ISSN 2611-8882

1 gennaio-aprile 2021

SoDiS
Società italiana di Diritto Sanitario

CORTI SUPREME e SALUTE

Rivista diretta da
Renato Balduzzi

In evidenza:

- Le fonti del diritto alla prova della pandemia
- La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale (nota a C. cost. 37/2021)
- Dal mancato rispetto delle politiche europee per la qualità dell'aria ai diritti delle generazioni future (nota a CGUE 10 novembre 2020, C-644/18)
- Il (disturbo da) gioco d'azzardo tra politica e magistratura

Pacini Giuridica

www.cortisupremeesalute.it

DIREZIONE
Renato Balduzzi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano)

COMITATO SCIENTIFICO
Enzo Balboni (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano); Mario Bertolissi (Università di Padova); Carlo Bottari (Università di Bologna); Josep Maria Castellà Andreu (Universitat de Barcelona); Lorenzo Chieffi (Università della Campania); Matteo Cosulich (Università di Trento); Lorenzo Cuocolo (Università di Genova); Carlo Emanuele Gallo (Università di Torino); Gianmario Demuro (Università di Cagliari); Giuseppe Di Gaspare (LUISS, Roma); Giorgio Grasso (Università dell'Insubria); Donatella Morana (Università di Roma "Tor Vergata"); Massimo Luciani (Università di Roma "La Sapienza"); † Jörg Luther (Università del Piemonte Orientale); Bertrand Mathieu (Université de Paris I Panthéon-Sorbonne); Barbara Pezzini (Università di Bergamo); Annamaria Poggi (Università di Torino); Fabrizio Politi (Università dell'Aquila); Emanuele Rossi (Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa); Maria Alessandra Sandulli (Università di Roma Tre); Massimo Siclari (Università di Roma Tre); Michel Verpeaux (Université de Paris I Panthéon-Sorbonne); Carlos Vidal Prado (UNED, Madrid); Lorenza Violini (Università di Milano)

REDAZIONE SCIENTIFICA
Davide Servetti, Andrea Patanè, Vincenzo Antonelli, Luca Armano, Francesco Gallarati, Davide Paris, Arianna Pitino, Eugenio Tagliasacchi

Corti Supreme e Salute è classificata nell'elenco delle riviste scientifiche (area 12) tenuto dall'Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca.

Il presente fascicolo è stato pubblicato con il contributo del Centro d'eccellenza interdipartimentale per il management sanitario (CEIMS) dell'Università del Piemonte Orientale.

Direttore responsabile: Renato Balduzzi

Amministrazione:
Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Ospedaletto (PI)
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300
www.pacinieditore.it • info@pacinieditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Indice

Giurisprudenza italiana

L. Cuocolo, F. Gallarati, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale* ..... p. 3

[nota a Corte costituzionale, sentenza 24 febbraio-12 marzo 2021, n. 37, red. Barbera]

Giurisprudenza straniera

L. Busatta, *Dal mancato rispetto delle politiche europee per la qualità dell'aria ai diritti delle generazioni future: come conciliare salute, economia e ambiente?* ..... » 21

[Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sentenza del 10 novembre 2020, Commissione v. Italia, C-644/18]

Saggi – Le fonti del diritto alla prova della pandemia

P. Carnevale, *Pandemia e sistema delle fonti a livello statale. Qualche riflessione di ordine sistematico* ..... » 37

E. D'Orlando, F. Nassuato, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva* ..... » 55

D. Martire, *Le linee guida alla prova della pandemia. Atti di normazione flessibile e sistema delle fonti del diritto* ..... » 77

D. Morana, *Uno* stress test *per le garanzie costituzionali dei diritti: pressione pandemica e fonti del diritto* ..... » 93

A. Pitino, *Controllo delle frontiere italiane e immigrazione nell'emergenza sanitaria Covid-19: tra* soft law *dell'Unione europea e misure nazionali* ..... » 111

A. Poggi, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida in tempo di pandemia* ..... » 145

G. Ruggiero, *Stato di necessità e conflitto di doveri nel triage pandemico. Qualche riflessione di diritto comparato sui rapporti fra linee guida, raccomandazioni e cause di giustificazione nel diritto penale* ..... » 155

C. Sgroi, *Il "problema" delle linee guida nella gestione della pandemia e l'iniziativa della Procura generale presso la Corte di Cassazione* ..... » 169

G. Tarli Barbieri, *Il "diritto elettorale dell'emergenza" tra decretazione d'urgenza e linee guida* » 187

Osservatorio

R. Balduzzi, *Il (disturbo da) gioco d'azzardo tra politica e magistratura* ..... » 207

Dibattiti

G. Grasso, *"Certificato verde digitale", "Passaporto vaccinale" e diritto costituzionale: prime considerazioni* ..... » 231

Giurisprudenza italiana

La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*

Lorenzo Cuocolo** e Francesco Gallarati***

Sommario: 1. Un esito quasi scontato. – 2. … ma una motivazione sorprendente. – 3. Le opzioni sul tavolo. – 3.1. La tutela della salute tra principi fondamentali della materia e chiamata in sussidiarietà. – 3.2 La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni. – 4. Il bazooka: la profilassi internazionale. – 4.1. Il requisito dell'internazionalità. – 4.2. I pochi spazi residui per le Regioni. – 4.3. L'argomento della non trasversalità della materia. – 5. Conclusioni (provvisorie?): il sacrificio della leale collaborazione.

1. Un esito quasi scontato

La legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11, ha ad oggetto "Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato di emergenza". È stata impugnata dal Governo davanti alla Corte costituzionale[1] e dichiarata (in larga parte) costituzionalmente illegittima con la sentenza n. 37 del 2021, qui in commento, dopo essere stata interamente sospesa con l'ordinanza n. 4 del 2021[2]. L'esito del processo costituzionale era

---

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. L'articolo è frutto del lavoro congiunto dei due autori. Tuttavia, i parr. 1, 2, 3 e 3.1, 4 e 4.1 sono da riferire a F. Gallarati, mentre i parr. 3.2, 4.2 e 4.3 sono da riferire a L. Cuocolo. Il par. 5 è da attribuire congiuntamente ai due autori.

** Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Genova, lorenzo.cuocolo@unige.it.

*** Assegnista di ricerca di Diritto pubblico comparato nell'Università di Genova, francesco.gallarati@edu.unige.it.

1 Ricorso del 21 dicembre 2020, n. 101.

2 Ordinanza del 14 gennaio 2021, n. 4, su cui si vedano le osservazioni di R. Dickmann, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l'efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in *Federalismi.it*.

ISSN 2611-8882

dunque piuttosto scontato, anche se non era affatto prevedibile quale percorso argomentativo avrebbe seguito la Corte per arrivare alla declaratoria di incostituzionalità.
Incerta, infatti, si presentava la questione, su cui la Corte era chiamata a pronunciarsi per la prima volta, relativa all'inquadramento della normativa di contrasto alla pandemia nell'ambito del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni[3]. La questione che si è posta, in altri termini, era individuare la materia, o le materie, tra quelle previste dall'art. 117 Cost., a cui ricondurre gli interventi normativi statali che, dall'inizio della pandemia da Covid-19, hanno interessato ogni ambito della vita civile e sociale, incidendo in misura significativa sul godimento dei diritti costituzionalmente garantiti: dalle misure strettamente sanitarie alle limitazioni degli spostamenti, dalle chiusure di scuole e attività commerciali al divieto di riunioni etc.[4]
Anche in questo caso, vi erano pochi dubbi sul fatto che la Corte avrebbe riconosciuto in capo allo Stato una competenza prioritaria nel dettare le misure – anche di dettaglio – necessarie per fare fronte alla crisi sanitaria, giustificando il sacrificio degli spazi di autonomia regionale sull'altare dell'emergenza e dell'interesse nazionale. Ma se, da un lato, *necessitas habet Constitutionem*, e, per l'effetto, la regolazione dell'emergenza deve muoversi dentro alle strette maglie degli ordinari criteri di riparto delle competenze[5], dall'altro

[3] Sul tema dei rapporti tra Stato e Regioni nella gestione della pandemia, si vedano in dottrina U. Allegretti, E. Balboni, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020, n. 1, pp. 537 ss.; M. Betzu, P. Ciarlo, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *Rivista di Biodiritto*, 2020, pp. 201 ss.; F. Bilancia, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, 2020, n. 2, pp. 333 ss.; G. Boggero, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali*, 2020, n. 1, pp. 361 ss.; L. Buscema, *Emergenza sanitaria (inter)nazionale e regionalismo (differenziato): un ossimoro?*, in *Diritti regionali*, 2020, n. 1, pp. 406 ss.; E. Catelani, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, n. 2, pp. 502 ss.; M. Cosulich, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in questa rivista, 2020, n. 1, pp. 79 ss.; V. Di Capua, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it*, osservatorio Emergenza Covid-19; G. Di Cosimo, E. Longo, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione della epidemia da covid*-19, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, n. 2, pp. 377 ss.; G. Menegus, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *Rivista di Biodiritto*, 2020, pp. 183 ss.; T.E. Frosini, *Insularità e Costituzione*, in *Diritti regionali*, 2020, n. 1, pp. 497 ss.; A. Patanè, *Regioni in piano di rientro ed emergenza Covid-19*, in questa rivista, 2020, n. 1, pp. 97 ss.

[4] Sui diritti costituzionali interessati dalla normativa di contrasto al Covid-19, sia consentito di fare rinvio a L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *DPCE Online,* 2020, n. 2, pp. 1491 ss., e ai riferimenti dottrinali ivi richiamati.

[5] Modifica e rovescia l'antico brocardo (*necessitas non habet legem*) R. Balduzzi, *Solidarietà cardine costituzionale delle eccezionali misure anti-virus*, in *Avvenire*, 14 marzo 2020, secondo il quale "Nell'ordinamento italiano anche le situazioni eccezionali chiedono di essere conosciute, affrontate e sperabilmente risolte secondo i princìpi e le regole costituzionali: lo stato di necessità non è negato dalla Costituzione italiana, ma ricondotto dentro il suo sistema di valori e di princìpi (*necessitas habet constitutionem*!). Basti pensare che, anche nella situazione considerata più estrema, lo stato di guerra, l'art. 78 della Costituzione prevede che le Camere conferiscano al Governo non i 'pieni poteri', ma i 'poteri necessari', dunque secondo un criterio di proporzionalità e adeguatezza alle specifiche situazioni che non nega l'emergenza, ma la riconduce nell'alveo costituzionale. D'altra parte, la nostra Costituzione, più ancora di altre consimili, è pervasa dalla convinzione che anche situazioni considerate derogatorie, rispetto alla organizzazione statale generale e alle regole ordinarie devono fare i conti con i princìpi costituzionali: si pensi a quel singolare art. 52, comma 3 (proposto da Aldo Moro) secondo il quale l'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica. La condivisione di questa premessa è dirimente rispetto a qualunque discorso volto a rispondere alle domande su come

manca nel nostro ordinamento una clausola di supremazia (salvo, forse, l'attivazione dei poteri sostitutivi previsti dall'art. 120 Cost. che, però, il Governo ha comprensibilmente scelto di non utilizzare per far fronte alla pandemia[6]) in grado di accentrare tutti i poteri nelle mani del livello di governo centrale.

Quale materia invocare e, pertanto, quale "tipo" di competenza (esclusiva o concorrente), è questione discussa e controvertibile, che solo apparentemente trova una risposta chiara nella sentenza in commento.

Il ventaglio di opzioni a disposizione dei giudici costituzionali era ampio: dalla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (comma 2, lett. m), alla profilassi internazionale (comma 2, lett. q), o ancora alla tutela della salute (comma 3). E, in quest'ultimo caso, l'intervento statale si poteva giustificare alla luce dell'espressione di principi fondamentali della materia o di una chiamata in sussidiarietà?

Beninteso, non si tratta di questioni meramente teoriche, con una valenza puramente classificatoria. Al contrario, dalla riconduzione della normativa emergenziale alla potestà legislativa esclusiva o concorrente dello Stato discendono importanti conseguenze in termini di delimitazione dei margini di autonomia regionale e di definizione delle modalità di coinvolgimento delle Regioni medesime nell'adozione delle scelte di competenza statale.

Ebbene, sul punto, la decisione della Corte è stata molto netta, più di quanto invero fosse prevedibile, riconducendo interamente la normativa anti-Covid alla competenza esclusiva statale in tema di profilassi internazionale, di cui all'art. 117, comma 2, lett. q). Più precisamente, la Corte ha ritenuto che dovesse essere ascritta a tale materia la disciplina contenuta nei decreti-legge n. 19/2020 e n. 33/2020, ovvero i decreti con i quali – come noto – sono state dettate le disposizioni-quadro per il contrasto della pandemia, affidando a successivi D.p.c.m. la graduazione delle misure di contenimento da adottare sul territorio nazionale, e sono stati definiti i (limitati) poteri spettanti alle Regioni.

Muovendo da questa premessa, che rappresenta il nucleo centrale della pronuncia, la Corte è giunta quindi alle sue conclusioni, sulla base di un ragionamento lineare, che – in estrema sintesi – può essere sintetizzato come segue:

---

una democrazia matura possa e debba affrontare le emergenze e sulla capacità delle forme di Stato come la nostra di farlo in modo efficace ed efficiente. Proprio nella capacità di affrontare gli 'stati di eccezione' senza derogare ai propri princìpi di fondo sembra anzi consistere la principale differenza tra la nostra e altre forme di Stato". Sul rapporto tra Costituzione ed emergenza, con particolare riferimento alla pandemia da Covid-19, v. *ex multis* G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n.1, I ss.; S. Ceccanti, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *Rivista di Biodiritto*, 2020, pp. 79 ss.; E. Jorio, *Interventi normativi d'urgenza in tema di contrasto al Coronavirus: una rassegna ragionata*, in questa rivista, 2020, n. 1, pp. 89 ss.; A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, 2020, n. 1, pp. 518 ss.; A. Ruggeri, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 2020, n. 1, pp. 368 ss.

[6] Cfr. sul punto quanto affermato dalla sentenza in commento al p.to 12 in diritto: «*lo Stato, perlomeno ove non ricorra al potere sostitutivo previsto dall'art. 120 Cost., è tenuto a valersi della organizzazione sanitaria regionale, al fine di attuare le proprie misure profilattiche*».

a) la previsione delle misure di prevenzione e contrasto della pandemia appartiene alla competenza esclusiva dello Stato sulla profilassi internazionale;
b) in tale contesto, pertanto, l'autonomia regionale può esplicarsi soltanto nei limiti e nelle forme previste dalla legislazione statale;
c) la legge regionale della Valle d'Aosta, nella misura in cui introduce un meccanismo di contrasto all'epidemia difforme da quello prefigurato dalla legge dello Stato, da un lato travalica i confini della competenza regionale invadendo un ambito di spettanza esclusiva statale e, dall'altro, lo fa adoperando uno strumento (la legge regionale) il cui impiego è precluso dalla legislazione statale a ciò titolata[7].
Su queste basi, quindi, la Corte è giunta a dichiarare costituzionalmente illegittimi l'articolo 1 della legge impugnata, contenente l'enunciazione degli obiettivi programmatici perseguiti dal legislatore regionale, l'art. 2 recante le misure da osservare per l'esercizio delle attività economiche sul territorio regionale, nonché l'articolo 4, commi 1, 2 e 3, avente ad oggetto il potere di ordinanza del Presidente della Giunta regionale. Viceversa, la Corte ha fatto salvi gli artt. 3, 4 comma 4, 5, 6 e 7, in quanto aventi natura meramente organizzativa, perciò incapaci di interferire con quanto determinato dalla legge dello Stato e ascrivibili alla competenza residuale regionale in materia di organizzazione dei propri uffici.

2. … ma una motivazione sorprendente

Riassunta in questi termini, la sentenza appare pienamente rassicurante, nella misura in cui conduce ad un risultato quasi scontato (la declaratoria d'illegittimità della legge valdostana), attraverso un ragionamento lineare e apparentemente ineccepibile.
Se però ci si sofferma sulle motivazioni che hanno portato la Corte ad affermare la premessa principale del proprio ragionamento – ovvero la riconduzione della normativa di contrasto della pandemia nella competenza legislativa esclusiva dello Stato – e se ci si interroga sulle implicazioni che questo assunto potrebbe avere sul futuro assetto dei rapporti tra Stato e Regioni in tale ambito, emergono alcuni dubbi. Sicché viene da chiedersi se questa fosse effettivamente la soluzione giuridicamente più corretta o se la decisione della Corte sia stata in qualche modo necessitata dall'esigenza di dare copertura alla poderosa costruzione statale di contrasto alla pandemia, evitando qualsiasi possibile interferenza delle Regioni, anche nell'esercizio di competenze costituzionalmente garantite.
Quello che si può dire, quantomeno, è che la Corte ha dato una nuova dimensione alla materia "profilassi internazionale", distanziandosi sensibilmente dai precedenti in materia. In estrema sintesi, le (non moltissime) decisioni che hanno coinvolto l'art. 117, c. 2, lett. q), Cost., hanno richiesto – alternativamente – o un carattere di "transnazionalità", come

[7] Così la Corte al p.to 12.1 in diritto.

ad esempio importazione o esportazione di bestiame o simili[8]; oppure l'applicazione sul territorio italiano di norme sanitarie (perlopiù di carattere veterinario) stabilite in sede internazionale o sovranazionale[9]. Detto altrimenti, la Corte aveva sino ad oggi dato maggior peso all'aggettivo "internazionale", richiedendo una immediata ripercussione della norma in giudizio sulla sfera ultra-nazionale.

Questo, invece, non accade nel giudizio in questione. Gli effetti della legge valdostana (e di qualsiasi previsione regionale di contrasto al Covid), infatti, producono una ricaduta internazionale del tutto indiretta e potenziale. E, infatti, la Corte si limita ad affermare che «è ovvio che ogni decisione di aggravamento o allentamento delle misure di restrizione ricade sulla capacità di trasmissione della malattia oltre le frontiere nazionali, coinvolgendo così profili di collaborazione e confronto tra Stati, confinanti o meno»[10]. Certo, è ovvio; ma manca una dimostrazione dell'attualità del carattere internazionale che legittima l'intervento dello Stato, con conseguente esclusione della sfera normativa regionale.

Si ha l'impressione che la Corte abbia "dilatato" la materia della «profilassi internazionale», per farvi rientrare una legislazione estremamente ampia ed eterogenea, il cui denominatore comune è rappresentato dall'essere ispirata, più o meno direttamente, dalla finalità di contrasto della pandemia da Covid-19. Soluzione che, se da un lato ha consentito alla Corte di eludere il tema del coinvolgimento delle Regioni nelle decisioni assunte dallo Stato, derubricandolo a questione di mera "opportunità"[11], dall'altro lato appare però troppo netta.

Date queste premesse, di seguito si esamineranno le diverse opzioni che la Corte aveva a propria disposizione, per poi analizzare le argomentazioni che hanno portato i giudici costituzionali a ricondurre la disciplina sottoposta al suo sindacato nell'ambito della materia «profilassi internazionale». Infine, si formuleranno alcune considerazioni sulle conseguenze che la sentenza è destinata ad avere sui rapporti tra Stato e Regioni nella gestione della pandemia e non solo.

3. Le opzioni sul tavolo

Come detto, alla vigilia della pronuncia della Corte costituzionale, le opzioni sul tavolo per valutare la conformità o meno a Costituzione della legge valdostana erano molteplici. In particolare, le principali materie a cui i giudici costituzionali potevano fare riferimento erano (i) la tutela della salute, (ii) la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali e (iii) la profilassi internazionale.

[8] Si veda ad es. la sentenza 9 novembre 2016, n. 270.

[9] Emblematica in questo senso la sentenza 11 giugno 2014, n. 173.

[10] P.to 7 in diritto.

[11] Cfr. p.ti 9 e 12 in diritto.

Con ogni probabilità tutte le tre strade avrebbero condotto al medesimo risultato, quello di ritenere la competenza statale per disciplinare la normativa-quadro sulla gestione dell'emergenza Covid e, pertanto, di bocciare la legge valdostana, rea di istituire una "catena di regolazione" parallela a quella statale.
I tre percorsi, tuttavia, avrebbero portato ad una diversa graduazione del rapporto tra Stato e Regioni e, pertanto, meritano di essere analizzati separatamente.

3.1. La tutela della salute tra principi fondamentali della materia e chiamata in sussidiarietà

La prima materia a venire in rilievo è la "tutela della salute", che la Costituzione assegna alla competenza legislativa concorrente di Stato e Regioni[12]. Questa sarebbe stata, in prima analisi, la competenza a cui ricondurre con maggiore sicurezza la disciplina delle misure di contrasto alla pandemia da Covid-19.
Innanzitutto, infatti, non pare esservi dubbio sul fatto che le misure adottate da Stato e Regioni per fare fronte all'emergenza afferiscano alla tutela della salute, nella misura in cui da un lato rispondono all'esigenza fondamentale di salvaguardare il diritto alla salute dei cittadini e, dall'altro, incidono profondamente sull'efficacia delle prestazioni sanitarie, essendo dirette come noto primariamente a rallentare la trasmissione del contagio riducendo così la pressione sulle strutture ospedaliere.
A ciò si aggiunga che la materia "tutela della salute", dalla riforma del 2001 ad oggi, è stata oggetto di una cospicua elaborazione teorica da parte della dottrina[13] e della giurisprudenza costituzionale, sicché essa avrebbe costituito una base ben più solida e consolidata su cui fondare la competenza statale in un settore così sensibile come la lotta al Coronavirus, rispetto alla materia, finora poco esplorata, della "profilassi internazionale". Tanto più che, negli ultimi anni, la materia della "tutela della salute" è stata invocata a più riprese dalla stessa Corte costituzionale per dare copertura alla legislazione statale in tema di obbligatorietà vaccinale[14]; legislazione che, non meno e forse più di quella adottata per il contrasto

[12] Si noti che lo stesso vale anche per la Regione Valle d'Aosta dato che, come ribadito dalla Corte nella pronuncia in esame, la competenza statutaria in materia di «igiene, sanità, assistenza ospedaliera e profilattica» è meno favorevole rispetto alla «tutela della salute» (p.to 11 in diritto), sicché ai sensi dell'art. 10, l. cost. 3/2001, la Valle d'Aosta si trova da questo punto di vista sullo stesso piano delle Regioni ordinarie.

[13] L'elaborazione dottrinale in tema di riparto di competenze legislative in materia di tutela della salute è sterminata. Su tutte v. R. Balduzzi, *Titolo V e tutela della salute*, in *Quad. reg.*, 2002, pp. 67 ss.; G. Carpani, D. Morana, *Le competenze legislative in materia di «tutela della salute»*, in R. Balduzzi, G. Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 114 ss. Per alcune considerazioni di sintesi sugli approdi più recenti della giurisprudenza costituzionale in materia si veda D. Morana, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *Osservatorio AIC*, 2018, n. 1, pp. 1 ss.

[14] Il riferimento è in particolare alle sentenze 18 gennaio 2018, n. 5 e 18 luglio 2019, n. 186. Sul riparto di competenze legislative in materia di obbligo vaccinale, v. C. Pinelli, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica*, in *Giur. cost.*, 2018, n. 1, pp. 100 ss.; V. Ciacco, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte Cost., sent. n. 5 del 2018*, in *Giur. cost.*, 2018, n. 1, pp. 451 ss.; C. Salazar, *La Corte costituzionale "immunizza" l'obbligatorietà dei vaccini*, in *Quad. cost.*, 2018, n. 2, pp. 465

alla pandemia di Covid-19, atteneva direttamente al tema della profilassi. Non stupisce pertanto che i giudici amministrativi, quando si sono pronunciati sulla competenza della legge dello Stato ad individuare nel Presidente del Consiglio dei Ministri l'autorità competente a stabilire le specifiche misure necessarie per fronteggiare l'emergenza, hanno fatto riferimento, prima ancora che alla competenza statale in materia di profilassi internazionale, alla materia della tutela della salute[15].

Certo, la riconduzione della disciplina in esame alla materia "tutela della salute" avrebbe sollevato dei risvolti problematici di non poco conto. La tutela della salute è infatti una materia di competenza concorrente, per cui – almeno teoricamente – la legge dello Stato dovrebbe limitarsi a dettare la normativa di principio, lasciando alle Regioni la disciplina di dettaglio.

Si sarebbe trattato però di un problema non insuperabile. La Corte infatti avrebbe potuto, così come ha fatto in passato, estendere il perimetro della potestà legislativa statale in materia sanitaria, fino a ricomprendervi anche la fissazione di misure di dettaglio, facendo ricorso a due argomentazioni distinte, eventualmente combinabili tra loro.

Più precisamente, da un lato la Corte avrebbe potuto ritenere che la disciplina contenuta nei decreti-legge n. 19/2020 e n. 33/2020, in quanto diretta a definire la normativa-quadro in materia di gestione dell'emergenza, fosse ascrivibile alla normativa di principio in materia di tutela della salute e, quindi, riconducibile alla prerogativa statale. A tale conclusione la Corte sarebbe potuta addivenire sulla scorta di quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui nelle materie di competenza ripartita devono ritenersi vincolanti per le Regioni tutte quelle prescrizioni che, sebbene a contenuto specifico e dettagliato, per la finalità perseguita si pongano in rapporto di coessenzialità e necessaria integrazione con le norme-principio che connotano il settore[16]. Ciò anche in considerazione del fatto che, come affermato dalla stessa Corte costituzionale, nella dinamica dei rapporti tra Stato e Regioni, la nozione di principio fondamentale «non può essere cristallizzata in una formula valida in ogni circostanza, ma deve tenere conto del contesto, del momento congiunturale in relazione ai quali l'accertamento va compiuto e della peculiarità della materia»[17]. Sicché, applicando tali coordinate al caso di specie, la Corte avrebbe potuto concludere che, tenuto conto del contesto pandemico, che richiede un'azione coordinata e coerente a livello nazionale, la competenza statale nella fissazione dei principi fondamentali della materia non sia da intendersi come limitata all'individuazione degli obiettivi generali da perseguire, ma possa estendersi anche alla determinazione delle specifiche misure da adottare per

ss.; P. Giangaspero, *Oneri vaccinali per gli operatori sanitari e competenze regionali concorrenti*, in *Le Regioni*, 2019, n. 4, pp. 1058 ss.

[15] Si v. su tutte TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841. V. altresì TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 25 settembre 2020, n. 1952.

[16] In questi termini v. le sentenze 11 dicembre 2013, n. 301 e 9 dicembre 2005, n. 437.

[17] Così la sentenza 21 gennaio 2016, n. 10.

fronteggiare l'emergenza, in quanto legate da un rapporto di coessenzialità e di necessaria integrazione con la normativa di principio.
In questo modo, ad avviso di chi scrive, la Corte avrebbe potuto fondatamente affermare la competenza statale a definire, in via generale, le misure adoperabili per il contrasto alla pandemia da Covid-19, dando quindi copertura alle disposizioni di cui all'art. 2 del decreto-legge n. 19/2020 e all'art. 1, commi 1-15 del decreto-legge 33/2020.
Più problematico sarebbe stato invece giustificare, su queste basi, la competenza dello Stato a ripartire i poteri tra Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministro della Salute e Regioni, ovvero la "catena di comando" della gestione della pandemia, disciplinata dall'art. 3 del decreto-legge 19/2020[18] e dall'art 1, comma 16 del decreto-legge 33/2020[19].
Chiaramente, infatti, una cosa è stabilire in astratto i poteri esercitabili per fare fronte all'emergenza, attraverso una normativa che, sebbene a contenuto preciso e dettagliato, conserva carattere di principio; ben altra cosa è invece definire quale soggetto – nonché, soprattutto, quale livello di governo – sia titolato ad esercitare in concreto tali poteri, individuando gli strumenti da utilizzare, tra quelli previsti in astratto, per raggiungere l'obiettivo del contrasto della pandemia. In quest'ultimo caso, invero, difficilmente potrebbe sostenersi che si tratti di una normativa di principio, posto che quest'ultima, per quanto la si intenda in senso estensivo, dovrebbe comunque limitarsi a «prescrivere criteri e obiettivi», mentre la decisione in ordine agli «strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi», così come l'individuazione del soggetto competente ad assumere tale decisione, dovrebbe essere pur sempre appannaggio della normativa di dettaglio[20].
In definitiva, ricorrendo alla tesi della capacità espansiva dei principi fondamentali della materia, la Corte avrebbe potuto dare copertura alla disciplina statale recante la previsione delle misure di limitazione utilizzabili per il contrasto della pandemia, mentre sarebbe rimasta "scoperta" la catena di comando costituita dalla sequenza: decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri – ordinanze del Ministro della Salute – ordinanze del Presidente della Giunta regionale.

[18] L'art. 3, c. 1 del decreto-legge n. 19 del 2020, così come modificato in sede di conversione dalla legge n. 35 del 2020, prevede: «Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale».

[19] Ai sensi dell'art. 1, c. 16, del decreto-legge n. 33 del 2020, così come modificato da ultimo dal decreto-legge n. 125 del 2020, prevede che «In relazione all'andamento della situazione epidemiologica sul territorio, accertato secondo i criteri stabiliti con decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 112 del 2 maggio 2020, e sue eventuali modificazioni, nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020, la Regione, informando contestualmente il Ministro della salute, può introdurre misure derogatorie restrittive rispetto a quelle disposte ai sensi del medesimo articolo 2, ovvero, nei soli casi e nel rispetto dei criteri previsti dai citati decreti e d'intesa con il Ministro della salute, anche ampliative».

[20] Si vedano in questo senso le sentenze 17 dicembre 2004, n. 390, 24 luglio 2009, n. 237 e 21 gennaio 2016, n. 10.

Sotto quest'ultimo profilo, però, sarebbe potuto venire in soccorso l'istituto della chiamata in sussidiarietà. I presupposti per invocarlo erano sicuramente soddisfatti: non vi è dubbio infatti che la pandemia abbia posto delle questioni di dimensione ultraregionale, sì da giustificare l'attrazione a livello statale delle funzioni amministrative necessarie per fronteggiare in maniera efficiente l'emergenza e, correlativamente, della competenza legislativa necessaria per disciplinare l'esercizio delle funzioni medesime[21]. Senonché, il richiamo della chiamata in sussidiarietà avrebbe sollevato il problema della collaborazione delle Regioni nella fase di adozione delle decisioni di competenza statale; profilo sul quale la disciplina in esame si presentava carente, stante la mancata previsione dell'intesa delle Regioni in sede di adozione dei D.p.c.m. e delle ordinanze ministeriali[22]. Ed è stato forse proprio questo scoglio a suggerire alla Corte di evitare di seguire il percorso consolidato e familiare della materia "tutela della salute", per avventurarsi invece sul sentiero inesplorato della "profilassi internazionale".

Eppure, benché la mancanza dell'intesa potesse suscitare qualche imbarazzo in sede motivazionale, non ne sarebbe necessariamente dovuta derivare la declaratoria d'illegittimità *in parte qua* della disciplina sottoposta all'esame della Corte. Se è vero infatti che l'intesa è normalmente indicata come la modalità più idonea di coinvolgimento delle Regioni, ogniqualvolta la normativa statale invada una competenza loro riservata per esigenze di unitarietà, è pur vero altresì che tale regola può conoscere qualche attenuazione in casi particolari, segnatamente laddove, come nella fattispecie, la necessità di provvedere tempestivamente imponga di assegnare allo Stato l'ultima parola, declassando la partecipazione regionale ad una mera consultazione[23].

Tale soluzione, d'altra parte, sarebbe stata ben più rispettosa delle prerogative regionali. In questo modo infatti si sarebbe, sì, realizzata una menomazione dell'autonomia regionale, ma questa sarebbe stata motivata dalla natura eccezionale della situazione contingente e, comunque, sarebbe stato mantenuto quantomeno l'obbligo per lo Stato di assicurare il coinvolgimento delle Regioni nella forma della consultazione; coinvolgimento che, invece, come si dirà, con la sentenza in commento, si è tramutata in una mera facoltà, con buona pace per la leale collaborazione.

3.2 La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni

Altra possibile strada, rimasta sorprendentemente poco esplorata anche nel dibattito dottrinale sulla regolazione del Covid, era quella di ricondurre l'intervento statale all'art. 117,

[21] Sui presupposti per il ricorso all'istituto della chiamata in sussidiarietà, il riferimento principale è, ovviamente, la sentenza 25 marzo 2003, n. 303.

[22] Sulla debolezza del coordinamento tra Stato e Regioni nella gestione della pandemia, v. F. Clementi, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, 2020, n. 3, pp. 41 ss.

[23] Cfr. in questo senso la sentenza 2 dicembre 2019, n. 246, pronunciata in materia di protezione civile. V. specialmente il p.to 5 in diritto.

c. 2, lett. m), cioè alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.
È noto che tale previsione, introdotta in Costituzione con la riforma del 2001, trovi le proprie (precedenti) radici proprio nel contesto sanitario e proprio in ragione delle esigenze unitarie nella regolazione della salute[24]. Il primo riferimento normativo in materia, infatti, è quello dell'art. 3, c. 2, della legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, poi integrato dall'art. 1 del d.lgs. n. 502 del 1992 ed infine dalla cd. riforma *ter*, realizzata con d. lgs. n. 229 del 1999.
L'interpretazione che ne ha dato la Corte costituzionale, sin dalle prime pronunce che hanno seguito la riforma del Titolo V[25], è stata quella di una competenza trasversale, in grado di "scacciare" gli spazi di azione regionali, tanto con riferimento alla dimensione normativa, quanto in riferimento a quella amministrativa.
La Corte, infatti, ha affermato che quando si attiva la competenza statale in materia di livelli essenziali, questa può raggiungere qualsiasi livello di dettaglio, ovviamente nei limiti del sindacato sulla ragionevolezza dell'intervento statale[26]. Lo schema logico, com'è noto, è molto diverso da quello visto più sopra per la competenza concorrente in tema di tutela della salute. Se lì, come detto, si pone un problema di relazione tra principio e dettaglio che, per quanto forzato, non può travalicare lo schema del concorso vincolato di fonti, qui, invece, il concorso di fonti è puramente eventuale e rimesso alla valutazione discrezionale dello Stato. Tanto che, se necessario, l'intero ambito oggetto di intervento trasversale può essere sottratto alla regolazione regionale, sul modello "tradizionale" della *Konkurrierende Gesetzgebung* tedesca
Quel che più rileva è che non vi è un limite *a priori* sul grado di analiticità dei livelli essenziali. La Corte, infatti, ha riconosciuto che essi possono anche spingersi nell'estremo dettaglio, individuando le singole prestazioni necessarie. L'invocazione della lettera m), dunque, avrebbe probabilmente risolto tanto il problema della titolarità delle competenze normative, quanto quello delle competenze amministrative. E, inoltre, avrebbe forse consentito di superare, o quantomeno di attenuare, lo scoglio del coinvolgimento delle Regioni, posto che la giurisprudenza costituzionale, a differenza di quanto detto sopra per il caso della chiamata in sussidiarietà, non richiede necessariamente il raggiungimento dell'intesa nella determinazione dei livelli essenziali[27].

[24] Sulle radici "sanitarie" della materia di cui alla lett. m), si consenta di rinviare a L. Cuocolo, *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo. Profili di diritto interno e comparato*, Milano, Giuffrè, 2005.

[25] V., per prima, la sentenza 21 maggio 2002, n. 282.

[26] Cfr. sentenza 31 marzo 2006, n. 134.

[27] Anche se non mancano pronunce più restrittive, quali ad es. la sentenza 14 luglio 2017, n. 192.

4. Il bazooka: la profilassi internazionale

Come si è detto, invece, la Corte ha seguito una strada diversa, riconducendo gli interventi statali sul Covid alla competenza esclusiva in tema di profilassi internazionale (art. 117, c. 2, lett. q). È appena il caso di ricordare come tale impostazione era già stata anticipata sia dall'ordinanza di sospensione dell'efficacia della legge valdostana (ordinanza n. 4 del 2021) sia dal comunicato stampa emesso in occasione della camera di consiglio. Se, dunque, era scontato il richiamo alla profilassi internazionale, meno prevedibile era che la Corte ne facesse l'unico ancoraggio dell'intervento statale.

4.1. Il requisito dell'internazionalità

Fin dalle prime righe della motivazione[28] si legge che la profilassi internazionale «è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla». L'impostazione della Corte è dunque categorica: se c'è una emergenza sanitaria che coinvolge più Paesi, lo Stato (e solo esso) può adottare «ogni misura», tanto rimediale, quanto preventiva.

La Corte, richiamando la propria giurisprudenza in materia, afferma poi che la materia "profilassi internazionale" si attiva quando è necessario dare attuazione a «programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale». E sarebbe questo il caso del Covid-19, posto che «fin dal 30 gennaio 2020 l'Organizzazione mondiale della sanità ha dichiarato l'emergenza di sanità pubblica di rilievo internazionale, profondendo in seguito raccomandazioni dirette alle autorità politiche e sanitarie degli Stati». Si tratta, tuttavia, di un passaggio poco convincente, proprio perché, nel caso del Covid, non c'è stato un "programma" elaborato in sede internazionale o sovranazionale, al quale lo Stato deve dare attuazione. Al contrario, come l'esperienza ha dimostrato, è mancata una chiara regia sia da parte delle organizzazioni internazionali, sia – per quanto riguarda la gestione sanitaria – da parte dell'Unione europea. E gli esempi comparati mostrano come l'approccio dei diversi ordinamenti sia stato profondamente diverso, anche con riferimento al riparto di competenze tra livelli di governo[29].

La scelta della Corte di invocare la "profilassi internazionale" sembra dunque segnare un profondo mutamento nell'interpretazione dei confini di tale materia.

Né tale chiara discontinuità può essere in qualche modo "mascherata" dai riferimenti operati dalla Corte alla propria giurisprudenza precedente, segnatamente alla sentenza n. 5 del 2018. Infatti in quest'ultima pronuncia, che la sentenza in commento richiama per ben

[28] P.to 7 in diritto.

[29] Sulla risposta all'emergenza Covid in prospettiva comparata, con particolare riferimento al tema del riparto di competenze tra livelli di governo, v. A. Vedaschi, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE Online*, 2020, n. 2, pp. 1477 ss.; L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, pp. 3 ss.

due volte nelle proprie motivazioni[30], la Corte aveva sì ancorato la competenza dello Stato ad introdurre l'obbligatorietà vaccinale anche alla materia "profilassi internazionale", ma lo aveva fatto in via per così dire sussidiaria e complementare rispetto alla competenza "prevalente", individuata dalla Corte nella fissazione dei principi fondamentali in materia di tutela della salute[31]. Tant'è che proprio a questi ultimi, e alla loro obbligatorietà nei confronti delle Regioni, si riferiva il passaggio della predetta sentenza relativo alle «ragioni logiche, prima che giuridiche» che aveva giustificato l'intervento statale in materia vaccinale[32]; passaggio che la Corte prende a prestito nella pronuncia in esame, "piegandolo" però alla causa della «profilassi internazionale»[33].

Per cercare di sopperire alla carenza di transnazionalità della normativa anti-Covid, la Corte adduce altresì alcune argomentazioni in merito alle esigenze di unitarietà sottese alla gestione pandemica e al carattere emergenziale della normativa medesima.

In particolare, la Corte ripete in più punti della sentenza in commento che, a fronte di malattie contagiose capaci di diffondersi sul territorio nazionale e «anche oltre di esso», si manifesta «l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività», sicché in tali casi l'attribuzione allo Stato delle competenze di gestione della crisi corrisponde «alla selezione del livello di governo adeguato ai sensi dell'art. 118 Cost.»[34].

Senonché una simile argomentazione, se da un lato è pienamente idonea ad attrarre a livello statale le competenze, legislative e amministrative, connesse al contrasto della pandemia, nella prospettiva della chiamata in sussidiarietà, non pare invece di per sé decisiva

[30] P.ti 7 e 7.1 in diritto.

[31] In tale sentenza la Corte aveva infatti affermato che «l'introduzione dell'obbligatorietà per alcune vaccinazioni chiama in causa prevalentemente i principi fondamentali in materia di «tutela della salute», pure attribuiti alla potestà legislativa dello Stato ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost.» (p.to 7.2.2. in diritto). Solo successivamente, al p.to 7.2.3 in diritto la Corte dedica poche righe anche alla materia della "profilassi internazionale", limitandosi a rilevare che: «In relazione a quest'ultimo profilo, poi, viene anche in rilievo la competenza di «profilassi internazionale» di cui all'art. 117, secondo comma, lettera q, Cost., nella misura in cui le norme in questione servono, come detto, a garantire uniformità anche nell'attuazione, in ambito nazionale, di programmi elaborati in sede internazionale e sovranazionale (come più volte ritenuto da questa Corte, sia pure nel settore veterinario: sentenze n. 270 del 2016, n. 173 del 2014, n. 406 del 2005, n. 12 del 2004)».

[32] Vedi p.to 7.2.2 in diritto della sentenza 5 del 2018, dove la Corte, riferendosi alla determinazione dei principi fondamentali in materia di tutela della salute, afferma: «Pertanto, in questo ambito, ragioni logiche, prima che giuridiche, rendono necessario un intervento del legislatore statale e le Regioni sono vincolate a rispettare ogni previsione contenuta nella normativa statale, incluse quelle che, sebbene a contenuto specifico e dettagliato, per la finalità perseguita si pongono in rapporto di coessenzialità e necessaria integrazione con i principi di settore».

[33] V. p.to 7.1 in diritto della sentenza in commento: «A fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, «ragioni logiche, prima che giuridiche» (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell'ordinamento costituzionale l'esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l'uguaglianza delle persone nell'esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l'interesse della collettività».

[34] P.to 7.1 in diritto.

ai fini della riconduzione della disciplina medesima nell'orbita della materia "profilassi internazionale", piuttosto che negli altri titoli competenziali esaminati in precedenza.
Analogamente, anche il riferimento ai caratteri di «repentinità ed imprevedibilità della crisi»[35] e alla «necessità di adattare il governo dell'emergenza, anche sanitaria, al carattere nazionale o locale di essa»[36], non appare dirimente, se si considera che l'urgenza di provvedere, pur essendo – come detto – suscettibile di degradare il coinvolgimento regionale dalla forma rigida dell'intesa a quella più flessibile del parere, laddove necessario per consentire una risposta tempestiva all'emergenza, non pare invece suscettibile di consentire di obliterare totalmente il ruolo delle Regioni qualora la gestione della crisi investa le loro attribuzioni costituzionali[37].

4.2. I pochi spazi residui per le Regioni

Un altro passaggio che merita attenzione è quello che porta la Corte a sottolineare come – secondo la normativa statale (in particolare l'art. 1, c. 16, del d.l. n. 33 del 2020) – non è ammissibile una politica regionale autonoma sulla pandemia, ma un mero intervento di adeguamento (restrittivo o ampliativo), tra un D.p.c.m. e l'altro. Secondo la Corte, «È però chiaro che – alla stregua del quadro normativo statale – ciò può accadere per mezzo di atti amministrativi, in ragione della loro flessibilità, e non grazie all'attività legislativa regionale»[38]. Il passaggio non è chiarissimo e, soprattutto, non è facile comprendere se la conclusione della Corte sia correlata solo all'effettiva previsione normativa statale, o se – al contrario – esprima un generale divieto di intervento per il legislatore regionale.
A seguire la ricostruzione della Corte, la scelta dello strumento amministrativo sembra legata, più che alla sua "flessibilità", al fatto che la competenza legislativa è totalmente assorbita dalla competenza dello Stato. E, dunque, alla Regione può residuare al massimo la competenza amministrativa, nei limiti in cui ciò viene riconosciuto dallo Stato[39].
Come si è detto, non è chiaro se sia questa la conclusione cui implicitamente giunge la Corte. Se così fosse, tuttavia, desterebbe qualche perplessità, in relazione al fatto che le leggi regionali strumentali al contrasto della pandemia già ci sono. La competenza concorrente sulla tutela della salute, in particolare, ha portato ogni Regione a dotarsi di un corpo di norme sull'organizzazione e sul funzionamento del sistema sanitario regionale. E tali discipline, inevitabilmente, rilevano anche per il contrasto alla pandemia. Se vi è

[35] P.to 8 in diritto.

[36] P.to 8.1. in diritto.

[37] Cfr. sentenza n. 246 del 2019, cit.

[38] P.to 12.1 in diritto.

[39] Si veda anche il p.to 7.1 in diritto, dove la Corte afferma che «Un'azione o un coordinamento unitario può emergere come corrispondente alla distribuzione delle competenze costituzionali e alla selezione del livello di governo adeguato ai sensi dell'art. 118 Cost., per ogni profilo di gestione di una crisi pandemica, per il quale appaia invece, secondo il non irragionevole apprezzamento del legislatore statale, inidoneo il frazionamento su base regionale e locale delle attribuzioni».

competenza regionale sulla tutela della salute (ma lo stesso dicasi per il commercio etc.), non si vede per quale motivo non possa immaginarsi anche una nuova legge regionale, che disciplini più specificamente gli aspetti relativi al Covid. Per fare un esempio, non pare che possa ritenersi a priori incostituzionale una legge regionale che disciplini l'utilizzo dei sanitari che rifiutano di sottoporsi al vaccino anti-Covid. E ciò è tanto più vero se si pensa che simile legge è stata approvata dalla regione Puglia, in epoca antecedente alla pandemia, per il personale che rifiuta la somministrazione di altri vaccini[40].

Ancora una volta, dunque, emerge come la strada migliore sarebbe quella di qualificare l'intervento statale come trasversale, fondandolo sulla determinazione dei livelli essenziali o qualificando come trasversale l'intervento statale in materia di profilassi internazionale. Ciò consentirebbe, come si è detto, di riconoscere una competenza esclusiva dello Stato in grado di entrare – ove necessario – fino all'individuazione della singola prestazione, scacciando la competenza regionale. Al contrario, però, tutto l'ambito materiale non interessato dall'intervento unitario statale rimarrebbe rimesso al normale riparto di competenze, con la conseguenza che – laddove competenti – le Regioni potrebbero intervenire tanto con leggi, quanto con atti amministrativi.

4.3. L'argomento della non trasversalità della materia

Un ultimo passaggio centrale nell'argomentazione della Corte è quello che nega alla "profilassi internazionale" i caratteri di una materia trasversale. Al contrario, scrive la Corte, «la materia della profilassi internazionale ha infatti un oggetto ben distinto, che include la prevenzione o il contrasto delle malattie pandemiche, tale da assorbire ogni profilo della disciplina»[41].

Tale assunto sembra però difficilmente armonizzabile con quanto affermato altrove dalla Corte, e cioè che, per esercitare la propria competenza, lo Stato «è tenuto a valersi dell'organizzazione sanitaria regionale»[42].

Nonostante la posizione netta della Corte, sembra che la profilassi internazionale presenti i caratteri propri di una competenza trasversale, cioè di una competenza in grado di ritagliare ambiti materiali che, altrimenti, sarebbero attribuiti alla competenza regionale[43]. L'intervento statale, infatti, incide sulla tutela della salute, sulla protezione civile, sull'istruzione, sul commercio e su altre materie che, secondo il dettato costituzionale, sono attribuite alla competenza concorrente o residuale delle Regioni.

La profilassi internazionale, per come ricostruita dalla Corte nella sentenza in oggetto, non sembra avere un oggetto autonomo, bensì un'estensione "a fisarmonica" che, a seconda

[40] Il riferimento è alla legge regionale 19 giugno 2018, n. 27, recante "Disposizioni per l'esecuzione degli obblighi di vaccinazione degli operatori sanitari".

[41] P.to 7 in diritto.

[42] P.to 12 in diritto.

[43] V., ancora, la pronuncia "capostipite" n. 282 del 2002, cit.

dell'aggravarsi o meno della pandemia, consente allo Stato di intervenire in ambiti materiali che normalmente sarebbero rimessi alla competenza (anche) regionale, appunto secondo lo schema che richiama la *Konkurrierende Gesetzgebung* della tradizione tedesca. Lo scrive molto chiaramente la Corte, collegando le esigenze di contenimento della pandemia con il «fondamentale diritto alla salute» delle persone[44]. E, ancora più chiaramente, la Corte afferma che «le autonomie regionali, ordinarie e speciali, non sono quindi estranee alla gestione delle crisi emergenziali in materia sanitaria, in ragione delle attribuzioni loro spettanti nelle materie "concorrenti" della tutela della salute e della protezione civile»[45].

La Corte, tuttavia, conclude che l'intervento delle strutture regionali è ammissibile «nei limiti in cui esse si inseriscono armonicamente nel quadro delle misure straordinarie adottate a livello nazionale, stante il grave pericolo per l'incolumità pubblica». Sorvolando sul fatto che il grave pericolo per l'incolumità pubblica è concetto diverso dalla profilassi di carattere "internazionale", resta il fatto che la Corte scelga la strada delle competenze "piene", respingendo la tesi dell'avvocatura regionale di qualificare l'intervento statale come trasversale.

Se si segue questa impostazione, tuttavia, si dovrebbe concludere per un concorso di competenze sullo stesso bene della vita (che è, appunto, la salute pubblica), stante l'inestricabile intreccio di materie di competenza statale e regionale a cui le misure anti-Covid sono riconducibili. E ciò, secondo la giurisprudenza costituzionale, dovrebbe attivare gli strumenti di leale collaborazione che, invece, la qualificazione dell'intervento statale come trasversale (fondato sulla lettera q o, meglio, sulla lettera m) non avrebbe presumibilmente richiesto.

Forse la ricostruzione della profilassi internazionale come materia "classica" e non trasversale è più consona alla giurisprudenza della Corte precedente alla sentenza in commento: come si è detto, infatti, la materia aveva un ambito ben più circoscritto, riguardando le misure immediatamente correlate alla dimensione internazionale. La nuova lettura della lettera q), invece, porta la Corte a ritenere che qualsiasi intervento di regolazione della pandemia, anche del tutto localizzato (come può essere, ad esempio, l'orario di apertura degli esercizi commerciali in un determinato Comune) può avere ripercussioni sull'andamento dei contagi e – dunque – sulla circolazione globale del virus[46].

Se si condivide questa lettura olistica, tuttavia, la più corretta qualificazione della competenza in questione sembra essere quella "trasversale", che, appunto, consente allo Stato di ampliare o ridurre la propria sfera di intervento, a seconda dell'esigenza concreta di contrasto alla pandemia. Con la conseguenza che, nel caso in cui lo Stato si ritragga, si riespande la competenza regionale.

[44] P.to 7.1 in diritto.

[45] P.to 7.2 in diritto.

[46] P.to 7.1 in diritto.

Forse la Corte, con la ricostruzione effettuata, ha tentato di seguire una strada simile a quella seguita per la lettera s), tutela dell'ambiente. La svolta della sentenza Maddalena[47], tuttavia, non pare replicabile nel caso di specie, se è vero che la profilassi internazionale, almeno se intesa nel senso ampio fatto proprio dalla Corte, non sembra costituire un bene materiale oggettivo (a differenza dell'ambiente), ma un fine da perseguire. In ciò, dunque, sembra che l'intervento dello Stato si collochi molto vicino alla determinazione dei livelli essenziali, che pure – come si è detto – la Corte non ha preso in considerazione.

5. Conclusioni (provvisorie?): il sacrificio della leale collaborazione

Quali che siano le motivazioni che hanno condotto la Corte a negare la natura trasversale della materia "profilassi internazionale", quel che è certo è che la sentenza in commento è destinata a produrre conseguenze rilevanti sul rapporto tra Stato e Regioni nella gestione delle crisi, pandemiche e non solo.

Attraverso la riconduzione dell'intera normativa di contrasto al Covid-19 all'interno di un'unica materia di potestà esclusiva statale, con un «oggetto ben distinto» dalle altre materie e così estesa da «assorbire ogni profilo della disciplina»[48], la Corte ha risolto in radice ogni questione concernente le modalità di coinvolgimento delle Regioni nel processo decisionale.

Per la Corte, infatti, di fronte alla pandemia da Covid-19, le competenze regionali non recedono, come avverrebbe in presenza di una materia trasversale, bensì vengono assorbite, annullandosi in un'unica super-materia che, anziché intersecare gli ambiti di competenza regionale, li ricomprende al proprio interno.

Ci troviamo, all'evidenza, all'estremo opposto rispetto alla teoria delle non-materie, utilizzata, come noto, in passato per descrivere la portata espansiva di competenze – per l'appunto, trasversali – quali la tutela dell'ambiente[49] o la tutela della concorrenza[50]. Al contrario, la sentenza sembra portare a compimento quel processo di "rimaterializzazione"[51] delle competenze, già intravisto dalla dottrina in alcune pronunce degli ultimi anni, teso a ridurre la fluidità del sistema di riparto di attribuzioni, ascrivendo la potestà legislativa, in caso di concorrenza di competenze, alla materia ritenuta "prevalente"[52]. In questo caso,

[47] Sentenza 14 novembre 2007, n. 378.

[48] P.to 7 in diritto.

[49] V. la sentenza 26 luglio 2002, n. 407.

[50] V. la sentenza 13 gennaio 2004, n. 14.

[51] L'espressione è tratta dallo scritto di F. Benelli, R. Bin, *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni,* 2009, n. 6, pp. 1209 ss.

[52] La prima enunciazione del criterio di prevalenza si rinviene nella sentenza 7 marzo 2008, n. 50.

si può dire però che la Corte sia andata oltre al giudizio di prevalenza – che pure viene richiamato in un passaggio[53] – spingendosi ad affermare che, a fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, la materia "profilassi internazionale" assorbe «ogni profilo di disciplina»[54], sicché le numerose competenze regionali interessate dalla normativa di contrasto alla pandemia – *in primis* la tutela della salute – assumono al più una rilevanza "indiretta" e "marginale", ma sono comunque «recessive rispetto all'interesse prevalente di profilassi internazionale, al quale va ricondotta la disciplina della materia»[55].

Così facendo, la profilassi internazionale diviene una sorta di *pass par tout*, un "bazooka" nelle mani del potere centrale in grado di "spazzare via", in caso di epidemie di dimensione globale, ogni ostacolo frapposto dalle autonomie regionali al perseguimento dell'obiettivo di contenimento del contagio.

Solo il tempo dirà se ci troviamo in presenza di una nuova categoria di competenze esclusive o se si sia trattato di un episodio isolato dovuto alla situazione di crisi eccezionale che il Paese sta attraversando; quel che è certo però è che, da oggi, la Corte dispone di una freccia in più al proprio arco.

A rimetterci è in ultima analisi la leale collaborazione, che viene derubricata dalla Corte a questione di mera "opportunità"[56]. In questo senso, la Corte definisce la scelta dello Stato di prevedere un percorso di leale collaborazione con il sistema regionale in sede di adozione dei D.p.c.m., sia pure nella forma più debole del parere, una «soluzione normativa consona», tenuto conto dell'ampiezza del fascio di competenze regionali raggiunte dalle misure di contrasto alla pandemia e della circostanza che lo Stato deve valersi della organizzazione sanitaria regionale, al fine di attuare le proprie misure profilattiche[57]. «Consona», quindi, ma non necessaria, sicché lo Stato potrebbe legittimamente farne a meno, ove lo ritenesse opportuno per potere perseguire in maniera più efficace i propri obiettivi.

Si materializza così un'ulteriore svolta nella giurisprudenza costituzionale, che sembra preludere ad una nuova stagione centralista nei rapporti tra Stato e Regioni, proprio quando la Corte sembrava negli ultimi anni avere intrapreso un percorso inverso, caratterizzato dal riconoscimento di maggiori spazi di autonomia per i legislatori regionali, nella prospettiva di un regionalismo più maturo e differenziato. Percorso che la pandemia da Covid-19 ha bruscamente interrotto, facendo riemergere vecchi timori sull'inadeguatezza di una gestio-

[53] V. p.to 11 in diritto, dove la Corte afferma: «le altre numerose competenze statutarie indicate dalla difesa regionale, possono pertanto rilevare in termini indiretti e marginali, a seconda dell'oggetto sul quale cade di volta in volta la misura restrittiva statale, ma sono recessive rispetto all'interesse prevalente di profilassi internazionale, al quale va ricondotta la disciplina della materia».

[54] P.to 7 in diritto.

[55] P.to 11 in diritto.

[56] P.ti 9 e 12 in diritto.

[57] P.to 12 in diritto.

ne delle situazioni di crisi condivisa tra i diversi livelli di governo, alla luce del principio di leale collaborazione.

Dal mancato rispetto delle politiche europee per la qualità dell'aria ai diritti delle generazioni future: come conciliare salute, economia e ambiente?*

[Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sentenza del 10 novembre 2020, Commissione v. Italia, C-644/18]

Lucia Busatta**

Sommario: 1. Introduzione: il contesto della (attesa) condanna dell'Italia. – 2. Il quadro normativo di riferimento e i motivi della procedura d'infrazione. – 3. L'argomento socio-economico: quando salute, economia e ambiente sembrano non andare nella stessa direzione. – 4. Quali prospettive future, nel solco della solidarietà?

Abstract:
Il contributo offre alcuni spunti di riflessione a margine della sentenza C-644/18, Commissione v. Italia, 10 novembre 2020. La pronuncia ha origine nell'ambito di un procedimento di infrazione a carico dell'Italia per il mancato rispetto, perpetuato nel tempo, dei valori soglia indicati nella direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria. Gli argomenti utilizzati dalla difesa italiana offrono alcuni interessanti spunti, sia sulle implicazioni delle politiche ambientali europee, sia sulla necessità di bilanciare gli investimenti necessari con le esigenze socio-economiche dello Stato. L'attuale contesto pandemico e i programmi per la ripresa attualmente in fase di definizione consentono infine di aprire alcune considerazioni sui diritti delle generazioni future.

---

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.
** Dottoressa di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università di Trento e Docente a contratto, Università di Padova; lucia.busatta@unitn.it.

ISSN 2611-8882

The essay offers some food for thought departing from the judgment C-644/18, Commission v. Italy, of 10th November 2020. The ruling originates in the context of an infringement procedure against Italy for the enduring non-compliance with the threshold values prescribed by Directive 2008/50/EC on air quality. The points raised by Italy offer some interesting insights, both on the implications of European environmental policies, and on the need to balance the necessary investments with the socio-economic needs of the state. The current pandemic context and the recovery programs, which is going to be defined, lead to some considerations on the rights of future generations.

1. Introduzione: il contesto della (attesa) condanna dell'Italia

Con la sentenza del 10 novembre 2020[1], la Grande Camera della Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata nell'ambito di una procedura di infrazione attivata dalla Commissione europea ai sensi degli articoli 258 e seguenti del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. L'Italia, secondo quanto indicato dalla Commissione e accertato dai giudici di Lussemburgo, sarebbe responsabile di una violazione sistematica e continuata di alcune delle norme europee sulla qualità dell'aria[2], in particolare per aver superato ripetutamente i valori limite di concentrazione giornalieri e annuali per il PM10 presente nell'aria e per non aver adottato tempestive e idonee misure volte a contenere e rimuovere detta violazione[3].

La vicenda da cui trae origine la pronuncia qui in commento è, con ogni probabilità, nota anzi tutto poiché la condanna ricevuta dai giudici europei ha trovato una discreta eco nella stampa nazionale, nonostante nell'ultimo anno l'informazione abbia inevitabilmente dedicato attenzione in via quasi esclusiva alle questioni attinenti alla pandemia. In secondo luogo, poi, le misure che il nostro ordinamento, insieme a tutti gli altri Stati membri europei è tenuto ad adottare per limitare le concentrazioni di polveri sottili nell'atmosfera e per contribuire al miglioramento delle condizioni di qualità dell'aria nel territorio dell'Unione sono quelle con le quali, ormai da alcuni anni, siamo tutti abituati a confrontarci nella quotidianità, in particolar modo nei mesi invernali: si ponga pensiero ai limiti stabiliti nelle ordinanze comunali c.d. anti-smog rispetto alla circolazione dei veicoli o agli orari

[1] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza C-644/18, *Commissione v. Italia*, 10 novembre 2020, ECLI:EU:C:2020:895.

[2] In particolare, degli artt. 13, par. 1, e 23, par. 1, della Direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa.

[3] Il tema delle norme europee per la qualità dell'aria è già stato approfondito in altra sede, con particolare riguardo alla procedura d'infrazione che nel 2018 ha portato alla condanna della Polonia, C-336/16, *Commissione v. Polonia*, 22 febbraio 2018, ECLI:EU:C:2018:94. Per un inquadramento di alcune delle problematiche sollevate da quella controversia e parzialmente valide anche nella sentenza in commento, cfr. L. Busatta, *Le politiche europee per la qualità dell'aria e le sfide di un concetto polisemico di salute*, in *Corti Supreme e Salute*, 2018, n. 3, pp. 501 ss. Per le definizioni di sostanze inquinanti ai fini della direttiva europea e di particolato atmosferico cfr. in particolare *sub* note 3 e 17.

del riscaldamento domestico invernale. Peraltro, la pronuncia (e la relativa condanna) era attesa, dal momento che la procedura di infrazione nei confronti dell'Italia era stata attivata con lettera di messa in mora l'11 luglio 2014[4].

La questione affrontata dalla Corte è importante e merita attenzione per una pluralità di ragioni. Anzi tutto, il tema al centro della procedura di infrazione a carico dell'Italia è quello relativo alla lotta ai cambiamenti climatici, che si traduce nell'ordinamento dell'Unione nell'adozione delle misure per il miglioramento della qualità dell'aria. Il tema ambientale è da tempo al centro delle politiche pubbliche, a livello europeo, ma occupa una posizione preminente anche nel contesto internazionale e nelle politiche nazionali[5].

In secondo luogo, la questione è d'interesse per il giurista poiché, come vedremo meglio, il rispetto delle norme europee sulla qualità dell'aria non è un obiettivo che gli Stati membri riescono (e sono riusciti negli anni scorsi) facilmente a rispettare, tanto che questa non è la prima decisione con cui la Corte accoglie un ricorso del genere presentato dalla Commissione contro uno Stato membro[6], né sarà l'ultima, dal momento che ad oggi risultano aperte altre procedure analoghe nei confronti sia dell'Italia che di altri Stati membri. Per alcune di queste procedure, poi, è già stato presentato il relativo ricorso e si attende, dunque, la pronuncia da parte della Corte[7].

I motivi di difesa avanzati dalla Repubblica italiana, inoltre, presentano alcuni tratti interessanti, sebbene ampiamente prevedibili. In modo parzialmente simile a quanto accaduto nel precedente che vide la condanna nei confronti della Polonia, infatti, le autorità italiane adducono numerosi elementi a propria giustificazione. Tra questi, come vedremo, non manca quello inerente l'esigenza pubblica di bilanciare le decisioni per la protezione della qualità dell'aria con le ragioni dell'economia e della salvaguardia di un equilibrio socio-economico sostenibile.

Infine, le tematiche affrontate dalla Corte di Giustizia costituiscono un significativo paradigma delle più urgenti sfide che gli ordinamenti europei, non senza un adeguato spirito di solidarietà, sono chiamati ora ad affrontare, nell'ottica della ripresa economica post-pandemica e al fine di contribuire, uniti, a gettare le basi per un futuro europeo più sostenibile[8].

---

[4] C-644/18, *Commissione v. Italia*, par. 17.

[5] Per una panoramica delle politiche ambientali europee v. M. Onida, *Il diritto ambientale dell'UE nel tempo, tra agenda europea e politiche nazionali*, in *federalismi.it*, 2020, n. 7, pp. 92 ss.

[6] Quali precedenti, sono da ricordare, oltre alla già citata sentenza C-336/16, *Commissione v. Polonia*, anche C-488/15, *Commissione v. Bulgaria*, 5 aprile 2017, ECLI:EU:C:2017:267 e la più recente C-638/18, *Commissione v. Romania*, 30 aprile 2020, ECLI:EU:C:2020:334.

[7] Fra i ricorsi, cfr. ad esempio, C-573/19, *Commissione v. Italia*, depositato il 23 agosto 2019; C-125/20, *Commissione v. Spagna*, ricorso proposto il 4 marzo 2020 (superamento valori di biossido di azoto nell'aria).

[8] Può apparire pleonastico, sebbene non possa essere tralasciato, il richiamo all'emergente concetto di transizione ecologica, che ha già fatto capolino anche all'interno delle nostre istituzioni.

In senso lato, si potrebbe pure osservare come la Corte di Giustizia, pur pronunciandosi nell'ambito di una procedura di infrazione i cui elementi fattuali in contestazione risalgono a oltre un decennio fa, nel pieno dell'emergenza pandemica intervenga su un tema decisamente caldo. La coincidenza temporale tra la decisione della Corte e le contingenze dell'emergenza sanitaria ci ricordano che la c.d. questione ambientale preme e che, non a caso, è già presente nell'agenda politica delle istituzioni europee e degli Stati membri e, quasi certamente, sarà il fulcro di molte delle decisioni pubbliche del futuro che ci attende.

2. Il quadro normativo di riferimento e i motivi della procedura d'infrazione

Le direttive europee sulla qualità dell'aria[9] impongono agli Stati membri di adottare alcune misure volte a ridurre le emissioni di sostanze inquinanti nell'atmosfera e, per quanto qui d'interesse, prevedono che, in caso di sforamento dei valori limite fissati negli atti normativi europei, spetti agli Stati l'adozione di misure adeguate per far sì che il livello di inquinanti presenti nell'aria rientri al di sotto delle soglie previste nel più breve tempo possibile. Come si è già avuto modo di ricordare in altra sede[10], le norme europee a tutela della qualità dell'aria si prefiggono lo scopo di promuovere un miglioramento delle condizioni ambientali, anche per prevenire o contrastare il riscaldamento globale e i cambiamenti climatici. Tali finalità si intrecciano con altri obiettivi delle istituzioni europee, fra i quali la promozione di una migliore qualità della vita, la protezione della salute umana e l'incentivo ad un più diffuso impiego delle energie c.d. pulite o rinnovabili. Si tratta di tematiche che, non soltanto sono al centro delle norme di diritto derivato ora in parola, ma che promanano anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione[11].
In effetti, la direttiva 2008/50/CE, al centro della sentenza in commento, va collocata nel contesto del sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente che, come ricordato dal primo considerando della direttiva del 2008, «sancisce la necessità di ridurre l'inquinamento a livelli tali che limitino al minimo gli effetti nocivi per la salute umana, con particolare riferimento alle popolazioni sensibili, e per l'ambiente nel suo complesso, di migliorare le attività di monitoraggio e valutazione della qualità dell'aria, compresa la deposizione degli inquinanti, e di informare il pubblico»[12]. Come si desume dall'articolo

[9] Si tratta della Direttiva 2008/50/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa, e della Direttiva 2004/107/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2004, concernente l'arsenico, il cadmio, il mercurio, il nickel e gli idrocarburi policiclici aromatici nell'aria ambiente.

[10] L. Busatta, *Le politiche europee per la qualità dell'aria e le sfide di un concetto polisemico di salute*, cit.

[11] Cfr. Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, art. 35, Protezione della salute; art. 37, Tutela dell'ambiente.

[12] Direttiva 2008/50, considerando 1. Il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente è contenuto nella Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato

1 dell'atto normativo, la direttiva si prefigge lo scopo di definire e stabilire obiettivi di qualità dell'aria per «evitare, prevenire o ridurre gli effetti nocivi per la salute umana e per l'ambiente nel suo complesso». Tale finalità viene raggiunta per mezzo di quelli che potrebbero essere definiti come obiettivi funzionali (o secondari rispetto all'obiettivo principale appena enunciato), che consistono nella valutazione della qualità dell'aria degli Stati membri secondo metodi comuni, nel relativo monitoraggio (n. 3), nel garantire che le informazioni sulla qualità dell'aria siano messe a disposizione del pubblico (n. 4) e nel promuovere una maggiore cooperazione tra gli Stati nella lotta all'inquinamento.
Le previsioni della Direttiva si articolano, poi, essenzialmente in quattro parti. La prima è dedicata alla definizione delle misure per la valutazione della qualità dell'aria (Capo II), cui seguono le norme sulla relativa gestione (Capo III), fra le quali possiamo trovare le indicazioni circa i valori limite e le conseguenze in caso di sforamento di dette soglie (art. 13). Vi sono, infine, due capi dedicati rispettivamente ai piani, ossia all'insieme di misure che gli Stati membri sono tenuti ad adottare per conformarsi alle indicazioni europee (Capo IV), e alle informazioni e alla comunicazione dei dati (Capo V). Anche se quest'ultima parte non sarà oggetto di approfondimento in queste pagine, bisogna subito rimarcare come sia di centrale importanza per l'effettività delle misure ambientali europee, dal momento che le procedure d'infrazione che possono essere attiviate dalla Commissione si basano essenzialmente sui dati raccolti e comunicati da parte dei singoli Stati membri, sulla base delle indicazioni contenute nella direttiva stessa e nei suoi allegati[13]. Sebbene possa apparire scontato, il punto non è di secondaria importanza, se si pensa alle questioni che proprio la comunicazione dei dati dalle periferie al centro sta sollevando nel contesto pandemico e se si pone mente al fatto che, nella precedente sentenza resa nei confronti della Polonia, la difesa dello Stato contestò proprio la corretta lettura dei dati, da essa stessa inviati[14].
Due sono i perni attorno ai quali ruota la procedura d'infrazione avviata dalla Commissione nei confronti dell'Italia, per la violazione della Direttiva europea sulla qualità dell'aria. Le istituzioni europee ritengono il nostro Paese inadempiente quanto al rispetto delle disposizioni sul divieto di superamento dei valori limite (prima questione) e quanto all'obbligo di adottare le misure necessarie ad assicurare che detto superamento sia quanto più breve possibile (seconda questione).

---

delle regioni sul Sesto programma di azione per l'ambiente della Comunità europea "Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta" – Sesto programma di azione per l'ambiente – COM/2001/0031 def., del 24 gennaio 2001, disponibile all'indirizzo https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=celex:52001DC0031. A tale atto ha fatto seguito la Decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002, che istituisce il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente, OJ L 242, 10.9.2002, p. 1–15. A riguardo cfr. L. Busatta, *Le politiche europee per la qualità dell'aria*, cit., 507.

[13] Il punto merita attenzione sia perché, ovviamente, se ne desume che la trasparenza e la correttezza nella diffusione dei dati rappresentano non solo strumenti di funzionamento di questa porzione di diritto europeo, ma costituiscono la base della cooperazione tra gli Stati membri per il miglioramento complessivo della qualità dell'aria che è uno degli obiettivi stessi della Direttiva.

[14] C-336/16, *Commissione v. Polonia*, par. 60.

Quanto al primo aspetto, la Commissione lamenta la violazione dell'art. 13, in combinato disposto con l'Allegato XI della Direttiva, recante la tabella con cui si fissano i valori limite. La norma prevede infatti che gli Stati membri si impegnino ad evitare che i livelli di sostanze inquinanti (biossido di zolfo, PM10, piombo e monossido di carbonio) non superino dette soglie. Ad avviso della Commissione, il nostro ordinamento avrebbe sistematicamente e continuativamente superato i valori limite giornalieri e annuali di concentrazioni di particolato atmosferico stabiliti. La difesa italiana, pur senza successo, insiste essenzialmente sulla dimostrazione dei lenti, ma progressivi risultati perseguiti: i dati sulla concentrazione dei livelli di sostanze inquinanti, ad un esame storico, dimostrerebbero una progressiva e costanze riduzione. Si aggiunge, poi, che non tutti i fattori inquinanti rientrano nel controllo delle politiche statali, determinando quindi il venir meno del nesso di causalità tra la condotta negligente dello Stato e la violazione del diritto europeo[15]. In estrema sintesi, la Repubblica italiana sostiene che alcuni elementi – fra cui la conformazione orografica di determinate parti del territorio italiano, ma anche l'interferenza delle politiche europee sulle biomasse e sulla circolazione dei veicoli – sfuggano alla capacità di controllo degli Stati membri e debbano, quindi, essere soppesate ai fini della valutazione della responsabilità statale nell'adempiere il diritto europeo (paragrafi 41 e 42). A riguardo, la Corte si limita a rammentare l'oggettività del criterio di misurazione e che, in base alla direttiva, il mero superamento delle soglie indicate costituisca una violazione degli obblighi assunti dallo Stato, senza che vi sia alcuna necessità di indagarne le cause, endogene o esogene.
La seconda questione è quella che offre maggior materiale per una riflessione critica sull'impatto di detta direttiva. Come si è già anticipato, la Commissione contestava all'Italia la mancata adozione di misure adeguate ad assicurare che il superamento dei valori limite fosse contenuto nel più breve tempo possibile[16]. In base a quanto previsto dalla direttiva, infatti, gli Stati membri predispongono i piani per la qualità dell'aria, con i quali introducono alcune misure mirate a ridurre le emissioni e a riportarle entro le soglie prefissate entro il più breve tempo possibile. A riguardo – e su questo punto si tornerà immediatamente – il nostro Paese si difende sostenendo che nella valutazione di tale infrazione andrebbero computate anche le esigenze di contemperamento tra interessi pubblici e privati, nonché il principio di proporzionalità (par. 114).
A tali concetti l'Italia si richiama facendo valere le ragioni dell'economia e della produzione, oltre all'impossibilità di condizionare completamente i comportamenti dei privati. La Corte, tuttavia, non accoglie nemmeno tale argomento, sottolineando che i termini del

[15] C-644/18, *Commissione v. Italia*, par. 35 ss.

[16] La seconda censura riguarda, infatti, la violazione dell'art. 23, par. 1, della direttiva 2008/50/CE, da solo e in combinato disposto con l'allegato XV della stessa. In base a detto articolo, infatti, gli Stati membri devono predisporre i piani per la qualità dell'aria, mirati a conseguire l'obiettivo di rientrare entro le soglie previste dalla direttiva (art. 23, par. 1, comma 1). Inoltre, «In caso di superamento di tali valori limite dopo il termine previsto per il loro raggiungimento, i piani per la qualità dell'aria stabiliscono misure appropriate affinché il periodo di superamento sia il più breve possibile» (art. 23, par. 1, comma 2).

bilanciamento tra gli interessi indicati dalla difesa statale siano errati. I piani per la qualità dell'aria devono, infatti, mirare alla riduzione del rischio di inquinamento, obiettivo che va soppesato con i diversi interessi in gioco, ma che non può tradursi in una deroga generalizzata al rispetto delle soglie. Gli argomenti dedotti, in sintesi, non giustificano periodi di tempo lunghi per porre rimedio ai superamenti dei valori.

3. L'argomento socio-economico: quando salute, economia e ambiente sembrano non andare nella stessa direzione

La sentenza con la quale la Corte di Giustizia condanna l'Italia per il superamento dei valori limite di concentrazione di particolato atmosferico nell'aria, come si è già visto, era attesa. La relativa procedura d'infrazione era stata, infatti, aperta ormai da svariati anni ed è stata, poi, seguita, da un secondo richiamo. Peraltro, è consueto che ogni inverno – con la sola (parziale) eccezione dei mesi del 2020 caratterizzati dal c.d. *lockdown*[17] – le soglie vengano superate in alcune specifiche zone del nostro Paese, tanto da costringere le autorità locali ad adottare provvedimenti per condizionare i comportamenti individuali e collettivi, con lo scopo di ridurre le emissioni nocive. L'esito della sentenza, sfavorevole per lo Stato italiano, dunque, non sorprende e, dal punto di vista della pronuncia e del rigore argomentativo che ha condotto i giudici di Lussemburgo a tali conclusioni, vi è poco da commentare.

Un punto che, tuttavia, merita interesse, come si è già anticipato, riguarda una delle argomentazioni portate dalla difesa italiana a giustificazione del superamento delle soglie e, di conseguenza, del mancato rispetto delle norme europee e che potrebbe essere sinteticamente rubricato come "argomento socio-economico". A ben vedere, sebbene in termini parzialmente differenti, una questione similare era stata sollevata, infruttuosamente, in precedenza anche dalla Polonia e dalla Bulgaria, nelle controversie che portarono ad analoghe condanne.

Nel 2017, la difesa bulgara aveva cercato di attirare l'attenzione dei giudici di Lussemburgo sull'oggettiva difficoltà di ridurre le emissioni inquinanti a causa del riscaldamento domestico e del trasporto stradale: «il legno e il carbone sarebbero utilizzati in modo ingente per il riscaldamento nel periodo invernale, a causa delle difficoltà economiche di una parte considerevole della popolazione bulgara»[18]. Nella sentenza dell'anno successivo, resa nei

[17] Cfr. quanto riportato nel dossier a cura del Sistema Nazionale per la Protezione dell'Ambiente, *Qualità dell'aria in Italia*, Edizione 2020, una cui sezione è dedicata a *Qualità dell'aria e lockdown* e riporta tutti i dati sulla concentrazione di sostanze inquinanti nell'aria, suddivise Regione per Regione. Il documento è disponibile all'indirizzo internet https://www.snpambiente.it/2020/12/01/la-qualita-dellaria-in-italia-edizione-2020/.

[18] C-488/15, *Commissione v. Bulgaria*, par. 64.

confronti della Polonia, si legge che questo secondo Stato avrebbe avanzato una simile argomentazione, sostenendo che «le misure correttive da adottare avrebbero conseguenze socio-economiche notevoli, segnatamente obbligando le popolazioni a utilizzare combustibili più costosi, il che avrebbe un impatto, in particolare, sulla loro salute. Parimenti, la precarietà della società polacca ostacolerebbe un ampio utilizzo delle fonti di energia rinnovabile»[19].

In entrambi i casi, la Corte rigettò – non senza una certa freddezza – tali motivi di difesa, poiché si tratta di difficoltà di carattere non eccezionale, che pertanto non possono essere invocate quali motivi di impossibilità di adempiere ad obiettivi assunti in sede europea. Nonostante la Corte di Giustizia possa apparire, a prima vista, forse un po' troppo severa nel "liquidare" tanto assertivamente un argomento che, in ogni caso, evidenzia un aspetto di debolezza dell'ordinamento che con difficoltà può essere superato, uno sguardo grandangolare sulla disciplina *de qua* può certamente giovare a leggere questi pronunciamenti della Corte in una prospettiva di lungo periodo.

Come si è già avuto modo di evidenziare, infatti, le norme europee sulla qualità dell'aria vanno ascritte non solamente agli interventi europei in materia ambientale, ma anche ad un serio e costante impegno delle istituzioni dell'Unione nella promozione della salute umana, da intendersi al di là della mera assistenza sanitaria. Su questa linea, come si è già avuto modo di ricordare in altra sede[20], vi è un novero di misure che l'Unione ha adottato nel corso degli ultimi anni che va nella direzione di ridurre i possibili fattori di rischio per la salute[21]. Ciò ha la finalità di anticipare, per quanto possibile, l'intervento sanitario strettamente inteso, cercando di lavorare sulla prevenzione di quanto possa danneggiare la salute umana e promuovendo, per esempio, stili di vita sani, attenzione all'alimentazione, la cura dell'ambiente, e così via[22].

[19] C-336/16, *Commissione v. Polonia*, par. 89.

[20] L. Busatta, *Le politiche europee per la qualità dell'aria*, cit.

[21] La linea di intervento dell'Unione denominata "salute in tutte le politiche" richiama quanto previsto dall'art. 168, co. 1, TFUE, secondo il quale «Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana».
Per una definizione più articolata si veda il Regolamento (Ue) N. 282/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2014 sulla istituzione del terzo programma d'azione dell'Unione in materia di salute (2014-2020) e che abroga la decisione n. 1350/2007/CE, il cui art. 3 (Obiettivi) prevede: «al fine di promuovere la salute, prevenire le malattie e incoraggiare ambienti favorevoli a stili di vita sani: individuare, diffondere e promuovere l'adozione di buone prassi basate su riscontri empirici per misure di promozione della salute e di prevenzione delle malattie efficaci sotto il profilo dei costi, affrontando in particolare i principali fattori di rischio legati agli stili di vita e incentrandosi particolarmente sul valore aggiunto dell'Unione». In argomento cfr. T.K. Hervey, J.V. McHale, *European Union Health Law*, Cambridge, 2015, p. 60. A. Alemanno, A. Garde, *The emergence of an EU lifestyle policy: the case of alcohol, tobacco and unhealthy diets*, in *Common Market Law Review*, 50, 2013, p. 1745; E. Ollila, *Health in All Policies: from rhetoric to action*, in *Scandinavian Journal of Public Health*, 39(6 Suppl), 2011, 11.

[22] Si tratta della promozione dei c.d. determinanti sociali della salute, sulla cui rilevanza costituzionale la dottrina è già intervenuta. Cfr. A. D'Aloia, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal*, 2014, n. 1, p. 87; S. Penasa, *La "salute in tutte le politiche": presupposti teorici e fondamento costituzionale. Il Trentino come laboratorio istituzionale*, in *Federalismi.it*, Osservatorio di diritto sanitario, 7 febbraio 2014, 6.

Gli interventi in materia ambientale, infatti, rivestono una duplice finalità. Da un lato si collocano entro il contesto qui descritto, puntando a ridurre la presenza di fattori inquinanti, potenzialmente nocivi per la salute umana, al fine di ridurre l'insorgenza di determinate patologie o, più in generale, di rendere l'ambiente più salubre. Dall'altro lato, poi, si qualificano come politiche per l'ecosistema in senso stretto, essendo finalizzate a eliminare le sostanze dannose per l'aria, per il suolo o per l'acqua, con uno sguardo al presente ma, soprattutto, con una significativa proiezione verso il futuro[23].

Intese in questa prospettiva, le norme europee per la qualità dell'aria assumono una valenza differente rispetto a quella che potrebbe trasparire soffermandosi sugli argomenti addotti, *mutatis mutandis*, dall'Italia, dalla Polonia e prima ancora dalla Bulgaria. Più segnatamente, quanto sostenuto dalla Repubblica italiana, con riguardo a questo profilo, si distingue in parte da quanto avanzato dagli altri due Stati. La difesa dell'Italia, come si è già anticipato, rileva infatti che le misure per la qualità dell'aria dovrebbero contemperare anche il «principio di equilibrio tra gli interessi pubblici e gli interessi privati»[24]. Con tale espressione ci si riferisce all'esigenza per cui le misure da adottare non possano essere «insostenibili sul piano sociale ed economico o tali da ledere valori fondamentali del diritto dell'Unione»[25]. Si tratta, essenzialmente, di una variazione sul tema rispetto a quanto già evidenziato – forse in termini più drammaticamente sociali che economici – da parte dei Paesi già condannati a Lussemburgo e che, però, lavora sottotraccia anche sul concomitante intreccio di finalità che il diritto europeo impone agli Stati membri di ottemperare. Ad avviso dell'Italia, in altre parole, non è possibile ridurre nei tempi richiesti le emissioni nocive poiché le misure che sarebbe necessario adottare sarebbero insostenibili sotto il profilo socio-economico e andrebbero, peraltro, a confliggere anche con la libertà di iniziativa economica e con le libertà fondamentali dei Trattati europei[26].

In altri termini, un tempestivo ottemperamento delle norme la cui violazione viene dedotta nella procedura di infrazione in commento richiederebbero non solo di imporre cambiamenti nei trasporti privati e nel riscaldamento domestico, ma dovrebbero coinvolgere anche l'intero sistema di trasporti della penisola e, in modo vieppiù significativo, la

[23] Si tratta di un dato ormai noto. A riguardo v. M. Cocconi, *Promozione europea delle energie rinnovabili e semplificazione*, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, nn. 1-2, p. 28, che ricorda come le politiche ambientali siano collegate al concetto di equità intergenerazionale.

[24] C-644/18, *Commissione v. Italia*, par 114.

[25] C-644/18, *Commissione v. Italia*, par. 115, che così continua: «[…] quali, ad esempio, la libertà di circolazione delle merci e delle persone, la libertà dell'iniziativa economica o il diritto ai servizi di pubblica utilità, come l'accesso al riscaldamento civile, quant'anche tali misure fossero le uniche potenzialmente idonee a consentire di raggiungere i valori limite entro i termini prescritti».

