notificare le misure singolarmente adottate o previste²². La Commissione mantiene inoltre un contatto permanente con l'ECDC²³, l'Agenzia europea per i medicinali (EMA), l'OMS e l'Iniziativa per la sicurezza sanitaria globale (GHSI)²⁴.

Se per ciò che concerne la sanità pubblica la competenza rimane agli Stati membri, la gestione delle emergenze appare concentrata nelle competenze dell'Unione europea attraverso strumenti dal carattere vincolante. In tale contesto a parte la *clausola di solidarietà*, che impone l'obbligo di assistenza, la risposta dell'Unione europea è affidata al «*Meccanismo unionale*». Tali strumenti rappresentano, dunque, un supporto all'azione di ogni singolo Paese membro,

²⁰ Decisione n. 2119/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. In tale contesto, sono state adottate ulteriori misure di esecuzione stilando un elenco di riferimento delle malattie trasmissibili e delle problematiche sanitarie correlate (decisione n. 2000/96/CE della Commissione), inclusa la definizione dei casi (decisione n. 2002/253/CE della Commissione).

²¹ Il CSS è formato da un gruppo di esperti ed è competente per la preparazione, la risposta e la cooperazione internazionale. Il Comitato può chiedere alla Commissione europea di fornire una valutazione del rischio, comprese eventuali misure di sanità pubblica. Attraverso il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC) e l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA), in caso di grave minaccia per la salute a carattere transfrontaliero che rientri nel suo mandato, viene effettuata la valutazione del rischio, www.ec.europa.eu.

²² J. ZILLER, *Europa, coronavirus e Italia, Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 24 marzo 2020, p. 3.

²³ Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC), istituito nel 2005, su richiesta della Commissione europea o di un paese dell'UE elabora valutazioni rapide dei rischi per contribuire a identificare e valutare il rischio delle attuali e nuove minacce per la salute dei cittadini. Regolamento (CE) n. 851/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, GUCE L 142 dell'30.04.2004, pag. 1.

²⁴ Commissione europea, *Sicurezza sanitaria: puntare su una più stretta collaborazione globale*, 2008, www.ec.europa.eu.

facilitando "l'emergere di una reazione comune (e solidale) di fronte ad eventi di natura emergenziale"²⁵.

Pertanto, per una sopravvivenza dell'intera Unione europea, è necessaria una forma di unione politica più incisiva secondo il principio di leale cooperazione reciproca come sancito dall'art. 13, co. 2 del Trattato sull'Unione europea²⁶.

Dall'analisi normativa fin qui esposta in materia di sanità pubblica è però evidente che, seppure l'Unione europea ha messo in campo un'azione capillare, attenta e fondata sulla prevenzione, di fatto le misure immediate e più efficaci rimangono in mano ai singoli Stati membri, i cui interventi diverranno azione coesa e congiunta solo nel momento di massima diffusione dell'emergenza, grazie proprio a quello spirito di collaborazione fondato su raccolta e analisi dati e informazione reciproca, previsto dalla normativa europea.

4. Limitazioni alla libera di circolazione delle persone.

Per contrastare la diffusione del contagio, alcuni Stati membri dell'Unione europea, avendone la facoltà e la competenza come spiegato nel paragrafo precedente, hanno adottato in proprio provvedimenti che comportano limitazioni alla libera circolazione delle persone.

Gli effetti prodotti da queste misure si riversano in maniera diretta nel diritto dell'Unione Europea: l'art. 9 del TFUE prevede che l'azione politica della UE debba conformarsi ad un elevato livello di tutela della salute umana; l'art. 20, co. 2 del TFUE tutela il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, così come l'art. 45, co. 1 della *Carta di Nizza*; l'art. 3, co. 2 del TUE stabilisce il diritto di libera circolazione delle persone senza frontiere interne e indica, per tutti i cittadini europei, il diritto di circolare e soggiornare liberamente in tutti gli stati membri dell'Unione. Pertanto, con la chiusura di alcune frontiere dell'area *Schengen*, viene limitato e sospeso il diritto fondamentale di libera circolazione delle persone²⁷.

Situazione eclatante in quanto nella mente degli europei l'Unione si incarna ed è espressione proprio del diritto di libera circolazione, tanto che quando si chiede

²⁵ F. CASOLARI, *Prime*, op. cit., p. 101.

²⁶ A. GUAZZAROTTI, *Unione europea e conflitti tra solidarietà*, *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, pp. 144-150.

²⁷ F. ROSSI, *Luci ed ombre sull'intervento dell'Unione europea a fronte dell'emergenza del Covid-19*, *Nomos*, n. 1/2020, pp. 10-12.

cosa sia l'Unione Europea la risposta più comune è la libertà di viaggiare, studiare e lavorare ovunque nel territorio europeo²⁸.

Nel contesto sviluppatosi a causa del *Covid-19* l'Unione europea non ha legiferato alcun provvedimento, lasciando campo libero ai singoli Stati, rimanendo in silenzio e soprattutto rivelandosi come un'istituzione lontana agli occhi dei propri cittadini; per comprendere le ragioni di tale scelta è opportuno analizzare i limiti delle stesse istituzioni europee, derivanti proprio dalla normativa comunitaria²⁹.

L'art. 4, co. 2, let. J, del TFUE indica chiaramente che l'Unione europea ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nelle materie di libertà, sicurezza e giustizia. L'art. 77, let. a) del TFUE incarica l'Unione europea di adottare quelle misure necessarie al fine di garantire l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone nel momento dell'attraversamento delle frontiere interne. L'art. 26, par. 2, del TFUE definisce il mercato interno dell'Unione europea quale spazio senza frontiere interne, entro il quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.

Tale ultima norma è il risultato raggiunto dagli accordi di *Schengen* ed istituito con Regolamento UE n. 562/2006 (*Codice frontiere Schengen*) e modificato dal Regolamento del Parlamento e del Consiglio n. 2016/399 (codice unionale). Con la costituzione di un'unica frontiera esterna e l'abolizione di quelle interne, viene costituito uno spazio *Schengen* in cui è garantita la libera circolazione delle persone come pietra angolare della cittadinanza europea. Tuttavia il codice unionale permette delle eccezioni, relative alla reintroduzione per gli Stati di controlli alle frontiere interne, in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna³⁰.

D'altronde, il sistema *Schengen*, in occasione della crisi dei rifugiati, aveva già dimostrato i suoi limiti permettendo ad alcuni Paesi dalla UE di assumere decisioni singole volte al ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere³¹.

²⁸ E. RECCHI, *La libera circolazione i suoi nemici*, in C. BONIFAZI, M. LIVI BACCI, *Le migrazioni internazionali ai tempo della crisi*, Firenze, Neodemos, 2014, p. 17.

²⁹ Il Consiglio dell'Unione, nella riunione straordinaria tenutasi in data 13 febbraio 2020, esortava gli Stati membri a rafforzare il coordinamento pur se in tale occasione non veniva presa alcuna iniziativa legislativa unitaria e congiunta a livello europeo.

³⁰ Camera dei deputati, *Codice frontiere Schengen: applicazione e prospettive di riforma*, 28 giugno 2019, www.camera.it.

³¹ G. RUOTOLO, *Sulle recenti misure di ristabilimento dei controlli ad alcune frontiere alla luce del Codice Schengen 2016, Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 2-3/2016, pp. 375-389.

A dimostrazione di quanto finora analizzato si ricordano alcune delle restrizioni adottate dai singoli Stati membri, con tempistiche diverse, per fronteggiare l'epidemia di *Covid-19* come la permanenza domiciliare, il distanziamento sociale, il divieto di accesso ad alcuni luoghi pubblici, come ad esempio i parchi, il divieto di spostamento verso luoghi diversi da quelli della propria dimora, la chiusura di esercizi commerciali e aziende, tranne quelli necessari all'espletamento della vita quotidiana come i supermercati o le farmacie, sino addirittura alla chiusura e isolamento di interi territori³².

Dal complesso sistema normativo comunitario delineato emergere un plateale conflitto legislativo tra la volontà di una legislatura europea unitaria e la volontà da parte degli Stati di mantenere la sovranità nazionale.

5. Aspetti critici e conclusioni.

In questo momento storico, in cui i Paesi del vecchio continente stanno affrontando il diffondersi della gravissima emergenza sanitaria causata dal virus *Covid-19* (Coronavirus), l'istituzione dell'Unione Europea non è apparsa in grado di garantire un'azione unitaria e coordinata.

Dall'analisi svolta della normativa europea appare evidente che l'Unione, pur intervenendo in azioni intese a sostenere, coordinare e completare l'azione degli Stati membri (art. 6 del Trattato di Lisbona), non può adottare misure di armonizzazione, né tantomeno incidere sull'azione di governo di ogni singolo Stato membro.

L'obbligo, quindi, risulta essere quello di coordinamento per tutti i Paesi UE al fine di dare una risposta unanime nei confronti dell'evento calamitoso, contribuendo a semplificare le differenti normative nazionali.

Qui le criticità non riguardano tanto gli strumenti relativi alla cooperazione, al coordinamento e alla solidarietà tra Stati che, come visto sono previsti, quanto

³² In Spagna lo stato d'allarme, emergenza e assedio con i relativi poteri e limitazioni è normato dall'art. 116, comma 2, Cost. e il 10 marzo viene firmato il Regio Decreto Legge 6/2020 con il quale vengono adottate le misure urgenti per la protezione della salute pubblica- BOE, n. 62, dell'11 marzo 2020. In Germania, il 16 marzo, il governo federale e i capi di governo degli stati federali concordano le linee guida per limitare i contatti sociali nella sfera pubblica. In Austria lo stato di emergenza è regolato dall'art. 18 della Legge Costituzionale Federale (B-VG) e il 15 marzo il governo, con Legge Federale (396-A), BGBl. n. 12/2020, ha adottato misure di carattere legislativo ed amministrativo. In Francia, alla data del 19 marzo, non si è fatto ricorso al dispositivo dello stato di urgenza previsto dalla legge n. 55-385 del 3 aprile 1955 che pur all'art. 1 prevede la possibilità di una sua applicazione, ma sono state chiuse le scuole e le università e invitate le persone più fragili a rimanere in casa, confermando però lo svolgimento delle elezioni comunali del 15 e 22 marzo.

piuttosto il vincolo della negoziazione che rallenta e frammenta la risposta e gli effetti per un'azione tempestiva³³.

Quanto al coordinamento la Commissione europea sta svolgendo un ruolo importante tramite lo stanziamento di fondi per i centri di ricerca e sviluppo di cure e vaccino e per la creazione di un team di esperti provenienti da tutti gli Stati membri con il compito di trovare soluzioni efficaci per rafforzare i sistemi sanitari nazionali, fornire linee guida e supporto scientifico.

Il coordinamento però da solo non basta e si ritiene che il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da *Covid-19* può divenire, sin da subito, l'occasione giusta, per quanto drammatica, affinché gli Stati membri possano insieme trovare una sintesi politica, tramite l'adozione di misure congiunte e il perseguimento di un futuro obiettivo volto al rafforzamento del ruolo centrale dell'azione politica sovranazionale, secondo quei principi che ispirarono i padri costituenti dell'Europa di Jean Monnet, Robert Schuman, Konrad Adenauer e Alcide De Gasperi.

³³ F ROSSI, *Luci ed ombre, op. cit.*, p. 14.

Coronavirus e 5G: quando la tecnologia è al servizio della sicurezza.

di Wanda NOCERINO*

SOMMARIO: **1.** Il diritto dell'emergenza. **2.** La tecnologia e la prevenzione della pandemia. **3.** I "tipi" di monitoraggio. **4.** I modelli internazionali. **5.** Lo stato dell'arte in Italia. **5.1.** Dalla geolocalizzazione alla sorveglianza massiva. **6.** Le prospettive future. **7.** Le nuove proposte al vaglio delle regole sul trattamento dei dati personali: il veto del GDPR. **8.** I rischi per la sicurezza informatica. Possibili rimedi. **9.** Le criticità di ordine pratico. La sensibilizzazione della collettività verso gli inesplorati confini tecnologici. **10.** Una base legislativa per "Immuni": il d.l. 28/2020. **11.** Prospettive *de jure condendo*.

ABSTRACT: *The international health emergency requires the use of exceptional measures to contain the spread of Covid-19, especially in view of the next restart. The contribution of IT and telematic tools for the tracing of infections appears to be a subsidiary solution suitable to avoid the risk of new outbreaks. But technology cause the breaches of fundamental rights and cyber security. The need for reconciliation between the inviolable right to health (art. 32 Cost.), and other individual prerogatives, requires careful reflection by the jurist.*

1. Il diritto dell'emergenza.

La guerra batteriologica che il mondo intero sta vivendo sin dagli esordi del nuovo anno trasfigura le società moderne. Una lotta senza armi, contro un nemico invisibile che appare quasi come invincibile; una lotta che vede protagonisti solo gli uomini, «l'un contro l'altro armat[i]»¹, costretti a vivere "schermati" dal contatto con i propri simili, presumibili fonti di ulteriori contagi, di nuovo dolore.

Il mostro ha un nome. Si chiama Covid-19, un gigante malvagio che mette a repentaglio la vita e la salute di un numero indeterminato di esseri umani².

* Dottoranda di ricerca / Università di Foggia.

¹ A. MANZONI, *Il cinque maggio*, 1983.

² Si registra, nella seconda settimana del mese di aprile 2020, un totale 2.034.802 casi confermati nel mondo dall'inizio dell'epidemia e di 135.163 morti.

L'assordante silenzio legislativo che inquieta il nostro tempo sembra essere interrotto solo dalle poche voci "fuori dal coro", quelle uniche voci "amiche" a cui aggrapparsi nel disastro.

Sono le voci della scienza e della medicina che tentano disperatamente di traghettarci oltre il baratro. Non solo. Al di là dei "colori" politici, le speranze sono riposte nei Governi e nelle Autorità, impegnati costantemente nella gestione dell'emergenza sul territorio.

Con una fitta rete di norme *ad hoc* atte a contrastare la diffusione del *virus*³, la legislatura dell'emergenza introduce nuovi divieti⁴ e innumerevoli obblighi⁵, individuando soluzioni appropriate per neutralizzare la pandemia e, al contempo, provare a ripartire.

Come ogni volta in cui ci si trova di fronte ad una nuova emergenza da contenere, si profila il rischio della compressione dei diritti e delle più basiche libertà fondamentali⁶.

³ Per commenti sulla fitta rete legislativa emergenziale, con precipuo riguardo alla sfera penalistica, *ex multis*, AA. VV., *Documento dell'associazione tra gli studiosi del processo penale: "emergenza covid-19 e custodia in carcere: perplessità e proposte, anche in vista della conversione del d.l. n. 18/2020"*, in *Sist. pen.*, 2 aprile 2020; B. PETRELLA, *Emergenza Covid-19, processo penale e proroga dei termini all'11 maggio 2020: note sparse sull'art. 36 del d.l. n. 23 dell'8 aprile 2020*, *ivi*, 15 aprile 2020; G. PICARO, *Il virus nel processo penale. Tutela della salute, garanzie processuali ed efficienza dell'attività giudiziaria nei d.l. n. 18 e n. 23 del 2020*, *ivi*, 17 aprile 2020; A. SCARCELLA, *Decreto Cura Italia: le misure che incidono sul processo penale*, in *Quot. Giur.*, 18 marzo 2020.

⁴ A titolo esemplificativo, si può ricordare il «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al *virus*» (art. 2, comma 1, lett. e, d.l. 25 marzo 2020, n. 19), ovvero il divieto di assembramenti di persone, congressi, manifestazioni, iniziative o eventi di qualsiasi natura (art. 1, comma 2, lett. f, d.l. 25 marzo 2020, n. 19).

⁵ Quali, la "quarantena precauzionale" disposta nei confronti dei «soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che rientrano da aree, ubicate al di fuori del territorio italiano» (art. 2, comma 1, lett. d, d.l. 25 marzo 2020, n. 19), ovvero gli obblighi di comunicazione al servizio sanitario nazionale nei confronti di coloro che sono transitati e hanno sostato in zone a rischio epidemiologico come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità o dal Ministro della salute (art. 1, comma 2, lett. dd, d.l. 25 marzo 2020, n. 19).

⁶ Assai incerta è la nozione giuridica di "emergenza". Se ne sono occupati in molti. Tra gli altri si ricorda A. PIZZORUSSO, voce *Emergenza (stato di)*, in *Enc. sc. soc.*, III, Roma, Treccani, 1993, pp. 551 e ss., e, più di recente, G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, «Univ. Teramo-Fac. giurisprudenza» Milano, Giuffrè, 2003, pp. 13 e ss. Più in generale, per una disamina sulla c.d. legislazione penale dell'"emergenza" durante la vigenza del codice del 1930, si vedano i volumi di A.A. DALIA-V. GREVI, *La legislazione dell'emergenza*, a cura di G. Conso, Milano, Giuffrè, 1979. Si rinvia, inoltre, a L. FERRAJOLI, *Emergenza penale e crisi della giurisdizione*, in *Dei delitti e delle pene*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1984, p. 271 e ss.; G. RICCIO, voce *Emergenza*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, Giuffrè, 1986, p. 281 e ss.; ID., *Politica penale dell'emergenza e costituzione*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1982. Sulla legislazione emergenziale *post* 1988, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie*

E oggi ancor più che allora. Sì, perché a venire in rilievo è la necessità, indifferibile, di tutelare la salute individuale e collettiva (art. 32 Cost.)⁷; e se nell'esperienza passata il diritto dell'emergenza mirava a prevenire e reprimere condotte criminali⁸, oggi ha invece come obiettivo quello di fronteggiare un fenomeno naturalistico, quale è la diffusione di un *virus* sconosciuto. Senza un nemico in carne d'ossa, l'esigenza di salvaguardare diritti e libertà individuali è allora, se possibile, ancor più forte rispetto al passato⁹.

Contenere la diffusione del Coronavirus richiede di evitare il più possibile i contatti sociali; di conseguenza, le azioni intraprese prevedono l'adozione di misure che limitano l'esercizio di diritti e libertà fondamentali: libertà personale (art. 13 Cost. e art. 5 CEDU), libertà di circolazione (art. 16 Cost. e art. 2 Prot. 4 CEDU), libertà di riunione (art. 17 Cost. e art. 11 CEDU), libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.). Ciò significa che anche a fronte dell'epidemia in atto si pone il problema dei confini entro i quali la limitazione, se non la privazione di quelle libertà, può dirsi compatibile con i principi superiori del sistema, previsti dalle Costituzioni e dalle Carte internazionali sui diritti umani. Di qui, l'intervento del giurista si profila doveroso, oltre che necessario, chiamato ad individuare il giusto equilibrio tra quelle forze – solo apparentemente – centrifughe.

2. La tecnologia e la prevenzione della pandemia.

sistema penale, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, p. 53 e ss.; P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Napoli, Jovene, 2001. Più di recente, L. EUSEBI, *Prevenzione e garanzie: promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma penale "umanizzatrice"?*, in *Criminalia*, 2017, p. 285 e ss.; G. SPANGHER, *Processo penale: le nuove emergenze*, in *Cass. pen.*, 2015, f. 9, p. 2994 e ss.

⁷ Per un'esegesi completa del dettato costituzionale, per tutti, P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 537 e ss. Da ultimo, R. BALDUZZI, *Diritto alla salute e servizi sanitari tra consolidamento e indebolimento*, Bologna, Il Mulino, 2016.

⁸ Ne traccia una dettagliata ricostruzione, nel più ampio quadro delle scelte di politica criminale italiana, G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 7 e ss.

⁹ Così G.L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sit. pen.*, 2 aprile 2020. Sull'impatto delle misure sui diritti fondamentali, v. anche EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Coronavirus pandemic in the eu – fundamental rights implications*, 20 marzo 2020.

La recessione economica determinata dal *lockdown* internazionale¹⁰ può essere affrontata – dicono gli esperti¹¹ – solo ripristinando la libertà di azione e movimento delle persone che non rischiano il contagio.

Ed è proprio a questo punto che si acuiscono esponenzialmente le criticità di ordine pratico già affrontate nella "Fase 1"¹², in relazione alla circolazione dei pochi preposti ai lavori essenziali¹³. Le difficoltà non derivano tanto dall'individuazione dei soggetti "sani" ma dalla necessità di scongiurare il rischio che gli stessi possano subire il contagio.

In questa cornice si insinua la *quaestio* relativa al ricorso alla tecnologia per monitorare e provare a contenere la pandemia in vista della ripartenza: l'impiego di strumenti tecnologicamente avanzati potrebbe essere utile come supporto nella fase *post lockdown*, al fine di tracciare la catena di contagi ed evitare nuovi focolai.

L'opportunità di individuare i movimenti degli individui utilizzando i dati dei cellulari è corroborata da un nuovo studio internazionale, secondo cui l'impiego della tecnologia è indispensabile per arginare l'epidemia¹⁴. A ben guardare, infatti, la ricostruzione della catena di contagio è assai laboriosa, dipende dai ricordi dei pazienti e implica un lavoro investigativo che richiede più giorni di quelli che impiega il *virus* a trasmettersi. Secondo tale studio, il ritardo può essere facilmente ridotto a zero con l'uso di informazione in tempo reale, installando un'*App* sullo *smartphone* delle persone a rischio.

In questo contesto, il Governo – sin dalle prime fasi di diffusione del *virus* – mostra una certa apertura all'inedito mondo della tecnologia quale strumento di prevenzione della pandemia, prevedendo – *in primis* – una deroga in ordine

¹⁰ «La pandemia di Covid-19 ci porterà nella crisi peggiore dalla Grande Depressione del 1929». Questo è l'allarme lanciato da un articolo del C. GILES, *Global economy set for sharpest reversal since Great Depression*, in *Financial Times*, 3 aprile 2020. In particolare, l'Italia, che per prima tra gli Stati dell'UE ha ordinato la chiusura del Paese, ha registrato nel mese di marzo un indice PMI (*purchasing managers index*, che monitora l'andamento dell'attività manifatturiera e dei servizi) pari a 17,4, nettamente più debole rispetto ai 52,1 di febbraio: un livello mai raggiunto dall'inizio della raccolta dei dati nel 1998.