[26] Sebbene la sentenza non riporti ulteriori dettagli, è agevole intuire come il riferimento vada alla necessità di sostituire i mezzi di riscaldamento civile e di incentivare la sostituzione dei veicoli con carburanti ancora molto inquinanti. Come si evince da un dossier del Senato, relativo al secondo deferimento del nostro Paese dinanzi alla Corte di Giustizia, per la violazione delle norme sulla qualità dell'aria, però, le fonti di inquinamento atmosferico coinvolgono, oltre ai fattori già menzionati, anche i trasporti, l'industria e la produzione energetica. Senato, *Qualità dell'aria: l'Italia deferita alla Corte di Giustizia dell'Ue*, Dossier 2, giugno 2018.

produzione industriale. Non è, infatti, un caso che siano i territori del Nord (in particolar modo alcune province di Piemonte, Lombardia e Veneto) quelli maggiormente interessati dagli sforamenti che la Commissione addebita all'Italia[27].

La risposta della Corte, come già avvenuto nei precedenti citati, è piuttosto *tranchant*: richiamandosi a quanto affermato nei confronti della Polonia, i giudici di Lussemburgo osservano che «difficoltà strutturali, connesse alla sfida socio-economica e finanziaria dei vasti investimenti da realizzare» non rivestono carattere eccezionale. Ne segue che la difficoltà di realizzare le transizioni energetiche e climatiche necessarie non è un motivo valido a fornire una giustificazione per la mancata riduzione dei valori delle sostanze nocive nell'aria o per invocare termini più lunghi per rientrare entro le soglie stabilite a livello europeo[28].

Tale sviluppo argomentativo non può non richiamare, ancora una volta, le note tensioni generate dal difficile bilanciamento tra protezione della salute e tutela della libertà d'iniziativa economica e del diritto al lavoro che caratterizzano l'ormai annosa vicenda dello stabilimento Ilva di Taranto, su cui è stata più volte chiamata a pronunciarsi la nostra Corte costituzionale[29] e su cui è intervenuta, più recentemente, anche la Corte di Strasburgo nel caso *Cordella v. Italia*[30]. Quell'articolata saga giurisprudenziale, raffrontata alle questioni qui in commento, ci aiuta a rammentare come le difficoltà di carattere socio-economico, così come le ragioni della produzione industriale, non possano avere carattere assoluto, soprattutto nel caso in cui l'altro piatto della bilancia sia occupato da valori costituzionali del peso del diritto alla salute o della promozione di un ambiente salubre. Il bilanciamento di interessi, in altri termini, è la bussola che orienta l'intervento del legislatore, sia esso coinvolto nella disciplina di un caso molto specifico ma altrettanto determinante per l'economia nazionale (come il caso Ilva) sia quando si tratti di stabilire i piani per assicurare il rientro nei valori soglia delle emissioni stabiliti nel diritto europeo.

Nei termini di tale bilanciamento – e il caso qui in commento lo conferma – deve anche rientrare la previsione di una «infrastruttura procedurale»[31] che consenta di ristabilire

[27] Vedasi il paragrafo 1 della sentenza in commento. Ai territori citati si aggiungono alcune porzioni del territorio italiano caratterizzate da fitti insediamenti urbani o produttivi, quali Roma, Napoli e Caserta, l'area industriale pugliese e la conca ternana.

[28] C-644/18, *Commissione v. Italia*, paragrafi 150-155.

[29] Il riferimento è alle note pronunce della Corte costituzionale n. 85 del 2013 e n. 58 del 2018, in commento alle quali cfr., *inter multis*, M. Boni, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e "ragionevole" compressione dei diritti. brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, in *Federalismi.it*, 2014, n. 3, pp. 15 ss.; R. Bin, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Giurisprudenza costituzionale*,2013, n. 3, pp. 1505 ss.; D. Servetti, *Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull'Ilva di Taranto*, in *Corti Supreme e Salute*, 2018, n. 2, pp. 193 ss.

[30] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Cordella v. Italia*, ric. nn. 54414/13 e 54264/15, 24 gennaio 2019, ove i giudici di Strasburgo rilevarono che gli interessi da tutelare, ossia la salvaguardia dell'economia e della produttività, da un lato, e la salute dei cittadini, dall'altro, non erano stati correttamente bilanciati dallo Stato, determinando così la violazione dell'art. 8 Cedu.

[31] D. Servetti, *Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute*, cit., p. 201.

tempestivamente l'ordine dei fattori e di rientrare entro i parametri che – potremmo dire – consentono di considerare soddisfatto il contemperamento tra le esigenze della produzione, della circolazione, della libertà privata con quelli della salute e dell'ambiente. Il fattore temporale, cui secondo la Corte di Giustizia bisogna dare rilevanza, assume quindi la duplice veste di tempestività e di proiezione verso il futuro. Quanto al primo, l'urgenza è determinata dalla lettera stessa delle norme europee che, come si è visto *supra*, impone che i piani per la qualità dell'aria siano volti a stabilire «misure appropriate affinché il periodo di superamento sia il più breve possibile»[32]. La seconda dimensione temporale, invece, incide sul futuro, come è nella natura degli interventi richiesti per la qualità dell'aria, che servono a costruire un ambiente progressivamente più pulito.

In altre parole, i giudici di Lussemburgo ci ricordano che non esiste solamente la contingenza presente delle esigenze socio-economiche *attuali* della popolazione, ma che l'urgenza di ridurre le emissioni rappresenta un investimento non solo per il presente, *ma anche* per il futuro.

Se guardati in una prospettiva diacronica, tutti questi valori non appaiono tra loro in conflitto, ma sembrano piuttosto elementi di un medesimo ingranaggio, che un futuro sostenibile, sotto il profilo dell'ambiente, della salute e della produzione integrerà secondo logiche forse in parte dissimili a quelle che li governano oggi. Come attenta dottrina ha già evidenziato, infatti, la transizione ecologica del sistema economico e produttivo è «inevitabilmente destinata ad avere dei costi sociali significativi»[33], poiché «non potrà mancare di valutare attentamente anche la dimensione sociale della transizione, soprattutto in termini di equa distribuzione dei costi e dei benefici imposti alle parti sociali (lavoratori, imprese, consumatori), non solo in una prospettiva intergenerazionale, ma anche in una dimensione infra-generazionale»[34].

Se, dunque, oggi gli sforzi richiesti per adeguarsi ai parametri concordati in Europa appaiono come investimenti onerosi, in parte forzati e certamente imposti, rispetto alle logiche di una produzione economica privata esclusivamente rivolta all'utile, in una prospettiva di medio-lungo termine, la lettura che se ne può dare può apparire differente. Contribuendo a ridurre le fonti inquinanti e ammodernando le fonti produttive, i trasporti e i sistemi di riscaldamento, è possibile collettivamente cooperare per un miglioramento generale della qualità di vita delle persone e dell'ambiente in cui tutti viviamo. Ciò, in linea con le tesi di chi promuove l'azione pubblica sui determinanti sociali della salute, può aiutare a innalzare il livello medio di salute della popolazione, con un beneficio generale anche per i sistemi sanitari e, di conseguenza, per l'economia pubblica[35].

---

[32] Art. 23, par. 1, direttiva 2008/50/CE.

[33] A. Moliterni, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, n. 2, p. 66.

[34] *Ibidem*.

[35] Cfr., per tutti, M. Marmot, R. Wilkinson, *Social Determinants of Health*, II ed., Oxford, 2005.

4. Quali prospettive future, nel solco della solidarietà?

Prendendo ancora una volta spunto dagli argomenti addotti dall'Italia a propria difesa, rimane un ultimo ordine di considerazioni da sviluppare, calando la sentenza e le sue implicazioni nel contesto pandemico attuale e nelle sfide che la "ricostruzione" riserverà a tutti i decisori pubblici.

Al fine di proporre una causa di giustificazione al mancato rispetto dei valori soglia della presenza di particolato atmosferico, la difesa italiana sosteneva non solo che, rispetto ad alcune fonti inquinanti la competenza regolatoria spetterebbe all'Unione, ma soprattutto che la condotta inadempiente non sarebbe completamente addebitabile alle autorità statali per una sorta di interruzione del nesso causale. Ad avviso della Repubblica italiana, infatti, l'infrazione sarebbe addebitabile anche a fattori esterni, «non dominabili dalle autorità nazionali» e da «condotte di soggetti terzi idonee ad influire sul perseguimento degli obiettivi di tutela sottesi alle previsioni normative asseritamente violate» (par. 41 e 42). Essenzialmente, vi sarebbero da un lato zone della penisola nelle quali la dispersione dei fattori inquinanti risulterebbe più difficoltosa a motivo della conformazione orografica del territorio[36] e, comunque, sarebbe in parte ravvisabile anche una responsabilità delle istituzioni europee stesse, segnatamente per le politiche in materia di biomasse e di emissioni inquinanti.

Al di là della speciosità di tale argomento, agevolmente confutabile dalla Commissione e, altrettanto, irricevibile per la Corte di Giustizia, ciò che sollecita una riflessione riguarda la tendenza a cercare di individuare altri responsabili per azioni od omissioni in riferimento alle quali tutti gli Stati membri si sono egualmente impegnati in Europa e che, comunque, sono finalizzate al raggiungimento di un oggettivo vantaggio collettivo, al netto degli investimenti richiesti per raggiungere tale obiettivo.

Il principio di responsabilità, sia nel circoscritto contesto delle politiche per la qualità dell'aria di cui stiamo trattando, sia nei più ampi termini delle politiche ambientali, rappresenta la chiave di volta per il funzionamento di *ogni* tipologia di decisione pubblica: qualunque sia il vincolo o l'obiettivo imposto per legge, in altre parole, il raggiungimento dei risultati prefissati non può che dipendere dal senso di responsabilità con cui le istituzioni statali e locali si approcciano alle misure da prendere e le rendono effettive[37]. Considerato in un contesto più ampio, e al di là, quindi, delle specificità tecnico-scientifiche e socio-

[36] L'argomento viene facilmente confutato dalla Corte di Giustizia, che sottolinea che proprio l'obbligo di predisporre i piani per la qualità dell'aria prevede che essi debbano essere fatti in funzione della conformazione del territorio nel quale andranno a trovare applicazione. Si tratta, infatti di «fattori che devono essere presi in considerazione nel contesto dei piani per la qualità dell'aria» che lo Stato deve elaborare al fine di rientrare entro i parametri stabili dalle norme europee. C-644/18, *Commissione v. Italia*, par. 89.

[37] A tale proposito, A. Moliterni, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, cit., p. 68 fa riferimento ad un «disallineamento» tra la dimensione nazionale e quella sovranazionale che potrebbe anche rivelarsi «incapace di assicurare una risposta realmente efficace, stabile e duratura alla crisi dell'attuale modello di sviluppo».

economiche delle politiche ambientali, il principio di responsabilità si lega strettamente al concetto di solidarietà su cui di fonda l'Unione Europea. Come è stato efficace osservato in riferimento alle rivoluzioni che l'emergenza epidemiologica sta imponendo a tutti gli ordinamenti, «[è] evidente, pertanto, come l'azione solidale debba trascendere gli interessi individuali (o più esattamente: gli individualismi) dei singoli paesi appartenenti all'Unione aprendosi ad un impegno attivo e responsabile verso gli altri in vista della superiore finalità del 'bene comune'»[38].

Detto in altri termini, ciò che traspare dietro al motivo di difesa dell'Italia di cui si è dato conto parrebbe essere una sorta di disconoscimento del valore collettivo delle misure da adottare e il malcelato timore di non condividere la medesima responsabilità con altri. La recente storia europea, da questo punto di vista, offre significativi esempi delle tensioni che un fattore di crisi può imprimere sulla stabilità del concetto di solidarietà intra-europeo. Si pensi, a riguardo, alla nota pronuncia della Corte di Giustizia nei confronti della Repubblica slovacca e dell'Ungheria in tema di ricollocazione dei migranti[39]. Come forse si ricorderà, i giudici di Lussemburgo rimarcarono strenuamente che, nell'ambito della crisi migratoria con cui l'UE si stava misurando e alla luce della necessità di sgravare due Stati da un numero tanto ingente di migranti da aver messo in seria difficoltà le relative procedure di accoglienza e di identificazione, «la determinazione dello Stato membro di ricollocazione deve essere fondata su criteri connessi alla solidarietà e all'equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri»[40]. Il riferimento normativo, in materia di immigrazione, va individuato nell'art. 80 TFUE, che richiama proprio il «principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri» quali elementi che «governano» le politiche dell'Unione in tale ambito.

Sebbene il tema migratorio e del controllo dei confini sia profondamente differente rispetto a quello concernente le politiche europee per la qualità dell'aria, quanto meno sotto il profilo delle competenze dell'Unione e degli interessi da bilanciare, l'intreccio tra solidarietà e responsabilità rappresenta un significativo punto di contatto. Questi principi, se letti nell'attuale contesto della necessità della ripresa post-pandemica, poi, si rivelano i veri fili rossi che tengono uniti i differenti canali di intervento sui quali tutti gli Stati membri saranno chiamati a elaborare le proprie riforme. Come è noto, accanto a ricerca e tecnologia,

[38] F. Capriglione, *Covid-19. Quale solidarietà, quale coesione nell'UE? Incognite e timori*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 2020, n. 2, p. 178.

[39] Corte di Giustizia UE, Cause riunite C-643/15 e C-647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria v. Consiglio*, 6 settembre 2017, ECLI:EU:C:2017:631. In commento alla sentenza v. S. Penasa, *La relocation delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e … inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *DPCE Online*, 3, 2017, 735, secondo il quale, tuttavia, il richiamo al principio di solidarietà «sembra però assumere un rilievo sostanzialmente accessorio rispetto alla linea argomentativa principale, quando non meramente simbolico». Più ottimista sul richiamo al principio di solidarietà all'interno della sentenza sembra invece A. Rizzo, *Ricollocazione infracomunitaria e principio di solidarietà: un nuovo paradigma per le politiche d'asilo dell'Unione*, in *La Comunità internazionale*, 2017, p. 397.

[40] C-643/15 e C-647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria v. Consiglio*, par. 329.

salute e sanità, la transizione ambientale e digitale dell'Unione Europea è uno dei canali principali del pacchetto europeo per la ripresa (c.d. Next Generation EU)[41].
In linea con le osservazioni che si sono già anticipate, le misure senza precedenti adottate dall'UE, così come, in piccolo, le già analizzate norme sulla qualità dell'aria hanno lo scopo di migliorare le condizioni attuali, ma intervengono anche e soprattutto per consegnare a chi verrà dopo di noi un futuro più sostenibile, più ecologico e un ambiente più pulito. Le difficoltà con cui il diritto, tanto quello nazionale quanto quello sovranazionale, si misura riguardano, da un lato, un tema classico per il costituzionalismo, ossia la capacità di condizionare, per mezzo del diritto, i comportamenti individuali e le dinamiche economiche, a diversi livelli, per il raggiungimento di una finalità di interesse generale che, naturalmente, deve essere in partenza condivisa, come decisione di natura politica[42].
Dall'altro lato, il richiamo alla responsabilità proietta le questioni qui trattate nella prospettiva diacronica cui si è già fatto cenno. Se, da quest'ultimo punto di vista, la dimensione intergenerazionale può prestare il fianco alle critiche sollevate da coloro che sostengono che il diritto non se ne possa validamente occupare poiché i destinatari di tali decisioni, in effetti, ancora non esistono[43], dall'altro lato si può semplicemente osservare che «le generazioni presenti hanno un dovere costituzionale (e una serie di obblighi specifici) di non alterare irreversibilmente le condizioni essenziali della qualità della vita e dell'equilibrio naturale e ambientale delle generazioni future»[44].
I diritti delle generazioni che verranno, in altre parole, altro non sono che i nostri doveri costituzionali nel presente; nella specificità del contesto delle politiche per la qualità dell'aria, essi si traducono nella responsabilità condivisa volta alla riduzione dei fattori nocivi, per un ambiente più pulito non solo nel presente, ma anche nel futuro.

[41] Piano per la ripresa dell'Europea, disponibile all'indirizzo internet https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_it.

[42] Per tutti si veda M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, n. 4, p. 1643. Con specifico riguardo ai diritti delle generazioni future cfr. R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, *passim*.

[43] Ne tratta diffusamente A. D'Aloia, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, 2016, pp. 331 ss.

[44] A. D'Aloia, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, cit., p. 374.

Le fonti del diritto alla prova della pandemia

I contributi pubblicati nella sezione “Saggi” di questo fascicolo costituiscono il frutto della ricerca sul tema promossa attraverso il XVIII Convegno nazionale di diritto sanitario.
Il Convegno, aperto da un messaggio del Presidente della Repubblica, si è tenuto il 16 e il 17 ottobre 2020 ad Alessandria, organizzato dalla Società italiana di diritto sanitario (SoDiS), in collaborazione con il Centro d’eccellenza interdipartimentale per il management sanitario (CEIMS) dell'Università del Piemonte Orientale.

Pandemia e sistema delle fonti a livello statale.

Qualche riflessione di ordine sistematico

Paolo Carnevale**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La dichiarazione dello stato emergenziale e lo strumentario normativo a disposizione. – 3. Dal codice della protezione civile alla diade "decreto-legge – dPCm". – 4. Effetto di deroga-sospensione della Costituzione o macro-bilanciamento fra beni costituzionalmente garantiti? – 5. Il decreto-legge come fonte esclusiva delle misure di contenimento della pandemia: le non irresistibili ragioni. – 6. Segue: le distorsioni. – 7. Una rapida conclusione.

1. Introduzione

Si può ben dire che la questione del rapporto fra emergenza pandemica e sistema delle fonti del diritto s'è posta al centro dell'attenzione di molti degli interventi che, in varia forma, han visto protagonisti nei mesi trascorsi i giuristi, specie di area costituzionalistica, alle prese con l'analisi della gestione dell'emergenza medesima. Una sorta di buco della serratura, di punto di vista privilegiato da cui guardare per decifrare il complessivo fenomeno reattivo che essa ha prodotto nel nostro ordinamento. Lo stesso Convegno di oggi ne è una chiara dimostrazione.

Molte le riflessioni svolte e le indagini compiute, così come assai divaricati gli esiti cui si è pervenuti, ora abbracciando logiche e prospettazioni assai critiche (e talora persino drammatizzanti) sullo strumentario normativo utilizzato, ora invece proponendo letture più normalizzatrici di un processo produttivo pur assai cospicuo e tumultuoso (come, del

---

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Roma Tre, paolo.carnevale@uniroma3.it.

ISSN 2611-8882

resto, cospicuo e tumultuoso il fenomeno pandemico si è tragicamente mostrato e continua, ancor oggi, a mostrarsi), ora infine secondando indirizzi, per dir così, misti[1].
L'ambizione di questo mio intervento non è – lo dico subito – riproporre un'analisi sul campo, magari aggiornata all'attualità, o ripercorrere in sé l'evoluzione delle opzioni, in termini di modalità o di mezzi, compiute dal normatore in questo ultimo anno. Altri lo hanno già fatto ed io mi limiterò semmai ad appoggiarmi a quelle che mi paiono le analisi più convincenti.
Quella che invece intendo qui avanzare è una riflessione di tipo sistemico, sulla scelta strategica di prevedere un impianto normativo *ad hoc* per la gestione dell'emergenza pandemica e sulle ragioni che l'hanno sorretta, piuttosto che sulle coerenze mostrate dalla prassi normativa di questi mesi. Non tanto (quantomeno direttamente) una indagine sulla tenuta (o sui limiti di tenuta) del sistema creato, quanto sulle sue ragioni fondative.
Per far questo ritengo che non si possa prescindere da una valutazione della particolare natura che va, a mio avviso, riconosciuta alla situazione emergenziale fronteggiata.

2. La dichiarazione dello stato emergenziale e lo strumentario normativo a disposizione

Parto, a questo proposito, da una premessa di carattere generale.
Credo che vi sia un nesso, un rapporto abbastanza stretto fra giuridica certificazione o non certificazione dell'emergenza – ancorché in questa seconda ipotesi la situazione emergenziale possa essere, per usare una formula in uso fra gli studiosi della giurisprudenza costituzionale, accertata ma non dichiarata – e strumentario normativo utilizzato per la sua gestione.
Rammento, a questo riguardo, una notazione contenuta nel volume di Giuseppe de Vergottini su *Guerra e Costituzione*, scritto a valle dei tragici fatti dell'11 settembre del 2001, secondo cui negli ordinamenti dello Stato costituzionale si registra una «tendenziale ostilità a formalizzare i regimi di emergenza in caso di situazioni di pericolo di guerra o di criticità per la comunità nazionale, quali quelle che negli anni recenti sono state causate dal terrorismo interno ed internazionale [la quale] induce ad evitare di deliberare e dichiarare formalmente uno "stato"», anche ove si tratti di "stati" espressamente previsti[2]. Scelta poi,

[1] Di contrapposti orientamenti della dottrina parla, di recente, R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consultaonline*, 2020, n. 3, p. 6. Per un richiamo alla diversità di opzioni abbracciate dagli studiosi v., fra i tanti, A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consultaonline*, 2020, n. 1, p. 210, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *RivistaAic*, 2/2020, 110, U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatoriosullefonti*, 2020, n. spec., pp. 300 ss.

[2] G. de Vergottini, *Guerra e Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 210 ed *ivi* ampi riferimenti.

per quanto qui più direttamente rileva, che comportò il mancato impiego di strumenti normativi *extra ordinem* per la gestione della drammatica congiuntura.
È quanto, d'altronde, da noi già accaduto qualche decennio prima, all'epoca della c.d. lotta al terrorismo interno delle "Brigate rosse". Si trattò, infatti, anche in quel caso di un'emergenza di fatto, non espressamente dichiarata, ma accertata dall'interprete. Viene a ciascuno in mente, a questo proposito, la famosa sentenza n. 15 del 1982 della Corte costituzionale, in cui il nostro giudice delle leggi, proprio evocando l'emergenza in atto[3], fa salva la legittimità costituzionale della disciplina *ex* art. 10 del d.l. 625 del 1979 sul prolungamento oltre misura dei limiti temporali della carcerazione preventiva[4]. Ebbene anche quella emergenza fu affrontata attraverso lo strumento, da noi tanto straordinario quanto ordinario, del decreto-legge, senza ad ogni modo ricorrere a forme normative *extra-ordinem*. E questo pur dovendo recare contenuti normativi, per dir così, *extra-ordinem*, cui quella stessa giurisprudenza, in nome dell'emergenza, offrì, sì, una legittimazione, ma precaria e circoscritta nel tempo in quanto «l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo»[5].
Si è parlato, a riguardo, di un ricorso a "tecniche sostitutive" di strumenti atipici e *ad hoc* ad opera degli ordinari mezzi di produzione normativa[6], ispirate ad una finalità di sdrammatizzazione e neutralizzazione, da un verso, e da un intento di sottrarsi a canoni valutativi più stringenti, dall'altro[7].
D'altra parte, una certa qual resistenza all'attingere a dichiarazioni di stato emergenziale, quantomeno su scala nazionale, è testimoniata anche dalla tendenza a non ricorrere alla declaratoria di stato di guerra *ex* art. 78 della Costituzione in tutte le ipotesi di conflitto armato in cui il nostro paese è stato coinvolto a partire dall'inizio degli anni novanta dello scorso secolo, preferendo una gestione formalmente ordinaria della straordinarietà anche quando, dopo i fatti dell'11 settembre 2001, l'evento bellico ha cessato di collocarsi spazialmente in un *altrove* localizzato ed ha assunto i contorni del conflitto delocalizzato in un potenziale *ovunque*[8].

---

[3] È necessario «ammettere che un ordinamento, nel quale il terrorismo semina morte – anche mediante lo spietato assassinio di "ostaggi" innocenti – e distruzioni, determinando insicurezza e, quindi, l'esigenza di affidare la salvezza della vita e dei beni a scorte armate ed a polizia privata, versa in uno stato di emergenza» (punto 6 del *cons. in dir.*)

[4] Rammenta la decisione proprio con riguardo alla congiuntura pandemica in atto, A. Celotto, Necessitas non habet legem. *Prime riflessioni sulla gestione costituzionale dell'emergenza coronavirus*, Modena, Mucchi, 2020, p. 7.

[5] Corte cost., sent. 15, cit., punto 7 del *cons. in dir.*

[6] Per un'ampia disamina v., ad esempio, V. Angiolini, *Necessità ed emergenze nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986, pp. 236 ss.

[7] Cfr. P.G. Grasso, S. Illari, *Questioni di teoria generale del diritto pubblico nelle disposizioni in materia di terrorismo*, in *Il politico*, 2007, p. 109.

[8] Sia consentito qui il richiamo a P. Carnevale, *La Costituzione va alla guerra?*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pp. 59 ss.

Insomma, in questi casi la straordinarietà delle misure adottate e l'eventuale carattere derogatorio rispetto ai precetti costituzionali interessa quindi il *contenuto* del disporre e non la sua *forma*.

Laddove, per contro, sia prevista nell'ordinamento una dichiarazione di stato emergenziale e vi si attinga, ciò normalmente si accompagna alla possibilità di ricorrere, fra le altre cose, a strumenti normativi *ad hoc*, di natura straordinaria e non necessariamente neppure tipizzati. In sostanza, si palesano fonti *extra-ordinem*. Si riconduce così forma a sostanza, ricollocando entrambe sotto la comune insegna della eccezionalità.

È il caso, nel nostro ordinamento, innanzitutto della disciplina costituzionale in tema di emergenza bellica e, segnatamente, della previsione dell'art. 78, là ove dispone che le Camere, deliberando lo stato di guerra, possano al contempo conferire al Governo i «poteri necessari» per fare fronte alla gestione dell'emergenza. Poteri la cui straordinarietà rispetto al quadro costituzionale è generalmente ammessa e riconosciuta, sia sul piano della forma degli atti che nella disponibilità dei contenuti, come del resto testimonia *quodammodo* la previsione già direttamente in Costituzione di taluni effetti potenzialmente conseguenti alla dichiarazione dello stato di guerra, ai sensi degli art. 60, 101 e 103 Cost. (ed un tempo, ancor più significativamente, 27 u.c.).

Ma pure un'analoga simmetria si registra nel c.d. sistema di protezione civile originariamente tratteggiato nella legge istitutiva del Servizio nazionale di Protezione civile del 1992 ed oggi ricollocato nel codice omonimo del 2018. Anche lì, infatti, riscontriamo, per quanto qui più direttamente rileva, la previsione di uno stato di emergenza nazionale da deliberarsi da parte del «Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, formulata anche su richiesta del Presidente della Regione o Provincia autonoma interessata», con la definizione della durata e della «estensione territoriale con riferimento alla natura e alla qualità degli eventi» (art. 24 d. lgs. 1/2018). Con quella deliberazione si «autorizza l'emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui all'articolo 25» (*ivi*). Si tratta dell'attivazione del potere di adottare provvedimenti *extra-ordinem* contenenti misure «in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea» (art. 25)[9].

Se ne potrebbe concludere che, ove la situazione emergenziale si emancipi dalla dimensione fattuale-fenomenica e acceda alla determinazione certificante del diritto, per la sua gestione si tenda, da parte dell'ordinamento, a prediligere il ricorso alla straordinarietà delle forme di produzione normativa, inducendo così *sul piano sistematico* un duplice

[9] Una riflessione sul sistema delle fonti di protezione civile in relazione alla gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 può leggersi in A. Cardone, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile* contro *le battaglie di retroguardia*, in *Osservatoriosullefonti*, 2020, n. spec., p. 313.

effetto derogatorio: alle norme sostantive, ancorché formalmente sovraordinate, e alle norme sulla produzione predisposte per la (fisiologica) riproduzione del diritto oggettivo. L'eccezione per far fronte all'eccezione – potremmo dire – "raddoppia".

3. Dal codice della protezione civile alla diade "decreto-legge – dPCm"

S'è parlato poc'anzi del codice della protezione civile e del sistema lì tracciato quanto alla gestione delle emergenze di scala nazionale. È necessario che ci si soffermi su di esso perché proprio nel suo solco sembrava in principio collocarsi la gestione della emergenza pandemica da Covid-19 scoppiata all'inizio dello scorso anno.

Prova ne sia che l'atto originativo[10] va individuato nella proclamazione dello stato di emergenza, compiuta dal Governo, ai sensi della previsione dell'art. 24 del codice della Protezione civile, con deliberazione del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, in cui si dichiara, per l'appunto, "lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili".

A seguire, a stretto ridosso, si registra poi l'adozione di alcune ordinanze emanate dal Capo Dipartimento della Protezione civile, in ottemperanza a quanto specificamente previsto dalla deliberazione dello stato di emergenza, giusta peraltro la statuizione dell'art. 25 d.lgs. n. 1 del 2018, secondo cui, per «il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale si provvede mediante ordinanze di protezione civile, da adottarsi in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea». Fra queste ordinanze, vale segnalare la prima, del 3 febbraio, con la quale viene, tra le altre cose, istituito quel Comitato tecnico-scientifico, i cui pareri tanta influenza avranno nell'adozione delle scelte normative operate lungo tutto l'arco della gestione della pandemia.

Non mancano, invero, anche ordinanze adottate dal Ministro della salute, ai sensi della previsione dell'art. 32 della legge istitutiva del Servizio sanitario, che quindi si muovono al di fuori dell'orizzonte del codice della protezione civile, quasi ad immaginare almeno *ab initio* una gestione dell'emergenza compiuta attraverso un duplice e parallelo potere di ordinanza, col conseguente rischio di qualche sovrapposizione e pur anche di vere e proprie ibridazioni[11].

[10] Di «giorno 1 dello *stress* del nostro sistema delle fonti» all'origine della «"catena normativa" che ha retto e regge gran parte della vita pubblica e privata del nostro Paese» parla M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 109.

[11] Esempi, a riguardo, in A. Cardone, *Il baratro della necessità*, cit., *p.* 322.

Sennonché, con l'aggravarsi della crisi pandemica matura il convincimento di un radicale cambio di strategia, orientandosi l'azione del Governo a privilegiare un diverso strumentario normativo, puntando decisamente sulla diade decreto-legge – decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (dPCm). Quel che è dato da rilevare, a questo punto, è il brusco allontanamento, anzi una vera e propria fuoriuscita dal sistema del codice della protezione civile, segnato non solo dall'entrata in scena del decreto-legge (e della legge di conversione), ma anche di un atto, quale il dPCm, che pur espressivo nella sostanza di un potere d'ordinanza del Presidente del Consiglio, non sembra in alcun modo riconducibile, né da un punto di vista formale, né sotto un profilo funzionale, a quello previsto dal codice stesso[12].

Basti qui osservare che, se è vero che anche il potere di ordinanza di protezione civile è, ai sensi dell'art. 25 d.lgs. n. 1 del 2018, imputato al Presidente del Consiglio dei ministri, questi però lo esercita, come anche precisato nella deliberazione dello stato di emergenza, non in via diretta ma attraverso le ordinanze emanate dal Capo Dipartimento della protezione civile. Con i dPCm ci troviamo invece dinanzi a provvedimenti adottati direttamente dal Presidente del Consiglio.

Nondimeno, è sicuramente nei decreti-legge e non nel codice che trova disciplina l'*iter* procedimentale di formazione del dPCm-ordinanza, ne sono definiti i rapporti con le altre misure urgenziali adottate da altri soggetti e l'area di intervento dei provvedimenti del Presidente del Consiglio[13], la cui portata risulta largamente eccedente gli scopi limitati entro cui è ordinato il potere di ordinanza a mente della delibera dichiarativa dello stato di emergenza[14].

Senza poi dire dell'assenza dai preamboli dei dPCm di qualsivoglia riferimento alla deliberazione sullo stato di emergenza, che pure appare sostanzialmente ignorata, ai nostri fini, anche nel decreto-legge istitutivo del nuovo sistema di gestione normativa della pandemia, nel quale fa il suo esordio la figura del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (*i.e.* d.l. n. 6 del 2020).

D'altronde, sul piano più squisitamente funzionale i dPCm sono *esplicitamente* chiamati a svolgere un compito attuativo della disciplina posta dagli atti di decretazione d'urgenza,

[12] Sul punto v. R. Romboli, *L'incidenza della pandemia*, cit., p. 524. Di diverso avviso M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 123.

[13] Cfr. U. De Siervo, *Emergenza e sistema delle fonti*, cit., p. 304 e G. Mobilio, *La decretazione d'urgenza*, cit., pp. 357 ss.

[14] Quest'ultima infatti si riferiva specificamente ai punti *a)* e *b)* dell'art. 25, comma 2, d.lgs. 1 del 2018, cioè a dire alla «organizzazione ed all'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'evento; nonché al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, alle attività di gestione dei rifiuti, delle macerie, del materiale vegetale o alluvionale o delle terre e rocce da scavo prodotti dagli eventi e alle misure volte a garantire la continuità amministrativa nei comuni e territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea».
Sulla insufficienza di un simile impianto che presuppone «calamità od altri eventi comunque già verificatasi, anziché un'epidemia da prevenire» v., ad esempio, fra i primi C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Rivista di diritti comparati*, 2020, n. 2, p. 49.

così da delinearsi fra provvedimenti collegiali del Governo e provvedimenti monocratici del Presidente un nesso di esclusiva intercessione operativa che pare recidere del tutto qualsiasi relazione fra questi ultimi ed il sistema della protezione civile[15]. Non solo, va forse sottolineato anche il fatto che una simile relazione funzionale pare in buona misura assorbire in sé la tradizionale portata derogatoria del potere di ordinanza che, in forza del nesso attuativo delle previsioni del decreto-legge, finisce per rifluire, anzi meglio per risalire a quest'ultimo[16].

4. Effetto di deroga-sospensione della Costituzione o macro-bilanciamento fra beni costituzionalmente garantiti?

Quanto osservato da ultimo proietta il discorso sul piano, assai delicato, degli effetti delle misure adottate dalla diade decreto-legge – dPCm.

È innanzi agli occhi di tutti, infatti, l'ampiezza, la capillarità e la profondità delle limitazioni introdotte e l'impatto generalizzato sull'esercizio di buona parte dei diritti costituzionalmente tutelati, ben al di là di quelle consentite dalla Costituzione per ragioni di sanità e di sicurezza pubblica, con riguardo, ad esempio, alla libertà di circolazione, riunione ed iniziativa economica privata. La compressione non ha risparmiato quasi nessuna delle libertà individuali e collettive o dei diritti sociali previsti in Costituzione[17]. Neppure il diritto di voto *ex* art. 48 Cost. ne è rimasto indenne, colpito com'è stato dai provvedimenti che hanno procrastinato di diversi mesi appuntamenti elettorali, sia su scala nazionale che territoriale, frustrando il principio di responsabilità politica dei rappresentanti che si connette direttamente a quello democratico[18].

S'è parlato, in proposito e con varia accentuazione, di deroga o sospensione della Costituzione, ora ascrivendone la responsabilità direttamente ai dPCm, sottolineando l'inaccettabilità della torsione subita dal sistema costituzionale, ora invece facendola risalire ai decreti-legge, magari rispolverando le teoriche sulla forza costituzionale dell'atto decreti-

[15] Sottolinea l'esigenza per cui la fuoriuscita dal sistema delle fonti di protezione civile, una volta deliberato lo stato di emergenza, avrebbe richiesto una revoca esplicita «o, per lo meno, la specifica motivazione, nei preamboli dei decreti-legge che pretendono di inaugurare una prassi alternativa per la medesima emergenza, delle ragioni giuridiche e fattuali della deroga apportata alla gestione codicistica» A. Cardone, *Il baratro della necessità*, cit., p. 345, alludendo tuttavia ad un problema di natura teorica e significativa valenza pratica circa la figura della deroga, per i cui contorni generali mi sia consentito rinviare a P. Carnevale, *Art. 138 fra deroghe e applicazioni*, in *Osservatoriosullefonti*, 2018, n. 2, pp. 3 ss.

[16] U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti*, cit., p. 304.

[17] Lo sottolinea, fra i tanti, a fronte di una possibile lettura eccessivamente «consolatoria o artificiosamente riduttiva di quanto hanno operato i pubblici poteri a tutela del contenimento e della lotta alla pandemia», U. De Siervo, *Emergenza Covid*, cit., p. 302.

[18] Sul punto v. l'attento studio di G. Tarli Barbieri, *Il rinvio delle elezioni in tempo di Coronavirus nell'ottica delle fonti del diritto*, in *Osservatoriosullefonti*, 2020, n. 2, p. 966.

zio del Governo ovvero sulla cedevolezza delle previsioni costituzionali sotto la pressione del fatto emergenziale[19].

A me pare che ad una comprensione e sistemazione della situazione generatasi possa giungersi – come detto in principio – partendo da una messa a fuoco della natura specifica dell'emergenza pandemica in corso: dalla risposta all'interrogativo su quale *species* del *genus* essa incarni potendosi ricavare elementi utili a meglio definire la questione che qui ci occupa.

A tale proposito, si può osservare, in modo necessariamente schematico come l'economia di questo scritto impone di fare, che per l'ordinamento giuridico la situazione emergenziale si configura modellata dal conflitto fatto *vs*. diritto, ove – specie per quelle di larga scala – il fatto va identificato nella situazione-evento alla quale si riconosce portata o capacità scardinante l'ordinata convivenza civile e quindi lo stesso assetto complessivo del sistema, cui il diritto può rispondere imponendo, a fini essenzialmente conservativi, una torsione di impronta derogatoria alla dinamica ed al complessivo apparato ordinamentale, che parzialmente, proporzionalmente e temporaneamente ne sfigura il profilo, di modo da respingere il pericolo eversivo, per poi aspirare a tornare alla ordinarietà. Così, per esemplificare, nell'emergenza bellica, come in quella terroristica interna ed internazionale, per stare alla nostra storia degli ultimi decenni.

Ebbene, nel caso che ci interessa non credo che le cose stiano in questi stessi termini.

Non che manchi nella specie il fatto eversivo. Esso è chiaramente identificabile nell'aggressiva pandemia che da un anno assale l'intero globo. Solo che si tratta di un evento-situazione che, piuttosto che presentarsi in sé come sovversivo dell'ordinamento in quanto tale, mette direttamente a repentaglio un bene di assoluto pregio costituzionale, qual è la salute, individuale e collettiva, oggetto della specifica tutela *ex* art. 32. Ed è – si badi bene – *proprio la salvaguardia di questo bene fondamentale ad aver imposto e ad imporre l'adozione di più o meno drastiche misure di compressione degli altri diritti costituzionali*, del meccanismo di produzione normativa, delle dinamiche proprie della forma di governo, cioè in buona misura del sistema ordinamentale nel suo complesso.

Insomma, quello che voglio qui affermare è che la relazione conflittuale fatto *vs* diritto si articola, nel nostro caso, nel *trilaterale* nesso fatto *vs* diritto *vs* diritto e, per quel che qui ora interessa, si riduce nel legame diritto *vs* diritto, ove il primo termine si identifica nel diritto alla salute e nel secondo si colloca la metamorfosi sistemica che la salvaguardia del primo richiede. È un conflitto fortemente innestato, anzi introiettato nell'alveo del diritto: è *giuridicamente intestino*[20].

[19] V., a riguardo, il richiamo contenuto in G. Mobilio, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze: l'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge ed altre fonti*, in *Osservatoriosullefonti*, 2020, n. spec., p. 372.

[20] Singolarità cui si aggiunge, da un punto di vista psicologico e sociale, l'ulteriore peculiarità destabilizzante dell'assenza del nemico – lo straniero aggressore, il terrorista aggressore, la calamità naturale, ecc. – o meglio del suo presentarsi nella veste rassicurante dell'amico, quello più prossimo, il familiare con il quale si convive, in grado più di ogni altro di

Ed allora, quando si parla, con vari accenti critici – specie con riguardo alle profonde limitazioni subite dai tanti diritti costituzionali compressi dalle misure adottate in questi lunghi mesi – di deroga o sospensione della Costituzione[21], a me pare che si debba piuttosto ragionare di una *smisurata*, *diffusa*, *inusitata*, quanto a latitudine, operazione di macro-bilanciamento fra diritti costituzionalmente garantiti. Una ponderazione, per quanto assolutamente straordinaria, interna al sistema dei diritti tutelati dalla Carta costituzionale. E una ponderazione siffatta non genera deroga o sospensione delle disposizioni costituzionali – per come viene normalmente (e nella specie) intesa in termini di alterazione – giacché l'effetto limitativo è prodotto… dalla Costituzione stessa a salvaguardia di una parte per il tutto. Non è sospensione, ma esito di una visione integrata, sistemica della Costituzione.
Invero, che si tratti di un macro-bilanciamento assai sbilanciato, ineguale e verrebbe da dire, citando i classici, persino tirannico, non è dubbio. Che su di un piatto della bilancia si collochi un diritto, la cui tutela richiede che tutti gli altri diritti si sacrifichino fa sì che il punto di equilibrio sia fortemente asimmetrico, è vero[22]. In questo, del resto, si rivelerebbe l'anomalia della situazione ed il carattere emergenziale del bilanciamento "a senso unico"[23].
Il fatto è però che simili "bilanciamenti sbilanciati" non sono del tutto sconosciuti anche nell'ordinaria dinamica ordinamentale e che, nella specie, lo sbilanciamento si è posto come unica via di tutela del bene salute, così da far sì che si trattasse di uno sbilanciamento *imposto* o bloccato[24]. Non solo, vale la pena di rilevare che la macro-azione di bilanciamento, avendo conosciuto fasi diverse, ha visto talora spostarsi il pendolo dell'equilibrio anche in attenuazione della tirannia e a beneficio di qualche maggiore agibilità dei diritti costituzionali tiranneggiati.

---

veicolare in modo più efficace il virus e di portare il contagio. Torna così alla mente la celebre riflessione che Corrado, il protagonista della "Casa sulla collina" di Cesare Pavese, matura dinanzi alla situazione che per definizione vive sull'idea di nemico – la guerra – e che può sinteticamente riassumersi nella folgorante espressione: «ogni guerra è una guerra civile: ogni caduto somiglia a chi resta, e gliene chiede ragione».

[21] Sulla figura v., a riguardo e con particolare attenzione al tema della tutela dei diritti, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, pp. 334 ss.

[22] Di diritti fondamentali della persona compressi, tuttavia, «in nome di un valore ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica» ha parlato di recente il Consiglio di Stato in Cons. Stato, sez. III, decreto 30 marzo 2020, n. 1533, in https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema =cds&nrg= 202002825&nomeFile=202001553_16.html&subDir=Provvedimenti.

[23] Come ricordato dalla Corte costituzionale, infatti, tutti «i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. […]» (Corte cost., sent. n. 85 del 2013).

[24] Al pari del fatto che esistono nel sistema bilanciamenti bloccati ed unilaterali, fissati in modo non rimodulabile. Si pensi, per restare al campo tematico che qui ci occupa più direttamente, al sacrificio della vita del nascituro a fronte del rischio per la vita e la salute della madre nelle ipotesi di c.d. aborto terapeutico come esito unico e costituzionalmente bloccato della ponderazione fra i beni in conflitto (cfr. Corte cost., sent. n. 26 del 1981).

Ma quel che qui interessa particolarmente sottolineare è che, comunque la si pensi sul punto, una simile operazione di macro-bilanciamento *non poteva certo essere rilasciata nelle mani del duo "delibera dichiarativa dello stato di emergenza-potere di ordinanza di protezione civile*". Essa richiedeva l'intervento del legislatore primario, cui spetta, prima ancora che all'interprete – non bisogna mai dimenticarlo – il compito di declinare sistemicamente la Costituzione e quindi di operare le scelte di ponderazione fra beni, interessi, principi costituzionali potenzialmente confliggenti, in quanto portato tipico della funzione attuativa e implementativa della Carta che ad esso compete.
Vero è che, come segnalato dai più, la prefigurata operazione di macro-bilanciamento è apparsa, specie nell'impianto iniziale delineato dal primo decreto-legge della catena (n. 6 del 2020), non priva di smagliature e significativi difetti, soprattutto con riguardo all'eccessivo margine di manovra talora lasciato ai provvedimenti attuativi e alla scarsa copertura offerta dalla normativa primaria, con la conseguenza di scaricare su questi ultimi porzioni troppo significative della ponderazione. È vero pure che le più rilevanti di queste difettosità sono state abbastanza presto rimediate dal successivo d.l. n. 19 del 2020[25].
Certo, se è al livello della legislazione primaria (*recte* decreto-legge – legge di conversione) che trova fondamento l'operazione in questione, non si può negare la peculiarità di un bilanciamento che non solo è assai ineguale, ma anche *fortemente condiviso* fra fonte legislativa, che opera una perimetrazione degli ambiti in cui intervenire e delle misure di contenimento da adottare, e decreto presidenziale, che di quelle "misure" è chiamato a definire – mi si consenta il gioco di parole – la "misura". È qui che le limitazioni e quindi la ponderazione trovano il loro effettivo dimensionamento; è nel dPCm che si delinea – quantomeno segnando la soglia di non retrocedibilità *in peius* per il diritto alla salute – il definitivo punto di equilibrio del bilanciamento.

5. Il decreto-legge come fonte esclusiva delle misure di contenimento della pandemia: le non irresistibili ragioni

È stato, a quest'ultimo proposito, osservato che una soluzione decisamente più conforme alla Costituzione sarebbe stata quella di affidare l'operazione in parola direttamente ed esclusivamente (o comunque con decisa prevalenza) proprio all'atto di decretazione d'urgenza[26].

[25] L'osservazione è in vario modo ricorrente fra i commentatori: v., fra i molti, N. Lupo, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, in *Forumdiquadrnicostituzionali*, 2020, n. 2, p. 138; G. Silvestri, *Covid-19 e* Costituzione, in *Unicost.*, 10/04/2020; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 112; U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle* fonti, cit., pp. 306 ss. e con profilo più critico A. Celotto, Necessitas, cit., pp. 45 ss.

[26] V., ad esempio, A. Celotto, *op. cit.*, pp. 60 ss., G. Mobilio, *La decretazione d'urgenza*, cit., pp. 369 ss.

A militare in favore di questa decisione numerose ragioni.
Innanzitutto, i vantaggi costituiti dalla fuoriuscita dall'*ortus conclusus* governativo e dall'eccessiva verticalizzazione del potere decisionale che all'interno di quell'*ortus* s'è determinata, rappresentati, in specie, dal diretto coinvolgimento delle Camere e del Presidente della Repubblica; senza poi dimenticare la possibilità di un futuro scrutinio di costituzionalità o, persino, di ricorso al *referendum* abrogativo[27]. A questo potrebbe aggiungersi il *quid pluris* del beneficio di far riassaggiare al decreto-legge quel sapore della provvedimentalità, di cui ormai s'è perduto il senso[28], e di un provvedere in contesto emergenziale, riprendendo, in qualche misura, quello scettro che il diffuso affermarsi proprio del potere di ordinanza di protezione civile, da un verso, e lo smacco subito dalla sanzione dell'incostituzionalità della prassi della reiterazione, dall'altro, gli avevano invece via via sottratto[29]. A questo, poi, si abbina la migliore tutela assicurata al principio di legalità e la maggiore aderenza alle ragioni giustificative della riserva di legge in tema di diritti fondamentali[30].
Sul piano più specifico si osserva come la trasformazione del decreto-legge da fonte *di* in fonte *sulla* produzione e, in concorso, il trasferimento di una porzione dell'operazione di bilanciamento di cui s'è detto in capo direttamente al dPCm parrebbero contrastare con quel requisito dell'auto-applicatività di cui la normativa recata dall'atto di decretazione d'urgenza dovrebbe necessariamente essere provvista. Non solo, vi si aggiunge altresì la considerazione della portata dei decreti-legge adottati nel corso della pandemia, la cui latitudine contraddirebbe quel requisito dell'omogeneità che, ormai valorizzato anche dalla giurisprudenza costituzionale, rappresenta un elemento costitutivo del modello costituzionale della decretazione d'urgenza[31].
Una ricca serie di rilievi, dunque, provvisti di significative ragioni.
Rilievi, tuttavia, ai quali si *potrebbe* puntualmente rispondere, osservando, ad esempio, che l'essere fonte sulla produzione non è nei decreti-legge in questione fatto scisso dal prov-

[27] Così G. Mobilio, *op. cit.*, p. 374 e pure A. Celotto, *op. cit.*, p. 62, nonché A. d'Aloia, *L'emergenza e… i suoi 'infortuni'*, in *Dirittifondamentali.it*, 29 marzo 2020, p. 9.

[28] «Se, infatti, […] il decreto-legge mantenesse salda la propria natura provvedimentale, ciò determinerebbe la sostanziale inutilità dei successivi provvedimenti attuativi, cui resterebbe ben poco da attuare» (A. Cardone, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione*, cit., p. 337).

[29] Ancora A. Cardone, *op. cit.*, pp. 319-320.

[30] Di «ossequio ai valori costituzionali sottesi alla corretta applicazione del principio di legalità; quei valori che giustificano la riserva di legge a protezione delle libertà costituzionali, quale forma di manifestazione della sovranità popolare», parla M. Cavino, *Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it. Osservatorio Emergenza Covid-19*, 9. Critiche, in proposito, anche da V. Baldini, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, *Editoriale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, n. 1, pp. 590 ss.; L.A. Mazzarolli, *"Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo* extra ordinem, *con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 24 marzo 2020, pp. 8 ss.; R. Di Maria, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti Regionali, Forum su La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 2020, pp. 507 ss.; A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale*, cit., pp. 212 ss.

[31] G. Mobilio, *La decretazione d'urgenza*, cit., pp. 354 ss.

vedere e che, più in generale, l'autoapplicatività non pare profilo estraneo alla prassi della decretazione d'urgenza, ove si registra con una certa frequenza il rinvio a fonti subordinate in funzione attuativa della normativa recata dal decreto-legge[32]. L'osservazione critica per cui, nel nostro caso, si tratterebbe di un rinvio strutturale a provvedimenti successivi da parte di decreti-legge che in quel medesimo rinvio troverebbero la loro «stessa ragion d'essere»[33], non tiene adeguatamente in conto, da un verso, il carattere necessitato del rinvio stanti le caratteristiche proprie del fenomeno da affrontare – di cui si dirà fra poco – e, dall'altro, l'immediatezza assoluta che caratterizza, nel nostro caso, le misure attuative – le quali sono adottate, in prima battuta, con dPCm contestuali ai decreti che ad essi fanno rinvio. Ciò che rende la tecnica del rimando del decreto-legge a provvedimenti ulteriori allo scopo di dispiegare i propri effetti perfettamente in linea con l'esigenza manifestata a riguardo dalla giurisprudenza costituzionale, che ritiene assolto il requisito dell'immediata applicabilità laddove vi siano le condizioni di una stretta prossimità temporale fra decreti attuandi e provvedimenti attuativi[34].

Quanto poi alla questione della non omogeneità *andrebbe* rilevato, per prima cosa, che ove la gestione pandemica fosse stata riversata esclusivamente sulle spalle del decreto-legge essa non sarebbe stata risolta, ma forse addirittura aggravata. E poi si *dovrebbe* pure ammettere che, mai come in questo caso, l'omogeneità teleologica (*i. e.* non estraneità alle finalità o alla *ratio* dominante del provvedimento) – che pure, si sa, gode di un certo spazio di considerazione nel sindacato di costituzionalità in tema sulla decretazione d'urgenza[35] – possa essere invocata, l'unicità dell'obiettivo perseguito, al cui raggiungimento cospirano tutte le misure adottate, essendo indiscutibile ed auto-evidente.

Su di un piano più generale, in ordine alle dinamiche dei rapporti fra gli organi costituzionali, *bisognerebbe* porre in luce talune scelte operate in corso d'opera, come ad esempio, il coinvolgimento del Parlamento attraverso l'illustrazione preventiva del Presidente del Consiglio (o del ministro da lui delegato) alle Camere del «contenuto dei provvedimenti da adottare […], al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati»; salvo ovviamente «ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure» (art. 2, comma 1, d.l. n. 19 del 2020, per come modificato dalla legge di conversione n. 35 del 2020). Ma soprattutto *occorrerebbe* porre in evidenza che – come si vedrà meglio più oltre – l'intervento parlamentare in sede di conversione di decreti-legge "gestori esclusivi" del compito di definire le misure contenitive della pandemia non è certo detto che offra alle Camere spazi di decisione e margini di agibilità maggiori. Tutt'altro.

[32] Puntuali richiami possono leggersi in F. Biondi Dal Monte, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Napoli, 2018, pp. 84 ss.

[33] G. Mobilio, *La decretazione d'urgenza*, cit., p. 356.

[34] Lo ricorda, con specifici riferimenti giurisprudenziali, ancora F. Biondi Dal Monte, *Dopo la legge*, cit., spec. pp. 95-96.

[35] V., come noto, Corte cost., sentt. nn. 22 del 2012 e 32 del 2014.

In ordine, infine, al presidio dei principi di legalità e riserva di legge, *sarebbe* possibile osservare che, quantomeno alle *condizioni date*, l'*interpositio legislatoris* nell'operazione di bilanciamento abbia comunque garantito una certa salvaguardia. *Interpositio*, peraltro, che, se da un verso non esclude del tutto l'intervento della giurisdizione costituzionale, non lascia, né gli enti, né i singoli privi di tutela giudiziaria dinanzi alle lesioni imputabili alle misure adottate dai dPCm[36].

6. Il decreto-legge come fonte esclusiva delle misure di contenimento della pandemia: le distorsioni

Sennonché, l'utilizzo del "condizionale" cui sono ricorso nel prospettare possibili risposte non è casuale, né è segno di semplice prudenza dialettica. Si tratta invece dell'espressione di un disagio discendente dal fatto di condurre la riflessione su di un piano di astratta razionalità che, soddisfatta dallo spirito geometrico che la pervade, non accetta di contaminarsi più di tanto con il reale, accettando di declinarsi in termini di più porosa (al dato dell'esperienza) ragionevolezza.

L'inciso "alle condizioni date" prima utilizzato va, a questo riguardo, opportunamente valorizzato.

Non penso tanto alle condizioni politiche e alle connesse difficoltà ad utilizzare esclusivamente sedi collegiali – governative e parlamentari – legate alle divisioni esistenti all'interno della stessa compagine di governo e all'alto tasso polemico caratterizzante il dibattito fra le forze politiche. Né intendo alludere a problematiche d'ordine operativo ed organizzativo direttamente discendenti dagli ostacoli frapposti dalla situazione pandemica. Ragioni, queste, che pure possono aver indotto a preferire una verticalizzazione del processo di assunzione delle misure limitative[37].

Non è certo a questo che intendo far riferimento.

L'inciso in parola vuole piuttosto, ancora una volta, portare al centro dell'attenzione – secondo l'indirizzo principale che connota questa mia riflessione – la considerazione della "natura" del fenomeno emergenziale che s'è avuto e si ha dinnanzi. È la *natura della cosa* ad offrirci elementi giustificativi del sistema delle fonti adottato.

Mi spiego.

Non è qui tanto il carattere perdurante e continuo della situazione che distingue, com'è stato da più parti rilevato, la situazione emergenziale in atto rispetto a quella legata ad eventi di tipo calamitoso, cui si rivolge e sui quali pare per lo più modellata la normativa

[36] M. Bignami, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del Coronavirus*, in *Questionegiustizia* 2020, n. 2,§ 4.

[37] Ne accenna, fra gli altri, G. Mobilio, *La decretazione d'urgenza*, cit., *p.* 371.

in tema di protezione civile. Non è la negazione dell'*ex post* a fronte del *durante* ad essere decisiva.
Più che la *continuità* è la *continua discontinuità* a rilevare, giacché il fenomeno pandemico, pur essendo ahimè perdurante, è soprattutto *incessantemente cangiante*. È la mobilità – nella diffusione, nella nostra capacità di acquisire conoscenze, nella stessa capacità di strutturalmente riconformarsi e pluralizzarsi del virus – la cifra caratteristica di cui bisogna infatti tener conto. Ed è alla sua luce che si può comprendere la ragione principale del ricorso alla diade decreto-legge – dPCm in luogo che al solo atto di decretazione d'urgenza. Il camaleontico mutare del fenomeno in parola, la sua natura sfuggente sono caratteristiche che richiedono una continua adattabilità delle misure da adottare; adattabilità, in grado di mettere in seria difficoltà anche l'idoneità a provvedere dello strumento di decretazione d'urgenza. In sostanza, anche quello che tradizionalmente è stato considerato, fra le fonti del diritto, il mezzo principe – col suo presentarsi come provvedimento connotato dalla straordinarietà, necessità ed urgenza – per fare fronte e regolare le situazioni d'emergenza, si è scoperto in questo frangente non pienamente adeguato[38].
È il modello delineato dall'art. 77 Cost. ad urtare con quell'esigenza di adattabilità continua della disciplina di cui dicevo, essendo quella richiesta dalla gestione del fenomeno pandemico in atto una provvisorietà delle regole assai più pronunciata di quella che pur caratterizza il decreto-legge. La brevissima gittata temporale di queste ultime, che hanno spesso avuto un'efficacia cronologica misurata, se non *ad horas*, *ad dies*, e quindi la continua intercambiabilità delle stesse, ha ben presto mostrato i limiti di un atto che, seppur dotato di applicabilità immediata, richiede tuttavia un arco temporale – in sé abbastanza breve, ma nel caso specifico quasi un'*eternità* – di sessanta giorni per la sua conversione. Peraltro, immaginare di inseguire il mutamento della situazione reale attraverso la possibilità di introdurre correzioni di rotta attraverso l'approvazione di emendamenti nel corso del procedimento parlamentare di conversione è, come si sa, ipotesi non praticabile per la duplice ragione per cui, da un verso, si tratterebbe di *ius novum* destinato ad entrare in vigore a valle dell'avvenuta conversione (*i. e.* alla fine dell'*eternità*); dall'altro, perché la necessaria approvazione della legge di conversione nel termine imposto dei sessanta giorni, da parte di entrambe le Camere, sarebbe messa a forte rischio dai rimbalzi da una camera all'altra richiesti dall'approvazione degli emendamenti modificativi del testo[39].
Tanto per dare un'idea, basti considerare che il decreto-legge n. 6 del 2020, quello che cioè inaugura la prassi della catena solidale d.l.-dPCm, nel pur brevissimo tempo impiegato per la sua conversione – circa una decina di giorni (*sic!*) – è stato nel frattempo accompagnato da ben quattro diversi dPCm attuativi e nel breve *spatium temporis* di sua vigenza – poco più di due mesi – ne ha visti approvati altri quattro. Mentre, durante il procedimento di

[38] Cfr., fra i tanti, U. De Siervo, *Emergenza Covid*, cit., p. 310, M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 125.
[39] Ove apposti a partire dal procedimento di conversione in legge dinanzi alla Camera convolta per seconda.

conversione dei successivi dd.ll. nn. 19 e 33 del 2020, si sono succeduti rispettivamente 2 e 3 dPCm di attuazione.
Insomma, da fonte di *rapida* decisione normativa il decreto-legge si è d'un tratto scoperto *veicolo lento*, avendo una dinamica interna che viaggia a velocità di gran lunga inferiore a quella di riproduzione normativa pretesa dall'evolversi della situazione pandemica.
È evidente, infatti, che se la funzione regolatoria si fosse riversata sul solo decreto-legge avremmo dovuto assistere alla presentazione in serie di decreti abrogativi (o di proroga) di precedenti ancora in corso di conversione, impegnando le Camere in defatiganti, quanto inefficaci, dibattitti "a perdere"[40], con l'ulteriore problema degli effetti *medio tempore* prodotti dai decreti abrogati in corso di conversione.
Era pertanto necessario accompagnare al decreto-legge il provvedimento monocratico del Presidente del Consiglio dei ministri, in grado di assicurare quella rapidità di modifica delle misure, in ragione del mutare dei dati provenienti dal monitoraggio dell'andamento pandemico, che il primo non era in grado di assicurare.
A riprova di quanto appena osservato, una duplice considerazione tratta dalla prassi di questi mesi.
Per prima cosa, va osservato che, una volta fuoriuscito dall'ambito proprio del contenimento e della gestione della pandemia, il decreto-legge, pur utilizzato per fare fronte ad una situazione di emergenza – parallela e ugualmente perdurante rispetto a quella sanitaria, ma non parimenti cangiante – come quella economica, è sembrato riacquistare tutta la sua autonomia, non abbisognando di essere affiancato dal dPCm attuativo. Insomma, il sodalizio s'è rotto al mutare di oggetto della regolazione e con il suo indirizzarsi oltre il perimetro del diretto contrasto alla diffusione del virus.
Secondariamente, viene pure da rilevare che il cambio di strategia registratosi a partire dall'ultimo scorcio dello scorso anno, imperniato sull'affermazione di un maggiore protagonismo della decretazione d'urgenza nell'adozione di misure «di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», ha mostrato le difficoltà ed incertezze connesse alla adozione con decreto-legge di regole a breve gittata temporale (comunque largamente inferiore al termine della conversione), modificate, integrate o reiterate a stretto giro di tempo. Nell'impossibilità di attingere utilmente all'emendazione in sede di conversione, si è proceduto attraverso l'adozione in sequenza di più decreti-legge – penso ai dd.ll. nn. 158 e 172 del 2020 e 1 e 2 del 2021 – che ad oggi risultano ancora tutti in corso

[40] L'espressone è qui utilizzata con riferimento al ruolo delle Camere ed al dibattitto in sede conversione e non richiama, in alcun modo, l'uso fattone in dottrina per indicare la prassi della presentazione di decreti-legge destinati solo ad assicurare immediata efficacia a disposizioni poi trasferite nella conversione di altro decreto-legge, senza quindi che per il decreto-legge originario neppure si avvii il procedimento della conversione in legge (v., per una recente riproposizione, L. Bartolucci, A. Razza, *Prassi e criticità nella fase genetica del decreto-legge*, in *Osservatoriosullefonti*, 2019, n. 2, p. 19 e per l'originaria formulazione, G. Zaccaria, E. Albanesi, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, in *Forumcostituzionale*, 22 giugno 2009, pp. 11 ss.).

di conversione e in taluni casi – è sicuramente quello del d.l. n. 158 – ormai a forte rischio di non conversione.

Che si può dire, in proposito?

Che la scelta di ripuntare sul decreto-legge sconta non pochi effetti distorsivi.

Premetto che non credo che qui possa in alcun modo evocarsi il problema della reiterazione[41]. Ad escluderlo – oltre al fatto che, quantomeno nel caso che ci occupa, mancherebbe il presupposto essenziale perché se ne possa parlare in termini di vizio in parola, ovverosia la decadenza del decreto riprodotto nei suoi contenuti da altro successivo – da un verso, l'eventualità che i decreti-legge in successione apportino modifiche alle misure già adottate, così da rendere assolta la prima delle condizioni permissive poste dalla Corte nella celebre sentenza del 1996; dall'altro, il carattere continuamente cangiante del caso straordinario di necessità ed urgenza legittimante assicurerebbe comunque il ricorrere della seconda condizione permissiva[42].

Le questioni sono semmai altre.

Trattandosi di decreti per lo più contenenti misure destinate a scadere prima del termine per la conversione, se ne deduce che queste producano per certi versi (*i. e.* in ordine alla limitazione dei comportamenti individuali) effetti non rimovibili in caso di mancata conversione, aggirando il regime di precarietà disegnato per lo strumento dall'art. 77 Cost.[43]

La stessa chiamata in causa delle Camere è, sotto questo profilo, di valenza assai più ridotta del coinvolgimento in sede di illustrazione preventiva del contenuto dei dPCm, di cui s'è detto sopra, previsto *ex* art. 2, comma 1, d.l. n. 19 del 2020, modificato dalla legge di conversione n. 35 del 2020. Anzi, si potrebbe parlare di una chiamata in causa fra il beffardo ed il frustrante.

Invero, proprio in una siffatta sequenza di decreti-legge la stessa conversione, con il decorrere del tempo, il succedersi di ulteriori atti di decretazione d'urgenza e la cristallizzazione della irreversibilità degli effetti, finisce via via per perdere di interesse. Così che il passaggio parlamentare si può allora risolvere nella sola sanatoria *ex* art. 77, ultimo comma, Cost., magari per far salvi i provvedimenti sanzionatori *medio tempore* adottati. Il tutto, peraltro, nel rischio dell'incertezza che ciò si verifichi.

[41] Richiami alla questione in B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 6, p. VII; A. Vernata, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, in *Forum di Biolaw Journal*, 13 marzo 2020, p. 5.

[42] Peraltro, bisognerebbe pure riflettere sul fatto che, anche in ipotesi di riproposizione delle stesse misure con finalità di semplice proroga da parte del decreto successivo, questo comunque le modificherebbe – a differenza di quanto accadeva nella prassi della reiterazione, ove la ripetizione era sostanziale riproduzione in violazione della condizione di provvisorietà *ex* art. 77 Cost. – alterandone un elemento strutturale qual è quello del termine temporale di efficacia.

[43] Rimovibili, semmai, risultando gli effetti giuridici delle eventuali sanzioni irrogate per violazione dei limiti originariamente previsti dal decreto-legge.

Quasi verrebbe da osservare che, in una simile situazione di micro-sequenza di decreti-legge, sembrerebbero re-intravedersi certe conseguenze deformanti prodotte dalla famigerata prassi della reiterazione.

7. Una rapida conclusione

Concludo qui queste mie considerazioni che – ribadisco in chiusura – hanno una portata generale e intendono porre al centro dell'attenzione il sistema edificato in questi mesi, piuttosto che indagare analiticamente il grado di coerenza interna delle singole scelte compiute dal legislatore e le smagliature del suo provvedere, da più parti rilevate.
In questo senso, quella proposta è un'analisi a vocazione prospettica, per quando cioè, ad emergenza ormai conclusa e a mente fredda, bisognerà fare i conti con quanto accaduto in termini di risposta ordinamentale alla pandemia e soprattutto valutare i meccanismi normativi più adeguati in ottica di future contingenze emergenziali. Ciò ovviamente nella speranza di aver fornito almeno qualche utile elemento di riflessione.

Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*

Elena D'Orlando** e Federico Nassuato***

Sommario: 1. L'impatto della pandemia sul sistema delle fonti: il ruolo delle c.d. fonti terziarie. – 2. Le linee guida nel quadro della teoria delle fonti. – 3. Il regime giuridico delle linee guida e delle fonti terziarie: normatività, efficacia e rimedi. – 3.1. Le fattispecie normativamente strutturate e le linee guida aventi efficacia diretta esterna alla P.A. – 3.2. Le linee guida rivolte a organi della P.A. e la variabile della vincolatività. – 3.3. Le linee guida non vincolanti e l'analogia con le circolari amministrative. – 3.4. Linee guida, fonti terziarie e *soft law*. – 4. Considerazioni di sintesi.

Abstract:
Il contesto emergenziale originato dalla pandemia da Covid-19 ha prodotto notevoli ricadute sul sistema delle fonti del diritto amministrativo italiano, determinando – tra le altre cose – un significativo incremento del ruolo delle c.d. fonti terziarie e, in particolare, delle linee guida. Partendo da questa premessa, il contributo analizza brevemente il tema della collocazione delle linee guida nel quadro delle fonti con riferimento ai profili di normatività, efficacia e vincolatività, nonché del relativo regime giuridico in prospettiva rimediale. La riflessione si conclude con alcuni spunti relativi alla necessità di riconsiderare la teoria delle fonti, tenendo maggiormente in considerazione la pluralità di sottosistemi in cui si articola oggi l'ordinamento giuridico in ragione delle complesse esigenze regolative emergenti dalla realtà.

The emergency context due to Covid-19 pandemic has produced remarkable effects on the sources of Italian administrative law, increasing inter alia the role of the so-called tertiary sources, especially regarding guidelines. Moving from these considerations, the paper briefly analyses the issue concerning the position of guidelines within the framework of sources, by taking into account the aspects of normativity, validity, and binding nature, and by examining also the legal regime of guidelines from a judicial review perspective. The paper ends with some suggestions relating to the need to reconsider the theory of sources of law, taking into greater consideration the plurality of subsystems in which the legal system is divided today due to the complex regulatory needs emerging from reality.

---

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. I paragrafi 1, 2 e 4 sono da attribuire a Elena D'Orlando; il paragrafo 3, nelle sue articolazioni, a Federico Nassuato.

** Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Udine, elena.dorlando@uniud.it.

*** Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche presso le Università di Udine e di Trieste, curriculum Diritto pubblico e sistema penale, nassuato.federico@spes.uniud.it.

ISSN 2611-8882

1. L'impatto della pandemia sul sistema delle fonti: il ruolo delle c.d. fonti terziarie

La situazione di emergenza originata dalla pandemia da Covid-19 ha determinato, come noto, un impatto considerevole sul sistema delle fonti nell'ordinamento italiano. La produzione normativa posta in essere per fronteggiare l'emergenza, sebbene si presenti agli osservatori con un carattere perlopiù alluvionale e privo di coerenza sistemica, ha rappresentato un cruciale *stress test* per la tenuta del sistema delle fonti, il cui assetto tradizionale ha subito ripercussioni tali da far dubitare della sua effettiva sopravvivenza o ricomponibilità secondo le logiche e i criteri precedenti[1].

Le ricadute di questo impatto intersecano infatti ambiti assai diversificati e con effetti pervasivi: dalla limitazione delle libertà costituzionali alla crisi del principio di legalità, dall'articolazione territoriale del potere al rapporto tra Governo e Parlamento. L'ampiezza del fenomeno può forse dipendere anche dalla circostanza che il testo costituzionale, fonte sulle fonti dotata della competenza delle competenze, non contempla gli stati emergenziali, attribuendo specifiche competenze, disciplinando i procedimenti da utilizzarsi e indicando l'*an* e il *quomodo* della limitazione dei diritti. La carenza di tali disposizioni lascia quindi aperti alcuni interrogativi sulla titolarità dei poteri emergenziali, sulla latitudine e sulle modalità del loro esercizio. Per questa ragione l'impatto della rottura dell'ordinarietà può essere particolarmente problematico: la forza dei fatti, che si impone e determina ripercussioni che mettono alla prova la tenuta di un sistema, ne mette in evidenza con maggior nitore punti di forza e di debolezza, elementi strutturali più o meno consolidati e criticità variamente latenti[2].

Il sistema delle fonti non può non risentire di tale scenario, tant'è che da parte di alcuni osservatori si è scritto di una sua «crisi palese, ormai endemica»[3].

Tra i numerosi fattori disgregativi del sistema delle fonti recentemente all'attenzione della dottrina, rinvenibili trasversalmente in plurimi ambiti poiché riguardanti non tanto l'oggetto quanto le modalità delle tecniche di normazione, si può certamente annoverare il notevole incremento del ruolo degli strumenti di normazione "flessibile", quali linee gui-

[1] Sull'impatto della pandemia e della conseguente normativa emergenziale sul sistema delle fonti si vedano, *ex multis*, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 2, e M. Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 2020, n. 3, nonché i contributi pubblicati nel fascicolo speciale 2020 dell'*Osservatorio sulle fonti*, intitolato *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*.

[2] Anche se i punti cardinali ai quali fare riferimento ci sono e si possono e devono individuare all'interno dell'ordine costituzionale dato: sul tema si consenta il rinvio a E. D'Orlando, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, n. 2, pp. 577 ss., disponibile in: *http://www.osservatoriosullefonti.it*.

[3] Così A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine*, 1, 2020, 6 aprile 2020, pp. 203 ss., disponibile in *www.giurcost.org* e ora anche in A. Ruggeri, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XXIV. Studi dell'anno 2020*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 279 ss.

da, circolari, direttive e raccomandazioni[4]. Sebbene, come si avrà modo di specificare nel prosieguo, ciascuna categoria di strumenti possa comprendere al suo interno atti della più svariata natura ed efficacia, in linea generale e con una prima approssimazione si può affermare trattarsi perlopiù di atti amministrativi generali che stabiliscono regole "elastiche", a vincolatività relativa o cedevole, per identificare i quali in dottrina è stata proposta la categoria delle c.d. fonti terziarie[5].

L'emersione delle fonti terziarie è in realtà piuttosto risalente ed è indicata da tempo come uno dei principali fattori di crisi del tradizionale sistema delle fonti, specie con riferimento ai "rami bassi" del sistema. Tuttavia, l'emergenza sanitaria ha impresso una decisa accelerazione al fenomeno, attribuendo in particolare a linee guide e circolari un ruolo di notevole importanza nella fissazione delle regole di condotta per le pubbliche amministrazioni e per i cittadini, per l'esercizio delle libertà fondamentali e, in particolare, per lo svolgimento delle attività economiche.

La normativa primaria di contrasto alla pandemia si è infatti rivelata inidonea a disciplinare compiutamente le fattispecie sorte nel contesto emergenziale, dovendosi procedere nella maggioranza dei casi ad una delega (più o meno ampia) a fonti secondarie; ma spesso neppure queste ultime sono risultate sufficienti, onde la necessità di ricorrere a strumenti di rango terziario per integrare le disposizioni normative sovraordinate. Ciò è stato determinato, per un verso, dalla complessità tecnica delle scelte e delle questioni da affrontare, unita alla necessità di provvedere con efficacia e celerità rispetto alla situazione contingente, che hanno richiesto l'individuazione di soluzioni regolatorie di spiccato profilo tecnico-scientifico, opportunamente circostanziate e calibrate sui casi concreti[6]. Per altro verso, ha pesato in una certa misura anche la qualità della stessa normativa primaria e secondaria, il cui contenuto assai incerto e nebuloso ha certamente favorito un più ampio ricorso al «paradigma dell'elasticità», concretizzatosi in un profluvio di disposizioni flessibili e atipiche[7]. Si è pertanto ripetuto, in occasione dell'emergenza sanitaria, quel fenomeno di "fuga dal regolamento", già da tempo segnalato dalla dottrina come fattore evolutivo (o involutivo) ulteriore rispetto alla tradizionale "fuga dalla legge"[8]. Questa volta, tuttavia, la fuga non è sfociata soltanto nell'emanazione di atti atipici di normazione secondaria o di ordinanze

[4] In particolare, sul ruolo delle linee guida nella gestione dell'emergenza pandemica si vedano, da ultimo, D. Bolognino, E. Provenzani, *Interrogativi sulla sussistenza di* soft-regulation *e* soft-obligation *nel contesto emergenziale relativo alla pandemia da Covid-19*, V. Desantis, *Il ricorso alle linee guida come (improprio) fattore di semplificazione normativa* e F. Laus, *La natura caleidoscopica delle linee guida: tra responsabilità medica, lotta alla pandemia e regolazione del diritto dei contratti pubblici*, tutti in questa *Rivista*, 2020, n. 3.

[5] Sulla nozione di fonti terziarie, M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, n. 4, pp. 683 ss.

[6] Così V. Desantis, *op. cit.*, 2.

[7] *Ibid.*

[8] N. Lupo, *La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 3. Vedasi anche B. Tonoletti, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, nn. 2-3, pp. 371 ss.

extra ordinem, ma ha lasciato uno spazio regolatorio integrativo di indubbio rilievo anche agli strumenti di livello terziario, connotati da un'efficacia precettiva flessibile e non (direttamente) vincolante.

Più specificamente, è possibile enucleare almeno due direttrici evolutive correlate al fenomeno della crescente rilevanza delle fonti terziarie nel contesto emergenziale. Da un lato, la pandemia ha incrementato l'efficacia esterna indiretta di atti che tradizionalmente si ritenevano circoscritti all'interno della sfera giuridica delle pubbliche amministrazioni da cui provenivano. In altre parole, le fonti terziarie adottate dalla P.A. hanno rapidamente assunto un'inusuale rilevanza esterna e una vasta diffusione nell'ordinamento generale, nel momento in cui sono divenute oggetto di ampia consultazione e di affidamento generalizzato da parte della collettività, tanto da far ritenere ormai tramontata la definizione di "norme interne" solitamente associata a questa tipologia di atti[9]. Per la prima volta, in modo così diffuso, i cittadini si sono infatti rivolti ed affidati a fonti non vincolanti per ottenere una chiarificazione sulle regole di condotta e comprendere con maggior certezza i confini tra le azioni consentite e quelle vietate[10].

Dall'altro, la situazione emergenziale ha attribuito una rilevanza giuridica *de facto* a strumenti che in precedenza potevano vantare un'efficacia tuttalpiù di carattere pre-giuridico. Si pensi alle c.d. *Frequently Asked Questions* (F.A.Q.), la cui pubblicazione sui siti internet dei Ministeri o di altri enti pubblici ha conosciuto un rapido e significativo incremento, incoraggiando quindi la vasta circolazione di tali moduli nella collettività e il conseguente affidamento da parte dei soggetti privati. Pertanto, anche tali particolari strumenti di natura atipica, nei quali solitamente si farebbe fatica persino rintracciare i caratteri minimi ed essenziali dell'atto amministrativo, sul piano empirico e fattuale hanno assunto una certa rilevanza para-giuridica nell'ambito dell'ordinamento generale e del rapporto tra

[9] Su cui cfr., tra gli altri: E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, pp. 368 ss.; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 89 ss.; F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 351 ss.

[10] Si pensi, a titolo esemplificativo, alla circolare del Ministero dell'Interno del 31 marzo 2020 (N. 15350/117(2) Uff.III-Prot. Civ.), concernente le allora vigenti misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica, che ha fornito «taluni chiarimenti in merito a profili applicativi in tema di divieto di assembramento e di spostamenti di persone fisiche». La circolare ha fornito delle indicazioni interpretative assai dettagliate e circostanziate, che disvelano un carattere in qualche misura innovativo rispetto alle prescrizioni sovraordinate di cui dovrebbero, teoricamente, costituire una mera esplicazione o specificazione. Ad esempio, la circolare ha chiarito (o stabilito?) che «è da intendersi consentito, ad un solo genitore, camminare con i propri figli minori in quanto tale attività può essere ricondotta alle attività motorie all'aperto, purché in prossimità della propria abitazione». Con ogni evidenza, tali indicazioni di dettaglio sono dotate di un'indubbia efficacia esterna indiretta, essendo suscettibili di ingenerare un legittimo affidamento in capo ai cittadini sull'esatta delimitazione e applicazione delle regole di condotta stabilite dalle fonti sovraordinate. Un discorso analogo vale per la circolare del Ministero dell'Interno del 2 maggio 2020 (N. 15350/117(2) Uff.III-Prot.Civ.), con la quale si chiariva la nozione di "congiunti" legittimati, ai sensi del d.p.c.m. del 16 aprile 2020, ad effettuare spostamenti all'interno delle Regioni per incontrarsi reciprocamente. Poiché il d.p.c.m. ometteva di definire espressamente la qualifica di congiunti, generando incertezza applicativa, la predetta circolare ha specificato che «l'ambito cui si riferisce tale espressione può ricavarsi in modo sistematico dal quadro normativo e giurisprudenziale», sicché «deve ritenersi che la definizione ricomprenda i coniugi, i rapporti di parentela, affinità e di unione civile, nonché le relazioni connotate "*da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti*"», conformemente a Cass. civ., sez. IV, n. 46351/2014.

amministrazione e cittadini, arrivando ad incidere in via indiretta sulla sfera giuridica dei consociati.
In sintesi, la progressiva flessibilizzazione del sistema delle fonti, quale fenomenologia emersa già da tempo nell'ordinamento, è stata significativamente accelerata dalla situazione contingente all'emergenza pandemica. In questo scenario, le fonti terziarie hanno acquisito un ruolo ampio e inedito e ciò ripropone in modo più pressante l'interrogativo sulla loro effettiva collocazione nel sistema delle fonti e sulla loro normatività, efficacia e vincolatività, nonché sul loro regime giuridico in prospettiva rimediale.
Da qui l'articolazione di alcune riflessioni che si inseriscono nel dibattito relativo alla complessa ricostruzione del ruolo delle fonti terziarie – e in particolar modo, per quanto interessa in questa sede, delle linee guida – nel più ampio contesto del sistema delle fonti e, in particolare, delle fonti del diritto amministrativo.

2. Le linee guida nel quadro della teoria delle fonti

La crescente rilevanza delle linee guida e di altri strumenti di normazione non vincolante nel sistema delle fonti del diritto amministrativo costituisce espressione della più generale tendenza ad una maggiore atipicità e flessibilità nei modi di produzione delle norme giuridiche[11].
D'altro canto, le fonti del diritto amministrativo non sono a numero chiuso[12]. E ciò trova conferma nell'arricchimento del parametro legale, includente non solo norme esterne all'ordinamento, ma anche quelle prodotte all'interno da soggetti e/o attraverso procedimenti diversi da quelli tipici delle fonti legali[13]. Il principio di legalità resta certo il presidio garantistico della predeterminazione normativa dell'attività amministrativa, ma con un quadro normativo che è disegnato da norme di diverso valore e di diversa provenienza, sino a giungere al precetto concreto[14]. In questa prospettiva, è stato proposto di ampliare il concetto di fonte sino a ricomprendere tutti i parametri di legittimità dei provvedimenti singolari e concreti[15].

[11] Sul punto, cfr. V. Italia, *Le "linee guida" e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 4 ss., C. Ingenito, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 2019, n. 4, pp. 871 ss., nonché M. Mazzamuto, *op. cit.*, pp. 704 ss.

[12] Così M. Mazzamuto, *op. cit.*, p. 704, citando E. Schmidt-Assman, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, 37.

[13] Sull'evoluzione del principio di legalità quale componente dello statuto costituzionale della P.A., anche in prospettiva comparata ed europea, si consenta il rinvio a E. D'Orlando, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione. Contributo allo studio dei fenomeni di convergenza tra ordinamenti nello spazio giuridico europeo*, Milano, CEDAM-Wolters Kluwer, 2013, pp. 178 ss.

[14] F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, 2002, pp. 88 ss.

[15] M. Mazzamuto, *op. cit.*, pp. 710 ss.

Le linee guida rappresentano un chiaro segnale della volontà di affidare la regolazione di una serie estremamente varia di rapporti e attività a norme speciali, non cogenti, flessibili nell'applicazione, soggette ad aggiornamenti continui e connesse tanto all'evoluzione delle conoscenze scientifiche, quanto delle sue conseguenze sul sistema politico, economico e sociale.

Leggi e regolamenti risultano infatti insufficienti a stabilire una compiuta disciplina per determinati rapporti o situazioni, poiché non sempre sono in grado di fare fronte alle nuove esigenze che emergono con forza nel contesto socio-economico in continua trasformazione: si formano così regole nuove nel contenuto e nella forma[16].

D'altro canto, nessun elenco, nessun sistema di atti e fatti normativi, quand'anche costituzionalmente stabilito, potrà mai essere assolutamente tassativo e compiuto, ovvero sottratto al divenire delle fonti, indipendente da formali revisioni costituzionali ma fondato sulla realtà delle vicende e delle necessità sociali e politiche. Tuttavia, non per questo si può ammettere la proliferazione di fonti *extra ordinem* che mettano in discussione le fonti legali e il loro sistema, né ritenere l'effettività la fonte delle fonti (secondo una visione metagiuridica dei processi di formazione del diritto), né tanto meno pensare che tutti i problemi siano risolvibili in termini di diritto vivente[17].

Le nuove forme di normazione riportano all'attenzione degli osservatori la storica contrapposizione tra visione teoretica e visione dogmatica del sistema delle fonti. Da un lato, assume rilevanza tutto ciò che è in grado di introdurre regole efficaci nei confronti di coloro che sono soggetti all'ordinamento dello Stato (e, quindi, anche atti amministrativi generali, circolari, linee guida, testi unici di mera compilazione ecc.)[18]. Dall'altro, rilevano i soli atti e fatti idonei, secondo il parametro legale interno, a individuare ciò che è fonte rispetto a ciò che non lo è e che varia in ragione del principio della pluralità degli ordinamenti giuridici e, quindi, della relatività del concetto di fonte. In realtà, ciò di cui si discute si sostanzia nell'adesione ad una concezione sostanzialistica o formale del concetto di fonte: si risale dalle norme alle fonti o si discende dalle fonti verso le norme?