¹¹ Secondo Vittorio Colao, a capo della task force per la ripartenza (c.d. "Fase 2"), la ricostruzione del Paese passa attraverso una «riapertura moderata», in *www.corriere.it*, 20 aprile 2020.

¹² Ossia quella caratterizzata dalle misure massime di contenimento, iniziata il 9 marzo 2020.

¹³ Ci si riferisce alle attività ritenute indispensabili secondo il codice ATECO.

¹⁴ La ricerca è stata elaborata da un team di studiosi guidato dall'italiano Luca Ferretti dell'Università di Oxford ed è stata finanziata dalla *Li Ka Shing Foundation*. Gli esperti hanno analizzato un campione di coppie di pazienti cinesi, per i quali è stata accertata la trasmissione del virus da un soggetto infetto a un altro sano, per stimare le caratteristiche e la dinamica del Covid-19. Il periodo di incubazione dura in media 5,5 giorni e per trasmettersi da un soggetto infetto a uno sano il virus impiega in media 5 giorni.

all'acquisizione e al trattamento dei dati personali, anche biometrici (art. 14, d.l. 14/2020)¹⁵, e la nomina di un *pool* di esperti con il precipuo compito di individuare soluzioni di innovazione tecnologica per arginare la propagazione del Covid-19 (art. 76, d.l. 18/2020)¹⁶.

Il gruppo di esperti non tarda ad essere nominato. Il 31 marzo 2020, il Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione istituisce il "Gruppo di lavoro *data-driven* per l'emergenza Covid-19", una *task force* composta da 74 membri, con due obiettivi precisi: «fare una ricognizione delle diverse soluzioni tecnologiche [...] di supporto al contenimento dell'epidemia di Covid-19», valutando le offerte arrivate per le applicazioni e servizi digitali per il monitoraggio dell'emergenza sanitaria¹⁷ e «studiare e analizzare, nel rispetto delle normative vigenti sulla *privacy* e la sicurezza, i dati provenienti da pubbliche amministrazioni e soggetti privati che riguardano l'emergenza epidemiologica da Covid-19, con specifico riferimento all'ambito sanitario, epidemiologico e socio-economico relativo alla produzione industriale italiana»¹⁸.

¹⁵ D.l. 9 marzo 2020, n. 14, recante "Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19", in G.U., 9 marzo 2020, n. 62. In particolare, l'art. 14, rubricato "Disposizioni sul trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale", pur mantenendo ferme le disposizioni di cui artt. 9 e 5 del GDPR, attribuisce alla Protezione civile, il Ministero della Salute, l'Istituto superiore di sanità, gli ospedali e tutte le forze pubbliche la legittimazione alla raccolta dei dati personali, ivi inclusi i c.d. dati biometrici o relativi a condanne penali e reati.

¹⁶ 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 COVID-19", in G.U., 17 marzo 2020, n. 70. L'art. 76, al comma 1, prevede che «[A]l fine di dare concreta attuazione alle misure adottate per il contrasto e il contenimento del diffondersi del virus COVID-19, con particolare riferimento alla introduzione di soluzioni di innovazione tecnologica e di digitalizzazione della pubblica amministrazione, il Presidente del Consiglio dei ministri, o il Ministro delegato, fino al 31 dicembre 2020 si avvale di un contingente di esperti, in possesso di specifica ed elevata competenza nello studio, supporto, sviluppo e gestione di processi di trasformazione tecnologica [...]».

¹⁷ Lo scorso 23 marzo, superata la soglia dei 50mila contagi accertati (115.242 i casi totali, 83.049 attualmente positivi, 18.278 guariti e 13.915 deceduti, in base agli ultimi dati diffusi dalla Protezione Civile e relativi alla giornata del 2 aprile 2020), il ministero dell'Innovazione, nell'ambito dell'iniziativa "Innova italia", a supporto del ministero della Salute e dell'Istituto Superiore di Sanità e in collaborazione con l'Organizzazione Mondiale della Sanità e il supporto di un comitato scientifico multidisciplinare ha lanciato una call per individuare "le migliori soluzioni digitali disponibili relativamente ad *app* di telemedicina e assistenza domiciliare dei pazienti e a tecnologie e strategie basate sulle tecnologie per il monitoraggio attivo del rischio di contagio". Un invito rivolto a Pubbliche Amministrazioni, aziende, enti e centri di ricerca pubblici e privati, ma anche associazioni, cooperative, consorzi, fondazioni e istituti, in modo da coordinare, a livello nazionale, l'adozione di questi strumenti utili a contrastare la diffusione del Covid-19.

¹⁸ MINISTRO PER L'INNOVAZIONE TECNOLOGICA E LA DIGITALIZZAZIONE, *Nasce la task force italiana per l'utilizzo dei dati contro l'emergenza Covid-19*, in www.innovazione.gov, 31 marzo 2020.

La spinta progressista italiana rimbomba in Europa.

L'8 aprile 2020 la Commissione europea sollecita gli Stati membri alla elaborazione di un «pacchetto di strumenti per un accordo paneuropeo per le applicazioni mobili», in collaborazione con il Comitato europeo per la protezione dei dati¹⁹.

L'esortazione sa più di monito. In effetti, a più riprese, l'UE chiarisce dettagliatamente le caratteristiche che dovrà possedere l'intervento dei singoli Paesi, dovendo predisporre tecniche innovative di raccolta dei dati basate sulla tecnologia *bluetooth* e sulla volontarietà dei soggetti da controllare, limitando l'uso dei dati personali – anonimizzati – solo ai fini medici nel pieno rispetto dei diritti fondamentali²⁰.

Ma si sa che ai *benefit* si contrappongono delle insidie in ordine alle garanzie potenzialmente compresse. Sia nel caso delle applicazioni di telemedicina che di quelle inerenti al tracciamento dei contagi, agli ostacoli tecnologici si affiancano le perplessità relative alla tutela della *privacy*. Un problema che riguarda in particolar modo i dati sanitari: un sistema in grado di monitorare in tempi rapidi le condizioni di salute delle persone, permettendo ai medici di controllare i dati a distanza e, in caso di necessità, intervenire, dovrebbe offrire garanzie ottimali circa la sicurezza delle informazioni raccolte.

3. I "tipi" di monitoraggio.

La tracciabilità degli spostamenti degli individui per monitorare la catena di contagi (*contact tracing*, traducibile con "tracciamento dei contatti") è operazione tecnicamente possibile: una volta che un paziente è risultato positivo al *virus*, si lavora per identificare chiunque abbia avuto con esso uno stretto contatto nel periodo in cui è risultato contagioso o potenzialmente tale.

Il *contact tracing* è un approccio collaudato e affidabile, utilizzato già da diversi anni in alcuni Paesi per prevenire la diffusione dell'infezione e per contenere e fermare le epidemie o le pandemie²¹.

Il sistema è applicabile alle diverse fasi della diffusione del *virus*, come:

¹⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Coronavirus: adottata una raccomandazione per sostenere le strategie di uscita attraverso dati e applicazioni mobili. Comunicato stampa*, in www.ec.europa.eu, 8 aprile 2020.

²⁰ Le linee sistematiche già individuate l'8 aprile, sono state precisate dal Presidente von der Leyen in un discorso pronunciato dinanzi al Parlamento europeo, riunito in sessione plenaria, il 16 aprile. Cfr. *Discorso della Presidente von der Leyen sull'azione coordinata dell'UE per combattere la pandemia Covid-19 e le sue conseguenze*, in www.ec.europa.eu, 16 aprile 2020.

²¹ Ad esempio, viene utilizzata per indagare casi e focolai di tubercolosi.

- il “contenimento”, ossia la fase iniziale in cui si cerca di contenere la diffusione rintracciando rapidamente i pazienti e fornendo il trattamento appropriato;
- il “ritardo”, ossia l’adozione di misure che ritardino il picco dell’epidemia, misure che potrebbero includere anche la riduzione degli assembramenti nei diversi luoghi;
- la “mitigazione”, ossia la fornitura della migliore assistenza possibile a coloro che si sono ammalati, con la fornitura dei beni e dei servizi essenziali.

Seppur nel comune intento di mappare i contagi ed evitare nuovi focolai, la tecnologia offre differenti soluzioni per giungere agli obiettivi prefissati.

Un primo modello, si basa sul GPS (*Global Positioning System*) in grado di rilevare, in tempo reale, le coordinate spazio-temporali in qualsiasi luogo il soggetto si trovi. Tale tecnica – altamente invasiva – è finalizzata ad acquisire dati aggregati²², utili a identificare nuovi focolai e, al limite, studiare il rispetto delle misure da parte della popolazione in generale.

La seconda tecnologia, si fonda sull’ausilio *bluetooth* per tracciare in modo più individuato le persone, ma con tecniche di pseudonimizzazione e crittografia²³, in modo da proteggerne l’identità (che può restare ignota anche al Governo)²⁴.

²² Si tratta dei dati elementari registrati in distinti microdati, la cui aggregazione è utilizzata per riassumere le informazioni in essi contenute, talora anche per renderli pubblicabili evitando il rischio di riferimento individuale.

²³ Al fine di carpire l’effettivo funzionamento di suddetta tecnologia, si consenta il ricorso ad un esempio. X e Y si incontrano nel luogo α . Nel frattempo, in completo anonimato, i cellulari di X e Y si scambiano tramite protocollo *Bluetooth Low Energy* (il nuovo protocollo *Bluetooth* presente ormai su tutti gli *smartphone*, che mantiene un intervallo di comunicazione tra due oggetti con un consumo energetico ridotto rispetto al *Bluetooth* tradizionale) un pacchetto di dati. Questi dati, che potremmo visualizzare mentalmente con due lucchetti (i c.d. *beacon*), non identificano né il nome e il cognome della persona né il luogo dove l’incontro è avvenuto: sul cellulare di X però viene conservato il lucchetto di Y e viceversa. Qualche giorno dopo Y, scopre di essere positivo al COVID-19 e attraverso l’*app* del sistema sanitario nazionale avverte le autorità. A quel punto il suo telefono caricherà su un *server* tutti i lucchetti (che identificano in maniera anonima tutte le persone con cui è entrato in contatto negli ultimi 14 giorni). Lo *smartphone* di X, a sua volta, si interfacerà ogni giorno con il server per controllare se uno dei lucchetti scambiati nelle ultime due settimane è “diventato positivo”. In tal caso, e sempre in completo anonimato, X verrà avvertito con una notifica che è entrata in contatto con una persona rivelatasi positiva e potrà ricevere sul telefono tutte le informazioni su come comportarsi. In nessun modo X potrà scoprire l’identità della persona positiva o il luogo dove è avvenuto l’incontro.

²⁴ Si anticipa che proprio su questa seconda tipologia di *contact tracing* si stanno orientando i Governi di tutto il mondo, avvalendosi della preziosa collaborazione di *Google* e *Apple*. Sul punto, *Apple* e *Google* collaborano a una tecnologia per il tracciamento dei contatti COVID-19, in www.apple.com.

Si anticipa, sin d'ora, che proprio sui sopra indicati archetipi si basano le soluzioni offerte a livello internazionale e nazionale.

4. I modelli internazionali

Il ricorso alla tecnologia quale strumento di contenimento della diffusione del *virus* apre la strada a nuove questioni strategiche, giuridiche, politiche e sociali. Ma l'uso sistematico di strumenti di analisi di dati e intelligenza artificiale per arginare i contagi ha già dato prova di funzionare in altri Paesi; di qui, l'escamotage tecnologico non è una soluzione "*made in Italy*".

Come noto, qualche mese prima della scoperta della propagazione del Coronavirus sul nostro territorio, la Cina stava già combattendo la sua battaglia contro il nemico invisibile²⁵.

L'ecatombe che falciava l'Oriente non tende ad arrestarsi²⁶ e i Governi ricorrono a soluzioni estreme. Si adottano misure di contenimento assai drastiche, a partire dalla quarantena totale dell'intera città di Wuhan con i suoi quasi 15 milioni di abitanti e dal blocco di ogni forma di trasporto privato non solo nella città epicentro della diffusione del Coronavirus ma anche negli altri centri principali dello Hubei. Non solo: parallelamente alla quarantena, il governo cinese avvia una campagna per identificare i cittadini affetti da Covid-19, attraverso una soluzione imponente dal punto di vista tecnologico. Un'applicazione in grado di valutare il rischio delle persone assegnando ad ogni cittadino un diverso grado di pericolosità epidemica. In seguito all'iscrizione e al rilascio di alcuni dati, il sistema è in grado di tracciare gli spostamenti e gli incontri delle persone assegnando un codice verde, giallo o rosso a seconda del proprio stato di salute o rischio di infezione: impossibile, in sostanza, muoversi senza mostrare prima il codice memorizzato sull'*app*.

Emblematico è il modello impiegato a Singapore, che sfrutta un'applicazione basata sulla tecnologia *bluetooth* da scaricare su base volontaria sui dispositivi elettronici portatili.

La *app* si chiama *TraceTogether* e usa il *Buetooth* per determinare quando uno *smartphone* è vicino ad un altro apparecchio sul quale sia stata installata

²⁵ Era il 31 dicembre 2020 quando Le autorità sanitarie cinesi hanno reso nota la presenza di un focolaio di sindrome febbrile, associata a polmonite di origine sconosciuta, tra gli abitanti di Wuhan, città di circa 11 milioni di abitanti situata nella provincia di Hubei, nella Cina Centro-meridionale, alla confluenza tra il Fiume Azzurro e il fiume Han, a circa 1.100 chilometri da Pechino, 800 da Shanghai, 1.000 da Hong Kong. Il punto di partenza è stato identificato nel mercato del pesce e di altri animali vivi selvatici di Huanan, al centro della città di Wuhan.

²⁶ Solo in Cina si contano circa 3500 morti con contagi che sfiorano le 83 migliaia.

l'applicazione. I due telefoni si scambiano ID anonimi, i dati vengono criptati e conservati esclusivamente sullo *smartphone*. Così se un soggetto entra in contatto con un caso di Covid-19, a prescindere dalla conoscenza dell'individuo "infetto", *TraceTogher* mette in allerta il soggetto "sano".

Sulla scia del paradigma cinese, anche la Corea del Sud ricorre alla tecnologia quale strumento di lotta epidemica. In verità, in quel territorio, più che sfruttare le potenzialità delle applicazioni telematiche in grado di "mappare" gli infetti²⁷, sono stati impiegati i dati già disponibili grazie all'utilizzo di strumenti di sorveglianza massiva messi in atto a partire dall'epidemia Mers del 2015.

Si tratta, più nel dettaglio, di sistemi di controllo e analisi dei dati reso possibile anche dal fatto che la legge coreana consente all'autorità sanitaria di avere accesso ai dati delle telecamere di sorveglianza, a quelli di tracciamento tramite GPS e alle transazioni effettuate con carte di credito. Per ricostruire gli spostamenti delle persone risultate positive al Coronavirus si è fatto ricorso, infatti, anche alle immagini delle telecamere di sicurezza. Tutte informazioni poi condivise, in forma anonima, vengono trasmesse sull'apposita *app* in modo da consentire di conoscere, in tempo reale, le eventuali situazioni di rischio.

L'esperienza internazionale mostra la tendenza autoritaria dei Governi nell'accogliere tecniche avanguardistiche che comportano limitazioni serrate alle libertà fondamentali, quale rimedio privilegiato al contenimento della pandemia. In questi casi, il diritto dell'emergenza è in completa frizione con il diritto alla riservatezza. Il timore è quello che, superata la fase di emergenza, determinati strumenti (tra cui anche i *software* di riconoscimento facciale) possano rimanere in uso alle Autorità quale strumento di prevenzione di qualsivoglia condotta criminosa.

Spiragli di luce si intravedono in Germania e in Francia che, nel tentativo di coordinamento tra le soluzioni da adottare nei singoli Stati membri dell'Unione europea, offrono una versione tecnologica più mite. A differenza delle tecnologie di sorveglianza assai invasive, utilizzate in Asia per tenere traccia delle infezioni senza alcun rispetto per la *privacy*, il nuovo *software* europeo incorpora garanzie per crittografare i dati e anonimizzare le informazioni personali, in modo tale che i dati acquisiti risultino protetti dai possibili abusi di soggetti terzi, compresi i Governi²⁸.

²⁷ In Corea del Sud alcuni sviluppatori privati di software hanno creato alcune applicazioni – da scaricare su base volontaria – in grado di rilevare i casi noti ed evitare i luoghi dove sono transitate le persone infette.

²⁸ Si tratta del progetto *Pepp-Pt (Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing)* è stato messa in piedi da un gruppo di 130 scienziati e 32 fra aziende e istituti di ricerca di 8 Paesi.

5. Lo stato dell'arte in Italia

Nelle more delle indicazioni provenienti dal Governo, in chiave paneuropea, il Paese ricorre a soluzioni "fai da te" per provare a contenere la diffusione del Coronavirus.

Già dalla seconda quindicina di marzo, diverse società private sperimentano diverse *app* atte a tracciare gli spostamenti degli individui sul territorio.

Soluzioni assai variegate, fondate su tecnologie assai diverse tra loro, ognuna delle quali consente di rispondere all'emergenza tipica del proprio territorio.

La Lombardia, regione più colpita dall'emergenza Covid, è la pioniera italiana. L'*app* – denominata "*allertaLOM*" e sviluppata dalla *holding* regionale "Aria Spa", in collaborazione con medici e ricercatori dell'Ospedale San Matteo e dell'Università degli Studi di Pavia – raccoglie i dati, in modo anonimo, mediante un questionario in cui è necessario indicare età, abitudini durante il *lockdown* (lavoro in ufficio o *smart working*), eventuali sintomi e contatti con persone positive.

Una sorta di *triage* a distanza per provare a individuare eventuali contagi e fermare la diffusione del *virus*. Le risposte al questionario non vengono collegate al numero di telefono, gli utenti non ricevono alcuna indicazione in risposta alle informazioni comunicate ma i dati permettono di verificare l'evoluzione dei contagi.

Si tratta, in questo caso, di una versione "*light*" delle soluzioni più articolate già sperimentate nel contesto internazionale. Ciò per diverse ragioni.

Intanto, quelli raccolti sono dati aggregati e anonimi, semplici numeri che non permettono di risalire in alcun modo ai proprietari dei cellulari. In particolare, i numeri di telefono della clientela di alcune compagnie telefoniche sono stati monitorati durante i trasferimenti da una cella telefonica all'altra per avere un quadro d'insieme degli spostamenti²⁹.

Inoltre, il monitoraggio "da cella a cella" dei telefoni cellulari è solo funzionale a individuare se le misure di contenimento varate vengano o meno rispettate dai cittadini.

Similitudini rispetto ai modelli internazionali si riscontrano in altre regioni.

In Umbria, ad esempio, una società di telecomunicazione – la *Webtek SpA* – mette a punto l'*app* "*Stop covid-19*" che, scaricata volontariamente e gratuitamente sui propri dispositivi elettronici, consente di ricostruire i movimenti

²⁹ Un simile tecnica è già stata sperimentata dalla Regione in passato per monitorare i flussi intorno e all'interno della fiera Expo.

e i contatti avuti e di fatto individuare il “paziente zero”. Come precisato dal Ceo e *Founder* della società, l'*app* «usa i segnali GPS che utilizzano i dispositivi mobili come i cellulari, li acquisisce e li riversa su un server così da conoscere gli esatti spostamenti di ognuno. Questi dati vengono sovrapposti e, tramite un sistema d'intelligenza artificiale, si possono conoscere i soggetti che sono venuti a contatto con il contagiato [...]»³⁰.

Si tratta di un sistema che – almeno da un punto di vista formale – tenta di garantire un equilibrio tra l'esigenza di sicurezza e la *privacy*. In effetti, il sistema consente di tracciare solo i soggetti che hanno installato l'*app* e i dati acquisiti (che rimangono in archivio al massimo per 30 giorni) sono secretati e vengono messi a disposizione in maniera esclusiva delle autorità per essere utilizzati.

5.1. Dalla geolocalizzazione alla sorveglianza massiva

Pur essendo “nobile” l'intento solidaristico perseguito, non può non evidenziarsi che le soluzioni “fai da te” messe a punto in Italia destano non poche perplessità tra i giuristi, risultando ai limiti della costituzionalità.

In primis, per quanto concerne le applicazioni finalizzate alla verifica della posizione del soggetto sottoposto ad obbligo di permanenza domiciliare perché positivo, risultano finalizzate a geolocalizzazione il monitoraggio per accertare l'effettivo rispetto del divieto di allontanamento dal domicilio.

Tale sistema, nell'utilizzare la localizzazione satellitare del dispositivo «come fosse una sorta di braccialetto elettronico atipico»³¹, presuppone la sostituzione, con l'occhio elettronico, dei controlli “umani”, dando però per acquisito che chi decida di violare gli obblighi di permanenza domiciliare porti con sé il telefono, il che è evidentemente contro-intuitivo.

Non può negarsi che una simile tecnologia, se utilizzata dalle forze di polizia, non per segnalare “impersonali” assembramenti, ma per monitorare il rispetto puntuale degli obblighi di permanenza domiciliare, rappresenta un'attività di spionaggio illegittima in quanto non normata dal legislatore contemporaneo³², contraria al canone di proporzionalità.

³⁰ Emanuele Piasini, intervista rilasciata a “Il Giorno”, del 24 marzo 2020, disponibile al sito www.ilgiorno.it.