Se si ragiona di fonti primarie, prevalgono certamente i criteri formali. Per le fonti secondarie, come noto, la questione è molto più complessa e i criteri sostanziali hanno una diversa rilevanza: oltre al criterio della generalità-astrattezza, si trova quello dello scopo, che distingue l'attività del provvedere concreto e temporaneo dalla vera e propria normazione innovatrice dell'ordinamento giuridico[19].

Se questo è il quadro generale di riferimento "stabilizzato", è innegabile che oggi ci troviamo in un contesto nel quale le tradizionali modalità di produzione del diritto hanno parzialmen-

[16] S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1945, pp. 124 ss.

[17] L. Paladin, *Le fonti del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 18 ss.

[18] A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Roma-Bologna, Zanichelli, 1996, p. 16.

[19] L. Paladin, *Le fonti del diritto*, cit., p. 54.

te ceduto il passo a nuovi strumenti, fino a mettere in discussione veri e propri postulati, quali i classici connotati distintivi delle norme giuridiche (generalità, astrattezza, novità) e i criteri che ne consentono la sistemazione nell'ordinamento (gerarchia e competenza). La normazione viene attratta sempre più verso il basso, con l'effetto complessivo di configurare il sistema delle fonti come una «piramide rovesciata», in cui una porzione consistente – per qualità e per quantità – della produzione normativa, anche se avente a oggetto beni di rilievo costituzionale, risulta da atti non considerati di rango primario o nemmeno contemplati nel sistema delle fonti (quali appunto linee guida, direttive, circolari, ecc.) quantunque di straordinario rilievo nella pratica giuridica d'ogni giorno, mentre le fonti teoricamente competenti perdono la natura e la funzione loro tipica e qualificante, recando discipline fin troppo dettagliate, la cui posizione invece competerebbe ad atti inferiori[20].

La trasformazione del sistema delle fonti, in corso ormai da qualche decennio, è stata d'altro canto ulteriormente accelerata negli ultimi anni con riguardo ad alcuni settori dell'organizzazione e della regolazione amministrativa: dalla disciplina dei contratti pubblici (si pensi alle linee guida ANAC) alla recente e vigente normativa emergenziale (si considerino le linee guida allegate ai principali d.p.c.m.).

Tale trasformazione assume rilevanza sia sotto il profilo oggettivo, sia sotto quello soggettivo. Relativamente al primo aspetto, si affermano regole non più generali, astratte, con effetti stabilizzati nel tempo, ma speciali, non cogenti, flessibili nell'applicazione e soggette ad aggiornamenti continui. Per quanto riguarda il secondo, si evidenzia come le regole siano spesso prodotte da soggetti estranei al circuito rappresentanza-responsabilità politica, recidendosi così il nesso diretto tra produzione di regole giuridiche e legittimazione democratica.

Sotto quest'ultimo aspetto, inoltre, si segnala che specie in ambito sanitario è in aumento la tendenza a coinvolgere non solo medici, ma anche pazienti e utenti nella redazione delle norme, circostanza che se da un lato rivela una decisa apertura alla democratizzazione della scienza e della gestione del rischio sanitario[21], dall'altro evidenzia conseguenti modifiche nello schema del procedimento di produzione normativa sul versante soggettivo. Questo modello partecipativo[22], originariamente affermatosi nel contesto anglosassone[23],

---

[20] Il riferimento è alle riflessioni di A. Ruggeri, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, in *Consulta OnLine*, 2020, n. 3, 9 dicembre 2020, pp. 675 ss., disponibile in *www.giurcost.org* e ora anche in A. Ruggeri, *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, cit., pp. 877 ss. e, spec., pp. 888 ss.

[21] M. Caputo, *"Filo d'Arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica,* in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2012, p. 9.

[22] Che assume una specifica valenza, nella prospettiva del sistema delle fonti, allorché si configura come coregolazione (ovvero partecipazione alla definizione di misure nel quadro disegnato da un formante normativo), piuttosto che come autoregolazione (intesa come definizione di regole e sottoposizione alla stesse, su base volontaria da parte degli interessati): N. Greco, *Consistenza, articolazione ed ambiguità della "regolazione"*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, vol. 37, fasc. 145/146, 2004, pp. 18 ss. Sul tema v. altresì, *amplius*, A. Celotto, *La consultazione dei destinatari delle norme*, *ivi*, pp. 55 ss.

[23] Si veda ad esempio nel Regno Unito il *NICE – National Institute of Clinical Excellence*, *www.nice.org.uk.*

sembra ormai ampiamente recepito anche in Italia a giudicare, per esempio, restando nell'ambito sanitario, dalle molte consultazioni pubbliche aperte sul sito del Sistema Nazionale delle Linee Guida[24] e dal procedimento partecipativo contemplato nell'art. 5, c. 1 legge n. 24/2017 per l'elaborazione delle linee guida a cui devono attenersi gli esercenti le professioni sanitarie nell'esecuzione delle relative prestazioni[25].

A ben vedere, in questa prospettiva il tema interseca anche la questione relativa alla possibilità di compensare le dequotazioni del principio di legalità in senso sostanziale con il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale[26].

Sul punto, in dottrina non vi è uniformità di vedute. Tuttavia, sembra condivisibile l'idea che quantomeno l'individuazione delle ipotesi in cui gli atti delle autorità abbiano efficacia vincolante dovrebbe trovare sede in un atto avente forza di legge, e non essere rimessa alla decisione dell'autorità di regolazione o dell'organo che, pur autorevolmente, svolge una funzione consultiva. Ciò potrebbe rappresentare un punto di equilibrio tra la necessaria discrezionalità dell'autorità e la certezza del diritto: consentirebbe, da un lato, di rispondere all'esigenza – ormai ineludibile – di flessibilità della regolazione e, dall'altro, di preservare il dominio del Parlamento in ordine alla decisione non già del contenuto della regola, ma almeno l'estensione dell'area di ciò che deve essere regolato con efficacia vincolante[27].

Ciò premesso sul piano generale e ritornando al tema delle linee guida, l'interesse per una riflessione che specificamente le riguardi nasce, come già accennato, da un dato quali-quantitativo: ad esse si fa ricorso in svariati settori dell'ordinamento in modo sempre più frequente e pervasivo, in funzione di integrazione praticamente necessaria delle fattispecie disciplinate dalle fonti normative.

Nel contesto italiano si osserva infatti il ruolo incisivo che esse hanno progressivamente acquisito, per esempio, in ambito di responsabilità amministrativa degli enti pubblici, sicurezza sul lavoro, privacy, energia e agricoltura, nel diritto sportivo, nonché in due settori che hanno assunto, per svariate ragioni, un valore paradigmatico. Peculiare e nota è la vicenda delle linee guida ANAC, contemplate nel d.lgs. n. 50/2016 a fronte della rinuncia, da parte del legislatore delegato, alla adozione di un regolamento di attuazione e la cui atipicità, già peraltro normativamente strutturata e circoscritta, è stata comunque ridimen-

[24] Le procedure di consultazione sono reperibili sul sito del Sistema Nazionale delle Linee Guida dell'Istituto Superiore di Sanità: *ww.snlg.iss.it*.

[25] Trattasi della legge recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie». L'art. 5 («Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida») stabilisce, al c. 1, che le linee guida contenenti le raccomandazioni rivolte agli esercenti le professioni sanitarie siano elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute.

[26] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 2182/2016 e Corte cost., n. 69/2017.

[27] D. Girotto, *Su alcuni atti atipici, ripensando al principio di legalità e alla distinzione tra* hard *e* soft law, in C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti, C. Mainardis (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 77 ss.

sionata dal d.l. n. 32/2019, riducendo lo spazio delle linee guida vincolanti[28]. E parimenti rilevanti e conosciute sono le questioni sottese all'importante funzione delle linee guida in campo medico, dove lo scopo precipuo al quale assolvono è, da un lato, proceduralizzare la scienza medica per migliorare i risultati di cura, dall'altro lato, preservare la libertà e l'indipendenza della professione sanitaria, contribuendo a definire il perimetro della responsabilità[29].

Da ultimo, un'ulteriore e notevole dilatazione dell'utilizzo delle linee guida è da ricondursi alla loro proliferazione nel recente periodo emergenziale, sia per i rinvii a esse operati nella normativa di rango primario, sia per la loro allegazione ai vari d.p.c.m.[30], circostanza che rende ancor più opportuno indagarne il regime giuridico.

---

[28] Sulle linee guida dell'ANAC la letteratura è vastissima: si ricordano, senza pretesa di esaustività, F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, n. 2, pp. 381 ss.; G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, n. 2, pp. 273 ss.; M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, n. 4, pp. 436 ss.; C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *Giustamm.it*, 2016, n. 4; C. Deodato, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 2; G.A. Giuffrè, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 2; F. Marone, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, n. 3, pp. 743 ss.; N. Paolantonio, *Tipicità della determinazione amministrativa e fonti*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, n. 1, pp. 165 ss.; D. Profili, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida ANAC tra effettività e ragionevolezza*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, n. 4, pp. 1293 ss. Per riferimenti alla dottrina successiva al d.l. c.d. "sblocca cantieri", v. *infra*, *sub* nota n. 41.

[29] In generale, sulle linee guida in ambito sanitario si vedano, *ex multis*: C. Sgroi, *Le fonti del diritto alla prova della pandemia*, in questo numero della *Rivista*, che ne evidenzia il «valore funzionale»; C.M. Masieri, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla legge Gelli-Bianco*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019; A. Conti, *Il significato delle linee guida in medicina legale prima delle recenti norme*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2019, n. 2, pp. 635 ss.; G. Guerra, Evidence-based medicine *e linee guida nella pratica medica americana: considerazioni sul significato giuridico-ermeneutico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, n. 2, pp. 301 ss.; C. Scorretti, *Sicurezza delle cure, linee guida e buone pratiche nella riforma Gelli*, in *Responsabilità medica*, 2018, n. 1, pp. 73 ss.; A. Di Landro, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. 'Mariotti' alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 2, pp. 403 ss.; M. Franzoni, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e Responsabilità*, 2017, n. 3, pp. 271 ss.; D. Roncali, *Le linee-guida e le buone pratiche: riflessioni medico-legali a margine della legge Gelli-Bianco*, ivi, pp. 280 ss.; M. Colacurci, *La legge Gelli-Bianco: tra interpretazione "correttiva" della colpa medica e valorizzazione delle linee guida nella lettura della Suprema Corte*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2017, n. 3, pp. 1155 ss.; G. Sinagra, *Osservanza delle linee guida e buone pratiche nella prospettiva dell'esercente la professione sanitaria*, in *Responsabilità medica*, 2017, n. 4, pp. 539 ss.; P. Ziviz, *Osservanza delle linee guida e buone pratiche: riflessi sulla responsabilità sanitaria*, ivi, pp. 543 ss.

[30] A titolo esemplificativo, contengono rinvii a linee guida: il d.l. 2 marzo 2020, n. 9 (art. 21); il d.l. 8 marzo 2020, n. 114 (art. 2, comma 2; art. 3, comma 3; art. 4, co. 3); il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (art. 83, comma 7; art. 85, comma 3); il d.l. 8 aprile 2020, n. 22 (art. 1, comma 2); il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (art. 1-*ter*; art. 211-*bis*, comma 3); il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (art. 38-*bis*, comma 1; art. 49). Recano in allegato delle linee guida il d.p.c.m. 26 aprile 2020 (allegati 6 e 9), il d.p.c.m. 17 maggio 2020 (allegato 12) e il d.p.c.m. 13 ottobre 2020 (allegati 8 e 9). Per una rassegna dettagliata, V. Desantis, *op. cit.*, pp. 2 ss., noinché A. Poggi, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida in tempo di pandemia*, in questo numero della *Rivista*.

3. Il regime giuridico delle linee guida e delle fonti terziarie: normatività, efficacia e rimedi

Come si è accennato in precedenza, la categoria delle linee guida non appare affatto omogenea e monolitica, ma comprende al suo interno un'ampia varietà di provvedimenti, che si differenziano anche sensibilmente gli uni dagli altri sotto il profilo dell'efficacia giuridica, della normatività e della vincolatività nei confronti dei destinatari.
La natura proteiforme di questo strumento è peraltro ben nota alla dottrina, che a sua volta ha fornito risposte tutt'altro che univoche in merito alla qualificazione giuridica delle linee guida[31]. A chi nega che le linee guida costituiscano delle fonti del diritto in senso proprio, suscettibili di modificare o innovare l'ordinamento giuridico generale, si contrappone chi invece le reputa pienamente idonee a introdurre delle prescrizioni di carattere normativo, tanto che «appare oggi preponderante l'idea che si tratterebbe di vere e proprie fonti non primarie, appartenenti alla fascia delle "fonti secondarie e dintorni" o "di fonti e quasi fonti" difficilmente tipizzabili»[32]. Secondo alcuni, si tratterebbe infatti di atti normativi atipici di rango sub-primario, che esprimerebbero una forma di normazione del tutto nuova e non incasellabile nelle categorie tradizionali[33]. Vi sono poi coloro che, valorizzando i profili tecnici delle linee guida, le assimilano agli atti di normazione tecnica di fonte privata, con funzione integrativa delle disposizioni legislative[34]. Ancora, le linee guida sono state ricondotte alla categoria delle direttive[35] o persino annoverate tra gli strumenti di *soft law*[36]. Infine, come già ricordato, esse sono state qualificate come fonti terziarie del diritto amministrativo e avvicinate così ad altre tipologie di atti, quali le circolari amministrative[37].
Passando ad esaminare il formante giurisprudenziale, le linee guida sono state recentemente qualificate come atti atipici di normazione secondaria che, intervenendo in ambiti squisitamente tecnici, costituiscono l'integrazione e il completamento del principio contenuto nella normativa primaria che ad essi rinvia[38]. Tale ricostruzione è stata accolta da ultimo anche dalla Corte costituzionale, che ha evidenziato la vincolatività e l'imprescin-

[31] Per una panoramica, C. Ingenito, *op. cit.*, p. 872 ss.

[32] Ivi, p. 874.

[33] V. Italia, *op. cit.*, 17 ss. Coerentemente, l'Autore aggiunge che le linee guida sono soggette al principio *iura novit curia*, in quanto «fanno parte delle regole normative, e quindi dello *ius*» (ivi, p. 33).

[34] A. Moscarini, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, Luiss University Press, 2015, p. 63. Sul punto cfr. C. Ingenito, *op. cit.*, p. 874.

[35] G. Morbidelli, *op.cit.*, pp. 273 ss.

[36] Sul tema del *soft law* v. più diffusamente *infra*.

[37] M. Mazzamuto, *op. cit.*, *passim*, nonché F. Cintioli, *op. cit.*, pp. 381 ss.

[38] Cass. civ., SS.UU., n. 10018/2019. Sul punto, C. Ingenito, *op. cit.*, p. 876.

dibilità delle linee guida come strumenti di completamento delle disposizioni di rango legislativo, con le quali formano un corpo unico[39].
Altre volte, tuttavia, le linee guida sono state definite come mere raccomandazioni e direttive di massima per i destinatari, oppure ne è stato negato il carattere precettivo, relegandole ad una funzione strettamente ricognitiva di principi di carattere generale e di ausilio interpretativo alle amministrazioni cui sono rivolte[40].
Infine, con particolare riferimento alle linee guida dell'ANAC, è noto come il Consiglio di Stato, rendendo il proprio parere sullo schema di decreto approvativo del nuovo Codice dei contratti pubblici, abbia enucleato e distinto le varie tipologie di linee guida sulla base della vincolatività e della conseguente collocazione nel sistema delle fonti[41]. In particolare, si è consolidata la tripartizione fra linee guida adottate con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti su proposta dell'ANAC, linee guida adottate con delibera dell'ANAC e aventi efficacia vincolante *erga ommes* e, infine, linee guida adottate con delibera dell'ANAC e aventi efficacia non vincolante[42].
Più specificamente, gli atti appartenenti alla prima categoria sono stati parificati *in toto* ai regolamenti ministeriali, cioè ad atti normativi secondari dotati dei caratteri di generalità, astrattezza, vincolatività e innovatività dell'ordinamento giuridico. Per quanto concerne le linee guida vincolanti adottate dall'ANAC, si è ritenuta preferibile la qualificazione giuridica in termini di atti amministrativi generali rientranti nel *genus* degli atti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, stante la difficile configurabilità di una natura normativa *extra ordinem* «in assenza di un fondamento chiaro per un'innovazione così diretta del nostro sistema delle fonti»[43]. Infine, il Consiglio di Stato ha inquadrato le linee guida non vincolanti tra gli atti amministrativi generali, salvo poi assimilarle alle circolari amministrative in un successivo intervento[44].
In sostanza, sembrerebbe pertanto fondata la constatazione che la denominazione "linee guida" si riduca di fatto ad un'etichetta o, se si preferisce, ad un contenitore al cui interno possono trovarsi atti giuridici diversi ed eterogenei[45].

---

[39] Corte cost., n. 89/2018 e n. 89/2019. Sull'utilizzo delle linee guida da parte della Consulta v. più ampiamente C. Ingenito, *op. cit.*, pp. 877 ss.

[40] C. Ingenito, *op. cit.*, 877 ss., dove vengono ricordate a titolo esemplificativo Cass. pen., sez. IV, n. 28187/2017 per l'ambito penalistico e T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, n. 7934/2019, per quanto concerne la giurisdizione amministrativa.

[41] Cons. Stato, comm. spec., n. 855/2016.

[42] Peraltro, tale suddivisione delle linee guida ANAC è stata recentemente messa in discussione e in parte intaccata dall'ultimo intervento di riforma, recato dal d.l. 32/2019 (c.d. decreto "sblocca cantieri"). Sul punto, cfr. M.P. Chiti, *Il decreto "sblocca cantieri": ambizioni e limiti*, in *Gior. dir. amm.*, 2019, n. 6, pp. 719 ss.; R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 "sblocca cantieri"*, in *Urb. app.*, 2019, n. 4, pp. 443 ss.; I. Cavallini, M. Orsetti, *I reali effetti del c.d. "sblocca cantieri" sulle Linee Guida ANAC: un'occasione mancata per il tramonto del sistema di* soft law, in *Azienditalia*, 2020, pp. 496 ss.

[43] Cons. Stato, comm. spec., n. 855/2016, § II.g) 5.

[44] Cons. Stato, comm. spec., n. 1767/2016.

[45] C. Ingenito, *op. cit.*, p. 875.

3.1. Le fattispecie normativamente strutturate e le linee guida aventi efficacia diretta esterna alla P.A.

Alla luce di quanto appena evidenziato, risulta indubbiamente arduo tentare di enucleare un regime giuridico unitario e applicabile a tutte le tipologie di atti presenti nell'ordinamento che ricevono la qualifica formale di linee guida. Talvolta lo statuto giuridico è stabilito *ad hoc* dalla stessa fonte normativa che attribuisce, in capo a singoli enti, la capacità di emanare una specifica tipologia di linee guida. In tal caso, esse sono accompagnate da una disciplina legale che ne determina l'efficacia e il rango all'interno del sistema delle fonti, precisandone anche la maggiore o minore vincolatività nei confronti dei destinatari[46].

Ove le linee guida siano incorporate in un decreto ministeriale, come spesso accade, queste parrebbero produrre effetti giuridici in virtù della loro veste formale[47]: da ciò si dedurrebbe la natura regolamentare delle linee guida come fonti normative secondarie, benché la giurisprudenza, come si è visto, riveli una realtà ben più complessa. Analogamente, per quanto concerne più nello specifico le linee guida emanate nel contesto dell'emergenza da Covid-19, alcune di esse sono state allegate ai d.p.c.m., il che potrebbe suggerire anche in questo caso un'efficacia analoga alla fonte che le incorpora[48].

Un significativo fattore di variabilità dell'efficacia precettiva delle linee guida è rappresentato dalla tipologia di destinatari a cui si rivolgono in prima battuta: cittadini, imprese, ordini professionali, pubbliche amministrazioni. Le linee guida dirette ad amministrazioni pubbliche paiono volgersi ad uniformare differenti orientamenti applicativi della legge in presenza di discrezionalità amministrativa. Quelle dirette a categorie professionali sembrano piuttosto orientare tali attività professionali a standard internazionali o condivisi da specifiche comunità tecnico-scientifiche. Ma ancora, come si diceva, ricevono la denominazione di linee guida anche documenti destinati all'intera collettività di cittadini.

Il profilo dei destinatari, da solo, non può di certo essere dirimente per stabilire il grado di percettività o di vincolatività delle linee guida, ma nondimeno può risultare utile come criterio ausiliario per individuarne la tipologia e la collocazione nel quadro delle fonti, anche alla luce degli effetti giuridici che esse eventualmente producono al di fuori del perimetro della P.A.

---

[46] Tra le linee guida connotate da una compiuta regolamentazione normativa spiccano certamente quelle emanate dall'ANAC, sulle quali si è formata altresì una copiosa produzione giurisprudenziale. Per la letteratura sul tema v. *supra*, *sub* nota 27.

[47] M. Caputo, *op. cit.*, 11. Si veda anche A. De Tura, *La rilevanza delle linee guida e dei percorsi diagnostico-terapeutici*, in R. Balduzzi (a cura di), *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 247 ss.

[48] Con tutte le problematiche, ben evidenziate in dottrina, riguardanti la forza giuridica delle ordinanze contingibili ed urgenti adottate con d.p.c.m., sulla base dell'attribuzione di poteri di ordinanza *extra ordinem* al Presidente del Consiglio dei ministri da parte di fonti di rango primario (decreti-legge). In particolare è stato evidenziato, tra l'altro, il carattere di mera delega "in bianco" in cui si sostanzierebbe *de facto* il conferimento dei poteri di ordinanza *extra ordinem* da parte dei decreti-legge, in violazione della riserva di legge sostanziale: v., *ex multis*, L.A. Mazzarolli, *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo* extra ordinem*, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *Federalismi.it*, 23 marzo 2020.

In questo senso, è possibile operare una distinzione di massima tra le linee guida che si rivolgono direttamente ai soggetti privati esterni alla P.A., e quelle che viceversa hanno come destinatari in prima battuta gli organi interni all'amministrazione, chiamati ad applicare le relative disposizioni. Le prime sono suscettibili di incidere in via diretta sulle situazioni giuridiche soggettive dei privati, laddove le seconde necessitano dell'interposizione degli organi della P.A. per essere attuate e producono un'efficacia giuridica di tipo mediato nei confronti dei soggetti esterni, secondo le modalità che illustreremo nel prosieguo.
La potestà di emanare linee guida che incidono in via diretta sulla sfera giuridica dei consociati discende, tipicamente, da un'esplicita attribuzione legislativa. Viceversa, le linee guida che si rivolgono agli organi appartenenti alla P.A., al fine di regolarne e indirizzarne l'attività istituzionale, possono altresì fondarsi sulla potestà di auto-organizzazione generalmente attribuita agli enti pubblici[49]. Ne discende che le linee guida dotate di efficacia esterna sono verosimilmente abbinate ad una disciplina *ad hoc* o vengono più facilmente incorporate nella fonte che le istituisce, mutuandone così il rango e l'efficacia giuridica, mentre è possibile che le linee guida aventi come destinatari gli organi della P.A. siano sfornite di un'apposita regolamentazione e richiedano pertanto l'individuazione di un regime giuridico di carattere residuale.
Con specifico riferimento a quest'ultima tipologia di linee guida, è necessario dunque interrogarsi se sia possibile delineare una disciplina giuridica uniforme, anche al di là delle ipotesi in cui sia rinvenibile un esplicito dettato legislativo in merito.

3.2. Le linee guida rivolte a organi della P.A. e la variabile della vincolatività

Come si è appena precisato, le linee guida che si rivolgono agli organi amministrativi pongono con maggiore frequenza il problema di determinarne con precisione l'efficacia e la vincolatività nei confronti dei destinatari, la rilevanza giuridica in relazione ai soggetti privati e i rimedi azionabili da questi ultimi nelle ipotesi di esercizio illegittimo dell'azione amministrativa, qualora la fattispecie manchi di una specifica disciplina normativa.
In merito al grado di vincolatività delle disposizioni contenute nelle linee guida, questo dipende evidentemente dal contenuto e dal tenore testuale delle linee guida stesse: come è stato osservato, quando il legislatore non stabilisce esplicitamente la qualificazione giuridica delle linee guida, «essa deve essere derivata dal contenuto e dai vincoli che sono stabiliti nei confronti dei destinatari, nonché dalle conseguenze nei confronti degli altri soggetti»[50].
Le linee guida possono contenere vincoli di varia natura ed intensità, da quelli più generici, che lasciano un ampio margine di discrezionalità applicativa in capo ai destinatari, sino ai vincoli più specifici e stringenti, che però non arrivano mai a configurarsi come ordini

[49] Cfr. V. Italia, *op. cit.*, pp. 53 ss.
[50] Ivi, p. 15.

tassativi di dettaglio per i destinatari[51]. Piuttosto, le linee guida fissano degli obiettivi e al contempo erigono «dei binari o degli argini»[52], all'interno dei quali i destinatari possono scegliere, con maggiore o minore discrezionalità, le modalità di svolgimento concreto della loro attività.

Posto che solitamente le linee guida non si limitano a esprimere dei meri consigli o esortazioni, ma sono caratterizzate da un contenuto autenticamente prescrittivo[53], gli argini che esse innalzano per convogliare l'attività dei soggetti destinatari possono a loro volta presentare un carattere cogente oppure flessibile.

Se le prescrizioni hanno natura cogente e imperativa, ai destinatari è in linea di principio preclusa la possibilità di discostarsi da esse, oltrepassando i binari prefissati dalle linee guida[54]. Pertanto, la violazione delle linee guida vincolanti dà sempre luogo ad un vizio di legittimità, che si atteggia normalmente ad eccesso di potere dovuto a violazione di un atto generale presupposto da parte dell'atto applicativo[55]. Si avrà invece violazione di legge quando le linee guida integrano direttamente il precetto normativo[56], configurandosi come vera e propria *lex specialis* la cui osservanza da parte delle amministrazioni destinatarie sia esplicitamente imposta dalla norma, sicché la violazione dell'atto generale presupposto determina *ipso facto* – come parametro interposto – la violazione del precetto normativo stesso[57]. Proprio il valore integrativo del precetto primario, peraltro, è stato utilizzato dal Consiglio di Stato come indice sintomatico dell'efficacia vincolante delle linee guida[58].

Normalmente, però, le linee guida contengono indicazioni e disposizioni di carattere non vincolante, ossia astrattamente suscettibili di essere derogate nel caso concreto dagli organi amministrativi che ne sono destinatari. In questa ipotesi, al mancato rispetto delle disposizioni contenute nelle linee guida l'ordinamento non ricollega in via generale alcuna sanzione o conseguenza giuridica in termini di efficacia o validità degli atti derogatori;

[51] Ivi, pp. 29 ss.

[52] L'espressione è di V. Italia, ivi, p. 6.

[53] Ivi, p. 8.

[54] Un esempio di linee guida cogenti è rappresentato dalle linee guida vincolanti dell'ANAC, che tuttavia hanno recentemente subito un deciso ridimensionamento ad opera del d.l. 39/2019 (c.d. decreto "sblocca cantieri"). Sul punto v. *supra*, *sub* nota 41.

[55] Sono infatti tradizionalmente annoverate tra le figure sintomatiche dell'eccesso di potere la violazione di circolari, linee guida, norme interne, ordini, istruzioni, prassi o, più in generale l'inosservanza dei limiti, dei parametri e dei criteri prefissati per lo svolgimento dell'azione amministrativa: v., per es., E. Casetta, *op. cit.*, pp. 582 ss. Se il contrasto intercorre tra due atti emanati dalla stessa amministrazione e aventi il medesimo oggetto, si realizza in particolare l'eccesso di potere per contraddittorietà estrinseca: cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 5000/2005, e T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, n. 2309/2014.

[56] Chiaramente, ricorre sempre il vizio di violazione di legge se si ritiene che le prescrizioni delle linee guida si configurino in ogni caso come norme giuridiche in senso proprio: sul punto v. V. Italia, *op. cit.*, p. 62.

[57] Lo stesso meccanismo si verifica in relazione al piano regolatore generale o al bando di gara, la cui inosservanza comporta in via mediata la violazione della norma della legge di cui tali atti costituiscono diretta integrazione e specificazione (cfr. Cass. pen., sez. III, n. 15166/2018; Cons. Stato, sez. V, n. 8821/2019).

[58] Cons. Stato, comm. spec., n. 1919/2016.

pertanto i destinatari sono teoricamente liberi – nei termini che si specificheranno a breve – di discostarsi dalle indicazioni fornite dalle linee guida.

3.3. *Le* linee guida non vincolanti e l'analogia con le circolari amministrative

In assenza di una disciplina normativa *ad hoc*, il regime giuridico delle linee guida non vincolanti che si rivolgono a organi della P.A. può essere ricavato in via analogica a partire da quello elaborato in giurisprudenza per le circolari amministrative[59]. Una precisa indicazione in tal senso proviene dal Consiglio di Stato, il quale, come già accennato in precedenza, ha espressamente equiparato le linee guida non vincolanti dell'ANAC alle circolari amministrative sul piano dell'efficacia giuridica nei confronti dei destinatari e della disciplina rimediale nelle ipotesi di invalidità[60]. Tale ricostruzione può essere ragionevolmente estesa al di fuori del perimetro delle linee guida dell'ANAC, fino ad assumere una valenza generale e ricomprendere tutte le tipologie di linee guida non cogenti che si rivolgano alle pubbliche amministrazioni e siano sprovviste di un'apposita disciplina normativa.

L'assimilazione giurisprudenziale fra linee guida non vincolanti e circolari può peraltro corroborare la tesi all'emersione di una categoria omogenea di fonti terziarie, intese come atti di normazione flessibile che hanno un'efficacia non vincolante nei confronti dei destinatari, siano essi organi della stessa autorità che ha emano l'atto, oppure altre pubbliche amministrazioni. In quest'ottica, solo le linee guida non cogenti – così come le circolari non vincolanti[61] – sono propriamente riconducibili all'ambito degli strumenti di normazione flessibile, e quindi annoverabili tra le fonti terziarie, con conseguente possibilità di identificare un regime giuridico comune applicabile a ciascuna tipologia di atto rientrante nel *genus* delle fonti terziarie.

Per quanto concerne la natura giuridica e l'efficacia delle circolari, il consolidato insegnamento giurisprudenziale, affermatosi sia nell'ambito della giurisdizione amministrativa[62]

---

[59] Evidenzia l'affinità tra linee guida e circolari anche V. Italia, *op. cit.*, p. 20. Sulle circolari si vedano, senza pretesa di esaustività, M.S. Giannini, *Circolare*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960; A. Catelani, *Le circolari della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1984; M.P. Chiti, *Circolare (circolare amministrativa)*, in *Enc. giur.*, Vol. VI, Roma, Ist. Enc. It., 1988; P.S. Di Genio, *Le circolari amministrative*, Salerno, Reggiani, 1989; F. Bassi, *Circolari amministrative*, in *Dig. disc. pubb.*, Vol. III, Torino, UTET, 1989, pp. 54 ss.; C. Tubertini, *Circolari amministrative*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 858 ss.; F. Saitta, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Tomo I, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 233 ss.

[60] Il Consiglio di Stato ha infatti chiarito che i destinatari hanno la facoltà di discostarsi dalle indicazioni contenute nelle linee guida non vincolanti dell'ANAC, fornendo all'uopo «una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa», in difetto della quale «la violazione delle linee guida può essere considerata come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, *sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari*» (Cons. Stato, comm. spec., n. 1767/2016, § 5.3, corsivo aggiunto).

[61] Sulle circolari vincolanti v. *infra*, *sub* nota 63.

[62] Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 4466/2001; Cons. Stato, sez. V, n. 7521/2010; Cons. Stato, Ad. Plen., n. 19/2011; Cons. Stato, sez. VI, n. 4859/2012; Cons. Stato, sez. IV, n. 3457/2012; Cons. Stato, sez. IV, n. 2916/2013; Cons. Stato, sez. IV, n. 5231/2015;

che di quella ordinaria di legittimità[63], le ha qualificate come atti regolatori interni all'amministrazione, diretti agli organi o agli uffici periferici o sottordinati al fine di disciplinarne l'attività. Le circolari sono prive di valore normativo o provvedimentale nell'ordinamento giuridico generale e non vincolano né i soggetti estranei alla P.A. né, nella generalità dei casi, gli stessi organi della P.A. che sono destinatari delle relative prescrizioni[64]. Questi ultimi sono infatti legittimati a disattendere le circolari nel caso concreto, fornendo tuttavia un'apposita e adeguata motivazione, in difetto della quale gli interessati possono impugnare gli atti derogatori lamentando il vizio di eccesso di potere. In altre parole, viene imposto un onere motivazionale aggiuntivo in capo ai destinatari delle circolari qualora non intendano conformarsi ad esse; il mancato o incompleto assolvimento di tale onere comporta l'invalidità del provvedimento che se ne discosti[65].

In merito al profilo rimediale connesso alla giustiziabilità delle circolari affette da vizi di legittimità, queste possono essere disapplicate nel caso concreto tanto dagli organi amministrativi cui primariamente si rivolgono, quanto dal giudice ordinario e amministrativo[66]. Inoltre, sono suscettibili di impugnazione e annullamento congiuntamente all'atto applicativo lesivo, oppure in via autonoma e diretta, se caratterizzate da una portata immediatamente lesiva nei confronti di soggetti estranei alla P.A., secondo lo schema tipico dell'impugnazione degli atti amministrativi generali e degli atti normativi[67].

Un regime analogo, alla luce di quanto osservato in precedenza, potrebbe pertanto essere applicato alle linee guida destinate agli organi della P.A. e qualificate come fonti terziarie, ossia non vincolanti.

Cons. Stato, sez. IV, n. 310/2016; Cons. Stato, sez. IV, n. 1458/2016; Cons. Stato, sez. III, n. 4478/2016; Cons. Stato, sez. III, n. 5047/2016; Cons. Stato, sez. IV, n. 5664/2017; Cons. Stato, sez. VI, n. 5532/2018; Cons. Stato, sez. IV, n. 7098/2018; Cons. Stato, sez. IV, n. 367/2019; T.A.R. Veneto, sez. I, n. 397/2019.

[63] Cfr. Cass. SS.UU., n. 23031/2007; Cass. civ., sez. V, n. 237/2009; Cass. pen., sez. IV, n. 15272/2010; Cass. pen., sez. III, n. 19930/2011; Cass. civ., sez. V, n. 2850/2012; Cass. pen., sez. III, n. 25170/2012; Cass. civ., sez. V, n. 5137/2014; Cass. civ., sez. V, n. 5937/2017; Cass. civ., sez. V, n. 6185/2017; Cass. civ., sez. lav., n. 24585/2018.

[64] Fanno eccezione le ipotesi di circolari pienamente vincolanti e inderogabili da parte degli organi destinatari. Un esempio è rappresentato dalle circolari del Ministero dell'Interno in materia di stato civile: il Consiglio di Stato ha infatti chiarito che «le istruzioni ministeriali in questo settore dell'ordinamento sono normalmente contenute in circolari vincolanti per ogni ufficiale dello stato civile, che deve ad esse uniformarsi [...] a differenza delle altre circolari interpretative che, ordinariamente, sono prive di efficacia vincolante nei confronti degli organi periferici» (Cons. Stato, sez. III, n. 4478/2016, § 6.8-6.9; in senso conforme anche Cons. Stato, sez. III, n. 5047/2016).

[65] F. Bassi, *op. cit.*, p. 58.

[66] La giurisprudenza ritiene infatti che le circolari non vincolanti per i destinatari non possano vincolare, *a fortiori*, nemmeno il giudice amministrativo investito dell'impugnazione dell'atto applicativo, il quale potrà pertanto disapplicare, anche d'ufficio, la circolare *contra legem* presupposta. Come precisato infatti da Cons. Stato, sez. IV, n. 367/2019, l'impugnazione congiunta delle circolari amministrative non vincolanti «non è comunque necessaria, giacché – se *contra legem* – possono essere disapplicate anche d'ufficio dal giudice investito dell'impugnazione dell'atto applicativo» (§ 6.3). Viceversa, alle fonti terziarie vincolanti (circolari o linee guida) dovrebbe essere applicata *in toto* la disciplina prevista per gli atti amministrativi generali, i quali di norma possono essere disapplicati solamente dal giudice ordinario e non anche dal giudice amministrativo, per non eludere l'onere di tempestiva impugnazione degli atti amministrativi (in via autonoma o congiunta).

[67] F. Bassi, *op. cit.*, p. 59.

Peraltro, a ben vedere, il carattere di non vincolatività delle fonti terziarie – linee guida e circolari – si traduce nella facoltà per i soggetti destinatari di derogare motivatamente alle relative disposizioni, evitando così di incorrere nel vizio dell'eccesso di potere, laddove ai destinatari delle fonti vincolanti non è lasciata altra possibilità se non l'applicazione degli atti presupposti. Ma sul piano dei rimedi giuridici, anche gli atti non vincolanti esprimono senza dubbio un'efficacia esterna di tipo indiretto o mediato, azionabile da parte dei privati interessati qualora gli organi destinatari ne abbiano ingiustificatamente disatteso le indicazioni. Così come accade per gli atti generali di natura vincolante, i privati possono vantare un legittimo affidamento sull'esatta applicazione – o, comunque, sulla motivata e giustificata disapplicazione – delle fonti non vincolanti, e la lesione di tale affidamento genera un vizio di eccesso di potere pienamente giustiziabile.
In altre parole, la (non) vincolatività sembra stemperarsi sul lato rimediale, nell'ottica della tutela del legittimo affidamento che viene garantita sia in relazione alle fonti non vincolanti, sia agli omologhi atti di carattere cogente. Più che una netta linea di demarcazione fra le due categorie di atti, sembrano emergere delle aree di maggiore o minore discrezionalità applicativa conferita ai soggetti destinatari, ma non per questo l'efficacia giuridica degli atti non vincolanti (e la correlativa tutela del legittimo affidamento) può essere liberamente disattesa dagli organi destinatari in difetto di un'adeguata motivazione.
Analogamente, nelle ipotesi in cui la stessa fonte non vincolante sia affetta da illegittimità, essa assume certamente rilevanza giuridica per i soggetti lesi dagli atti applicativi che ne veicolino l'invalidità. Come efficacemente affermato in giurisprudenza, con specifico riferimento alle circolari normative (non vincolanti), «se è vero che le circolari, per loro natura, non possiedono una rilevanza esterna diretta, è però altrettanto vero che esse sono comunque dotate di una rilevanza esterna "mediata", nella misura in cui gli effetti della circolare si ripercuotono sui cittadini attraverso l'intermediazione di un atto amministrativo che, applicando in modo puntuale [...] la disposizione della circolare, va a ledere un interesse legittimo pretensivo od oppositivo della parte privata»[68].

3.4. Linee guida, fonti terziarie e *soft law*

I rilievi che precedono consentono di affrontare l'ultima questione posta con riferimento alla categoria delle fonti terziarie, ovvero la sua qualificazione giuridica in termini di *soft law*. Di fronte alla configurazione di un regime giuridico sostanzialmente uniforme per le fonti terziarie – linee guida e circolari non vincolanti –, è stata infatti avanzata l'ipotesi di utilizzare la formula concettuale del *soft law* per indicare tali tipologie di atti[69].

[68] T.A.R Lazio, Roma, sez. III, n. 7781/2018.

[69] Lo stesso Consiglio di Stato, in alcuni pareri, ha evocato la formula del *soft law* per descrivere le linee guida, in particolare quelle dell'ANAC: cfr. ad es. Cons. Stato, comm. spec., n. 1767/2016 e n. 2284/2016. In generale sul rapporto tra linee guida e *soft law*, si vedano V. Italia, *op. cit.*, pp. 15 ss.; C. Ingenito, *op. cit.*, pp. 872 ss.; D. Bolognino, E. Provenzani, *op. cit.*, pp. 4 ss.; V. Desantis, *op. cit.*, pp. 17 ss. Con specifico riferimento al rapporto tra linee guida ANAC e *soft law*, senza dubbio l'ambito più studiato, cfr. M. Chiarelli, *La* soft regulation *e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*,

Com'è noto, il concetto di *soft law* è originariamente sorto e si è affermato in ambito internazionalistico, ad indicare una categoria di atti (raccomandazioni, risoluzioni, pareri) connotati da una forza giuridica estremamente ridotta, perlopiù limitata alla c.d. *moral suasion* nei confronti dei soggetti destinatari[70]. In tal modo, il *soft law* implica una radicale inidoneità a vincolare i destinatari e, specularmente, una completa libertà per questi ultimi nel disattenderne il contenuto precettivo, senza la previsione di particolari adempimenti motivazionali. Il *soft law* in senso proprio postula, pertanto, la completa non-giustiziabilità e l'assenza di rimedi giuridici nelle ipotesi di inosservanza dei relativi atti, neppure nella prospettiva della tutela del legittimo affidamento dei soggetti interessati alla loro puntuale attuazione. Come corollario, ne deriva che la responsabilità per la violazione degli atti di *soft law* si colloca su un piano prettamente politico e non coinvolge istituti di carattere giuridico.

Viceversa, la disciplina delle linee guida e delle circolari amministrative, lungi dall'omettere di ricollegare alcuna conseguenza giuridica alla pura e semplice violazione delle relative disposizioni, riconosce in via generale una facoltà derogatoria in capo ai destinatari e la subordina ad uno specifico onere motivazionale, la cui inosservanza è pienamente azionabile in giudizio sotto il profilo dell'eccesso di potere. In quest'ottica, le fonti terziarie sono comunque in grado di esprimere un *minimum* di vincolatività che, per quanto cedevole e superabile da parte dei destinatari, può sempre integrare un parametro di legittimità dell'azione amministrativa e assumere così rilevanza sul piano rimediale, con specifico riferimento alla tutela del legittimo affidamento dei privati interessati. Le linee guida (così come le circolari) sono perciò connotate da un'efficacia che non sembra corretto definire radicalmente non vincolante, nell'accezione comunemente utilizzata per descrivere gli strumenti di *soft law*. Come è stato osservato, al di là della maggiore o minore ampiezza di discrezionalità o della diversa intensità delle prescrizioni, il vincolo resta comunque un denominatore comune fra le diverse ipotesi di linee guida e di normazione "flessibile"[71].

2019, n. 3; G.A. Giuffrè, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 2; P. Mantini, *Autorità nazionale anticorruzione e* soft law *nel sistema delle fonti e dei contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2017, n. 2; N. Mari, *Linee Guida ANAC: la* soft law *e la gerarchia delle fonti*, in *ItaliAppalti.it*, 4 aprile 2017; M. Manetti, *Fonti senza forma e presunto* soft law*, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, n. 1; G. Morbidelli, *op. cit.*, pp. 273 ss.; F. Marone, *op. cit.*, pp. 756 ss. In senso contrario alla riconducibilità delle linee guida al concetto di *soft law*, al fine di riconoscere alle prime una qualche legittimazione ridondante sul piano dell'efficacia, A. Poggi, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida in tempo di pandemia*, cit.

[70] Sul *soft law* in generale v., *ex multis*, M. Distefano, *Origini e funzioni del "*soft law*" in diritto internazionale*, in *Lavoro e diritto*, 2003, n. 1, pp. 17 ss.; L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004; A. Poggi, Soft law *nell'ordinamento comunitario*, in AA.VV., *Annuario 2005. L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Padova, CEDAM, 2007, pp. 369 ss.; E. Mostacci, *La* soft law *nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, CEDAM, 2008; A. Somma (cur.), Soft law *e* hard law *nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009; G. Morbidelli, *Degli effetti giuridici della* soft law, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, n. 2, pp. 1 ss.; B. Boschetti, Soft law *e normatività: un'analisi comparata*, ivi, pp. 32 ss.

[71] V. Italia, *op. cit.*, p. 16.

Sembra pertanto preferibile escludere la qualificazione delle fonti terziarie secondo lo schema del *soft law* propriamente inteso, tenuto conto della produzione di effetti giuridici concretamente azionabili in giudizio dai privati e della tutela del legittimo affidamento vantato da questi ultimi. Tale soluzione è corroborata dai rilievi emersi in precedenza circa l'estrema labilità della differenziazione rispetto agli omologhi atti di natura pienamente vincolante, al punto che lo stesso *discrimen* della vincolatività sembra perdere di consistenza sotto il profilo rimediale. Come è stato osservato, la regolazione attuata attraverso le linee guida sembra dunque caratterizzarsi come uno strumento di *fast law*, piuttosto che di *soft law* in senso proprio[72].

4. Considerazioni di sintesi

Riprendendo le considerazioni formulate nella parte generale sulle dinamiche attualmente caratterizzanti il sistema delle fonti, alla luce del caso di studio rappresentato dalle linee guida, è possibile svolgere qualche considerazione di sintesi, sebbene necessariamente interlocutoria. I fenomeni di cui si discute, infatti, hanno un carattere intrinsecamente dinamico e qualunque nuova sistematizzazione, quand'anche configurabile, richiede del tempo per sedimentarsi.

Sul piano teorico generale, il tema che viene in evidenza è quello dell'adeguatezza dei procedimenti di produzione normativa, considerati sotto i profili soggettivo e oggettivo, rispetto alle esigenze di normazione che provengono dalla realtà.

Il fenomeno non è nuovo, come già rilevato e riguarda in varia misura tutte le tipologie di fonti: è dall'avvento delle Costituzioni rigide che gli ordinamenti giuridici hanno cominciato ad assumere connotati sempre più articolati al loro interno; la graduale erosione della sovranità statale da parte di soggetti sovra, inter- e transnazionali, pubblici e privati, si può dire proceda di pari passo con l'evoluzione dell'attuale fase del costituzionalismo, dal secondo dopoguerra in poi.

È tuttavia indubitabile che il disallineamento, in termini di efficacia, tra forme ed esigenze della normazione ha subito una forte accelerazione nel recente passato e specie con riferimento al variegato scenario del rapporto tra fonti primarie e subprimarie. Si potrebbe affermare che ciò richiama, sul terreno delle fonti, uno dei profili (e delle sfide) più affascinanti della teoria della complessità, applicabile a tutte le organizzazioni umane di cui si voglia orientare l'evoluzione: la necessità di passare da una visione programmatica a una visione strategica, ovvero che non miri a predeterminare le fasi del suo sviluppo indipendentemente dalla molteplicità degli eventi e delle contingenze, ma che sia in grado di

[72] G.A. Giuffrè, *op. cit.*, p. 6.

apprendere e di modificarsi proprio sulla base di questi[73]. In altri termini, ragionando sul piano delle fonti, la necessità di configurare sistemi di normazione flessibile.
Si comprende così la proliferazione di regolazioni a contenuto normativo o tecnico-normativo[74], di forma variabile, non cogenti, soggette ad aggiornamenti continui e connesse all'evoluzione delle conoscenze scientifiche e alle relative ripercussioni sul sistema politico, economico e sociale, di cui le linee guida costituiscono un chiaro esempio.
Il tentativo di sistematizzare un quadro sempre più disorganico e complicato si concentra soprattutto sui casi in cui tali regolazioni non siano assunte direttamente dall'ordinamento, acquistando pertanto l'efficacia giuridica della norma che materialmente le recepisce. Il fuoco dell'obiettivo si incentra su quelle fattispecie per le quali difetti una predeterminazione normativa dell'efficacia precettiva e, quindi, della giustiziabilità, ovvero sui casi in cui la tradizionale teoria delle fonti non fornisce indicazioni appaganti.
In questo scenario l'emergenza sanitaria, amplificando alcune tendenze già in atto sul piano della produzione normativa, ha contribuito a riproporre in modo pressante all'attenzione della dottrina la riflessione su un disegno di riordino del sistema delle fonti, che dovrebbe riguardare l'adeguatezza degli strumenti esistenti, l'eventuale necessità di introdurne di nuovi, i criteri ordinatori, i controlli e quant'altro concorre al governo delle dinamiche della normazione e alla definizione del relativo regime complessivo[75].
Soffermandosi sul piano delle fonti subprimarie, può costituire uno spunto per la suddetta riflessione l'idea di individuare un terzo livello di normazione nel sistema delle fonti sulla base del criterio del precetto sovraordinato agli atti individuali e concreti, come proposto da certa dottrina con l'obiettivo di ricondurre a unità una tipologia di atti quanto mai eterogenea, ma che pare a tratti indispensabile in relazione ai complessivi e crescenti bisogni regolativi della pubblica amministrazione.
Non è un caso, d'altro canto, che analoga suggestione sia rinvenibile anche nella dottrina e nella giurisprudenza di altri ordinamenti[76] e ciò è significativo, poiché se la prospettiva comparata, da un lato, permette di cogliere le diverse scelte che ciascun ordinamento opera in relazione ai modi di produzione del diritto, dall'altro, attesta come si tratti in realtà di un fenomeno unitario, con funzioni e problemi comuni, consentendo così di comprendere anche le linee di tendenza evolutive che accomunano gli ordinamenti contemporanei, specie in uno spazio giuridico sempre più armonizzato come quello europeo.

[73] G. Bocchi, M. Ceruti, *La sfida della complessità nell'età globale*, in G. Bocchi, M. Ceruti (cur.), *La sfida della complessità*, Milano, Bruno Mondadori, 2007, *p.* XIV.

[74] Termine qui utilizzato con riferimento al potere regolatorio pubblico, che marca i confini delle attività private in campo economico definendo, specularmente, il ruolo dello Stato e stabilisce i criteri e le modalità per contrastare rischi emersi o emergenti (tipicamente in campo sanitario, ambientale ed alimentare): N. Greco, *Consistenza, articolazione ed ambiguità della "regolazione"*, cit., p. 8.

[75] A. Ruggeri, *Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del Covid-19*, cit., pp. 899 s.

[76] Come ricorda M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., pp. 683 ss.

Le implicazioni connesse alle problematiche a cui si è fatto cenno trascendono, evidentemente, le finalità della presente analisi. Tuttavia non pare inopportuno, in conclusione, formulare un'osservazione relativa all'approccio prospettico che potrebbe essere utilizzato per trovare un punto di sintesi adeguato a definire una sistematizzazione che riconcili, sul piano dell'efficacia, forme ed esigenze della normazione: accostare i due punti di vista da cui, tradizionalmente, costituzionalisti e amministrativisti considerano il sistema delle fonti. Le esigenze regolative emergenti dalla realtà esigono forse una maggiore e reciproca considerazione tra chi guarda alla formazione delle norme giuridiche e chi guarda all'attuazione di esse. In questa prospettiva, l'evoluzione del principio di legalità, intesa come arricchimento del parametro legale, fa intuire che la visione sistemica dell'ordinamento non possa prescindere dall'attenzione per l'articolazione dell'ordinamento stesso in una pluralità di sottosistemi, che vanno ricostruiti nelle loro peculiarità.
Da qui la necessità di riconsiderare alcuni punti di approdo di una teoria delle fonti di ispirazione formale-astratta, qual è quella in cui – come sopra accennato[77] – si riconosce attualmente la dottrina maggioritaria.

[77] V. *supra*, *sub* par. 2.

Le linee guida alla prova della pandemia. Atti di normazione flessibile e sistema delle fonti del diritto*

Dario Martire**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Gli atti di normazione flessibile nella giurisprudenza amministrativa. Forma e sostanza delle linee guida ANAC. – 3. Le linee guida nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 4. Atti di normazione flessibile e pandemia da CoViD-19. Considerazioni conclusive.

Abstract:
L'emergenza epidemiologica di questi ultimi mesi ha creato una situazione del tutto innovativa anche in relazione alle fonti del diritto. I provvedimenti normativi del Governo intervenuti nel periodo emergenziale hanno infatti riportato al centro dell'attenzione scientifica gli strumenti di regolazione flessibile (linee guida, protocolli, raccomandazioni) e le conseguenti problematiche in ordine alla loro pretesa vincolatività. Il presente lavoro si propone di indagare tale fenomeno, focalizzandosi, in particolare, sulla giurisprudenza amministrativa relativa alle linee guida ANAC e sulla giurisprudenza della Corte costituzionale, con l'obiettivo di evidenziare alcune incoerenze rispetto alla teoria ed al sistema delle fonti del diritto.

The health crisis has created a completely innovative situation also in relation to the sources of law. The regulatory measures of the Government intervened have brought back to the center of scientific attention the instruments of flexible regulation (guidelines, protocols, recommendations) and the consequent problems in order to their alleged binding nature. The present work proposes to investigate this phenomenon, focusing, in particular, on the administrative jurisprudence relating to ANAC guidelines and the jurisprudence of the Constitutional Court, with the aim of highlighting some inconsistencies with the theory and the system of sources of law.

---

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.
** Ricercatore in Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", dario.martire@uniroma1.it.

ISSN 2611-8882

1. Introduzione

La gestione della pandemia da CoViD-19 in Italia ha contribuito a rendere il fenomeno delle linee guida un tema centrale per gli studiosi di numerosi settori scientifici, tra i quali rientra il diritto costituzionale. Su di esse negli ultimi anni si è posta l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, focalizzate sulle problematiche relative alla natura giuridica, alle conseguenze derivanti dalla loro violazione ed agli strumenti di tutela azionabili[1].
Le principali questioni investono direttamente il tema delle fonti del diritto e, in particolare, la possibilità che le linee guida siano qualificate come *soft law* – categoria tipica del diritto internazionale ed importata nel diritto interno proprio per inquadrare i nuovi strumenti di regolazione flessibile emersi negli ultimi tempi – o, al contrario, come fonti *stricto sensu*, come regolamenti normativi o, al più, come decreti ministeriali, in una nuova prospettiva di "fuga dal regolamento"[2]; conseguentemente, in relazione anche alla loro possibile violazione, si pone la questione del rispetto del principio di legalità e della tutela dei diritti fondamentali[3]. Peraltro, tali problematiche si connettono alla separazione dei poteri, tema classico del diritto costituzionale, soprattutto se si volge lo sguardo al fenomeno delle Autorità amministrative indipendenti, destinate ad operare con modalità prive di condizio-

[1] Sul fenomeno delle linee guida cfr. M. Manetti, *Fonti senza forma e presunto* soft law*, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Diritto costituzionale*, 2019, n. 1, pp. 55 ss., G. Serges, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, n. 3, pp. 1 ss., C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del* diritto?, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o* consigli?, in *Dir. Amm.*, 2016, n. 3, pp. 273 ss., G.A. Giuffrè, *Le "nuove" dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, 27 novembre 2017, pp. 1 ss., M. Masieri, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla Legge Gelli-Bianco*, Milano, Giuffrè, 2019, G. Corso-E. Balboni (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario. Atti del Convegno svoltosi il 13 luglio 2009 in Roma presso l'Accademia Nazionale dei Lincei*, Torino, Giappichelli, 2011, V. Italia, *Le linee guida e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016, F. Marone, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle font*i, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, C. Ingenito, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 4, e Id., *Il principio di leale collaborazione nelle recenti sentenze della Corte costituzionale in materia ambientale*, in *ambientediritto*.it, G. Carpani – G. Fares, *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Torino, Giappichelli, 2017; sulla precarietà della legge v. il recente lavoro di E. Longo, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, Giappichelli, 2017.

[2] Cfr. A. Moscarini, *Sui decreti del Governo di natura non regolamentare che producono effetti normativi*, in *Giur. Cost.*, 2008, pp. 5075 ss., C. Padula, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Diritto pubblico*, 2010, pp. 365 ss., V. Marcenò, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto normativo tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *Giur. Cost.*, 2011, pp. 999 ss., G. Di Cosimo, *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Macerata, Giuffrè, 2005, G. Tarli Barbieri, *Atti regolamentari e atti pararegolamentari nel più recente periodo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1999, pp. 241 ss., V. Di Porto, *Del ripristino e di altri atti del Governo, più o meno delegificati*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2011, pp. 1 ss., E. Albanesi, *I decreti del Governo "di natura non regolamentare". Un percorso interpretativo*, in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 169 ss.

[3] Sulle implicazioni relative al principio di legalità cfr. G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o* consigli?, cit., p. 273 ss.

namenti da parte del Governo e del potere politico[4] (tra cui spicca, anche per l'interesse che ha suscitato in dottrina e in giurisprudenza, l'Autorità Nazionale Anticorruzione).
Si tratta, già ad una prima analisi, di uno strumento di normazione c.d. flessibile, utilizzato in vari campi e con funzioni decisamente diverse. Senza alcuna pretesa di esaustività si possono infatti citare: le linee guida dell'ANAC (d.lgs. n. 50 del 2016, legge delega n. 11 del 2016); le linee guida in materia di buone pratiche clinico-assistenziali (legge n. 24 del 2017, art. 5); le linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili (*ex* legge n. 387 del 2003); le linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita (legge n. 40 del 2004); infine, le recenti linee guida adottate proprio durante la pandemia da CoViD-19, indirizzate al sistema sanitario ed ai diversi settori economico-sociali destinati a convivere con il rischio di circolazione del virus, atti quindi finalizzati alla prevenzione del contagio nei luoghi di vita sociale e di lavoro.
Emerge a prima vista una situazione del tutto atipica: sembrerebbe infatti che tali strumenti di normazione flessibile siano il risultato della progressiva delegittimazione delle fonti formali, a vantaggio di fonti informali, causato dalla scarsa efficacia delle prime di incidere sulla società[5]. Una scarsa efficacia che, tuttavia, non appare il risvolto della conquista del giuridico da parte del sociale, tipica degli inizi del '900 (secondo l'insegnamento di Santi Romano[6]), bensì il risultato della necessità, da parte statale, di strumenti diversi e più aderenti alle modifiche tecnologiche che solo la scienza riesce ad interpretare (e per tali motivi necessariamente anche più flessibili, in quanto sottoposti ai ritmi sempre più dinamici del mutamento scientifico e delle sue innovazioni). D'altra parte, tuttavia, la scelta di avvalersi di tali strumenti appare più che altro caratterizzato dalla volontà di non assumersi la relativa responsabilità politica, come ad esempio nel caso delle linee guida dell'ANAC, ove il profilo scientifico certamente non sussiste.
Tali riflessioni possono estendersi, anche se con alcune avvertenze, alle linee guida concernenti la pandemia da CoVid-19: nel corso della crisi sono stati infatti adottati vari provvedimenti (decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ordinanze

---

[4] Sulle autorità amministrative indipendenti cfr. G. Amato, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, G. Guarino, *Le autorità garanti nel sistema giuridico*, entrambi in *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, *Annuario AIC 1997*, Padova, Cedam, 1999, pp. 13 e 41 ss., M. Manetti, *Il garante della* par condicio*: potere illegittimo, autorità amministrativa indipendente, o potere dello Stato?*, in F. Modugno (a cura di), Par condicio *e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 104 ss., S. Niccolai, *Le autorità indipendenti nel progetto di revisione costituzionale*, in S. Labriola (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 205 ss., e Id., *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, ETS, 1996, pp. 1 ss., S. Cassese – C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996, R. Perez, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, pp. 126 ss., F. Bassi – F. Merusi (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 1 ss.

[5] M. Manetti, *Fonti senza forma e presunto* soft law*, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., p. 58.

[6] S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Rist. II ed., Firenze, Sansoni, 1967, pp. 113 ss., nonché Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi (1909)*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 12 ss.; cfr. sul tema C. Pinelli, *La Costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell'età repubblicana*, in *rivistaaic*.it, 2015, pp. 5 ss.; sia inoltre consentito rinviare a D. Martire, *Pluralità degli ordinamenti e Costituzione repubblicana*, Napoli, Jovene, 2020, pp. 19 ss.

dei singoli Ministri), che hanno consentito o imposto l'adozione di linee guida contenenti prescrizioni e/o raccomandazioni fortemente incisive dei diritti dei destinatari: tra le tante, a mero titolo esemplificativo, l'art. 1-*ter* (Linee guida per la gestione dell'emergenza epidemiologica presso le strutture per anziani, persone con disabilità e altri soggetti in condizione di fragilità) del d.l. 19 maggio 2020, n. 34[7], l'art. 1, commi 14 e 15 del d.l. 16 maggio 2020, n. 33[8], l'art. 1, comma 2, lett. gg) del d.l. 25 marzo 2020, n. 19[9], nonché, tra i tanti decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, quello adottato e pubblicato il 17 maggio 2020, che ha imposto il rispetto di una serie di linee guida per lo svolgimento delle ordinarie attività quotidiane.

La considerazione per cui tali linee guida si innestano, inevitabilmente, in una situazione di incertezza dettata dai continui mutamenti dovuti alla crisi pandemica (che accresce evidentemente il ritmo stesso dei cambiamenti) impone all'interprete di procedere con estrema cautela nel tentativo di applicare alcuni traguardi interpretativi raggiunti con riferimento agli altri campi in cui gli strumenti di regolazione flessibile e, in particolare, le linee guida hanno operato (e continuano ad operare). Occorre peraltro evidenziare come tali interpretazioni, lungi dall'essere consolidate, abbiano attraversato una lunga fase controversa, sia in dottrina che in giurisprudenza, e sollevino, ancora oggi, dubbi e interrogativi circa la relativa natura giuridica e le conseguenze in caso di violazione.

Prima, quindi, di analizzare le "prescrizioni" contenute nelle ultime linee guida, quelle cioè emanate durante la pandemia, occorre soffermarsi, seppur brevemente, su alcuni punti, più o meno stabili, raggiunti in sede dottrinaria e giurisprudenziale.

[7] Convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77. L'art. 1-*ter* del decreto prevede che "Entro quindici giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Comitato tecnico-scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 32 dell'8 febbraio 2020, adotta *linee guida per la prevenzione, il monitoraggio e la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 presso le residenze sanitarie assistite e le altre strutture pubbliche e private, accreditate, convenzionate e non convenzionate, comunque denominate dalle normative regionali, che durante l'emergenza erogano prestazioni di carattere sanitario, socio-sanitario, riabilitativo, socio-educativo, socio-occupazionale o socio-assistenziale per anziani, persone con disabilità, minori, persone affette da tossicodipendenza o altri soggetti in condizione di fragilità*. 2. Le *linee guida* di cui al comma 1 sono adottate nel rispetto dei seguenti principi: a) garantire la sicurezza e il benessere psico-fisico delle persone ospitate o ricoverate presso le strutture di cui al comma 1; b) garantire la sicurezza di tutto il personale, sanitario e non sanitario, impiegato presso le strutture di cui al comma 1, anche attraverso la fornitura d dispositivi medici e dispositivi di protezione individuale idonei a prevenire il rischio di contagio; c) prevedere protocolli specifici per la tempestiva diagnosi dei contagi e per l'attuazione delle conseguenti misure di contenimento; d) disciplinare le misure di igiene fondamentali alle quali il personale in servizio è obbligato ad attenersi; e) prevedere protocolli specifici per la sanificazione periodica degli ambienti".

[8] Convertito con modificazioni dalla legge 14 luglio 2020, n. 74.

[9] Convertito con modificazioni dalla legge 22 maggio 2020, n. 35.

2. Gli atti di normazione flessibile nella giurisprudenza amministrativa. Forma e sostanza delle linee guida ANAC

La giurisprudenza amministrativa è intervenuta più volte sul tema delle linee guida. In ordine alla loro classificazione, nel parere n. 3235/2019 reso sullo schema relativo alle "Linee guida recanti indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali", il Consiglio di Stato, in occasione dell'istituzione della Commissione speciale per l'esame dello schema di d.lgs. recante il nuovo codice dei contratti pubblici, ha richiamato il suo precedente parere n. 855/2016, ove aveva distinto tre diverse specie di linee guida: quelle adottate con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari; le linee guida adottate con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*; le linee guida adottate dall'ANAC a carattere non vincolante, alle quali era attribuito un valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti di stazioni appaltanti ed operatori economici[10].

La ricostruzione richiamata, ad avviso dello stesso giudice amministrativo, non ha mancato tuttavia di suscitare significative perplessità, con particolare riferimento ai criteri utilizzati per distinguere gli atti connotati dall'obbligatorietà delle scelte di regolazione da quelli intesi invece a suggerire interpretazioni o "pratiche applicative" utili alla risoluzione delle questioni emerse nel corso delle procedure di affidamento[11]. Si tratta, per riprendere la nota espressione di Morbidelli, della dicotomia tra "comandi e consigli", che ha suscitato molti interrogativi in dottrina e che, come vedremo, è stata riproposta anche nell'ambito della normazione emergenziale[12].

Il principale nodo problematico ha investito le linee guida diverse da quelle recepite con decreto ministeriale, in quanto, alle tesi secondo cui «il tenore letterale dell'articolo 213, comma 2, del d.lgs. 50/2016 non avrebbe consentito di riconoscere alle linee guida alcun valore vincolante, se non nelle ipotesi espressamente previste dalla legge, si opponevano quanti, valorizzando l'opportunità di una valutazione casistica, affermavano l'intrinseca efficacia obbligatoria degli atti che avessero trovato espressione in precetti attuativi o integrativi della fonte primaria»[13].

L'entrata in vigore del nuovo comma 27-*octies* dell'art. 216 d.lgs. n. 50/2016 ha ridotto ulteriormente l'area delle linee guida vincolanti, limitata alle residue ipotesi in cui le norme del codice dei contratti pubblici espressamente rinviino all'apporto attuativo o integrativo

[10] Su cui v. C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte* del diritto?, cit., pp. 11 ss.; v. anche i lavori degli Autori richiamati alla nota 1.

[11] Cfr. il parere n. 3235/2019, punto n. 5.2.1.

[12] G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., p. 273 e, ancora prima, N. Bobbio, *Comandi e consigli*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, pp. 369 ss.

[13] Cfr. il parere n. 3235/2019, punto n. 5.2.1.

dell'Autorità[14]. Peraltro, tali conclusioni si riferivano espressamente ai poteri dell'ANAC in materia di contratti pubblici (rimanevano esclusi tutti gli altri, anche regolamentari, attribuiti nelle altre materie di sua competenza).

Nel parere della Commissione speciale n. 1903/2016, il Consiglio di Stato, in relazione alle linee guida sull'affidamento dei contratti pubblici c.d. "sotto-soglia", ha affermato che esse, in quanto non vincolanti, sono atti amministrativi generali, con conseguenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo ed hanno lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti. La natura non vincolante delle linee guida, desumibile dalla forma discorsiva adottata, ha giustificato, in tal caso, un minore rigore nell'enucleazione dell'indirizzo impartito all'amministrazione. Sul fronte relativo al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti, si è rilevato che l'eventuale non osservanza di quanto disposto dall'Autorità comporta l'adozione di un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa.

Nel parere n. 1920/2016 sullo schema di regolamento ANAC per il rilascio dei pareri di precontenzioso (ex art. 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), dopo avere riproposto la classificazione delle linee guida (vincolanti e non), la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha affermato che «il decreto in esame è essenzialmente rivolto all'interno, anche se con inevitabili ricadute sui terzi, mentre le linee guida vincolanti sono rivolte all'esterno; ciò conferma la sua natura di regolamento di organizzazione»[15].

Ulteriore aspetto controverso era poi rappresentato dalla necessità di individuare criteri sufficientemente precisi per distinguere le linee guida vincolanti da quelle non vincolanti, con riferimento, evidentemente, a quei casi in cui il legislatore fosse rimasto silente sul

[14] Il nuovo comma 27-*octies* ha infatti previsto l'adozione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della l. 400/1988, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del codice dei contratti pubblici, in una serie di materie (ma non la totalità delle norme del codice dei contratti pubblici, il cui contenuto precettivo può essere attuato o integrato dall'ANAC con linee guida vincolanti).

[15] La distinzione tra efficacia interna ed esterna delle linee guida sembra riecheggiare quella tra norma interna ed esterna; Giannini, a proposito della vincolatività della circolare, si esprimeva in tal senso: «È vuoto di senso chiedersi se la circolare vincoli o no il giudice; la circolare non può vincolare nessuno; l'atto notificato per circolare vincolerà i vari soggetti secondo quanto comporta la sua natura; mai tuttavia il giudice, perché nessuno degli atti notificati per circolare può "vincolare" il giudice. La questione poteva farsi limitatamente alle norme interne notificate per circolare, ma oggi è pacifico che le norme interne non vincolano né l'autorità giurisdizionale né i cittadini»; cfr. M. Giannini, *Circolare (voce)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, Giuffrè, 1960. Sulla nozione di norma interna cfr. poi Id., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 992 ss., S. Romano, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, II, Milano, Giuffrè, 1950, rist. 1990, pp. 102 ss., F. Bassi, *La norma interna*, Milano, Giuffrè, 1963, E. Silvestri, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950, V. Ottaviano, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, Milano, Giuffrè, 1958, O. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo. I. Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, Pierro, 1912, pp. 193 ss., G. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Torino, F.lli Bocca, 1913, pp. 456 ss., G. Salemi, *Le circolari amministrative*, Palermo, A. Reber, 1913, G. Zanobini, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, II, 1915, pp. 321 ss., E. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Roma, Athenaeum, 1917, pp. 81 ss.; recentemente v. i lavori di G. Melis, *La nascita dell'amministrazione nell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, III, 2010, pp. 456 ss., M.G. Cianferotti, *L'attività interna nella storia dell'amministrazione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, pp. 737 ss., M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, FrancoAngeli, 2020.

punto e, di conseguenza, avesse lasciato all'interprete l'arduo compito di stabilire in quali circostanze si fosse in presenza dell'una piuttosto che dell'altra.
Nel parere n. 2189/2019 viene anzitutto richiamata una prima tesi dottrinaria, secondo cui le linee guida possono essere considerate vincolanti solo nel caso in cui il legislatore le qualifichi espressamente come tali. Trattandosi di un criterio formale, è la stessa denominazione "linee guida" a far propendere per la natura non vincolante delle medesime, ad eccezione dei casi in cui sia la legge a stabilire il contrario; peraltro era lo stesso art. 213, comma 2, del codice che attribuiva in via generale all'autorità il potere di adottare linee guida ed altri strumenti di regolazione flessibile, lasciando intendere che fossero strumenti di c.d. soft law, salvo espressione contraria del legislatore[16]. Secondo altra dottrina, invece, è necessario fare leva su un criterio, potremmo dire, funzionale: la natura vincolante delle linee guida deve infatti essere ricostruita alla stregua della funzione loro demandata dal codice. Se il codice attribuisce loro il compito di integrare e attuare il precetto primario, allora ci si trova innanzi a linee guida vincolanti. In caso contrario, quando cioè la loro funzione sia quella di dettare buone prassi applicative di norme già "complete", allora si è in presenza di linee guida non vincolanti[17].
Partendo da tale prospettiva, il Consiglio di Stato ha precisato che «predicare di un atto amministrativo la vincolatività delle sue disposizioni, significa attribuirgli efficacia normativa, vale a dire la capacità di innovare nell'ordinamento giuridico introducendo norme giuridiche, cioè generali e astratte, sia pure di livello secondario. Ciò da un lato implica che, come già osservato, il conferimento di tale potere avvenga solo attraverso una norma primaria, dall'altro qualifica indefettibilmente il contenuto del precetto esclusivamente come l'incisione diretta su posizioni giuridiche soggettive siano interessi legittimi, siano diritti soggettivi o potestà di soggetti pubblici. In effetti, tale capacità di incisione costituisce il discrimine tra una norma giuridica e un mero atto di indirizzo, interpretazione, suggerimento o raccomandazione. La disamina caso per caso sopra richiamata, quindi, deve anche analizzare le conseguenze giuridiche della disposizione in ordine alla limitazione delle posizioni giuridiche soggettive. Solo quando sia chiaro, dal dettato della norma primaria, che il legislatore ha inteso comprimere direttamente una posizione giuridica soggettiva, allora l'atto amministrativo può dirsi qualificato da vincolatività/normatività»[18].

[16] M. Clarich, *La funzione di regolazione e le fonti dl diritto. Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 87.

[17] G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o* consigli?, cit., pp. 273 ss., il quale precisa che la natura vincolante è consustanziale a talune delle regolazioni di cui ANAC è onerata *ex lege*, soprattutto nei casi in cui le materie non possono che essere disciplinate attraverso norme precettive; è quindi necessario procedere ad una disamina caso per caso, potendosi riconoscere il carattere non vincolante quando si traducono o in esplicitazione dei principi generali o in mere parafrasi o ripetizioni di norme di legge, oppure in suggerimenti e raccomandazioni volte a favorire l'adozione di comportamenti omogenei.

[18] In termini non contrastanti v. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6026/2018, che ha ritenuto le linee guida dell'ANAC n. 2 del 21 settembre 2016 (in tema di 'Offerta economicamente più vantaggiosa') non vincolanti.

Da questa brevissima analisi possiamo inferire che la principale problematica ha ruotato intorno al tipo di qualificazione del singolo intervento normativo tramite linee guida ed alla connessa distinzione tra linee guida vincolanti e linee guida non vincolanti. Tali questioni si legano ad un presupposto che, ad avviso di chi scrive, risulta di particolare importanza, in quanto espressione di un continuo passaggio dalla forma alla sostanza (e viceversa) dell'atto di volta in volta considerato.

Le linee guida, per come si sono venute affermando nell'ordinamento, smentiscono, evidentemente, il significato letterale della locuzione. Se infatti per linea guida, secondo appunto una interpretazione letterale, si intende un programma di comportamenti suggerito al fine di raggiungere, mediante una adesione spontanea del destinatario, un determinato obiettivo, la previsione di una vincolatività e, di converso, di una qualsiasi sanzione in caso di violazione, determina un evidente ossimoro giuridico. Spontaneità e obbligatorietà/vincolatività sembrerebbero rispondere a due opposte modalità di interazione con il destinatario del "precetto", per quanto il fine possa apparire lo stesso, ossia il raggiungimento di quell'obiettivo di conformazione sopra richiamato.

Se è esatta la premessa, stabilire se si sia in presenza di un atto vincolante o meno risulta necessario in quanto connesso alla problematica di fondo concernente la necessità di affidare la prima di tali attività ad una autorità che abbia la relativa responsabilità politica. In altri termini, da un lato la natura giuridica si ripercuote sulla vincolatività dell'atto, ma, dall'altro, è la scelta legislativa e/o interpretativa in ordine alla vincolatività dello stesso a connaturarne la relativa natura giuridica. Si tratta di questioni reciprocamente connesse. Se si è in presenza di un atto normativo (regolamentare o ministeriale), esso è vincolante ed obbligatorio per i destinatari; se, al contrario, l'atto può essere configurato come una linea guida in senso stretto, allora si dovrebbe trattare di una raccomandazione, di un consiglio, necessariamente privo della relativa sanzione in caso di violazione. Se si accoglie tale ricostruzione, è evidente che la locuzione "linea guida vincolante" determina una novità difficilmente riconducibile alla classica teoria delle fonti del diritto.

Le linee guida, d'altra parte, si affermano anzitutto in quei settori ove diventa indispensabile disciplinare il profilo tecnico, per poi svilupparsi tuttavia anche in quelli, come ad esempio l'ANAC, ove invece a risultare decisiva è la necessità, "imposta" dagli operatori economici ed anche dalle amministrazioni pubbliche, di una regolazione più snella e veloce rispetto alle "classiche" procedure previste per l'approvazione dei regolamenti. Il dato comune è costituito dalla richiesta di velocità di mutamento del dato normativo, da adeguare costantemente al mutamento delle dinamiche economico-sociali.

Si tratta quindi di due *ratio* diverse, mutamento della scienza e mutamento delle dinamiche economico-sociali, che però trovano nello strumento della regolazione flessibile e delle linee guida una comune risposta.

3. Le linee guida nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Nel corso degli ultimi anni anche la Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsi delle linee guida, avendo cura, in particolare, di trattare, nell'ambito di questioni di costituzionalità incentrate prevalentemente sul principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni, i profili concernenti il ruolo delle linee guida approvate in Conferenza Stato-Regione, nonché la loro eventuale vincolatività.

Nella sentenza n. 275/2011 la Corte costituzionale ha anzitutto riconosciuto la natura regolamentare alle "Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili" (decreto 10 settembre 2010 del Ministro dello sviluppo economico) in un conflitto di attribuzione promosso dalla Provincia autonoma di Trento, sottolineando, mediante il richiamo alla sua precedente decisione n. 278 del 2010, che non è sufficiente il *nomen iuris* (e quindi l'utilizzo di un criterio formale) e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento a determinare di per sé l'esclusione dell'atto dalla tipologia regolamentare, giacché in tal caso sarebbe agevole eludere la suddivisione costituzionale delle competenze, introducendo nel tessuto ordinamentale norme secondarie. La Corte conferma un precedente indirizzo inaugurato a proposito di quegli atti "sostanzialmente" normativi ma privi della forma regolamentare. Anche in tal caso la Corte riconduce alla categoria dei regolamenti una fonte del diritto priva delle formalità regolamentari, in quanto «ricorrono, nella specie, gli indici sostanziali che la giurisprudenza costante di questa Corte assume a base della qualificazione degli atti come regolamenti. Il d.m. 10 settembre 2010 contiene norme finalizzate a disciplinare, in via generale ed astratta, il procedimento di autorizzazione alla installazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, alle quali sono vincolati tutti i soggetti, pubblici e privati, coinvolti nell'attività in questione»[19].

La successiva sentenza n. 11/2014 assume particolare importanza, in quanto la Corte qualifica le linee guida previste dal d.m. 10 settembre 2010 espressamente come un atto di normazione secondaria, secondo l'approccio sostanzialista poc'anzi ricordato, ma anche come norme interposte nel giudizio di costituzionalità, seppur affermando che tale natura può configurarsi in un ambito esclusivamente tecnico, ove la norma tecnica costituisce cioè il completamento del principio contenuto nella disposizione legislativa. Se infatti è ovvio che «essi, qualora autonomamente presi, non possono assurgere al rango di normativa interposta, altra è la conclusione cui deve giungersi ove essi vengano strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad essi rinvia. In detti campi applicativi essi vengono ad essere un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede e *che ad essi affida il compito di individuare le specifiche caratteristiche*

[19] Cfr. il punto 4 del Considerato in diritto. Cfr. anche il punto 16 del Considerato in diritto della sent. n. 278 del 2010.

della fattispecie tecnica che, proprio perché frutto di conoscenze periferiche o addirittura estranee a quelle di carattere giuridico le quali necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale, mal si conciliano con il diretto contenuto di un atto legislativo. Non a caso per la loro definizione è prevista una procedura partecipativa estremamente ampia ed articolata. Poiché essi, come si è detto, fanno corpo con la disposizione legislativa che ad essi rinvia, il loro mancato rispetto comporta la violazione della norma interposta e determina, nel caso si verta nelle materie di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost. e qualora la norma interposta esprima principi fondamentali, l'illegittimità costituzionale della norma censurata»[20].

Ad avviso del giudice costituzionale l'obbligatorietà delle linee guida, desunta dall'adozione del criterio sostanziale, comporta, quando tali atti integrano sul piano tecnico la norma primaria, non solo la necessità che le stesse siano osservate, ma anche che, in caso di violazione, sia possibile dichiarare l'incostituzionalità della norma in questione.

La circostanza per cui la fattispecie tecnica, in quanto prodotto di competenze tecnico-scientifiche, per certi versi estranee a quelle giuridiche, «mal si concilia con il diretto contenuto di un atto legislativo» evidenzia una separazione di campo tra norma e scienza, che lascia tuttavia in secondo piano la questione della legittimazione del sapere scientifico a legiferare.

La Corte costituzionale, nella nota sentenza n. 282 del 2002, aveva escluso che il legislatore regionale potesse violare il principio fondamentale che, in materia di salute, affida la scelta in ordine alla appropriatezza terapeutica al legislatore statale in concorso con gli organi tecnico-scientifici, nazionale ed internazionali. Come è stato giustamente osservato «siffatta decisione riveste una speciale importanza in quanto con essa viene affermata quella che può ritenersi una vera *riserva di scienza* dalla quale derivano precise limitazioni non solo alla discrezionalità legislativa delle regioni (e dello Stato) ma, in qualche misura, anche al potere giurisdizionale della medesima Corte costituzionale. Detta sentenza, in altri termini, finisce per riconoscere e proteggere dalle interferenze legislative regionali quello che è un primato della scienza medica alla quale spetta in via esclusiva decidere l'appropriatezza di talune scelte terapeutiche»[21].

Senonché, tornando al caso della decisione n. 11/2014, il problema per un verso risulta meno evidente, considerato che, pur trattandosi di conoscenze e competenze tecnico-scientifiche e pur trattandosi di linee guida, esse sono adottate, ai sensi del comma 10, in Conferenza unificata, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro per i beni e le attività culturali. La natura tecnica del contenuto dell'atto (e quindi l'utilizzo di linee guida)

[20] Cfr. il punto 6.1 del Considerato in diritto, corsivi nostri. Orientamento confermato anche nelle successive sentt. nn. 284/2016 e 86/2019.

[21] G. Fontana, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019, p. 95.

si lega alla forma adottata (decreto ministeriale), nel senso che, nell'interpretazione della Corte costituzionale, la sostanza tecnica cede il passo alla forma dell'atto (quella ministeriale appunto), che cede tuttavia ancora il passo alla sostanza regolamentare. Il decreto ministeriale, che contiene, in allegato, linee guida frutto dell'accordo tra Stato e Regioni stipulato in sede di Conferenza unificata, finisce per subire il trattamento giuridico tipico dell'atto regolamentare (per effetto dell'applicazione di un criterio sostanziale).
D'altra parte, tuttavia, poteva forse essere sufficiente il riferimento al principio di leale collaborazione per la dichiarazione di incostituzionalità di una normativa non conforme alle linee guida emanate di concerto. La ragione di tali affermazioni potrebbe allora essere ravvisata nella volontà della Corte costituzionale di affermare, in continuità con quanto sostenuto nella sentenza del 2002, ulteriori principi, da applicarsi in via generale ogni qual volta si ponga una problematica concernente il rapporto tra norma-legge e tecnica-scienza; una divisione di competenze che, mediante una fonte più flessibile come le linee guida, possa consentire un rapido intervento in settori connaturati da forte tecnicismo, salvo sempre il problema di individuare con esattezza il confine dei due campi e, soprattutto, la legittimazione della seconda ad intervenire in un campo tradizionalmente e costituzionalmente appartenente alla prima.
Nella recentissima sentenza n. 106/2020 la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che la disciplina del regime abilitativo degli impianti alimentati da fonti di energia rinnovabili è riconducibile alla materia «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» (art. 117, terzo comma, Cost.) e che i relativi principi fondamentali sono anche dettati dalle "Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili", adottate in sede di Conferenza unificata e quindi espressione della leale collaborazione fra Stato e Regione, a tutti gli effetti vincolanti[22].
In linea di continuità con la giurisprudenza amministrativa, possiamo allora affermare che risulta confermata la obbligatorietà/vincolatività legata alla natura regolamentare dell'atto, ancorché si presenti sotto forma di linee guida e sempre che si tratti di un atto finalizzato al completamento di quello legislativo-primario, cui tuttavia è possibile attribuire, in presenza dei requisiti sopra richiamati, la natura di norma interposta e, pertanto, di parametro nel giudizio di costituzionalità (quando si tratti di linee guida di natura "tecnica", negoziate ed approvate in sede di Conferenza).
Si tratta, evidentemente, di uno spostamento dal sostanziale tecnicismo del contenuto alla forma ministeriale dell'atto, che diviene, per effetto del criterio sostanziale utilizzato, un regolamento.
La progressiva valorizzazione della scienza e della tecnica ha inciso, come abbiamo visto, sulle fonti del diritto e sulle conseguenti valutazioni nella giurisprudenza amministrativa e costituzionale. Se infatti la valutazione circa le fonti normative più idonee per la disciplina

[22] Cfr. il punto 2.2 del Considerato in diritto.

degli specifici ambiti di volta in volta considerati ha trovato, in sostanza, una univoca risposta nelle linee guida, la giurisprudenza non ha inteso attribuire ad esse quella capacità di innovazione dell'ordinamento giuridico, tradizionalmente riconosciuta alle fonti del diritto. La riconduzione di tali atti – in caso di linee guida vincolanti - alla fonte regolamentare o ministeriale ha ridimensionato l'ossimoro giuridico sopra evidenziato, trattandosi a quel punto di un atto che, sul piano formale, acquistava sostanza regolamentare/ministeriale, e quindi normativa, ma che, sul fronte contenutistico, manteneva le caratteristiche di un atto di c.d. soft law.

Anche in relazione alle linee guida in materia di buone pratiche clinico-assistenziali (legge n. 24 del 2017, art. 5), le Sezioni Unite penali, nella sentenza n. 8770/2018 (c.d. Mariotti), hanno ritenuto che, anche a seguito dell'istituzione dell'Osservatorio presso il Ministero della Salute, tendente a formare un sistema con connotati pubblicistici, «le linee-guida non perdono la loro intrinseca essenza, già messa in luce in passato con riferimento alle buone pratiche. Quella cioè di costituire un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti» e che non si è in presenza di norme regolamentari che specificano quelle ordinarie[23].

La sentenza acquista estrema importanza ai nostri fini, perché conferma la connessione tra vincolatività e norme regolamentari; in tal caso, trattandosi di vere e proprie linee guida, sia sul piano contenutistico, sia sul piano formale, rimangono nell'area delle buone pratiche scientifico-tecnologiche, come tali non vincolanti[24].

4. Atti di normazione flessibile e pandemia da CoViD-19. Considerazioni conclusive

L'emergenza epidemiologica di questi ultimi mesi ha determinato una situazione del tutto innovativa che non ha risparmiato il campo delle fonti del diritto. I provvedimenti normativi del Governo del periodo emergenziale hanno infatti riproposto da un lato l'utilizzo (sempre più frequente) di strumenti di regolazione flessibile (linee guida, protocolli, raccomandazioni), contenuti o richiamati dai decreti legge, dai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, dalle ordinanze dei singoli Ministri via via adottati; dall'altro, si è ac-

[23] Cfr. il punto 3 dei motivi della decisione.

[24] Cfr. ancora G. Fontana, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, cit., 105, nonché A. Merli, *La disciplina delle linee guida e delle buone pratiche mediche nella legge Gelli-Bianco. L'impatto sulla causa di esclusione della punibilità rimodulata e reintrodotta dalla riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, n. 4, p. 4, secondo il quale «la medicina, anche se tecnologizzata, conserva ancora una forte componente di arte, riconosce in sostanza il primato del medico sulle linee guida».

centuata la commistione, in tali provvedimenti, di precetti veri e propri contenenti obblighi e divieti (ed avente quindi evidentemente natura vincolante) e di mere raccomandazioni. In altri termini, da una parte sono stati adottati atti formalmente vincolanti al cui interno sono state inserite mere raccomandazioni mentre dall'altra sono stati inseriti in atti sprovvisti di efficacia vincolante (come appunto le linee guida) veri e propri obblighi e divieti. Alcuni decreti del Presidente del Consiglio, ad esempio, contengono sia precetti che mere raccomandazioni. Basti pensare al d.P.C.M. del 1° marzo 2020 ("Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6", che, all'allegato 4 ("Misure igieniche") contiene, inevitabilmente, una serie di raccomandazioni[25].

Il d.P.C.M. del 17 maggio 2020 prevede ad esempio che l'accesso del pubblico ai parchi, alle ville e ai giardini pubblici è condizionato al rigoroso rispetto del *divieto di assembramento, nonché della distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro*; è consentito l'accesso dei minori, anche assieme ai familiari o altre persone abitualmente conviventi o deputate alla loro cura, ad aree gioco all'interno di parchi, ville e giardini pubblici, per svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto *nel rispetto delle linee guida* del dipartimento per le politiche della famiglia (allegato 8). Il richiamato allegato 8, cui è demandato il compito di adottare le relative linee guida è rubricato "Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche della famiglia. Linee guida per la gestione in sicurezza di opportunità organizzate di socialità e gioco per bambini ed adolescenti nella fase 2 dell'emergenza covid-19".

Si tratta di un esempio di intervento normativo che racchiude i nodi problematici sopra evidenziati: da un lato la previsione, nel d.P.C.M. di divieti veri e propri; dall'altro il rinvio alle linee guida adottate mediante un ulteriore decreto (in questo caso del Presidente del Consiglio in concorso con il Dipartimento per le politiche della famiglia), contenente una serie imprecisata di raccomandazioni. Senonché, tra le linee guida suddette è possibile leggere anche che "la realizzazione delle diverse attività programmata *deve* realizzarsi inoltre *nel rispetto* delle seguenti principali condizioni …". Difficile comprendere allora se si tratti di un divieto o di una raccomandazione[26]. Difficoltà che si estende, evidentemente, all'allegato in generale, posto che l'attività deve svolgersi nel rispetto delle linee guida richiamate. In tal modo sembra legittimo concludere per una obbligatorietà/vincolatività di tutto l'allegato n. 8.

[25] Tra esse vi è quella di "lavarsi spesso le mani" o di "pulire le superfici con disinfettanti a base di cloro o alcol". Il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 è stato convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13.

[26] Sempre l'art. 1 prevede che "L'attività degli spettacoli *è organizzata secondo le linee guida di cui all'allegato 9*. Restano sospesi gli eventi che implichino assembramenti in spazi chiusi o all'aperto quando non è possibile assicurare il rispetto delle condizioni di cui alla presente lettera; restano comunque sospese le attività che abbiano luogo in sale da ballo e discoteche e locali assimilati, all'aperto o al chiuso, le fiere e i congressi" e che "le funzioni religiose con la partecipazione di persone *si svolgono nel rispetto dei protocolli* sottoscritti dal Governo e dalle rispettive confessioni di cui agli allegati da 1 a 7".

Occorre peraltro rilevare come tali ambiguità siano presenti in tutti i provvedimenti adottati durante la pandemia.
I commi 14 e 15 dell'art. 1 del d.l. 16 maggio 2020, n. 33 stabiliscono, infatti, che "Le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale. Le misure limitative delle attività economiche, produttive e sociali possono essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, con provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 o del comma 16. Il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida, regionali, o, in assenza, nazionali, di cui al comma 14 che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza", mentre il comma 2 dell'art. 1, lett. gg) del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 prevede che "le attività consentite si svolgano previa assunzione da parte del titolare o del gestore di misure idonee a evitare assembramenti di persone, con obbligo di predisporre le condizioni per garantire il rispetto della distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio; per i servizi di pubblica necessità, laddove non sia possibile rispettare tale distanza interpersonale, previsione di protocolli di sicurezza anti-contagio, con adozione di strumenti di protezione individuale".
Sembra riecheggiare quanto affermato dalla Corte costituzionale a proposito della distinzione, in ambito medico-sanitario, tra raccomandazione e obbligo: nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria, infatti, la distanza tra raccomandazione e obbligo è, ad avviso del giudice costituzionale, assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo[27].
Sembrerebbe allora difficile contestare che la crisi pandemica ci abbia consegnato un diverso modello di produzione giuridica, contraddistinto da una evidente commistione tra produzione di norme obbligatorie e produzione di mere raccomandazioni. Concludere, tuttavia, come sembra fare parte della dottrina, per la necessità di «ripensare la classica dicotomia tra precetti e raccomandazioni, incoraggiando la formazione o, quantomeno, il consolidamento di nuove aree di ibridazione tra le indicazioni che fanno capo all'hard law ed il complesso delle formulazioni soft»[28] non credo sia sufficiente.
Il progressivo percorso di delegittimazione delle fonti formali sopra richiamata è in atto già da diverso tempo ed è dovuto a diversi fattori: la crisi della rappresentanza politica, che

[27] Cfr. il punto 8.2.4. del considerato in diritto della sent. n. 5 del 2018.

[28] V. Desantis, *Covid-19: il dialogo di hard e soft law e le trasformazioni della normazione*, in *I sistemi multilivello alla prova dell'emergenza*, num. speciale 2020, p. 129.

si lega alla graduale e oramai quasi esclusiva produzione normativa di tipo governativo e, sempre più spesso, ministeriale[29], nonché la convinzione, sempre più diffusa, che la legge non debba in molti casi che uniformarsi a criteri o standard tecnici che prescindono dal potere di scelta degli organi rappresentativi[30] ne rappresentano, probabilmente, i principali.

L'inserimento, specialmente in campi di complessa definizione, di "normative" ibride, comprensive quindi di norme cogenti e non, non può consentire che il destinatario del precetto non sia messo nelle condizioni di comprendere, fino in fondo, quali comportamenti sono consigliati, quali sono consentiti, quali sono vietati. L'ambiguità e l'approssimazione non rendono certo giustizia al fine dello strumento. Se infatti le linee guida, e più in generale la regolazione flessibile, nascono con il fine di indicare gli obiettivi da raggiungere mediante una serie di raccomandazioni rimesse alla spontanea adesione del destinatario del precetto, perseguendo, in continuità con le norme "classiche", una condizione il più vicino possibile alla certezza del diritto, l'attuale condizione mostra un costante disorientamento che smentisce tali presupposti.

Occorre inoltre aggiungere che l'eventuale progressivo spostamento verso un modello di produzione normativa "misto", che contenga sia norme che mere raccomandazioni, porta con sé la problematica concernente la legittimazione del soggetto "tecnico" che pone in essere la normativa. La questione potrebbe solo apparentemente risolversi mediante il percorso sopra descritto di copertura formale regolamentare (o ministeriale) al contenuto sostanzialmente tecnico, per certi versi anch'esso ambiguo.

L'esperienza giuridica certamente è in costante evoluzione, ma tra i compiti del giurista vi è senz'altro quello di ricondurre, entro i binari più idonei, le prassi che si affermano. Gli strumenti di regolazione flessibile e le linee guida costituiscono uno strumento con evidenti potenzialità, tra cui rientra anche la possibilità di instaurare con il cittadino un diverso rapporto basato sulla sua informazione e responsabilizzazione, che, tuttavia, devono essere correttamente inquadrati nel sistema e nella teoria delle fonti del diritto.

[29] G. Serges, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, cit., pp. 1 ss.

[30] M. Manetti, *Fonti senza forma e presunto* soft law*, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, cit., p. 59.

Uno *stress test* per le garanzie costituzionali dei diritti: pressione pandemica e fonti del diritto

Donatella Morana**

Sommario: 1. Premessa: norme e provvedimenti per il contrasto alla pandemia tra perplessità fondate e allarmi eccessivi. – 2. Pluralità degli atti normativi anti-Covid e pluralità dei parametri di legittimità: intrecci e sovrapposizioni. – 3. Normazione emergenziale e rispetto delle riserve di legge in tema di limiti alle libertà costituzionali. – 4. Le limitazioni alla libera circolazione per ragioni di sanità: divieto di allontanamento, divieto di accesso e riserva di legge *ex* art. 16 Cost. – 5. Quarantena, isolamento fiduciario e altri comportamenti imposti: preferibilità di un loro inquadramento ai sensi dell'art. 23 Cost. – 6. Conclusioni (con un cenno al rapporto tra decisione normativa e scienza medica).

Abstract:
Il contributo si sofferma su taluni aspetti problematici che hanno contraddistinto la produzione normativa nel corso dell'emergenza pandemica, in rapporto alla limitazione dei diritti costituzionalmente garantiti. Senza condividere le posizioni più allarmistiche, vengono evidenziati alcuni dei profili della decretazione d'urgenza e delle fonti secondarie che hanno destato i più consistenti dubbi di legittimità, in particolare relativamente al rispetto della riserva di legge nel porre restrizioni alle libertà costituzionali. Si fornisce poi un inquadramento di alcune delle misure restrittive, evidenziandone la riconducibilità alla disciplina contemplata nell'art. 16 (libertà di circolazione) e nell'art. 23 (libertà da prestazioni personali imposte) della Costituzione. Un accenno conclusivo è infine dedicato al ruolo svolto dalle evidenze offerte dalla scienza medica nell'indirizzare la discrezionalità legislativa e ad alcuni possibili rischi connessi a tale ruolo.

This paper examines a few problematic aspects of pandemic-era legislation restricting constitutionally protected rights. Rejecting the most alarmist stances, the Author delves into well-founded concerns regarding the dubious constitutionality of "urgent decrees" and secondary legislation limiting

---

[*] Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

[**] Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Roma Tor Vergata, morana@uniroma2.it.

ISSN 2611-8882

the above-mentioned rights, given the constitutional reservation to the legislature on the subject. The Author then proceeds to constitutionally contextualize those restricting measures, tracing them back either to article 16 (freedom of movement) or 23 (freedom from obligations of personal nature) of the Constitution. Lastly, the role of scientific evidence-based policy-making – and its risks – are briefly explored.

1. Premessa: norme e provvedimenti per il contrasto alla pandemia tra perplessità fondate e allarmi eccessivi

Dall'avvio dello stato di emergenza nazionale, nel dibattito pubblico e talvolta anche nella riflessione scientifica si sono levate non poche voci allarmistiche in ordine alla capacità del sistema, tanto sotto il profilo strettamente sanitario quanto dal punto di vista delle garanzie costituzionali, di reggere l'onda d'urto determinata dalla eccezionalità del flagello Covid-19.

Meritano quindi particolare apprezzamento quei contributi che, nello stesso periodo in cui imperversava un bombardamento mediatico non di rado ansiogeno, hanno scelto, con maggiore lucidità e freddezza, di puntualizzare taluni aspetti della fase emergenziale in atto, ad esempio concentrandosi con pacatezza e oggettività sul livello di adeguatezza mostrato dal SSN nell'affrontare la bufera[1]. In questa logica, sono state evidenziate le reali criticità del servizio sanitario senza però tacerne i punti di forza, contribuendo così a togliere un po' di terreno ai due atteggiamenti retorici più rigogliosi nella tradizione nazionale: quello disfattista da un lato e, dall'altro, quello genericamente e fideisticamente esaltatorio nei confronti dell'esistente.

Mi prefiggo di attenermi a un tono analogamente pacato andando ora ad esporre alcune sintetiche considerazioni sul tema che mi è stato assegnato, vale a dire la prova offerta finora dal sistema delle fonti del diritto chiamato a confrontarsi con il ciclone pandemico, con l'intento di sottrarmi a quell'approccio a volte concitato che ha caratterizzato alcune analisi sullo stesso argomento svolte a partire dalla deliberazione del Presidente del Consiglio del 31 gennaio 2020, con la quale è stato avviato, come è noto, il regime emergenziale.

Per evitare fraintendimenti, specifico subito che del tutto comprensibile e condivisibile è la preoccupazione manifestata in tali analisi a proposito dei rischi di un disallineamento, rispetto alle forme e ai processi costituzionalmente fissati, degli interventi del potere pubblico nell'azione di contrasto alla pandemia e ai suoi effetti. Ciò che appare forse meno condivisibile in alcune di queste riflessioni è l'eccessivo indugio nel prefigurare scenari

[1] V., ad es., R. Balduzzi, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale? (con un approfondimento su un ente poco conosciuto, l'INMP)*, in *Corti supreme e salute*, 2020, n. 1, pp. 67 ss.

di degenerazione irreversibile nel modello liberaldemocratico, di radicale accantonamento o oscuramento della sede parlamentare rispetto all'Esecutivo, di *vulnera* più o meno irrecuperabili alla protezione dei diritti costituzionali ecc., in una sorta di processo alle intenzioni, date per palesemente illiberali, del decisore pubblico.
Con il rilievo appena formulato non intendo affermare, ancora una volta, che non vi siano state frizioni, anche stridenti, rispetto al sistema delle garanzie costituzionali (in particolare e soprattutto in ragione di quanto previsto nel d.l. n. 6/2020, di cui appresso dirò più specificamente) o che taluni dei problematici profili ora richiamati non si siano palesati da subito, sin dalle prime settimane del periodo emergenziale. Al contrario, come è stato esattamente evidenziato nelle relazioni che hanno preceduto il mio intervento, molte sono le perplessità che tuttora permangono, specialmente in tema di legittimità dell'assetto assunto dai rapporti tra fonti primarie e fonti secondarie, tra fonti *secundum ordinem* e fonti *extra ordinem*, tra regole di produzione e traballanti regole sulla produzione normativa.
A fronte di tutto questo, però, se si osserva il quadro complessivo a una certa distanza da quei momenti e, più in generale, dalle prime settimane di reazione dell'ordinamento alla novità emergenziale, ritengo possa ragionevolmente affermarsi che il sistema abbia nel complesso tenuto, che vi siano state delle reazioni endogene contro le ipotetiche degenerazioni "eversive", che sia altresì maturata la consapevolezza di alcuni attori e commentatori relativamente alle peculiari difficoltà poste dal carattere straordinario degli interventi di regolazione richiesti dallo sconvolgimento pandemico.
Nondimeno, in questi giorni dell'autunno 2020 sembra che qualche residuo di concitazione (benché con vigore tutto sommato depotenziato rispetto al precedente) vada riproponendosi anche nelle riflessioni di alcuni osservatori a proposito degli ultimi, più rilevanti interventi normativi. Mi riferisco al d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, che ha nuovamente prorogato lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19 fino al 31 gennaio 2021 (modificando sul punto il dl. 25 marzo 2020, n.19), nonché al connesso dPCM 13 ottobre 2020, il quale ha ulteriormente specificato, graduato e calibrato le concrete misure di prevenzione alla diffusione del virus. Tra gli aspetti salienti che hanno alimentato in questi giorni il dibattito sul quadro normativo che così si è delineato, si segnala la previsione non soltanto di obblighi ma anche di talune "raccomandazioni": queste ultime sembrano essere il frutto di un ripensamento (qualificabile come saggio) rispetto alla ipotetica idea iniziale di introdurre stringenti limitazioni rivolte alla dimensione privata, familiare, domiciliare.
Tuttavia, i rilievi critici mossi a tale ultima produzione normativa, oltre a presentare mediamente, come già notato, un tasso di "agitazione" minore rispetto al passato, si concentrano non tanto sugli aspetti che chiamano in causa la problematica delle fonti e delle tutele costituzionali, quanto soprattutto sulla valutazione del versante organizzativo ("interventistico") toccato dalla regolazione, soppesando cioè l'adeguatezza della programmazione delle attività, delle dotazioni sanitarie e di prevenzione, dell'organizzazione dei trasporti, della ricerca di soluzione alternative e così via.

2. Pluralità degli atti normativi anti-Covid e pluralità dei parametri di legittimità: intrecci e sovrapposizioni

Venendo al rapporto tra fonti, normazione emergenziale e tenuta delle garanzie costituzionali sui diritti, è perfino superfluo ricordare che la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale del gennaio 2020 ha rappresentato il punto di avvio di una cospicua produzione normativa e provvedimentale che ha intensamente inciso sul godimento dei diritti costituzionali e, segnatamente, delle libertà[2].

È stato altresì già puntualmente evidenziato che nel corso dell'emergenza si è sviluppato un ricco intreccio di norme e provvedimenti, la cui trama si è progressivamente popolata di atti di diversa natura (qualche decreto legge, numerosissimi dPCM, altrettanto numerose ordinanze del Ministro della salute e ordinanze di protezione civile, sindacali e regionali)[3]: una sorta di andamento a grappolo, il cui generale puntello di appoggio va tuttavia prevalentemente rinvenuto nei decreti del mese di marzo 2020.

A rendere ancora più complicata e, a primo impatto, meno intellegibile la sinossi ordinamentale che ne deriva, si pone un'ulteriore circostanza: vale a dire che questa pluralità di atti, nello svolgimento diacronico della loro introduzione, è andata inevitabilmente a intersecare una molteplicità di profili che corrispondono ad altrettanti assi portanti dell'attuale impalcatura dello Stato costituzionale. Detto altrimenti, l'impatto che la normazione emergenziale ha avuto sul sistema è suscettibile di essere analizzato da diversi punti di vista che, pur essendo connessi e complementari, restano però senz'altro distinti.

Gli assi portanti di cui si parla (che corrispondono ad altrettanti "punti di vista" del fenomeno) sono almeno tre. Si tratta, in estrema sintesi, del profilo che attiene al rapporto tra fonti del diritto e assetto del riparto di competenze tra Stato e autonomie territoriali; di quello riguardante il rapporto tra fonti del diritto e forma di governo, in particolare lungo il versante della conformazione che concretamente viene ad assumere il raccordo Parlamento-Governo; di quello, infine, che chiama in causa la relazione tra fonti del diritto e garanzie costituzionali in tema di diritti individuali, dal momento che il tratto comune all'insieme della normazione di emergenza (da qualunque fonte prodotta) è stata l'introduzione di misure limitative delle libertà costituzionali: obblighi e divieti che hanno compresso gli spazi di libertà riconosciuti dalla Costituzione.

[2] Per un quadro dei provvedimenti intervenuti nei primi mesi della pandemia e destinati ad incidere sul godimento delle libertà costituzionali cfr. E. Jorio, *Interventi normativi d'urgenza in tema di contrasto al Coronavirus: una rassegna ragionata*, in *Corti supreme e salute*, 2020, n. 1, pp. 89 ss., e M. Cecili-A. Chiappetta, *Diritti fondamentali ed emergenza: come la pandemia covid-19 ha influenzato l'ordinamento giuridico italiano e il bilanciamento dei diritti*, in F.S. Marini-G. Scaccia (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, 2020, pp. 23 ss.

[3] Per un'efficace sintesi del dibattito dottrinale sul ricorso alla decretazione d'urgenza ed ai dPCM dall'inizio della pandemia v. M. Tresca, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 2020, n. 3, pp. 200 ss.

Ovviamente le tre prospettive di analisi (le quali enfatizzano l'una o l'altra ripercussione problematica dell'impatto della produzione normativa in tempo di pandemia su un sistema di fonti del diritto che voglia essere costituzionalmente ben ordinato) si condizionano reciprocamente, se solo si tenga a mente che l'istituto di garanzia che accompagna la quasi totalità delle prescrizioni costituzionali in tema di diritti di libertà è proprio la riserva di legge, nelle diverse varianti affermatesi in via giurisprudenziale.

Se si prende la mosse dalla stretta interconnessione tra i profili richiamati e si mira a un corretto inquadramento delle coordinate di legittimità costituzionale che governano il rapporto fonti-diritti, diventa più agevole individuare il cuore del problema: ciò che va anzitutto esaminato è se la disciplina anti-Covid sia stata posta nel rispetto della estensione massima che, secondo la Costituzione, gli atti normativi limitativi delle libertà possono raggiungere e, inoltre, se questi ultimi presentino, sotto il profilo della tipologia delle fonti, i requisiti formali necessari per introdurre quelle limitazioni. In questa ottica, le questioni che a me pare debbano essere prioritariamente affrontate sono due. La prima è quella concernente la stessa "idoneità" degli atti equiparati alla legge (cioè analoghi a essa per forza o anche per valore) a soddisfare legittimamente le riserve previste dalla Costituzione: questione che in dottrina, com'è noto, ha trovato autorevoli voci critiche già nell'ordinarietà della vita ordinamentale. Si tratta tuttavia di un aspetto che non è possibile approfondire in questa sede.

La seconda questione (che in situazioni emergenziali diventa però la "prima" e acquisisce carattere assorbente) è quella relativa al ruolo che va riconosciuto al decreto-legge nel far fronte all'emergenza sanitaria. È un punto che pone allo studioso una molteplicità di suggestioni e di soluzioni possibili; tuttavia, restituire al decreto-legge il significato di provvedimento provvisorio adottato nei casi di straordinarietà e urgenza, quale fonte *extra ordinem* sottoposta alla successiva convalida legislativa (nella logica espositiana, per intenderci), rappresenta a mio avviso l'opzione teorica di partenza per poter proficuamente ragionare su "gli intrecci, talvolta problematici, tra fonti primarie e fonti secondarie" (titolo della sessione dei lavori di questa mattina).

L'aspetto nevralgico della questione, a mio avviso, non sta nel chiedersi se sia ammissibile l'adozione del decreto-legge per fronteggiare un'emergenza pandemica, quanto piuttosto (e quasi all'opposto) nel rilevare criticamente la marginalizzazione della decretazione d'urgenza – e quindi dell'intervento parlamentare in sede di conversione, da un lato, e della giustiziabilità dinanzi alla Corte costituzionale, dall'altro. In altri termini, configurare le misure di contrasto alla pandemia, durante la fase emergenziale, con atti normativi sublegislativi o addirittura di atti di natura amministrativa (o di dubbia natura normativa), costituisce già, *ex se*, una forma di depauperamento delle garanzie costituzionali sulle libertà.

È in quest'ottica, allora, che andrebbero valutati gli interventi restrittivi delle libertà operanti negli ultimi mesi, a partire da quelli previsti dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito con legge 5 marzo 2020, n. 13, capofila della catena normativa emergenziale, poi formalmente abrogato quasi per intero e sostituito dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 convertito con legge 22 maggio 2020, n. 35), fino a quelli contenuti nell'ultimo d.l. 7 ottobre 2020, n. 125. È cioè necessario individuare su quale sfera di lecito materiale, presidiata dal riconosci-

mento di una libertà costituzionale, tali misure restrittive abbiano inciso, in modo da essere in condizione di verificare, alla luce delle correlate garanzie disposte dalla Costituzione, se e in che modo queste ultime abbiano "tenuto" anche durante la fase emergenziale.

3. Normazione emergenziale e rispetto delle riserve di legge in tema di limiti alle libertà costituzionali

In aggiunta a quanto appena osservato, una considerazione a parte merita la più insidiosa tra le previsioni contenute nei diversi atti normativi anti-Covid, palesemente eccentrica rispetto a uno Stato che voglia mantenere anche in condizioni emergenziali i tratti del modello liberaldemocratico, seppure sfocati e indeboliti dallo stress pandemico: si tratta di quanto disposto nell'art. 2 del d.l. n. 6/2020. In base a questa prescrizione, infatti, si finiva per consentire alle (non definite) autorità competenti di «adottare *ulteriori misure* di contenimento e gestione dell'emergenza» (ulteriori rispetto a quelle, già numerose, elencate, seppur a titolo solo esemplificativo, nell'articolo precedente), al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Coronavirus *anche fuori dai casi individuati* dall'art. 1, comma 1, dello stesso decreto (corsivi aggiunti)[4].

In sostanza si autorizzava, verrebbe da dire, qualsivoglia mezzo per qualsivoglia luogo, facendo in un colpo solo *tabula rasa* sia della tipicità dei provvedimenti limitativi delle libertà costituzionali coinvolte (come potrebbero infatti considerarsi predeterminate le ulteriori possibili misure di contenimento e gestione dell'emergenza, se si rinuncia anche solo a prefigurarne la natura e gli effetti?), sia del limite "spaziale" rappresentato dai comuni o aree geografiche inizialmente interessati dalla disposizione (cosiddetti comuni zona rossa). Lo stesso decreto-legge, insomma, da un lato definiva modalità e ambiti geografici della risposta emergenziale, e dall'altro consentiva, contestualmente, di derogarvi a tutto tondo: strada ampiamente percorsa dai numerosi provvedimenti attuativi[5]. Non meraviglia, quindi, che una parte della dottrina abbia da subito stigmatizzato la genericità e l'ampiezza di intervento consentita dall'art. 2, d.l. n. 6/2020[6], equiparabile ad una norma in bianco dagli

[4] Sulla vaghezza delle condizioni e delle modalità per l'applicabilità in concreto delle misure previste dal d.l. n. 6/2020 cfr. L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in Id. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it – Osservatorio emergenza Covid*, maggio 2020, pp. 32 ss., nonché S. Mabellini, *La problematica tenuta delle riserve di legge nella gestione policentrica dell'emergenza sanitaria*, in F.S. Marini-G. Scaccia (a cura di), *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, cit., pp. 51 ss.

[5] Le misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica Covid-19 previste nel dPCM 23 febbraio 2020 e nel successivo dPCM 25 febbraio 2020, entrambi attuativi del d.l. n. 6/2020, sono state poi sostituite da quelle introdotte col dPCM 1° marzo 2020 (che ha esteso alcune misure ad aree geografiche ulteriori rispetto ai comuni inizialmente individuati) e da successivi provvedimenti.

[6] Cfr. ad es. F. Sorrentino, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1, p. 136, che qualifica «evidentemente incostituzionale» l'art. 2, d.l. n. 6/2020; analogamente M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto*

incerti confini[7]. Né meraviglia che la successiva decretazione d'urgenza (d.l. n. 19/2020) abbia optato per la scelta (non meno pervasiva, quanto a compressione delle libertà individuali) di disporre direttamente un ventaglio di misure di contenimento e contrasto dei rischi sanitari derivanti dalla diffusione del contagio suscettibili di essere applicate nel tempo con diversa intensità (in relazione all'andamento epidemiologico del virus) e con diversa diffusione territoriale (quindi su talune porzioni di territorio nazionale o sulla totalità di esso)[8].

Le questioni poste sul tappeto dal citato art. 2 d.l. n. 6/2020, peraltro, impongono di tematizzare un problema più ampio: dove si colloca il limite di tollerabilità dell'ampiezza di una previsione normativa (o della natura aperta di una fattispecie) che il carattere emergenziale degli interventi è in grado di giustificare? Non v'è dubbio che nella valutazione di tale limite occorra procedere con una certa dose di elasticità; tuttavia, c'è da chiedersi se la necessaria elasticità possa spingersi fino ad ammettere la predisposizione normativa primaria di elenchi amplissimi di fattispecie aperte nei quali le fonti secondarie possono "pescare" di volta in volta, allo scopo di configurare la misura limitativa ritenuta confacente.

In altre parole, fermo restando che le misure emergenziali *naturaliter* richiedono una certa flessibilità di approccio (essendo chiamate per definizione ad affrontare situazioni non prevedibili e in continua evoluzione), tuttavia le stesse misure, per la parte in cui introducano concrete limitazioni alle libertà costituzionali assistite da riserva di legge, dovrebbero essere definite, almeno nei loro tratti essenziali (e cioè quanto meno nel contenuto e nei potenziali destinatari), direttamente da quello strumento normativo che, con altrettanta immediatezza, consente di fronteggiare le straordinarie evenienze che impongono una risposta urgente e necessaria: cioè, quello tratteggiato nell'art. 77 Cost.[9].

---

alla prova dell'emergenza, in *Rivista AIC*, 2020, n. 2, p. 112, che rimarca un «evidente difetto di determinatezza» dell'«infelice formula» dell'art. 2, d.l. n. 6/2020, dubitando altresì della legittimità della sanatoria (operata dall'art. 2, comma 3, d.l. n. 19/2020) degli effetti da esso prodotti. Cfr. altresì R. Di Maria, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti regionali*, 2020, n. 1, pp. 507 ss., spec. pp. 511 ss., nonché I. Massa Pinto, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020.

[7] In tal senso v. G. Salvadori, *Il Periplo dell'isolato. La libertà di passeggiare al tempo del COVID-19*, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale,* 2020, n. 1, p. 311. Ma in senso diverso v. E. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2020, n. 1, pp. 95 ss., che sottolinea, tra l'altro, come la natura aperta della fattispecie legislativa, che corrisponde alla necessità di normare *ex ante* situazioni non prevedibili, sia materialmente circoscritta dai confini dello stesso fatto emergenziale.

[8] Cfr. in particolare quanto disposto dal d.l. n. 19/2020, convertito, con modificazioni, in l. n. 35/2020, segnatamente all'art. 1, commi 1 e 2.

[9] Spunti sul ruolo del decreto-legge nell'emergenza pandemica, seguendo l'interpretazione autorevolmente proposta da Carlo Esposito, in F.S. Marini, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *federalismi.it*, 22 aprile 2020, pp. 1 ss.

4. Le limitazioni alla libera circolazione per ragioni di sanità: divieto di allontanamento, divieto di accesso e riserva di legge *ex* art. 16 Cost.

Il rilevante numero di fattispecie limitative introdotte dai decreti-legge che si sono susseguiti (fattispecie, peraltro, ampiamente "conformate", se non riscritte, dai dPCM attuativi) impone di circoscrivere l'analisi soltanto ad alcune di esse, iniziando da quelle che hanno inciso sul godimento del diritto di circolare e soggiornare liberamente sul territorio nazionale e che hanno alimentato gli interrogativi di alcuni, tanto nell'opinione pubblica quanto nel dibattito scientifico, circa la loro ipotetica (e a mio avviso non sussistente) "equiparabilità" alle altre forme di restrizione della libertà personale menzionate nell'art. 13, comma 2, Cost.

Le prime misure limitative da considerare sono quelle che possono essere in definitiva ricondotte alla forma del "cordone sanitario" e consistenti, rispetto a un certo territorio, nel divieto di allontanamento da esso e nel divieto di accesso in esso. Limitazioni che nelle previsioni relative ad un certo periodo della prima fase pandemica (il c.d. *lockdown* in senso stretto) hanno avuto come ambito di estensione l'intero territorio nazionale, senza distinzioni, traducendosi nel «divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area» e nel «divieto di accesso al comune o all'area interessata»[10].

In proposito va anzitutto ribadito un dato, per evidente che sia: l'imposizione di un cordone sanitario in riferimento ad un territorio, al fine di evitare la diffusione di un virus trasmissibile, impatta sempre sulla libertà di circolazione in una duplice direzione: da un lato, impedendo a tutti coloro che si trovino al di fuori di tale area di accedere all'interno della stessa; dall'altro, impedendo a tutti coloro che si trovino all'interno dell'area di uscirne per circolare nel restante territorio, o anche limitando la "circolabilità" dello stesso territorio in cui ci si trova.

È peraltro comprensibile come nel primo caso la compressione della libertà di circolazione sia "percepita" come di minore intensità, poiché si risolve nel divieto di ingresso in uno spazio (più o meno circoscritto), senza condizionare la possibilità di circolare nell'ulteriore territorio nazionale. Ma deve ritenersi che si rimanga nell'ambito delle limitazioni alla libertà di circolazione anche nel secondo caso (e indipendentemente dal fatto che la restrizione riguardi tutto il territorio nazionale o ampie porzioni di esso): quando, cioè, venga preclusa l'uscita a coloro che si trovino nell'area destinataria del cordone sanitario. Non c'è dubbio che il rovesciamento della prospettiva possa far apparire questo secondo tipo di limitazione come dotato di una caratura restrittiva potenziata, poiché il divieto di uscire dall'area interessata dal contagio o di circolarvi (divieto rivolto a tutti coloro che

[10] Misure previste già nel d.l. n. 6/2020, all'art. 1, comma 2, lett. *a*) e lett. *b*).

siano presenti in quel territorio, indipendentemente dall'essere fonte di contagio) si risolve in una riduzione consistente della possibilità di spostamento: tuttavia, dal punto di vista dell'inquadramento costituzionale, entrambe le citate misure di contenimento, tese ad evitare il diffondersi del nuovo coronavirus, a me pare debbano essere ascritte al *genus* delle limitazioni poste in via generale per ragioni di sanità *ex* art. 16 Cost.

Sono infatti elementi che in proposito non debbono trarre in inganno la "quantità" di territorio "a disposizione", l'ampiezza degli spostamenti consentiti, la numerosità dei comuni coinvolti. L'obbligo di non uscire da un comune, insomma, è difficilmente inquadrabile come una restrizione della libertà personale *ex* art. 13 Cost.[11], "mascherata" da limitazione della libertà di circolazione *ex* art. 16. Piuttosto – seguendo l'approccio dottrinale che pare più convincente – deve ricostruirsi come una limitazione del libero circolare *ex* art. 16 che incide sull'unitaria sfera di lecito materiale (la disponibilità della propria fisicità nello spazio) protetta dalle due disposizioni costituzionali.

Detto altrimenti, credo che possa essere utilmente applicata a questi casi quell'interpretazione che muove dall'impossibilità di scindere in fatto, ed ancora prima sul piano concettuale, la libertà di circolazione dalla libertà personale (per l'integrale coincidenza della sfera di lecito materiale delle due posizioni giuridiche o, meglio, per l'unicità del contenuto dell'unica posizione giuridica soggettiva protetta dagli artt. 13 e 16 Cost.)[12], con la conseguenza che le differenze di disciplina rinvenibili nelle due previsioni costituzionali debbono riferirsi non tanto al contenuto della libertà, quanto alle garanzie previste per le distinte forme della sua limitazione.

---

[11] Nel senso invece che il divieto di allontanamento dal comune abbia «indubbi riflessi anche sul pieno godimento della libertà personale prevista dall'art. 13 Cost.», L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, cit., p.16.

[12] Com'è noto, le posizioni dottrinali sul rapporto tra gli artt. 13 e 16 Cost. sono molto diversificate. Tra i primi contributi che evidenziarono come fosse arduo distinguere l'ambito materiale su cui insiste la tutela della libertà personale da quello protetto dalla libertà di circolazione e soggiorno, pur con diversità di argomenti, v. M. Severino, *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro pad.*, 1950, IV, pp. 103 ss., spec. 106, V. Crisafulli, *Libertà personale, Costituzione e passaporti*, in *Arch. pen.*, 1955, II, pp. 116 ss., P. Grossi, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 209 ss., M. Galizia, *La libertà di circolazione e soggiorno*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione (ISAP)*, *La tutela del cittadino*, II, *La pubblica sicurezza*, a cura di P. Barile, Vicenza, 1967, p. 201 ed ivi nt. 6; ma in senso contrario v. S. Galeotti, *La libertà personale (Studio di diritto costituzionale italiano e comparato)*, Milano, 1953, pp. 17 ss., pp. 103 ss., nonché L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 80. Nel dibattito successivo, a favore di una netta distinzione tra libertà personale e libertà di circolazione e soggiorno si sono espressi, ad esempio, A. Pace, *Problematica delle libertà*, p.te speciale, Padova, 1992, pp. 271 ss., U. De Siervo, *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, p. 81, G. Demuro, *Art. 16*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, *Artt. 1-54*, Torino, 2006, pp. 372 ss., spec. p. 375. Sull'autonomia della libertà di circolazione e soggiorno rispetto alla libertà personale v. da ultimo L. Castelli, *Articolo 16*, in F. Clementi-L. Cuocolo-F. Rosa-G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, Bologna, 2018, pp. 114 ss.
Il dibattito sull'interpretazione degli artt. 13 e 16 Cost. è stato recentemente richiamato da A. Cerri, *Spunti e riflessioni minime a partire dall'emergenza sanitaria*, in *Nomos*, 2020, n. 1, pp. 1 s.

Si è pertanto in presenza di un'ipotesi di *integrazione* tra le citate libertà costituzionali[13]: la previsione dell'art. 16, in tale prospettiva, non è volta a riconoscere una libertà distinta da quella personale, ma semplicemente a disciplinare (in modo diverso dall'art. 13) la possibilità di limitare quelle facoltà (il circolare ed il soggiornare, attraverso le quali si manifesta il godimento della libera disposizione del proprio essere fisico), in presenza di specifiche esigenze da tutelare che giustificano la misura limitativa («sanità e sicurezza») ed in relazione ad una determinata modalità di intervento del legislatore («in via generale»). In relazione a quest'ultimo aspetto, giova anticipare quel che si sottolineerà meglio tra poco: ossia, che mentre le misure restrittive *ex* art. 13 Cost. debbono avere carattere individuale e personalizzato, quelle che ricadono nella disciplina dell'art. 16 Cost. debbono avere natura generale.

Se si condividono le considerazioni fin qui svolte, deve trarsene che la valutazione della conformità al quadro costituzionale delle misure che si stanno esaminando, configurabili come ipotesi di cordone sanitario e adottate al fine di contenere la diffusione del contagio da Coronavirus nella fase emergenziale, deve essere effettuata alla stregua dell'art. 16 Cost. e delle peculiari garanzie da esso previste; non apparirebbe invece conferente lamentare in proposito una mancata applicazione delle garanzie dell'art. 13 Cost.

Utilizzando il parametro di legittimità offerto dall'art. 16 Cost., va aggiunto, non pare che le due ipotesi di divieto prese in considerazione difettino integralmente dei requisiti ivi indicati. Non può infatti dubitarsi, anzitutto, della sussistenza del presupposto materiale dell'intervento limitativo e cioè delle ragioni di sanità collegate al pericolo di diffusione del contagio in taluni territori, anche se può discutersi sulle modalità attraverso le quali si è scelto di apprezzare, valutare e monitorare il permanere di esse[14].

Allo stesso modo, può agevolmente constatarsi la sussistenza del requisito della "generalità" imposta al legislatore dall'art. 16 Cost.: espressione che – pur nella consapevolezza delle molteplici interpretazioni emerse in dottrina – esclude la possibilità che il legislatore distingua cittadino da cittadino, imponga cioè restrizioni nei confronti solo di alcuni soggetti e non degli altri, nei confronti di alcuni gruppi sociali e non degli altri e così via**.** In altre parole, si può ricorrere al parametro di legittimità offerto dell'art. 16 Cost. (che, a differenza dell'art. 13 Cost., non prevede una riserva di giurisdizione) unicamente se non

[13] Sulla categoria dell'integrazione tra i diritti di libertà nel sistema costituzionale italiano, v. P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, 2a ed. ampl., Torino, 1991, pp. 231 ss.

[14] Su tale profilo, che coinvolge anche il rapporto tra "legislatori/amministratori" e "scienza", v. L. Del Corona, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2020, n. 1, pp. 71 ss., nonché A. Venanzoni, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020, pp. 1 ss.

si debba distinguere persona da persona, in ragione delle sue qualità o responsabilità personali[15].

E a questo parametro sembrano conformarsi le misure di divieto di accesso, da un lato, e di allontanamento dall'altro, introdotte dalla decretazione d'urgenza (pur nelle diverse formulazioni che si sono succedute), indipendentemente da quale e quanta parte del territorio nazionale ne sia interessata. La circolazione viene infatti limitata obbligando chi si trovi in una certa zona a non uscirne, e contestualmente impedendo agli altri di entrarvi, per evitare il propagarsi del contagio, senza considerazioni su qualità o caratteristiche specifiche dei singoli soggetti (se non quelle che sono intrinsecamente collegate alle ragioni di sanità e sicurezza che sono alla base delle stesse misure: ad esempio, consentire l'ingresso o l'uscita del personale sanitario).

Piuttosto, il *vulnus* rispetto all'ordinaria tutela costituzionale sembra risiedere nello svuotamento della riserva di legge dell'art. 16 Cost., la quale, già degradata a riserva relativa nel contesto dell'ordinarietà, appare ora ulteriormente mortificata da una normativa primaria introdotta d'urgenza che ha affidato l'intera definizione delle limitazioni ai variegati provvedimenti dianzi ricordati, e segnatamente alla fonte nella disponibilità del vertice monocratico del Governo, ossia ai dPCM[16]. Questi ultimi, poi, hanno a loro volta in più casi (illegittimamente) derogato alla stessa previsione di rango primario[17], modificando ed ampliando lo spettro delle limitazioni consentite ed il loro raggio territoriale d'azione.

Emblematici, da questo punto di vista, i dPCM 8 e 9 marzo 2020 che hanno introdotto, dapprima nella Regione Lombardia ed in alcune province limitrofe e poi (a distanza di ventiquattr'ore) nell'intero territorio nazionale, una molteplicità di obblighi di forte impat-

[15] In sintesi, una limitazione *ex* art. 13 Cost. richiede il provvedimento dell'autorità giudiziaria *ad personam* e in ragione del comportamento della singola persona, laddove una restrizione *ex* art. 16 Cost. è disposta dalla legge in via generale e, pur incidendo su facoltà (circolare e soggiornare) in cui si esprime la disponibilità materiale dell'essere fisico – al pari della libertà personale –, non esige l'intervento di un atto limitativo giudiziario. Sicché la disciplina dell'art. 16 consente al legislatore, per le finalità ivi indicate, di porre direttamente obblighi e divieti generali inerenti alla circolazione; così come, ai sensi della stessa disposizione costituzionale, potrà eventualmente farsi ricorso alla forza fisica per contrastare l'inosservanza di essi, purché tale contenimento fisico *non sia individualizzato* (non si fondi cioè sulla identificazione o sulle caratteristiche personali di chi subisce il contenimento ma sia dettato esclusivamente dalla necessità nell'immediato di preservare una parte del territorio dalla circolazione) e si proceda comunque con *modalità proporzionate e limitate all'immediata necessità* di far rispettare l'obbligo o il divieto. Ove invece il contenimento fisico presupponga l'identificazione della singola persona, o comunque assuma carattere individualizzato, esso acquisirà a quel punto la natura di misura restrittiva da ricondurre al regime dell'art. 13 Cost., con tutte le garanzie ivi previste.

[16] In proposito v. però F. Sorrentino, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, cit., 136, che non ravvisa particolari criticità nella disciplina delle misure limitative della libertà di circolazione introdotte dalla decretazione d'urgenza, dal momento che la fonte primaria conterrebbe regole sostanziali e in parte anche procedimentali sufficienti a soddisfare la riserva (che l'A. considera relativa) di legge dell'art. 16 Cost.

[17] Sul rapporto tra fonti emergenziali secondarie e norme primarie legittimanti – nel senso che le prime possono derogare alle seconde «solo nella misura e nella forma indicata dalla fonte primaria legittimante, la quale, proprio perché legittimante, non può essere a sua volta derogata» – si rinvia a M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 125.

to sulla libertà di circolazione[18], tra i quali quello di «evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori […] nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute»[19].
La non perspicua formulazione della disposizione, la vaghezza delle clausole di giustificazione, e, non ultima, la caotica interpretazione offerta dai canali di comunicazione istituzionale, in quella circostanza hanno contribuito a equiparare, nella "narrazione emergenziale", il divieto di spostamento con l'assoluto divieto di uscire di casa (in assenza di congrua giustificazione), sollevando animate discussioni sul confine tra passeggiata finalizzata allo spostamento e passeggiata come attività motoria individuale … con buona pace di ogni illuministica aspirazione alla chiarezza delle norme e alla certezza del diritto[20].

5. Quarantena, isolamento fiduciario e altri comportamenti imposti: preferibilità di un loro inquadramento ai sensi dell'art. 23 Cost.

Secondo l'impostazione che si condivide, allora, l'art. 16 Cost. consente al legislatore di imporre (anche) per ragioni sanitarie limiti a carattere generale (e dunque "spersonalizzato") alle facoltà di circolare e soggiornare sul territorio nazionale. Il *focus* della restrizione, in questi casi, si incentra appunto sul territorio e sulla sua "limitata circolabilità", non sulla singola, individuata persona alla quale (a differenza della generalità delle altre) venga coercitivamente preclusa la libera disponibilità della propria fisicità nello spazio territoriale, come invece accade quando la limitazione è da ricondursi all'art. 13 Cost.
Accolto questo rilievo, appaiono quindi difficilmente inquadrabili nello schema limitativo predisposto e consentito dall'art. 16 Cost. alcune altre previsioni contenute nella normativa sull'emergenza epidemiologica attraverso le quali sono state imposte restrizioni alla circolazione nel territorio non già ad una collettività, ma soltanto a determinati soggetti, in seguito a specifiche misure *ad personam* adottate dalle autorità sanitarie.

[18] Nel senso che le misure adottate con i dPCM emanati tra l'8 e l'11 marzo 2020 avrebbero dovuto formare oggetto di un decreto-legge tenuto conto delle forti limitazioni da essi introdotti sulle libertà costituzionali, v. M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020, p. 8.

[19] Così l'art. 1, comma 1, lett. *a*), dPCM 8 marzo 2020; sugli ulteriori interventi limitativi della libertà di circolazione cfr. P. Carrozzino, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 2020, n. 3, pp. 1 ss.

[20] Interessanti notazioni in G. Salvadori, *Il Periplo dell'isolato. La libertà di passeggiare al tempo del COVID-19*, cit., pp. 306 ss., spec. pp. 309 ss.; l'A. rileva, tra l'altro, come i chiarimenti provenienti dalle Autorità (nei rispettivi siti istituzionali), lungi dall'appianare i dubbi circa l'interpretazione dei citati decreti del P.C.M., abbiano apportato maggiore incertezza, «col risultato che l'unica indicazione netta e sicura rimane quella di *stare a casa*» (ivi, p. 311).

Ci si riferisce ad esempio alle misure, dal contenuto sostanzialmente analogo (anche per quanto concerne la comune sottoposizione alla sorveglianza sanitaria attiva), della *quarantena* e dell'*isolamento fiduciario*[21]. In questi due casi, infatti, la preclusione al libero spostamento determinata dall'imposizione di non allontanarsi dal domicilio ha carattere individuale, specifico, esclusivamente operante nei confronti del singolo soggetto che ne sia destinatario. Manca, pertanto, l'elemento della generalità dell'imposizione, indispensabile per chiamare in causa il modello di restrizione conforme all'art. 16 Cost.

Quanto appena detto, però, non significa neppure che quarantena e isolamento inverino ipotesi di limitazione della libertà personale, per le quali dovrebbe valere l'insieme di garanzie approntato dall'art. 13 Cost.[22]. Alla luce di un insegnamento cui sono sempre debitrice, continuo infatti a ritenere che, affinché possa configurarsi una limitazione della libertà personale chiamata a rispettare quando disposto all'art. 13 Cost., sia necessario (oltre al carattere individuale e non generale della restrizione) che la misura presenti l'elemento della coercizione, della coazione fisica; o che, anche quando non formalmente coattiva, essa lo sia però sostanzialmente, in ragione dell'intensità della imposizione che,

[21] La *quarantena precauzionale* (la cui durata è, di regola, di quattordici giorni), o altra misura dall'effetto equivalente approvata dal Comitato tecnico-scientifico, viene applicata da parte delle autorità sanitarie competenti a coloro che abbiano avuto contatti stretti con persone la cui positività al virus sia risultata confermata; è stata prevista già a partire dall'art. 1, comma 1, dell'ordinanza del Ministro della salute del 21 febbraio 2020 e ribadita nei decreti-legge successivi (art. 1, comma 2, lett. *h*), d.l. n. 6/2020; art. 1, comma 2, lett. *d*), d.l. n. 19/2020; art. 1, comma 7, d.l. n. 33/2020), nonché nei molteplici dPCM adottati sulla loro base. La misura della *quarantena per i soggetti risultati positivi* al virus dura, invece, «fino all'accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata» (art. 1, comma 6, d.l. n. 33/2020). Infine, per chi entra in Italia da un territorio estero incluso in elenchi di Paesi a rischio è stata introdotto, per un periodo di quattordici giorni, l'*isolamento fiduciario* (così indicato nei dPCM successivi a quello del 1° marzo 2020): in sintesi, secondo questa disciplina – il cui scopo ultimo resta identico nei diversi atti normativi, pur nella diversità dei termini e di variazioni procedimentali – i soggetti che entrano nel territorio della Repubblica provenendo dall'estero («da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità» in base all'art. 1, comma 1, lett. *i*), d.l. n. 6/2020, o più ampiamente da «aree ubicate al di fuori del territorio italiano» individuate in appositi elenchi, secondo l'art. 1, comma 1, lett. *d*), d.l. n. 19/2020) debbono comunicare questa loro condizione all'autorità sanitaria che conseguentemente dispone l'isolamento fiduciario, attivando congiuntamente la sorveglianza sanitaria.
Peraltro, a riprova della natura sostanzialmente omogenea di tali misure, si pone anche il dato dell'utilizzo non uniforme e a volte interscambiabile della relativa nomenclatura in diversi atti (normativi e non normativi): ad esempio, l'isolamento fiduciario per chi proviene dall'estero è in qualche atto indicato come *permanenza domiciliare fiduciaria* (secondo l'espressione dell'art. 1, comma 1, lett. *i*), d.l. n. 6/2020, già usata dall'art. 1, comma 3, dell'ordinanza del Ministero della salute del 21 febbraio 2020) o semplicemente come *quarantena precauzionale* (art. 1, comma 2, lett. *d*), d.l. n. 19/2020); ancora, la quarantena per i soggetti risultati positivi al virus viene indicata come *isolamento* nella circolare del Ministero della salute del 12 ottobre 2020, la quale denomina invece *quarantena* solo la «restrizione dei movimenti di persone sane per la durata del periodo di incubazione, ma che potrebbero essere state esposte ad un agente infettivo o ad una malattia contagiosa, con l'obiettivo di monitorare l'eventuale comparsa di sintomi e identificare tempestivamente nuovi casi».

[22] Esclude che i provvedimenti concernenti la quarantena colpiscano la libertà personale (poiché privi dei tratti distintivi che connoterebbero i provvedimenti che toccano tale libertà e cioè «valutazione moralmente negativa dell'inciso» e «uso della forza fisica»), M. Luciani, *Avviso ai naviganti del Mar pandemico*, in *Questione giustizia*, 2020, n. 2, p. 9. In senso contrario v. M. Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 2020, n. 3, p. 190, ad avviso del quale il divieto di allontanamento dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura di quarantena dovrebbe essere ricondotta tra le forme di limitazione della libertà personale *ex* art. 13 Cost.

di fatto, elimini ogni possibilità di autodeterminazione del soggetto[23]. Nei due casi di cui si parla, invece, tale elemento manca, essendosi in presenza di misure a carattere meramente obbligatorio e non coercitivo.

Peraltro, dovrebbe escludere un coinvolgimento della disciplina costituzionale in tema di libertà personale anche chi segua la diversa impostazione secondo la quale sarebbero limitative di essa tutte le imposizioni che, basate su una valutazione negativa e degradante delle qualità della persona, ne mettano in discussione la sua pari dignità sociale *ex* art. 3 Cost. e si risolvano in una *deminutio* giuridica della stessa, anche senza manifestarsi in forme di coercizione della fisicità[24]. Pure se si accogliesse questa non condivisibile prospettiva, infatti, bisognerebbe in ogni caso prendere atto che la quarantena e l'isolamento domiciliare non determinano e non presuppongono alcuna valutazione degradante delle qualità personali degli obbligati, essendo determinate esclusivamente da ragioni oggettive di precauzione sanitaria che prescindono del tutto da qualunque ulteriore valutazione di caratteristiche personali.

Non varrebbe a spostare i termini della questione, secondo la mia opinione, neppure il rilievo che fa leva sulle eventuali sanzioni penali – limitative della libertà personale – derivanti dal mancato rispetto degli obblighi di cui si parla. Neanche in questo caso, infatti, si assiste ad una metamorfosi dell'obbligo in misura coercitiva, dal momento che l'irrogazione della sanzione non trasforma *retroattivamente* il precedente obbligo in coazione. La pena, infatti, non solo emerge in un momento successivo cronologicamente distinto da quello nel quale vige la mera imposizione del comportamento, non solo ha carattere eventuale, ma soprattutto è il prodotto di un procedimento giurisdizionale caratterizzato da una serie di salvaguardie individuali che di regola non accompagnano la semplice imposizione di un obbligo[25].

Potrebbe a questo punto avanzarsi l'ipotesi, *ratione materiae*, che quarantena e isolamento domiciliare rappresentino due casi di trattamento sanitario obbligatorio ai sensi dell'art. 32 Cost. Si tratterebbe tuttavia di un'ipotesi anch'essa non condivisibile.

La ragione per cui può escludersi che si sia in presenza di un TSO non sta, ovviamente, nella mancanza della finalità che sempre, per previsione costituzionale, deve caratterizzare l'imposizione legislativa di tali trattamenti, ossia l'interesse della collettività alla salute. Anche quarantena e isolamento, com'è evidente, trovano soprattutto in questo fine la giustificazione della loro obbligatorietà. L'elemento che invece risulta assente è proprio quello che contraddistingue i trattamenti sanitari, vale a dire la sottoposizione del soggetto a una

[23] V., per tutti, P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., pp. 200 ss.

[24] In questo senso, per tutti, v. C. Mortati, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 689-690, e A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, *passim*, spec. pp. 99 ss. e 120 ss.

[25] Per una più ampia argomentazione sul punto, oltre che per gli opportuni riferimenti bibliografici (anche di segno contrario a quanto sostenuto nel testo), sia consentito rinviare a D. Morana, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007, pp. 187 ss.

attività di tipo tecnico-medico destinata a incidere, con conseguenze dirette (immediate o future) sulle sue condizioni di salute. Quarantena e isolamento non sembrano implicare nulla di tutto ciò. Essi, pur essendo disposti dall'autorità sanitaria, di per sé non si accompagnano infatti ad alcuno specifico intervento medico che possa definirsi trattamento sanitario imposto; in questi casi, ben diversamente, l'obiettivo di proteggere la salute pubblica viene perseguito attraverso la configurazione per il destinatario di un mero vincolo a *non facere* (non allontanarsi dal domicilio).

Escluso dunque che quarantena e isolamento siano misure la cui legittimità costituzionale vada valutata sulla base dei regimi limitativi contemplati agli artt. 16, 13 e 32 Cost., cosa rimane? A mio avviso, si tratta di obblighi inquadrabili alla luce dell'art. 23 Cost., in quanto casi di prestazioni personali imposte per i quali si richiede (solamente), ai fini della legittimità, che un atto di rango legislativo li configuri – anche eventualmente soltanto in relazione alla disciplina di principio (avendo notoriamente la riserva di legge *ex* art. 23 Cost. natura relativa).

Peraltro, la giustificazione costituzionale della configurabilità legislativa di tali obblighi è in qualche modo rafforzata da un dato oggettivo: come già evidenziato, si tratta di prestazioni personali la cui imposizione è finalizzata alla protezione di un interesse costituzionale fondamentale, quello della collettività alla salute fissato all'art. 32 Cost.

Forse al riguardo qualche precisazione può essere utile. Il perseguimento di questo interesse, infatti, non implica soltanto che il legislatore possa imporre trattamenti sanitari che limitino la libertà di cura del singolo, nel rispetto delle condizioni fissate nella stessa disposizione costituzionale. Al raggiungimento del medesimo scopo, infatti, la Costituzione consente la restrizione di ulteriori posizioni di libertà dell'individuo, come è del resto reso palese dallo stesso art. 16 Cost. che permette limitazioni legislative *generali* alla circolabilità del territorio per soddisfare esigenze sanitarie.

Tuttavia, quando un'adeguata protezione dell'interesse collettivo alla salute possa essere conseguita senza la necessità di impedire la circolazione nel territorio di intere collettività, essendo invece sufficiente limitare la circolazione di determinati soggetti a rischio (la cui individuazione avviene sulla base di caratteristiche oggettivamente predeterminate e scientificamente validate), la via maestra è quella dell'imposizione di obblighi individuali, nel rispetto della riserva di legge al riguardo stabilita dall'art. 23 Cost. Resta ovviamente fermo, per quanto in precedenza ribadito, che se l'imposizione assuma carattere coercitivo e non meramente obbligatorio, non sarà sufficiente rispettare la (blanda) garanzia derivante dall'art. 23 Cost., ma entreranno in gioco le più penetranti tutele *ex* art. 13 Cost.

Lo stesso ragionamento fin qui svolto può senza difficoltà essere riferito a ogni ulteriore comportamento (indipendentemente dal fatto che sia configurato come obbligo in senso stretto o come onere) che il legislatore abbia disciplinato ai fini del contrasto al Covid-19. È il caso, ad esempio, dell'utilizzo di dispositivi di protezione individuale, inizialmente richiesto per poter accedere ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità (v. l'art. 1, comma 1, lett. l), d.l. n. 6/2020), e successivamente richiesto anche per chi si trovi all'aria aperta (con alcune esclusioni); o del rispetto della distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro, e di almeno due metri

per lo svolgimento di attività sportiva all'aperto (art. 1, comma 2, lett. n), d.l. n. 19/2020 come modificato dalla legge di conversione). Anche per tali (e altri) casi, la valutazione di legittimità delle relative previsioni normative va effettuata sulla base dell'art. 23 Cost.; sempre, beninteso, che non si tratti di comportamenti (e quelli citati non lo sono) rientranti nell'alveo di protezione offerto da specifici diritti di libertà garantiti in altre disposizioni costituzionali.

6. Conclusioni (con un cenno al rapporto tra decisione normativa e scienza medica)

Il quadro di sintesi che si è finora tentato di abbozzare risulterebbe gravemente incompleto se, conclusivamente, non si facesse almeno un accenno ad un aspetto che si presta a essere, per così dire, trasversale rispetto alla problematica del rapporto tra fonti e disciplina dei diritti. Mi riferisco al ruolo giocato in questa materia dalle conoscenze tecniche di carattere scientifico-sanitario e dagli organismi (nazionali e internazionali) che di tali conoscenze sono detentori ed elaboratori. Si tratta di un ruolo destinato inevitabilmente a venire in primo piano nei periodi di emergenza sanitaria quale quello attuale (suscitando peraltro perplessità in una parte della stessa dottrina costituzionalistica[26]).

È oramai ampiamente noto, del resto, come una costante giurisprudenza costituzionale, sin dalla sent. n. 282/2002, abbia progressivamente chiarito che la discrezionalità del legislatore, quando quest'ultimo intervenga a dettare norme riguardanti la salute, vada incontro a specifici limiti di carattere tecnico, rappresentati dalle conoscenze maturate nella scienza medica. Saranno, infatti, le risultanze di quest'ultima (validate sul piano internazionale) a dover necessariamente condizionare (sia in negativo che in positivo) l'ambito all'interno del quale il legislatore potrà legittimamente esercitare la propria funzione normativa[27].

Questo assunto, tuttavia, ritengo abbia acquisito ulteriore pregnanza se lo si rapporta al dato esperienziale offerto dalla produzione normativa degli ultimi mesi, soprattutto in relazione a due profili.

Anzitutto, la pandemia ha reso esplicito quel che, d'altro canto, era già facilmente desumibile per via logica, in ordine alla portata espansiva del ruolo di limite alla discrezionalità legislativa svolto, nei termini anzidetti, dalle conoscenze medico-scientifiche: se la giurisprudenza costituzionale aveva avuto modo di evidenziarlo soprattutto in relazione all'art. 32 Cost. e alla competenza concorrente in materia di tutela della salute (*ex* art. 117, comma

[26] V., ad es., G. di Plinio, *Postfazione*, in M. Borgato-D. Trabucco (a cura di), *Covid-19* vs. *democrazia*. *Aspetti giuridici ed economici nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, Napoli, 2020, pp. 235 ss., il quale, criticando l'atteggiamento assunto dalla comunità scientifica in relazione alla gestione del contrasto alla pandemia, parla con preoccupazione (ma non senza ironia) di una «luccicante, messianica e speciale, *task force* medico-scientifica».

[27] Si v., ad es., oltre a Corte cost., sent. n. 282/2002, le sentt. nn. 151/2009 e 5/2018.

3, Cost.), appare ora chiaro che tale limite è destinato a operare con riguardo a tutti i casi in cui le "ragioni sanitarie" siano costituzionalmente in grado di giustificare gli interventi legislativi volti a limitare il godimento di posizioni di libertà (a partire da quanto disposto all'art. 16 Cost.).

Il secondo profilo che merita di essere evidenziato prospetta, in realtà, anche un rischio: quello di un effetto, per così dire, *ultra-legittimante* delle acquisizioni tecnico-scientifiche. Intendo dire che se è indubbio che tali acquisizioni siano giunte a porsi come parametro di legittimità nella valutazione dell'uso fatto dal decisore normativo della sua discrezionalità, quello che va evitato è che esse assumano un carattere assorbente, in grado di scolorire e depotenziare la necessità di rispettare *anche* gli altri parametri. Penso, soprattutto (ma non solo), ai parametri rappresentati dalle norme costituzionali che pongono riserve di legge o a quelle che distribuiscono le competenze normative tra enti. L'auspicio che al riguardo può formularsi è che la Corte costituzionale, ove ne abbia occasione, mantenga alta l'attenzione nell'esercizio del suo sindacato di legittimità.

Saggi

Controllo delle frontiere italiane e immigrazione nell'emergenza sanitaria Covid-19: tra *soft law* dell'Unione europea e misure nazionali*

Arianna Pitino**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Gli atti di *soft law* dell'Unione europea per la gestione delle frontiere esterne e interne. – 3. L'art. 168 TFUE e il *soft law* come strumento per la tutela della salute pubblica in caso di gravi minacce alla salute di natura transnazionale. – 4. Il Covid-19 e la gestione delle frontiere in Italia. – 5. La gestione delle frontiere e i diritti degli stranieri richiedenti asilo e protezione internazionale in tempi di pandemia. – 6. Gli arrivi in Italia (via mare) di stranieri richiedenti asilo e protezione internazionale durante la pandemia: il controverso caso del decreto interministeriale n. 150/2020 (con un approfondimento sul ricorso collettivo a tutela del principio di non discriminazione in base alla nazionalità). – 7. L'accoglienza in Italia dei migranti soccorsi in mare a bordo delle navi da quarantena: un bilanciamento accettabile in tempi di pandemia? – 8. Conclusioni.

Abstract:
Il diritto europeo non prevede la gestione coordinata delle frontiere esterne e interne degli Stati sotto la direzione dell'Unione europea in caso di emergenze sanitarie. L'art. 168 TFUE prevede però espressamente il ricorso al *soft law* per tutelare la salute pubblica a livello sovranazionale: grazie ad esso le istituzioni europee hanno provveduto a coordinare le limitazioni alla libertà di circolazione interna e di ingresso nell'Unione europea poste dagli Stati membri. L'A. osserva come il Covid-19 chiama gli Stati a riflettere sull'eventualità di implementare le norme sulla gestione delle frontiere in caso di minacce alla salute pubblica di carattere transnazionale. L'articolo si concentra poi sulle misure di gestione dei confini adottate in Italia rilevando come, in generale, i cittadini di Stati terzi

---

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.
** Ricercatrice confermata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Genova, arianna.pitino@unige.it.

ISSN 2611-8882

privi di pre-esistenti legami giuridici con l'Unione europea siano stati oggetto di misure più severe rispetto ai cittadini europei e agli altri stranieri residenti nell'Unione. L'A. si sofferma quindi sul decreto interministeriale n. 150/2020 e sulla questione delle c.d. navi da quarantena, approfondendo anche l'aspetto dei ricorsi collettivi in caso di discriminazioni in base alla nazionalità. In conclusione si evidenzia come il d.l. n. 130/2020, approvato in tempi di Covid-19, si ponga in controtendenza rispetto all'approccio fortemente restrittivo all'immigrazione portato avanti negli ultimi anni.

European law does not provide for the coordinated management of the States' external and internal borders under the direction of the European Union in the event of health emergencies. However, art. 168 TFEU expressly provides for the use of soft law in case of cross-border threats to public health. According to it, European Institutions have coordinated the restrictions on freedom of movement and entry into the European Union applied by Member States. The A. observes how Covid-19 calls on States to reflect on the possibility of implementing border management rules in the event of future cross-border threats to public health. The article then focuses on the border management measures adopted in Italy, observing that, in general, third-country nationals without pre-existing legal ties with the European Union have been subject to stricter measures than European citizens and the other foreigners residing in the EU. The A. also focuses on interministerial decree no. 150/2020 and on the so-called "quarantine vessels", also deepening the aspect of collective appeals in case of discrimination on the basis of nationality. In conclusion, the article highlights that decree law n. 130/2020, approved in times of Covid-19, goes against the strongly restrictive approach to immigration carried out in more recent years.

Introduzione

La gestione coordinata delle frontiere esterne e interne dell'Unione europea per tutelare la salute pubblica e prevenire la diffusione del Covid-19 è diventata una priorità per gli Stati membri soltanto a partire dall'11 marzo 2020, data in cui il Direttore generale dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha dichiarato l'emergenza pandemica causata dal *virus* SARS-CoV-2[1].

Il Presidente del Consiglio europeo[2], il 17 marzo 2020, ha annunciato le *Conclusioni* dei Capi di stato e di governo dell'Unione europea in merito alla «restrizione temporanea coordinata dei viaggi non essenziali verso l'Unione» per trenta giorni, da applicarsi ai cittadini residenti in Paesi terzi, assumendo come base operativa la *comunicazione* e le *guidelines* (c.d. "*orientamenti*" nella traduzione italiana) in materia di gestione delle frontiere elabo-

[1] Secondo A. Ruggeri, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *dirittiregionali.it*, 2020, n. 1, p. 373 e C. Bottari, *Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del coronavirus*, in *Federalismi.it*, 13 maggio 2020, p. 1, l'intervento sarebbe stato poco tempestivo. Di diverso avviso J. Ziller, *Europa, coronavirus e Italia*, in *Federalismi.it*, 24 marzo 2020, p. 4, secondo il quale «in realtà la reazione delle istituzioni europee è stata notevolmente rapida, poiché si deve tener conto del fatto che la maggior parte delle decisioni importanti necessita di riunioni di rappresentanti di tutti gli Stati membri, che si svolgono in videoconferenza».

[2] V. le *Conclusioni* del Presidente del Consiglio europeo del 17 marzo 2020, su www.consilium.europa.eu. Il Consiglio europeo si era riunito in videoconferenza una prima volta il 10 marzo 2020 e poi il 17 marzo 2020, definendo le linee politiche essenziali di un approccio comune europeo al Covid-19.

rati dalla Commissione europea[3]. Il termine inizialmente previsto è stato prorogato due volte per rispettivi trenta giorni[4] e infine fissato al 30 giugno 2020[5], sempre con *comunicazioni* della Commissione.

Per ridurre al minimo l'impatto delle misure così previste, l'Unione europea ha cercato di bilanciare le esigenze di sanità pubblica con gli aspetti socioeconomici e la tutela dei diritti in stato di pandemia[6] individuando alcune categorie di persone esenti da ogni restrizione di viaggio in caso di rientro da Paesi terzi: i cittadini europei, i cittadini di Paesi terzi appartenenti a Stati che hanno concluso accordi di libera circolazione con l'Unione europea (e i suoi Stati membri) e i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo oppure di altro titolo di soggiorno europeo o nazionale (e i relativi familiari). Inoltre, sono state individuate alcune categorie ulteriori di viaggiatori anch'essi esclusi dalle restrizioni all'ingresso nell'Unione europea: operatori sanitari, ricercatori in ambito sanitario e professionisti dell'assistenza agli anziani, lavoratori frontalieri, lavoratori stagionali del settore agricolo, personale del settore dei trasporti, diplomatici, personale delle organizzazioni internazionali, personale militare e operatori umanitari impegnati nell'esercizio delle proprie funzioni, passeggeri in transito, passeggeri in viaggio per motivi familiari imperativi, persone che necessitano di protezione internazionale o in viaggio per altri motivi umanitari nel rispetto del principio di *non-refoulement*[7]. A questo primo elenco, a partire dal 16 luglio 2020, sono stati aggiunti il personale marittimo, i cittadini di Paesi terzi che viaggiano per motivi di studio e i lavoratori di Paesi terzi altamente qualificati che svolgono attività lavorative necessarie dal punto di vista economico che non possono essere posticipate o svolte dall'estero[8].

In caso di arrivo da un Paese terzo, gli Stati di frontiera dell'Unione *potevano* imporre l'autoisolamento o misure analoghe ai cittadini europei e ai cittadini di Paesi terzi residenti in

---

[3] Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, COM(2020)115 e *Linee guida della Commissione europea* C(2020)1753, del 16 marzo 2020, *COVID-19 – Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services*. Ulteriori linee guida C (2020) 2050, sono state emanate sempre dalla Commissione europea il 30 marzo 2020. In dottrina v. G. Fiengo, *Le misure di contenimento della diffusione del COVID-19: la sospensione dell'accordo di Schengen*, in *Osservatorio COVID-19 – DPCE online*, 29 marzo 2020 e M. Borraccetti, *La gestione delle frontiere ai tempi del coronavirus*, in *Quaderni cost.*, 2020, n. 2, p. 433.

[4] V. le comunicazioni della Commissione europea COM(2020)148 dell'8 aprile 2020 e COM(2020)222 dell'8 maggio 2020.

[5] Comunicazione COM(2020)399, dell'11 giugno 2020.

[6] Si ricorda che la Corte di giustizia ha riconosciuto, ancora di recente, che la tutela della sanità pubblica «figura tra le ragioni imperative di interesse generale riconosciute dal diritto dell'Unione» che possono giustificare restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali, v. *PI* v. *Landespolizeidirektion Tirol*, C-230/18, 8 maggio 2019 (spec. par. 71).

[7] Questo principio generale del diritto internazionale vieta il respingimento degli individui verso Stati in cui la vita o la libertà potrebbero essere a rischio ed è espressamente sancito dalla Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951 (art. 33), dalla Convenzione contro la tortura (art. art. 3, par. 1), dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in via indiretta, in base al divieto di tortura di cui all'art. 3 CEDU) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 19), in dottrina v. I. Panicolopulu, G. Baj, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, n. 1, pp. 32 ss.

[8] Raccomandazione (Ue) 2020/912 del Consiglio, *relativa alla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE e all'eventuale revoca di tale restrizione*, del 30 giugno 2020.

uno Stato membro dell'Unione europea, osservando al riguardo una rigorosa parità di trattamento. Per tutti gli altri cittadini di Stati terzi, anche se non soggetti a restrizioni di viaggio, è stata invece prevista la possibilità di introdurre misure di sicurezza supplementari, soprattutto se provenienti da Stati non europei considerati ad alto rischio. Inoltre, gli Stati europei di frontiera potevano negare l'ingresso ai cittadini di Paesi terzi in caso di sintomi evidenti o di particolare esposizione al rischio di infezione da Covid-19, considerando gli stessi un rischio per la salute pubblica nazionale ed europea.

A cominciare dalle primavera 2020, la Commissione e il Presidente del Consiglio europeo hanno adottato una *Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della COVID-19*[9] (15 aprile 2020) e la comunicazione della Commissione *Verso un approccio graduale e coordinato per il ripristino della libera circolazione e la revoca dei controlli alle frontiere interne*[10] (13 maggio 2020), nelle quali sono stati definiti metodologia e criteri per revocare gradualmente le restrizioni prima alle frontiere interne e poi a quelle esterne dell'Unione europea. Il 30 giugno 2020 il Consiglio europeo ha adottato la prima *raccomandazione*[11] per coordinare la graduale riapertura delle frontiere esterne a partire dal 1° luglio 2020 soltanto nei confronti di alcuni Stati terzi e a condizioni di reciprocità, basandosi su valutazioni relative alla situazione epidemiologica, alle misure di contenimento e agli aspetti economico-sociali (c.d. lista di controllo) svolte in modo coordinato dal Consiglio, dalla Commissione, dalle agenzie e dai servizi dell'Unione competenti in materia di sanità pubblica.

Da ultimo, il 13 ottobre 2020, il Consiglio ha adottato la raccomandazione 2020/1475[12] che individua alcuni criteri comuni, basati sui dati che gli Stati membri inviano settimanalmente al Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie, per coordinare le limitazioni alla libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea. In particolare è stata prevista una mappatura delle regioni europee in base ai colori verde (nessuna misura restrittiva), arancione e rosso, mentre il grigio è riservato agli Stati che non hanno trasmesso informazioni sufficienti[13], sulla cui base gli Stati possono decidere le misure da applicare ai viaggiatori in ingresso nei rispettivi territori (quarantena, *test* Covid prima o dopo l'arrivo, moduli di localizzazione dei passeggeri). In particolare, nella raccomandazione si specifica

[9] https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/factsheet-lifting-containment-measures_it.pdf.

[10] Comunicazione C(2020)3250 *final* del 13 maggio 2020.

[11] Raccomandazione (Ue) 2020/912 del Consiglio, *relativa alla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE e all'eventuale revoca di tale restrizione*, del 30 giugno 2020. A questa hanno fatto seguito la raccomandazione (UE) 2020/1052 del 16 luglio 2020, la raccomandazione (UE) 2020/1144 del 30 luglio 2020, la raccomandazione (UE) 2020/1186 del 7 agosto 2020 e la raccomandazione (UE) 2020/1551 del 22 ottobre 2020, tutte del Consiglio europeo, con le quali si è provveduto ad aggiornare gli elenchi di Stati terzi ritenuti "sicuri" (in base all'ultima raccomandazione qui citata essi sono: Australia, Giappone, Nuova Zelanda, Ruanda, Singapore, Corea del sud, Tailandia, Uruguay e Cina).

[12] Raccomandazione (UE) 2020/1475 del Consiglio del 13 ottobre 2020 per *un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19*.

[13] Quale utile supporto informatico per la libertà di circolazione nell'Unione europea si veda anche l'applicazione *Re-open EU*.

che le limitazioni introdotte dagli Stati devono risultare non discriminatorie, essere definite in modo oggettivo (senza favorire alcuni Stati, ad esempio quelli confinanti, a discapito di altri) e comunicate in anticipo (anche in caso di revoca) agli altri Stati e alla Commissione. Il coordinamento tra gli Stati rispetto alle limitazioni delle frontiere interne dell'Unione europea è stato ritenuto essenziale dal Consiglio e dalla Commissione per non compromettere uno dei suoi aspetti fondativi, ovvero la libertà di circolazione tra gli Stati membri. Altrettanto importante è il coordinamento relativo alle limitazioni delle frontiere esterne dell'Unione europea visto che le decisioni assunte da uno Stato di frontiera possono ripercuotersi su tutti gli altri Stati membri dal momento che i cittadini di Paesi terzi, una volta entrati, sono liberi di circolare (salvo limitazioni interne) nell'area Schengen. Ciò, come si è visto, ha portato il Consiglio e la Commissione ad adottare vari atti di *soft law* in senso proprio (raccomandazioni), altri atti di tipo informativo e operativo (comunicazioni, orientamenti e linee guida) e atti di indirizzo politico (conclusioni e tabelle di marcia) per uniformare gli interventi degli Stati membri relativi alla gestione delle frontiere.
Nella prima parte di questo scritto saranno analizzati gli atti di *soft law* dell'Unione europea alla luce dei Trattati e del diritto derivato nella prospettiva sia delle fonti del diritto eurounitario, sia del riparto di competenze tra l'Unione e gli Stati membri in materia di frontiere e di tutela della sanità pubblica, per verificare l'idoneità degli stessi nell'offrire risposte all'emergenza Covid-19.
Nella seconda parte, tenendo comunque presente il quadro giuridico eurounitario, ci si concentrerà sulle misure adottate dall'ordinamento italiano per gestire le frontiere interne con gli altri Stati dell'Unione e quelle esterne con i Paesi terzi. Particolare attenzione sarà dedicata agli stranieri richiedenti asilo e protezione internazionale che hanno percorso la rotta migratoria del Mediterraneo centro-meridionale per raggiungere l'Italia durante la pandemia. In particolare, come si vedrà, nel nostro ordinamento si è posto il problema di non privare della tutela dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione e dal diritto internazionale questi stranieri, continuando a garantire loro l'ingresso e il soggiorno in Italia anche in stato di emergenza sanitaria.

2. Gli atti di *soft law* dell'Unione europea per la gestione delle frontiere esterne e interne

Una differenza tra gli atti di *soft law* tipizzati nell'art. 288 TFUE (raccomandazioni e pareri) e i *documenti di consultazione* definiti dal Protocollo n. 1, art. 1 del TFUE come atti di natura informativa, di orientamento, di consulenza e contenenti istruzioni quali libri bianchi, libri verdi, linee guida, codici di condotta e – per quanto qui di interesse – comunicazioni, riguarda per prima cosa la sede di pubblicazione. Gli atti tipici di *soft law*, essendo formalmente inclusi tra le fonti del diritto dell'Unione europea (art. 288 TFUE), sono pubblicati nella sezione L (legislazione) della Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, mentre gli atti atipici sono pubblicati nella sezione C (comunicazioni e informazioni) della stessa.

Il TFUE riconosce al Consiglio europeo, in via generale ma non esclusiva, il potere di adottare raccomandazioni (art. 292 TFUE, che autorizza anche la Commissione e la Banca centrale europea a emanare raccomandazioni nei casi previsti dal TFUE), mentre i documenti di consultazione rientrano principalmente nella competenza della Commissione europea (Prot. n. 1 del TFUE, art. 1). Le raccomandazioni, essendo strettamente collegate all'esercizio delle competenze dell'Unione europea, svolgono prevalentemente una funzione *para*-legislativa, mentre i documenti di consultazione perseguono in genere obiettivi di tipo *pre*-legislativo (sono propedeutici rispetto all'adozione di atti giuridici vincolanti) oppure *post*-legislativo (forniscono interpretazioni degli atti giuridici vincolanti).
Sotto il profilo strettamente formale, vi è un aspetto che accomuna gli atti di *soft law* e quelli di *consultazione*: essi sono tutti non obbligatori e privi di valore giuridico vincolante per gli Stati membri. Sono inoltre esclusi dal controllo di legittimità della Corte di giustizia, previsto esclusivamente per gli atti che producono effetti giuridici nei confronti di terzi.
Tuttavia, al di là dell'aspetto formale, la dottrina ha riconosciuto ormai da tempo come gli atti di *soft law* abbiano acquisito nel panorama normativo europeo un valore giuridico sostanziale e siano in grado di vincolare di fatto gli Stati al raggiungimento degli obbiettivi da essi previsti[14]. Tra gli atti sovranazionali di *hard law* e di *soft law* non vi è un confine netto rispetto al quale soltanto i primi sono dotati di efficacia giuridica, mentre i secondi ne sarebbero completamente privi[15]. Più propriamente, infatti, anche secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, essi sono piuttosto espressione dei diversi livelli di normatività del diritto eurounitario[16].
I due atti principali cui l'Unione europea ha fatto ricorso per gestire in modo coordinato le frontiere (e, più limitatamente, l'immigrazione) durante la pandemia – le raccomandazioni del Consiglio e le comunicazioni della Commissione – vanno dunque considerati come atti di *soft law* di tipo *para*-legislativo non del tutto privi di obbligatorietà e di vincolatività per gli Stati membri.
Perché l'Unione europea, di fronte a un'emergenza sanitaria di portata epocale, ha gestito le frontiere esterne e interne con atti di *soft law* anziché imporre agli Stati misure uniformi per contenere la diffusione del Covid-19 sul territorio europeo?
Una prima risposta a questo quesito è strettamente attinente alla natura peculiare di unione sovranazionale che contraddistingue l'Unione europea. La gestione dei confini (esterni e interni) degli Stati membri, infatti, è stata delegata da questi all'Unione europea in modo parziale e non esclusivo dato che il territorio, in quanto luogo in cui si esercita la sovrani-

[14] F. Snyder, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, n. 1, p. 32, L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Hart, Oxford, 2004, spec. pp. 3 e 112, E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Wolters Kluwer Italia, 2008, pp. 71 ss.

[15] F. Terpan, *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, vol. 21, 2015, n. 1, spec. p. 84.

[16] P.L. Láncos, *A Hard Core Under the Soft Shell: How Binding Is Union Soft Law for Member States?*, in *European Public Law*, vol. 24, 2018, n. 4, pp. 759 e 782 parla appunto di una "*Graduated Normativity*" del *soft law* dell'Unione europea.

tà, è uno degli elementi costitutivi delle formazioni statali cui gli Stati membri non hanno acconsentito a rinunciare in modo pieno a favore dell'Unione europea.
L'art. 67 TFUE, infatti, prevede la creazione di un'area di libertà, sicurezza e giustizia in vista del raggiungimento di tre obiettivi principali: la libera circolazione dei cittadini europei senza controlli alle frontiere interne degli Stati membri (il c.d. *acquis* di Schengen); una politica comune in materia di immigrazione e di asilo; controlli alle frontiere esterne dell'Unione europea basati sul principio di solidarietà tra gli Stati membri e sull'uguaglianza verso i cittadini di Paesi terzi e gli apolidi.
L'art. 77, c. 1 TFUE individua, tra gli scopi politici dell'Unione europea, la progressiva instaurazione di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne finalizzato soprattutto a prevenire gli ingressi illegali di cittadini di Paesi terzi. L'art. 77, c. 2 TFUE, attribuisce all'Unione europea la competenza ad adottare misure concernenti la politica comune dei visti e di altri titoli di soggiorno di breve durata (lett. a), i controlli sulle persone che attraversano le frontiere esterne (lett. b), le condizioni alle quali i cittadini di Paesi terzi possono circolare liberamente nell'Unione europea per un breve periodo (lett. c), nonché *qualsiasi misura* necessaria per l'istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne (lett. d). Per l'esercizio di tutte queste competenze è richiesta la procedura legislativa ordinaria disciplinata dall'art. 294 TFUE.
Gli artt. 45, par. 3, 52 e 202 TFUE consentono invece agli Stati di limitare la libertà di circolazione e di stabilimento all'interno dell'Unione europea per motivi di sanità pubblica, autorizzandoli, se necessario, a sospendere l'*acquis* di Schengen anche in modo non coordinato con gli altri Stati. Anche la direttiva 38/2004/CE sulla libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini europei[17] all'art. 29 consente restrizioni alla libertà di circolazione nell'Unione europea per ragioni di sanità pubblica concernenti malattie con potenziale epidemico.
Per quanto riguarda la legislazione derivata dell'Unione, il principale punto di riferimento è però il *Codice frontiere Schengen* (*CFS*)[18], nel quale si dispone, in generale, che i controlli di frontiera devono «contribuire alla lotta contro l'immigrazione clandestina e la tratta degli esseri umani nonché alla prevenzione di qualunque minaccia per la sicurezza interna, l'ordine pubblico, la *salute pubblica* e le relazioni internazionali degli Stati membri» (considerando n. 6). Nell'art. 6, c. 1, lett e) si prevede espressamente che i cittadini di Paesi terzi, per poter entrare in uno Stato membro dell'Unione europea, non devono costituire «una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la *salute pubblica* o le

[17] Direttiva 38/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, *relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*.