³¹ Così lo definisce A. SORO, *Audizione informale, in videoconferenza, del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull'uso delle nuove tecnologie e della rete per contrastare l'emergenza epidemiologica da Coronavirus*, Commissione IX (Trasporti, Poste e Telecomunicazioni) della Camera dei Deputati, in www.garanteprivacy.it, 8 aprile 2020.

³² La norma di riferimento richiama genericamente le (non del tutto sovrapponibili) esigenze di controllo del territorio per finalità di pubblica sicurezza, contrasto del terrorismo e del crimine

Tuttavia, tali *app* sono impiegate anche allo scopo di acquisire, a ritroso, dei dati sull'interazione del soggetto poi risultato positivo con altriindividui, per verificarne, nel periodo in cui aveva capacità virale, gli eventuali contatti desumibili tramite varie tecniche.

Allo stato, quelle nazionali, si basano sul sistema di *contact tracing* GPS satellitare, funzionale a localizzare gli individui attraverso «un'attività di monitoraggio che, con meccanismi di localizzazione satellitare, consente di tracciare gli spostamenti di un veicolo o di una persona "a distanza"»³³.

Tecnicamente, il *tracking* delle comunicazioni avviene grazie all'ausilio delle c.d. celle telefoniche (*rectius* torre radio) cui è agganciata l'utenza. Quando un apparecchio telefonico si sposta nel territorio da una torre-radio ad un'altra deve rinegoziare la connessione con la rete telefonica e, quindi, diventa ricostruibile il suo movimento anche in assenza di chiamata (*call site analysis*)³⁴.

La peculiarità di questa *species* di geolocalizzazione è l'osservazione in tempo reale del movimento del soggetto "sul" quale è stato installato in maniera occulta l'apparecchio che rileva le posizioni e le coordinate spazio-temporali relative agli spostamenti. L'utilizzo di questo tipo di monitoraggio non necessita di supporti "esterni": è sufficiente che la persona da monitorare porti con sé, nei suoi spostamenti, lo *smarthphone* o il *tablet* dotato di connessione mobile affinché si possano conoscere i movimenti del soggetto senza limiti spazio-temporali.

Ebbene, se dal punto di vista tecnico-operativo gli strumenti di monitoraggio ad alto contenuto tecnologico risultano assai utili nella prevenzione della diffusione del *virus*, velocizzando e facilitando la ricostruzione della catena dei contagi, non può sottacersi l'invasività di tali strumenti che consentono di acquisire una mole indiscriminata di dati esterni alle comunicazioni.

Un'attività così congegnata – ispirata alle tecniche di sorveglianza massiva – può essere ritenuta legittima solo nella misura in cui la limitazione risulti conforme ai principi di proporzionalità e ragionevolezza della misura rispetto allo scopo³⁵.

organizzato (cfr. art. 5, comma 3 *sexies*, d.l. n. 7/2015, convertito, con modificazioni, dalla l. 43/2015, come novellato dal dl 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018).

³³ Così M. STRAMAGLIA, *Il pedinamento satellitare: ricerca ed uso di una prospettiva atipica*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 2013. Nello stesso senso T. BENE, *Il pedinamento elettronico: tecnica di investigazione e tutela dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scafati, Torino, Giappichelli, 2019, II ed., p. 443.

³⁴ Così F. R. DINACCI, *Localizzazione attraverso celle telefoniche*, in AA. VV., *Le prove atipiche*, cit., p. 370.

³⁵ Sul punto, v. *infra* § 10.

Di qui, l'opportunità di individuare ulteriori soluzioni che consentono di garantire il raggiungimento dello scopo perseguito senza operare un sacrificio *ultra rerum* ai diritti inviolabili.

6. Le prospettive future.

Dopo le misure drastiche di contenimento (inter)nazionale, la ripartenza è adesso l'obiettivo da raggiungere. Ma la fine del *lockdown* non può avvenire inavvedutamente. Il primo passo è quello di restituire ai cittadini la speranza, il tempo perduto, i sogni infranti; il tutto senza abbassare la guardia contro il mostro in agguato.

Come anticipato, "ripartire" significa poter individuare e identificare i nuovi – anche solo potenziali – focolai, sfruttando sistemi tecnologici per "mappare" gli spostamenti individuali.

Va valutata entro questa cornice l'ipotesi della raccolta dei dati sull'ubicazione o sull'interazione dei dispositivi mobili dei soggetti risultati positivi, con altri dispositivi, al fine di analizzare l'andamento epidemiologico o per ricostruire la catena dei contagi.

La *task force* è già all'opera. L'obiettivo è quello di cercare soluzioni efficaci e al contempo, meno invasive in rapporto alle garanzie individuali: in ragione degli ingenti rischi sul piano dei diritti fondamentali, si prediligono soluzioni più "miti", quelle che – almeno da un punto di vista formale – impongono il minor sacrificio necessario alla *privacy* dei cittadini.

Come precisa il Garante per la protezione dei dati personali, «dal momento che sono ipotizzabili misure molto diverse tra loro, si dovrebbe privilegiare un criterio di gradualità e dunque valutare se le misure meno invasive possano essere sufficienti a fini di prevenzione epidemiologica»³⁶.

Già in sede di audizione alla Commissione trasporti, poste e telecomunicazioni della Camera, vengono individuati gli elementi essenziali che l'*app* dovrà detenere per potersi considerare legittima in un sistema democratico: 1) volontarietà della partecipazione del soggetto; 2) anonimato dei dati raccolti; 3) cancellazione delle informazioni raccolte una volta cessata l'emergenza pandemica; 4) gestione degli stessi da parte di un soggetto pubblico da identificare.

³⁶ A. SORO, *Audizione informale, in videoconferenza, del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull'uso delle nuove tecnologie e della rete per contrastare l'emergenza epidemiologica da Coronavirus*, cit.

Delle 319 proposte giacenti sul Tavolo tecnico³⁷, gli esperti ne scelgono due da sottoporre al Governo³⁸, deputato a decidere in ultima istanza il sistema più efficace per arginare la diffusione della pandemia.

Si tratta di soluzioni perfettamente coerenti con il *framework* paneuropeo, in quanto fondate esclusivamente sulla tecnologia *bluetooth*: niente più geolocalizzazione, eccessivamente invasiva e difficilmente gestibile, a meno che non sia espressamente autorizzata. Così, per sapere se si è stati in contatto con un positivo, il sistema sarà in grado di verificare se due segnali *bluetooth* si siano mai agganciati nei quindici giorni precedenti (o nel periodo di riferimento che si stabilirà come congruo), utilizzando tecniche di crittografia end to end per anonimizzare il segnale e nascondere le identità.

³⁷ Tra le proposte più innovative, merita di essere approfondita quella e promossa dall'esperto di Intelligenza Artificiale presso la Commissione europea Stefano Quintarelli, "Coronavirus *Outbreak Control*" mira ad un monitoraggio "a stretto contatto" delle persone infette. Tale soluzione "in formato *APP*", chiamata "Covid *Anonymous Tracker*" mira a monitorare i dispositivi vicini al proprio in maniera anonima; in soldoni, una volta che si è risultati a stretto contatto con una persona infetta, verrà inviata una notifica al proprio dispositivo con una spiegazione sui prossimi passi da seguire. "Covid *Anonymous Tracker*" fa in modo che ogni dispositivo mobile abbia un unico ID anonimo, che può essere installato a distanza usando la tecnologia Bluetooth. Stando così le cose, "Covid *Anonymous Tracker*" esegue una scansione continua dei dintorni e raccoglie l'ID del dispositivo che sta vicino al proprio, memorizzando l'ID in un unico database centralizzato e sicuro in modalità *cloud*: non sono necessarie interazioni tra gli utenti e l'*app*. Proseguendo, la rete di medici certificati "Covid *Anonymous Tracker*" aggiorna ogni giorno i dati con l'ID dei dispositivi appartenenti a individui infetti (confermati) da Covid-19. Cosicché, se l'interessato risulti essere stato in prossimità di una persona infetta durante gli ultimi 14 giorni (tempo della quarantena), sarà informato ricevendo un'istruzione chiara sui passi da seguire, anche a partire dal momento dell'esposizione al virus. A differenza di larga parte delle soluzioni "sul tavolo", "Covid *Anonymous Tracker*" non adotta una tecnologia GPS – che avrebbe una precisione che va da 10 a 60 metri; bensì utilizza una misurazione ad alta precisione a breve distanza mediante l'uso di una tecnologia basata sul *Bluetooth LE (Low Energy)*, a basso consumo energetico), preciso anche con distanze inferiori a 3 metri, e rientrante alla perfezione nel "raggio" di contagio fisico. Per una panoramica delle proposte, L. MISCHITELLI, *App contro il Coronavirus, ecco le tecniche per la privacy*, in www.agendadigitale.eu, 31 marzo 2020.

³⁸ Come spiegato da *Wired*, la prima applicazione è proposta dalla società di sviluppatori *Bending Spoons* insieme alla rete di poliambulatori Centro medico Santagostino, la seconda è la *Covid Community Alert* che è stata proposta con il supporto dell'Associazione Copernicani, con l'ex parlamentare di Scelta Civica, Stefano Quintarelli, come "mentore".

Alia iacta est. Il 10 aprile scorso, il Commissario straordinario per l'emergenza sanitaria³⁹, scioglie la riserva⁴⁰. Si tratta di un'app, denominata "Immuni", progettata da *Bending Spoons*, la società con cui il Governo procede alla stipula del contratto di cessione gratuita della licenza d'uso sul *software* e di appalto di servizio gratuito.

Tecnicamente, "Immuni", fondata sulla tecnologia *bluetooth* e scaricabile su base volontaria – nel pieno rispetto dei principi cardine indicati dall'Europa –, si compone di due parti. La prima è un sistema di tracciamento dei contatti che sfrutta il *bluetooth*, attraverso cui è possibile rilevare la vicinanza tra due *smartphone* entro un metro e ripercorrere a ritroso tutti gli incontri di una persona risultata positiva al Covid-19, così da poter rintracciare e isolare i potenziali contagiati. Una volta scaricata, infatti, la *app* conserva sul dispositivo di ciascun cittadino una lista di codici identificativi anonimi di tutti gli altri dispositivi ai quali è stata vicino.

La seconda funzione di "Immuni", invece, è un diario clinico contenente tutte le informazioni più rilevanti del singolo utente (sesso, età, malattie pregresse, assunzione di farmaci) e che dovrebbe essere aggiornato tutti i giorni con eventuali sintomi e cambiamenti sullo stato di salute.

Il modello prescelto sembra così essere quello più confacente nel contemperare le esigenze di sicurezza con quelle di protezione dei diritti fondamentali: come precisato, «[...] la soluzione [...] è ritenuta più idonea per le sue capacità di contribuire tempestivamente all'azione di contrasto del virus, per la conformità al modello europeo [...] e per le garanzie che offre per il rispetto della *privacy*»⁴¹.

7. Le nuove proposte al vaglio delle regole sul trattamento dei dati personali: il veto del GDPR

³⁹ Ai sensi dell'art. 122 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, in G.U., 17 marzo 2020, n. 70, recante "Misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per le famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19", con Dpcm viene nominato un Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, e che ne definisce funzioni e poteri, anche in deroga alle disposizioni vigenti.

⁴⁰ Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, ordinanza del 16 aprile 2020, n. 10. Per i primi commenti, N. COTTONE, *Scelta la nuova app di tracciamento dei contagi: si chiama Immuni*, in *www.ilsole24ore.com*, 16 aprile 2020;

⁴¹ Così Ordinanza 10/2020.

Una volta individuato il modello prescelto dal Governo nazionale e valutata la sua indispensabilità sul piano fattuale, non resta che verificare la compatibilità con l'assetto costituito e, più in particolare, in relazione ai diritti di "seconda generazione", quali la riservatezza e la *privacy*, da intendersi quale «presupposto della libertà», fondamento della capacità di autodeterminazione individuale, soprattutto in relazione al "nuovo pacchetto protezione dei dati UE" che ne rafforza la tutela attraverso un processo di armonizzazione comunitaria⁴². Al fine di vagliare la conciliabilità con tali norme, occorre preliminarmente chiarire il significato dei concetti-chiave su cui si fonda l'intera normativa, così come di recente riformulata dal legislatore nazionale di concerto con quello europeo.

Intanto, la nozione di "dato personale" contempla «tutte le informazioni che attengano ad una persona fisica identificata o, comunque, identificabile, [ossia quella] che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare con riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi

⁴² Il c.d. "Pacchetto Protezione dei dati UE", comprende il Regolamento europeo 2016/679 (GDPR, *General Data Protection Regulation*), relativo alla "Protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE", entrato in vigore il 24 maggio 2016 e divenuto definitivamente applicabile in via diretta in tutti i Paesi UE a partire dal 25 maggio 2018 e la Direttiva 2016/680, relativa alla "Regolamentazione dei settori di prevenzione, contrasto e repressione dei crimini, nonché all'esecuzione di sanzioni penali", entrata in vigore il 5 maggio 2016 e recepita dai Paesi UE entro 2 anni dall'entrata in vigore. La direttiva trova attuazione nell'ordinamento interno con l'emanazione del d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, recante "Attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio", in G.U., 24 maggio 2015, n. 119, cfr. www.gazzettaufficiale.it. Inoltre, con il d.lgs. 101/2018, con cui la normativa italiana si uniforma definitivamente al Regolamento 2016/679/UE. Cfr. D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, recante "Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", in G.U., 4 settembre 2018, n. 205. Sul punto, AA. VV., *GDPR e normativa privacy. Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016 - Decreto di adeguamento D.Lgs. n. 101/2018 - Codice privacy D.Lgs. n. 196/2003*, a cura di RICCIO-SCORZABELISARIO Wolters Kluwer, 2018; DI RESTA, *La nuova "privacy europea". I principali adempimenti del Regolamento UE 2016/679 e profili risarcitori*, Giappichelli, Torino, 2018. Sul punto, v. anche A. MANNA-M. Di Florio, *Riservatezza e diritto alla privacy: in particolare, la responsabilità per omissionem dell'internet provide*, in AA. VV., *Cybercrime. Trattato di diritto penale*, a cura di A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa, Torino, Utet, 2019, p. 892 e ss.

caratteristici dell'identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale di tale persona fisica»⁴³.

L'art. 4, n. 15, GDPR prevede che i dati relativi alla salute «sono [...] dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute»⁴⁴.

Mentre con la locuzione di "trattamento dei dati personali", «ci si riferisce ad ogni operazione o insieme di operazioni che riguarda la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione, la consultazione, la modificazione, l'estrazione, il raffronto, la selezione, l'utilizzazione, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione dei dati»⁴⁵.

Come categoricamente prescritto dall'art. 9 del GDPR, «è vietato trattare dati personali [...] relativi alla salute» (comma 1), a meno che «il trattamento è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale (comma 2, lett. i)».

Conseguentemente, l'acquisizione e il trattamento dei dati personali, tra i quali rientrano a pieno titolo anche quelli relativi alla salute personale *ex art. 5* GDPR, può essere ritenuto legittimo – derogando al divieto originario – in virtù di interessi ritenuti "superiori", tra i quali la sanità internazionale rientra a pieno titolo.

⁴³ Così art. 3, n. 1 della Direttiva (Ue) 2016/680 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016.

⁴⁴ Più in particolare, il Considerando 35 GDPR prevede che «[N]ei dati personali relativi alla salute dovrebbero rientrare tutti i dati riguardanti lo stato di salute dell'interessato che rivelino informazioni connesse allo stato di salute fisica o mentale passata, presente o futura dello stesso. Questi comprendono [...] qualsiasi informazione riguardante, ad esempio, una malattia, una disabilità, il rischio di malattie, l'anamnesi medica, i trattamenti clinici o lo stato fisiologico o biomedico dell'interessato».

⁴⁵ Così art. 1 comma 2, lett. b, l. 675/1996. Sulla nozione *de qua*, più di recente, S. SIGNORATO, *Il trattamento dei dati personali per fini di polizia*, in AA. VV., *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, a cura di R.E. Kostoris-F. Viganò, Torino, Giappichelli, 2015, p. 92. Si deve, tuttavia, precisare, che un trattamento dei dati può essere effettuato per le più diverse finalità, quali quelle commerciali, sanitarie, statistiche, di polizia. Per quel che in questa sede rileva, l'attenzione sarà focalizzata solo in relazione al trattamento dei dati personali a fini di polizia, sia per l'accertamento che per la prevenzione dei reati.

Posta la compatibilità tra le attività di acquisizione e trattamento dei dati personali e la normativa europea che ne garantisce la protezione, va verificata la legittimità delle operazioni *de quibus* rispetto alla c.d. *data retention*, ossia la "conservazione dei dati del traffico telefonico o telematico"⁴⁶ che «può addirittura essere più "pericolosa" dal momento che [...] consente di rivolgere anche uno sguardo al passato. È, allora, facile da percepire che la sfera di tutela del diritto alla protezione dei dati è direttamente proporzionate alle regole adottate, in un particolare momento storico, per determinare la lunghezza del tempo di conservazione dei dati»⁴⁷.

I tempi di conservazione sono trattati dal GDPR all'art 5, paragrafo 1, lettera e (principi applicabili al trattamento di dati personali) laddove si specifica che "i dati personali devono essere conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per i quali sono trattati..." e nel considerando 39 nel quale si specifica che "i dati personali dovrebbero essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario per le finalità del loro trattamento. Da qui l'obbligo, in particolare, di assicurare che il periodo di conservazione dei dati personali sia limitato al minimo necessario".

Anche in rapporto alla conservazione dei dati personali inerenti alla salute, non si riscontrano particolari criticità, dal momento che sembra superato il rischio di ulteriori impieghi futuri delle informazioni apprese, prevedendone la cancellazione pressochè immediata.

Tuttavia, l'uso di dati identificativi sull'ubicazione o sull'interazione con altri dispositivi richiede ai sensi dell'art. 15 della direttiva *e-privacy* – una disposizione normativa sufficientemente dettagliata e contenente adeguate garanzie⁴⁸.

8. I rischi per la sicurezza informatica. Possibili rimedi

⁴⁶ Per "dato relativo al traffico", si intende «qualsiasi dato sottoposto a trattamento ai fini della trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica o della relativa fatturazione». Così art. 4 comma 2, lett. h, d.lgs. 193/2003 (Cod. *privacy*). Sul significato da attribuire alla locuzione *de qua*, per tutti, AA. VV., *Codice in materia di protezione dei dati personali*, a cura di G. Cassano-S. Fadda, Milano, 2004, p. 570 e ss.

⁴⁷ Si esprime così G.M. BACCARI, *Il trattamento (anche elettronico) dei dati personali per finalità di accertamento dei reati*, in AA. VV., *Cybercrime. Trattato di diritto penale*, cit., p. 1599 e ss.

⁴⁸ Cfr. Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), in G.U.U.E., 31 luglio 2002, n. 201.

Una volta scongiurato il rischio di frizione con l'assetto ordinamentale, è opportuno evidenziare alcuni aspetti critici che potrebbero derivare dal ricorso alla tecnologia quale arma di supporto al contenimento del *virus*.

In primis, l'impiego degli strumenti di controllo della diffusione del Covid-19 determinano ingenti rischi di natura tecnica: come ogni volta in cui ci si confronta con l'inedito mondo dell'informatica, le perplessità derivano dalla possibilità che la tecnologia, da risorsa, si trasformi in danno.

Come noto, la rivoluzione informatica dell'ultimo tempo ha profondamente cambiato le abitudini degli individui, incidendo prepotentemente sul modo di vivere, di comunicare, di interagire e di intendere le relazioni interpersonali; di conseguenza, anche le modalità di concretizzazione delle più o meno tradizionali *species* delittuose sono mutate, adattandosi e plasmandosi in ragione di un rinnovato contesto sociale, politico ed economico.

La metamorfosi culturale, in sostanza, ha imposto un mutamento del sistema penale, incidendo inevitabilmente sulle scelte di politica-criminale volte ad adeguare la risposta penale all'effettiva esigenza o emergenza da contenere⁴⁹.

A ben guardare, l'impiego delle tecnologie moderne, oltre a coadiuvare lo svolgimento di attività lecite, implica anche la realizzazione di comportamenti *contra legem*. Le figure criminose tradizionali iniziano a fondersi e combinarsi tra loro dando luogo a fenomeni del tutto nuovi e assai complessi⁵⁰.

In particolare, la diffusione dirompente degli strumenti informatici e delle comunicazioni per via telematica determina l'insorgenza di una peculiare manifestazione delinquenziale rappresentata dalla criminalità informatica⁵¹.

⁴⁹ Sottolinea il mutamento del sistema processuale sulla base dell'evoluzione sociale, già S. COTTA, *La sfida tecnologica*, Bologna, Il Mulino, 1968, p. 179. Più di recente, G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, cit., p. 7.

⁵⁰ In questo senso S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, f. 2, p. 760 e ss. Sul punto anche D. CURTOTTI, *Le ragioni di un confronto di idee*, in *Arch. pen.*, 2013, f. 3, p. 765, secondo la quale l'elemento di novità non risiede tanto nel fatto che i supporti informatici di uso quotidiano e le nuove tecnologie legate alla comunicazione costituiscano «l'obiettivo delle attività criminali», quanto che rappresentino «nuove forme strumentali per commettere o preparare reati di tipo tradizionale».