[18] Regolamento (Ue) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 che *istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere esterne e interne da parte delle persone*, sostituendo il precedente reg. n. 562/2006. In dottrina, a proposito del *CFS*, v. A. Epiney, A. Egbuna-Joss, *Schengen Borders Code Regulation (EC) No 562/2006*, in K. Hailbronner, D. Thym (Eds), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, C.H. Beck – Hart – Nomos, Monaco, Oxford, pp. 56 ss.

relazioni internazionali di uno degli Stati membri». L'art. 25 dispone inoltre che gli Stati, in caso di minacce gravi per l'ordine pubblico e la sicurezza interna, come *extrema ratio* e in via eccezionale, possono ripristinare i controlli alle frontiere interne per trenta giorni o finché dura la minaccia grave, per un periodo comunque non superiore a sei mesi e, in via eccezionale, a due anni[19].

I destinatari del *CFS* sono gli Stati membri che, ognuno per proprio conto, sono responsabili dell'attuazione delle regole in esso previste per l'attraversamento delle frontiere esterne e interne dell'Unione che insistono sul proprio territorio. In particolare, va evidenziato come lo stesso *CFS* non preveda nessun meccanismo obbligatorio di gestione coordinata delle frontiere posto sotto il controllo dell'Unione europea in caso di emergenze sanitarie transnazionali che coinvolgano più Stati se non addirittura, come nel caso del Covid-19, tutti gli Stati membri.

Come già accennato, infatti, il controllo delle frontiere è stato visto finora come una necessità connessa soprattutto al controllo dell'immigrazione, come si evince molto chiaramente anche dal regolamento 1896/2019/UE sulla guardia di frontiera e costiera europea[20]. Questo regolamento, che disciplina la gestione europea integrata delle frontiere esterne, prevede la collaborazione dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (meglio nota come *Frontex*) con le autorità di frontiera e di rimpatrio degli Stati membri e di quelli associati a Schengen comunque responsabili nella gestione delle frontiere esterne. Nel suo *considerando* n. 12 si ribadisce, tra l'altro, che gli Stati membri «mantengono la responsabilità primaria nella gestione delle proprie frontiere esterne, nel loro interesse e nell'interesse di tutti gli Stati membri, e sono responsabili dell'emissione delle decisioni di rimpatrio». L'attività dell'Agenzia europea è quindi complementare ma non sostitutiva rispetto agli Stati, prevedendo azioni di sostegno, di coordinamento e di valutazione degli interventi di iniziativa statale. Neanche il reg. 1896/2019/UE prevede norme specifiche per la gestione coordinata delle frontiere esterne per motivi di sanità pubblica transnazionale. Come si evince dalle fonti del diritto eurounitario appena richiamate, ogni Stato è competente a valutare e a decidere in autonomia se e quando l'attraversamento delle frontiere da parte di un cittadino europeo o di un Paese terzo costituisca una minaccia per la salute pubblica. Pertanto, in caso di emergenze sanitarie che coinvolgano tutta l'Unione europea come quella prodotta dal Covid-19, nel diritto sovranazionale non vi sono norme

[19] G. Caggiano, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *I* Post *di AISDUE*, Sezione "Coronavirus e diritto dell'Unione" n. 7, 30 aprile 2020, p. 88, osserva come alcuni Stati europei (Germania, Austria, Danimarca, Norvegia, Svezia e Francia) avevano già reintrodotto da circa tre anni i controlli alle frontiere interne per ragioni connesse all'immigrazione, alle quali ora si sono ora aggiunte le misure restrittive collegate all'emergenza sanitaria. Al riguardo v. anche E. Pistoia, *Cittadinanza europea e Covid-19: cosa è stato del diritto alla libera circolazione e del divieto di controlli alle frontiere interne?* in F.S. Marini, G. Scaccia, *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020, spec. pp. 14 ss.

[20] Regolamento (Ue) 1896/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2019 *relativo alla guardia di frontiera e costiera europea*, che ha abrogato i precedenti regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624.

vincolanti (c.d. *hard law*) in grado di prevenire il rischio che ogni Stato membro gestisca le proprie frontiere adottando soluzioni diverse e non coordinate con gli altri Stati che inevitabilmente si ripercuotono sull'intera Unione europea.
Un approccio più coordinato alla gestione delle frontiere di fronte alla minaccia del Covid-19 è stata quindi possibile grazie all'azione congiunta dei Governi statali, del Consiglio e della Commissione europea, che ha portato all'approvazione degli atti di *soft law* richiamati all'inizio. Data l'urgenza di individuare soluzioni concrete per limitare la diffusione del Covid-19 nell'Unione europea, sarebbe stato infatti impensabile attivare la procedura legislativa ordinaria al fine di approvare norme vincolanti per gestire in modo coordinato le frontiere.
L'esperienza del Covid-19 sembra richiedere agli Stati membri, già nell'immediato futuro, di valutare l'opportunità di approvare nuove misure, anche vincolanti, tali da consentire un controllo più tempestivo e coordinato delle frontiere nell'eventualità di nuove pandemie. A questo proposito, tuttavia, come sarà approfondito meglio nel prossimo paragrafo, l'ambito materiale più idoneo per avviare questa riflessione non sembra essere quello relativo alle frontiere, ma bensì le norme in materia di tutela della salute pubblica in caso di minacce di origine transnazionale attualmente vigenti nel TFUE[21].

3. L'art. 168 TFUE e il *soft law* come strumento per la tutela della salute pubblica in caso di gravi minacce alla salute di natura transnazionale

Dalla gestione coordinata delle frontiere esterne e interne viene a dipendere la sopravvivenza, in tempi di pandemia, di quattro aspetti fondativi dell'Unione europea[22]: la libertà di circolazione e di soggiorno sul territorio europeo sancita dall'art. 21 TFUE e dall'art. 45 della Carta dei diritti fondamentali UE e disciplinata dalla dir. 38/2004/CE; il bilanciamento tra la tutela della salute pubblica e gli aspetti socioeconomici connessi alla pandemia; il principio di solidarietà tra gli Stati membri, anche alla luce di quanto previsto dall'art. 222 TFUE (c.d. clausola di solidarietà) in caso di catastrofi o crisi (terrorismo, catastrofi naturali o provocate dall'uomo)[23]; il rispetto dei principi di proporzionalità e di non discriminazione da parte delle misure adottate dagli Stati membri per gestire le frontiere.

[21] M. Borraccetti, *La gestione delle frontiere ai tempi del coronavirus*, cit., p. 435, ipotizza invece una modifica del *Codice Frontiere Schengen* nel senso di estendere anche alla salute pubblica le norme già previste per il controllo delle frontiere per ragioni di ordine pubblico e di sicurezza interni.

[22] S. Montaldo, *The COVID-19 Emergency and the Reintroduction of Internal Border Controls in the Schengen Area: Never Let a Serious Crisis Go to Waste*, in *European Papers*, vol. 5, 2020, n. 1, p. 523, parla di *stress-test* per i fondamentali pilastri dell'Unione europea della libertà di circolazione e del controllo delle frontiere.

[23] L'art. 222 TFUE prevede che uno Stato membro possa ricorrere alla clausola di solidarietà chiedendo aiuto ad altri Stati, secondo quanto previsto dalla decisione 415/2014/UE del Consiglio del 24 giugno 2014 *relativa alle modalità di attua-*

La scelta di ricorrere al *soft law*, come già visto (v. *supra*, par. 2), va ricondotta in parte alla mancanza nel diritto eurounitario primario e derivato in materia di frontiere sia di norme vincolanti per gestire le stesse in modo coordinato, sia di procedure per approvare in tempi rapidi tali norme visto che il TFUE prevede al riguardo l'utilizzo della procedura legislativa ordinaria.

Limitarsi a queste considerazioni sarebbe tuttavia parziale e fuorviante, dato che nel TFUE vi sono altre disposizioni dalle quali emerge come il ricorso al *soft law* in caso di emergenze sanitarie di natura transnazionale sia in realtà una scelta compiuta dagli Stati in materia di tutela della salute pubblica a livello sovranazionale, di cui si ha riscontro nell'art. 168 TFUE.

In base al diritto primario dell'Unione europea (art. 168 TFUE e art. 35 della Carta dei diritti fondamentali UE), l'assistenza sanitaria intesa come organizzazione e finanziamento dei sistemi sanitari a livello nazionale è una competenza esclusiva statale, pur senza dimenticare come la direttiva 24/2011/UE abbia provveduto a rafforzare l'integrazione tra i sistemi sanitari degli Stati membri[24]. L'Unione europea, però, possiede alcune competenze in materia di tutela della salute pubblica a livello transfrontaliero esercitando le quali può adottare misure legislative e azioni finalizzate alla «lotta contro i grandi flagelli, favorendo la ricerca sulle loro cause, la loro propagazione e la loro prevenzione, nonché l'informazione e l'educazione in materia sanitaria, nonché la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero» (art. 168, par. 1 TFUE). Per intervenire in questi ambiti il TFUE prevede due strade: il ricorso da parte del Parla-

zione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà. Nella Dichiarazione n. 37 del TFUE si afferma che in relazione all'art. 222 ogni Stato membro mantiene il diritto di «scegliere i mezzi più appropriati per assolvere ai suoi obblighi di solidarietà» nei confronti di un altro Stato membro. Nell'art. 196 si prevede anche un meccanismo di protezione civile dell'Unione europea disciplinato dalla decisione 1313/2013/UE del 17 dicembre 2013 del Parlamento europeo e del Consiglio. G. De Pasquale, *Le competenze dell'Unione Europa in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in *DPCE online*, 2020, n. 2, p. 2303 osserva come nel caso del Covid-19 la clausola di solidarietà non è stata attivata perché non sarebbe stata utile essendo necessario un aiuto generalizzato da parte dell'Unione europea, ma è stata comunque richiamata come valore dell'Unione soprattutto a sostegno dell'economia. Per una rassegna più dettagliata degli strumenti e degli organismi dell'Unione europea per contrastare le catastrofi e le emergenze di tipo transfrontaliero, comprese quelle di tipo sanitario, v. F. Rolando, *La tutela della salute nel diritto dell'Unione europea e la risposta dell'UE all'emergenza Covid-19*, in AA.VV., *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, in *www.eurojus.it*, 2020, n. spec., pp. 6 ss.

[24] La direttiva 24/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011 *concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera*, disciplina l'accesso dei cittadini europei alle prestazioni sanitarie negli Stati dell'Unione diversi dal proprio e il diritto a ottenere un rimborso dal proprio Stato, nonché la possibilità per gli Stati membri di introdurre limiti al rimborso delle cure erogate da altri Stati prevedendo un'autorizzazione preventiva. In proposito v. A. Patanè, *La "tutela della salute" dei cittadini dell'Unione Europea nelle prestazioni sanitarie transfrontaliere. Il decreto legislativo n. 38/2014 in attuazione della direttiva 2011/24 e le possibili conseguenze per il Servizio sanitario regionale*, in A. Ciancio (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, Aracne, spec. p. 581, A. Pitino, *La mobilità sanitaria*, in R. Balduzzi, G. Carpani (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013, spec. p. 368, L.U. Barretta, *Il diritto alla salute nello spazio europeo: la mobilità sanitaria alla luce della direttiva 2011/24/UE*, in *federalismi.it*, 19, 2014, 1, D. Morana (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un* welfare state *europeo?*, Napoli, ESI, 2018. In merito alla mobilità sanitaria transfrontaliera durante la pandemia v. M. Inglese, *La mobilità transfrontaliera dei pazienti affetti da Covid-19*, in *sidiblog.org*, 10 maggio 2020.

mento europeo e del Consiglio alla procedura legislativa ordinaria, previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni (art. 168, par. 5); oppure, l'adozione di raccomandazioni da parte del Consiglio, su proposta della Commissione europea (art. 168, par. 6).

L'art. 168 TFUE prevede quindi un'azione sussidiaria dell'Unione europea[25] rispetto alle gravi minacce per la salute pubblica di tipo transfrontaliero, finalizzata al completamento delle politiche e degli interventi posti in essere dai singoli Stati membri, da attuarsi con norme giuridicamente vincolanti oppure con atti di *soft law*[26]. Questo stesso articolo dispone inoltre che gli Stati, quando intervengono in questioni relative alla salute pubblica transfrontaliera, debbano coordinarsi tra loro e agire in collegamento con la Commissione europea. Quest'ultima, infatti, in stretto contatto con gli Stati membri, può assumere «ogni iniziativa utile a promuovere detto coordinamento, in particolare iniziative finalizzate alla definizione di orientamenti e indicatori, all'organizzazione di scambi delle migliori pratiche e alla preparazione di elementi necessari per il controllo e la valutazione periodici», informando di ciò il Parlamento europeo (art. 168, par. 2 TFUE).

In anni recenti, la procedura legislativa ordinaria prevista dall'art. 168, par. 5 TFUE è stata utilizzata per approvare la decisione 1082/2013/UE che ha istituito un sistema di sorveglianza epidemiologica, monitoraggio, allarme rapido e lotta contro le gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, nonché di pianificazione e preparazione di una risposta comune per integrare le politiche nazionali in ambito sanitario. Con tale decisione si è quindi provveduto a regolare la cooperazione e il coordinamento tra gli Stati, ai fini della prevenzione e del controllo della diffusione delle malattie all'interno dell'Unione europea, soprattutto sotto il profilo medico-scientifico ed epidemiologico, grazie soprattutto all'azione coordinata del *Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie* (ECDC) e del *Comitato per la sicurezza sanitaria* (CSS)[27].

Per gestire in modo coordinato le frontiere esterne e interne dell'Unione europea durante la pandemia Covid-19, il Consiglio europeo e la Commissione hanno invece fatto ricorso agli strumenti di *soft law* previsti dall'art. 168, par. 6 TFUE. Di fronte a una pandemia di portata epocale, è stato così possibile coordinare le azioni degli Stati membri senza priva-

---

[25] Sul principio di sussidiarietà nell'Unione europea v. C. Fasone, *Competing concepts of subsidiarity in the early warning system*, in M. Cartabia, N. Lupo, A. Simoncini (a cura di), *Democracy and subsidiarity in the Eu*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 173, la quale ricorda come, secondo questo principio, il livello sovranazionale può intervenire quando l'azione degli Stati rischia di risultare insufficiente o inefficace.

[26] G. De Pasquale, *Le competenze dell'Unione Europa in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, cit., 2297 osserva come l'azione dell'Unione è integrativa ed eventuale rispetto a quella degli Stati membri.

[27] L'ECDC è stato istituito dal regolamento (CE) n. 851/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, affidando a esso la sorveglianza, l'individuazione e la valutazione del rischio di minacce per la salute umana derivanti dalle malattie trasmissibili e dai focolai di origine sconosciuta, compreso il sistema di allarme rapido e di reazione (SARR) della rete europea già previsto dalla decisione n. 2119/98/CE. In occasione delle precedenti crisi sanitarie che hanno colpito l'Unione il coordinamento è stato svolto da un gruppo informale composto da rappresentanti di alto livello degli Stati membri, già chiamato Comitato per la sicurezza sanitaria, istituito sulla base delle conclusioni della Presidenza del 15 novembre 2001 sul bioterrorismo, che è stato infine formalizzato in modo stabile dalla decisione 1082/2013/UE.

re gli stessi della possibilità di adattare le misure individuate a livello sovranazionale alle situazioni concrete di emergenza sanitaria presenti nei rispettivi territori. Senza dubbio la non vincolatività in senso stretto (ma v. le osservazioni già fatte *supra*, par. 2) degli atti di *soft law* ha lasciato liberi gli Stati di adottare anche soluzioni diverse da quelle previste a livello europeo come, per esempio, le chiusure più prolungate dei confini interni ed esterni e gli accordi bilaterali sulla circolazione delle persone conclusi da alcuni Stati soprattutto durante l'estate 2020[28]. Ciò, tuttavia, non ha fatto venire meno il quadro generale di misure previste a livello sovranazionale dal quale, in modo molto flessibile ma avendo comunque presenti i valori su cui si fonda l'Unione europea, ogni Stato ha potuto attingere quelle più idonee al proprio contesto nazionale[29]. L'Unione europea, inoltre, da marzo a oggi ha fornito ai cittadini e alle imprese un indispensabile supporto informativo in merito alle restrizioni alla libertà di circolazione previste dagli Stati membri, che ha trovato una sintesi nell'elaborazione dell'applicazione *Re-open EU*.

Si può quindi constatare come l'Unione europea si sia servita in modo esteso degli strumenti immediatamente azionabili in materia di sanità pubblica previsti dal TFUE per coordinare e supportare le azioni degli Stati membri rispetto alla gestione delle frontiere durante la pandemia. Dopo questa esperienza, sarebbe certamente opportuno che gli Stati membri dell'Unione europea si confrontassero sull'opportunità di perfezionare e rendere stabili per il futuro le azioni ora messe in campo, tra cui, da ultimo, quelle previste dalla raccomandazione 1475/2020 in materia di approccio coordinato alle limitazioni della libertà di circolazione nell'Unione europea in risposta al Covid-19 (v. *supra*, par. 1). Si potrebbe, per esempio, prevedere una direzione più incisiva a livello europeo non solo in relazione alla circolazione attraverso le frontiere esterne e interne, ma anche rispetto alle misure di sanità pubblica da adottare per contenere la diffusione transnazionale delle malattie (isolamento fiduciario, sorveglianza sanitaria, utilizzo delle mascherine, distanziamento sociale, ecc…). Se, da una parte, la disciplina generale comune a tutti gli Stati membri andrebbe definita nel TFUE o da fonti derivate comunque vincolanti, dall'altra il *soft law* potrebbe comunque servire ad adattare in tempi rapidi le misure previste ai casi concreti, lasciando un margine di flessibilità agli Stati nell'attuazione delle stesse. Nella malaugurata ipotesi in cui l'Unione europea dovesse essere nuovamente investita da una pandemia come quella provocata dal Covid-19, l'Unione europea e gli Stati membri disporrebbero così in via pre-

[28] Il Parlamento europeo nella sua risoluzione 2616/2020 del 17 aprile 2020 *sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze*, ha rilevato la «mancanza di coordinamento tra gli Stati membri in termini di misure di sanità pubblica, in particolare per quanto riguarda le restrizioni imposte alla circolazione delle persone a livello nazionale e transfrontaliero e la sospensione di altri diritti e norme».

[29] G. Caggiano, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, cit., pp. 76 e 88, sottolinea la problematica presenza nel quadro così delineato di Ungheria e Polonia, dove già da tempo sono in atto processi di ridefinizione della divisione interna dei poteri. Lo stesso A. riporta inoltre altri casi di deviazione evidente dalle misure previste a livello sovranazionale.

ventiva di strumenti più adeguati per gestire in modo coordinato le frontiere e per tutelare la sanità pubblica transnazionale, evitando che l'adozione di misure non coordinate possa risultare non solo inefficace, ma anche dannosa per l'Unione europea.
Evidentemente, a monte di ogni decisione in merito alla maggiore condivisione a livello sovranazionale delle responsabilità in materia di sanità pubblica transnazionale, si pone la scelta di proseguire il cammino europeo rafforzando l'integrazione tra gli Stati membri, rispetto alla quale, sotto il profilo economico, sembra forse possibile cogliere in questo momento qualche segnale positivo[30].

4. Il Covid-19 e la gestione delle frontiere in Italia

La diffusione in Italia del *virus* Sars-CoV2 ha portato il Governo ad assumere misure di contenimento del contagio senza precedenti nel nostro ordinamento giuridico, limitando la maggior parte delle libertà e dei diritti costituzionali di fronte alla necessità di tutelare la salute individuale e collettiva. Si è così assistito all'emanazione di un numero eccezionale di atti normativi e amministrativi sia da parte del Governo, sia di altre istituzioni e autorità pubbliche centrali e periferiche. Il Governo è intervenuto con decreti-legge e decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei primi, definiti in vario modo dalla dottrina come atti amministrativi a contenuto sostanzialmente normativo[31], ordinanze contingibili e urgenti con base legislativa nel Codice di protezione civile e nei decreti-legge emergenziali[32], atti normativi a contenuto non regolamentare[33], fonti quasi primarie del Presidente del Consiglio dei ministri[34] e atti a metà tra le ordinanze e i regolamenti

[30] O. Fontana, *La potenza di fuoco dell'Unione europea per guardare oltre la pandemia*, in *Centro studi sul federalismo*, Commento n. 202, 1 dicembre 2020, sostiene che a differenza di quanto avvenuto nel 2008, la pandemia sta accelerando il processo di integrazione europea dal momento che molte delle soluzioni fornite dall'Unione europea rispondono a «un'istanza di cambiamento nell'architettura istituzionale dell'eurozona» (con particolare riguardo al finanziamento dei programmi *SURE* e *Next Generation EU* e la scelta di non ricorrere al *Mes*). Anche E. Paparella, *Crisi da Covid-19 e Unione europea: cenni di cambiamento nel "discorso" della Commissione europea e "condizionalità utile"*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 6, 2020, spec. 176 ss., pur con toni più cauti, osserva come nel rispondere alla pandemia vi sia stato un approccio dell'Unione europea e degli Stati membri meno intergovernativo e più improntato alla solidarietà.

[31] P. Caretti, *I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di stato*, spec. p. 297 e U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, spec. pp. 304 ss., entrambi in AA.VV., *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19 – Osservatorio sulle fonti*, numero speciale 2020.

[32] B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 6, spec. p. vii, A. Lucarelli, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2020, spec. 566 ss., E.C. Raffiotta, *La legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Forum di Biolaw Journal*, 18 marzo 2020, p. 4.

[33] Così M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 121.

[34] F. Sorrentino, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1, spec. p. 139 e Id., *A proposito dell'emergenza coronavirus*, in *Consulta* online, 9 luglio 2020, p. 7, il quale definisce i d.P.C.m. un potere nuovo nel panorama delle fonti del diritto italiano.

d'attuazione in deroga all'art. 17 della l. n. 400/1988[35]. A ciò si sono aggiunti le ordinanze contingibili e urgenti del Ministro della salute, gli altri decreti di origine ministeriale e le ordinanze (e i decreti) del Capo della protezione civile. Anche a livello decentrato si è assistito a un avvicendarsi, non sempre coerente e coordinato con il livello centrale[36], di ordinanze contingibili e urgenti adottate dai Presidenti di regione e dai sindaci in base ai poteri loro attribuiti dall'art. 32 della l. n. 833/1978, dall'art. 117 del d.lgs. n. 112/1998 e dall'art. 50, c. 5 del d.lgs. n. 267/2000[37].

Tornando al tema principale del presente lavoro, le frontiere italiane sono state regolate dalle ordinanze del Ministro della salute e dai decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. Il Ministro della salute, con ordinanza 25 gennaio 2020, ha disposto per tutti i passeggeri sbarcati da Paesi a rischio Covid-19 il rispetto delle misure di sorveglianza sanitaria in atto e quelle ulteriori disposte dal ministero della salute. Pochi giorni dopo, con ordinanza 30 gennaio 2020, lo stesso Ministro vietava tutti i voli diretti provenienti dalla Cina[38] e il 21 febbraio 2020 introduceva «la misura della quarantena con sorveglianza attiva, per giorni quattordici, agli individui che abbiano avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva Covid-19» (art. 1, comma 1) e imponeva a «tutti gli individui che, negli ultimi quattordici giorni, abbiano fatto ingresso in Italia dopo aver soggiornato nelle aree della Cina interessate dall'epidemia [...]» l'obbligo di comunicarlo «al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria territorialmente competente» (art. 1, comma 2).

Soltanto il 17 marzo 2020, i Ministri delle infrastrutture e dei trasporti e della salute adottavano di concerto il decreto n. 120 estendendo, in via obbligatoria, la sorveglianza sanitaria e l'isolamento fiduciario per quattordici giorni a tutte le persone entrate in Italia e la segnalazione alle autorità sanitarie in caso di insorgenza di sintomi di Covid-19. Gli unici ingressi in Italia esentati dal rispetto di tali misure sono stati quelli per comprovate

[35] R. Balduzzi, *Indicazioni per un'agenda del "dopo"*, in *Corti Supreme e Salute*, 2020, n. 1, pp. 3 ss.

[36] M. Cosulich, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Corti Supreme e Salute*, 2020, n. 1, pp. 79 ss. rileva l'importanza della leale collaborazione tra lo Stato e le Regioni nell'adozione dei provvedimenti (statali e regionali) collegati alla pandemia.

[37] L'art. 32 della l. n. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale prevede che il Ministro della sanità, i Presidenti di regione e i sindaci possano emettere ordinanze contingibili e urgenti in materia di igiene e sanità pubblica valide rispettivamente a livello nazionale, regionale (o in parti di esse) e comunale. Il sindaco, in particolare, in qualità di rappresentante della comunità locale, può adottare ordinanze contingibili e urgenti per la tutela dell'igiene e della sanità pubblica in caso di emergenze di carattere esclusivamente locale. In tutti gli altri casi (dimensione regionale e/o nazionale) la competenza spetta invece alle regioni oppure allo Stato (art. 117, c. 1 del d.lgs. n. 112/1998). In ogni caso il sindaco può disporre interventi che restano in vigore finché le regioni o lo Stato non esercitino le competenze loro attribuite in materia di igiene e sanità pubblica. Come osservato da R. Balduzzi, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale? (con un approfondimento su un ente poco conosciuto, l'INMP)*, in *Corti supreme e salute*, 2020, n. 1, spec. p. 70, il rilievo nazionale (e internazionale) dell'emergenza sanitaria determina senza dubbio alcuno la competenza esclusiva statale nell'adozione dei provvedimenti d'urgenza.

[38] Come sottolineato da M. Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2020, n. 3, p. 177, tale misura ha impedito il monitoraggio degli spostamenti tramite voli che facevano scalo in altre città europee, dalle quali il *virus* sembra essere entrato in Italia, passando per la Germania.

esigenze lavorative (con possibilità di rimanere sul territorio italiano per settantadue ore, prorogabili di altre quarantotto ore), del personale sanitario e dei lavoratori transfrontalieri (così il decreto interministeriale 18 marzo 2020, n. 122). Contestualmente il trasporto aereo, ferroviario e marittimo è stato ridotto ai soli servizi minimi essenziali e sono entrate in vigore le limitazioni alla libertà di circolazione delle persone previste dal d.P.C.m. 22 marzo 2020.

Il d.l. n. 19/2020 (art. 1, c. 2, lett. dd) – entrato in vigore il 26 marzo 2020, cioè dieci giorni dopo l'annuncio da parte del Presidente del Consiglio europeo della «restrizione temporanea coordinata dei viaggi non essenziali verso l'Unione» (v. *supra*, par. 1) – è stato la prima fonte del diritto di grado primario a disporre limiti all'ingresso nel territorio statale, prevedendo l'obbligo «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».

Come si può constatare, le misure adottate fino a questo momento dall'ordinamento italiano non configuravano un vero e proprio divieto di ingresso nel territorio italiano, ma lo subordinavano al rispetto delle misure di prevenzione e di contenimento del contagio quali, appunto, la sorveglianza sanitaria e l'isolamento fiduciario[39].

Il Ministro della salute è però intervenuto di nuovo il 28 marzo 2020 con un'ordinanza contingibile e urgente che ha limitato ulteriormente l'ingresso nel territorio italiano, subordinandolo alle stesse condizioni previste dal d.P.C.m. 22 marzo 2020 per poter circolare sul territorio nazionale (comprovate esigenze lavorative, assoluta urgenza e motivi di salute), in aggiunta all'obbligo di comunicare alle autorità italiane un luogo per l'isolamento fiduciario, da raggiungere con un mezzo privato, e alla reperibilità telefonica per tutto il periodo di sorveglianza sanitaria.

Le misure così adottate hanno ridotto al minimo sia gli ingressi in Italia delle persone provenienti da Stati terzi, in conformità alle restrizioni dei viaggi non essenziali verso l'Unione europea definite a livello sovranazionale (v. *supra*, par. 1), sia quelli degli stessi cittadini europei in base alle norme presenti nei Trattati e nel diritto derivato (v. *supra*, par. 2) che consentono di limitare la libertà di circolazione sul territorio europeo in caso di pericoli per la sanità pubblica.

Dal 3 giugno 2020 l'Italia ha avviato una graduale riapertura delle frontiere consentendo l'ingresso nel territorio nazionale prima ai cittadini europei e poi a quelli di Stati terzi (dal 15 giugno 2020), riservandosi però la possibilità di modulare (con d.P.C.M., come espressamente previsto dall'art. 2 del d.l. n. 19/2020) gli ingressi «in relazione a specifici Stati e territori, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio epidemiologico e nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e degli obblighi internazionali» (così l'art. 1, c. 4 del d.l. n. 33/2020).

[39] F. Sorrentino, *A proposito dell'emergenza coronavirus*, cit., p. 5, parla in questo caso di un limite indiretto.

Il d.P.C.m. 11 giugno 2020 (artt. 4, 5 e 6) ha mantenuto la sorveglianza sanitaria e l'isolamento fiduciario per quattordici giorni presso un luogo di propria scelta oppure fornito dalle autorità italiane (a spese della persona entrata in Italia) per tutte le persone provenienti da Stati terzi (o che vi abbiano soggiornato per più di quattordici giorni). Il Ministro della salute ha in seguito autorizzato l'ingresso incondizionato in Italia per le persone provenienti da alcuni Stati terzi espressamente individuati all'interno di una lista che è stata aggiornata più volte durante l'estate (v. la prima ordinanza del Ministro della salute del 30 giugno 2020)[40]. Con un'altra ordinanza del 9 luglio 2020[41], per il timore di reimportare il *virus* dall'estero, è stato invece vietato l'ingresso e il transito in Italia alle persone provenienti da Stati terzi considerati particolarmente a rischio sotto il profilo sanitario, inseriti a loro volta in un apposito elenco, e sono stati sospesi i relativi voli diretti e indiretti, consentendo il rientro da questi Stati soltanto alle persone residenti in Italia. Il d.P.C.m. 14 luglio 2020 ha quindi prorogato tali provvedimenti fino al 31 luglio 2020 mentre, com'è noto, il Consiglio dei ministri ha deliberato la proroga dello stato di emergenza prima fino al 15 ottobre 2020 (con delibera del 29 luglio 2020) e successivamente fino al 31 gennaio 2021 (con delibera del 7 ottobre 2020).

In generale, quindi, durante il periodo estivo non sono state previste misure di prevenzione del contagio per le persone provenienti dagli altri Stati membri dell'Unione europea, a parte quelle specificamente disposte soltanto nei confronti degli Stati considerati a più alto rischio sotto il profilo epidemiologico[42].

Con l'arrivo della c.d. *seconda ondata* di Covid-19 nell'autunno 2020, il d.P.C.m. 3 novembre 2020 (artt. 6, 7 e 8) ha ripristinato i limiti all'ingresso in Italia sia da Stati terzi, sia da Stati dell'Unione europea, suddividendo gli stessi in appositi elenchi a seconda del livello più o meno elevato di rischio epidemiologico riscontrato al loro interno (v. l'allegato 20 al d.P.C.m. 3 novembre 2020). In particolare, il d.P.C.m. 3 dicembre 2020 ha vietato sia ogni spostamento dall'Italia verso gli Stati terzi indicati nell'elenco E dell'all. 20[43], sia l'ingresso

[40] Gli Stati in questione erano: Algeria, Australia, Canada, Georgia, Giappone, Montenegro, Marocco, Nuova Zelanda, Ruanda, Serbia, Repubblica di Corea, Tailandia, Tunisia, Uruguay. L'ordinanza 30 luglio 2020 ha modificato la lista confermando tutti gli Stati tranne Algeria, Montenegro e Serbia, e aggiungendo il Ruanda.

[41] Gli Stati in questione erano: Armenia, Bahrein, Bangladesh, Brasile, Bosnia Erzegovina, Cile, Kuwait, Macedonia del Nord, Moldova, Oman, Panama, Perù e Repubblica Dominicana. L'ordinanza del 16 luglio 2020 del ministero della salute ha aggiunto all'elenco anche Kosovo, Montenegro e Serbia.

[42] Con ordinanza del ministero della salute del 24 luglio 2020 la sorveglianza sanitaria e l'isolamento fiduciario sono stati imposti a tutte le persone in ingresso in Italia che nei quattordici giorni precedenti hanno soggiornato o transitato in Bulgaria e Romania, mentre con ordinanza del 12 agosto 2020 è stato disposto l'obbligo del *test* molecolare o antigenico (prima o dopo l'ingresso in Italia) per le persone provenienti da Croazia, Grecia, Malta e Spagna. L'ordinanza del ministero della salute 21 settembre 2020 ha esteso l'obbligo del tampone anche alle persone provenienti da alcune regioni della Francia (Alvernia-Rodano-Alpi, Corsica, Hauts-de-France, Île-de-France, Nuova Aquitania, Occitania, Provenza-Alpi-Costa azzurra). L'ordinanza 7 ottobre 2020 ha previsto l'obbligo del *test* antigenico o molecolare per tutte le persone che intendono fare ingresso in Italia e che nei quattordici giorni antecedenti hanno soggiornato o transitato in Belgio, Francia, Paesi Bassi, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, Repubblica Ceca e Spagna.

[43] Questo divieto, nel momento in cui si scrive, si applica a tutti gli Stati terzi ad eccezione di Australia, Giappone, Nuova Zelanda, Repubblica di Corea, Ruanda, Singapore, Tailandia e Uruguay (ricompresi nell'elenco D dell'all. 20).

e il transito in Italia alle persone che nei quattordici giorni precedenti hanno soggiornato o transitato in questi stessi Stati, se non in caso di esigenze lavorative, assoluta urgenza, esigenze di salute e di studio oppure per il rientro al proprio domicilio, abitazione o residenza in Italia. L'ingresso nel territorio italiano ha continuato a essere garantito ai cittadini europei e agli stranieri residenti in uno Stato membro dell'Unione europea titolari di un regolare permesso di soggiorno europeo o nazionale, compresi i relativi familiari (v. il d.P.C.m. 3 novembre 2020, art. 6).

Lo stesso d.P.C.m. 3 novembre 2020 (art. 8, c. 1) ha inoltre reintrodotto gli obblighi di sorveglianza sanitaria e di isolamento fiduciario per quattordici giorni per tutte le persone in ingresso in Italia provenienti da qualsiasi Stato terzo rispetto all'Unione europea (v. gli elenchi D, E ed F del già citato all. 20 in cui sono stati suddivisi gli Stati terzi). Per quanto riguarda gli Stati dell'Unione europea (art. 8, c. 6) è stato invece disposto che in caso di soggiorno o transito nei quattordici giorni precedenti all'ingresso in Italia in uno o più Stati e territori inseriti nell'elenco C dell'all. 20[44], l'ingresso nel territorio nazionale è consentito soltanto alle persone con *test* antigenico o molecolare negativo effettuato nelle settantadue ore precedenti oppure entro quarantotto ore dall'arrivo in Italia.

Tra le novità più recenti, si può ancora richiamare l'ordinanza 23 novembre 2020 del ministero della salute che ha istituito i c.d. voli «Covid-*tested*» adibiti esclusivamente al trasporto di passeggeri che hanno effettuato un *test* antigenico o molecolare con esito negativo nelle quarantotto ore precedenti alla partenza, perciò esentati da ogni misura di prevenzione e di contenimento del contagio vigente in Italia[45].

Dall'analisi delle misure complessivamente disposte dal Governo italiano dall'inizio della pandemia fino a dicembre 2020, si evince come le persone provenienti da Stati terzi sono state quasi sempre sottoposte a misure di prevenzione e di contenimento del contagio quali la sorveglianza sanitaria e l'isolamento fiduciario, fatta eccezione per la breve sospensione estiva delle stesse soltanto nei confronti di alcuni Stati terzi. Inoltre, l'ingresso in Italia è stato per lo più condizionato da specifici motivi di lavoro e di necessità sia durante la fase più critica della pandemia tra marzo e maggio 2020, sia, di nuovo, a partire dall'autunno, sospendendo di conseguenza gli ingressi incondizionati in Italia.

La libertà di circolazione dei cittadini europei è stata invece garantita in modo più ampio, soprattutto a partire dal 3 giugno 2020, quando è stato di nuovo consentito l'ingresso senza condizioni in Italia alle persone provenienti da altri Stati membri dell'Unione europea (tranne che dagli Stati già indicati in nota 42). Da ultimo, il d.P.C.m. 3 novembre 2020 ha

[44] Gli Stati ricompresi nell'elenco C dell'all. 20 del d.P.C.m. 3 novembre 2020 sono Belgio, Francia (inclusi Guadalupa, Martinica, Guyana, Riunione, Mayotte ed esclusi altri territori situati al di fuori del continente europeo), Paesi Bassi (esclusi territori situati al di fuori del continente europeo), Repubblica Ceca, Spagna (inclusi territori nel continente africano), Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord (inclusi isole del Canale, Gibilterra, isola di Man e basi britanniche nell'isola di Cipro ed esclusi i territori al di fuori del continente europeo).

[45] Per quanto riguarda gli altri soggetti esentati dalle misure di prevenzione e di contenimento del contagio che facciano ingresso in Italia v. il d.P.C.m. 3 novembre 2020, art. 8, c. 8.

consentito ai cittadini europei e a quelli di Stati terzi residenti nell'Unione europea, a seconda dello Stato membro di provenienza, di entrare in Italia in modo incondizionato (Stati ricompresi nell'elenco B dell'all. 20) oppure esibendo un *test* antigenico o molecolare negativo (Stati ricompresi nell'elenco C dell'all. 20). L'ingresso in Italia è consentito anche se si proviene da Stati terzi, ma in questo caso vi è l'obbligo di sottoporsi a un periodo di sorveglianza sanitaria e di isolamento fiduciario di quattordici giorni.
Le misure disposte dall'Italia appaiono quindi sostanzialmente conformi alle indicazioni fornite dalla Commissione europea negli atti di *soft law* richiamati all'inizio (v. *supra*, par. 1) per quanto riguarda il rispetto da parte degli Stati dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione tra i cittadini nazionali, i cittadini europei e gli stranieri regolarmente residenti in uno Stato membro dell'Unione europea (e i relativi familiari). Gli stessi atti di *soft law* consentivano inoltre agli Stati membri di riservare un trattamento differenziato ai cittadini di Stati terzi non residenti nell'Unione europea, sia prevedendo condizioni diverse per l'ingresso nel territorio nazionale, sia rifiutando l'ingresso se ritenuti una fonte potenziale di pericolo sanitario (una misura non dissimile dal c.d. respingimento diretto alla frontiera, previsto dall'art. 10, c. 1 del d.lgs. n. 286/1998)[46]. In generale, si può quindi affermare che i provvedimenti italiani in materia di gestione delle frontiere hanno avuto l'effetto di limitare soprattutto gli ingressi regolari in Italia di cittadini di Stati terzi privi di rapporti giuridici preesistenti con uno Stato membro dell'Unione europea (residenza) oppure con cittadini europei o di Stati terzi già residenti nell'Unione europea, se non in presenza di specifici motivi di lavoro e di necessità.

5. La gestione delle frontiere e i diritti degli stranieri richiedenti asilo e protezione internazionale in tempi di pandemia

Le misure previste dall'Italia per gestire le frontiere interne ed esterne durante la pandemia hanno limitato in modo diverso la libertà di circolazione dei cittadini italiani, dei cittadini europei e di quelli di Stati terzi residenti in uno Stato membro dell'Unione europea rispetto a quella dei cittadini di Stati terzi privi di rapporti pregressi con l'Unione europea (residenza in uno Stato membro subordinata al possesso di un titolo di soggiorno europeo oppure nazionale, oppure legami familiari con altri cittadini europei o di Stati terzi residenti nell'Unione europea). Come si è visto (v. *supra*, par. 4), infatti, nei confronti di questi ultimi sono state previste le maggiori limitazioni all'ingresso in Italia.

[46] Per quanto riguarda il respingimento alla frontiera v. I. Panicolopulu, G. Baj, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, cit., p. 25.

Una situazione a parte riguarda invece gli stranieri che hanno provato a varcare i confini nazionali per ragioni di asilo e di protezione internazionale nei mesi di *lockdown* e in quelli successivi, vale a dire una delle categorie di stranieri (insieme a quelli irregolari) più vulnerabili e che più difficilmente si trovano nella condizione di far valere i propri diritti fondamentali[47].

Al riguardo è quindi interessante verificare se le misure adottate nei loro confronti siano state effettivamente ragionevoli, proporzionate e adeguate al contesto dell'emergenza sanitaria[48] e, in ogni caso, rispettose dei diritti fondamentali e delle vigenti normative, statali ed extrastatali, in materia di diritti degli stranieri tra cui quelli concernenti l'asilo e la protezione internazionale.

In via preliminare può essere utile ricordare come la Costituzione italiana tuteli la condizione giuridica dello straniero prevedendo una riserva di legge rinforzata dal rispetto delle norme e dei trattati internazionali (art. 10, c. 2 Cost.) e garantisca il diritto di asilo nel territorio italiano (art. 10, c. 3 Cost.).

La Corte costituzionale si è pronunciata sui diritti fondamentali degli stranieri a partire dalla fine degli anni sessanta, nelle note sentt. n. 120/1967 e n. 104/1969, in cui ha riconosciuto che i diritti inviolabili degli stranieri vanno garantiti in modo eguale a quelli dei cittadini italiani[49]. Recentemente, in modo più esplicito, la Corte costituzionale ha affermato che «lo straniero è titolare di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona»[50] e che «la condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi» (sentt. n. 105/2001 e 249/2010). Sempre secondo il giudice delle leggi, il legislatore può limitare i diritti fondamentali degli stranieri, ma soltanto se si trovi a dover soddisfare un inderogabile interesse pubblico di rango costituzionale (sent. n. 249/2010).

Per quanto riguarda, più nello specifico, la tutela della salute è ugualmente molto nota la giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto l'esistenza di un «nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» che impedisce la «costituzione di situazioni prive di tutela». Da ciò consegue che le pre-

[47] A proposito del fatto che la principale fonte di tutela degli stranieri irregolari non è il diritto eurounitario ma bensì quello umanitario di origine internazionale, v. L. Mezzetti, *I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione. L'esperienza italiana*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 1, p. 3.

[48] In dottrina la centralità dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza in quanto patrimonio comune della nostra giurisprudenza costituzionale e di quella della Corte EDU è stata sottolineata da U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19 – Osservatorio sulle fonti*, cit., p. 298 e V. Baldini, *Prendere sul serio il diritto costituzionale... anche in periodo di emergenza sanitaria*, in dirittifondamentali.it, 2020, n. 1, spec. p. 1289.

[49] Per un'analisi più approfondita della condizione giuridica dello straniero sia consentito rinviare ad A. Pitino, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano. Profili attuali della parità di trattamento con i cittadini tra Stato, autonomie e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 68 ss.

[50] V. Corte costituzionale, sentt. nn. 148/2008, 269/2010 e 61/2011.

stazioni sanitarie essenziali devono essere garantite anche agli stranieri in condizione di soggiorno irregolare e, a maggior ragione, ai richiedenti asilo e protezione internazionale (v. le sentt. n. 252/2001, n. 432/2005 e n. 61/2011)[51].

Infine, sotto il profilo dei rapporti di competenza tra Stato e Regioni, si può ancora ricordare come la Costituzione attribuisca alla potestà legislativa esclusiva dello Stato le materie «diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» (art. 117, c. 2, lett. a Cost.), «immigrazione» (art. 117, c. 2, lett. b Cost) e «ordine pubblico e sicurezza» (art. 117, c. 2, lett. h Cost.). Questo assetto competenziale, insieme alle politiche restrittive sull'immigrazione attuate dall'Italia soprattutto a partire dal 2017, hanno fatto apparire in più occasioni il controllo dell'immigrazione irregolare e la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza interni come esigenze cui dare la precedenza rispetto alla tutela dei diritti fondamentali degli stranieri garantiti non solo dalla Costituzione italiana, ma anche dal diritto internazionale ed europeo[52]. Un approccio che è sembrato riemergere nei primi mesi della pandemia (v. *infra*, par. 7 e 8), ma che ora pare essersi affievolito in seguito alla recente approvazione da parte Governo di norme in materia di immigrazione che sembrano incidere positivamente sulla tutela dei diritti fondamentali degli stranieri e che – si auspica – restino in vigore anche dopo il superamento dell'emergenza sanitaria (v. *infra*, par. 8).

Come già ricordato (v. *supra*, par. 1), il *soft law* sovranazionale sulla gestione coordinata delle frontiere esterne dell'Unione europea consentiva agli Stati membri di introdurre limitazioni ai viaggi non essenziali di persone provenienti da Stati terzi, anche differenziando le misure previste per i cittadini europei e per quelli di Stati terzi residenti nell'Unione europea (e i relativi familiari) da quelle destinate a tutti gli altri cittadini di Stati terzi. Gli Stati membri potevano altresì negare l'ingresso a questi ultimi se ritenuti un pericolo per la salute pubblica in caso di sintomi evidenti o di particolare esposizione al rischio di infezione da Covid-19.

Le limitazioni, comunque previste, destinate ai cittadini di Stati terzi, non avrebbero dovuto però trovare applicazione nei confronti di «persone che necessitano di protezione internazionale o in viaggio per altri motivi umanitari nel rispetto del principio di *non-*

[51] L'art. 35, c. 3 del Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) garantisce agli stranieri irregolari le «cure ambulatoriali e ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia e infortunio». La Corte di Cassazione ha inoltre riconosciuto più volte come la tutela della salute sia una causa ostativa all'espulsione dello straniero che non potrebbe trovare cure adeguate nel suo Stato di provenienza. Anche in questo caso sia consentito rinviare alle osservazioni già svolte A. Pitino, *Quarant'anni (e più) di tutela della salute degli stranieri in Italia (dalla legge n. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale al d.l. "sicurezza" n. 113/2018)*, in *Corti Supreme e Salute*, 2018, n. 3, pp. 631 ss.

[52] G. Bascherini, A. Ciervo, *L'integrazione difficile: il diritto alla salute e all'istruzione degli stranieri nella crisi del* Welfare State, in R. Nania (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 358, evidenziano come lo Stato abbia provato più volte a imporre la trasversalità della materia immigrazione (61 e 40/2011, 134, 269 e 299/2010, 156/2006, 300/2005), anche se la Corte costituzionale ha confermato le sfere di competenza regionale in ambiti funzionalmente collegati alla tutela dei diritti degli stranieri quali la tutela della salute e l'assistenza sociale (300/2005 e 134/2010 e 299/2010).

refoulement»[53]. Gli Stati membri potevano però prevedere, anche in questo caso, misure di sicurezza supplementari, destinate soprattutto ai richiedenti asilo e protezione internazionale provenienti da Stati terzi considerati ad alto rischio.
La Commissione europea, contestualmente agli atti di *soft law* per la gestione coordinata delle frontiere esterne e interne dell'Unione, si è preoccupata anche della necessità di non interrompere le attività di asilo, rimpatrio e reinsediamento dei migranti durante la pandemia[54]. Con particolare riguardo ai richiedenti asilo e protezione internazionale essa ha richiamato l'attenzione degli Stati sull'esigenza di portare avanti, nei limiti del possibile, le procedure di esame e di rilascio dei relativi permessi di soggiorno, presupponendo che l'attività di accoglienza dei migranti non sarebbe stata interrotta e che il diritto di asilo, tutelato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali UE e dall'art. 14 del *CFS*, avrebbe continuato a essere garantito anche durante la pandemia.

6. Gli arrivi in Italia (via mare) di stranieri richiedenti asilo e protezione internazionale durante la pandemia: il controverso caso del decreto interministeriale n. 150/2020 (con un approfondimento sul ricorso collettivo a tutela del principio di non discriminazione in base alla nazionalità)

La pandemia non ha fermato le partenze verso l'Italia dei migranti in cerca di asilo e protezione internazionale sia attraverso le frontiere terrestri (incluse le zone di transito aeroportuale), sia via mare soprattutto lungo la rotta del Mediterraneo centro-meridionale[55].
Il diritto sovranazionale in materia di asilo e gli atti di *soft law* sulla gestione delle frontiere durante la pandemia, le norme costituzionali sull'asilo (art. 10, c. 3 Cost.) e sulla tutela della salute degli stranieri insieme a quelle di grado legislativo tra cui, in particolare, l'art.

[53] Così le *Linee guida della Commissione europea* C(2020)1753 del 16 marzo 2020, *COVID-19 – Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services*.

[54] Comunicazione della Commissione C(2020)2516 del 17 aprile 2020, *Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento*.

[55] Le partenze via mare sono risultate fortemente ridotte soltanto nei mesi di marzo e aprile 2020 soprattutto a causa delle condizioni meteo-marine poco favorevoli. In base ai dati forniti dal Dipartimento della pubblica sicurezza gli sbarchi di migranti sul territorio italiano sono stati 241 a marzo e 671 ad aprile, mentre hanno ricominciato a salire da maggio in poi con il picco di luglio in cui si sono avuti 7.063 sbarchi. Nel complesso gli sbarchi totali di migranti, al 30 novembre 2020, sono stati 32.542 ovvero superiori a quelli del 2019 (in cui furono 10.867) e a quelli del 2018 (in cui furono 23.011). Ciò dimostra come l'emergenza sanitaria, con la sola eccezione dei mesi di *lockdown*, non ha fermato le partenze dei migranti, che comunque rimangono molto contenute rispetto agli anni 2014-2017. Inoltre, mentre la rotta della Tunisia è risultata molto ridotta a causa della pandemia (circa il 90% in meno), la rotta della Libia è rimasta quasi invariata (circa il 5% in meno), v. al riguardo M. Villa, *Fact Checking: migrazioni (e Covid-19)*, Ispi, 29 luglio 2020, www.ispionline.it.

35, c. 3, lett. d) ed e) del Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) secondo cui gli stranieri, anche se irregolari, hanno diritto agli «interventi di profilassi internazionale» e alla «profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive ed eventuale bonifica dei relativi focolai», avrebbero dovuto consentire ai richiedenti asilo e protezione internazionale l'ingresso in Italia nel rispetto delle misure di isolamento e di sorveglianza sanitaria e l'accesso alle prestazioni sanitarie in caso di malattia (anche non Covid-19). Essi avrebbero potuto essere sottoposti a misure di contenimento del contagio diverse da quelle previste per i cittadini italiani, europei oppure di Stati terzi residenti o comunque già presenti in Italia, purché in modo non arbitrario e nel rispetto dei principi di proporzionalità e di adeguatezza rispetto all'emergenza sanitaria.

Gli ingressi in Italia attraverso le frontiere terrestri per ragioni di asilo e di protezione internazionale, anche in tempi normali, provocano per loro stessa natura meno clamore poiché da una parte sono caratterizzati da un livello minore di drammaticità rispetto agli arrivi via mare e, dall'altra, gli eventuali respingimenti diretti da parte delle autorità di frontiera riescono più difficilmente ad arrivare all'esterno e ad essere conosciuti pubblicamente[56].

Nei primi mesi della pandemia, invece, proprio il controllo dell'immigrazione via mare è stato al centro di un'interessante vicenda giuridica e giurisdizionale che ha subito attirato l'interesse della dottrina giuridica[57]. Il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con i Ministri degli affari esteri, dell'interno e della salute, con decreto interministeriale n. 150 del 7 aprile 2020, ha disposto la temporanea sospensione (fino al 31 luglio 2020) della classificazione dei porti italiani come «luogo sicuro/*place of safety*» per i soccorsi effettuati da navi battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana. I porti italiani sono invece rimasti un luogo sicuro per le persone arrivate autonomamente sulle coste italiane e per quelle soccorse da navi italiane nella zona SAR nazionale. Con questo decreto si è quindi cercato di sospendere, in parte, l'efficacia della Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo firmata ad Amburgo nel 1979 e ratificata dall'Italia con legge n. 147/1989 (la c.d. Convenzione *Search and Rescue*, SAR) nella quale si preve-

[56] Secondo il *Border Violence Monitoring Network* (*BVMN*), *The black book of pushbacks*, dicembre 2020, vol. 1, 15, nei primi quattro mesi del 2020 i respingimenti di persone richiedenti asilo e protezione internazionale negli aeroporti sarebbero stati 1.492. Più in generale, sull'informalità dei respingimenti diretti alla frontiera, con particolare riguardo alle zone di transito aeroportuale v. ASGI, *Ombre in frontiera. Politiche informali di detenzione e selezione dei cittadini stranieri*, marzo 2020, 23, www.asgi.it.

[57] A. Algostino, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, in *Questione giustizia*, 21 aprile 2020, spec. par. 2, ASGI, *Soccorsi in mare: ASGI chiede l'immediata revoca del decreto interministeriale del 7 aprile 2020*, www.asgi.it, A.M. Pelliconi, M. Goldoni, *La banalità dei porti chiusi per decreto. Osservazioni sui profili di legittimità del decreto interministeriale n. 150 /2020*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2020, n. 2, pp. 219 ss., V. Faggiani, *Il diritto alla protezione internazionale in Spagna e in Italia: tra crisi umanitaria dei rifugiati e covid-19*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 4, p. 362, F.P. Modugno, *A volte ritornano (i porti chiusi): la Cassazione sul caso Sea Watch alla prova del Covid-19*, in *Giurisprudenza Penale*, 2020, n. 4, p. 26, P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2020, p. 10.

de, tra l'altro, che gli Stati devono *collaborare* nel fornire volontariamente un luogo sicuro anche ai migranti soccorsi al di fuori della propria zona SAR[58].
Il decreto n. 150/2020 è apparso subito viziato sotto più profili: l'incompetenza dell'organo che lo ha adottato; la possibilità per un atto amministrativo di derogare alla Costituzione e a norme di diritto internazionale pattizio e consuetudinario; la discriminazione in base alla nazionalità prodotta nei confronti dei soli migranti soccorsi in mare da navi straniere al di fuori della zona SAR italiana.
Per quanto riguarda l'organo che ha emanato il decreto n. 150/2020, si può osservare come l'art. 11, c. 1-*ter* del Testo unico dell'immigrazione (come modificato dall'art. 1, c. 1 del d.l. n. 53/2019, convertito in legge n. 77/2019, c.d. decreto sicurezza *bis*)[59] indichi il Ministro dell'interno, in quanto autorità nazionale di pubblica sicurezza, e non quello delle infrastrutture e dei trasporti, quale soggetto autorizzato a «limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale» per motivi di ordine e sicurezza pubblica, nel rispetto degli obblighi internazionali[60]. Trattandosi, inoltre, di un'emergenza sanitaria, va anche ricordato come, in via generale, l'ordinamento riconosca soltanto al Ministro della salute il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti che, in quanto fonti *extra ordinem*, possono innovare l'ordinamento giuridico anche in deroga alle vigenti norme di rango primario[61]. Gli altri ministri, privi di questo potere, possono al più emanare nei rispettivi ambiti di competenza atti finalizzati ad attuare le misure emergenziali disposte, in particolare, dalla Presidenza del Consiglio dei ministri e dal Dipartimento della protezione civile cui è affidato il compito di promuovere e coordinare le attività delle amministrazioni centrali (e periferiche) dello Stato (Codice della protezione civile, d.lgs. n. 1/2018, art. 3, c.

---

[58] La dottrina internazionalistica ha subito osservato come la Convenzione SAR non obbliga gli Stati contraenti, Italia compresa, a fornire un «luogo sicuro» a navi straniere che abbiano soccorso i migranti al di fuori della propria zona SAR. Il decreto interministeriale, sotto questo profilo, non introduce quindi nessuna novità rispetto al diritto internazionale già in vigore, così F. Munari, *Il decreto interministeriale per gestire l'emergenza covid-19 nell'ambito degli obblighi dell'Italia ai sensi della Convenzione SAR: l'insostenibile "intermittenza" del luogo sicuro per i migranti diretti verso l'Italia*, www.sidiblog.org, 16 aprile 2020.

[59] Il recentissimo d.l. n. 130/2020 ha abrogato l'art. 11, c. 1-*ter* del Testo unico dell'immigrazione nella parte in cui prevedeva il potere del Ministro dell'interno di «limitare o vietare l'ingresso alle navi», mentre resta in vigore la possibilità di vietare il «transito e la sosta».

[60] V. Faggiani, *Il diritto alla protezione internazionale in Spagna e in Italia: tra crisi umanitaria dei rifugiati e covid-19*, cit., 359 osserva come la pandemia è stata l'occasione per consolidare la politica dei porti chiusi, che ha avuto come precedenti il *memorandum* Italia-Libia e il d.l. n. 53/2019.

[61] In dottrina, in materia di ordinanze contingibili e urgenti, v., tra gli altri, G.U. Rescigno, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza (Diritto costituzionale ed amministrativo)*, in *Novissimo Dig. it.*, XII, Torino, UTET, 1965, pp. 89 ss., V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Milano, 1986, R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 2005, pp. 477 ss., V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 345 ss.; P.M. Vipiana Perpetua, *Il potere di ordinanza contingibile ed urgente in materia sanitaria nella giurisprudenza amministrativa*, in R. Balduzzi, (a cura di), *Cittadinanza, Corti e salute*, Padova, Cedam, 2007, pp. 317 ss.; G. Razzano, *Le ordinanze di necessità e di urgenza nell'attuale ordinamento costituzionale*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, IV, Napoli, Jovene, 2008, pp. 1966 ss.; C. Pinelli, *Un sistema parallelo. Decreti legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Rivista AIC*, 2009; A. Morrone, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 133 ss.

1, lett. *a* e c. 2, lett. *a,* art. 5, art. 8, art. 25, c. 6)[62]. Le ordinanze di protezione civile possono a loro volta autorizzare i singoli ministri a svolgere attività e a emanare decreti anche in deroga alle disposizioni vigenti, ma ciò deve avvenire in modo esplicito ed essere specificamente motivato (v. ancora il Codice della protezione civile, art. 25, c. 1) e comunque nel rispetto dei limiti e delle modalità «indicati nella deliberazione dello stato di emergenza» e dei «principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea»[63].
Di tutto questo non vi è traccia a monte del decreto interministeriale n. 150/2020: esso, quindi, per questa e per le altre ragioni sopra esposte, sembra essere stato adottato dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti in carenza dei poteri necessari per farlo.
Ad ogni modo, anche avendo una qualsiasi base legale, il decreto interministeriale n. 150/2020 avrebbe potuto derogare alle fonti interne di grado primario ma non ai principi fondamentali della Costituzione (art. 10, c. 2 e art. 10, c. 3 Cost. sul diritto d'asilo), né a fonti del diritto internazionale pattizio (la già richiamata Convenzione di Amburgo del 1979, l'art. 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951 in cui è previsto il principio di *non-refoulement* e il Protocollo Addizionale CEDU n. 4 all'art. 4 vieta i respingimenti collettivi alla frontiera)[64] e consuetudinario sul dovere di *soccorso in mare*[65].

[62] Come osserva M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 2, p. 125 «le fonti emergenziali secondarie, se possono derogare alle norme primarie (comunque sempre nel rispetto dei comuni principi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle limitazioni imposte), possono farlo solo nella misura e nella forma indicata dalla fonte primaria legittimante» che non può in ogni caso essere derogata.

[63] La giurisprudenza amministrativa ha precisato che le ordinanze di protezione civile «pur nella puntuale disciplina di legge, rientrano nell'ampio *genus* delle ordinanze di necessità e urgenza e debbono pertanto rispettarne i parametri di legittimità: per cui, al fine di circoscrivere per quanto possibile la deroga, vanno anche puntualmente motivate quanto a proporzione tra la deroga e la situazione di fatto che la impone, e debbono dimostrare che la deroga è effettivamente limitata, nel tempo e nello spazio, allo stretto indispensabile a far fronte alla situazione di necessità e urgenza da cui scaturisce» (v. Cons. Stato, IV, 29 luglio 2008, n. 3726). Anche la Corte costituzionale, fin dalla sua prima sentenza n. 8/1956 in materia di ordinanze di emergenza, ha riconosciuto la capacità di questi atti di derogare al diritto primario vigente a condizione di rispettare i requisiti di «efficacia limitata nel tempo in relazione con i dettami della necessità e dell'urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi generali dell'ordinamento giuridico».

[64] Assumono rilievo anche l'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che vieta trattamenti inumani e degradanti in questo caso nei confronti dei migranti costretti a rimanere in mare su navi sovraffollate e il principio del "superiore interesse del minore" sancito dall'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

[65] A questo proposito vale la pena richiamare la sentenza della Cassazione pen., sez. III, sent. n. 6626, 20 febbraio 2020, relativa al caso di Carola Rackete, la capitana della nave dell'organizzazione non governativa *Sea Watch* che aveva forzato il blocco navale italiano presso le coste di Lampedusa, nella quale il dovere di soccorso in mare è stato riconosciuto come una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta direttamente applicabile nell'ordinamento interno ai sensi dell'art. 10, c. 1, Cost. in stretta connessione, altresì, con il diritto di asilo sancito dall'art. 10, c. 3 Cost.: al soccorso in mare dovrebbe perciò conseguire il dovere da parte dello Stato italiano di far sbarcare i migranti in un porto sicuro dove poter presentare una richiesta di asilo. In dottrina v. F.P. Modugno, *A volte ritornano (i porti chiusi): la Cassazione sul caso Sea Watch alla prova del Covid-19*, cit., 14 e R. Bin, *Il «caso Rackete»: una sentenza importante della Cassazione*, in *laCostituzione.info*, 1° marzo 2020. Più in generale, sugli obblighi inerenti al soccorso in mare derivanti dal diritto internazionale ed europeo che vincolano lo Stato italiano v. F.V. Paleologo, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, in *Questione giustizia*, 2018, n. 2.

Sotto un profilo più generale, il decreto interministeriale n. 150/2020 sembra inoltre contraddire anche il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa[66] poiché individua *a priori* come termine di sospensione della classificazione dei porti italiani come luogo sicuro – per i soli migranti soccorsi in mare da navi straniere al di fuori della zona SAR italiana – l'intera durata dell'emergenza sanitaria (all'epoca prevista fino al 31 luglio 2020 e ora prorogata fino al 31 gennaio 2021), anziché prevedere la possibilità di rivalutare tale scelta a seconda dell'evoluzione dell'emergenza sanitaria.
Infine, sembra potersi ravvisare un ulteriore profilo di illegittimità del decreto interministeriale n. 150/2020 nella discriminazione in base alla nazionalità cui esso dà luogo prevedendo, in modo arbitrario, che i porti italiani non siano un luogo sicuro soltanto per alcuni migranti e cioè, come già detto più volte, per quelli soccorsi in mare da navi straniere al di fuori della zona SAR italiana, mentre gli stessi porti sarebbero sicuri per i migranti soccorsi da navi italiane nell'area SAR nazionale. Per di più, va anche osservato come tale decreto finisca per negare l'approdo non solo ai migranti ma, in generale, a tutti i naufraghi soccorsi in mare da navi straniere al di fuori della zona SAR italiana.
L'associazione Arci ha presentato immediatamente un ricorso in sede amministrativa contro il decreto interministeriale n. 150/2020, chiedendone la sospensione dell'efficacia e l'annullamento. Il T.a.r. Lazio[67], pochi giorni dopo, si è pronunciato sulla richiesta di sospensiva rigettandola «poiché l'atto impugnato è motivato mediante argomentazioni non implausibili circa l'attuale situazione di emergenza da Covid-19, e la conseguente impossibilità di fornire un luogo sicuro, senza compromettere la funzionalità delle strutture nazionali sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento della diffusione del contagio e di assistenza e cura ai pazienti Covid-19». Il giudice amministrativo, con questa motivazione, ha dunque rinviato a un momento successivo la trattazione nel merito delle molteplici violazioni del diritto interno e internazionale e dell'ulteriore profilo concernente la discriminazione in base alla nazionalità.
Se, da un lato, si può comprendere la decisione del giudice amministrativo di non interferire con l'azione governativa durante la fase più drammatica della pandemia, dall'altro la sentenza emessa dallo stesso giudice il 7 ottobre 2020[68] lascia invece un po' perplessi. Con una motivazione di carattere processuale, il T.a.r. Lazio ha infatti riscontrato il difetto di legittimazione e di interesse al ricorso da parte dell'associazione Arci, evitando così per la seconda volta di entrare nel merito delle questioni sollevate nel ricorso. Il giudice amministrativo, pur riconoscendo la piena vigenza in Italia delle fonti di diritto internazionale che sanciscono il diritto al soccorso in mare e il diritto di asilo, ha dichiarato che le stesse dan-

[66] D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 149 ss., sottolinea come il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, quale principio interno e sovranazionale, è connesso al principio di eguaglianza.

[67] T.a.r. Lazio, sez. III, 22 aprile 2020, n. 3066.

[68] Tar Lazio, sez. III, 7 ottobre 2020, n. 10152.

no luogo a diritti soggettivi inviolabili della persona azionabili in giudizio esclusivamente dai migranti *uti singuli* e non da terze parti nella forma del ricorso collettivo. Il T.a.r. ha quindi richiamato a sostegno delle sue argomentazioni alcune sentenze della Corte di Cassazione sull'asilo e il rimpatrio che sembrano però poco pertinenti all'oggetto del ricorso[69]. Qui, infatti, non era in discussione l'*esame* della domanda d'asilo e l'eventuale rimpatrio dei migranti in caso di mancato riscontro dei requisiti per l'asilo o la protezione internazionale, ma il diritto, tutelato da fonti interne e internazionali, di poter sbarcare in Italia e di presentare domanda di asilo davanti alle autorità italiane[70]. Impedendo lo sbarco, infatti, non solo si contravviene al dovere di soccorso in mare, ma si nega contestualmente la possibilità di entrare in contatto con le autorità italiane, ponendo così un ostacolo materiale al diritto dei migranti di richiedere l'asilo ed eventualmente, in questo caso, come suggerito dallo stesso T.a.r., di presentare un ricorso individuale ai giudici italiani contro il decreto interministeriale n. 150/2020.

È evidente come ci si trovi di fronte a una sorta di cortocircuito del sistema di tutela dei diritti fondamentali – che il giudice amministrativo non sembra prendere in considerazione – che finisce per negare di fatto ogni diritto ai migranti soccorsi in mare, compresa la possibilità di ricorrere alla giustizia italiana violando così anche il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. e dall'art. 6 CEDU. Proprio in casi come questo, l'ordinamento italiano ha invece previsto, come ulteriore forma di tutela, proprio la via del ricorso collettivo azionato da associazioni che promuovono la parità di trattamento in materia di immigrazione. A questo proposito, si possono innanzitutto richiamare le sentenze della Corte di Cassazione[71] nelle quali – sulla base agli artt. 2, c. 2 e 5 del d.lgs. n. 215/2003 e dell'art. 43 del Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) – essa ha riconosciuto sia l'esistenza della nozione di discriminazione collettiva basata sulla nazionalità, sia la legittimazione ad agire delle associazioni e degli enti attivi in materia di immigrazione[72] in caso di discriminazioni collettive anche quando «non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione»[73]. Il ricorso collettivo, secondo la Corte di Cassazione, è infatti

[69] Le sentenze richiamate sono Cass. civ., 3 febbraio 2018, n. 4455, Cass. civ., sez. VI, ord. 3 aprile 2019, n. 9304 e Cass. civ. sez. I, 15 maggio 2019, n. 13079, tutte concernenti l'esame delle domande d'asilo con particolare riguardo alla valutazione della condizione di vulnerabilità del richiedente protezione internazionale ai fini del rimpatrio.

[70] A questo proposito v. ancora Cassazione pen., sez. III, sent. n. 6626, 20 febbraio 2020 sul caso Rackete e le osservazioni già svolte in nota 65.

[71] Cassazione civ., sez. lavoro, 8 maggio 2017, n. 11165 e n. 11167 e, più di recente, Cassazione civ., sez. lavoro, 7 novembre 2019, n. 28745.

[72] Le associazioni e gli enti in questione devono essere iscritti in appositi elenchi approvati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le pari opportunità, oppure nell'elenco di cui al d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394 (art. 52, c. 1, lett. a), o ancora nel registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività nel campo della lotta alle discriminazioni e della promozione della parità di trattamento presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le pari opportunità, in cui risulta appunto iscritta l'associazione Arci che ha presentato il ricorso contro il decreto n. 150/2020.

[73] L'art. 43, c. 1 TUI definisce discriminazione «ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le

uno strumento processuale cui ricorrere in via ordinaria quando è il solo mezzo per assicurare, in via preventiva e generale, una tutela effettiva dei diritti a soggetti discriminati per ragioni di nazionalità, scongiurando così ogni potenziale vuoto di tutela[74].
Particolarmente rilevante in materia di ricorsi collettivi è anche una recente sentenza del Consiglio di Stato[75], nella quale l'Adunanza plenaria si è pronunciata a favore della legittimazione generale degli enti esponenziali che tutelano interessi collettivi anche in sede di giurisdizione amministrativa, a mezzo dell'azione di annullamento, senza che sia necessaria un'espressa previsione di legge[76]. Il Consiglio di Stato, per prima cosa, ha osservato come l'evoluzione del diritto positivo in materia di ricorsi collettivi manifesti la volontà del legislatore di accrescere progressivamente la tutela e non certo di diminuirla[77]. Esso ha quindi rilevato come vi siano situazioni giuridiche contraddistinte da interessi diffusi in una data comunità o categoria che restano privi di protezione finché «un soggetto collettivo, strutturato e rappresentativo non li incarni» (v. par. 6.2 della sentenza). Date queste premesse, lo stesso giudice ha riconosciuto la legittimazione a ricorrere degli enti esponenziali di interessi collettivi, osservando come il fatto che tale possibilità è prevista da norme operanti in ambito processual-civilistico (come nel caso, appunto, del ricorso antidiscriminatorio in base alla nazionalità disciplinato dall'art. 5 del d.lgs. n. 215/2003), non esclude che vi sia la stessa legittimazione anche nel processo amministrativo una volta che l'ordinamento ha riconosciuto «la rilevanza giuridica degli interessi nella loro dimensione collettiva».
Alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato appena richiamate sarebbe quindi logico attendersi che, in sede di appello, il Consiglio di Stato riconosca la legittimazione a ricorrere di Arci entrando così finalmente nel merito delle questioni sollevate in relazione al decreto interministeriale n. 150/2020. Fino ad allora, comunque, esso resta in vigore e potrebbe rimanere tale per tutta la durata dell'emergenza

convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica». Il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 ha dato attuazione nell'ordinamento italiano alla direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

[74] In dottrina v. M. Militello, *Discriminazione collettiva per nazionalità e legittimazione ad agire delle associazioni nel caso di diniego dell'assegno per il nucleo familiare ai cittadini di Paesi terzi*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 1, 2018, 6, R. Riverso, *Sulla legittimazione ad agire per le discriminazioni collettive afferenti al fattore della nazionalità*, in *www.questionegiustizia.it*, 2 novembre 2017 e A. Guariso, *Appunti sulla legittimazione attiva delle associazioni nelle azioni contro le discriminazioni collettive per nazionalità*, www.asgi.it, 2015.

[75] Cons. Stato, Ad. Plen. 20 febbraio 2020, n. 6. In dottrina v. E. Gregori Ferri, D. D'Occhio, *Legittimazione ad agire degli enti associativi esponenziali per la tutela degli interessi collettivi dinanzi al giudice amministrativo*, in *Rivista giuridica dell'ambiente* (rgaonline.it), numero speciale, aprile 2020.

[76] In sede giurisprudenziale questa tesi è stata sostenuta dal Consiglio di Stato, sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303, qui contraddetta dalla sentenza dell'Adunanza plenaria cit. nella nota precedente.

[77] Il primo intervento del legislatore si è avuto con la legge n. 349/1986 (art. 18, c. 5) consentendo alle associazioni ambientaliste di «intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi».

sanitaria, oggi prevista fino al 31 gennaio 2021, ma rispetto alla quale sono più che probabili ulteriori proroghe.

7. L'accoglienza in Italia dei migranti soccorsi in mare a bordo delle navi da quarantena: un bilanciamento accettabile in tempi di pandemia?

Le violazioni dei diritti dei migranti e il vuoto di tutela giurisdizionale prodotti dal decreto interministeriale n. 150/2020, a cui la sentenza del T.a.r. Lazio n. 10152/2020 non ha posto rimedio, sono rimasti però soltanto potenziali vista la quasi contestuale emanazione del decreto del Capo dipartimento della protezione civile n. 1287 del 12 aprile 2020[78]. Quest'ultimo, infatti, da un lato ha formalmente richiamato il decreto interministeriale n. 150 del 7 aprile 2020 ma, dall'altro, ne ha ridimensionato gli effetti dopo avere riconosciuto «la necessità di assicurare il rispetto delle misure sanitarie adottate per contrastare la diffusione epidemiologica da Covid-19 con riferimento ai casi di soccorso in mare». Il Capo del dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del ministero dell'interno, avvalendosi della Croce rossa italiana, è stato quindi autorizzato a «utilizzare navi per lo svolgimento del periodo di sorveglianza sanitaria» delle persone soccorse in mare e «per le quali non è possibile indicare il *place of safety*».

Anche se a bordo di navi e non sulla terraferma, l'Italia ha così confermato la propria disponibilità – o, quantomeno, non l'ha negata *a priori* per l'intera durata dell'emergenza sanitaria – ad accogliere i migranti soccorsi in mare dalle navi di ONG straniere al di fuori della zona SAR italiana. Si è cercato così di trovare un bilanciamento tra, da una parte, la Costituzione e gli impegni internazionali sul soccorso in mare, il principio di non respingimento, il diritto di asilo e la protezione internazionale e, più in generale, i diritti fondamentali dei migranti e, dall'altra, la situazione contingente determinata dall'emergenza sanitaria e la connessa difficoltà a individuare strutture in cui far trascorrere ai migranti il periodo di isolamento fiduciario e di quarantena. Lo stesso decreto della protezione civile ha inoltre previsto la possibilità di utilizzare navi da quarantena anche per i migranti soccorsi in mare dalle autorità italiane qualora, sentite le Regioni competenti e le autorità sanitarie locali, non siano state individuate altre destinazioni sulla terraferma per la sorveglianza sanitaria e l'isolamento fiduciario[79].

[78] Il decreto interministeriale n. 150/2020 sembra essere stato contestualmente "insabbiato" dagli stessi Ministeri che lo hanno approvato, dato che non se ne rinviene nessuna traccia né in Gazzetta Ufficiale, né sui siti ministeriali o di ricerca giuridica (v. *Normattiva*).

[79] Tra inizio marzo e il 14 luglio 2020 i migranti trovati positivi al Covid-19 sono stati meno di un centinaio, cioè l'1,5% del totale dei migranti arrivati in Italia, come riportato da M. Villa, *Fact Checking: migrazioni (e Covid-19)*, Ispi, 29 luglio 2020.

La soluzione delle navi da quarantena che, in tempi normali, difficilmente potrebbe superare il *test* di ragionevolezza, durante la pandemia e in via temporanea sembra invece accettabile quantomeno sul piano giuridico[80]: non viola il diritto internazionale sul soccorso in mare[81]; tutela, sia pure in modo essenziale, il diritto alla vita e alla salute dei migranti; non li condanna a subire trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) rimanendo per un tempo indefinito in balia del mare a bordo delle navi di primo soccorso; non espone a ulteriori pericoli di contagio gli stranieri già presenti, in numero elevato, nelle strutture di accoglienza; non grava né sui servizi sanitari regionali, né sulle autorità pubbliche locali (soprattutto sulle forze dell'ordine) già molto provati dall'emergenza sanitaria[82].

Anche il decreto di protezione civile n. 1287/2020 appare però viziato sotto il profilo del principio non discriminazione in base alla nazionalità. Esso, infatti, senza addurre nessuna motivazione particolare, mantiene la distinzione tra i migranti soccorsi in mare dalle ONG straniere e quelli soccorsi dalle autorità italiane oppure giunti autonomamente in Italia. I primi, vengono indirizzati in modo automatico alle navi da quarantena, mentre gli altri migranti vi accedono soltanto se non è stato possibile individuare un luogo a terra dove far trascorrere la quarantena. Anche se, in principio, vanno certamente tenute presenti le condizioni concrete di criticità delle strutture sanitarie, delle forze dell'ordine e delle strutture di accoglienza dei migranti, la destinazione da assegnare ai migranti avrebbe potuto essere comunque rivalutata caso per caso, a seconda dell'andamento della pandemia nelle varie parti del territorio italiano. La scelta di pre-destinare una parte dei migranti alle navi da quarantena appare invece arbitraria, mentre il rispetto del principio di non discriminazione in base alla nazionalità avrebbe richiesto di prendere in considerazione altri elementi quali, ad esempio, le condizioni di salute fisica e psicologica dei migranti soccorsi in mare e le situazioni di maggiore fragilità (per es. i minori non accompagnati)

---

[80] Anche P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, cit., 10 parla a questo proposito di «equilibrio ragionevole» tra le varie esigenze. La soluzione delle navi da quarantena è stata invece giudicata non idonea a garantire il benessere dei migranti già in condizioni psico-fisiche molto precarie, così Internazionale

[81] Le *Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare* adottate dall'Organizzazione Marittima Internazionale nel 2004 (Risoluzione MSC.167-78, 2004) prevedono che il Governo responsabile per la regione SAR in cui è avvenuto il recupero è tenuto a fornire un luogo sicuro o ad assicurare che esso sia fornito (par. 2.5). Le stesse Linee guida definiscono *luogo sicuro* quello che coincide con una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse, e dove la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale (par. 6.12). Una nave che presta assistenza può costituire *temporaneamente* un luogo sicuro, ma dovrebbe essere sollevata da ogni responsabilità non appena possano essere intraprese soluzioni alternative (par. 6.13).

[82] Con decreto del Capo della protezione civile del 16 aprile 2020 è stato disposto per la prima volta il trasferimento su una nave da quarantena italiana dei migranti soccorsi in mare dalla nave Alan Kurdi della ONG tedesca Sea Eye al fine di soddisfare le esigenze alloggiative e la sorveglianza sanitaria di quattordici giorni. Successivamente i migranti sono stati sbarcati a Palermo. Si è proceduto allo stesso modo anche nei confronti di altri migranti soccorsi da navi di ONG straniere al di fuori della zona SAR italiana, impiegando due traghetti privati della Compagnia italiana di navigazione, che hanno ospitata rispettivamente 180 migranti e 680 migranti fino a luglio 2020, come riportato da A. Camilli, *Cosa sono e quanto costano le navi da quarantena dei migranti?*, in *Internazionale*, 7 luglio 2020.

al fine di valutare, di volta in volta, l'opportunità di far svolgere la quarantena a bordo di navi oppure sulla terraferma.
Oltre alle navi da quarantena, il Governo italiano ha posto in essere anche altri interventi per rafforzare il sistema di accoglienza dei migranti nel rispetto delle misure di prevenzione del contagio con varie circolari del ministero dell'Interno e, soprattutto, con i decreti-legge n. 18/2020 (c.d. *Cura Italia*) e n. 34/2020 (c.d. *Rilancio*)[83].
La l. n. 27/2020, di conversione del d.l. n. 18/2020, ha aggiunto al testo originario del decreto-legge l'art. 86-*bis*, consentendo così agli enti locali di proseguire fino al 31 dicembre 2020 i progetti di accoglienza c.d. SIPROIMI (Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati, *ex* SPRAR) in scadenza al 30 giugno 2020. Inoltre, fino alla cessazione dell'emergenza sanitaria, i titolari di protezione internazionale o umanitaria e i minori stranieri non accompagnati sono stati autorizzati a rimanere nelle strutture di prima e seconda accoglienza e in quelle di accoglienza straordinaria (i c.d. CAS), anche se sono venute meno le condizioni di permanenza, tra cui il raggiungimento della maggiore età da parte dei minori. Le strutture del SIPROIMI hanno inoltre potuto accogliere i richiedenti protezione internazionale e i titolari di protezione umanitaria per il periodo di sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria.
Il d.l. n. 34/2020 (art. 16) ha previsto ulteriori misure straordinarie di accoglienza degli stranieri che hanno presentato domanda di protezione internazionale (in attesa della decisione delle autorità italiane) all'interno delle strutture SIPROIMI, sospendendo fino a sei mesi dopo la cessazione dell'emergenza sanitaria l'efficacia del d.l. n. 416/1989 (convertito in l. 28 febbraio 1990, n. 39, come modificato dal d.l. n. 113/2018), che negava ai richiedenti protezione internazionale l'accesso a queste strutture.
Da ultimo il d.l. n. 130/2020 (c.d. *decreto immigrazione e sicurezza*, convertito in legge n. 18 dicembre 2020, n. 173)[84] ha consolidato le misure già previste dalla legge n. 27/2020 istituendo il Sistema di accoglienza e di integrazione (SAI) che va così a sostituirsi al SIPROIMI. In particolare, l'art. 4 del d.l. n. 130/2020 ha non solo confermato l'accesso alle strutture di seconda accoglienza gestite dagli enti locali anche per i richiedenti protezione internazionale, ma ha anche esteso tale possibilità ad altre categorie di stranieri già titolari di permesso di soggiorno e ai maggiorenni affidati ai servizi sociali (v. le modifiche apportate al d.l. 416/1989, art. 1-*sexies*)[85].

[83] Si veda Ministero dell'Interno, circ. del 3 febbraio 2020, n. 2614; circ. del 12 marzo 2020, n. 3634; circolare del 18 marzo 2020, n. 3393; circ. 5 marzo 2020, n. 5587; circ. 10 marzo 2020, n. 5897; circ. 18 marzo 2020, n. 3393; circ. 1° aprile 2020, n. 3728.

[84] D.l. 21 ottobre 2020, n. 130 recante disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis, 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto di accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico trattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale.

[85] D.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito in l. 28 febbraio 1990, n. 39 *Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato.*

8. Conclusioni

La pandemia ha messo alla prova gli strumenti previsti dal TFUE e dal diritto derivato dell'Unione europea per gestire in modo coordinato le frontiere esterne e quelle interne tra gli Stati membri di fronte alla minaccia per la salute pubblica transnazionale posta dal Covid-19.

Da un lato è emerso come, nel diritto europeo vigente in materia di controllo delle frontiere (art. 77, cc. 1 e 2 TFUE e *Codice Frontiere Schengen*, v. *supra*, par. 2), non vi siano norme idonee a imporre agli Stati membri la gestione coordinata delle frontiere esterne e interne sotto la direzione dell'Unione europea in caso di emergenze sanitarie che interessino più Stati se non addirittura, come nel caso del Covid-19, tutti gli Stati membri.