⁵¹ Legge 23 dicembre 1993, n. 547, in G.U. n. 305 del 30 dicembre 1993, recante «*Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica*». La legge in esame, oltre ad innovare diversi articoli del c.p. (artt. 392; 420; 616; 621; 623 *bis*) e del c.p.p., ha definito il concetto di «documento informatico» (introducendo l'art. 491 *bis* c.p.) come «[...] qualunque supporto informatico concernente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificatamente destinati ad elaborarli». Il legislatore, peraltro, nell'assoluto convincimento che i reati informatici non fossero altro che nuove forme di aggressione

In altri termini, allo sviluppo tecnologico fa da *pendant* il mutamento ontologico delle fattispecie di reato: per un verso, la criminalità, abbattendo i troppo angusti confini interni, assume i connotati della transnazionalità, dispiegando le sue potenzialità *ubicumque*; per l'altro, muta le sue caratteristiche tradizionali per manifestarsi interamente sulla rete (c.d. *cybercrime*), ovvero per il tramite della rete (c.d. *computer crime*)⁵².

In questo magmatico contesto, accade sempre più spesso che i *criminal hacker*, sfruttando le vulnerabilità dei sistemi informatici o telematici, si insinuino nei dispositivi elettronici per controllarli da remoto ed acquisire il maggior numero

ai beni giuridici già oggetto di tutela nelle diverse parti del codice penale, ha optato per la tecnica dell'"integrazione evolutiva", affiancando le nuove previsioni a quelle fattispecie di reato che ad esse apparissero più vicine. Per quanto concerne i sistemi informatici, il legislatore ha, dunque, ritenuto che essi costituissero «un'espansione ideale dell'area di rispetto pertinente al soggetto interessato, garantita dall'art. 14 Cost. e penalmente tutelata dagli artt. 614 e 615 c.p.» (così Relazione al disegno di legge n. 2273, poi tradottosi nella suddetta legge): nel capo III, dedicato ai delitti contro la libertà individuale, del titolo XII, intitolato «Dei delitti contro la persona», del Libro II c.p. sono a Stati introdotti gli artt. 615 *ter* («Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico»); 615 *quater* («Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici»); 615 *quinquies* («Diffusione di programmi diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico», in cui si intravede una tutela del patrimonio informatico, già protetto dall'art. 635 *bis* c.p.; norma in prossimità della quale l'art. 615 *quinquies* avrebbe trovato più pertinente collocazione. Per approfondimenti si veda AA. VV., *Reati contro la persona, vol. 1. Reati contro la vita, l'incolumità individuale e l'onore*, a cura di A. Manna, Torino, Giappichelli, 2007, p. 823 e ss. A completamento della disciplina interviene la legge 18 marzo 2008, in G.U., 4 aprile 2008, n. 80, recante «*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno*». Numerose sono state le modifica apportate dalla predetta legge al c.p. (e al c.p.p.): in particolare è stato modificato l'art. 491 *bis* c.p. (attraverso la soppressione del suo secondo periodo che forniva una definizione pressoché compiuta di documento informatico); nonché l'art. 615 *quinquies* (rubricato, secondo la nuova formulazione, «Diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico»); sono stati, inoltre, inseriti svariati articoli al fine di apprestare una più adeguata tutela alle svariate ed innumerevoli fattispecie delittuose (*ex plurimis* artt. 635 *ter*, *quater*, *quinquies*; nonché l'art. 24 *bis* del d.lgs. 231/2001, in tema di «Delitti informatici e trattamento illecito dei dati»). Sulla tematica in questione L. LUPARIA, *Sistema penale e criminalità informatica: profili sostanziali e processuali nella legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime*, Giuffrè, 2009, p. 72 ss. Per una panoramica della ricca legislazione in materia, AA. VV., *Cybercrime. Trattato di diritto penale*, cit., *passim*.; G. PICA, voce *Reati informatici e telematici*, in *Dig. pen.*, IV agg., Torino, Utet, 2006, p. 44 e ss.; L. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in AA.VV., *Il diritto penale dell'informatica all'epoca di internet*, a cura di L. Picotti, Padova, Cedam, 2004, p. 21 e ss.; ID., voce *Reati informatici*, in *Enc. giur.*, VIII Agg., Roma, Treccani, 2000, p. 1 e ss.

⁵² In questo senso L. LUPARIA, *Computer crime e procedimento penale*, in AA. VV., *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di G. GARUTI, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Torino, Utet, 2011, p. 369.

di informazioni possibili, attività prodromica al compimento di ulteriori reati di natura patrimoniale e non.

Il furto d'identità elettronica⁵³ avviene generalmente o mediante *spyware*, ossia un programma spia in grado di raccogliere sul computer «infettato» alcune informazioni personali, oppure attraverso i c.d. *keylogger software*, programmi che consentono di creare dei *files* di *log* contenenti tutto ciò che viene digitato attraverso la tastiera (fisica o virtuale) del dispositivo, da visualizzare in tempo reale o in differita. Attraverso tali programmi, in grado di attivarsi quando l'utente si collega ad un sito di una banca o istaura una connessione protetta, si registra la sequenza di parole contestualmente digitate dall'utente e successivamente rispedendoli ad un ignoto destinatario.

Così, l'acquisizione dei dati "sensibili" è funzionale alla commissione di svariate fattispecie delittuose, quali, solo per citarne alcune, il *phishing*⁵⁴, lo *skimming*⁵⁵, lo *sniffing*⁵⁶, il *pharming*⁵⁷.

⁵³ L'art. 9, comma 1, lett. a, della legge 15 ottobre 2013, n. 119 che ha convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 14 agosto 2013, n. 93, («Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province») ha previsto, all'interno dell'art. 640 *ter* c.p. («frode informatica»), una nuova statuizione normativa rubricata «[F]rode informatica commessa con sostituzione d'identità digitale». Sul tema, per tutti, M. Marraffino, *La sostituzione di persona mediante furto di identità digitale*, in AA. VV., *Cybercrime. Trattato di diritto penale*, cit., p. 307 e ss. Prima dell'intervento riformatore, F. CAJANI-G. COSTABILE-G. MAZZARACO, *Phishing e furto d'Identità. Indagini informatiche e sicurezza bancaria*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁵⁴ Il termine deriva dalla commistione del vocabolo inglese "fishing", che significa "pescare" e "phreaking", che denota la fattispecie dell'«intrusione nei sistemi telefonici». Sul punto, G. MINUCCI, *Le frodi informatiche*, in AA. VV., *Cybercrime. Trattato di diritto penale*, cit., p. 827 e ss.

⁵⁵ Dal verbo inglese "to skim", che significa "strisciare": consiste nella clonazione di una carta di credito attraverso un dispositivo di lettura mediante cui lo *skimmer* è in grado di memorizzare i contenuti delle bande magnetiche delle carte di credito, delle tessere bancomat e delle carte prepagate. La tecnica più frequente consiste nella collocazione di un dispositivo nella fessura degli sportelli automatici per il prelievo di contanti e nell'installazione di una videocamera che registra il codice segreto delle carte di credito. Per approfondimenti si vada P. CENDON, *Trattato dei nuovi danni. Volume V: Informazioni erronee. Soggetti deboli. Illeciti informatici. Danni ambientali*, Padova, Cedam, 2011, p. 994 e ss.

⁵⁶ Da "to sniff", che significa "annusare, fiutare", che consiste in un'operazione di intercettazione passiva delle comunicazioni per la cattura di dati di varia natura effettuata mediante strumenti informatici denominati *sniffer*, *software* facilmente reperibili sul mercato che catturano le operazioni in transito sulla rete di un determinato sistema di proprietà di un utente inconsapevole. Cfr. P. CENDON, *Trattato breve dei nuovi danni. Volume III: Figure emergenti di responsabilità*, cit., p. 421 s.

⁵⁷ Il termine è di origine inglese e, in origine, designava la procedura utilizzata per la modifica genetica di piante e animali a fini farmaceutici. Attualmente consiste in una variante del *phishing*, da cui differisce per le modalità di attacco, pur rimanendo identici gli obiettivi di acquisizione illecita di dati e informazioni riservate. L'obiettivo finale del *pharming* è indirizzare la vittima verso un *server web* «clone» appositamente attrezzato per carpire i dati personali della vittima. In definitiva

Solo a questo punto, si possono comprendere le perplessità generate dalla scelta di ricorrere alla tecnologia quale strumento ausiliare per il contenimento del *virus*.

Seppur encomiabile l'intento di procedere con soluzioni effettive per il *post lockdown*, l'effetto collaterale potrebbe essere quello di fornire ai criminali *l'humus* per acquisire un'ingente quantità di dati, anche sensibili, sfruttando il consenso massivo dei cittadini che scaricheranno l'*app*.

In effetti, l'ipotesi non appare peregrina. Secondo una ricerca condotta da Zerofox⁵⁸, i *criminal hacker* sono riusciti a contraffare con una *backdoor* utile a controllare da remoto i dispositivi su cui le *app* di *contact tracing* sono state installate⁵⁹.

Di qui, la necessità di procedere con maggiori cautele, affinché, durante lo sviluppo delle *app* mobili, si intervenga ad innalzare i livelli di sicurezza informatica e, al contempo, ridurre al minimo i rischi per la protezione dei propri dati.

9. Le criticità di ordine pratico. La sensibilizzazione della collettività verso gli inesplorati confini tecnologici

Sotto il profilo meramente pragmatico, la soluzione di ricorrere ad un *app* per ricostruire la catena di contagi ed evitare nuovi focolai sembra soffrire di un eccessivo semplicismo che finisce per compromettere la buona riuscita dell'esperimento.

Intanto, la soluzione prescelta potrebbe incontrare le resistenze culturali proprie di una società multiforme, un mosaico assai variegato e diversificato, rappresentato da individui che hanno diverse fasce d'età, di istruzione, di interessi, di conoscenze, di competenze, di risorse economiche.

si tratta di tecniche di compromissione di un server DNS che viene forzato per attribuire al nome reale di un sito affidabile un indirizzo IP relativo ad un sito "maligno", dirottando su quest'ultimo il traffico diretto al primo.

⁵⁸ ZEROFOX ALPHA TEAM, *Iran, Colombia, and Italy Put Citizens at Risk with COVID-19 Government Mobile Apps*, in www.zerofox.com, 6 aprile 2020.

⁵⁹ La ricerca fornisce un'analisi tecnica di tre tipologie di applicazioni mobili su piattaforma *Android* correlate a Covid-19 e apparse in campagne di diffusione che stanno interessando Iran, Colombia e Italia. In particolare per l'Italia la campagna rilevata starebbe diffondendo un'*app* contraffatta con una *backdoor*. In totale, è stata individuata una dozzina di *file* .APK relativi a questa campagna. Si tratta di *app* (per monitoraggio sintomi, uso Bluetooth per il rilevamento delle persone infette e informative sulla salute personale) che, rilasciate in *beta test*, sono state ricompilate con una *backdoor* e rimesse in circolo.

Come evidenziato, la soluzione basata sui dati acquisiti da telefono, presupporrebbe la possibilità (non solo economica ma anche cognitiva) di utilizzo di *smartphone* e di loro funzionalità che non sono, oggettivamente, a tutti accessibili. E se questo è un dato quasi scontato per le fasce più giovani della popolazione, non avviene altrettanto sicuramente per gli anziani, che dovrebbero invece essere i primi a dover essere contattati in caso di temuto contagio, per essere curati con la massima tempestività.

In secondo luogo, la scelta di subordinare il monitoraggio individuale alla volontà dei singoli individui – espressione propria di uno Stato democratico – potrebbe determinare criticità in rapporto al raggiungimento dello scopo perseguito.

In effetti, la buona riuscita dell'esperimento è condizionata alla diffusione dell'*app* a livello (inter)nazionale: solo se tutti i soggetti si doteranno dello strumento, allora sarà possibile effettivamente e concretamente ricostruire la mappa dei contagi; viceversa si creeranno dei "coni d'ombra" difficilmente illuminabili.

In altri termini, «[L]’efficacia diagnostica di tale soluzione dipende, in ogni caso, dal grado di adesione che essa incontra tra i cittadini, in quanto la rilevazione potrebbe per definizione avvenire solo limitatamente alla parte della popolazione che consenta di "farsi tracciare". La percentuale minima per l’efficacia è stimata nell’ordine del 60%»⁶⁰.

Di qui, sembra imprescindibile procedere ad un’adeguata campagna di sensibilizzazione, sull’opportunità di ricorrere a tale tecnica quale strumento di auto ed etero protezione, ponendo l’accento sullo scopo solidaristico cui sono improntate le misure di controllo, nell’ottica per cui il "sacrificio" individuale rappresenta la base sulla quale costruire il futuro della collettività.

10. Una base legislativa per "Immuni": il d.l. 28/2020.

Individuata l'*app* da impiegare quale strumento sussidiario al contenimento della pandemia e evidenziati i rischi ad essa connessi, si attende una base legislativa "stabile" all’acquisizione massiva dei dati personali dei cittadini.

Il monito dei giuristi non tarda ad arrivare e rimbomba a Palazzo Chigi.

Così, il 30 aprile 2020, il Governo introduce una regolamentazione dettagliata al «sistema di allerta Covid-19»⁶¹, nel pieno rispetto della riserva di legge imposta

⁶⁰ A. SORO, *Audizione informale, in videoconferenza, del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull’uso delle nuove tecnologie e della rete per contrastare l’emergenza epidemiologica da Coronavirus*, cit.

⁶¹ Art. 6, d.l. 30 aprile 2020, n. 28, recante "Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento

dai principi generali in materia di tutela della riservatezza e dei dati personali, tra cui in particolare gli artt. 2 e 117 Cost., 8 C.e.d.u., 7 e 8 Carta di Nizza.

Più precisamente, l'Esecutivo decide di istituire una piattaforma unica nazionale per la gestione del sistema di allerta dei soggetti che abbiano installato, su base volontaria, siffatte applicazioni, affidando al Ministero della salute la qualità di titolare del trattamento dei dati raccolti.

Il nucleo centrale della previsione risiede nel comma 3 dell'art. 6, d.l. 28/2020, con il quale, da un lato, viene introdotto un divieto generale di trattamento dei dati personali raccolti con l'applicazione di tracciamento per finalità diverse da quella di avvisare le persone di essere entrate in contatto con un malato, e, dall'altro, sono previste serie di eccezioni allo stesso, da ritenersi tassative⁶²: si stabilisce, infatti, che è consentito comunque utilizzare siffatte informazioni «per fini di sanità pubblica, profilassi, statistici o di ricerca scientifica».

Come si può notare dall'esegesi letterale del *dictum*, tra le finalità consentite di utilizzo dei dati raccolti tramite applicazioni di tracciamento non compare quella di *law-enforcement*.

In altre parole, stando alla lettera dell'art. 6, comma 3, del decreto in esame pare che le autorità di contrasto non possano richiedere la trasmissione (oppure comunque avvalersi) dei dati personali raccolti dalle applicazioni di tracciamento al fine di reprimere reati di qualsiasi genere.

Di conseguenza, dal punto di vista strettamente processuale, deve ritenersi che l'eventuale violazione della regola predetta determina l'inutilizzabilità dei risultati acquisiti, *ex art.* 191 c.p.p.⁶³.

Meno rassicurante è, tuttavia, la prospettiva che potrebbe generarsi da un punto di vista fattuale, potendo impiegare i risultati – non ai fini di “prova” ma – “per” formare una *notitia criminis*⁶⁴.

penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19', in *Gazz. uff.*, 30 aprile 2020, n. 111. Sul punto, v. M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in *Sist. pen.*, 1 maggio 2020.

⁶² M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, cit.

⁶³ Una simile prospettiva è accolta da M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, cit.

⁶⁴ Sulle caratteristiche della pre-inchiesta, R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, Jovene, 2010, pp. e 38 ss.; A. MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero*, Padova, Cedam, 2001, pp. 70 e ss.; A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. e 248 ss. Con riferimento all'impiego dei dati raccolti ante delictum

In effetti, secondo la Suprema Corte, «le disposizioni contenute nel codice della *privacy* sono [...] imposte a tutela della riservatezza, la cui tutela è sub-valente rispetto alle esigenze di accertamento del processo penale, non costituendo la disciplina sulla *privacy* (e le relative istruzioni del Garante) sbarramento all'esercizio dell'azione penale»⁶⁵.

Una simile prospettiva, secondo alcuni⁶⁶, potrebbe determinare la traslazione del precetto de quo anche alla fattispecie in cui il materiale raccolto tramite una *app* di tracciamento anticovid venga utilizzata per finalità di repressioni di reati.

11. Prospettive *de jure condendo*.

Che il ricorso agli strumenti di controllo individuale e collettivo risponda all'esigenza di tutelare il bene primario protetto dalla Carta costituzionale, ossia l'incolumità fisica e il benessere personale, è, ormai, un dato di fatto.

Il nervo scoperto della politica preventiva prescelta rimane, tuttavia, l'individuazione del limite entro cui poter sacrificare le altre prerogative individuali ritenute inviolabili secondo l'assetto costituito.

Come rilevato, «[...] quando i pericoli o i danni che ci si immagina di dover fronteggiare assumono le dimensioni di un'ecatombe e quando le persone che quel danno sono in grado di causare si presentano con il volto minaccioso di un nemico spietato [...], si pone in maniera cruda e brutale il problema dei mezzi da usare e dei limiti, in termini di protezione dei diritti umani, da rispettare [...]»⁶⁷.

In questo gioco di forze, le posizioni appaiono nette.

Estremizzando il principio del primato del diritto alla salute – inteso nella sua duplice dimensione individuale e collettiva ai sensi dell'art. 32 Cost. – rispetto alle altre prerogative individuali, si potrebbe ritenere che il primo il rappresenti l'unico bene giuridico fondamentale, la cui protezione legittima un netto restringimento o il completo annullamento di ogni garanzia dei soggetti coinvolti.

per formare una notizia criminis, volendo W. NOCERINO, *Le intercettazioni e i controlli preventivi. Riflessi sul procedimento probatorio*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2019, pp. 169 e ss.

⁶⁵ Cass., sez. II, 21 aprile 2017, n. 28367, in *DeJure*.

⁶⁶ M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, cit.

⁶⁷ Si esprime così R. ORLANDI, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in *Criminalia*, 2016, f.1, p. 17.

Viceversa, si potrebbe arrivare a ritenere imprescindibile considerare la sussistenza di un nucleo di diritti inviolabili che, indipendentemente dal contesto, non possono in alcun modo subire compressioni.

A ben guardare, nessuna delle due prerogative sembra potersi atteggiare come preminente sull'altra, dal momento che l'una implica l'altra: libertà e sicurezza collettiva, non rappresentano valori contrastanti ma due facce della stessa medaglia, parimenti meritevoli di tutela per l'ordinamento costituito.

Anche quando vengono chiamati in causa interessi fondamentali della collettività (sicurezza, salute, etc.) è necessario, sia per il legislatore che per gli interpreti, scomporre idealmente l'interesse generale invocato, per vedere se la lesione ipotizzata, che giustifica la limitazione, colpisca uno o

più diritti fondamentali compresi nell'area del principio invocato in opposizione⁶⁸. A tal fine, il "faro" che guida le scelte di politica criminale deve essere rappresentato dal principio di proporzione⁶⁹ – o, meglio, della ragionevolezza⁷⁰ – della misura rispetto allo scopo perseguito, nel senso che qualunque restrizione dei diritti fondamentali non può risultare eccedente rispetto alla gravità dei motivi che la giustificano, nel completo rispetto del principio di "stretta necessità"⁷¹.

⁶⁸ G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona, Relazione presentata al XXXII Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale "Prof. G.D. Pisapia", intitolato "Diritti della persona e nuove sfide del processo penale"*, tenutosi a Salerno dal 25 al 27 ottobre 2018, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2018, p. 8 e s.

⁶⁹ Sul punto la dottrina è assai copiosa. Assai interessante appare il lavoro monografico di P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzione nel diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁷⁰ Parte della dottrina costituzionalistica ritiene "più conveniente" ricorrere al criterio di ragionevolezza, in quanto «se la proporzione fosse rigorosamente numerica, si tratterebbe di un criterio più preciso di quello, indeterminato, della ragionevolezza, i cui risultati sono sempre opinabili. Ma non è così. Stabilire se due entità sono tra loro in rapporto di proporzionalità involve una serie di valutazioni e giudizi di valore, che difficilmente consentono di ricavare un risultato certo. Quando un bilanciamento rispetta il criterio di proporzionalità? Risposta: quando il legislatore o l'interprete ritengono che il punto di equilibrio formulato sia giusto, non in via logico-razionale, ma in quanto "ragionevolmente" accettabile, alla luce di opzioni culturali, politiche, sociali etc. La ragione empirica, con tutta la sua carica di "vaghezza", scacciata dalla porta, rientra dalla finestra. Ciò a parte ogni considerazione – che qui non approfondisco – sulla cosiddetta irragionevolezza "intrinseca" (es. norma autocontraddittoria), che resta fuori del perimetro della proporzionalità. Non si tratta di una mera dissertazione teorica, ma di una sottolineatura della necessità di non illudersi di "imbrigliare" l'elasticità delle valutazioni con formule solo apparentemente quantitative». Così G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, cit., p.

⁷¹ R. FLOR, *La tutela dei diritti fondamentali della persona nell'epoca di Internet. Le sentenze del Bundesverfassungsgericht e della Curtea Constituțională su investigazioni ad alto contenuto tecnologico e data retention*, in AA. VV., *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica*, a cura di F. Ruggieri-L. Picotti, Torino, Giappichelli, 2011, p. 31 e ss.

Più in particolare, lo scrutinio di ragionevolezza, in questi ambiti, impone di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale.

Tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti»⁷².

Alla luce di quanto esposto, le speranze sono ora riposte nel legislatore, affinché – anche in questo momento di buio profondo – proceda a disciplinare in maniera chiara e puntuale la materia predisposta dall'Esecutivo, nel rispetto del canone di proporzionalità, in ragione della potenzialità particolarmente invasive di tali strumenti rispetto alla riservatezza individuale.

⁷² Così Corte Cost., 27 febbraio 2015, n. 23, in www.cortecostituzionale.it.