Dall'altro lato, però, si è visto come il Consiglio e la Commissione europea abbiano saputo sfruttare le possibilità offerte dall'art. 168 TFUE, che disciplina espressamente la tutela salute pubblica a livello sovranazionale, coordinando con atti di *soft law* le limitazioni alla libertà di circolazione interna e di ingresso nell'Unione europea poste dagli Stati membri (v. *supra*, par. 3). Ciò ha determinato l'adozione di misure non sempre identiche e contestuali da parte degli Stati membri per contenere la diffusione del Covid-19 e per tutelare la salute individuale e collettiva a livello nazionale. Gli Stati, ad ogni modo, hanno potuto fare affidamento su un quadro comune di riferimento a livello sovranazionale e predisporre, in modo molto flessibile, gli interventi ritenuti più adeguati alle situazioni concretamente prodotte dall'emergenza sanitaria nei rispettivi territori nazionali.

Senza dubbio, alla luce dell'esperienza del Covid-19, gli Stati membri saranno chiamati già nell'immediato futuro a riflettere sull'eventualità di implementare le norme finora vigenti in materia di gestione delle frontiere in caso di minacce alla salute pubblica di carattere transnazionale, anche prevedendo un coordinamento più incisivo e vincolante da parte dell'Unione europea nei confronti degli Stati membri. In ogni caso, ogni intervento in tal senso dovrà necessariamente assumere come base materiale di riferimento la sanità pubblica, ora disciplinata dall'art. 168 TFUE, e non il controllo delle frontiere. In caso di emergenze sanitarie, infatti, lo scopo primario del diritto dell'Unione europea dovrebbe essere quello di consentire alle persone e alle merci di circolare in modo sicuro dal punto di vista sanitario su tutto il territorio europeo e non quello di limitare, in via preventiva, l'attraversamento delle frontiere che dovrebbe rimanere un'*extrema ratio*.

Per quanto riguarda la gestione dei confini da parte dell'Italia, l'analisi qui condotta ha mostrato come, nel complesso, dall'inizio della pandemia fino a dicembre 2020, siano state adottate misure di contenimento del contagio differenziate tra i cittadini europei e quelli di Stati terzi residenti in uno Stato membro da una parte, e i cittadini di Stati terzi privi di pre-esistenti legami giuridici con l'Unione europea, dall'altra. Più in particolare, è stato osservato come nei confronti di questi ultimi sono state previste misure più severe, subordinando quasi ininterrottamente da marzo a dicembre 2020 l'ingresso in Italia all'isolamento fiduciario e alla sorveglianza sanitaria, a specifiche condizioni di lavoro e di necessità, oppure negando del tutto l'ingresso nel territorio italiano (v. *supra*, par. 4).

La pandemia, però, non ha messo in discussione – almeno sul piano giuridico-formale – il diritto di asilo e le attività di reinsediamento e di rimpatrio dei migranti, come opportunamente sottolineato dalla stessa Unione europea (v. *supra*, par. 5).
In Italia, con il decreto interministeriale n. 150/2020, si è cercato in un primo momento di limitare l'ingresso dei migranti soccorsi in mare da navi straniere al di fuori della zona SAR nazionale, dichiarando che i porti italiani non erano più un *luogo sicuro* a causa dell'emergenza sanitaria. Il decreto interministeriale n. 150/2020, pur essendo apparso subito illegittimo sotto vari profili (tra cui, la violazione del diritto internazionale consuetudinario sul soccorso in mare, v. *supra*, par. 7), è tuttora in vigore non essendo stato né formalmente abrogato, né annullato in sede giurisdizionale nonostante il ricorso presentato al T.a.r. Lazio. Il decreto di protezione civile n. 1287/2020, tuttavia, sembra averne neutralizzato gli effetti e ripristinato una situazione di legalità ritenuta accettabile in tempi di pandemia, confermando la disponibilità dell'Italia ad accogliere i migranti a bordo di apposite navi da quarantena anziché sulla terraferma. Le misure così previste, però, non sembrano soddisfare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità poiché assegnano in modo automatico i migranti alle navi da quarantena oppure alle strutture sulla terraferma a seconda che essi siano stati soccorsi da una nave straniera oppure da una nave italiana, anziché valutare le effettive condizioni individuali delle persone soccorse in mare (salute fisica e psicologica, età, genere, ecc…).
Per quanto riguarda l'immigrazione, la pandemia ha reso particolarmente evidente come la riduzione al minimo delle situazioni che possono rendere più difficoltoso per gli stranieri – comunque presenti in Italia – l'accesso ai servizi sanitari regionali e la prevenzione dei contagi (quali, ad esempio, l'irregolarità del soggiorno, il trattenimento presso strutture di accoglienza sovraffollate e carenti sotto il profilo igienico-sanitario oppure la mancanza di un luogo idoneo in cui abitare) è una condizione imprescindibile per tutelare la salute individuale e collettiva di tutta la popolazione italiana.
Al momento si può riscontrare come il recente d.l. n. 130/2020 abbia introdotto alcune novità in materia di accoglienza e di permessi di soggiorno che sembrano andare nella direzione della maggiore tutela dei diritti fondamentali degli stranieri e della riduzione delle situazioni di presenza irregolare sul territorio italiano. Il d.l. n. 130/2020, tra le altre cose, ha infatti ampliato le possibilità di accoglienza e le opportunità di soggiorno regolare degli stranieri in Italia introducendo nuove tipologie di permesso di soggiorno, tra cui, il permesso di soggiorno per protezione speciale a tutela della vita privata e familiare dello straniero. Inoltre, sembra avere reso più facile il rilascio di alcuni titoli di soggiorno già previsti dal Testo unico sull'immigrazione (ad es. quelli per cure mediche e per calamità). Infine, ha ampliato la possibilità di convertire vari titoli di soggiorno quali, ad esempio,

quelli per protezione speciale, calamità, cure mediche e assistenza di minori in permessi di soggiorno per motivi di lavoro[86].
Più dei moniti del Presidente della Repubblica[87] e delle sentenze di incostituzionalità della Corte costituzionale (v. sent. n. 186/2020), la pandemia sembra essere stata quindi la spinta decisiva per rivedere l'approccio fortemente restrittivo all'immigrazione portato avanti negli ultimi anni, di fronte all'esigenza di tutelare la salute pubblica messa a così dura prova dal Covid-19 che – *ça va sans dire* – si trasmette da una persona all'altra prescindendo dalla cittadinanza e dagli *status* di immigrazione.

[86] Tra i primissimi commenti v. C. De Chiara, *Il diritto di asilo e il d.l. 130/2020: progressi e occasioni mancate*, in *Questione giustizia* (questionegiustizia.it), 9 dicembre 2020 e G. Mentasti, *Il decreto "immigrazione-sicurezza" (d.l. n. 130/2020) diventa legge (l. 18 dicembre 2020, n. 173): le novità introdotte in sede di conversione*, in sistemapenale.it, 15 gennaio 2021.

[87] V. la lettera del Presidente della Repubblica che ha accompagnato la promulgazione della legge di conversione del d.l. n. 53/2019.

Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida in tempo di pandemia*

Annamaria Poggi**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Linee guida allegate ai d.p.c.m.: caratteristiche e problematiche. – 3. Linee guida e atti di "autoorganizzazione". – 4. Linee guida e indirizzi tecnici. – 5. Linee guida e indirizzo e coordinamento amministrativo. – 6. Linee guida "vincolanti"? – 7. Conclusioni.

Abstract:
La definizione delle linee guida risulta assai complicata tanto tale dizione si è diffusa e con i significati più disparati in ambiti assai lontani e apparentemente non collegati della vita sociale ed economica. Anche su questo terreno è come se la pandemia avesse "esploso" un fenomeno che già da qualche anno si osservava, rendendolo di più difficile collocazione nel sistema giuridico/normativo. In particolare, nella c.d. detta seconda fase della pandemia grazie alle linee guida sono stati fatti taluni "esperimenti" che, se giustificati dalla peculiare situazione di emergenza, dovrebbero ora essere collocati in una dimensione di sistema, al fine di evitare ulteriori "fughe" dalle fonti e dalle loro forme.

The definition of the guidelines is very complicated, so much has this term spread and with the most disparate meanings in very distant and apparently unrelated areas of social and economic life. Also on this ground it is as if the pandemic had "exploded" a phenomenon that had already been observed for some years, making it more difficult to place in the legal / regulatory system. In particular, in the so-called said second phase of the pandemic, thanks to the guidelines, certain "experiments" have been carried out which, if justified by the peculiar emergency situation, should now be placed in a system dimension, in order to avoid further "escapes" from sources and their forms.

---

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università di Torino, annamaria.poggi@unito.it.

ISSN 2611-8882

1. Introduzione

Il tema delle linee guida e la loro collocazione nel sistema delle fonti risulta assai complicato tanto tale dizione si è diffusa e con i significati più disparati in ambiti assai lontani e apparentemente non collegati della vita sociale ed economica. Anche su questo terreno è come se la pandemia avesse "esploso" un fenomeno che già da qualche anno si osservava, rendendolo di più difficile collocazione nel sistema giuridico/normativo.

Sino a qualche anno, infatti, fa la dizione linee guida era pressoché completamente associata ad indicazioni operative e/o interpretative interne sia alla pubblica amministrazione in senso lato ovvero ad altri ambiti (essenzialmente professionali), con l'intento di suggerire, o indirizzare, comportamenti individuali o modalità organizzative di attività o funzioni. Sul solo sito del MIUR la dizione linee guida individua quasi 300 atti contenenti "indicazioni", "suggerimenti", "raccomandazioni" su una notevole quantità di temi (per la scuola: giudizi descrittivi sugli alunni, integrazione culturale, parità di genere, educazione civica, utilizzo palestre scolastiche, didattica digitale (…) per l'Università: accreditamento dei dottorati, bilancio di genere, valutazione della qualità dei corsi di studio (..). Ancora più diffusa la dizione nel sito del Ministero per la salute già prima della pandemia, con riguardo alle attività di tutela della salute, spesso indirizzate anche dall'Istituto Superiore di Sanità (dalle indicazioni per alleviare i traumi post parto alle centinaia di attività di prevenzione a tutela della salute alimentare, fisica, psichica…). Se poi si naviga nei siti degli Ordini professionali si accede nuovamente a centinaia di documenti denominati linee guida, riguardanti le norme deontologiche e di etica professionale.

La cesura rispetto a questo inquadramento è probabilmente sancita dal Codice dei contratti pubblici del 2016 che ha introdotto le linee guida in una dimensione diversa, più prossima al sistema delle fonti. Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. t), della legge di delega n. 11/2016, insieme con i poteri di «controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio», è stato attribuito all'ANAC il potere di adottare «atti di indirizzo, quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile», eventualmente «dotati di efficacia vincolante» e comunque impugnabili in sede giurisdizionale amministrativa[1].

La pandemia ha fatto il resto (e non solo in tema di linea guida), così ora vengono denominate in tal modo una molteplicità di atti diversi non connessi da legami sistematici: atti integrativi di fonti di rango primario cui rinviano le stesse fonti primarie; indicazioni contenute in decreti ministeriali; risoluzioni votate dal Parlamento; raccomandazioni che vari

[1] Su tale cesura, in maniera problematica, v. P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018; M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, n. 4; C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*; N. Longobardi, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici* e M. Trimarchi, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, tutti in *Giustamm.it*, 2016.

soggetti indirizzano alla propria comunità professionale di riferimento (…). In particolare, nella c.d. detta seconda fase della pandemia i decisori pubblici hanno immesso nell'ordinamento prescrizioni di vario genere e tipo che in tempi "normali" probabilmente si sarebbero dovute diluire in atti formalmente diversi. Insomma, grazie alle linee guida sono stati fatti taluni "esperimenti" che, se giustificati dalla peculiare situazione di emergenza[2], dovrebbero ora essere collocati in una dimensione di sistema, al fine di evitare ulteriori "fughe" dalle fonti e dalle loro forme.

Le brevi riflessioni che seguono avranno principalmente ad oggetto le linee guida cui hanno fatto rinvio i d.p.c.m adottati da maggio 2020 in poi, da quando cioè dopo la c.d. prima fase di pandemia si cominciarono ad allentare le misure restrittive relative a diversi ambiti di attività e si pose il problema di disciplinare il riavvio di talune funzioni/attività.

2. Linee guida allegate ai d.p.c.m.: caratteristiche e problematiche

Al d.p.c.m. 17 maggio 2020 (*Disposizioni attuative del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Codid-19 e del d.l. 16 maggio 2020, n. 33*) sono allegati tre documenti contenenti linee guida.

Il primo, Allegato n. 8, titola «*Linee guida per la gestione in sicurezza di opportunità' organizzate di socialità e gioco per bambini ed adolescenti nella fase 2 dell'emergenza covid-19*», poi riprodotte sempre in forma di allegati ai d.p.c.m. successivi sino all'ultimo del 14 gennaio 2021. Esse sono state redatte dal Dipartimento per le politiche della famiglia con il supporto tecnico di diverse istituzioni (ANCI, UPI, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, Società italiana di pediatria); d'intesa con i Ministeri dell'istruzione, della salute, del lavoro e delle politiche sociali, delle politiche giovanili e dello sport; infi-

[2] Sul problematico rapporto tra emergenza e sistema delle fonti in generale v., per due impostazioni profondamente diverse, G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003, e A. Cardone, *La "normalizzazione" dell'emergenza Contributo* allo *studio del potere* extra ordinem *del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011. Per una analitica rassegna delle problematiche del sistema delle fonti in tempo di emergenza v. M. Luciani, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Consultaonline*, 11 aprile 2020. Per singoli aspetti connessi alle diverse fonti, v., tra i molti, A. Venanzoni, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum* di *Quaderni costituzionali*, 26 marzo 2020, pp. 9 ss.; D. Trabucco, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, 2020, n. 5, p. 2; G. Azzariti, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1; A. Vernata, *Decretazione d'urgenza e perimetro costituzionale nello stato di "emergenza epidemiologica"*, in *Forum* di *Biolaw Journal*, 13 marzo 2020; L.A. Mazzarolli, "Riserva di legge" *e* "principio di legalità" *in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo* extra ordinem*, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *Federalismi.it*, 23 marzo 2020, pp. 12 ss.; V. Baldini, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos…) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 2 aprile 2020, pp. 985 ss.

ne integrate dalle raccomandazioni del Comitato tecnico-scientifico del Dipartimento della protezione civile, della Presidenza del Consiglio dei ministri.
Nel testo si alternano suggerimenti (quali, ad esempio, quello di preferire i luoghi all'aperto rispetto a quelli chiusi per le attività in oggetto, oppure quelli concernenti l'igiene personale e degli oggetti/luoghi adibiti ad attività ludiche, oppure ancora quelli inerenti i mezzi di trasporto maggiormente consigliabili per gli spostamenti) a vere e proprie prescrizioni (quali, tra le atre, quelle indirizzate ai gestori di spazi pubblici e privati adibiti alle attività oggetto delle linee) cui, però, non sono correlate sanzioni in caso di mancato rispetto.
Il secondo, l'Allegato n. 15 contiene le «*Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del covid-19 in materia di trasporto pubblico*», poi riprodotte, con qualche modifica quale allegato al d.p.c.m 7 settembre 2020. Tra le due versioni vi fu il fondamentale passaggio della richiesta di parere in Conferenza unificata, nella seduta del 31 agosto 2020. Parere favorevole che venne condizionato, sia all'accoglimento delle richieste delle Regioni, sia all'approvazione di un decreto legge di istituzione di un fondo dedicato (che venne invece inserito nella legge di bilancio 2021). Allo stesso modo sia ANCI che UPI espressero parere favorevole condizionato alla ricezione dei rispettivi rilievi.
Anche in questo caso si registra un miscuglio di suggerimenti (indirizzati ai fruitori del servizio pubblico di cui viene richiamata la prioritaria responsabilità ad evitare assembramenti sui mezzi e a cui viene consigliato di usare mezzi alternativi, e comunque, sempre suggerito di attenersi scrupolosamente alle norme igieniche) con prescrizioni operative indirizzate ai gestori, ai Comuni, alle Regioni, alle scuole, ognuno per la propria parte e responsabilità. Per quanto riguarda i Comuni e le Regioni, ad esempio, si indica la necessità di aumentare la dotazione del parco dei mezzi di trasporto e di modificare gli orari delle corse. Ai gestori del servizio vengono indicate misure di prevenzione (dispenser igienici, cartellonistica, distanziamenti…).
Il terzo, l'Allegato n.17 contiene «*Linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 16 maggio 2020*».
L'adozione delle linee, in questo caso, era prevista in una fonte primaria: il d.l. 33/2020 prevedeva, infatti, al comma 14 dell'articolo 1 che «le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle Regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale. Le misure limitative delle attività economiche, produttive e sociali possono essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, con provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 o del comma 16». Il riferimento ultimo contenuto nella norma è ai d.p.c.m. o alle ordinanze del Ministro della salute o del Presidente della giunta regionale.

Conseguentemente, la Conferenza delle regioni e delle province autonome nella riunione del 16 maggio discusse ed approvò lelinee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive. Il giorno successivo il Presidente del Consiglio firmò il d.p.c.m. *Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*. Nel testo del d.p.c.m. le linee guida della Conferenza delle Regioni sono citate in premessa: «Viste le linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 16 maggio 2020, di cui all'Allegato 17, trasmesse in data 17 maggio 2020 unitamente al parere del Presidente della Conferenza dei presidenti delle Regioni e delle Province autonome».

A questa gamma già assai variegata di linee guida in tempo di pandemia previste dai d.p.c.m., si è aggiunta un'altra tipologia. L'art. 83, comma 7, lett. h) del d.l. n.18/2020 ha, infatti, previsto (per il periodo marzo-giugno 2020) che, per concorrere al contrasto dell'epidemia i capi degli uffici giudiziari potessero adottare (sentito il Presidente della giunta regionale, il Consiglio dell'ordine degli avvocati, d'intesa con il Presidente della Corte d'Appello) alcuni provvedimenti derogatori del processo civile e concretizzanti il c.d. processo dell'emergenza, caratterizzato dal lavoro agile e a distanza, ove possibile e senza compromettere diritti della difesa. A distanza di qualche giorno, il 26 marzo, il CSM adottò linee guida indirizzate ai dirigenti degli uffici giudiziari relativamente alla gestione dei processi nel periodo emergenziale e sino a giugno.

Successivamente, con delibera del 4 novembre 2020, nuovamente a seguito di un altro d.l. (il n. 137/2020 che ha fortemente limitato l'utilizzo degli strumenti telematici, soprattutto nel settore penale) il CSM formulò nuove linee guida per la gestione della fase emergenziale, cercando di colmare le lacune contenute nella fonte primaria quanto a strumentazione idonea ad evitare il rischio di assembramenti in caso di attività da svolgere in presenza. Questa seconda delibera di linee guida contiene indicazioni molto dettagliate ed analitiche su molteplici aspetti dell'attività degli uffici giudiziari e del lavoro dei magistrati, ma ciò che più rileva è che abilita i dirigenti a regolamentare il flusso dei procedimenti nel periodo emergenziale, posticipando la trattazione di quelli non prioritari, pur in assenza di un potere di sospensione analogo a quello che agli stessi era stato esplicitamente attribuito dal d.l. 18/2020. Anche in questi casi, si specifica nelle linee guida, tali provvedimenti dovranno essere preceduti da procedure partecipate, idonee a coinvolgere con modalità anche informali, i componenti dell'ufficio, l'avvocatura e il personale amministrativo.

Tornando alle linee guida previste dai d.p.c.m. vanno evidenziate le notevoli differenze che intercorrono tra i tre tipi sopra descritti.

Nel primo caso si tratta di contenuti elaborati da una struttura ministeriale (il Dipartimento per le politiche della famiglia) e "concordati" con una serie di istituzioni e soggetti pubblici diversi; nel secondo caso si è in presenza di un atto interministeriale su cui viene chiesto il parere della Conferenza unificata; nel terzo caso, infine, di un atto esplicitamente previsto in una fonte primaria (d.l.) il cui contenuto (normativo) viene affidato o al Governo (attraverso i Ministeri), o alle singole Regioni, ovvero alla Conferenza unificata.

Proprio tale varietà non solo di contenuti, ma anche di procedure e di forme, suggerisce qualche tentativo di sistemazione all'interno degli schemi già noti e costituzionalmente rassicuranti. Pur apprezzando, infatti, i molteplici tentativi dottrinali di giustificare l'utilizzo di tali strumenti allo scopo di "modernizzare" il sistema delle fonti, ovvero al fine di evidenziare mutamenti in corso e l'obsolescenza di talune categorie giuridiche[3] (la consueta crisi della rappresentanza e conseguentemente delle fonti che da questa provengono), rimangono comunque alcune questioni di fondo in qualche misura ineludibili che (anche) le linee guida non possono eludere: il sistema delle fonti deve rispondere ad un criterio di certezza del diritto e di trasparenza delle procedure di adozione degli atti[4]; in secondo luogo a garanzia di tutti i soggetti dell'ordinamento esse devono palesarsi in maniera formalmente corretta al fine di consentirne la giustiziabilità in qualche sede.

3. Linee guida e atti di "autoorganizzazione"

Anzitutto occorre separare in anticipo dalla zona di osservazione critica tutti quegli atti che, pur denominati linee guida, attengono semplicemente a poteri di autoorganizzazione di uffici pubblici e privati e che come tali non possono considerarsi fonti del diritto.
Appartengono a tale ampia categoria tutti gli atti adottati, appunto, nell'ambito della propria organizzazione da Università, Associazioni professionali, Aziende, Istituzioni scolastiche e formative che in questo periodo disciplinano anche: l'accesso ai propri locali; l'organizzazione del lavoro; le regole sanitarie… In genere esse non fanno che riprendere norme di carattere generale contenute in diverse fonti del diritto (decreti legge, ordinanze, dpcm) adattandole alle proprie esigenze.
Collocate in tale contesto le linee guida altro non sono che la proiezione del potere di autoorganizzazione, insito in quello di autonomia organizzativa e largamene diffuso nel diritto pubblico.

4. Linee guida e indirizzi tecnici

Vi sono poi linee guida condivise da talune comunità scientifiche o professionali quali parametri da utilizzare allo scopo di valutare *ex post* forme di responsabilità anche in campo processuale. Con l'ordinanza n. 30998/2018, la Corte di Cassazione (sez. III civ.) si è

[3] Ritiene che le linee guida possano rispondere a tali esigenze, C. Ingenito, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 4. Per una riconduzione, invece, delle prescrizioni contenute nelle linee guida in fonti primarie v. V. Italia, *Le linee guida e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016.

[4] Su questo aspetto fondamentale e con riguardo proprio alle fonti della pandemia, spesso confuse, quanto a contenuti e forme v. S. Cassese, *Il dovere di essere chiari*, in *Il Corriere della Sera* del 24 marzo 2020.

pronunciata in merito al rispetto delle linee guida da parte del medico e alla loro rilevanza ai fini della valutazione della condotta medica.
Per «linee guida», precisa la Cassazione, si intendono «le *leges artis* sufficientemente condivise almeno da una parte autorevole della comunità scientifica in un determinato tempo». Le quali, prosegue la Corte, non sono di per sé dirimenti e insuperabili, ed anzi esse «non rappresentano un letto di Procuste insuperabile», bensì «un parametro di valutazione della condotta del medico». Il medico che non rispetta le linee guida, quindi, non deve necessariamente essere considerato responsabile per il danno cagionato al paziente, in quanto possono esserci circostanze nel caso concreto che giustificano la condotta del medico.
Linee guida di questo genere sono state opportunamente disciplinate in via generale in campo medico. La legge n. 24/2017 recante *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie* (che ha come tema centrale la responsabilità medica) prevede all'art. 5 (Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida): «1. Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali».
Anche in questo caso non siamo in presenza di fonti del diritto, come la Cassazione espressamente afferma, ma al cospetto di elementi di valutazione largamente condivisi che, tuttavia, possono essere superati dalla specificità del caso concreto[5].

5. Linee guida e indirizzo e coordinamento amministrativo

Il d.lgs. n. 81/2008 (c.d. Testo unico sulla salute e sicurezza del lavoro) ha introdotto, all'articolo 2, le definizioni di tre fonti di grande rilevanza in ambito prevenzionistico per i Responsabili del servizio prevenzione e protezione, i medici competenti, i datori di lavoro e in generale tutti gli operatori della salute e sicurezza sul lavoro, ovvero le linee guida**,** le norme tecniche e le buone prassi.

[5] In generale sul tema v. a C.M. Masieri, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla Legge Gelli-Bianco*, Milano, Giuffrè, 2019.

Con particolare riferimento alle linee guida queste sono definite quali «atti di indirizzo e coordinamento per l'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza predisposti dai Ministeri, dalle Regioni, dall'ISPESL e dall'INAIL e approvati in sede di Conferenza Stato-Regioni» (art. 2 c. 1 lett. z).
Dal tenore della definizione pare trattarsi, anche in questo caso, non di fonti del diritto, bensì di deliberazioni contenenti atti di indirizzo e coordinamento in una materia di competenza concorrente tra Stato e Regioni che, proprio perciò, richiedono il consenso e la compartecipazione dei soggetti a diverso titolo competenti e, infine, il passaggio in Conferenza Stato-Regioni che ne determina la veste formale.
A questa tipologia si potrebbero ascrivere le linee guida richiamate *supra* nel paragrafo 2, contenute rispettivamente negli Allegati nn. 8 e 15 del d.p.c.m. 17 maggio 2020 (*Disposizioni attuative del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Codid-19 e del d.l. 16 maggio 2020, n. 33*) che effettivamente per il loro contenuto potrebbero ascriversi al genere degli atti di indirizzo e coordinamento.
Collocate in questo quadro esse non pongono particolari problemi, al contrario potrebbero considerarsi espressione di diversi principi: l'attuazione dell'indirizzo ministeriale; la codefinizione di indicazioni attuative che richiedono diverse competenze; la collaborazione istituzionale nell'attuazione delle norme.
Altre linee guida, sempre quali atti di indirizzo e coordinamento, possono essere adottate nella forma del decreto ministeriale, (in caso di materia di esclusiva competenza statale), ovvero come ordinanza del Presidente della giunta regionale (in caso di materia di competenza residuale delle Regioni).
Qualche problema emerge, invece, laddove le linee guida intervengano in materie in cui la riserva di competenza allo Stato o alle Regioni non è piena poiché interviene in spazi di autonomia costituzionalmente riservati.
Caso emblematico è il decreto del Ministro dell'istruzione 26 giugno 2020, n. 39 (*Linee guida per la didattica digitale integrata*) che ha fornito un quadro di riferimento entro cui progettare la ripresa delle attività scolastiche nel mese di settembre, con particolare riferimento alla necessità per le scuole di dotarsi di un Piano scolastico per la didattica digitale integrata.
La pervasività di dette linee (rispetto all'autonomia delle istituzioni scolastiche garantita, peraltro, dall'art. 117, comma 3 Costituzione) è stata evidenziata nel parere reso dal Consiglio superiore della pubblica istruzione che il Ministero non ha accolto, e di cui ha però dato conto nel preambolo del provvedimento stesso, sottolineando «di non poter accogliere le richieste formulate dal CSPI, laddove incompatibili con le prerogative dell'Amministrazione o in contrasto con la normativa vigente, in particolare: la proposta di prevedere esplicitamente, nel testo, che l'organizzazione e le modalità di erogazione della Didattica digitale integrata debbano essere affidate all'Autonomia delle singole Istituzioni scolastiche, in quanto organizzazione e modalità di erogazione della didattica rientrano già appieno tra le prerogative di queste; la proposta di demandare al ruolo del Collegio dei Docenti la rimodulazione delle attività didattiche, in quanto le delibere collegiali sono

espressione delle proposte dei singoli consigli di classe in seno al Collegio medesimo e non potrebbero comunque discostarsi dai riferimenti ordinamentali relativi ai singoli gradi e percorsi scolastici (…)».

6. Linee guida "vincolanti"?

Ben diverso e problematico rispetto a quelli precedenti è il caso delle linee guida contenute nell'Allegato 17 al d.p.c.m. 17 maggio 2020, più volte richiamato. In questo caso, infatti, le linee guida contengono vere e proprie prescrizioni normative legittimate da un d.p.c.m. il che cozza sicuramente con il principio di legalità, e più in generale con qualunque possibilità di ricondurre a sistema una siffatta procedura.
Vi è dunque da augurarsi che finito il periodo pandemico non si riproducano analoghe situazioni e che le linee guida vengano ricondotte nell'alveo loro proprio, quello già da tempo noto, che pure si è arricchito di casistiche.
Rimane poi sullo sfondo, la questione, nel caso esse venissero previste ad integrazione di fonti primarie del possibile ossimoro circa l'esistenza di linee guida "vincolanti", secondo una terminologia introdotta dal Consiglio di Stato che, in prima battuta pareva averne legittimato l'esistenza.
Come noto, infatti, il Consiglio di Stato nel parere reso dall'Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, n. 855, sullo schema del d.lgs. n. 50/2016, (in particolare con riguardo all'art. 1, comma 1, lett. t), della legge di delega n. 11/2016, nella parte in cui prevede le linee guida possano essere eventualmente dotate di efficacia vincolante) ha identificato tre tipologie di Linee guida: quelle adottate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'ANAC, a carattere vincolante *erga omnes*, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; quelle adottate con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*; quelle adottate con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante.
L'aspro dibattito innestatosi sulla seconda categoria e le innumerevoli questioni a cui essa avrebbe dato luogo hanno poi consigliato il legislatore di ridimensionare, nello specifico, il potere ANAC. Ed infatti, Il decreto legge n. 32/2019, recante *Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici* (c.d. decreto Sblocca-Cantieri, poi convertito nella legge n. 55/2019) ha apportato numerose modifiche al Codice dei contratti, nell'intento di soddisfare l'esigenza di una maggiore certezza del diritto nelle procedure a evidenza pubblica, ha deciso di superare il sistema di attuazione e integrazione della normativa primaria mediante il ricorso ai variegati strumenti delle linee guida e dei decreti ministeriali, per ritornare al precedente modello del regolamento attuativo unico. Con la pubblicazione del Decreto Sblocca Cantieri è stato, infatti, previsto un nuovo comma 27-*octies* all'articolo 216 del d.lgs. 50/2016 mediante il quale la categoria delle linee guida vincolanti appare significativamente ridimensionata dalla adozione di un

regolamento unico a cui sarà affidata la disciplina di materie prima disseminati nei vari atti di regolazione "flessibile".
Ed anche con riguardo a quelle che il Consiglio di Stato definì non vincolanti, la giurisprudenza di merito ha chiarito che esse non sono idonee a costituire parametro di legittimità per le regole di gara da parte delle stazioni appaltanti, risultando per lo più atti ricognitivi di principi di carattere generale, poiché le prassi dettate da un'Autorità amministrativa cui non è attribuito alcun potere di normazione primaria o secondaria non soddisfano il requisito della certezza dei rapporti giuridici.

7. Conclusioni

Proprio la vicenda delle linee guida ANAC dovrebbe far riflettere e consigliare di maneggiare con cura le linee guida "vincolanti". Queste, infatti, creano innumerevoli problemi e, soprattutto, mettono in discussione alcuni principi cardini del sistema, quali la certezza del diritto e il principio di legalità. Da questo punto vista, infine, la legittimazione di tali strumenti attraverso il richiamo al *soft law* appare quanto meno discutibile. Vi è infatti un'argomentazione assai precisa che non consente quel parallelo e che è connessa alla diversa costruzione delle fonti nell'ordinamento europeo e nel nostro. Il *soft law*, infatti, «si dimostra uno strumento straordinariamente modellato su una delle principali caratteristiche dell'attuale architettura di produzione comunitaria del diritto: il fatto che gli atti normativi non hanno un collegamento (esplicito o implicito) con la norma di riconoscimento delle fonti comunitarie, poiché la loro produzione è direttamente collegata agli obiettivi che i Trattati prevedono in relazione a determinati settori»[6].
Proprio tale argomentazione non rende comparabili linee guida e *soft law* e soprattutto sconsiglia di procedere in quella direzione, pena scollegare completamente forma e sostanza, norme sulla produzione e norme di produzione.

[6] A. Poggi, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, Atti del XX Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova, Cedam, 2007, p. 410.

Saggi

Stato di necessità e conflitto di doveri nel triage pandemico.

Qualche riflessione di diritto comparato sui rapporti fra linee guida, raccomandazioni e cause di giustificazione nel diritto penale*

Gianluca Ruggiero**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Regole di *soft law*, obblighi di agire e conflitto di doveri**.** – 3. Conflitto di doveri e situazioni (non solo salvifiche) di necessità. – 4. Stato di necessità aggressivo. Un trionfo delle dottrine utilitariste? – 5. Conclusioni.

Abstract:
Il triage ospedaliero durante la pandemia da Covid19 ha imposto difficoltà decisionali di allocazione delle risorse disponibili. In particolare, si esamina l'efficacia delle linee guida emanate da varie associazioni di categoria o anche da enti pubblici e la loro ricaduta sul sistema penale che già contempla situazioni scriminanti fondate sull'eccezionalità.

Triage during the Covid-19 pandemic can impose difficult allocation decisions when demand for mechanical ventilation or intensive care beds greatly exceeds available resources. In particular, we will examine the effectiveness of the guidelines issued by various medical or etic associations or even public bodies and their impact on the criminal Law system that already includes causes of justification based on exceptional reasons.

---

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professore associato di Diritto penale nell'Università del Piemonte Orientale, Fellow Alexander von Humboldt Foundation, gianluca.ruggiero@uniupo.it.

ISSN 2611-8882

1. Introduzione

Le situazioni drammatiche cui abbiamo assistito a partire dal 21 febbraio 2020 ed alle quali assistiamo in questo secondo ritorno del virus SARS-CoV-2, con le gravi malattie polmonari che questo implica, si sono accompagnate, a seguito della diffusione massiccia ed incontrollabile del virus, ad una richiesta superiore alle capacità di intervento del sistema sanitario nazionale, con conseguente congestione delle unità di terapia intensiva, in particolare di strumenti di ventilazione assistita (in modo più o meno invasivo) e per periodi più o meno lunghi di tempo[1].

Triage (dal francese *Trier*: classificare) è un termine originante dalla medicina militare, significa priorizzare le prestazioni di medicina d'urgenza, affinché non si producano conseguenze più gravi, fra le quali la morte. Ciò ovviamente pone la questione circa i criteri cui far ricorso per stabilire "chi viene prima" nel trattamento sanitario, criteri che già da tempo la medicina d'urgenza – segnatamente la medicina delle catastrofi – ha cercato di stabilire, ma non certamente irrigidito, e rimesso in discussione proprio con l'avvento della pandemia Covid19 la quale ha portato a ripensare, sia le strutture sanitarie, convertendole, ampliandole e riconvertendole, sia le stesse linee guida dei *triages* ospedalieri[2].

Il punto di partenza, osservato da tutte le società di terapia intensiva e dai comitati etici di molti Paesi europei, è rappresentato dalla congestione delle unità terapiche per i pazienti che necessitano di ventilazione assistita, verso una "saturazione" del sistema che, di fronte ad una scarsità di mezzi, deve operare una selezione[3].

---

[1] Situazione diffusa a livello europeo. Cfr. D. Sternberg-Lieben, *Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision*, in *Medizin Recht*, 2020 (38), pp. 627 ss.; A. Alquézar-Arbé, *Impacto organizativo de la pandemia COVID-19 de 2020 en los servicios de urgencias hospitalarios españoles: resultados del estudio ENCOVUR*, in *Emergencias*, 2020, pp. 320 ss.

[2] M. Paganini-A. Conti-E. Weinstein-F. Della Corte-L. Ragazzoni, *Translating COVID-19 Pandemic Surge Theory to Practice in the Emergency Department: How to Expand Structure. Disaster Medicine and Public Health Preparedness*, in *Disaster Medicine and Public Health Preparedness*, Cambridge University Press, 2020, pp. 1 ss; S. Dönicke, *Strafrechtliche Aspekte der Katastrophenmedizin*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 1987.
S. Jöbges-R. Vinay-V.A. Luyckx-N. Biller-Andorno, *Recommendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis*, in *Bioethics*, 2020, pp. 948 ss. ed ivi un'analisi comparativa delle raccomandazioni di triage formulate da società professionali nazionali e internazionali fra le quali Australia / Nuova Zelanda, Belgio, Canada, Germania, Gran Bretagna, Italia, Pakistan, Sud Africa, Svizzera, Stati Uniti e della International Society of Critical Care Medicine.
V. anche la recente presa di posizione del Tribunale costituzionale Tedesco: BVerfG, 16 luglio 2020-1 BvR 1541-1520 in *www.bundesverfassungsgericht.de* avverso un ricorso di costituzionalità (*Verfassungsbeschwerde*) che ha sollevato la questione di se e quando un'azione legislativa, in adempimento del dovere dello Stato di proteggere le persone con disabilità, sia costituzionalmente imposta e fino a che punto si estende il raggio di azione del legislatore per valutare e modellare la regolamentazione di specifiche decisioni di prioritizzazione medica. La risposta data dalla terza Camera del primo Senato del Tribunale è negativa, anche se mascherata da una preclusione processuale, poiché la questione sollevata avrebbe richiesto un esame dettagliato non possibile nel contesto di una procedura d'urgenza. Per un commento "a caldo": A. Brade-M. Müller, *Corona Triage ohne gesetzliche Grundlage?*, in *JuWissBlog*, 17.8.2020, *https://www.juwiss.de/108-2020/*
In dottrina J. Kersten-S. Rixen, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, München, C.H. Beck, 2020.

[3] A. Brech, *Triage und Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, p. 48 s.

Le tecniche selettive sono caratterizzate da una accentuata eterogenesi relativamente alle fonti di legittimazione dei criteri: abbiamo, infatti, linee guida derivanti da associazioni di categoria (SIAARTI, DIVI, SFAR etc.) e raccomandazioni associate a linee guida provenienti da corporazioni di più ampio respiro (*Etikrat* tedesco, *FNOMCeO* italiana, *Schweizerische Vereinigung der Forschungsethikkommissionen* etc.)[4].

La discussione non è certamente solo (bio)etica su come interpretare la finalità di massimizzazione della logica del *triage* e, correlativamente, quali dovrebbero essere i reali criteri in virtù dei quali prioritizzare gli accessi al sistema sanitario ma anche, e in modo rilevante, giuridica[5].

Oltre questi fragili tentativi di legittimazione normativa del *triage*, se è vero che taluni auspicano una legge che regoli il fenomeno, è altrettanto vero che è nella legge fondamentale che debbono essere trovate le soluzioni a detti conflitti; e non è sempre detto che una legge ordinaria sia in accordo con lo spirito della Costituzione.

Infatti, le decisioni di assegnazione dei posti disponibili vengono prese non dallo Stato, ma secondo un sentire sociale. Dati i rischi reali associati a malattie infettive come il Covid-19, non si tratta più di tutelare singoli cittadini ma la società nel suo insieme, sia dal punto di vista dello Stato sociale che del conseguente obbligo di protezione di beni appartenenti alla comunità. Chiaro appare che la distribuzione delle risorse, sia salvifiche (strumenti terapeutici) che preventive (vaccini), non è operazione semplice e inopinabile anche perché la Legge fondamentale non contiene – né può contenere – disposizioni così dettagliate. Contiene invece i principi generali cui attenersi in un giudizio di proporzionalità a seguito di un bilanciamento razionale di interessi e che rispecchia, in sostanza, l'azione di uno Stato sociale democratico di diritto[6].

---

[4] Cfr., altresì, il documento *Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels*, consultabile al sito *www.bundesaerztekammer.de*.
Per una comparazione fra le *Raccomandazioni di etica clinica per l'assegnazione di trattamenti di terapia intensiva in circostanze eccezionali e con risorse limitate* della SIAARTI del 16 marzo 2020 e il documento *Priorisation des traitements de réanimation pour les patients en* état *critique, en situation d'épidémie de COVID-19, avec capacités d'accueil de réanimation limitées* della SFAR (Société Française d'Anesthésie-Réanimation) del 3 aprile 2020 v. K. Orfali, *What Triage Issues Reveal: Ethics in the COVID-19 Pandemic in Italy and France*, in *Journal of Bioethical Inquiry*, 2020, pp. 675 ss.

[5] D. Picecchi, *Die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen*, in *sui-generis.ch/article/view/sg.138/1333*.
E.J. Manuel et alii, *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19*, in *New England Journal of Medicine*, 2020, pp. 2049 ss. Cfr. altresì il parere del Comitato nazionale per la bioetica dell'8 aprile 2020 *https://www.fedcp.org/images/file/1120/documento-cbn-covid-aprile-2020compressed.pdf*

[6] BVerfG, Az.: 1 BvR 1541/20, Schreiben an "sachkundige Dritte" v. 28.9.2020, quesito n. 9.
In dottrina v. S. Augsberg, *Regelbildung für existentielle Auswahlentscheidungen*, in *Triage in der Pandemie* (a c. di T. Hörnle-S. Huster-R. Poscher), Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 6 ss.

2. Regole di *soft law*, obblighi di agire e conflitto di doveri

A prescindere dalla "efficacia" di dette fonti, comunemente definite di "soft law", e conseguente "validità" per la materia penalistica[7], sul sanitario che prende in carica un paziente grava un dovere che viene comunemente definito "di garanzia", costruito sull'obbligo, penalmente sanzionato, di impedire l'evento attraverso la "clausola di equivalenza" di cui all'art. 40, comma II, c.p. per il quale il mancato adempimento alla pretesa normativa di fare equivale a cagionarl0[8].

La presenza di più soggetti "pazienti" istituisce più posizioni di garanzia, alle quali corrispondono altrettanti doveri di intervenire cui però si ricollegano altrettante possibilità di agire, di un comportamento cioè esigibile nei confronti del garante.

L'"esigibilità" è una nota caratteristica che accomuna la causalità omissiva, la colpa omissiva, e – per quanto qui interessa – le scriminanti dello "stato di necessità" (art. 54 c.p.) e dell'"adempimento di un dovere" (art. 51 c.p.)[9].

Queste ultime rappresentano situazioni di conflitto di doveri e di obblighi e la *ratio* dell'esclusione dell'illiceità è la stessa in ambo i casi: un'esigenza di solidarietà congiunta ad un bilanciamento di interessi.

È indiscutibile che negare il trattamento medico ad un paziente, nella specie l'uso di un respiratore artificiale come terapia indicata, pone, oltre alle ricordate questioni etiche, problematiche di rilevanza costituzionale nella misura in cui entrano in gioco i diritti fondamentali della vita e dell'integrità fisica di una pluralità di cittadini, difronte ai quali lo Stato ha un dovere di protezione, così come il diritto alla salute di molti, per cui si pongono delicati problemi di bilanciamento anche rispetto alla dignità umana.

[7] Ritiene le regole di "soft law" appartenenti alle fonti del diritto, con opportuni distinguo, G. Salcuni, *La «disciplina altrove». L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Napoli, ESI, 2019, pp. 16 ss.

[8] M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2020, p. 274 s.; V. Lipp, *Die* ärztliche *Hilfspflicht*, in *Arztrecht* (a c. di A. Laufs-C. Katzenmeier-V. Lipp), 8ª ed., München, C.H. Beck, 2020, pp. 97 ss.; Bosch N., *Grundlagen der Strafbarkeit*, in *Strafgesetzbuch. Kommentar* (a c. di A. Schönke-H. Schröder), 30ª ed., 2019, München, C.H. Beck, § 13, Rdnr. 28a; A. Künschner, *Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl*, Stuttgart, Thieme, 1992, p. 157.

[9] In argomento, per tutti, F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, Giuffrè, 2000, 303 s. il quale rileva che l'inesigibilità di una condotta diversa è alla base delle c.d. "scusanti", non delle cause di giustificazione il cui fondamento riposa nel bilanciamento di interessi.

Che i principi costituzionali di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di dignità (art. 2 Cost.) condizionino altresì la ponderazione degli interessi in gioco (conseguenti alle distribuzioni di limitate risorse terapeutiche)[10] è questione cruciale nel dibattito penalistico contemporaneo[11].
Stato di necessità e conflitto di doveri sono in realtà figure autonome: il primo rientra in quelle situazioni che denominiamo "facoltà", dove l'agente decide se adottare il comportamento o di non adottare il comportamento. Viceversa, in caso di conflitto di doveri, si deve scegliere tra l'adozione del comportamento A e l'adozione del comportamento B, entrambi imposti[12].
Ciò è dovuto al fatto che l'azione intrapresa in stato di necessità è quella dalla quale l'agente, in via preliminare, dovrebbe astenersi (pericolo non altrimenti evitabile), potendo agire solo se costretto dalla necessità; mentre, nel conflitto di doveri, l'agente deve scegliere tra diverse procedure che è, in linea di principio, obbligato a eseguire. In quest'ultimo caso, quindi, l'agente deve agire in una direzione o nell'altra o in entrambe e ciò avviene sia nei casi in cui entrano in conflitto principalmente doveri di azione, sia in quelli in cui confliggono doveri di azione e di omissione.
L'opzione, seguita dalla maggior parte della dottrina, di trattare quest'ultimo tipo di conflitti invocando i criteri dello stato di necessità sembra tradire il presupposto che il dovere di omettere prevale sempre sul dovere di agire, in modo tale che all'agente, in casi eccezionali, potrà essere concesso di adempiere al dovere di agire e contravvenire all'obbligo di astensione, ma mai un obbligo di violare il dovere di omettere per adempiere al dovere di agire.

---

[10] P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2011, pp. 172-173 che considera come «*l'art. 2 Cost. esprim(a) nella sua essenza il principio personalista, che… individua innanzitutto una priorità di valore*» e «*caratterizza tutte le disposizioni costituzionali che tutelano una sfera della personalità*»; A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi. it*, 2013, n. 17.

[11] In generale, sul bilanciamento, sia consentito il rinvio a G. Ruggiero, *Introduzione al bilanciamento di interessi e Rule of Law nei diritti fondamentali. Una ricostruzione multilivello*, in *Bilanciamento e sistema delle fonti*, a cura di L. Di Carlo, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 131 ss.
Sulla dimensione costituzionale del *triage*, cfr. A. Vosskuhle, *Wer zuerst kommt, mahlt zuerst! - Das Prioritätsprinzip als antiquierter Verteilungsmodus einer modernen Rechtsordnung*, in *Die Verwaltung*, 1999, pp. 21 ss. p. 34; A. Brech, *Triage und Recht*, cit., p. 206 ss.; T.H. Witte, *Recht und Gerechtigkeit im Pandemiefall*, Baden-Baden, Nomos, 2013, pp. 151 ss.; A.E. Busch, Ärztliche Triage in Friedenszeiten – Eine kritische Analyse der Strafbarkeitsrisiken im Lichte der Implikationen des Grundgesetzes, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2020, pp. 751 ss.

[12] Da diversa angolazione, ma con conclusioni sostanzialmente analoghe, muove l'analisi di U. Neumann, *Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen — Rechte, Pflichten und Interessen als Elemente der rechtfertigenden „Pflichtenkollision"*, in *Festschrift für Claus Roxin* (a c. di B. Schünemann-H. Achenbach-W. Bottke-B. Haffke-H.J. Rudolphi), Berlin-New York, de Gruyter, 2001, p. 424 s. secondo cui nel § 34 *StGB* l'interesse tutelato è sostanzialmente predominante, mentre nel conflitto di doveri è sufficiente, perché possa invocarsi la giustificazione, adempiere ad un interesse solo leggermente predominante. I diversi criteri di bilanciamento sono dovuti al fatto che il § 34 *StGB* riguarda l'invasione di una sfera giuridica altrui e la solidarietà richiesta alla vittima è prevedibile solo in caso di maggior peso dell'interesse salvaguardato dall'autore della condotta che costituirebbe reato, mentre il conflitto di doveri implica la mancata esecuzione di un'azione salvifica a fronte di interessi concorrenti.

Tale presupposto, tuttavia, si rivela insostenibile da un punto di vista metodologico. Infatti, solo una considerazione d'insieme della situazione concreta consentirà di concludere per la prevalenza del dovere di astenersi sul dovere di agire[13].
La selezione dei criteri dello stato di necessità adeguati ai casi di conflitto tra dovere di agire e dovere di omettere rende impossibile il bilanciamento cui sopra si accennava, in quanto dà una risposta (quella della prevalenza del dovere di omettere) senza la dovuta considerazione della concreta problematicità della situazione di vita e si rivela, per tanto, non accettabile nella sua assolutezza.
I criteri del conflitto di doveri, al contrario, nella misura in cui guidano una ponderazione degli obblighi vincolanti dei doveri in conflitto nella fattispecie complessa oggetto di decisione – richiedendo quindi un'attenta considerazione dei vari fattori del caso che influenzano tale valutazione – lasciano inalterata la domanda di partenza e cioè se è giusto concludere per la prevalenza del dovere di astenersi.
Queste diatribe metodologiche non sono prive di significato pratico.
Supponiamo, ad esempio, che il paziente A arrivi in ospedale con un urgente bisogno di essere collegato alla macchina che tiene in vita il paziente B; c'è solo un'altra macchina in un altro ospedale; quel paziente B può essere trasferito senza rischi significativi, ma il paziente A non può più aspettare. Una considerazione complessiva dei doveri che gravano sul sanitario, sembra ragionevole affermare la prevalenza del dovere di agire (collegare il paziente A alla macchina) sul dovere di astenersi (interrompere il trattamento di B).
Le conseguenze pratiche sono evidenti: se si sceglie di non spegnere la macchina e si lascia morire A, il medico avrà omesso di adempiere al dovere prevalente: egli aveva il dovere, non solo la facoltà, di trattare A, quindi l'omissione può essere considerata tipica e illecita, non scriminata dal conflitto di doveri.
Se, al contrario, si sostiene che l'azione di interruzione del trattamento di B sia giustificata dalla necessità di salvare A dal percolo attuale di un danno grave alla persona, non si comprenderebbe la punizione della corrispondente omissione (aggressiva), poiché si tradurrebbe nell'irrogazione di una pena per aver omesso di porre in essere una condotta facoltizzata (non imposta).

3. Conflitto di doveri e situazioni (non solo salvifiche) di necessità

In una situazione di conflitto di doveri, quando, in altri termini, gravano sull'agente più obblighi e non essendo possibile adempiere a tutti, in mancanza di un criterio legale

[13] In generale, sul punto, H. Otto, *Rechtfertigende Pflichtenkollision*, in *Handbuch des Strafrechts* (a c. di E. Hilgendorf-H. Kudlich-B. Valerius), vol. II, Heidelberg, C.F. Müller, 2020, pp. 634 ss.

(l'obbligo deve essere sempre giuridico) dovrebbe valere il ricorso ai principi generali in materia di conflitto di doveri "intrasistematico"[14].
Nella dottrina straniera si argomenta che tutti i conflitti fra un dovere di agire e un dovere di omettere costituiscono una situazione classica di stato di necessità (aggressivo) da risolversi, come avviene nel sistema tedesco, conformemente al § 34 dello *StGB*[15].
Poiché detta disposizione esige, per poter giustificare la lesione di interessi di un terzo innocente, la salvaguardia di un interesse di maggior valore rispetto a quello sacrificato, non sembra invocabile nella situazione che ci occupa, dove gli interessi in gioco sono di valore equivalente (imponderabilità della vita umana). L'estubazione del paziente con minori probabilità di sopravvivenza non potrebbe rientrare nell'abito scriminante del § 34 citato[16].
Nell'esegesi della norma sullo stato di necessità scriminante non è immaginabile – come nel caso prospettato – un obbligo di realizzare ciò che è vietato[17]. Da altra parte, sotto un profilo gius-filosofico, la preminenza del dovere di astenersi di fronte al dovere di agire si basa o sul minor peso dell'illecito omissivo o su una ritenuta prevalenza dello *status quo ante*[18].
Questa seconda opzione interpretativa è largamente seguita dalla dottrina tedesca e ispanica[19], secondo cui il diritto penale mira a proteggere una data situazione di vita in modo che, se agisce, incidendo, su una situazione dilemmatica, è necessario che l'agente salvaguardi un interesse superiore, in mancanza del quale si impone di lasciare che le cose seguano il loro corso naturale, piuttosto che arrogarsi presuntuosamente la "facoltà di giocare ad essere Dio" o di "manipolare il destino altrui"[20].
La riconducibilità alla scriminante dell'adempimento di un dovere od allo stato di necessità viene risolto a favore di quest'ultima ipotesi giustificante, osservando che ove la legge non ponga un conflitto fra doveri e non lo risolva espressamente, attribuendo rilevanza maggiore ad uno o all'altro interesse ovvero non offrendo all'interprete "indizi" su come risolvere tali conflitti, caso per caso (attraverso le c.d. clausole di illiceità speciale: indebitamente, abusivamente, senza giustificato motivo etc.)[21] lascia a costui il compito di affrontare le tipologie dei conflitti "irrisolvibili" conducenti ad una esclusione dell'illiceità

[14] Per la teorizzazione della distinzione fra conflitto di doveri "intrasistematico", riferita al conflitto fra "doveri giuridici" e conflitto "extrasistematico" fra dovere giuridico ed obbligo morale v. E. Mezzetti, «Necessitas non habet legem». *Sui conflitti tra "impossibile" e "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 106 s.

[15] H. Frister, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9ª ed., München, C.H. Beck, 2020, 17Rn. 9.

[16] Per tutti C. Roxin-L. Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd 1., *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5ª ed., München, C.H. Beck, 2020, p. 888 ed *ivi* ulteriori citazioni.

[17] V. Erb, *Rechtfertigender Notstand*, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (a c. di V. Erb-J. Schäfer), 4ª ed., München, C.H. Beck, 2020, p. 1785 ss.

[18] T. Walter, *Menschlichkeit oder Darwinismus? Zu Triage-Regeln und ihren Gründen*, cit., p. 673.

[19] I. Coca Vila, *La colisión entre razones de obligación en Derecho penal*, in *InDret*, 2017, pp. 3 ss.

[20] T. Rönnau-K. Wegne, *Grundwissen – Strafrecht: Triage*, in *Juristische Schulung*, 2020, p. 405.

[21] E. Mezzetti, «Necessitas non habet legem», cit., p. 121 ss.

penale senza dover ricorrere ad – ancora dubbie – ipotesi di cause di esclusione della colpevolezza[22].

La riconducibilità delle suesposte ipotesi alla scriminante dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. consente di superare anche l'(apparente) ostacolo della ponderazione dei beni giuridici protetti, essendo tutti di valore equivalente (vita, incolumità personale) e il – questa volta – reale valore dei beni giuridici in gioco, potendo dare prevalenza alla condotta volta a scongiurare un pericolo per la vita rispetto al pericolo non mortale per la salute. La gravità del danno o il grado di pericolo di concretizzazione del medesimo condizionano la valutazione del sanitario, valutazione che può tuttavia portare anche a ritenere prevalente il bene di minor valore sul concorrente.

È necessario altresì non confondere i termini del discorso: il grado di pericolo, la gravità del pericolo e la probabilità di salvataggio sono punti distinti che meritano considerazioni differenti.

Quando si bilanciano i vari interessi e non vi è prevalenza – in astratto – dell'uno sull'altro (ad es. integrità fisica e sessuale vs. beni della personalità), il medico può scegliere (entro i limiti della necessità scriminante) quale soggetto dovrà salvare, senza che vi sia un criterio di preferenza preindividuato da norme giuridiche o di estrazione secondaria e senza che le motivazioni che lo hanno spinto ad agire (o ad omettere il comportamento doveroso) possano essere oggetto di sindacato, purché esse siano ragionevoli e proporzionate.

Il discorso non può essere svolto – come detto – su di un piano astratto, bensì tenendo conto della specificità delle situazioni in cui si fa questione del bene giuridico vita, bene notoriamente imponderato e imponderabile, quantitativamente e qualitativamente, ricavabile, oltre che dalla tradizione storico-giuridica anche – e soprattutto – dall'attuale assetto costituzionale.

Il medico non è obbligato ad adempiere ad un dovere piuttosto che ad un altro solo perché è destinato a proteggere più vite o persone con determinate caratteristiche (come la nazionalità, l'etnia, l'età, e via dicendo)[23]. Se il medico sceglie quindi di salvare la vita di un paziente quando avrebbe potuto evitare la morte di altri due, il suo comportamento è tuttavia giustificato se, ad esempio, sceglie di salvare un soggetto anziano piuttosto che uno giovane o un uomo di una etnia piuttosto che un'altra.

[22] L'inesigibilità del comportamento può essere posta a fondamento dell'esclusione della sola antigiuridicità penale, come nello stato di necessità dell'ordinamento italiano (art. 54 c.p.) ovvero come causa di esclusione della colpevolezza, come avviene negli ordinamenti di matrice tedesca o angloamericana. Per un quadro riassuntivo v., di recente, I. Coca Vila, *Conflicting Duties in Criminal Law*, in *New Criminal Law Review*, 2019, pp. 34 ss. anche in riferimento al pensiero di G.B. Fletcher.

[23] Cfr. il rapporto FNOMCeO e SIAARTI del 31 ottobre 2020 *https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2020/10/DOCUMENTO-FINALE-FNOMCEO_SIAARTI_22-OTTOBRE-2020_x.pdf* p. 3 secondo cui l'età biologica non può mai costituire un criterio dirimente.

Uno degli interrogativi sollevati all'inizio riguarda la possibilità di "rinchiudere" la libertà di scelta del medico entro il perimetro di regole o linee guida *ex ante* che impongano o escludano determinati criteri di scelta[24].
Nella dottrina italiana il conflitto di doveri terapeutici del medico, in caso di c.d. *scelte tragiche*, viene sciolto nell'ambito dell'adempimento di un dovere ma in una dimensione extralegale, presupponendo risolto il conflitto a livello costituzionale di eguaglianza e di dignità umana, respingendo ogni criterio utilitaristico o di privilegio, prediligendo il criterio oggettivo della maggiore idoneità clinica o, in caso di parità, della maggiore urgenza o, a parità di urgenza, della priorità temporale della domanda[25].
Nella dottrina straniera la questione è oggetto di ulteriore approfondimento, perché – si dice – la libertà di scegliere chi vive e chi muore non è la stessa nei casi di conflitto tra dovere di azione e dovere di omissione, poiché, in linea di principio, i medici non sono autorizzati a creare o aumentare un rischio per la vita (escluse, ovviamente, le situazioni in cui questo rischio è insito nel trattamento stesso).
Così, in una situazione in cui è impossibile salvare la vita di tutti i pazienti, il medico può scegliere di salvare l'uno e lasciare morire l'altro, ma non potrebbe causare la morte dell'uno per salvare l'altro. L'ordinamento non può consentire al medico di decidere chi vive e chi muore quando ciò autorizza il compimento di un'azione per causare la morte[26].

4. Lo stato di necessità aggressivo: un trionfo delle dottrine utilitariste?

Nella maggioranza dei casi, il conflitto fra beni giuridici "vita" – dove l'unica possibilità è uccidere qualcuno per salvare gli altri – dà luogo ad un altro fenomeno che si inquadra nell'"autodifesa" che si ha allorquando taluno non è costretto a subire un'azione offensiva sia perché non ha realizzato un'aggressione illecita o volontariamente causato una situazione di pericolo sia perché è estraneo alla relazione fra offesa e difesa[27].
In questo caso, muovendo lungo il solco delle cause di elisione dell'antigiuridicità penale, si riconosce l'esclusione della responsabilità penale del medico per aver scelto la vita di

[24] Il Consiglio di etica clinica tedesco emanò il 7 aprile 2020 una raccomandazione *ad hoc* intitolata "solidarietà e responsabilità nella crisi del coronavirus" (*Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise*) consultabile in *https://www.ethikrat.org/pressekonferenzen/der-deutsche-ethikrat-zur-corona-krise*

[25] Così F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 11ª ed., Cedam, Padova, 2020, p. 291. V., altresì, T. Zimmermann, *Wer stirbt zuerst?* in *Legal Tribune Online*, 23.03.2020.

[26] V. la decisa presa di posizione del BVerfG, 30 marzo 2013 – 2 BvF 1/05 in *https://openjur.de/u/620606.html*, 2013, § 2.

[27] Sull'autodifesa v. G. Ruggiero, *Difesa legittima e legittimità della difesa: fragile equilibrio di un'evoluzione discutibile*, in *Arch. pen.*, 2020, p. 2 s.

un uomo per salvarne un'altra, ma altresì si riconosce a tutti i potenziali sacrificati il diritto alla legittima difesa contro la condotta necessitata del medico[28].
Come si concretizzano questi orientamenti sullo sfondo della situazione pandemica qualora, come successo in alcuni Paesi europei, di fronte alla mancanza di macchine per la ventilazione, i medici si vedono obbligati a scegliere fra pazienti?
L'imponderabilità del bene vita rimane in ogni caso il punto di partenza di ogni decisione o di (malaugurate) linee-guida in modo che da nessuna di esse possa trasparire l'idea che un vita abbia maggior valore dell'altra, mostrando inaccettabile la raccomandazione della SIAARTI secondo la quale, in mancanza di strumenti di terapia intensiva o di respirazione assistita, gli unici disponibili dovranno essere allocati seguendo il criterio della maggior probabilità di sopravvivenza e, secondariamente, di chi può avere più anni di vita salvata «in un'ottica di massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone»[29].
Non dissimilmente, pur se in forma meno esplicita, anche le raccomandazioni della dell'Associazione tedesca interdisciplinare per la medicina intensiva e di urgenza (DIVI: *Deutsche Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin*)[30] del 25.3.2020 dove si fa viepiù riferimento alla "maggior speranza di vita" e, ulteriormente, si pone un limite di età all'ingresso in TI, riservando risorse (che potrebbero essere scarsissime) a chi ha più probabilità di sopravvivenza o nella prospettiva di salvare più vite possibili[31].
Se, come detto, la regola è quella di salvare quanti più anni di vita possibile (*triage*), in caso di grandi differenze di età anche il trattamento di soggetti anziani con una buona probabilità di sopravvivenza dovrebbe essere differito a favore dei più giovani. Breve: per un sessantenne con un'aspettativa di vita residua statistica di 20 anni, che morirà sicuramente senza trattamento (e che con il trattamento ha il 70% di probabilità di sopravvivenza), l'uso delle risorse risulta in 14 anni aritmetici (70% di 20). Questo paziente dovrebbe cedere il posto a un ventenne con un'aspettativa di vita residua statistica di 60 anni, che sopravvive senza cure con notevole probabilità (70%) e con certezza a seguito del trattamento (100%). Questo perché l'impiego delle risorse sanitarie si traduce in 18 anni in più (60 meno 42, ovvero il 70% di 60).
Una prospettazione del genere si rivela, tuttavia, inaccettabile nella sua assolutezza e merita qualche ulteriore approfondimento.
Nel campo della medicina d'emergenza e dei disastri, si suole dividere i pazienti in quattro categorie, differenziate in base al grado di urgenza del trattamento[32].

[28] Cfr. T. Hörnle, *Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?* in *Triage in der Pandemie*, cit., pp. 149 ss.

[29] Cfr. A. Brech, *Triage und Recht*, cit., p. 52

[30] E. Hilgendorf, *Mit Rechtsfragen nicht die Ärzte belasten*, in *Legal Tribune Online*, 27.3.2020.

[31] T. Rönnau-K. Wegne, *Grundwissen – Strafrecht: Triage*, in *Juristische Schulung*, cit., pp. 403 ss.

[32] T. Schneider-B. Wolcke-R. Böhmer, *Taschenatlas Notfall & Rettungsmedizin*, 4ª ed., Berlin, 2010, p. 11 ss.; A. Brech, *Triage und Recht*, cit., pp. 52 ss.; S. Dönicke, *Strafrechtliche Aspekte der Katastrophenmedizin*, cit., p. 22.

Nella categoria I i pazienti sono classificati "in pericolo acuto di morte"; nella categoria II sono inquadrati i pazienti gravemente feriti o gravemente malati; nella categoria III i pazienti lievemente feriti o lievemente malati e nella categoria IV i pazienti che non hanno possibilità di sopravvivenza. Per i pazienti di categoria I è previsto un "trattamento immediato"; per i pazienti di categoria II un trattamento posticipato (*aufgeschobene Behandlungsdringlichkeit*); per i pazienti di categoria III un trattamento successivo di tipo ambulatoriale (*spätere (ambulante) Behandlung*) e per i pazienti della IV categoria si raccomanda un trattamento (in sospeso) di osservazione (*betreuende (abwartende) Behandlung*)[33].

Se e in quale misura questa classificazione, basata sull'urgenza del trattamento, sia particolarmente utile per risolvere il conflitto di doveri ai sensi del diritto penale, può essere determinato solo esaminando gli aspetti rilevanti per determinare la priorità dei doveri.

Nella discussione in corso, i criteri generalmente riconosciuti dal diritto penale per specificare l'ordine di precedenza dei doveri (in conflitto) non sono sempre presentati con la chiarezza che si vorrebbe[34] e che ne giustifica una trattazione – seppur breve – a seguire.

In generale, la priorità dei doveri dovrebbe dipendere dal rapporto di valore degli interessi in conflitto da salvare[35]. Nel caso di due obblighi di garanzia in conflitto, occorre confrontare il significato astratto degli interessi giuridici da tutelare. A tal riguardo, vengono in rilievo altresì il grado e la prossimità del pericolo nei confronti degli interessi protetti (a che riguarda l'urgenza del trattamento) che, tuttavia, non può essere generale ed astratto, poiché tutti i pazienti che necessitano di cure intensive acute hanno una pretensione identica alla protezione del bene "vita"[36].

Se quanto emerso dall'esame – anche critico – delle proposte sapienziali di recente avvicendatesi sulla pandemia 2020-2021, nella dottrina straniera continuano ad agitarsi incertezze. È controverso – ad esempio – se, in caso di conflitto di doveri, un criterio di priorità possa derivare dalla natura delle rispettive funzioni di salvataggio (priorità del dovere del garante rispetto al dovere generale di fornire assistenza)[37].

È inoltre discusso se nella valutazione debba essere compreso un precedente comportamento colposo delle persone da soccorrere e di come vada valutato così come la possibilità di salvataggio di un maggior numero di persone possa svolgere un ruolo decisionale decisivo per giustificare la priorità accordata a taluno o taluni gruppi di persone, facendo

---

[33] Per questa classificazione v. P. Sefrin-J.W. Weidringer-W. Weiss, *Katastrophenmedizin: Sichtungskategorien und deren Dokumentation*, in *Deutsches Ärzteblatt*, 2003, pp. 2057-2058.

[34] A. Brech, *Triage und Recht*, cit., p. 351; K. Scholten, *Triage – Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlentscheidungen*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2011, p. 59 s. C. Sowada, *Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2020, p. 456.

[35] D. Sternberg-Lieben, *Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision*, cit., p. 629.

[36] D. Sternberg-Lieben, *Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision*, cit., p. 630 e nt. 48.

[37] D. Sternberg-Lieben, *Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision*, cit., p. 634.

sorgere l'ulteriore questione se la selezione dei pazienti possa essere orientata all'ottimizzazione del numero di sopravvissuti.

5. Conclusioni

Può – quindi – il discorso giuridico sinora svolto essere presentato come risultato di una "riflessione etica"?

Per quanto sinora detto circa l'imponderabilità del bene vita la riposta appare recisamente negativa[38]. Tuttavia, le libertà e le capacità di scelta del medico, in una situazione di straordinarietà non possono essere oggetto di pre-valutazione da parte di linee guida perché, da un lato, queste non possiedono una vera e propria cogenza ed imperatività come le norme giuridiche e, dall'altro, al pari di queste, devono conformarsi all'assetto di interessi costituzionali *a fortiori* non derogabili da una fonte sub-primaria[39].

Tra questi interessi protetti viene in risalto la dignità umana (argomentando *ex* art. 2 Cost.) come valore che proibisce una qualsiasi giustificazione utilitaristica di una eventuale raccomandazione secondo cui una probabilità di sopravvivenza più lunga ha maggior valore di una vita più breve: proprio una tale libertà di scelta del medico non può essere inquadrata altrimenti che nello "stato di necessità", per il quale vale altresì il broccardo "*necessitas non habet legem*" ovvero "*Not kennt kein Gebot*" in aperto conflitto con regole di legge e/o di c.d. *soft law*.

A questo punto in dottrina si è discusso in relazione alla possibile diversità di situazioni fra il sanitario che omette la condotta doverosa nei confronti di un paziente, verso il quale ricopre il ruolo di "garante" *ex* art. 40, comma II, c.p. e il caso in cui egli ponga in essere una condotta attiva di 'sottrazione' dei macchinari per destinarli a colui che si reputa maggiormente idoneo alla sopravvivenza[40].

Mentre nel primo caso, il conflitto di doveri opera secondo gli schemi precedentemente illustrati, lasciando inalterato il dolo, nel secondo caso lo stato di necessità opera al di là del conflitto di doveri ma restando sempre nell'orbita della non illiceità penale della condotta realizzata. Le preoccupazioni e le critiche sollevate a proposito delle raccomandazioni SIARTI da parte di alcuni autori, secondo cui il criterio dirimente dell'età del paziente sa-

[38] *https://thehill.com/opinion/healthcare/490034-how-hospitals-will-decide-who-lives-and-who-dies-in-our-coronavirus-crisis*

[39] Cfr. T. Walter, *Lasst das Los entscheiden!* in *Zeit Online*, 2.4.2020; Id., *Menschlichkeit oder Darwinismus? Zu Triage-Regeln und ihren Gründen*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2020, pp. 656 ss.; E. Howen, *Die »Triage«-Situation als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft*, in *Juristen Zeitung*, 2020, p. 449 ss. secondo la quale il mancato rispetto del criterio di selezione raccomandato dell'aspettativa di vita sarebbe privo di significato dal punto di vista del diritto penale in considerazione della libertà di scelta già consolidato in caso di conflitto di doveri di pari rango.

[40] C. Jäger-J. Gründel, *Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2020, p. 159.

rebbe contrario alla "comprensione etica" generalmente accettata[41], possono essere fugate da una lettura orientata alla gerarchia delle fonti di dette "regole", dato che esse non possono in alcun caso porsi in contrasto con le norme generali dell'ordinamento[42].
In particolare, l'art. 54 c.p. mette ben in rilievo che il giudizio di proporzionalità (tra fatto e pericolo) è un giudizio di sintesi fra i requisiti della costrizione, della necessità e della attualità del pericolo di un danno grave alla persona. La semplice età (precedenza ad un paziente più giovane) non può essere l'unico fattore da prendere in considerazione pena l'illiceità, sia della linea guida, sia della condotta dell'agente.
La regola di *soft law* – qualora possa valere qualcosa nel diritto penale – deve in ogni caso trovare conforto normativo in una regola di rango superiore non potendo fungere da norma scriminante come l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere, le cui fonti possono essere o una legge dello Stato o un ordine legittimo dell'autorità. Non sembra, tuttavia, che le linee guida possano rientrare nel campo degli ordini, per quali ultimi vale sempre il potere-dovere del destinatario di valutarne la legittimità.
Solo nel caso in cui il sanitario abbia ritenuto – per errore – esistente una situazione di necessità (fuori, quindi, dalla ritenuta vincolatività delle linee guida) allora potrà vedersi applicata la più favorevole disciplina della scriminante putativa contemplata al comma IV dell'art. 59 c.p. con conseguente imputazione per colpa del delitto commesso e con tutte le conseguenze risarcitorie, patrimoniali e non patrimoniali, previste dall'ordinamento italiano.

[41] W. Lübbe, *Ein Kommentar zu den anlässlich der Corona-Krise publizierten Triage-Empfehlungen der italienischen SIAARTI-Mediziner*, in *https://verfassungsblog.de/corona-triage*, 15 marzo 2020.

[42] R. Merkel, *Eine Frage von Recht und Ethik*, FAZ v 04.04.2020, p. 13; R. Merkel-S. Augsberg, *Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen*, in *Juristen Zeitung*, 2020, pp. 704 ss.

Saggi

Il "problema" delle linee guida nella gestione della pandemia e l'iniziativa della Procura generale presso la Corte di Cassazione*

Carmelo Sgroi**

Sommario: 1. Pandemia ed emergenza sanitaria. Il quadro istituzionale cooperativo e la dimensione economica. – 2. Il tema della sessione: il "problema" delle linee-guida. Fonti di diritto? – 3. Valore funzionale delle linee-guida. – 4. Pandemia e linee-guida. – 5. Le ragioni e i contenuti dell'iniziativa della Procura generale. – 6. Una prima (provvisoria) conclusione. Eccezionalità del contesto e normalità delle regole giuridiche.

Abstract:
Il documento analizza brevemente la tematica della natura giuridica delle linee-guida in materia sanitaria, nel sistema delle fonti e delle regole di giudizio; quindi illustra le ragioni e i contenuti dell'iniziativa adottata dalla Procura generale della Cassazione nel corso della prima fase dell'emergenza Covid-19, in vista della gestione delle conseguenze giudiziarie penali e civili della pandemia secondo i criteri consueti dell'ordinamento.

The document briefly analyzes the issue of the legal nature of the guidelines in health matters, in the system of sources and rules of judgment; then illustrates the reasons and contents of the initiative adopted by the General Power Attorney during the first phase of Covid-19 emergency, in the light of managing the criminal and civil judicial consequences of the pandemic according to the usual criteria of the legal system.

---

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Sostituto Procuratore generale presso la Corte di Cassazione.

ISSN 2611-8882

1. Pandemia ed emergenza sanitaria. Il quadro istituzionale cooperativo e la dimensione economica

L'emergenza epidemiologica da Sars-CoV2 ha messo sotto *stress* l'intero ambito di regolazione delle relazioni giuridiche fondamentali: economia, impresa, lavoro, salute, coesione e solidarietà sociale, rappresentanza. La sessione di stamattina ha riguardato le difficili interrelazioni tra le fonti normative centrali e regionali o locali, mettendo in mostra i fattori latenti di frizione già presenti nel modello cooperativo e che ora si esprimono appieno nel momento dell'emergenza.

Non è questa la sede per una analitica disamina sul punto[1]; ci si può limitare a considerare (a) per un verso, la necessità di ricondurre a razionalità lo "scontro" di competenze, che ha dato segni di alcune disfunzionalità in particolare nel rapporto Stato – (alcune) Regioni, alla luce della dimensione della sussidiarietà/prossimità e dei principi ricavabili dagli artt. 117 Cost. (sui LEA) e dagli artt. 6 della legge n. 833/1978, 117 del d.lgs. n. 112/1998 e 50 del T.U. n. 267/2000, da inquadrare sempre nell'ambito del criterio della leale cooperazione; un sistema complessivo dal quale si dovrebbe trarre una plausibile legittimazione dell'intervento uniforme e non differenziato, specie nella prima fase della pandemia, secondo le indicazioni normative che affidano ai diversi livelli di governo amministrativo le questioni sanitarie dell'emergenza, in relazione alla loro dimensione territoriale: la *querelle* su a chi spetti fare cosa in un momento emergenziale è del resto transitata rapidamente in sede giustiziale e vi ha trovato risposta (v. il parere del Cons. Stato, Sez. I, 7 aprile 2020, n. 735/2020, che sottolinea la necessità di una gestione unitaria, in base all'impianto della legge n. 833, art. 32, e dunque a favore dell'annullamento straordinario di un'ordinanza sindacale di limitazione nella circolazione interregionale; nonché v. le svariate decisioni dei TAR rispetto a singoli provvedimenti dei Governatori regionali e, soprattutto, dei Sindaci[2]); (b) di contro, l'emergere man mano della consapevolezza circa la necessità di articolare la risposta dell'apparato organizzativo e sanitario in modi diversificati, perché diverse sono le condizioni materiali, i *cluster*, l'assetto sanitario etc. e in tal senso occorrono elementi di elasticità, appunto nel quadro del regionalismo differenziato; ne sono esempi le previsioni dei d.P.C.M. governativi che, ammettendo inizialmente solo deroghe restrittive, *in peius*, rispetto a quanto in essi stabilito, hanno poi aperto la via a varianti di

[1] Per un quadro di assieme sotto il profilo più strettamente costituzionale e del rapporto tra i diversi livelli di competenza, si vedano, tra i tanti, i contributi di AA.VV., *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19,* in *Osservatorio sulle fonti* – Fascicolo speciale 2020; di U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni,* in *Osservatorio sulle fonti* – Fascicolo speciale 2020; di M. Tresca, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, 200 ss.; di V. Di Capua, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni,* in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19;* di G. Di Genio, *DPCM e ordinanze regionali seriali Cobìvid-19 nella legge n. 35 del 22 maggio 2020 (il caso della Regione Campania)*, in *Corti supreme e salute* n. 2/2020.

[2] T.A.R. Lazio, Sez. I, n. 3569/2020, n. 2915/2020; T.A.R. Puglia – Lecce, n, 231/2020; T.A.R. Lombardia, Sez. I, n. 634/2020; T.A.R. Piemonte, Sez. I, n. 212/2020.

"allentamento" dei vincoli di comportamento sociale e di prevenzione sanitaria in rapporto alle condizioni date nei territori.
Questo livello del rapporto tra fonti di produzione di *regole* si colloca a monte delle tematiche più propriamente giudiziali, ma non è estraneo ad esse: come si accennerà, anche la dimensione della decisione politico-amministrativa e perfino della produzione normativa ha costituito oggetto di proposte legislative orientate all'esonero da responsabilità, penale o civile, anche se al momento rimaste allo stadio di ipotesi.
Una considerazione di estrema sintesi sul tema di fondo dell'odierno convegno può essere quella secondo cui, nella pandemia, è emersa l'indispensabilità di una strutturazione del servizio "a rete", da prefigurare già nelle sedi decisionali di cooperazione (nella Conferenza Stato-Regioni, con le intese, etc.), secondo il disegno dell'art. 117 Cost. e del concorso costituzionale di competenze e sulla linea, che risulta oggi evidente, della subordinazione delle ragioni economiche alla garanzia sanitaria: i vincoli di bilancio e finanziari sono appunto vincoli, ma gli obiettivi sono quelli della tutela della salute. L'imperativo dell'art. 32 Cost. precede le allocazioni materiali, pur dipendendone: la giurisprudenza costituzionale ne offre conferma (Corte cost. n. 62/2020, su livelli essenziali di assistenza-LEA e vincoli di bilancio).
L'aziendalizzazione del servizio sanitario che è appunto "nazionale", integrato, non si traduce, quindi, in una immissione del fattore economico che sia tale da snaturarne la ragione d'essere; e – venendo al tema odierno – la compresenza di valutazioni e prescrizioni di segno latamente o indirettamente economico/aziendale[3] all'interno delle diverse forme di cd. *soft law,* come le linee-guida, raccomandazioni, prassi etc., non potrebbe costituire una componente di esonero nel singolo caso[4].

2. Il tema della sessione: il "problema" delle linee-guida. Fonti di diritto?

Il problema classificatorio di *cosa* siano le linee-guida, nel quadro delle fonti (di produzione, di cognizione, di indirizzo), non sembra ancor oggi, pur dopo le leggi n. 189/2012, cd. Balduzzi, e n. 24/2017, cd. Gelli-Bianco, divergere dalla loro definizione corrente, a un tempo teorica ossia del mondo scientifico-sanitario, e giuridico-giudiziaria.
La prima definizione si è avuta, anni orsono, in ambito dottrinale: per linee guida devono intendersi le «raccomandazioni di comportamento clinico, ad elaborazione multidisciplinare, sviluppate preferibilmente mediante un processo sistematico di revisione della lettera-

[3] Si pensi ai protocolli di dimissione per la ridotta disponibilità di posti-letto.

[4] La giurisprudenza generalmente prevede, all'opposto, l'obbligo di discostarsi da vincoli di linee-guida se ciò è necessario e funzionale alla tutela della salute nel caso specifico; per tutte, Cass. pen., n. 9923/2015, n. 23283/2016.

tura specifica, allo scopo di assistere medici e pazienti nelle decisioni sulla gestione *appropriata* di specifiche condizioni cliniche»; emerge dunque il profilo della appropriatezza.
Più di recente, in sede di presentazione nel 2018 del rinnovato Sistema Nazionale Linee Guida (SNLG), esse sono state definite come «uno strumento di supporto decisionale finalizzato a consentire che, fra opzioni alternative, sia adottata quella che offre un migliore bilancio fra benefici ed effetti indesiderati, tenendo conto della esplicita e sistematica valutazione delle prove disponibili, commisurandola alle circostanze peculiari del caso concreto e condividendola – dove possibile – con il paziente o i *caregivers*».
Più dettagliatamente, con lessico diverso ma con sostanza analoga, si esprime la giurisprudenza [principalmente penale]: ad es. troviamo in una decisione della Cassazione penale, n. 28187 del 2017, questa definizione: «sapere scientifico e tecnologico codificato, *metabolizzato*, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile *guida* per *orientare* agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni» sanitarie.
Più di recente, la nota pronuncia Cass., S.U. penali n. 8770/2018, Mariotti[5], che ha fornito il quadro dell'interpretazione della legge Gelli-Bianco sul versante penale (art. 590-*sexies*), così si esprime: le linee guida vanno considerate come «un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, *senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti*».
In quest'ultimo passaggio si esplicita a livello di giurisprudenza il carattere intrinseco delle linee-guida, che sembra impedirne una considerazione in termini propriamente "normativi". Essendo per definizione regole dinamiche, anche se validate da evidenze e accreditate dalla comunità scientifica o da enti pubblici del settore e anche se rese attraverso il processo di elaborazione che è descritto nell'art. 5 della legge n. 24/2017, esse *non* hanno *strutturalmente* la pretesa di esaurire, in modalità per così dire automatica, il criterio di apprezzamento della condotta del personale sanitario, una volta che se ne debba considerare la conformità a diritto. E questo carattere aperto diviene evidente quando, nel fare a esse richiamo, la legge (art. 6; che introduce l'art. 590-*sexies* c.p.; art. 7, comma 3) non può che dare atto della necessità che le linee-guida valgano ma "sempre che risultino adeguate alle specificità del caso concreto".
Echeggia qui la formula secondo cui non esistono malattie, esistono malati.
Una previsione che contiene in sé la regola della sua disapplicazione, non in base a regole alternative poste dalla stessa disposizione ma secondo le variabili del fatto concreto, quindi da verificare *a posteriori*, non sembra quindi suscettibile di essere qualificata come prescrittiva in senso proprio.
Prima delle leggi Balduzzi e Gelli-Bianco, la giurisprudenza di legittimità così compendiava il tema: «Questo concetto, di libertà nelle scelte terapeutiche del medico, è un valore

[5] In *C.E.D. Cassazione*, rv. 272174.

che non può essere compromesso a nessun livello né disperso per nessuna ragione, pena la degradazione del medico a livello di semplice burocrate, con gravi rischi per la salute di tutti …, [*le linee-guida*] se provenienti da fonti autorevoli e caratterizzate da un elevato livello di scientificità, pur rappresentando un importante ausilio scientifico, con il quale il medico è tenuto a confrontarsi, non eliminano l'autonomia del medico nelle scelte terapeutiche, giacché questi è sempre tenuto a prescegliere la migliore soluzione curativa, considerando le circostanze peculiari che caratterizzano il caso concreto e la specifica situazione del paziente, nel rispetto della volontà di quest'ultimo, al di là delle regole cristallizzate nei protocolli medici» (Cass. pen., n. 35922/2012[6]). La giurisprudenza civile è in linea (Cass. civ., n. 11208/2017[7]).

Ma non solo per gli aspetti finora accennati le linee-guida paiono difettare dell'efficacia vincolante del testo legislativo (artt. 6, 7 citati) cui accedono; giacché esistono pure norme, primarie o secondarie, elastiche o indeterminate.

Entra in gioco il *modo* della loro produzione. Senza dovere approfondire eccessivamente questo aspetto, che supera il limite del presente intervento, è sufficiente la constatazione della assenza dei caratteri che legittimano l'attribuzione del carattere vincolante a un atto-fonte, vale a dire la legittimazione per il tramite della rappresentanza, diretta (legge formale) o indiretta (regolamenti, decreti del Governo). L'origine privata, ancorché particolarmente qualificata, della loro redazione è stata considerata in dottrina un fattore impeditivo del riconoscimento del rango di fonte di produzione normativa in senso proprio. Né vale il parallelo con gli accordi collettivi di lavoro, frutto di negoziato tra soggetti privati ma capaci di efficacia *erga omnes*, perché questi ultimi trovano base nella stessa Costituzione (art. 39). L'"integrazione" delle linee-guida nel Sistema nazionale SNLG, a sua volta regolato da un decreto ministeriale, non sembra potere assegnare come tale una caratura diversa. Tra l'altro, le linee sovente recepiscono indicazioni tratte dall'attività di organismi scientifici esteri/internazionali[8], ciò che accentua la difficoltà concettuale di potere attribuire ad esse un valore regolativo di livello normativo.

E se è vero che, in tempi di crisi della legge (e di "fuga dal regolamento"), si assiste a una moltiplicazione di fonti regolative settoriali – i Regolamenti Consob o Banca d'Italia negli àmbiti rispettivi; quelli dell'ANAC secondo il Codice degli appalti; le Direttive del Garante della privacy – ciò avviene pur sempre non solo in base a una legge (qui ci sarebbe la legge n. 24/2017 a dare copertura) ma ad opera di soggetti *pubblici* di garanzia e di

[6] In *C.E.D. Cassazione*, rv. 254618.

[7] In *C.E.D. Cassazione,* rv. 644394-6.

[8] Vi è chi ha parlato con riguardo alle linee-guida di medicina "corporativa" o "monodimensionale". L'espressione appare però inadeguata a cogliere l'esigenza forte che sta alla base dell'impianto delle leggi del 2012 e del 2017, quella – tutt'altro che corporativa – di uscire dal guado della medicina difensiva indotta dagli indirizzi del titolo contrattuale e degli oneri assertivi e probatori sul convenuto. Che poi il risultato sia stato pienamente ottenuto, è altra questione.

regolazione in ambiti di interesse generale, in forza di delega contenuta nella normativa primaria.
Non senza annotare infine, in punto di "adesione" categoriale, che proprio larga parte del mondo sanitario si è generalmente opposta a una loro interpretazione coercitiva/vincolante per ragioni di carattere pratico, e cioè per la difficoltà di individuare, con criteri condivisi, quali organismi possano farsi carico delle responsabilità della loro elaborazione delle; di risolvere il problema delle frequenti differenze tra le diverse linee-guida, in particolare tra quelle nazionali (se scelte come riferimento) e quelle internazionali; di equilibrare l'esigenza di aggiornare tempestivamente le linee-guida in occasione della pubblicazione di nuovi risultati, con l'altrettanto importante necessità di ponderare la loro affidabilità, evitando così modifiche affrettate.

3. Valore funzionale delle linee-guida

Negare efficacia normativa in senso stretto non equivale però a sminuire l'*estrema* importanza che le linee hanno assunto, segnatamente a partire dalla legge Balduzzi n. 189 del 2012. Il "problema" delle linee-guida, per riprendere il titolo della sessione, non sembra essere tanto quello della loro natura, quanto quello della loro *funzione*.
Proprio nei campi settoriali più delicati – ambiente, sanità, lavoro – vi è l'esigenza di una disciplina *tecnico-scientifica* che possa operare da *parametro* di valutazione della congruenza di una condotta rispetto all'adempimento della prestazione o alla valutazione dell'attività cui, per legge o per contratto, il destinatario della norma sia tenuto.
A ben vedere, se in prima battuta le raccomandazioni elaborate e validate guardano all'operare del sanitario (cfr. art. 5, legge n. 24/2017, secondo cui gli esercenti le professioni sanitarie … *si attengono* alle raccomandazioni; sempre salve le specificità del caso, valvola di garanzia della ineliminabile autonomia del medico), allo stesso tempo esse si rivolgono al giudice, offrendogli il quadro di riferimento per (a) individuare la regola operativa e di metodo da applicare tra le diverse possibili, (b) qualificare quella regola in termini di regola cautelare giuridica – sempre se non vi sia ragione di decampare da essa, nel caso specifico, (c) considerare, in caso di inidoneità o assenza della linea secondo il caso concreto, il ricorso alla categoria "minore" della buona pratica di esperienza[9], (d) apprezzare, se ve ne sia spazio (in sede civile, essenzialmente; ma anche in sede penale alla luce dell'impianto di Cass., S.U. n. 8770/2018 sulla imperizia *lieve*), la dimensione della colpevolezza soggettiva.

[9] La giurisprudenza affronta il tema delle linee-guida non validate da evidenze cliniche e della loro riconducibilità o equivalenza alle buone prassi, per es. in Cass. pen., n. 47748/2018.

Con una operazione di tecnica legislativa *sui generis*, le norme delle leggi nn. 189/2012 e 24/2017 contribuiscono a definire uno statuto della responsabilità nel campo dell'attività sanitaria improntato all'esigenza di rinvenire regole di copertura per quanto possibile standardizzate e uniformanti, all'interno di un "sottosistema" della responsabilità civile generale basato su alcune regole sue proprie e tendenzialmente collocato, nei tempi recenti, intorno a una modalità *oggettiva* di rilevazione e constatazione della colpevolezza, in primo luogo mediante la verifica del nesso causale condotta-evento e in secondo luogo, dove nesso vi sia, nella qualificazione del coefficiente soggettivo.

Il legislatore – ci dice la Corte costituzionale[10] (sentenze n. 282/2002, n. 338/2003) – non è di regola abilitato a stabilire *direttamente e specificamente* quali siano le pratiche sanitarie ammesse[11]. Il riconoscimento dell'autonomia dell'*ars medica* è il riflesso della garanzia al massimo grado della salute di ciascuno *ex* art. 32 Cost. Ma proprio per garantire la libertà di svolgimento dell'attività sanitaria dalla pressione rivendicativa o giudiziale occorrono indicazioni attendibili e sperimentate sul come si debba svolgere un determinato percorso di cura.

Nella dimensione del crocevia tra le competenze centro-autonomie, i livelli essenziali di prestazione[12] prefigurati dall'art. 117 Cost. operano come esigenze di regolazione a un tempo tecnica e di organizzazione dei fabbisogni e delle risorse, secondo una fonte in qualche modo atipica per il suo connotato tecnico/economico. All'interno di questo quadro, nella dimensione del rapporto di prestazione singola, le linee guida danno la cornice entro la quale deve operare la cd. alleanza terapeutica tra l'esercente la professione sanitaria e il paziente. In entrambi i casi, nel segno della possibilità di continuo aggiornamento e manutenzione di quelle stesse regole, che non si prestano a essere ingessate. Il progresso conoscitivo come le mutate esigenze e modi di vita della platea dei cittadini impongono adattabilità. Ma se il diritto alla salute, nella sua dimensione collettiva e globale, di servizio-sanità, è un diritto condizionato dalle disponibilità e dalle risorse (Corte cost., n. 200/2005), non altrettanto può esserlo nella dimensione individuale: qui vi è un nucleo irriducibile e incomprimibile, e nessuna linea o raccomandazione potrebbe autorizzare ad intaccare l'autonomia decisionale del medico, anche al prezzo di non applicare regole di logica economica poste a livello generale[13]. Il rapporto generalità/singoli valorizza la ga-

[10] «La pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione". Dunque, "autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano un altro punto di incrocio dei principi di questa materia».

[11] Il tema sfiora quello delle regolazioni sui trattamenti di fine vita e sul suicidio assistito, che esulano dall'oggetto.

[12] Oggetto di accordo Stato-Regioni, benché a rigore si tratti di uno spazio di competenza esclusiva: opera la leale collaborazione e la consapevolezza dell'interferenza con le potestà concorrenti, che non consentono l'adozione di atti di indirizzo e coordinamento.

[13] Nel senso che le ragioni di bilancio ed economiche cedono il passo alle esigenze di salvaguardia della salute, tra altre, Cass. pen. n. 7951/2013, in *C.E.D. Cassazione*, rv. 259334. V. anche *supra*, par. 1.

ranzia per questi ultimi, nella premessa della inerenza al valore persona e alla sua dignità (art. 2 Cost.).
Viste nella fase applicativa del rapporto di cura, le linee svolgono il ruolo di regole qualificate di condotta orientative; nella fase giustiziale, offrono il criterio precauzionale di adeguatezza del comportamento ma non ne esauriscono l'incidenza sulla statuizione di responsabilità, perché accanto a esse il giudice è tenuto sempre a considerare il distinto piano della regola di giudizio, che non si esaurisce nelle prime. Ed è frequente la cassazione di decisioni di merito che fanno coincidere i due piani, risolvendo l'imputazione di responsabilità nella applicazione dei criteri causali e della colpevolezza soggettiva, decisioni che per questa via non identificano, prima, la regola orientativa e cautelare violata, senza la quale non è dato procedere oltre.
Le linee offrono parametri tendenzialmente circoscritti per sperimentare l'osservanza degli obblighi di perizia. Il medico – afferma la giurisprudenza – sulla base delle linee ha "la legittima aspettativa di vedere giudicato il proprio operato, piuttosto che in base ad una norma cautelare legata alla scelta soggettiva, a volte anche estemporanea e scientificamente opinabile, del giudicante. Sempre avendo chiaro che non si tratta di veri e propri precetti cautelari, capaci di generare allo stato attuale della normativa, in caso di violazione rimproverabile, colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto".
Occorre innanzitutto stabilire quale sarebbe stato il comportamento alternativo lecito idoneo a evitare il pregiudizio, e per svolgere questo primo passaggio si deve appunto guardare alle linee-guida e identificare, se del caso, quella che è pertinente: Cass., S.U. pen. Mariotti cit. esclude la scusante della legge n. 24/2017 se tale scelta a monte sia stata malaccorta, il che accentua la necessità che si tratti di indirizzi di comportamento accreditati e fin dove possibile basati su evidenze e sul consenso della comunità scientifica[14].
Oltre che regole di condotta esse assumono anche un rilievo deontologico: Con riferimento alle linee guida, il Codice di deontologia approvato nel 2014 afferma che il medico «tiene conto» delle linee guida accreditate da fonti autorevoli ed indipendenti, [ma] valutandone l'applicabilità al caso concreto. Uno schema sostanzialmente riproduttivo del rapporto regola/deroga sotteso alla legge n. 24/2017.
Schema analogo, in tono minore, vale per le buone pratiche clinico-assistenziali: non ne è data una definizione normativa, che sarebbe del resto tautologica; si tratta di una raccolta eterogenea di fonti conoscitive, con finalità e metodiche di rilevazione diverse rispetto alle linee-guida perché basate sull'esperienza e considerate dal sapere scientifico sufficiente-

[14] Il sistema di "produzione" delle linee-guida è articolato, prevedendo diversi livelli di affidabilità e di sperimentazione con relative classificazioni: per un panorama generale, v. il Manuale metodologico su "Come produrre, diffondere e aggiornare Raccomandazioni per la pratica clinica" pubblicato a cura dell'Istituto superiore di Sanità e ora in corso di revisione nel nuovo Sistema.

mente fondate. La relativa catalogazione è prevista in apposita sezione nel sito del Sistema Nazionale delle Linee Guida - SNLG, sempre in funzione di supporto per gli operatori.
Sul versante dell'applicazione pratica, poi, il richiamo del legislatore alle linee guida validate presso l'ISS in una certa misura surroga, anticipandone lo svolgimento, l'elaborazione tecnica del consulente[15], così da fornire anticipatamente un parametro di riferimento per il tecnico e per il giudice, dato il pressoché totale ricorso all'elaborato peritale nelle cause da *malpractice*. Inoltre, e qui il dato formale della validazione pubblica e del percorso di approvazione tracciato dall'art. 5 della legge Gelli-Bianco ha peso, in ambito giurisdizionale l'allegazione delle linee rilevanti nel caso specifico non cade a carico del sanitario.
In sintesi, si deve riconoscere alle linee-guida una funzione di rilievo nella delimitazione tecnico-scientifica del comportamento "ideale" ragionevolmente esigibile secondo lo stato delle conoscenze e dell'avanzamento ed aggiornamento del sapere scientifico, e il ruolo che esse svolgono prima e dopo il possibile insorgere del contenzioso processuale non è sminuito dalla loro collocazione di sistema al di qua delle fonti del diritto legislativo, che d'altronde esse non potrebbero in alcun modo regolare quanto a elementi costitutivi del fatto (sia esso illecito civile o reato) e delle quali non hanno i tratti essenziali, come la capacità di applicazione analogica o estensiva, la retroattività, la generalità, il rapporto di incompatibilità tra regola precedente e successiva, la possibilità di interpretazione secondo principi e così via. È molto interessante sul punto, a mio avviso, il documento del 17 aprile 2018, al quale si fa rinvio, di "presentazione del nuovo Sistema nazionale delle linee-guida, pubblicato sul sito dell'ISS", che ne illustra l'evoluzione, le caratteristiche ma anche i limiti[16].

---

[15] Cfr. l'art. 15 della legge n. 24/2017.

[16] Vi si legge, a proposito della prima stagione – anteriore alla legge Gelli-Bianco – delle linee: «*Non è questa la sede per tracciare bilanci e stilare giudizi del "vecchio" SNLG. Ci sembra invero opportuno riconoscergli l'enorme merito di aver favorito la diffusione della cultura dell'appropriatezza e della* evidence-based *medicine in Italia, pur con qualche limite, come il basso numero di LG inserite, ancorché di ottima qualità, con la creazione negli anni di un gap crescente di contenuti che gli utenti hanno dovuto colmare rivolgendosi altrove (*National Guideline Clearinghouse, Guidelines – International-Network, CMA Infobase, NICE, SIGN*), la mancanza di un preciso programma di prioritizzazione delle tematiche (sebbene enunciato all'esordio) e di un regolare processo di manutenzione, aggiornamento e dismissione delle LG oramai obsolete… È cambiata, quanto meno per gli addetti ai lavori-molto meno invece che per gli utenti "medi" che continuano a mitizzare l'infallibilità delle LG – la percezione della loro complessità e "delicatezza", a partire dall'elusività stessa del concetto di "evidenza" che assume significati diversi per medici, pazienti, decisori politici e manager, per giungere alle raccomandazioni delle LG, che richiedono capacità tecniche (saper raccogliere le prove), giudizi di valore (sulla loro qualità) e abilità sociali (nella gestione dei processi deliberativi fra i membri dei panel di esperti) Anche l'idea di raccomandazioni buone per tutti gli usi è stata abbandonata, per differenziarle sulla base delle finalità e destinatari (pazienti individuali, classi di pazienti/popolazioni, salute pubblica, allocazione, copertura e/o organizzazione di servizi) identificando framework specifici per le diverse necessità. Sfortunatamente la qualità delle LG non è migliorata come ci si sarebbe aspettato: accanto a LG di altissima qualità sviluppate con il massimo del rigore, ancora oggi una quota non piccola di LG sono inaffidabili per metodologia, contenuti o esiti divergenti da quelli attesi, per la persistenza di metodi opachi di valutazione delle evidenze, panel poco rappresentativi e cattiva gestione dei conflitti di interesse. La frequente sovrapposizione di LG sullo stesso argomento con raccomandazioni talora inspiegabilmente contrastanti pur in presenza della stessa base di evidenze, l'assenza o la scarsa incisività di programmi di prioritizzazione e il problema, rilevantissimo, della necessità di mantenerle costantemente aggiornate, hanno fatto il resto*».

4. Pandemia e linee-guida

Ma, come si accennava all'inizio, la pandemia mette in crisi i rapporti di regolazione giuridica e così anche il ricorso alle raccomandazioni tecnico-scientifiche, almeno nei modi consueti.

Davanti a un fenomeno per larga parte sconosciuto, imprevisto, non controllabile né arginabile secondo conoscenze consolidate, il ruolo di garanzia e affidamento delle linee non può operare allo stesso modo. La comunità scientifica si divide, sulle cause, i modi di trasmissione, i modelli sanitari e comportamentali di contrasto; la dimensione internazionale esprime a sua volta indirizzi antitetici (la Gran Bretagna e la Svezia inizialmente optano per l'immunità "di gregge"). La cd. medicina delle catastrofi, davanti a Covid-19, non sembra poter svolgere il proprio ruolo; se in questi casi infatti è la conoscenza scientifica a orientare i decisori politici, le cui produzioni normative o di regolazione e gestione seguono le indicazioni offerte dal sapere medico, e se in questo ambito si innesca normalmente un modello di "panico virtuoso" convergente verso soluzioni pratiche condivise, con Covid-19 questo modello non funziona, perché la stessa comunità degli scienziati non è compatta. La cd. infodemia aggrava il contesto.

In Italia, è nota la Raccomandazione adottata al primo apparire del fenomeno dalla SIAARTI, mirata a fornire – non senza connotati etici[17] – indicazioni di *scelta* sul modo di distribuzione e di priorità nella cura, secondo canoni di adeguatezza e appropriatezza, di giustizia distributiva e di allocazione razionale delle risorse del sistema sanitario e di uso dei presidi di terapia intensiva, secondo il canone di fondo della drammatica opzione per la maggiore speranza di vita del singolo attraverso tutti gli sforzi possibili. È ripudiata la logica del *first come, first served*; l'ingresso in ospedale non è trovare parcheggio. Si accetta però un margine – nel contesto drammatico che è dato – di selezione nell'accesso a cure dei pazienti fragili, nella logica del criterio della massima utilità possibile, o del rapporto benefici/danni a favore dei primi.

È una indicazione che trova seguito ma anche qualche opposizione (come nella di poco successiva delibera del Comitato di bioetica). Se ne coglie un profilo critico per la parte in cui quel criterio sembra potere operare solo dove non vi sia un diritto pieno e incondizionato alla salute, incomprimibile.

[17] Le Raccomandazioni di etica clinica hanno anche il portato di canoni di deontologia.

5. Le ragioni e i contenuti dell'iniziativa della Procura generale

La pandemia è problema di tutti, e investe tutte le componenti sociali e istituzionali; anche la giurisdizione (il *lockdown* ne condiziona a lungo il modo di operare).
La Procura generale, nell'ordinamento giuridico, è il soggetto istituzionale, a carattere nazionale, che è portatore degli interessi pubblici, secondo la definizione che è posta dall'art. 73 Ord. giud.[18] in tema di attribuzioni del pubblico ministero. In chiave moderna, è organo promotore di giustizia e di iniziativa secondo il canone della uniforme ed esatta applicazione del diritto.
Con un ambito di competenza più ampio e in parte diverso rispetto a quello proprio del giudice, la Corte di cassazione, presso la quale è istituita ed opera, la Procura generale mette in campo funzioni di indirizzo e di coordinamento, non vincolanti o coercitive ma persuasive, verso gli uffici requirenti territoriali, sui temi del servizio giustizia che interessano la dimensione pubblica, non puramente litigiosa, del diritto e della pratica giurisprudenziale. La formulazione di indirizzi da parte della Procura generale attraverso linee di orientamento svolge, nel meccanismo del servizio giudiziario in generale, una funzione che si può accostare, per singolare analogia, a quella che è oggetto del presente convegno: orientare e per quanto possibile rendere prevedibile e uniforme a parità di condizioni l'agire giudiziario nella sua interezza, nell'area delle indagini penali (dove lo strumento *ad hoc* è l'art. 6 del d.lgs. n. 106/2006) come dei procedimenti civili (con il collegamento territoriale con i requirenti nelle cause *ex* artt. 70-72 c.p.c., ma anche con l'enunciazione di istanze per l'affermazione preventiva di principi di diritto mediante lo strumento dell'art. 363 c.p.c.).
È pervenuta all'attenzione dell'Ufficio, immediatamente dopo l'apparire del Covid-19, una serie di questioni di forte impatto sociale[19], nelle quali è parsa doverosa l'iniziativa di valutazione, innanzitutto, delle coordinate del problema, e poi, dopo l'interlocuzione con i soggetti istituzionali e sociali interessati, l'adozione di orientamenti generali rivolti agli uffici di merito, atti a indirizzare in maniera razionale e coordinata la risposta o l'iniziativa giudiziaria.
Nello specifico del settore sanitario, si è posto immediatamente – per il drammatico manifestarsi dei contagi e dei decessi nella fase iniziale, per l'impatto *shock* sul sistema orga-

[18] Art. 73 (Attribuzioni generali del pubblico ministero), primo comma: "Il pubblico ministero veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari; promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza; fa eseguire i giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge.".

[19] Sono stati istituiti gruppi di lavoro nei settori dell'emergenza nelle carceri e della crisi d'impresa in tempo di pandemia, che hanno elaborato documenti e formulato indirizzi operativi; si può leggere la pertinente documentazione sul sito istituzionale, in *www.procuracassazione.it*.

nizzativo, per alcune immediate denunce o iniziative legali contro i medici o le strutture – il problema della interferenza tra l'emergenza epidemiologica e il coinvolgimento della classe medica e delle strutture del servizio.
Ci si è chiesti, in un simile scenario, quale possa essere la tenuta del sistema giuridico e come prevenire distorsioni applicative, il tutto in una logica di fondo di attenzione e di prudenza. Chiave metodologica, è quella di constatare l'esistenza di uno *stato di emergenza ma non di eccezione* dell'ordinamento giuridico, ossia di una condizione che richiede risposte adeguate con gli strumenti disponibili o con nuove regole di salvaguardia degli interessi in gioco, ma che non implica stati di "eccezione", tali a portare alla frattura dei dati fondativi del sistema – o del sottosistema, secondo molti – della responsabilità civile in ambito sanitario.
L'accesso alle terapie intensive e in generale alle cure ospedaliere; la selezione dei casi e le scelte inerenti; il quadro di grave sofferenza delle strutture in alcuni territori; la disparità di allocazione di risorse, presidi, mezzi, strumenti; sono state tutte evidenze che hanno immediatamente posto all'attenzione dell'ufficio le conseguenze sul versante della responsabilità e dell'agire degli operatori. Il carattere dirompente della pandemia ha determinato una condizione di persistente emergenza nella gestione del sistema sanitario e nell'attività degli operatori, medici e infermieri, sottoponendo l'agire dei diversi soggetti a uno *stress* senza precedenti comparabili.
Queste domande sono sorte poi anche nell'occasione della disamina di diverse proposte legislative emendative, in occasione della conversione del decreto-legge cd. cura Italia (n. 18/2020), rivolte a regolare, talvolta *ex novo* o con istituti – appunto – di eccezione, le conseguenze della pandemia sul piano delle responsabilità professionali nel settore sanitario. Come è noto, tali iniziative sono state poi abbandonate e trasformate in un ordine del giorno che impegna comunque il Governo a un successivo intervento normativo.
Si è dato così avvio alla costituzione di un gruppo di lavoro, con il coinvolgimento di esponenti di massimo livello della sanità (Ministero, Istituto Superiore di Sanità, Consiglio superiore di Sanità) e di rappresentanti del Ministero della giustizia. Il lavoro si è sviluppato con l'acquisizione di documenti e di elementi informativi da parte degli organi del sistema sanitario e con l'avvio di tavoli di confronto e discussione, i cui esiti sono stati infine riversati in documenti di orientamento indirizzati alle Procure territoriali, per il tramite dei distretti.
Punto di partenza è stato quello di chiedere alle componenti istituzionali di vertice del sistema sanitario un contributo di informazione e di valutazione obiettiva in una fase nella quale l'emergenza sanitaria da Covid-19 proponeva l'insorgere di nuove, complesse questioni e di potenziali conflitti, in materia di regolazione dell'attività sanitaria ai vari livelli e delle inerenti responsabilità che possono esservi ravvisate. Tali conflitti impegnano, o possono impegnare, la giurisdizione, sia nell'ambito civile sia in quello penale.
In questo quadro, anche le coordinate usuali dei meccanismi di imputazione e valutazione della responsabilità, civile e penale, in alcuni casi possono apparire inadeguate: le regole cautelari poste dall'ordinamento in condizioni di "normalità" dell'attività sanitaria, a protezione dal rischio, sono sottoposte a nuovi e per certi versi inediti *test* di effettiva capacità

di svolgere il loro ruolo, che è quello della prevedibilità/evitabilità, punto di equilibrio indispensabile per chi si trovi a svolgere la propria funzione nel rischio immanente di conseguenze pregiudizievoli. Le acquisizioni delle sentenze di S. Martino del 2019 e delle S.U. penali del 2018, appena elaborate, sono suscettibili di ridiscussione sotto il segno dell'emergenza? E fino a quale punto?

In un quadro di pandemia, finisce per avere maggiore spazio la considerazione della colpa professionale di carattere generico, nella assenza o nella insufficienza di regole cautelari specificamente rivolte alla prevenzione di un rischio sconosciuto; con l'ulteriore variante della differenziazione territoriale del fenomeno e della sovrapposizione non sempre uniforme o coordinata di competenze e con esse di indicazioni, siano esse prescrittive o di suggerimento.

Tutto ciò si traduce nella emersione, in parte già avviata, di un contenzioso civile per pretese risarcitorie e, parallelamente, nell'avvio di indagini in ordine a illeciti di rilevanza individuale (come le lesioni colpose, l'omicidio colposo) o generale (epidemia colposa).

Quindi, è su queste ricadute giudiziali dell'emergenza epidemiologica che si è imperniata l'attenzione dell'Ufficio di Procura generale:

(a) sul piano penale, per tracciare linee di indirizzo uniformi nell'attività di indagine e di esercizio dell'azione penale, sin dal momento della iscrizione di notizie di reato;

(b) sul piano civile, con il monitoraggio della casistica giudiziale insorta sul tema e, se opportuno o necessario, con l'impulso alla elaborazione di linee di interpretazione ed applicazione delle norme sulla responsabilità civile, sia mediante l'esercizio della facoltà di intervento in cause che rivestono interesse pubblico generale (art. 70, ult. co., c.p.c.), sia attraverso lo strumento del ricorso nell'interesse della legge (art. 363 c.p.c.); anche qui nella prospettiva della indispensabile uniformità e coerenza di valutazione dei casi che si presentano e che la giurisdizione è chiamata a trattare.

Il lavoro svolto in questa fase ha consentito di acquisire elementi informativi di rilievo, segnatamente per quanto concerne la tempistica e i contenuti delle indicazioni di indirizzo (raccomandazioni o linee-guida) in ambito Covid-19, facendo emergere una chiara e spiegabile mancanza di raccomandazioni cliniche e terapeutiche ma anche di indirizzo – con l'eccezione della generale indicazione SIAARTI di cui si è detto, principalmente di segno etico e di scelta su *chi* curare e fino a quale punto – nonché una inevitabile emersione diacronica e non univoca di elementi di valutazione del rischio e dell'approccio di cura: i documenti del Consiglio superiore di sanità e del rappresentante della Società di medicina intensiva e della SIAARTI nonché le informazioni acquisite dal Ministero e dall'ISS mostrano, nella prima fase, un quadro carente sul piano delle indicazioni operative e delle raccomandazioni.

L'esigenza è stata quella di procedere gradualmente ed individuare un metodo di lavoro per definire con precisione gli accertamenti da compere sotto il profilo temporale (essendo evidente che nella gestione dei primi casi i sanitari disponevano di un livello di conoscenza inferiore a quello acquisito successivamente) e territoriale (in quanto la diversa risposta gestionale ed organizzativa da parte delle singole Regioni e strutture sanitarie è

fondamentale elemento per la valutazione delle condotte, la quale deve avere carattere di specificità).
Si è osservato poi che il tema della responsabilità non è unitario, e su ciascuno di questi punti è stata svolta una riflessione: vi è il piano degli esercenti la professione (medici e infermieri), vi è quello della responsabilità gestionale da parte delle singole strutture (Aziende, R.S.A.) ma vi è anche quella dei "decisori" normativi e di indirizzo. Sul versante dei "soggetti passivi", poi, l'Ufficio ha individuato una articolazione composita, che si può tracciare in sette ipotesi: quella degli stessi sanitari danneggiati o deceduti nell'esercizio della professione medica (ipotesi numericamente esigua, per fortuna, ma di forte peso anche simbolico); quella di danni subiti al di fuori dell'ambito sanitario, solo occasionalmente (per es., fornitori, personale di pulizia esterno etc.); quella dei pazienti che hanno contratto il virus essendo ricoverati per altro motivo (nella forma cd. endonosocomiale); quella di chi sia stato ricoverato perché già affetto dal Covid-19; quella (connessa alla precedente) di chi lamenti ritardi e omissioni nelle fasi anteriori al ricovero (profili della tempestività dei protocolli, dell'uso dei tamponi etc.); quella di chi sia stato danneggiato a seguito di determinazioni organizzative generali, come la dislocazione in talune strutture o per carenze nella gestione del *triage* con le relative scelte; e infine quella – che assume rilievo essenzialmente sul piano penalistico – della gestione di focolai epidemici.
Ognuna di dette ipotesi si collega a distinte relazioni causali, secondo la natura dell'azione (commissiva/omissiva) e la individuazione del nesso tra il livello di responsabilità e la singola conseguenza: si pensi al rapporto tra adozione di linee-guida e singoli eventi.
L'aspetto giuridico che accomuna queste differenti ipotesi, sia sul versante della responsabilità civile che in quello delle conseguenze penali, è comunque la ricerca e la individuazione, per ciascuna di esse, della regola precauzionale violata, ossia la risposta alla domanda: cosa si sarebbe dovuto e potuto fare di diverso – in ognuna delle ipotesi dette – in modo idoneo a prevenire o evitare il danno? È questo il *focus* sul quale il gruppo di lavoro ha collocato l'attenzione, secondo una impostazione che del resto è codificata nei testi che disciplinano questa materia, la legge Gelli-Bianco n. 24/2017 e l'art. 590-*sexies* c.p., che in linea di principio liberano da responsabilità l'esercente una volta che le regole precauzionali – espresse nelle raccomandazioni etc. adottate dagli organi competenti – siano state rispettate. Tutto ciò secondo il diritto vigente, senza affrontare ipotesi di modifica *de iure condendo* estranee alle attribuzioni dell'Ufficio. In questo senso il metodo che è stato seguito nell'approccio all'esame della problematica di cui si tratta è stato quello della riconduzione dei fatti, eccezionali per novità, dimensione e impatto, alle regole di sistema conosciute.
Si è appurato, in base a una ricostruzione diacronica dello sviluppo del Coronavirus in Italia a partire dalla emersione dei casi diagnosticati al primo apparire del virus il 9 marzo 2020 e poi sino ad aprile, in rapporto allo stato delle conoscenze e delle procedure di identificazione dei contagi, che le possibilità terapeutiche apparivano praticamente insussistenti ancora alla data del 13 aprile 2020. Un documento di lavoro ha illustrato le caratteristiche di assoluta "novità" della patologia indotta dal virus con una sintetica fonte di conoscenza – anche mediante raffigurazioni grafiche e dati numerici – in ordine all'an-

damento progressivo delle conoscenze scientifiche e delle possibilità diagnostiche nella fase iniziale e più drammatica del fenomeno.
Circa il quadro relativo ai concreti aspetti organizzativi e assistenziali che hanno impegnato il servizio sanitario e le diverse strutture coinvolte, ripartite secondo contesto (dalle precauzioni standard di carattere generale e comune, all'assistenza domiciliare, alle strutture residenziali socio-sanitarie, fino a quelle ospedaliere) è stato raccolto un elaborato, secondo una suddivisione in tre fasi temporali: quello iniziale, febbraio 2020; quello pandemico, marzo – aprile 2020; quello di "assestamento", maggio 2020.
Altro apporto conoscitivo ha consentito di evidenziare, fino alla data del 28 giugno 2020, la progressione – definita "frammentaria" – delle conoscenze scientifiche e l'andamento empirico di molte delle terapie o profilassi messe in campo, non di rado non sorrette da solide né condivise evidenze scientifiche.
Ancora, un documento del Ministero della Salute ha offerto elementi di specifico interesse, per l'autorità giudiziaria, sotto il profilo delle obiettive condizioni critiche – per la carenza di personale rispetto alla "domanda" massiva di assistenza e cura, per il reclutamento di personale sanitario non specialistico nella fase emergenziale, per le difficoltà di equilibrata distribuzione delle risorse, etc. – nelle quali il sistema sanitario ha dovuto fare fronte all'insorgenza e poi alla diffusione del coronavirus; elementi conoscitivi, questi, che si collegano all'aspetto della sussistenza della "particolare difficoltà" (art. 2236 c.c.), oltre che al tema del grado di perizia professionale che la normativa vigente definiscono quali elementi costitutivi o impeditivi della responsabilità, anche per il rapporto di sproporzione tra risorse ed obblighi terapeutici.
Sono stati inoltre elaborati dall'Ufficio documenti di lavoro articolati, dei cui contenuti è qui possibile solo fare un cenno per tracciarne le linee di analisi e, per alcuni aspetti, di possibile proposta (come quella della strutturazione di meccanismi di imputazione alla sola struttura e non al singolo operatore sanitario, salva la rivalsa, sul tipo della legge n. 117/1988, o come quella della risposta di tipo indennitario sul tipo della normativa di sostegno economico per le infezioni trasfusionali), e sono state indicate agli Uffici territoriali talune specifiche puntualizzazioni.
L'esito (ovviamente temporaneo, *in progress*) dei lavori è rifluito in note di orientamento.
In particolare, in una nota del giugno 2020[20], si è dato conto degli ambiti di analisi sviluppati dal gruppo, ossia l'acquisizione di informazioni qualificate in merito a: le caratteristiche di "novità" della patologia indotta dal virus e dello sviluppo della pandemia; la cronistoria dettagliata delle conoscenze scientifiche progressivamente acquisite in tema di coronavirus, in particolare relative alla malattia ed alle possibilità organizzative e terapeutiche; i documenti diffusi durante l'epidemia recanti indicazioni sulle scelte terapeutiche (anche se non linee-guida validate in senso proprio) e sui profili organizzativi (inclusivi

[20] Reperibile nel sito *www.procuracassazione.it*.

degli aspetti legati alla disponibilità di DPI e delle macchine per la terapia intensiva), al fine di comprendere come si sia modificata nel tempo la conoscenza del virus, quali siano state le cautele minime richieste per gli operatori e per le strutture, e quali indicazioni di carattere generale e/o linee guida siano state date nel tempo; le eventuali indicazioni di carattere generale fornite da associazioni di categoria dei medici specialisti impegnati per l'emergenza; le norme di carattere sanitario adottate a livello centrale (sia norme primarie che D.P.C.M.) e regionale; l' indicazione della tipologia di documentazione da ricercare nelle strutture, al fine di evitare che sia acquisita tutta indistintamente. Tale documentazione – si è precisato – «dovrebbe illustrare i criteri organizzativi ed operativi relativamente alla gestione dell'emergenza, per cui potrebbero essere utili anche atti di indirizzo interni e disposizioni varie relative ai vari profili della gestione dell'emergenza, incluso il cosiddetto *triage* in fase di accettazione»[21].

6. Una prima (e provvisoria) conclusione. Eccezionalità del contesto e normalità delle regole giuridiche

Come si vede, si tratta di una gamma ampia di acquisizioni che, messa nella disponibilità degli uffici territoriali, appare idonea a offrire un quadro prudente e informato in sede di determinazioni da adottare, sia quanto alle possibili iscrizioni di notizie di reato, sia quanto alla gestione dei procedimenti civili.

Si tratta di un lavoro come detto tuttora *in progress,* nel quale l'Ufficio sta cercando di acquisire anche dati attendibili di carattere statistico, sia sulle iscrizioni di procedimenti *ex* art. 590-*sexies* c.p., sia quanto alle controversie risarcitorie (operazione quest'ultima più complessa, in relazione alle modalità di classificazione delle cause civili sotto l'indistinto titolo di "responsabilità professionali"). Un dato di interesse ancorché parziale è quello secondo cui al Ministero della salute sono pervenuti, fino a maggio 2020, circa 300 esposti, diffide ed istanze da associazioni di categoria, organizzazioni sindacali, professionisti e privati che lamentano una serie di omissioni in tema di sicurezza degli operatori e dei pazienti e precisamente: 1) la mancanza di dispositivi di protezione individuale; 2) la mancata sottoposizione del personale sanitario ai tamponi; 3) l'assenza di specifiche strutture e percorsi clinici per le persone infette dal virus, distinti da quelle aventi altre patologie; 4) l'inadeguatezza dei locali; 5) la rotazione del personale tra reparti Covid e non-Covid, con il conseguente aumento del rischio di contrarre il virus e di trasmetterlo ulteriormen-

[21] La nota del Procuratore generale della Corte di cassazione va letta in coordinamento con due documenti di analisi, rispettivamente per il campo civile e per quello penale, nei quali è stata tracciata una rassegna di analisi delle proposte legislative in corso e una loro valutazione alla luce dei canoni giuridici correnti e degli indirizzi della giurisprudenza in materia di responsabilità sanitaria e di controllo epidemiologico, oltre a una serie di ipotesi *de futuro* articolate in relazione alle diverse categorie potenzialmente coinvolte. I documenti, dei quali non è possibile fare qui più di un cenno, sono disponibili nel sito www.procuracassazione.it, sezione *Orientamenti per gli uffici di procura*.

te; 6) gravi criticità nel fronteggiare l'emergenza nelle RSA e negli istituti penitenziari. Le doglianze riguardano quindi essenzialmente carenze di tipo organizzativo.
Nella dimensione necessariamente dialettica e di circuito informativo da e per le articolazioni sul territorio, infine, è stato chiesto agli Uffici di fornire a loro volta ogni elemento di interesse che, sulla base del materiale dato, possa sollecitare una riflessione intorno a quanto emerge nella realtà pratica delle diverse istanze giudiziarie.
Non è possibile oggi svolgere una conclusione che sia davvero tale. Oggi è possibile solo un assieme di riflessioni problematiche, senza pretesa di certezze, ma con l'esigenza di fondo di una, almeno relativa, prevedibilità del quadro, che, in uno sguardo più ampio, pone problemi di regolazione nell'emergenza, non dell'eccezione/sospensione dell'ordinamento. L'emergenza porta a una intensificazione dei diritti e dei doveri, e al suo venire meno vi sarà (è presumibile) una crescita esponenziale di pretese, di diritti che reclamano tutela. In tale contesto, il diritto dei rapporti privati e della responsabilità, civile o penale, assume una coloritura diversa, perché si misura e si dovrà misurare anche con il valore della solidarietà[22]; le clausole generali, le formule normative avranno necessità di riempirsi di contenuti ulteriori. C'è un sovraccarico giuridico che deriva dalla emergenza, che proporrà – a pandemia finita, ma che propone anche prima, come dimostra ciò di cui oggi ci occupiamo – alla società civile una ridistribuzione di pesi e di responsabilità. Ci si chiede allora se per il sistema legislativo vigente possa dirsi quello che si dice per le Costituzioni: formate in tempo di quiete ma a valere per i momenti di tempesta. La risposta a questa domanda è, oggi, ardua. Il sistema della responsabilità civile e in esso lo statuto della responsabilità medica ha base legislativa ma ha una grande componente nel formante della giurisprudenza. In questo senso esso si presta, e si presterà, a mutazioni di senso e di strumentario nonostante l'immutabilità del dato legislativo, come dimostra del resto l'avvicendarsi di diverse "stagioni" della responsabilità sanitaria, dall'immunità, al rigore del primo decennio del secolo (il contatto sociale, il riparto della prova, il nesso probabilistico), fino all'approdo alle leggi Balduzzi e Gelli-Bianco che portano a compimento il percorso fino a oggi.
In sintesi, tutto quanto sopra sintetizzato e, in particolare, l'attività dell'Ufficio nazionale ha l'obiettivo di offrire agli Uffici un primo e utile compendio di conoscenze sia quanto ai profili di organizzazione sia quanto alle regole strettamente sanitarie di trattamento clinico, per un migliore inquadramento giuridico dei casi che sono e che saranno sottoposti all'attenzione degli Uffici di merito, in rapporto alle numerose variabili (temporali, territoriali, per tipologia di struttura etc.) che debbono essere considerate nella individuazione di ipotesi di responsabilità nei confronti di singoli e di strutture, in vista di una risposta di giustizia che sia improntata a prudenza, consapevolezza ed attenzione per ogni peculiarità.

[22] V. al riguardo il *paper* di M. Noccelli, *La lotta contro il coronavuirus e il volto solidaristico del diritto alla salute,* in *Federalismi.it,* 13 marzo 2020.

L'Ufficio non ha la pretesa irreale di risolvere d'un tratto le complesse questioni che si pongono, né ha l'intento di fare prevalere una determinata lettura del contesto in sede di applicazione delle regole comuni; tuttavia, ritiene suo obbligo e responsabilità svolgere una funzione di attenzione e di uniformazione delle risposte secondo canoni meditati e informati, che può contribuire – è l'auspicio – a far fare, almeno sul versante delle implicazioni giudiziarie, un passo indietro all'emergenza a tutto campo nella quale oggi vive il Paese.

Il "diritto elettorale dell'emergenza" tra decretazione d'urgenza e linee guida*

Giovanni Tarli Barbieri**

Sommario: 1. Una (necessaria) premessa: la difficoltà di inquadramento delle linee guida negli atti normativi di contrasto al COVID. – 2. Linee guida e materia elettorale: la prima fase del "diritto elettorale dell'emergenza". – 3. Dai decreti legge in materia elettorale alle linee guida e viceversa: la "circolarità" del "diritto elettorale dell'emergenza". – 4. Il diritto elettorale dell'emergenza alla prova della prassi. – 5. Verso la seconda fase del "diritto elettorale dell'emergenza".

1. Una (necessaria) premessa: la difficoltà di inquadramento delle linee guida negli atti normativi di contrasto al COVID

La strategia di contrasto al COVID ha determinato una ulteriore, ampia emersione del fenomeno delle linee guida, a proposito delle quali si è in generale efficacemente parlato di un «disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi»[1]. In effetti, le linee guida non si lasciano ricondurre alle categorie tradizionali innanzitutto per la variabilità dei loro contenuti che, laddove si connotino «per un linguaggio prescrittivo e per un contenuto generale e astratto»[2], debbono essere apprezzate alla stregua del principio di legalità; inoltre, ove adottate da autorità governative, costituiscono un fattore di ulteriore

---

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Firenze, giovanni.tarlibarbieri@unifi.it.

[1] C. Ingenito, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 2019, pp. 871 ss. cui si rinvia per gli ampi riferimenti bibliografici.

[2] L'espressione è di A. Morrone, *Fonti normative*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 209.

ISSN 2611-8882

erosione della capacità prescrittiva dell'art. 17 della l. 400/1988[3], non essendo contenute in atti formalmente regolamentari[4], mentre tale disposizione non sembra ammettere l'adozione di atti normativi «camuffati da normale atto amministrativo»[5].
L'insieme di queste problematiche è stato già ampiamente affrontato nelle relazioni e negli interventi che mi hanno preceduto.
Rimane la constatazione che il fenomeno delle linee guida ai fini di contrasto alla pandemia appare un fenomeno insieme imponente e variegato ma anche, per alcuni essenziali profili, diverso rispetto alla prassi precedente in alcuni rilevanti settori, anche se da essa mutua la natura di «*contenitore* flessibile capace di attuare in modo più rapido e malleabile la normativa cui si riferiscono»[6].
Sul primo punto, è sufficiente richiamare la consistenza degli allegati ai periodici D.p.c.m. attuativi dei decreti legge adottati fino dal febbraio 2020 (d.l. 6/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. 13/2020): complessivamente, da ultimo, i 28 allegati al D.p.c.m. 2 marzo 2021 occupano complessivamente 299 pagine del supplemento n. 17 alla *Gazzetta ufficiale* in pari data.
Si tratta di testi in alcuni casi di difficile comprensione, anche perché a loro volta articolati in allegati (si potrebbe dire, "allegati di allegati")[7]. In almeno un caso, poi, le linee guida si atteggiano come "fonti sulla produzione" per la successiva adozione di successiva linee guida "settoriali"[8].

---

[3] Sul punto, per tutti, B. Caravita, *La débâcle istituzionale della potestà normativa secondaria del Governo. Riflessioni in ordine al mutamento del sistema delle fonti*, in *www.federalismi.it*, 2017, n. spec. 2.

[4] Così, ad esempio, L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino, 1996, 46, secondo il quale, dopo l'entrata in vigore della l. 400/1988, sembrava certa «l'attuale inconcepibilità di *regolamenti atipici*, adottati dal Governo o dai vari ministri in spregio della legge n. 400. Se non si vogliono degradarne le disposizioni a una serie di meri consigli, liberamente disapplicabili da parte degli stessi interessati, bisogna concludere che non abbiano più (se mai l'avessero avuta) natura di regolamenti quegli innumerevoli decreti presidenziali o ministeriali non meglio qualificati con cui tuttora si approvano o si fissano o si dettano – sia pure in termini generali e astratti – tabelle, elenchi, istruzioni, disposizioni, modelli di atti, requisiti del più vario genere, tariffe, aliquote o misure di canone, di tasse, di contributi, e via discorrendo».

[5] F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam-Wolters Kluwer, 2019, p. 209. Peraltro, quantomeno con riferimento alla controversa categoria dei decreti di natura non regolamentare si è giustamente osservato come essa debba essere valutata in termini articolati, nei casi in cui si tratti di disciplinare valutazioni tecniche, indirizzi orientativi, volontà di coordinamento di attività già regolate ma che abbiano bisogno di essere ricondotte dentro un sistema a rete, ovvero ancora provvedimenti amministrativi di carattere generale: si rinvia, sul punto, alle puntuali argomentazioni rinvenibili in R. Balduzzi, *Splendore e decadenza di una figura controversa: le fonti atipiche*, in *Jus*, 2020, pp. 566 ss.
Cfr., anche per tutti, C. Padula, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.*, 2010, pp. 365 ss.; B. Tonoletti, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 371 ss.; G. Rivosecchi, *Considerazioni sparse in ordine alle attuali tendenze della produzione normativa*, in *www.osservatorioaic.it*, 2019, n. 1/2, pp. 93 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

[6] C. Ingenito, *Linee guida*, cit., p. 873, richiamandosi a M. Manetti, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riferimento alle linee guida ANAC*, in *Diritto costituzionale*, 2019, n. 2, p. 71.

[7] Così, si veda l'allegato 17 (recante «Misure per la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 a bordo delle navi da crociera») al D.p.c.m. del 2 marzo 2021, articolato a sua volta in ben 14 allegati.

[8] Così, l'allegato 10 al D.p.c.m. del 2 marzo 2021 reca «Criteri per Protocolli di settore elaborati dal Comitato tecnico-scientifico in data 15 maggio 2020».

La lettura dei D.p.c.m. evidenzia poi una curiosa "circolarità" tra i contenuti dell'articolato e gli allegati: se infatti numerosi articoli rinviano, in alcuni casi largamente, agli allegati, le linee guida contenute in questi ultimi sono richiamate nel preambolo agli stessi D.p.c.m., quasi a giustificarne i contenuti[9].

Ciò detto, gli allegati in questione sono qualificati in modo eterogeneo: a fronte di una diffusa autoqualificazione come "linee guida", non mancano allegati denominati "protocolli" ovvero "documenti di indirizzo" ovvero, ancora, "indicazioni operative", senza che risulti chiara la distinzione tra questi "tipi" di atto, soprattutto alla stregua dei rispettivi contenuti. Infatti, le linee guida, ma anche gli allegati diversamente qualificati, in alcuni casi sono connotate da generalità e astrattezza, in altri sono riconducibili a mere raccomandazioni (che aprono non pochi dubbi con riferimento alle loro eventuali violazioni)[10], in altri ancora a principi e criteri direttivi che rinviano ad atti ulteriori (di soggetti pubblici e/o di operatori privati).

Queste diverse tipologie contribuiscono a spiegare la struttura e il linguaggio[11], quest'ultimo talvolta connotato da forte tecnicità (fino al punto che alcuni allegati appaiono simili a documenti scientifici, addirittura con note e apparato bibliografico[12]) talvolta, al contrario, caratterizzato da espressioni quasi colloquiali[13] o comunque dall'andamento puramente descrittivo[14], ciò che dà luogo talvolta a dubbi di carattere interpretativo[15].

---

[9] In questo senso, si veda il preambolo al D.p.c.m. del 13 ottobre 2020, che si richiama espressamente alle linee guida di cui agli allegati 9 e 16.

[10] Si pensi, solo per citare un esempio, a quanto previsto nelle linee guida relative alle crociere: «I marittimi (e i passeggeri) devono essere incoraggiati a coprire il naso e la bocca con un tessuto usa e getta – quando starnutiscono, tossiscono, puliscono e soffiano il naso – da smaltire immediatamente dopo averlo usato»: D.p.c.m. 2 marzo 2021, allegato 17, protocollo.

[11] Si conferma così quanto sostenuto da un'attenta dottrina la quale ha messo in evidenza che «gli allegati mostrano che gli atti normativi possono avere i contenuti più vari, e contenere tipi di regolamentazioni molto diverse le une dalle altre, ciascuna delle quali, in ragione dello specifico scopo perseguito e della particolare natura della cosa regolata, richiede tecniche di scrittura e criteri di articolazione della disciplina appropriati»: G.U. Rescigno, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli, 1998, p. 145.

[12] In quest'ultimo senso, si pensi all'allegato 21 in materia di «indicazioni operative per la gestione di casi e focolai di Sard-CoV-2 nelle scuole e nei servizi educativi dell'infanzia». Con specifico riferimento alla materia elettorale si veda l'articolato parere del Comitato tecnico scientifico di cui alla nt. 47, che presenta, oltre a una rassegna delle consultazioni elettorali tenute o rinviate in altri Paesi del mondo, anche estesi riferimenti bibliografici (pp. 33-34).

[13] Così nel già richiamato allegato 17 si allude alla necessità di gestione di una crisi di salute mentale del personale navigante che si trovi, tra l'altro, a "sentire voci" (allucinazioni)».

[14] Nell'allegato 17 si afferma, tra l'altro, che «le circostanze associate all'attuale epidemia di COVID-19 possono rappresentare sfide uniche per il personale navigante e per le loro famiglie. I marittimi possono annoiarsi, sentirsi frustrati o sentirsi soli, così come le loro famiglie. Ognuno reagisce in modo diverso agli eventi e ai cambiamenti con possibili ripercussioni – che possono variare nel tempo».

[15] Si pensi alle «linee guida per la riapertura delle attività economiche, produttive e ricreative della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome dell'8 ottobre 2020» (allegato 9) qualificate come insieme di "schede tecniche" che «potranno essere rimodulate, anche in senso più restrittivo» «in base all'evoluzione dello scenario epidemiologico» (ma non è specificato a seguito di quale procedura, trattandosi di un allegato a un D.p.c.m.). Ebbene queste prevedono che nelle cerimonie i tavoli debbano essere disposti in modo da assicurare il mantenimento di almeno un metro di separazione tra gli ospiti; tuttavia in una nota a piè di pagina si dà conto del fatto che «la Regione Campania ritiene che la distanza di un metro vada calcolata dal tavolo»: evidentemente non si capisce il valore di una precisazione del genere, visto che la prescrizione deve essere attuata da tutti gli esercenti (ivi compresi quelli campani).

Dal punto di vista redazionale, alcune linee guida assumono quasi i contenuti di una circolare, con richiami ad atti normativi di cui sono esplicitati i contenuti[16].
Sembra quindi confermata l'ontologica eterogeneità delle linee guida e la loro «vocazione ontologicamente polifunzionale, poiché a questa denominazione è ricondotta una gamma atipica di previsioni contenenti indicazioni che orientano l'attività di chi opera in un determinato settore»[17].
Gli allegati al D.p.c.m. pertanto, come è stato giustamente affermato, «disciplinano una serie di settori attraverso procedimenti che vedono la partecipazione di soggetti istituzionali diversi, interni ed esterni al Governo»[18]. Essi infatti toccano una pluralità di materie ed anche per questo la loro elaborazione è imputabile a soggetti diversi, pubblici (autorità internazionali o europee; Ministero della salute, altri Ministeri, Comitato tecnico scientifico istituito presso il Dipartimento della protezione civile, Conferenze, varie autorità amministrative[19]) ma anche privati[20].

2. Linee guida e materia elettorale: la prima fase del "diritto elettorale dell'emergenza"

Le linee guida costituiscono quindi un aspetto centrale, e forse il cuore stesso dei D.p.c.m. ma non solo. In effetti, la loro rilevanza e pervasività è attestata anche dal fatto che esse costituiscono un pilastro rilevante anche di quel "diritto elettorale dell'emergenza", che costituisce una delle novità di questo momento storico[21].
Si tratta di un aspetto insieme di indubbio interesse e di non poca problematicità, in primo luogo perché, come è noto, quella elettorale costituisce una materia coperta da riserva di legge[22], sebbene non siano mancati nella prassi poteri regolamentari non solo di mera esecuzione e anche atti atipici, quali circolari e istruzioni ministeriali, anche su elementi

[16] Per alcuni profili si può richiamare il protocollo 15 («Linee guida per l'informazione agli utenti e le modalità organizzative per il contenimento della diffusione del covid-19 in materia di trasporto pubblico»).

[17] C. Ingenito, *Linee guida*, cit., p. 875.

[18] U. De Siervo, *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena, Mucchi, 2021, p. 48.

[19] Del tutto particolari sono gli allegati da 1 a 7, relativi allo svolgimento delle celebrazioni liturgiche con la Chiesa cattolica e con altre confessioni religiose, nei quali non mancano differenze sul piano dei contenuti.

[20] Sulla riconduzione delle linee guida anche alla normativa tecnica di fonte privata, cfr., in particolare, A. Moscarini, *Fonti dei privati e globalizzazione*, Roma, Luiss University Press, 2015, p. 63.

[21] Sul punto, per tutti, V. De Santis, *Il voto in tempo di emergenza. Il rinvio del referendum costituzionale sulla riduzione del numero dei parlamentari*, in *www.osservatoriocostituzionale*, 2020, n. 3, pp. 6 ss.; G. Maestri, *Urne rinviate per virus: la soluzione di (inattesi) conflitti tra diritto al voto e diritto alla salute*, in *BioLaw Journal*, 2, 2020; M. Siclari, *Votazioni ed emergenza sanitaria*, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it,* 2020, n. 2 e, volendo, G. Tarli Barbieri, *Il rinvio delle elezioni in tempo di Coronavirus nell'ottica delle fonti del diritto*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2020, n. 2, pp. 936 ss.

[22] Sulla questione della riserva di legge in materia elettorale, per tutti, C. Lavagna, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl*, 1952, p. 850; A.A. Cervati, *Art. 72*, *Comm. cost*., Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1985, 163; R. Balduzzi, *Il regolamento approvato con D.P.R. 28 aprile 1993, n. 132*, in *Art. 128 Supplemento Legge 8*

qualificanti dei sistemi elettorali; in secondo luogo, sul piano del riparto delle competenze la materia elettorale è riferibile alla competenza legislativa esclusiva dello Stato con riferimento alle consultazioni nazionali (art. 117, comma 2, lett. *f*)[23] e comunali nelle Regioni a statuto ordinario (art. 117, comma 2, lett. *p*)[24], mentre più complesso è il riparto delle competenze in materia di elezioni regionali con riferimento alle Regioni a statuto ordinario.
L'art. 122, comma 1, Cost. prevede sul punto una competenza concorrente in materia di sistema di elezione del Presidente e dei consiglieri regionali, che la Corte costituzionale ha interpretato in senso estensivo, comprensivo cioè «nella sua ampiezza, di tutti gli aspetti del fenomeno elettorale»[25], essendo quindi riferito «anche alla disciplina del procedimento elettorale [...], nonché a quella che attiene, più in generale, allo svolgimento delle elezioni (sistema elettorale in senso ampio)» (sent. 151/2012)[26].
La Corte ha affermato, più in particolare, che ricade nella competenza regionale l'indizione delle elezioni regionali (sent. 196/2003)[27].
Lo stesso art. 122, comma 1, Cost. assegna alla competenza esclusiva statale l'individuazione della durata degli organi regionali (sent. 2/2004)[28], peraltro non comprensiva dell'istituto della *prorogatio* che ricade nella competenza statutaria delle Regioni ordinarie (sent. 196/2003)[29] e che pertanto non può essere oggetto di una disciplina da parte di fonti statali[30].

---

giugno 1990, n. 142 – Legge 25 marzo 1993, n. 81, *Comm. cost.*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1996, 1085 ss.; L. Spadacini, *Regole elettorali e integrità numerica delle Camere*, Brescia, Promodis, 2003, pp. 101 ss.

[23] Tale disposizione prevede infatti che lo Stato ha competenza legislativa esclusiva in materia di «organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo».

[24] Lo Stato ha infatti competenza esclusiva in materia di «legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane».

[25] Sul punto, per tutti, G. Perniciaro, *Autonomia politica e legislazione elettorale regionale*, Padova, Cedam, 2013 e, volendo, G. Tarli Barbieri, *Forma di governo e legislazione elettorale regionale nei più recenti sviluppi*, in G. Cerrina Feroni, G. Tarli Barbieri, *Le Regioni dalla Costituente al nuovo Senato della Repubblica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 62 ss.

[26] Sulla sentenza in esame, per tutti, D. Girotto, *Il rimborso delle spese elettorali: la riserva di competenza statale come "livello essenziale dei diritti politici"?*, in *Le Regioni*, 2012, 1167 ss.; L. Trucco, *Materia elettorale e forma di governo regionale tra principi costituzionali e politiche di contenimento della spesa nelle decisioni n. 151 e n. 198 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2013, pp. 1276 ss.

[27] *Considerato in diritto*, n. 6.

[28] In tale pronuncia si legge che «lo stesso primo comma dell'art. 122 prevede che la legge statale "stabilisce anche la durata degli organi elettivi" ed in questo caso sembra trattarsi di una competenza legislativa piena»: *considerato in diritto*, n. 8.

[29] Sulla *prorogatio* degli organi regionali, come oggetto di disciplina da parte degli statuti regionali per tutti, A. Morrone, *Sistema elettorale e* prorogatio *degli organi regionali*, in *Le Regioni*, 2003, pp. 1269 ss.; G. Perniciaro, *Autonomia politica*, cit., pp. 34 ss.

[30] In questo senso, è da intendersi come meramente ricognitiva la previsione contenuta nell'art. 1, comma 2, del d.l. 25/2021, che, oltre a determinare il rinvio delle elezioni regionali, in deroga a quanto previsto dall'art. 5 della l. 165/2004, dispone: «Fino alla data dell'insediamento dei nuovi organi elettivi, il Consiglio e la Giunta in carica continuano a svolgere, secondo le specifiche disposizioni dei rispettivi Statuti, compiti e funzioni nei limiti previsti e, in ogni caso, a garantire ogni utile iniziativa, anche legislativa, necessaria a far fronte a tutte le esigenze connesse all'emergenza sanitaria» (analoga disposizione era già contenuta nell'art. 8 del d.l. 150/2020).

Ricade infine nella competenza delle Regioni a statuto speciale, fondata sui rispettivi Statuti speciali, la disciplina delle elezioni regionali (rimessa ad una legge statutaria) e comunali (nell'esercizio della potestà primaria esclusiva)[31].

Ciò detto, la strategia del Governo è stata quella di un rinvio di elezioni attraverso apposite previsioni contenute in decreti legge, con riferimento a consultazioni ricadenti in materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato; con riferimento alle elezioni regionali (Regioni a statuto ordinario) lo stesso esito è stato ottenuto prorogando la durata dei Consigli regionali[32]. Con riferimento allo svolgimento delle consultazioni, le previsioni in questione sono state largamente attuate da una congerie di atti attuativi, prevalentemente di recepimento di linee guida, adottate in particolare da autorità competenti in materia sanitaria.

Sul primo punto, non è possibile in questa sede indagare le numerose problematiche poste dal rinvio delle elezioni, salvo ricordare come lo stesso Presidente della Repubblica, nel comunicato del 2 febbraio 2021, all'esito del fallimento dell'ipotesi di dare vita al Governo Conte III, abbia osservato, con riferimento all'eventuale prospettiva di elezioni politiche anticipate, che «le elezioni non consistono soltanto nel giorno in cui ci si reca a votare ma includono molte e complesse attività precedenti per formare e presentare le candidature. / Inoltre la successiva campagna elettorale richiede – inevitabilmente – tanti incontri affollati, assemblee, comizi: nel ritmo frenetico elettorale è pressoché impossibile che si svolgano con i necessari distanziamenti. / In altri Paesi in cui si è votato – obbligatoriamente, perché erano scadute le legislature dei Parlamenti o i mandati dei Presidenti – si è verificato un grave aumento dei contagi. / Questo fa riflettere, pensando alle tante vittime che purtroppo continuiamo ogni giorno – anche oggi – a registrare»[33].

Questa citazione sintetizza al meglio le problematiche relative allo svolgimento di consultazioni elettorali nell'epoca del dilagare della pandemia.

In questo senso, non sembra contestabile l'utilizzazione del decreto legge, per decidere la posticipazione delle consultazioni elettorali.

Come è noto, l'uso del decreto legge in materia elettorale è apparso problematico[34], anche se dalla giurisprudenza costituzionale possono trarsi argomenti sufficientemente sicuri per escluderlo solo con riferimento alla disciplina del sistema elettorale in senso stretto (spunti in Corte cost., sent. n. 161/1995) o ad una disciplina organica del fenomeno elettorale (sent. n. 220/2013, che allude all'ammissibilità della decretazione di urgenza solo «per in-

[31] Ai sensi dell'art. 14, comma 1, lett. *o*), Statuto Sicilia; art. 3, comma 1, lett. *b*), Statuto Sardegna; art. 2, comma 1, lett. *b*), Statuto Valle d'Aosta; art. 4, comma 1-*bis*, Statuto Friuli-Venezia Giulia; art. 4, comma 1, n. 4, Statuto Trentino-Alto Adige.

[32] S. De Nardi, *Sulla proroga della durata degli organi elettivi regionali*, in *Le Regioni*, 2020, pp. 1329 ss.

[33] Il testo del comunicato è rinvenibile in *www.quirinale.it*.

[34] L. Trucco, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 529 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati; cfr., altresì, per tutti, G. Grottanelli de' Santi, *Uso ed abuso del decreto legge*, in *Dir. e soc.*, 1978, pp. 256 ss.; R. Tarchi, *Incompetenza legislativa del Governo, interposizione del Parlamento e sindacato della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 951, nt. 32 e 33; E. Lehner, *La decretazione d'urgenza in materia elettorale*, in M. Siclari (a cura di), *I mutamenti della forma di governo. Tra modificazioni tacite e progetti di riforma*, Roma, Aracne, 2008, pp. 162 ss.

cidere su singole funzioni degli enti locali, su singoli aspetti della legislazione elettorale o su specifici profili della struttura e composizione degli organi di governo»)[35].

Nel caso del rinvio delle elezioni a causa del COVID-19 si versa in una di quelle «emergenze tali da dimostrare non la sola opportunità ma, addirittura, forse, la stessa doverosità di un intervento per decreto»[36], in quanto «eccezionale funzione legislativa utilizzabile dal Governo "in casi straordinari di necessità e di urgenza"»[37], e, pertanto, strumento non surrogabile da utilizzare per interventi immediati nelle ipotesi di emergenza[38].

In linea di principio, infatti, visto il contesto emergenziale, l'uso della decretazione d'urgenza non appare di per sé censurabile, anche alla stregua di quanto sostenuto da una parte importante della dottrina che ha individuato nel decreto legge la fonte che può disporre misure insolite anche sul piano della limitazione dei diritti fondamentali per fronteggiare contesti emergenziali, purché esse siano proporzionate e temporanee, quindi destinate a perdere legittimità ove ingiustificatamente protratte nel tempo (cfr. Corte cost., sent. n. 15/1982[39]). Nello stesso senso, si è espressa la Presidente della Corte costituzionale nella relazione sull'attività dell'organo nel 2019[40].

Sebbene la posticipazione delle consultazioni implichi «un'alterazione rispetto all'ordinario svolgersi dei mandati delle assemblee elettive ed al rispetto dei tempi prescritti per lo svolgimento delle consultazioni referendarie» e quindi incida sulla fruibilità stessa del diritto di voto, il rinvio delle elezioni a partire dai d.l. 18 (art. 81, con riferimento al *referendum* costituzionale relativo alla riduzione del numero dei parlamentari) e 26/2020 (con riferimento alle altre) è apparso tutto sommato contenuto nel tempo e in linea di principio giustificabile alla stregua dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza in particolare con riferimento «ai tempi effettivi o prevedibili della cessazione dell'emergenza in atto e della possibilità di ripristino delle condizioni per poter effettuare la consultazione prevista nel pieno rispetto delle garanzie per l'espressione di un voto libero e consapevole»[41].

---

[35] S.M. Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 300-301.

[36] A. Ruggeri, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 174. Nello stesso senso, con specifico riferimento al rinvio delle elezioni, M. Siclari, *Votazioni ed emergenza sanitaria*, cit., pp. 6 ss.

[37] U. De Siervo, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2020, n. spec., pp. 300 ss.

[38] G. Silvestri, *Covid-19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu*.

[39] Sulla quale, in particolare, L. Carlassare, *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15?*, in *Giur. cost.*, 1982, I, pp. 82 ss.; A. Pace, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza*, *ivi*, 108 ss.; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, pp. 450 ss.; P. Pinna, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, 140 ss. Anche da tale pronuncia si desume quindi la preminenza del «*valore della identità e continuità dell'ordinamento nel tempo*, valore che è *prima e fuori* ma anche, a un tempo, *dentro* l'ordine costituzionale»: A. Ruggeri, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, cit., p. 177.

[40] M. Cartabia, *Presidente della Corte costituzionale, L'attività della Corte costituzionale nel 2019* (28 aprile 2020), rinvenibile in *www.cortecostituzionale.it*, pp. 25-26.

[41] M. Siclari, *Votazioni ed emergenza sanitaria*, cit., pp. 5-6. Nello stesso senso, in generale, M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *www.rivistaaic.it*, 2020, n. 2, p. 120.

Certo, l'individuazione in concreto della data delle elezioni, infine fissate per il 20-21 settembre 2020, ha dato luogo a polemiche politiche e non solo: sul punto infatti, il Comitato tecnico scientifico istituito presso il Dipartimento della protezione civile nella riunione del 19 maggio 2020 aveva osservato che «la circolazione dei coronavirus nella popolazione è osservata in aumento durante i periodi dell'anno caratterizzati dalle basse temperature rispetto alla riduzione dell'incidenza delle affezioni registrata a carico delle vie aree nella stagione calda. Sebbene le conoscenze scientifiche del virus SARS-CoV-2 non forniscano, al momento, chiare indicazioni sulle modalità di contagio nei periodi estivi, analogamente a quanto osservato per gli altri coronavirus e nel rispetto del principio di massima precauzione, il CTS indica, quale scelta più plausibile tra le diverse opzioni rappresentate dai Ministri, l'effettuazione delle consultazioni elettorali all'inizio del mese di settembre p.v.»[42].
È noto che la proposta del Comitato accoglieva, in qualche misura, un polemico documento della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 7 maggio 2020 (si tratta del documento 20/72/CR4bis/C1), presentato nella seduta della Conferenza Stato-Regioni svoltasi in pari data, allo scopo di consentire lo svolgimento delle consultazioni regionali a partire dalla seconda settimana di luglio, in presenza di dati epidemiologici favorevoli, e comunque previa intesa con il Ministero della salute; e ciò sul presupposto che «la c.d. "Fase 2", prevedendo la riapertura di diritti anche fondamentali, quali il diritto al lavoro e il diritto alla mobilità sul territorio nazionale, avrebbe potuto includere la possibilità di esercitare il diritto di voto»[43].
Tale proposta, configurata nei termini di un emendamento all'art. 1 del d.l. 26/2020[44], non è stata però approvata, né il parere del Comitato seguito, lasciando l'impressione di una vicenda non priva di aspetti criticabili, sul piano dell'opportunità e forse anche della legittimità costituzionale, in una materia in cui la cooperazione tra lo Stato e le Regioni appare essenziale.

[42] Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della protezione civile, Comitato tecnico scientifico ex oo.c.d.p.c. 3 febbraio 2020, n. 630 e 18 aprile 2020, n. 663, 19 maggio 2020, verbale n. 77, in *www.protezionecivile.gov.it*, 2-3.

[43] Il testo è rinvenibile in *www.regioni.it*.

[44] Il testo risultava del seguente tenore: «In deroga a quanto previsto dall'articolo 5, comma 1, della legge 2 luglio 2004, n. 165, gli organi elettivi delle regioni a statuto ordinario il cui rinnovo è previsto entro il 2 agosto 2020 durano in carica cinque anni e tre mesi; le relative elezioni si svolgono esclusivamente nelle otto domeniche precedenti la nuova scadenza del mandato ed i sessanta giorni successivi al termine della durata del mandato. La data di svolgimento delle elezioni, nell'ambito di tale arco temporale, è stabilita dal Presidente della Regione, d'intesa con il Ministro della Salute».

3. Dai decreti legge in materia elettorale alle linee guida e viceversa: la "circolarità" del "diritto elettorale dell'emergenza"

Come si è accennato nel paragrafo precedente, la decretazione d'urgenza in materia elettorale, con riferimento alle modalità organizzative delle consultazioni, è stata largamente attuata da linee guida, in particolare assunte dal o su iniziativa del Comitato tecnico scientifico[45].

In questo senso le indicazioni fornite da tale organo nella richiamata seduta del 19 maggio, relative all'«impatto che la contingenza pandemica potrebbe avere sulla popolazione durante lo svolgimento delle elezioni e le misure contenitive per consentire la più ampia e libera partecipazione degli elettori»[46], sono state "recepite" in sede di conversione del d.l. 26/2020, in particolare negli artt. 1-*bis* e 1-*ter*, che recano disposizioni sulle modalità di svolgimento delle operazioni di votazione per le consultazioni elettorali e referendarie dell'anno 2020.

Così, in particolare, l'art. 1-*bis*, comma 1, «al fine di assicurare il necessario distanziamento sociale», ha prolungato la durata delle operazioni di voto alla giornata di lunedì (dalle 7 alle 15), in deroga a quanto previsto in via generale dall'art. 1, comma 399, della l. 147/2013, con ciò ripristinando, sia pure *una tantum*, quanto previsto dagli artt. 1 e 4, della l. 62/2002. Sul punto, infatti, il Comitato tecnico scientifico aveva suggerito di estendere a due giorni la durata delle operazioni di voto (anche degli eventuali ballottaggi) «al fine di distribuire in maniera più omogenea la fruizione dei seggi elettorali e di evitare, in questo modo, eventuali picchi di affluenza»[47].

Sempre in ossequio al parere del Comitato tecnico-scientifico, l'art. 1-*ter* ha previsto che «al fine di prevenire il rischio di contagio da COVID-19, le consultazioni elettorali e referendarie dell'anno 2020 si svolgono nel rispetto delle modalità operative e precauzionali di cui ai protocolli sanitari e di sicurezza adottati dal Governo».

La *ratio* di tale disposizione, come si legge nell'esteso e articolatissimo parere del Comitato tecnico scientifico del 30 luglio 2020, è quella di bilanciare «due diritti costituzionalmente garantiti: il diritto di voto del singolo individuo e il diritto alla salute individuale e della

[45] Sul rilievo delle determinazioni del Comitato tecnico scientifico nella stagione dell'emergenza COVID cfr., per tutti, E. Catelani, *I poteri del governo nell'emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, in *Quad. cost.*, 2020, pp. 729 ss.; M. Terzi, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2020, n. 2, pp. 285 ss.

[46] Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della protezione civile, Comitato tecnico scientifico ex oo.c.d.p.c. 3 febbraio 2020, n. 630 e 18 aprile 2020, n. 663, 19 maggio 2020, verbale n. 77, cit., p. 2.

[47] Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della protezione civile, Comitato tecnico scientifico ex oo.c.d.p.c. 3 febbraio 2020, n. 630 e 18 aprile 2020, n. 663, 19 maggio 2020, verbale n. 77, cit., p. 3.

intera collettività», partendo comunque dall'assunto che il primo non può essere limitato se non nei soli casi di cui all'art. 48, comma 4, Cost.[48].

Lo stesso parere si dilunga nell'individuare misure che avrebbero dovuto essere adottate a tutela della salute collettiva, riferendosi in particolare alle seguenti, considerate indispensabili: *a*) rispetto delle corrette prassi igieniche, garantendo la disponibilità e l'utilizzo presso le sedi elettorali di mascherine e guanti (ad esempio, per poter maneggiare le matite copiative per l'espressione delle preferenze); *b*) distanziamento sociale per i membri della Commissione elettorale; *c*) areazione frequente degli ambienti sedi dei seggi elettorali; *d*) distanziamento sociale superiore ad un metro tra elettore e membri della Commissione elettorale in tutti i casi in cui, per motivi legati alla identificazione dell'elettore, appaia necessaria la rimozione temporanea della mascherina (che deve comunque essere ridotta al minimo); *e*) fornitura in ciascun seggio di prodotti per la sanificazione, necessari anche per le attività di identificazione degli elettori; *f*) effettuazione dello spoglio delle schede con i guanti. Altre misure sono qualificate, espressamente o implicitamente, come necessarie; tra queste: *a*) divieto di assembramenti anche da parte dei rappresentanti di lista, a cui comunque avrebbe dovuto essere assicurata la funzione istituzionale di assistere alle operazioni di voto e scrutinio; *b*) potenziamento del personale delle forze di polizia e delle forze armate presso le sedi elettorali, per contenere ed impedire eventuali assembramenti all'interno e all'esterno delle sedi di seggio; *c*) distanziamento sociale e obbligo di utilizzare le mascherine durante lo spoglio delle schede; *d*) ripiego e inserimento nell'urna della scheda elettorale direttamente da parte dell'elettore, senza toccare la feritoia o l'urna; *e*) individuazione di modalità operative e/o organizzative che evitassero il contatto con l'urna ovvero impiego, al di sopra di essa, di una lamina in plastica o di plexiglass o in altro materiale analogo che consentisse una periodica e agevole sanificazione della superficie e della feritoia dell'urna medesima; *f*) frequente sanificazione dei sgervizi igienici. Infine è ritenuto auspicabile: *a*) l'ingresso nel seggio elettorale di un elettore alla volta; *b*) l'identificazione, quando tecnicamente possibile, di percorsi di ingresso e uscita dai seggi elettorali separati e contrapposti[49].

Ancora, il Comitato ha dettato prescrizioni sulle sezioni elettorali negli ospedali con reparti COVID e sull'esercizio del diritto di voto dei soggetti sottoposti a regime di quarantena o di isolamento domiciliare fiduciario.

Ciò detto, l'art. 1-*ter* non è privo di qualche elemento problematico, non solo per l'aumento degli oneri finanziari per i Comuni (puntualmente evidenziato dall'Anci in una memoria presentata alla 1a Commissione permanente del Senato[50]) ma soprattutto perché sembra

[48] Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della protezione civile, Comitato tecnico scientifico ex oo.c.d.p.c. 3 febbraio 2020, n. 630 e 18 aprile 2020, n. 663, 30 luglio 2020, verbale n. 97, in *www.protezionecivile.gov.it*, p. 21.

[49] Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della protezione civile, Comitato tecnico scientifico ex oo.c.d.p.c. 3 febbraio 2020, n. 630 e 18 aprile 2020, n. 663, 30 luglio 2020, verbale n. 97, cit., pp. 22 ss.

[50] Il testo del documento dell'Anci è rinvenibile in *www.senato.it*.

configurare una sorta di delegificazione in favore di un atto quantomeno di incerta qualificazione giudica e in ambiti potenzialmente rilevanti: il dubbio non è privo di pregio, nella misura in cui lo stesso Comitato tecnico scientifico ha ritenuto, da un lato che «spetta al decisore politico la valutazione della fattibilità e delle misure decisionali necessarie per l'attuazione delle raccomandazioni tecniche di seguito rappresentate a tutela della salute di tutti i soggetti coinvolti»[51]; dall'altro, implicitamente è sembrato presupporre che il protocollo deroghi alla legislazione vigente, quantomeno con riferimento alla possibilità che i votanti ripongano personalmente la scheda nell'urna, sottraendo questo compito al Presidente di seggio; alla possibilità di abbassare il limite di 200 posti letto per l'attivazione dei seggi ospedalieri; alla raccolta del voto a domicilio; alla disciplina del voto dei soggetti in quarantena e in isolamento fiduciario[52]. Più in generale, il Comitato tecnico scientifico ha alluso a «eventuali "procedure d'emergenza" per la gestione di ogni possibile fenomeno contingente che possa minare il diritto all'esercizio del diritto di voto dei cittadini»[53].
Come si dirà più oltre, peraltro, tutte queste ipotizzate misure sono state "legificate" dal d.l. 103/2020, mentre il "protocollo sanitario e di sicurezza per lo svolgimento delle consultazioni elettorali e referendarie dell'anno 2020"[54], sottoscritto dal Ministro dell'interno e dal Ministro della salute, in attuazione dell'art. 1-*ter* in esame di fatto ha recepito il parere del Comitato, con alcune precisazioni, alcune peraltro ripetitive della normativa vigente (così l'imposizione dell'uso della mascherina per gli elettori, per ogni altro soggetto avente diritto all'accesso al seggio), altre forse dettate da un eccessivo scrupolo (la tripla igienizzazione delle mani da parte degli elettori, all'ingresso, dopo l'identificazione, dopo l'esercizio del voto), in ogni caso non apportando deroghe di sorta alla legislazione vigente in materia.
Tuttavia, a dimostrazione della almeno parziale fungibilità degli strumenti attuativi, una circolare (n. 41/2020) del Ministero dell'interno[55] ha ulteriormente integrato le prescrizioni del Comitato, sia pure solo per alcuni profili, tra i quali il distanziamento delle cabine elettorali, la predisposizione di dispositivi di distribuzione di detergenti all'ingresso e all'esterno del seggio; la vigilanza sull'obbligo per tutti gli elettori di recarsi al voto muniti di mascherina e di indossarla nel rispetto delle normative vigenti, la raccomandazione dell'utilizzo della mascherina da parte degli scrutatori e dei Presidenti di seggio, con la

[51] Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della protezione civile, Comitato tecnico scientifico ex oo.c.d.p.c. 3 febbraio 2020, n. 630 e 18 aprile 2020, n. 663, 30 luglio 2020, verbale n. 97, cit., p. 25.

[52] Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della protezione civile, Comitato tecnico scientifico ex oo.c.d.p.c. 3 febbraio 2020, n. 630 e 18 aprile 2020, n. 663, 30 luglio 2020, verbale n. 97, cit., rispettivamente pp. 28, 30, 31-32. Con riferimento alle modalità di voto, si ammette tuttavia un'eccezione con riferimento alle elezioni suppletive del Senato, tenuto conto delle caratteristiche antifrode delle schede di voto.

[53] Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della protezione civile, Comitato tecnico scientifico ex oo.c.d.p.c. 3 febbraio 2020, n. 630 e 18 aprile 2020, n. 663, 30 luglio 2020, verbale n. 97, cit., p. 32.

[54] Rinvenibile in *dait.interno.gov.it*.

[55] Rinvenibile anch'essa in *dait.interno.gov.it*.

precisazione della loro sostituzione ogni 4-6 ore e comunque ogni volta risulti inumidita o sporca o renda difficoltosa la respirazione.
Tra l'altro, in questo dedalo di atti non è chiaro quali siano le conseguenze per eventuali trasgressioni (da parte dei componenti del seggio o degli elettori): si pensi, ad esempio, all'ambiguo passo del protocollo sanitario nel quale si rimette «alla responsabilità di ciascun elettore il rispetto di alcune regole basilari di prevenzione quali: - evitare di uscire di casa e recarsi al seggio in caso di sintomatologia respiratoria o di temperatura corporea superiore a 37.5°C; - non essere stati in quarantena o isolamento domiciliare negli ultimi 14 giorni; - non essere stati a contatto con persone positive negli ultimi 14 giorni»[56].
Per evitare l'esclusione dal diritto di voto di un certo numero di elettori (alcune decine di migliaia), il d.l. 103/2020, in "attuazione" delle indicazioni del Comitato tecnico scientifico sopra riportate, ha previsto: *a*) nuove modalità per l'esercizio di voto (disponendo che sia l'elettore personalmente a deporre la scheda nell'urna: art. 1); *b*) l'istituzione di sezioni elettorali ospedaliere nelle strutture sanitarie che ospitano reparti COVID-19 (art. 2); *c*) l'esercizio domiciliare del voto per gli elettori sottoposti a trattamento domiciliare o in condizioni di quarantena o di isolamento fiduciario per COVID-19 presso il Comune di residenza, essendo assegnati alla sezione elettorale ospedaliera territorialmente più prossima al loro domicilio (art. 3).
Si tratta di disposizioni condivisibili, ispirate, soprattutto la seconda e la terza, alla *ratio* di favorire l'esercizio del diritto di voto a soggetti altrimenti impossibilitati. Curiosamente il d.l. 103/2020 è stato lasciato decadere ma i suoi effetti sono stati salvati in un emendamento alla legge di conversione del "decreto Agosto" successiva allo svolgimento delle elezioni (art. 1, comma 2, l. 126/2020).
L'art. 2 ha previsto, in particolare, l'istituzione di ulteriori sezioni elettorali ospedaliere anche in tutte le strutture sanitarie con almeno 100 posti-letto in cui siano operativi reparti Covid-19, derogando alla disciplina generale di cui all'art. 9 della l. 136/1976, perché la disposizione in esame consente sezioni ospedaliere con funzioni di raccolta del voto e di spoglio delle schede votate, mentre in precedenza la normativa consentiva solo l'istituzione di un seggio speciale, con funzioni limitate alla raccolta del voto dei degenti.
Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. c), le competenti autorità sanitarie devono impartire le indicazioni operative in merito alle procedure di sicurezza sanitarie da osservare durante le operazioni elettorali.
La disposizione è stata largamente attuata da una serie di atti attuativi, talvolta innominati. Si pensi in particolare alle «Indicazioni sulle misure di prevenzione dal rischio di infezione da SARS-CoV-2 per lo svolgimento delle elezioni referendarie, suppletive, regionali e comunali del 20-21 settembre 2020, con particolare riferimento al voto di pazienti in qua-

[56] In questa parte, peraltro, il protocollo mutua quasi letteralmente le indicazioni del Comitato tecnico scientifico nella seduta del 30 luglio 2020 (p. 27).

rantena e in isolamento domiciliare» adottate dal Ministero della salute il 14 agosto 2020[57], nelle quali, oltre a disciplinare la raccolta del voto nei reparti Covid, tra l'altro, a sua volta rinviando a «ulteriori eventuali accorgimenti che saranno indicati dal personale sanitario a questi preposto», a richiamare ampiamente i contenuti del parere del Comitato tecnico-scientifico, salvo ulteriori precisazioni («Mantenere il distanziamento di almeno un metro; igienizzare frequentemente le mai con soluzione idroalcolica; indossare filtranti facciali FFP2, da sostituire dopo sei ore; indossare guanti monouso se si devono maneggiare le schede; evitare di toccarsi il volto (sia a mani nude sia indossando i guanti), con particolare riguardo alle mucose orali, nasali e agli occhi»), a insistere sulla necessità che le operazioni di voto siano le più rapide possibile, si disciplina *ex professo* il voto domiciliare, facendo proprie anche le raccomandazioni desumibili dai rapporti COVID-19 n. 1 e n. 2 dell'Istituto superiore di sanità con riferimento alle operazioni volte a tutelare la salute sia dei componenti del seggio, sia degli elettori.

Sull'esercizio del diritto di voto è previsto che le schede elettorali, dopo la votazione, siano inserite in apposite buste, e, anche se non viene detto, successivamente collocate nelle urne della sezione elettorale cui l'elettore è assegnato.

Da parte sua, la circolare 39/2020 del Ministero dell'interno prevede che il voto domiciliare sia possibile in entrambi i giorni di votazione, specificando che «devono essere, comunque, assicurate, con ogni mezzo idoneo, la libertà e la segretezza del voto nel rispetto delle esigenze connesse alle condizioni di salute ed in stretta osservanza delle indicazioni operative dalla competente autorità sanitaria». Ed ancora, l'aggiornamento delle indicazioni del Ministero della salute sulle misure di prevenzione dal rischio di infezione richiama le nozioni di "trattamento domiciliare", "quarantena", "isolamento fiduciario" qualificandole però «di stretta interpretazione, non suscettibili di applicazione analogica né integrabili in altro modo», concludendo che «il funzionario medico designato dai competenti organi dell'azienda sanitaria locale provvederà pertanto ad attestare, mediante apposita certificazione, la ricorrenza di una delle predette ipotesi quale condizione legittimante l'espressione del voto a domicilio»[58].

Altre indicazioni emergono dalla circolare del Ministero della salute recante «Indicazioni sulle misure di prevenzione dal rischio di infezione da SARS-CoV-2 per lo svolgimento delle elezioni referendarie, suppletive, regionali e comunali del 20-21 settembre 2020, con particolare riferimento alla raccolta del voto presso le strutture residenziali sociosanitarie e socioassistenziali (RSA)» dell'11 settembre 2020[59].

---

[57] Il testo è rinvenibile in *www.salute.gov.it*.

[58] Sul punto, una circolare successiva del Ministero dell'interno (49/2020) conferma che queste definizioni «valgono solo per queste operazioni di voto e non sono suscettibili di applicazione analogica».

[59] In essa si prevede che «il personale di seggio addetto alla raccolta del voto dovrà sottoscrivere un'autocertificazione nella quale dichiara: - di non aver avuto sintomi riferibili all'infezione da Covid-19 (temperatura corporea maggiore di 37,5°, tosse, astenia, etc.) negli ultimi 14 giorni; - di non essere stato a contatto con persone SARS-CoV-2 positive o ai loro familiari anche se asintomatici negli ultimi 14 giorni; - di non aver soggiornato in aree a rischio negli ultimi 14

Come si vede, si tratta di atti almeno paranormativi che si intersecano con altri altrettanto dubbi sul piano della loro qualificazione giuridica, dello Stato ma anche delle Regioni: si pensi, ad esempio, a una recente ordinanza del Presidente della Regione Toscana[60] con due allegati relativi, rispettivamente, a «la raccolta e lo spoglio del voto degli elettori sottoposti a trattamento domiciliare o in condizioni di quarantena o di isolamento fiduciario per COVID-19» e a «l'esercizio del diritto di voto nelle strutture sociosanitarie no-Covid» che si sovrappone, pur senza contraddirle, alle linee guida statali sopra riportate[61]. A tale ordinanza ha fatto seguito una circolare la quale ha raccomandato che i seggi presso le strutture sanitarie che ospitino reparti COVID-19 siano costituiti preferibilmente con personale sanitario: anche se ne è intuitiva la ragione[62], rimane il fatto che il d.l. 103/2020 prevede la possibilità di nomina del personale sanitario solo «in caso di accertata impossibilità alla costituzione della sezione elettorale ospedaliera e dei seggi speciali» (art. 2, comma 2)[63].
La stessa circolare regionale impone poi l'individuazione sia di un Responsabile sanitario presso ogni Direzione aziendale che sia a disposizione nelle ore di apertura dei seggi, per impartire le indicazioni al personale sanitario impegnato nelle operazioni di voto in caso di necessità dovuto ad improvvise criticità, sia di un Referente sanitario regionale, con compiti di raccordo con gli Uffici elettorali regionali e con le Prefetture.

4. Il diritto elettorale dell'emergenza alla prova della prassi

La prassi applicativa della normativa statale sopra riportata è apparsa confortante, anche se non sono mancati problemi legati all'esercizio del voto per soggetti ricoverati in ospe-

giorni; - al fine di prevenire una eventuale trasmissione del virus dall'esterno ai residenti e al personale già presenti nella struttura residenziale, è obbligatorio l'uso di mascherine chirurgiche sia per gli operatori di seggio che per il votante; - è obbligatorio il mantenimento del distanziamento e igienizzazione frequentemente le mani». Si specifica altresì che le operazioni di voto debbano svolgersi in locali dedicati.

[60] Si tratta dell'ordinanza 9 settembre 2020, n. 84 («Elezioni regionali 2020 – Disposizioni per l'esercizio del diritto di voto in attuazione del decreto legge 14 agosto 2020 n. 103 (Modalità operative, precauzionali e di sicurezza per la raccolta del voto nelle consultazioni elettorali e referendarie dell'anno 2020)»).

[61] Si consideri infatti che l'ordinanza può avere efficacia solo con riferimento alle elezioni regionali e non alle altre sulle quali sussiste la competenza normativa esclusiva dello Stato.

[62] Si afferma infatti: «Nella corretta presa in carico di questi pazienti non può non essere prevista anche la tutela dei diritti fondamentali ed inviolabili della persona, tra cui insiste a pieno titolo il diritto di voto. Mai come ora, però, è indispensabile che tale diritto venga esercitato in piena sicurezza, con la certezza di impedire ulteriori contagi. Questo risultato non può che essere raggiunto utilizzando il personale che, in ragione della propria attività lavorativa, possiede tutte le competenze tecniche e professionali necessarie per interfacciarsi con i pazienti infetti. L'impiego di personale sanitario per poter garantire la gestione in piena sicurezza delle operazioni di voto di questi cittadini positivi al COVID-19 deve essere quindi considerata una vera e propria azione di prevenzione del contagio». Il testo della circolare è rinvenibile in *www.regione.toscana.it*.

[63] Allude a questa possibilità anche il Comitato tecnico scientifico nella già richiamata seduta del 30 luglio 2020 (pp. 31-32).

dali siti in Comuni o in Province diversi da quello di residenza del degente: in questo caso, non è stato possibile garantire il voto nelle elezioni comunali o, con riferimento alle elezioni regionali, nella circoscrizione di residenza.
Tuttavia, tale problematica limitazione del diritto di voto si è verificata in ossequio alla richiamata circolare del Ministero dell'interno 39/2020 nella quale si legge in particolare che «in considerazione dei principi dettati dal decreto-legge n. 1/2006, convertito dalla legge n. 22/2006, si precisa che l'elettore, il cui voto viene raccolto nella struttura sanitaria in cui è ricoverato o presso il suo domicilio se in condizione di quarantena o isolamento fiduciario, può esprimere il voto per la consultazione referendaria e per le elezioni (suppletive, regionali e comunali) per le quali goda del diritto di elettorato attivo e che si svolgano nel territorio comunale in cui è istituita la sezione ospedaliera cui è assegnato». Ossia, come si legge nel *Dossier* del Servizio studi di Camera e Senato, «un elettore residente in un Comune nel quale si svolgano le elezioni amministrative, ma iscritto nella sezione ospedaliera di un comune diverso, non potrebbe comunque votare per le elezioni amministrative del suo comune di residenza (e considerazioni analoghe valgono, ove se ne verificassero le condizioni, anche per le elezioni regionali e per le elezioni suppletive del Senato)[64].
Certo, non sono mancate alcune ambiguità interpretative che hanno dato luogo a soluzioni a dir poco opinabili: così, se la *ratio* dell'art. 1 del d.l. 103/2020, in linea con il parere del Comitato, era quella di derogare alla regola generale (invero non poco discutibile) per cui è il Presidente del seggio a inserire la scheda nell'urna, circolari del Ministero dell'interno hanno chiarito che, con riferimento alle elezioni suppletive in due collegi uninominali per il Senato in Veneto e Sardegna, tale disposizione non poteva trovare applicazione, poiché l'art. 1 fa salvo l'art. 31, comma 6, d.p.r. 361/1957 che prevede il c.d. "tagliando antifrode"[65].
Pertanto, la circolare 39/2020 ha affermato che «nelle elezioni suppletive del Senato della Repubblica che si svolgeranno nei due collegi uninominali interessati (03 della Regione Sardegna e 09 della Regione Veneto) rimane fermo l'obbligo dell'elettore di consegnare la scheda votata per tale consultazione, opportunamente piegata, al presidente di seggio (o chi ne fa le veci), il quale è tenuto a staccare il tagliando antifrode dalla scheda medesima e a collocarla, quindi, nell'urna. In quest'ultima circostanza il presidente (o chi ne fa le veci) indosserà i guanti per ricevere la scheda votata»; e ciò nonostante che sull'utilizzazione dei guanti gli stessi esperti abbiano manifestato almeno qualche perplessità.
Se quindi l'andamento del voto non ha fatto registrare particolari problematicità, minore attenzione è stata data dalla normativa alle fasi antecedenti al voto che hanno risentito non

[64] Senato della Repubblica, Servizio Studi – Ufficio ricerche sulle questioni istituzionali, giustizia e cultura, Camera dei deputati, Servizio studi – Dipartimento istituzioni, *Modalità operative, precauzionali e di sicurezza per la raccolta del voto nelle consultazioni elettorali e referendarie dell'anno 2020* (D.L. 103/2020 – A.S. 1924), 7 settembre 2020, rinvenibile in *documenti.camera.it*, p. 11.

[65] Peraltro, lo stesso Comitato tecnico scientifico nella richiamata seduta del 30 luglio 2020 riconosce il vincolo derivante dalla previsione legislativa del c.d. "tagliando antifrode" (p. 28).

poco delle restrizioni derivanti dalla pandemia, che non hanno consentito un adeguato bilanciamento dell'esercizio di diritti costituzionalmente rilevanti con la tutela della salute collettiva (si pensi, solo per citare un esempio, alle manifestazioni pubbliche durante il periodo di campagna elettorale ma anche alla fase della raccolta delle firme).

Sul punto, l'art. 1-*bis*, comma 2, del d.l. 103/2020 si è limitato a precisare che «per le consultazioni elettorali e referendarie dell'anno 2020, le disposizioni di cui all'articolo 4 della legge 22 febbraio 2000, n. 28, si applicano in modo da evitare posizioni di svantaggio rispetto all'accesso ai mezzi di informazione e per la comunicazione politica durante le campagne elettorali e referendaria, in relazione alla situazione epidemiologica derivante dalla diffusione del COVID-19».

Tale disposizione, limitata alle consultazioni del 2020 e riferita solo alla comunicazione politica radiotelevisiva e ai messaggi radiotelevisivi autogestiti in campagna elettorale, da una parte, appare piuttosto generica, e, dall'altra, insufficiente rispetto ai tanti problemi che la fase della campagna elettorale presenta in relazione all'emergenza sanitaria, anche considerando il fatto che la comunicazione politica costituisce una parte rilevante ma non esaustiva della propaganda politica che si giova anche di attività tradizionali.

Al d.l. 26/2020 ha perciò fatto seguito un'attività attuativa: così nel caso della Toscana, un'ordinanza del Presidente della Regione (n. 77 del 12 agosto 2020), adottata in agosto ai sensi dell'art. 32 della l. 833/1978, ha disciplinato le iniziative pubbliche o elettorali in ambienti del SSR[66].

Essa ha previsto che eventuali richieste di svolgimento di iniziative pubbliche o elettorali da parte di gruppi sociali, soggetti politici e/o candidati alle elezioni, potevano essere consentite solo predisponendo idonei spazi, che si collocassero rigorosamente al di fuori degli ambienti sanitari, fermo restando l'obbligo per i partecipanti di fare stretta osservanza di ogni misura prevista in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica in atto, con particolare riferimento al divieto di assembramenti e all'adozione di tutte le misure necessarie ad evitare possibili contagi.

In tal modo, però, il Presidente della Regione ha disciplinato lo svolgimento di attività di campagna elettorale anche riferita ad elezioni nazionali (il referendum costituzionale) o ad elezioni la cui disciplina ricade nella competenza legislativa esclusiva dello Stato (le elezioni comunali, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *p*, Cost.).

[66] L'ordinanza è rinvenibile in *www.regione.toscana.it*.

5. Verso la seconda fase del "diritto elettorale dell'emergenza"

I paragrafi che precedono evidenziano quindi come l'emergenza derivante dal COVID in materia elettorale abbia imposto l'adozione di misure contenute in decreti legge che hanno tradotto indicazioni del Comitato tecnico-scientifico e sono state successivamente attuate da atti di incerta qualificazione ma sostanzialmente paranormativi, a loro volta di recepimento di linee guida contenute nei pareri resi dallo stesso organo o da altri comunque aventi competenze in materia di tutela della salute.

In generale, quindi, si è assistito a una sorta di "circolarità" derivante dal fatto che le misure assunte o sono state determinate "a monte" e attuate "a valle" in sede tecnica. A dimostrazione di questa centralità delle determinazioni in particolare del Comitato tecnico scientifico è la almeno parziale fungibilità dei contenuti, tra decreti legge e provvedimenti attuativi.

Queste tendenze si sono riproposte anche dopo lo svolgimento delle elezioni del settembre 2020, in vista delle consultazioni fissate per il 2021. Con una serie di disposizioni contenute in decreti legge, in alcuni casi con la tecnica della novellazione di altri decreti adottati nella stagione dell'emergenza pandemica, il rinvio delle elezioni è avvenuto in due fasi temporali distinte.

In una prima fase, tra dicembre 2020 e gennaio 2021 si è deciso il rinvio:

a) delle elezioni regionali in Calabria (art. 8, d.l. 150/2020, convertito, con modificazioni dalla l. 181/2020), a una data compresa tra il novantesimo e il centocinquantesimo giorno successivo alla data in cui si sono verificate le circostanze che rendono necessario il rinnovo ovvero nella domenica compresa nei sei giorni ulteriori; *b*) delle elezioni suppletive per i seggi della Camera e del Senato resisi vacanti entro il 28 febbraio 2021, a una data non ulteriore al 31 maggio 2021[67] (art. 4, comma 1, lett. *a*, d.l. 2/2021, convertito, con modificazioni, dalla l. 29/2021); *c*) delle elezioni per il rinnovo dei Sindaci e dei Consigli nei Comuni sciolti per infiltrazioni mafiose o similari, prevedendo che queste si svolgano entro il 20 maggio 2021, e che *medio tempore* sia prorogata la durata della gestione commissariale (art. 4, comma 1, lett. *a*, d.l. 2/2021)[68]; *d*) delle elezioni comunali nei casi di annullamento del risultato in una o più sezioni che influisca sugli esiti complessivi della proclamazione degli eletti (art. 2, comma 4, d.l. 183/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. 21/2021)[69].

[67] Si tratta in concreto dell'elezione di un deputato nel collegio uninominale Toscana-Siena 12.

[68] Si tratta dei Comuni di Casabona e Crucoli (KR), Delianuova e Siderno (RC), Vittoria (RG), San Biagio Platani (AG).

[69] La disposizione interessa il Comune di Lamezia Terme, a seguito dell'annullamento delle operazioni di voto in quattro sezioni a seguito della sentenza del Tar Calabria 14 dicembre 2020, n. 2020 (rinvenibile in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Successivamente, sempre a seguito di un parere del Comitato tecnico scientifico[70] con il d.l. 25/2021, per l'aggravamento del quadro epidemiologico e, come si legge nel preambolo allo stesso, per l'esigenza di assicurare che le consultazioni elettorali «si svolgano in condizioni di sicurezza per la salute dei cittadini, tenendo conto della campagna vaccinale in corso» e di evitare che nello svolgimento delle procedure elettorali «si determinino fenomeni di assembramento di persone e condizioni di contiguità sociale al di sotto delle misure precauzionali adottate, ai fini del contenimento alla diffusione del virus», *è stato previsto che le elezioni dei Sindaci e dei Consigli comunali e circoscrizionali previste per il turno annuale ordinario si tengano tra il 15 settembre e il 15 ottobre 2021 e che in questo* stesso turno si svolgano altresì le altre elezioni già rinviate dalle disposizioni sopra riportate, ivi comprese le elezioni regionali calabresi, che quindi avranno luogo a distanza di circa un anno dal decesso della Presidente Santelli (art. 1)[71].

La posticipazione costituisce una scelta necessitata alla luce del preoccupante quadro epidemiologico, che è stato ritenuto incompatibile con lo svolgimento di consultazioni coinvolgenti milioni di elettori (le elezioni comunali interesseranno poco meno di 1.300 Comuni e, tra questi, alcuni dei più popolosi quali Roma, Milano, Napoli, Torino).

In sede di conversione del d.l. 2/2021 è stato poi inserito un emendamento che estende al 2021 la riduzione a un terzo del numero delle sottoscrizioni per la presentazione delle liste e delle candidature nelle elezioni regionali, limitatamente a quelle a statuto ordinario, rimanendo ferma la facoltà delle Regioni di prevedere in modo difforme. La stessa previsione è contenuta nel d.l. 25/2021, con riferimento alle elezioni comunali e circoscrizionali (art. 2).

È da segnalare che, diversamente da quanto avvenuto con riferimento alle elezioni indette per il 20 settembre, in questi casi il Governo ha dato seguito alle indicazioni rese dal Comitato tecnico scientifico, che già nella seduta del 29 dicembre 2020 ha manifestato chiare perplessità in ordine al prossimo svolgimento delle elezioni calabresi, anche sottolineando, diversamente dal parere del maggio più volte richiamato, «la necessità di considerare il rischio derivante non solo dalle procedure di voto nelle giornate dedicate alla consultazione elettorale, ma anche tutte le attività propedeutiche necessarie al corretto svolgimento delle elezioni (raccolta, sottoscrizione e deposito delle candidature, comizi elettorali, ecc.)»[72]; similmente, nella successiva riunione del 15 gennaio 2021 lo stesso Comitato ha auspicato la posticipazione delle elezioni del Consiglio metropolitano di Reggio Calabria e del Presidente della Provincia di Cosenza «richiamando l'effetto e la verifica delle misure

[70] Peraltro, non è ancora avvenuta la pubblicazione dei verbali del Comitato tecnico scientifico successivi al 29 gennaio 2021.

[71] Nello stesso turno potrebbero avere luogo anche le elezioni regionali nelle Regioni nelle quali entro il 31 luglio 2021 si verifichino le condizioni che ne rendano necessario il rinnovo (art. 1, comma 2).

[72] Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della protezione civile, Comitato tecnico scientifico ex oo.c.d.p.c. 3 febbraio 2020, n. 630 e 18 aprile 2020, n. 663, 29 dicembre 2020, verbale n. 139, in *www.protezionecivile.gov.it*, p. 2.

di contenimento e di mitigazione al fine di garantire al territorio un'adeguata capacità di tracciamento e monitoraggio dell'epidemia»[73].
Non rimane che aspettare i successivi sviluppi normativi che sicuramente non mancheranno e che, nella gestione delle elezioni, difficilmente potranno prescindere da linee guida: strumento flessibile e insieme congeniale del "diritto elettorale dell'emergenza" destinato con ogni probabilità a connotare almeno le elezioni fissate per il 2021.

[73] Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della protezione civile, Comitato tecnico scientifico ex oo.c.d.p.c. 3 febbraio 2020, n. 630 e 18 aprile 2020, n. 663, 15 gennaio 2021, verbale n. 145, in *www.protezionecivile.gov.it*, p. 6.

Il (disturbo da) gioco d'azzardo tra politica e magistratura*

Renato Balduzzi

Sommario: 1. Premessa. – 2. La legislazione statale dell'ultimo decennio, tra (apparente?) indecisione e indicazione di un percorso multilivello. – 3. Il cammino della giurisprudenza costituzionale e amministrativa: un esempio di dialogo con il legislatore, statale e regionale? – 4. Linee ricostruttive: il contrasto alle conseguenze negative sociali e sanitarie del gioco d'azzardo come compito di tutta la Repubblica. – 5. Alcune (provvisorie) conclusioni.

1. Premessa

Le dimensioni imponenti che il gioco con premi di valore venale, gran parte del quale inquadrabile come gioco d'azzardo[1], ha assunto a livello comportamentale ed economico[2] e le sue pesanti e negative ricadute sotto il profilo sociale e sanitario, ormai attestate a livello internazionale e nazionale, inducono ad avviare questa sintetica ricostruzione ricercando le ragioni che diedero il via al rafforzamento dell'intreccio, tuttora esistente e non facile da illimpidire, tra i crescenti interessi imprenditoriali nel settore del gioco d'azzardo e l'interesse dell'ordinamento statale a regolamentarne lo svolgimento al fine di ridurre

---

* Il presente lavoro è destinato alla pubblicazione nel "focus" dedicato al tema "Gioco d'azzardo e diritto penale" del fascicolo 1/2021 della *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*. Si ringrazia l'editore per la pubblicazione anticipata.

[1] Per "gioco d'azzardo" si intende generalmente una «attività ludica in cui ricorre il fine di lucro e nella quale la vincita o la perdita sono in prevalenza aleatorie, avendovi l'abilità un'importanza trascurabile» (*Enciclopedia Treccani*, *sub* voce).

[2] V. i dati e i commenti contenuti in *Lose for Life. Come salvare un paese in overdose da gioco d'azzardo*, a cura di C. Forleo e G. Migneco, Milano, Altra Economia, 2017, spec. il cap. I. V. anche Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, *Libro Blu 2019*, Relazione, p. 29, dove si acclara un fatto, spesso non adeguatamente tenuto in considerazione nella pubblica discussione: nel quadriennio 2016-2019 si assiste a un incremento della raccolta (+ 14,3 %) nettamente superiore a quello delle relative entrate erariali (+ 9,6 %). Di grande interesse C. Chiavarino (a cura di), *Giocarsi tutto. Contributi sul gioco d'azzardo*, Padova, libreriauniversitaria.it edizioni, 2019.

ISSN 2611-8882

la penetrazione in esso della criminalità, anche organizzata[3], nonché di trarne un ricavo economico per l'erario.
Ai fini della nostra disamina è poco utile ripercorrere la storia lunga del gioco d'azzardo nell'esperienza repubblicana, a partire dalla diffusione popolare di giochi d'azzardo in regime di monopolio statale, quali il Lotto o il Totocalcio, caratterizzati da una connotazione "sociale" e "relazionale" che oggi è del tutto, o quasi del tutto, assente nelle forme contemporanee del gioco d'azzardo, in sale giochi e/o attraverso le svariate articolazioni del gioco *on-line*, o ancora attraverso l'ossessiva offerta di "estrazioni" in tempo praticamente reale. Più utile appare soffermarsi sulla storia recente, che ne ha visto l'esplosione quantitativa, ed esaminare il cammino della normazione, statale e regionale, in controluce rispetto all'elaborazione della giurisprudenza, costituzionale e amministrativa in particolare. Così, dopo una disamina della lettura più diffusa nella legislazione (§ 2) e nella giurisprudenza (§ 3), se ne proporrà una che cerchi di ricomporre in unità le due prospettive, quella politica e quella giurisdizionale (§ 4), e di tracciare alcune provvisorie conclusioni (§ 5).

2. La legislazione statale dell'ultimo decennio, tra (apparente?) indecisione e indicazione di un percorso multilivello

Una lettura, se non prevalente, almeno abbastanza diffusa dell'articolata "saga" della prevenzione e del contrasto al disturbo da gioco d'azzardo (DGA: una patologia, nota da parecchi decenni in campo internazionale, messa a fuoco nella cultura giuridica e sanitaria del nostro Paese con qualche ritardo)[4], ricostruisce il comportamento del legislatore statale come dapprima indifferente al bilanciamento, poi consapevole della posta in gioco, ma

[3] Sul rapporto tra gioco d'azzardo e mafie, con particolare attenzione al rapporto tra camorra e gioco d'azzardo, v. G. Russo, *Gioco d'azzardo e mafie*, in *Lose for Life*, cit., cap. 4.

[4] Dopo una prima qualificazione come "ludopatia", e successivamente come dipendenza da gioco d'azzardo (si veda il d.P.C.M. 12 gennaio 2017, recante "Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, ai sensi dell'art. 1, comma 7, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502), tale patologia è stata così qualificata dall'art. 9 del d.l. 12 luglio 2018, n. 87, conv. in l. 9 agosto 2018, n. 96. La terminologia appare tuttavia ancora incerta, soprattutto in relazione alla non corrispondenza delle sue diverse declinazioni (si pensi alla nozione di gioco patologico e a quella di gioco problematico) sul piano internazionale, dove attualmente sta prevalendo, a livello di terminologia scientifico-sanitaria, la nozione di *gambling disorder*. Per un esempio di tale difficoltà si veda, in ambito europeo, il punto 7 dei *Considerando* della "Raccomandazione della Commissione dell'Unione europea del 14 luglio 2014 n. 478 sui princìpi per la tutela dei consumatori e degli utenti dei servizi di gioco d'azzardo *on-line* e per la prevenzione dell'accesso dei minori ai giochi d'azzardo *on-line*": «La tutela dei consumatori e della salute sono i principali obiettivi di interesse generale degli Stati membri nel contesto dei rispettivi quadri nazionali per il gioco d'azzardo *intesi a promuovere la prevenzione di problematiche legate al gioco d'azzardo e la tutela dei minori*». Confrontando il testo in corsivo con gli omologhi in inglese (*addressing the prevention of problem gambling and the protection of minors*), francese (*qui visent à prévenir le jeu pathologique et à protéger les mineurs*) e tedesco (*zur Vermeidung problematischen Spielverhaltens und zum Schutz Minderjähriger festgelegt haben*), possiamo facilmente constatare quanto la prospettiva di un lessico omogeneo sia ancora lontana.

diviso al proprio interno tra spinte contrastanti e che pertanto decide, o accetta, di lasciare decidere ad altri (regioni, comuni, giudici ordinari e amministrativi, Corte costituzionale)[5]. È plausibile una diversa lettura? Parrebbe di sì, anzi essa sembrerebbe necessitata se pensiamo che le medesime ondivaghezza e incostanza, o almeno difficoltà ad inquadrare il fenomeno in forme coerenti e lineari, sussistono a livello infrastatale e nella giurisprudenza, ordinaria e amministrativa. Così dicendo, non si vuole in nessun modo esaltare il legislatore italiano o anche solo assolverlo rispetto a talune sue storiche colpe, tanto più che esso si presenta, anche in questo settore, piuttosto male: è emblematica in tal senso la serie delle normette inserite, secondo una tecnica mai sufficientemente esecrata e che appalesa la propria inadeguatezza già dal solo dato estrinseco (art. 1, comma 936, l. n. 208/2015 ; art. 1, comma 1049, l. n. 205/2017, ecc.)[6], nelle annuali leggi finanziarie (o di stabilità, o di bilancio)[7].

Né può essere sottaciuto che, anche all'interno della normativa della "svolta" del 2012[8], noi ritroviamo, accanto a disposizioni volte sottolineare il «rischio di dipendenza dalla pratica di giochi con vincite in denaro» (art. 5, comma 1, primo periodo, d. l. 13 settembre 2012, n. 158), altre dal tenore nettamente più ambiguo. A titolo di esempio, si può menzionare l'obbligo, in capo al Ministero della pubblica istruzione, di segnalare agli istituti di istruzione primaria e secondaria «la valenza educativa del tema del gioco responsabile affinché gli istituti, nell'ambito della propria autonomia, possano predisporre iniziative didattiche volte a rappresentare agli studenti il senso autentico del gioco ed i potenziali rischi connessi all'abuso e all'errata percezione del medesimo»[9]; o quella (introdotta in sede di conversione in legge del medesimo decreto-legge) che istituisce sì un osservatorio «per valutare le misure più efficaci per contrastare la diffusione del gioco d'azzardo e il fenomeno della dipendenza grave»[10], ma lo colloca presso l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (poi incorporata nell'Agenzia delle dogane e dei monopoli), cioè quella stessa articolazione statale alla quale, a partire dal 2002, erano stati assegnati importanti poteri nel

[5] Per questa lettura v., ad es., R. Bifulco, *I giochi pubblici tra Stato e Regioni*, in *Confronti costituzionali*, 2015, 1, e soprattutto E. Albanesi, *La disciplina dei giochi ed il contrasto alla ludopatia*, in *Giochi e scommesse sotto la lente del giurista*, a cura di P. Costanzo, Genova, Genova University Press, 2021, pp. 389 ss.

[6] Un progetto di legge, ai sensi dell'art. 71 Cost., è "redatto in articoli" (non in commi…).

[7] V. da ultimo, per tutti, la condivisibile ricostruzione di N. Lupo, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale dopo l'ordinanza n. 17 del 2019*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, n. 1.

[8] La qualificazione come "svolta" della normativa introdotta con il d.l. n. 158/2012 è oggi largamente prevalente in dottrina e giurisprudenza: v., per tutti, G. Marotta, *Gli interventi di contrasto del disturbo da gioco d'azzardo (DGA): analisi della normativa e della giurisprudenza*, in questa *Rivista*, 2019, 1, pp. 161 ss., anche per indicazioni giurisprudenziali; E. Tagliasacchi, *La disciplina delle misure dirette a contrastare il fenomeno della ludopatia dopo il Decreto Dignità: sistema a tutele crescenti o occasione perduta?,* in questa *Rivista*, 2018, n. 2, p. 456.

[9] Art. 7, comma 5-*bis*, d.l. n. 158/2012, conv. in l. 189/2012.

[10] Art. 7, comma 8, ult. periodo, d.l. cit.

quadro della progressiva deregolamentazione del gioco d'azzardo[11], sino ad arrivare, nel 2011, nel quadro della "liberalizzazione" del gioco *on line*, con il d.l. 13 agosto 2011, n. 138 e la relativa legge di conversione (l. 14 settembre 2011, n. 148), ad affidarle la missione di incentivare in tutte le forme la propensione al gioco[12].

Pur con queste obiettive disarmonie, è difficilmente smentibile il carattere innovativo dell'intervento del 2012, se si pensa che uno dei suoi più immediati antecedenti (art. 1, comma 64, l. n. 220 del 2010)[13] non soltanto riproduceva l'assenza di qualsiasi riferimento alla finalità di tutela della salute già rilevata nella disposizione-quadro del 2009[14], ma

[11] I passaggi più significativi sono costituiti dall'art. 4 del d.l. 8 luglio 2002, n. 138; dall'art. 1, commi 525 ss., della l. 23 dicembre 2005, n. 266; dall'art. 38 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. decreto Bersani, considerato un vero e proprio punto di svolta nel cammino dello "Stato imprenditore di giochi": così A. Nicolussi, *Etica del contratto e lo* spot contract *del gioco. Spunti per una direttiva di tutela*, in *Jus*, 2019, n. 2, p. 5); dall'art. 12 del d.l. 28 aprile 2009, n. 39 (in part., art. 12; c.d. decreto Abruzzo, travolge buona parte dei limiti presenti sino a quel momento e lancia il gioco continuo, nella forma del giustamente criticato *win for life*, lotteria pressoché istantanea con centinaia di estrazioni quotidiane…). Rilevante soprattutto la l. 7 luglio 2009, n. 88 (art. 24), la quale, generalizzando le previsioni del decreto Abruzzo, costituisce la più evidente confessione del sostanziale fallimento della politica di legalizzazione e liberalizzazione. Si veda, in particolare, il comma 11, il quale reca, in una sorta di disposizione-quadro, una lunga elencazione (quasi una *excusatio non petita*) delle finalità della complessa normativa in tema di esercizio e raccolta dei giochi: «Al fine di contrastare in Italia la diffusione del gioco irregolare ed illegale, nonché di perseguire la tutela dei consumatori e dell'ordine pubblico, la tutela dei minori e la lotta al gioco minorile ed alle infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore dei giochi, tenuto conto del monopolio statale in materia di giochi di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 14 aprile 1948, n. 496, e nel rispetto degli articoli 43 e 49 del Trattato CE, oltre che delle disposizioni del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, nonché dei princìpi di non discriminazione, necessità, proporzionalità e trasparenza (…)» (si noti l'assenza di qualsiasi riferimento alla tutela della salute, e siamo nel 2009!). Il carattere convulso della legislazione italiana in materia è comprovato dalle plurime novellazioni dell'art. 110 t.u.l.p.s. A fronte della mutevolezza della disciplina penale dei giochi d'azzardo, la disciplina civilistica appare storicamente più stabile ed improntata ad una certa diffidenza, problematicamente espressa nel ben noto *nec actio nec repetitio*: sul punto, E. Tagliasacchi, *La disciplina delle misure dirette a contrastare il fenomeno della ludopatia dopo il Decreto Dignità: sistema a tutele crescenti o occasione perduta?*, in questa *Rivista*, 2018, n. 2, pp. 450 ss.; peraltro, sulla progressiva marginalizzazione del brocardo, in relazione, da un lato, alla notevole espansione delle fattispecie di gioco c.d. lecito e, dall'altro, all'esigenza di tutela del giocatore come soggetto debole, con la conseguenza di una riduzione dell'area in cui il pagamento del debito di gioco possa essere trattato come adempimento di un dovere morale e sociale, v. A. Nicolussi, *Etica del contratto*, cit., pp. 5 ss.; M. Rizzuti, *Debiti di gioco e obbligazioni naturali: spunti per una revisione critica*, in questa *Rivista*, 2019, n. 3, pp. 591 ss.

[12] Si v. l'art. 2, comma 3, in forza del quale tale amministrazione «emana tutte le disposizioni in materia di giochi pubblici utili al fine di assicurare maggiori entrate, potendo tra l'altro introdurre nuovi giochi, indire nuove lotterie, anche ad estrazione istantanea, adottare nuove modalità di gioco del Lotto, nonché dei giochi numerici a totalizzazione nazionale, variare l'assegnazione della percentuale della posta di gioco a montepremi ovvero a vincite in denaro, la misura del prelievo erariale unico, nonché la percentuale del compenso per le attività di gestione ovvero per quella dei punti vendita».

[13] «Al fine di rendere più efficaci ed efficienti l'azione per il contrasto del gioco gestito e praticato in forme, modalità e termini diversi da quelli propri del gioco lecito e sicuro, in funzione del monopolio statale in materia di giochi (…), nonché l'azione per la tutela dei consumatori, in particolare minori di età, dell'ordine pubblico, della lotta contro il gioco minorile e le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore dei giochi, garantendo altresì maggiore effettività al principio di lealtà fiscale nel settore del gioco e recuperando base imponibile e gettito a fronte di fenomeni di elusione ed evasione fiscali nel medesimo settore (…)»: si noti, oltre all'evidente sgrammaticatura, il disallineamento tra la finalità di tutela del consumatore minore e quella di lotta al gioco minorile *tout court* (per una conferma, si v. il comma 77 del medesimo art. 1).

[14] *Retro*, nt. 11.

autoqualificava come "gioco lecito e sicuro" quello gestito dall'amministrazione statale di settore.

Per comprendere meglio i caratteri della riforma del 2012, è necessario sottolineare (non sempre, come vedremo più oltre, i commentatori lo fanno) che si trattava di correggere un orientamento legislativo più che ventennale, nel cui ambito si erano appunto sviluppati apparati amministrativi specializzati, reti di relazioni tra operatori pubblici e operatori privati, aspettative consolidate di carattere erariale: talune oscillazioni interne al decreto-legge (parzialmente risolte in sede di conversione)[15] erano dunque inevitabili.

Posta questa premessa, i due caratteri essenziali dell'intervento del 2012 consistono:

a)in primo luogo, nella presa d'atto di una situazione tendenziale di fatto incompatibile con l'esigenza di assicurare un'effettiva tutela della salute alle persone affette da disturbi derivanti dal gioco d'azzardo, cui porre rimedio – nell'ambito di un complesso di misure volte appunto, come recita il titolo stesso del decreto legge n. 158, a «promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più ampio livello di tutela della salute» – anzitutto estendendo i livelli essenziali di assistenza alle prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione della cosiddetta ludopatia, e prevedendo la progressiva ricollocazione dei punti della rete fisica di raccolta del gioco praticato mediante gli apparecchi di cui all'art. 110, comma 6, lett. *a)* del t.u.l.p.s. che risultano territorialmente prossimi a istituti di istruzione primaria e secondaria, strutture sanitarie e ospedaliere, luoghi di culto, centri socio-ricreativi e sportivi (ricollocazione da pianificare a cura dell'amministrazione statale competente sulla base dei criteri definiti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della salute, previa intesa sancita in sede di Conferenza unificata)[16];

b)in secondo luogo, ed in coerenza con il riparto costituzionale delle competenze concernenti i beni e gli interessi che il legislatore del 2012 assume come finalmente meritevoli di una più attenta e diretta tutela, nella valorizzazione del ruolo delle autorità regionali e soprattutto comunali, implicita già nell'individuazione stessa dell'interesse pubblico alla tutela della salute, sino ad allora pretermesso, ma esplicitata sia nella previsione, appena vista, dell'intesa in sede di Conferenza unificata, sia dell'acquisizione, ai fini della pianificazione di cui si è detto, di «proposte motivate dei comuni ovvero di loro rappresentanze regionali o nazionali», oltre che nell'inserimento, all'interno dell'osservatorio previsto dal comma 10 dell'art. 7, di rappresentanti dei comuni.

[15] Basti pensare al testo originario del comma 10 dell'art. 7, che assegnava all'Agenzia delle dogane e dei monopoli una «competenza decisoria esclusiva» in tema di pianificazione di forme di progressiva ricollocazione dei punti della rete fisica del gioco, da esercitarsi «tenuto conto degli interessi pubblici di settore, ivi inclusi quelli connessi al consolidamento del relativo gettito erariale»; nella conversione in legge, è stato espunto sia il riferimento al consolidamento del gettito erariale, sia quello alla competenza esclusiva dell'Agenzia.

[16] Il medesimo comma 10 dell'art. 7 del d.l. n. 158/2012 prevede altresì che le pianificazioni operano con riguardo alle concessioni di raccolta di gioco pubblico bandite successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge e che valgono, per ciascuna concessione, in funzione della dislocazione territoriale dei luoghi sensibili (esclusi i centri socio-ricreativi e sportivi) esistenti alla data del relativo bando.

Successivamente al 2012, l'orientamento del legislatore statale conosce quattro passaggi essenziali.

Il primo è costituito dalla l. 11 marzo 2014, n. 23 ("Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita"), il cui art. 14, dedicato ai giochi pubblici, intendeva avviare un riordino completo della materia, prevedendo un codice delle disposizioni sui giochi che, per la sede in cui è contenuto[17] e per il quadro di princìpi che lo reggono[18], sembra risentire della volontà di riportare in mano al Ministero dell'economia e all'Agenzia delle dogane e dei monopoli il governo della materia, senza tuttavia smentire l'intervento del 2012, i cui artt. 5 e 7 sono espressamente fatti salvi[19].

La previsione, in tema di prelievo erariale, del fine di assicurare il riequilibrio del medesimo; quella che fa salve discipline regolatorie emanate *medio tempore* a livello locale, ove coerenti con i princìpi delle norme contenute nei decreti legislativi: la compresenza del criterio della riduzione della raccolta di gioco con quello dello sviluppo della dislocazione territoriale della rete medesima, erano tutte scelte emblematiche del difficile equilibrio perseguito dal legislatore, come lo era il principio di delega che includeva la «previsione di forme vincolanti di partecipazione dei comuni competenti per territorio al procedimento di autorizzazione e di pianificazione, che tenga conto di parametri di distanza da luoghi sensibili validi per l'intero territorio nazionale», e soprattutto quello che stabiliva la fissa-

[17] È di tutta evidenza che l'inclusione della (intera) disciplina dei giochi pubblici all'interno della delega fiscale valeva a ribadire la centralità del profilo erariale rispetto agli altri interessi pubblici coinvolti (esemplare l'assenza di qualunque ipotesi di concerto con il ministro della salute, a differenza di quanto previsto, a parti invertite, nella riforma del 2012, e di quanto previsto dall'art. 14, comma 3, della medesima delega, in ordine al concerto con il ministro per le risorse agricole alimentari e forestali in tema di scommesse ippiche).

[18] Il comma 1 dell'art. 14, ancorché piuttosto confusamente, prevede di tenere fermo «il modello organizzativo fondato sul regime concessorio e autorizzatorio, in quanto indispensabile per la tutela della fede, dell'ordine e della sicurezza pubblici, per il contemperamento degli interessi erariali con quelli locali e con quelli generali in materia di salute pubblica, per la prevenzione del riciclaggio dei proventi di attività criminose, nonché per garantire il regolare afflusso del prelievo tributario gravante sui giochi».

[19] Art. 14, comma 2, lett. *a)*. Non si può escludere che la delega fiscale avesse, almeno per alcuni dei suoi promotori, una funzione in qualche modo dilatoria, di giustificare cioè il ritardo della riprogrammazione ad opera dell'Agenzia statale, consentendo eventualmente al giudice amministrativo di sollevare questioni di legittimità costituzionale di norme regionali che *medio tempore* avessero disciplinato distanze e distribuzione delle sale gioco e dei punti gioco, oltre che quella di riaffermare la centralità degli interessi dell'erario. Significativo, in proposito, è un episodio attinente all'esercizio della funzione ispettiva parlamentare. In relazione a un'interrogazione a risposta immediata nella seduta del 4 giugno 2015 (5-05701, dep. Barbanti, *Attuazione della disciplina sulla riallocazione delle sale da gioco*), nella quale si chiedevano al Governo notizie in merito all'emanazione del decreto interministeriale previsto dall'art. 7, comma 10 del decreto-legge n. 158 del 2012, il sottosegretario *pro-tempore* per l'economia e le finanze (E. Zanetti) motivava la mancata adozione del provvedimento sulla base della circostanza che i comuni avrebbero preferito emanare propri regolamenti sulle distanze dei luoghi di gioco mediante apparecchi AWP e VLT, così riducendo «in modo progressivo i margini di pratica utilità ed attendibilità di una eventuale (*sic*!) adozione del provvedimento statale di cui parlava la norma primaria del 2012», aggiungendo che la successiva entrata in vigore dell'art. 14 della l. n. 23 del 2014 «e la previsione di un chiaro rapporto, nella produzione normativa in materia di gioco, fra Stato, Regioni ed enti locali ha reso ancora più marginale la finalità e i contenuti della norma primaria del 2012». Si cfr. poi, a conferma del differente approccio del 2014 rispetto al 2012, il d.d.l. recante delega fiscale Atto Camera, XVI leg., C-5291, presentato il 15 giugno 2012 dal Governo Monti (approvato dalla Camera, ma non dal Senato a causa della fine della legislatura), il cui art. 15, comma 2, conteneva princìpi e criteri di delega omogenei con quelli che saranno i contenuti del d.l. n. 158 del 2012.

zione di parametri di distanza dai luoghi sensibili validi per l'intero territorio nazionale, unitamente alla «riserva allo Stato della definizione delle regole necessarie per esigenze di ordine e sicurezza pubblica»[20]. Nel solco della svolta del 2012 andavano certamente tanto la previsione di un fondo statale per il contrasto al gioco d'azzardo patologico, finanziato attraverso un aumento del prelievo fiscale sui concessionari, quanto quelle di verificare il rispetto e l'efficacia delle disposizioni vigenti in materia di divieto di pubblicità, di stabilire limiti alla raccolta pubblicitaria *on-line* e di introdurre un pubblico riconoscimento per gli esercizi commerciali *no-slot*[21].

Il secondo passaggio (una volta abbandonata la prospettiva dell'attuazione dell'art. 14 della delega fiscale, e avendo il Governo *pro tempore* ripiegato su quel *catch-all bill* che è la legge di stabilità) è costituito dall'art. 1, comma 936, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge di stabilità 2016"), il quale demanda alla Conferenza unificata di definire «le caratteristiche dei punti di vendita ove si raccoglie gioco pubblico, nonché i criteri per la loro distribuzione e concentrazione territoriale, al fine di garantire i migliori livelli di sicurezza per la tutela della salute, dell'ordine pubblico e della pubblica fede dei giocatori e di prevenire il rischio di accesso dei minori di età», precisando che le intese raggiunte in sede di Conferenza unificata siano recepite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentite le Commissioni parlamentari competenti. Se può sorprendere il mancato concerto con il Ministro della salute (semmai, considerato che la tutela della salute viene collocata al primo posto tra le esigenze da garantire, sarebbe stata comprensibile l'inversione della titolarità del decreto di recepimento)[22], va comunque sottolineata proprio la preminenza della tutela della salute tra gli interessi pubblici cui adeguare sia le caratteristiche dei punti di vendita, sia i criteri per la loro distribuzione.

Il terzo passaggio lo troviamo nell'art. 1, comma 1049, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 ("Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020"), che stabilisce che «le regioni adeguano le proprie leggi in materia di dislocazione dei punti vendita del gioco pubblico all'intesa sancita in sede di Conferenza unificata in data 7 settembre 2017»[23]: ancorché tale clausola sia prevista «al fine di consentire l'espletamento delle procedure di selezione di cui ai commi 1047 e 1048», essa, con-

[20] Art. 14, comma 2, lett. *e)*. Si vedano anche le lett. *d* e *q)*.

[21] Va ricordato altresì l'art. 1, comma 133, della l. 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015), che ha trasferito l'Osservatorio di cui all'art. 7, comma 10 del d.l. n. 158/2012 al Ministero della salute, eliminando una delle più evidenti disarmonie della svolta del 2012.

[22] Proprio questa apparente anomalia potrebbe costituire un argomento per dubitare circa l'assorbimento del comma 10 dell'art. 7 del d.l. n. 158/2012 (conv. in l. n. 189/2012): *contra*, Corte cost., sent. n. 108 del 2017 (*infra*, nt. 51).

[23] L'intesa (*Repertorio Atti n. 103/CU*, del 7 settembre 2017), ad oggi, non è stata recepita dal relativo decreto ministeriale.

siderati i contenuti dell'intesa stessa[24], sembra avere portata generale[25], e dunque le sue clausole possono utilmente essere considerati punti di riferimento per l'azione regionale e comunale e devono comunque orientare l'azione delle strutture amministrative statali preposte a darvi attuazione, anche in assenza del decreto ministeriale di recepimento[26].

Il quarto passaggio è, a tutt'oggi (non essendovi stati significativi interventi a livello statale negli ultimi tre anni) costituito dal c.d. decreto "dignità" (d.l. 12 luglio 2018, n. 87, conv. in l. 9 agosto 2018, n. 95). Qui, accanto a numerose disposizioni ispirate dalla legislazione antitabagismo e dunque volte a vietare, salvo puntuali deroghe, qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro nonché al gioco d'azzardo, comunque effettuate e su qualunque mezzo, rilevano in particolare il comma 6-*bis* dell'art. 9 e il comma 2 dell'art. 9-*bis*. Il primo, a norma del quale il Governo, entro sei mesi dall'entrata in vigore dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto stesso, «propone una riforma complessiva in materia di giochi pubblici in modo da assicurare l'eliminazione dei rischi connessi al disturbo da gioco d'azzardo e contrastare il gioco illegale e le frodi a danno dell'erario, e comunque tale da garantire almeno l'invarianza delle corrispondenti entrate, ivi comprese le maggiori entrate derivanti dal comma 6» (e cioè l'aumento progressivo del prelievo erariale unico): risulta evidente, al di là della singolarità di prevedere in una legge l'obbligo del Governo di presentare un disegno di legge, il differente tenore rispetto alla riforma prevista nella legge-delega del 2014, bene espresso nel diverso ordine con cui sono enunciate le finalità da perseguire[27]. Il secondo, che rinomina l'osservatorio più volte menzionato, il quale diventa «Osservatorio per il contrasto della diffusione del gioco d'azzardo e il fenomeno della dipendenza grave», ponendosi direttamente quale supporto ausiliario dell'azione del Ministro della salute e non, come sino a quel momento, limitato alla valutazione dell'efficacia delle misure di contrasto.

Se, dall'esame della legislazione, passiamo poi all'azione governativa e all'amministrazione che da questa dipende, il quadro complessivo non muta. Siamo infatti in presenza di un'azione che appare non bene coordinata tra le diverse articolazioni governative a livello centrale (Ministero dell'economia e delle finanze, Ministero dell'interno, Ministero dello

[24] Si pensi, in particolare, alla clausola (n. 5, *in fine*) per cui «le disposizioni specifiche in materia, previste in ogni regione o provincia autonoma, se prevedono una tutela maggiore, continueranno comunque ad esplicare la loro efficacia. Inoltre, le regioni e le province autonome, al fine del contrasto delle patologie afferenti alla dipendenza da gioco d'azzardo, potranno prevedere forme maggiori di tutela della popolazione».

[25] E tale la considera Corte cost., sent. n. 27 del 2019, n. 6.1. del *Considerato in diritto*, *in fine* (*infra*, nt. 48).

[26] Proprio in forza della (sorprendente, si è detto sopra) assenza di previsione, per tale decreto, del concerto con il Ministro della salute, la responsabilità per la mancata emanazione finisce per essere tutta in capo al ministero dell'economia e delle finanze. Altrettanto (e forse ancora di più) sorprendente è l'assenza, all'interno dell'intesa poi siglata in data 7 settembre 2017 (*retro*, nt. 23), di riferimenti al ministero della salute, che fanno pensare ad un mancato coinvolgimento (subìto?) del medesimo.

[27] Anche il richiamo all'invarianza del gettito erariale va collegato con la previsione di un aumento del prelievo, il che rende plausibile un impegno serio per la riduzione, almeno parziale, del gioco stesso.

sviluppo economico, Ministero della salute, Agenzia delle dogane e dei monopoli). Sia sufficiente rimandare alla autoconfigurazione della propria missione nel settore dei giochi (e dei tabacchi) che quest'ultima, ancora nel 2020, appalesa: «(…) assicurare entrate erariali a un livello compatibile con la tutela degli altri interessi pubblici rilevanti: la tutela dei consumatori, in particolare dei minori, delle fasce deboli e il contrasto all'illegalità»[28].
Anche le regole sulla tassazione non brillano per trasparenza e linearità (e dunque per compatibilità con il vincolo costituzionale della capacità contributiva). È, ad esempio, dubbia la congruità di aliquote di tassazione basse, e dunque di un'incidenza più modesta sul margine di guadagno, per i giochi in cui più alta è la raccolta (ad es., da casinò, di carte e di sorte *on line*), pur tenendo conto della percentuale minima di vincite che deve essere restituita ai giocatori (c.d. *pay out*)[29].
Un legislatore dunque, o, se si vuole, una politica statale, quantomeno nei primi anni dopo la svolta del 2012, che appare strutturalmente indecisa[30], anche se non priva, come vedremo più oltre, di alcune linee tendenziali costanti. Se è importante che sia stato affermato il principio del bilanciamento tra tutti gli interessi pubblici coinvolti[31], ciò che non è subito risultato chiaro nella normativa statale degli ultimi dieci anni è il criterio-guida del bilanciamento stesso, o, se si vuole, l'individuazione del principale obiettivo di interesse generale[32].

---

[28] Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, *Libro Blu 2019*, Relazione, p. 5.

[29] Da notare, per comprendere meglio il modo di ragionare dell'amministrazione finanziaria, che la legge delega del 2014 [art. 14, comma 2, lett. *g)*], prevedeva la «revisione degli aggi e compensi spettanti ai concessionari e agli altri operatori secondo un criterio di progressività legata ai volumi di raccolta delle giocate».

[30] Considero preferibile, rispetto ad altre letture del cammino normativo della più recente legislazione in tema di gioco d'azzardo, quella prospettata da M. Lipari, *Gioco d'azzardo, poteri amministrativi e tutela della salute: l'evoluzione della normativa e della giurisprudenza*, in questa *Rivista*, 2020, n. 1, pp. 273 ss., spec. pp. 280 ss. Non va comunque dimenticato, anche per capire la forza della cosiddetta lobby del gioco e la sua capacità di trovare riscontri e attenzioni in aree politiche assai ampie, l'episodio del cosiddetto emendamento salva-slot, cioè un "colpo di mano" durante la discussione al Senato relativa alla conversione in legge del d.l. 31 ottobre 2013, n. 126 (c.d. salva-Roma): viene approvato, con votazione che vede larga parte della maggioranza convergere su una proposta di una parte dell'opposizione, un emendamento recante numerose misure a favore dei concessionari, e soprattutto la previsione di una diminuzione dei finanziamenti statali per quei comuni che avessero posto in essere provvedimenti di limitazione del gioco d'azzardo suscettibili di ridurre il gettito erariale o di provocare maggiori spese statali (per i particolari, si veda il resoconto stenografico della seduta del Senato del 18 dicembre 2013). La reazione, trasversale ai gruppi parlamentari e generalizzata da parte dell'associazionismo civico, porterà governo e maggioranza parlamentare a sopprimere l'emendamento in sede di votazione finale.

[31] E non soltanto, quindi, della tutela dell'ordine pubblico e del consolidamento del gettito erariale, con una (limitata) attenzione al profilo della tutela del consumatore, come si presentava la normativa statale sino al d.l. n. 158/2012.

[32] Come si esprime la Raccomandazione della Commissione dell'Unione europea del 14 luglio 2014 n. 478 sui princìpi per la tutela dei consumatori e degli utenti dei servizi di gioco d'azzardo on line e per la prevenzione dell'accesso dei minori ai giochi d'azzardo on line, al punto 7 dei *Considerando*: «*La tutela dei consumatori e della salute sono i principali obiettivi di interesse generale degli Stati membri nel contesto dei rispettivi quadri nazionali per il gioco d'azzardo intesi a promuovere la prevenzione di problematiche legate al gioco d'azzardo e la tutela dei minori*». Sul «ruolo centrale dell'interesse alla salute, quale corretta giustificazione delle determinazioni amministrative incidenti sul gioco d'azzardo» v. M. Lipari, *Gioco d'azzardo*, cit., p. 280.

Tale ultima affermazione non significa postulare un'indiscriminata prevalenza del profilo della tutela della salute rispetto agli altri interessi pubblici coinvolti, ma semplicemente affermare quanto pianamente ricavabile dal testo costituzionale: che cioè sia il diritto individuale alla salute, sia l'interesse della collettività alla salute hanno natura *fondamentale*[33], e che proprio questo assunto diviene la premessa per accordare al bene della tutela della salute, ogniqualvolta vengano in rilievo entrambe le connotazioni della salute, una posizione centrale, almeno nel senso che la sua eventuale recessività rispetto ad altri interessi tutelati deve essere ponderata adeguatamente sia dal legislatore, che dovrà dare conto tanto di evidenze istruttorie, quanto dell'impossibilità di perseguire taluni interessi pubblici connessi alla materia dei giochi con modalità più protettive del bene salute (al quale si riconnettono strettamente i poteri delle autorità locali di assicurare un governo del territorio coerente con tale protezione), sia dal giudice costituzionale, il quale in questi casi potrà utilmente impiegare tecniche di controllo improntate al criterio dello *strict scrutiny* delle relative norme.

In altre parole: per quanto sia fondamentalmente esatto che la tutela della salute non deve diventare "tirannica"[34], va in ogni caso richiamato che essa corrisponde alle due fondamentali prospettive del diritto individuale e dell'interesse della collettività, e pertanto "pesa" di più nel bilanciamento. A questa conclusione non osta il richiamo della decisione c.d. *Ilva 1*, in quanto la *ratio decidendi* di quella pronuncia sta proprio nella necessità di bilanciare la tutela di una produzione industriale che costituisce una ricchezza obiettiva della collettività e del suo livello di sviluppo con la tutela nei confronti delle sue ricadute negative sull'ambiente e dunque sulla collettività e sulla salute dei singoli.

In tema di gioco d'azzardo, insomma, il bilanciamento del legislatore e del giudice, comune e costituzionale, non può non prendere atto che siamo in presenza, da un lato, di un'attività cui non corrispondono né un apprezzabile interesse (tant'è vero che l'ordinamento potrebbe vietarne del tutto l'esercizio al di fuori di una limitata gamma di giochi "pubblici", come è accaduto, in un passato anche recente, in relazione al monopolio statale o pubblico del gioco d'azzardo), né un'utilità sociale capace di prevalere rispetto alla tutela della salute (ma altresì rispetto ad altri interessi-valori, quali l'ordine pubblico o il governo del

[33] Che l'aggettivo fondamentale, nell'art. 32 Cost., regga entrambe le specificazioni della tutela della salute, è acquisizione risalente [così già V. Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 564; da ultimo v. D. Morana, *La fondamentalità del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso Ilva ai tempi della pandemia*, in Id. (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 161 ss.], ma la consapevolezza di questa duplice fondamentalità è cresciuta proprio attraverso l'esperienza della pandemia da SARS-Cov-2; su alcune conseguenze di tale drammatica vicenda v. R. Balduzzi, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale? (con un approfondimento su un ente poco conosciuto, l'INMP)*, in questa *Rivista*, 2020, n. 1, pp. 65 ss.

[34] Il richiamo va naturalmente alla sent. n. 85 del 2013 della Corte costituzionale (c.d. *Ilva 1*), sulla quale (e sulla successiva sent. n. 58 del 2018) v., per tutti, le considerazioni retrospettive di D. Servetti, *Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull'Ilva di Taranto*, in questa *Rivista*, 2018, n. 2, pp. 5 ss.

territorio) e, dall'altro, di un interesse qualificato appunto come fondamentale nelle sue due specificazioni, individuale e collettiva[35].
La sopra rilevata indecisione del legislatore, insieme peraltro alla sua, in questo caso univoca, volontà di valorizzare, in siffatta materia, il ruolo delle autorità regionali e locali[36], hanno dunque trovato ampie conferme, come si è visto sopra, nella legislazione degli ultimi anni.

3. Il cammino della giurisprudenza costituzionale e amministrativa: un esempio di dialogo con il legislatore, statale e regionale?

Anche la giurisprudenza non è stata esente da spinte contrastanti. Non mi riferisco tanto agli orientamenti del giudice amministrativo, necessariamente condizionato dalla legislazione statale che – lo si è visto nel § 2 – ancora sino al 2011 non contemplava tra gli interessi pubblici tutelati la salute dei giocatori e pertanto propenso a fare proprie le tesi dei concessionari[37], quanto piuttosto al giudice costituzionale, per definizione relativamente svincolato dalle scelte del legislatore statale che è chiamato a sindacare (almeno quando non sia in questione il riparto delle competenze legislative tra Stato e regioni), il cui approccio al tema appare tuttavia fortemente divaricato tra due diversi modelli di inquadramento costituzionale del gioco d'azzardo.

---

[35] Proprio questa duplicità permette di fondare la centralità della tutela della salute quale carattere peculiare del nostro ordinamento. Nel senso che l'intensità dei limiti all'iniziativa privata nel settore dei giochi pubblici venga a variare a seconda della scala dei valori costituzionali adottata da ciascuno Stato, e che in tal senso vada anche la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, v. F. Gallarati, *La riserva statale dei giochi pubblici: fondamento costituzionale e limiti europei*, in questa *Rivista*, 2019, n. 3, pp. 454 ss., il quale esattamente rinviene il fondamento della riserva statale nel settore dei giochi pubblici nell'art. 41, comma 2, Cost., cioè nell'esigenza che l'iniziativa economica non contrasti con l'utilità sociale.

[36] Relativamente alla valorizzazione dell'esperienza delle amministrazioni comunali, valga anche un ricordo personale (l'unico che mi permetto in questa sede). Alle origini dell'attenzione governativa per il problema costituito dalla proliferazione di punti vendita di gioco d'azzardo e dalle conseguenze sanitarie e sociale vi fu proprio una serie di segnalazioni di disagio provenienti dalle amministrazioni comunali. Una in particolare, in data 28 febbraio 2012, firmata dal sindaco di Santhià (VC), esponeva in modo molto chiaro ed efficace sia lo sforzo dell'amministrazione comunale di fermare il progressivo degrado del centro storico di una cittadina di 9.000 abitanti, sia la circostanza che il giudice amministrativo aveva accolto un ricorso presentato da un gestore di sale gioco sospendendo l'ordinanza sindacale e il relativo regolamento volti a limitare il proliferare di tali esercizi e ad impedirne l'apertura nel centro storico e in vicinanza di luoghi sensibili (per gli sviluppi successivi della vicenda si v. Tar Piemonte, ord. 24 aprile 2013 (r.o. 161/2013) e Corte cost., sent. n. 220 del 2014, su cui *infra*, nt. 47). Informazioni di prima mano sulle iniziative poste in esse, negli anni 2012-2014, da numerose amministrazioni comunali, specialmente piemontesi e lombarde, in U. Folena, *L'illusione di vincere. Il gioco d'azzardo emergenza sociale*, Milano, Àncora Editrice, 2014, pp. 81 ss.

[37] In alcune pronunce, tuttavia, si percepisce un eccesso di zelo, forse degno di miglior causa, nel volere fondare, su basi costituzionali e comunitarie che già denotavano un'intrinseca fragilità, il divieto in capo alle amministrazioni locali, e persino al legislatore regionale, di intervenire variamente regolamentando la materia: indicazioni puntuali su tali oscillazioni della giustizia amministrativa si trovano ricapitolate nella sent. n. 220 del 2014 della Corte costituzionale (*infra*, nt. 47).

Le prime questioni significative nella nostra materia vengono poste alla Corte nella prima metà degli anni Settanta (sent. n. 80 del 1972, rel. Crisafulli, e sent. n. 237 del 1975, rel. Amadei). In questa seconda pronuncia[38], in particolare, troviamo un, neanche troppo velato, riferimento al disfavore costituzionale nei confronti del gioco d'azzardo, o almeno la convinzione che la sua legalizzazione costituisca non l'adempimento di un precetto costituzionale, ma una vera e propria scelta politica di carattere derogatorio, soggetta comunque al rispetto del divieto posto nel secondo comma dell'art. 41 Cost.[39]: insomma, non solo i divieti generali verso il gioco d'azzardo sono costituzionalmente legittimi, ma, con particolare riferimento al parametro dell'art. 41, connessi alla sua potenzialità di creare nocumento a beni quali la sicurezza, la libertà e la dignità umana[40].

È a partire dai primi anni 2000 che, in concomitanza con una forte espansione del numero e del tipo dei giochi a scommessa (anche non classificati tecnicamente come giochi d'azzardo, ma sostanzialmente tali distribuendo gli stessi vincite aleatorie: cfr. art. 110, comma 6, t.u.l.p.s., come citato in Corte cost., sent. n. 237 del 2006), favorita, quando non determinata, dal mutato orientamento statale a partire dai primi anni Novanta, più sopra delineato, cominciano a fare capolino sia questioni che pongono il problema della coerenza complessiva delle politiche pubbliche perseguite, le quali intersecano limiti all'iniziativa economica ed incentivi all'espansione del relativo mercato[41], sia questioni sorte

[38] Che decide anche su una questione inclusa già nella decisione del 1972.

[39] Le questioni prospettate alla Corte ruotavano intorno a due argomenti: le limitazioni al gioco d'azzardo, sancite dai divieti penali di cui agli artt. 718 ss. c.p., costituiscono una lesione di libertà individuali come il domicilio, la riunione e l'associazione da un lato e l'iniziativa economica privata dall'altro; le disparità introdotte dalla legge tra gioco e gioco e, in particolare, tra gioco vietato e gioco ammesso nei luoghi espressamente autorizzati dallo Stato nel quadro del regime di monopolio esistente in materia, generano irragionevoli diseguaglianze lesive dell'art. 3. Entrambi gli argomenti sono rigettati dalla Corte, che ribadisce: a) quanto al primo profilo, che le libertà di domicilio, riunione ed associazione bene possono trovare limite in divieti disposti dalla legge penale, nonché, per quanto concerne l'art. 41, che «non contrastano con l'autonomia e l'iniziativa economica privata quei limiti che a queste la legge ponga in funzione della utilità sociale e per impedire che possa derivarne danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, elementi con i quali male si concilia, per gli aspetti che gli sono propri, il giuoco d'azzardo»; b) quanto al secondo (ribadendo la richiamata decisione del 1972), che questioni di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 possono eventualmente sorgere soltanto in ordine a norme derogatorie e non certo in ordine alle norme generali, e che la definizione penalistica di gioco d'azzardo quale gioco all'esito totalmente o parzialmente aleatorio e svolto con fine di lucro rientra pienamente nella discrezionalità del legislatore, nella misura in cui «l'aleatorietà varia col variare del giuoco stesso e può assumere una incidenza diversa, più o meno accentuata se non addirittura esclusiva o quasi».

[40] Significativo, al fine di meglio percepire l'approccio iniziale del giudice costituzionale, un passaggio della sent. n. 125 del 1963 (rel. Fragali) in cui, in relazione al divieto originario contenuto nell'art. 110 t.u.l.p.s. di concedere licenze per l'uso, nei locali pubblici o aperti al pubblico, di apparecchi o congegni automatici «da giuoco o da trattenimento di qualsiasi specie», se ne sottolinea la radice in «esigenze sociali: non favorire il giuoco puramente aleatorio, anche se non d'azzardo nel senso accolto dal Codice penale; prevenire reati; tutelare le libertà cui accenna l'art. 41 della Costituzione, messe in pericolo dal diffondersi di quei reati; impedire che la dignità umana ricevesse offesa dallo sterile impiego dell'autonomia individuale», per concludere che tale divieto (a eccezione degli apparecchi che offrono soltanto svago o divertimento) non solo non oltrepassa il limite che l'art. 41 Cost. consente di porre all'iniziativa privata, ma anzi tende a impedire «che l'iniziativa stessa si svolga in contrasto con quella utilità sociale a cui l'articolo predetto rimanda».

[41] Un esempio in tal senso è la questione posta dal Tribunale di Macerata, secondo cui lo Stato non potrebbe evocare, a giustificazione del proprio monopolio sui giochi e annesso sistema di concessioni e autorizzazioni, quelle stesse ragioni di mantenimento dell'ordine pubblico e di prevenzione delle infiltrazioni criminali con le quali colliderebbe poi l'in-

da iniziative delle autorità regionali e locali, ora preoccupate dalla presenza nei rispettivi territori di apparecchi e strutture del gioco d'azzardo e dalla diffusione di conseguenze sociali negative, ora, per converso, desiderose di estendere a proprio favore talune norme derogatorie al generale divieto di gioco d'azzardo.

Su entrambi i versanti la risposta della Corte è, in un primo momento, orientata nel senso di inibire qualsiasi competenza regionale su oggetti ricondotti alla competenza esclusiva statale in materia di ordine pubblico e sicurezza [art. 117, comma 2, lett. *h)*], e di ordinamento penale (lett. *l)*)[42]. In queste decisioni viene in rilievo, con sottolineature anche profondamente diverse, la *ratio* del generale divieto di gioco d'azzardo: se in una pronuncia la Corte la riconduce al disvalore sociale del medesimo, legato non al concetto di gioco in sé, ma alle caratteristiche di aleatorietà e possibilità di vincite in denaro[43], in un'altra si preoccupa di contestare l'affermazione della difesa dello Stato che rinveniva quella *ratio* nella «evidente finalità di impedire il malcostume insito in tale tipo di gioco, ritenuto fonte di danno per chi lo pratica, per la famiglia e per la società», sottolineando che anche nel gioco d'azzardo «si manifestano propensioni individuali (impiego del tempo libero, svago, divertimento) che appartengono di norma ai differenti stili di vita dei consociati; stili di vita, i quali, in una società pluralistica, non possono formare oggetto di aprioristici giudizi di disvalore», e che le fattispecie penali di cui agli art. 718 e segg. c.p. «rispondono invece all'interesse della collettività a veder tutelati la sicurezza e l'ordine pubblico in presenza di un fenomeno che si presta a fornire l'*habitat* ad attività criminali»[44].

È tuttavia con la successiva sent. n. 300 del 2011 (red. Frigo) che la giurisprudenza costituzionale inizia ad essere più sensibile anche alle istanze provenienti dai territori, nella

---

cremento delle occasioni di gioco che esso stesso persegue. La questione viene risolta (sent. 284/2007, red. Tesauro), con una dichiarazione d'inammissibilità per incompetenza della Corte a sindacare della conformità del diritto interno a quello comunitario, ma è indicativa dell'emersione anche con riferimento al settore del gioco – come già accaduto per quello del fumo – di una maggiore consapevolezza circa i problemi di coerenza tra politiche nazionali di espansione del settore e di tutela degli interessi imperativi alla cui stregua tale settore è rimesso al monopolio statale.

[42] Quanto al primo profilo, si vedano la sent. n. 237 del 2006 (rel. Mazzella), relativa all'impugnazione statale di una legge della Provincia autonoma di Trento che stabiliva il numero massimo di apparecchi di gioco installabili presso esercizi pubblici e circoli privati, e la sentenza n. 72 del 2010 (rel. Tesauro), che ha deciso un conflitto di attribuzioni sollevato dalla Provincia autonoma di Bolzano in relazione a un decreto del Questore di Bolzano in tema di tabella dei giochi proibiti e di modalità di installazione e uso di quelli leciti, asseritamente invasivo della competenza legislativa e amministrativa provinciale in tema di esercizi pubblici; nonché, per quanto concerne il secondo profilo, la sent. n. 185 del 2004 (rel. Mezzanotte), relativa all'impugnazione statale di una legge della Regione Friuli-Venezia Giulia in tema di istituzione di case da gioco nel territorio regionale.

[43] Così espressamente, nella sent. n. 72 del 2010 (*Considerato in diritto*, punto 2).

[44] Sent. n. 185 del 2004 (*Considerato in diritto*, punto 3). La sentenza prosegue richiamando la giurisprudenza comunitaria che ha riconosciuto la competenza degli Stati membri a determinare l'ampiezza della tutela dell'impresa con riferimento al gioco d'azzardo ed ha fondato la discrezionalità nazionale, «oltre che sulle sue dannose conseguenze individuali e sociali, proprio sugli elevati rischi di criminalità e di frode che ad esso si accompagnano»: da rilevare che la Corte costituzionale correttamente menziona le dannose conseguenze individuali e sociali (incluse evidentemente quelle attinenti alla salute), pur posponendole ai rischi di criminalità, il che è comprensibile avuto riguardo all'oggetto specifico della questione, cioè una legge regionale sull'apertura di case da gioco: tale richiamo avrebbe potuto tuttavia indurla a qualche cautela in più nel riferimento, citato nel testo, alle propensioni individuali …

specie facendo salve norme della Provincia autonoma di Bolzano – per molti profili assimilabili a quelle della Provincia di Trento dichiarate incostituzionali pochi anni prima con la menzionata sent. 236/2006 – che introducono limiti di distanza degli apparecchi da gioco da luoghi sensibili. Secondo la Corte, poiché le disposizioni oggetto dei giudizio hanno riguardo a situazioni che non necessariamente implicano un concreto pericolo di commissione di fatti penalmente illeciti o di turbativa dell'ordine pubblico, ma piuttosto si preoccupano «delle conseguenze sociali dell'offerta dei giochi su fasce di consumatori psicologicamente più deboli, nonché dell'impatto sul territorio dell'afflusso a detti giochi degli utenti», esse «non incidono direttamente sulla individuazione ed installazione dei giochi leciti, ma su fattori (quali la prossimità a determinati luoghi e la pubblicità) che potrebbero, da un canto, indurre al gioco un pubblico costituito da soggetti psicologicamente più vulnerabili od immaturi e, quindi, maggiormente esposti alla capacità suggestiva dell'illusione di conseguire, tramite il gioco, vincite e facili guadagni; dall'altro, influire sulla viabilità e sull'inquinamento acustico delle aree interessate»[45].

È presumibile che la Corte abbia avvertito l'insostenibilità sia dell'accezione restrittiva di tutela del giocatore fatta propria dal ricorso statale (intesa come tutela rispetto a possibili «forme di violenza nei confronti di giocatori insolventi»), sia della critica rivolta alle disposizioni della legge provinciale le quali «introdurrebbero limiti ed ostacoli alla diffusione capillare del gioco lecito statale, diffusione conforme all'esigenza di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza»: in presenza di ormai acclarate conseguenze sociali negative (già sopra rilevate sulla base degli orientamenti del giudice comunitario[46], ed espressamente richiamate nella decisione in esame), ciò che comincia a venire in considerazione è proprio la ristrettezza di un approccio soltanto erarial-penalistico al nostro tema.

Interessante, a conferma di questa ipotesi interpretativa, è l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale successivamente all'entrata in vigore del d.l. n. 158/2012.

In primo luogo, va constatato che, ad appena qualche giorno dall'entrata in vigore di questo decreto-legge, un giudice amministrativo che aveva sino a quel momento rigidamente censurato provvedimenti comunali di contrasto al gioco d'azzardo a protezione del diritto alla salute e della sicurezza urbana, viene a sollevare, con riferimento agli artt. 32 e 118 Cost., alcune questioni di legittimità costituzionale di disposizioni del t.u.e.l., nella parte in cui non prevedono una tale competenza comunale. Ancorché la decisione della Corte costituzionale su tali questioni sia stata nel senso della loro inammissibilità per non avere il giudice *a quo* fatto uso dei propri poteri di interpretazione conforme alla Costituzione, per difetto di motivazione in ordine alla rilevanza e per indeterminatezza ed ambiguità del *petitum*, va rilevato che il giudice costituzionale avalla l'orientamento di parte della giurisprudenza amministrativa che riconosce il suddetto potere al sindaco a «tutela della

[45] *Considerato in diritto*, punto 3.2.

[46] *Retro*, nt. 35.

salute, della quiete pubblica, ovvero della circolazione stradale», preferendolo a quello contrario in quanto appunto offre un'interpretazione costituzionalmente conforme delle norme di legge[47].

In secondo luogo, la svolta legislativa statale del 2012 ha probabilmente influito, ancorché implicitamente, sulla decisione con cui la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2013 da un'ordinanza del Consiglio di Stato e avente per oggetto alcune disposizioni della l. n. 220/2010 sulle quali il remittente dubitava quanto a compatibilità con le norme costituzionali ed europee in tema di libertà di impresa[48]. La Corte non si rifà espressamente alla tutela della salute dei giocatori[49], ma richiama, a conforto dell'argomentazione con cui respinge la censura, la giurisprudenza comunitaria e in particolare una decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea (sent. 30 giugno 2011, causa C-212/08) in cui il livello di tutela dei consumatori particolarmente elevato, idoneo a giustificare limitazioni alla libera prestazione dei servizi, è dal giudice europeo riferito altresì alla lotta alla dipendenza dal gioco[50].

In terzo luogo, nella giurisprudenza più recente, viene in rilievo una decisione del 2017, che rigetta alcune questioni di legittimità costituzionale promosse dal Tar Puglia, sez. Lecce, relative al divieto, contenuto in una legge regionale, del rilascio dell'autorizzazione all'esercizio di sale da gioco e all'installazione di apparecchi da gioco nel caso di ubicazione a distanza inferiore a cinquecento metri pedonali dai luoghi cosiddetti "sensibili" (cioè frequentati da categorie di soggetti che si presumono particolarmente vulnerabili di fronte alla tentazione del gioco d'azzardo), ivi indicati: la Corte si dimostra attenta all'evo-

[47] Sent. n. 220 del 2014 (red. Amato). Il Tar rimettente sosteneva che la disciplina impugnata fosse illegittima nella parte in cui, stando ad alcuni orientamenti del giudice amministrativo, non prevede che i poteri attribuiti al sindaco dall'art. 50 t.u.e.l. non possano essere esercitati con finalità di contrasto del fenomeno del gioco di azzardo patologico (g.a.p.). In particolare, il rimettente individuava, nella capillare e illimitata disponibilità sul territorio delle apparecchiature per il gioco lecito, la causa dell'emersione di gravi forme di disagio sociale legate all'utilizzo di tali apparecchiature e denunciava il contrasto tra il bene tutelato dall'art. 32 Cost. e la mancanza in capo agli enti locali del potere di adottare atti normativi e provvedimentali per arginare la diffusione di una patologia che, come questa, lo mette a repentaglio.

[48] Sent. n. 56 del 2015 (red. De Pretis).

[49] Anche se è significativo che l'abbia fatto, riportando in modo impreciso il contenuto dell'art. 1, comma 77, della l, n. 220/2010, la difesa dello Stato (si veda il punto 3 del *Ritenuto in fatto*).

[50] Secondo la Corte costituzionale, «non è affatto interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali vengano a modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata» e, a maggior ragione, ciò vale per rapporti di concessione di servizio pubblico nei quali «la possibilità di un intervento pubblico modificativo delle condizioni originarie è da considerare in qualche modo connaturata al rapporto fin dal suo instaurarsi. E ancor più, si può aggiungere, ciò deve essere vero, allorché si verta in un ambito così delicato come quello dei giochi pubblici, nel quale i valori e gli interessi coinvolti appaiono meritevoli di speciale e continua attenzione da parte del legislatore. Proprio in ragione dell'esigenza di garantire un livello di tutela dei consumatori particolarmente elevato e di padroneggiare i rischi connessi a questo settore, la giurisprudenza europea ha ritenuto legittime restrizioni all'attività (anche contrattuale) di organizzazione e gestione dei giochi pubblici affidati in concessione, purché ispirate da motivi imperativi di interesse generale, quali sono certamente quelli evocati dall'art. 1, comma 77, della legge n. 220 del 2010 (contrasto della diffusione del gioco irregolare o illegale in Italia; tutela della sicurezza, dell'ordine pubblico e dei consumatori, specie minori d'età; lotta contro le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore), e a condizione che esse siano proporzionate (sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 30 giugno 2011, in causa C-212/08)» (così la sent. n. 56 del 2015, punto 4.1. del *Considerato in diritto*).

luzione di tale misura di "prevenzione logistica" della dipendenza da gioco d'azzardo, la quale, «dopo essere stata sperimentata a livello locale tramite regolamenti e ordinanze di autorità comunali, è stata adottata negli ultimi anni a livello legislativo da larga parte delle Regioni»[51].

Analoga attenzione emerge in una pronuncia del 2019, che decide alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sez. Pescara, relativamente a una legge regionale che ha inserito, tra i "luoghi sensibili", ai fini delle distanze da rispettare per ottenere il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio di sale da gioco o all'installazione di apparecchi per il gioco lecito, anche le caserme militari. La pronuncia è l'occasione sia per precisare l'afferenza materiale della disciplina della prevenzione della ludopatia attraverso la fissazione di distanze minime dei punti gioco rispetto a luoghi considerati "sensibili", rinvenuta nelle materie di legislazione concorrente della tutela della salute e del governo del territorio, sia per sottolineare (e il punto sembra davvero centrale) che rientrano nella discrezionalità legislativa regionale circa l'elenco e le caratteristiche dei luoghi sensibili anche valutazioni «legate alla specifica conformazione territoriale»[52].

[51] Corte cost., sent. n. 108 del 2017 (red. Modugno), punto 2 del *Considerato in diritto*. Appare decisiva, nell'argomentazione della Corte, la circostanza che tanto la previsione della riforma del 2012, quanto la delega legislativa del 2014 e il procedimento previsto dall'art. 1, comma 936, l. n. 208/2015, siano rimasti inattuati, e che ciò comporti la legittimità costituzionale sia di discipline regolatorie di contrasto alla ludopatia emanate a livello comunale, sia, a fortiori, dell'eventuale legislazione regionale: come la Corte avrà modo di dire nella sent. n. 27 del 2019 (*infra*, nt. 52), «la pianificazione prevista dalla legislazione statale non costituisce una previa condizione necessaria per l'intervento delle Regioni, poiché la mancanza del decreto attuativo di tale pianificazione non può avere l'effetto di paralizzare sine die la competenza legislativa regionale, che si può esercitare nel rispetto dei princìpi fondamentali desumibili dalla legislazione statale». E, d'altra parte, l'inerzia dello Stato nel dare attuazione ai propri disposti legislativi viene sempre più presa in considerazione, da parte del giudice costituzionale, quale argomento per affermare la compatibilità di discipline regionali che perseguano le finalità volute dal legislatore statale e non tempestivamente attuate a livello governativo e ministeriale: per un esempio, si v., di recente, la sent. n. 209 del 2020, in tema di trattamenti osteopatici (red. Prosperetti). Orientamento che appare del tutto conforme al sistema costituzionale di riparto nelle materie di legislazione concorrente, essendo incompatibile con la qualità di principio fondamentale della legislazione statale una clausola che subordini la competenza regionale all'attuazione, graziosa, del principio stesso da parte di norme delegate o di provvedimenti statali infralegislativi, almeno quando siano scaduti i relativi termini per l'emanazione …

[52] Corte cost., sent. n. 27 del 2019 (red. Amato), punto 6.2. del *Considerato in diritto*; la Corte considera non irragionevole l'inclusione delle caserme militari tra i luoghi sensibili, anche richiamando la copiosa giurisprudenza amministrativa che ha sottolineato la natura non tassativa dell'elencazione statale di siffatti luoghi; passando in rassegna la multiforme legislazione regionale in materia, la decisione sottolinea, adesivamente, come talvolta questa attribuisca la facoltà di individuare ulteriori luoghi sensibili ai comuni (n. 6.1.). Una valutazione di questa pronuncia complessivamente adesiva quanto ai princìpi affermati e al dispositivo, ma perplessa su taluni profili della motivazione, si trova in M. Timo, *Le limitazioni all'esercizio delle sale giochi nella recente giurisprudenza del giudice amministrativo*, in questa *Rivista*, 2019, n. 3, pp. 606 ss.

4. Linee ricostruttive: il contrasto alle conseguenze negative sociali e sanitarie del gioco d'azzardo come compito di tutta la Repubblica

A fronte dei menzionati orientamenti (almeno apparentemente non univoci), tanto all'interno della legislazione, soprattutto statale, quanto della giurisprudenza, alla dottrina spetta, in via di principio, il non facile compito di proporre linee ricostruttive che portino a una maggiore sintesi e prevedibilità degli sviluppi dell'atteggiamento dell'ordinamento giuridico nei confronti del gioco d'azzardo. A uno sguardo d'insieme, anch'essa si presenta parimenti articolata, con sforzi interpretativi che tuttavia solo di rado pervengono a convincenti ricostruzioni.

Si pensi, per fare un esempio, alla critica circa l'asserita schizofrenia del legislatore statale, che inserisce la "ludopatia" tra i livelli essenziali di assistenza pur mantenendo implicitamente la liceità di giochi e scommesse autorizzati[53]: una tale affermazione disconosce la storia del problema e della politica pubblica che lo sottende, come sopra si è cercato di sintetizzare, e pertanto finisce per ridursi ad una sterile critica di principio, ancorché lodevole sotto il profilo etico.

Anche la dottrina, di gran lunga prevalente, che ha sottolineato l'importanza della svolta costituita dal d.l. n. 158/2012, fatica tuttavia a percepirne la *ratio* complessiva: come accade quando, preso atto positivamente che lo Stato, dopo il 2012, non ha impugnato alcuna legge regionale in materia, finisce per attribuirne la causa alla probabile consapevolezza della propria inadempienza nel dare attuazione alla disciplina di propria competenza[54]. Suscita, poi, qualche sconcerto la critica al mancato monito, da parte della Corte, al legislatore statale in quanto non avrebbe attuato né quanto disposto dalla riforma del 2012, né la delega legislativa prevista nel 2014, né gli adempimenti previsti nella legge di stabilità per il 2016[55]: una critica che, anche al di là della comunque preoccupante tendenza a costruire schemi tratti da una, peraltro oscillante, giurisprudenza costituzionale e a farne *doctrine*[56] (dimenticando così che, in uno Stato democratico-costituzionale, la questione dell'ultima parola è questione aperta, non riducibile a formule stereotipate di dubbia ascendenza gerarchica, e piuttosto inquadrabile secondo un modulo circolare[57]), omette di considerare che tali "inerzie", riferendosi alla fase attuativa di leggi e di atti con forza

[53] V., per es., A. Nicolussi, *Etica del contratto*, cit., p. 8.

[54] E. Albanesi, *La disciplina dei giochi*, cit., p. 386.

[55] *Ibidem*, pp. 385, 387, 390,

[56] In qualche caso (e qui lo sconcerto aumenta …) neppure menzionando il legislatore statale, ma limitandosi a stabilire una correlazione tra giurisprudenza costituzionale e legislazione regionale: v. E. Longo, *La "ludopatia" e il contrasto al gioco d'azzardo nell'ultima legislazione regionale: un esame a partire da due recenti leggi toscane*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018.

[57] Sul punto, di recente, v. R. Balduzzi, *Politica e magistratura. Lezioni ad uso degli studenti di diritto pubblico comparato*, Milano, EDUCatt, 2021, pp. 159 ss.

di legge in materia di legislazione concorrente, legittimerebbero non tanto detti "moniti", quanto piuttosto una conclusione di non fondatezza delle questioni di legittimità aventi per oggetto norme regionali che, nella suddetta materia, svolgano i princìpi contenuti nella legislazione statale.

È opportuno, allora, tentare di delineare meglio i termini della questione, evitando di considerare quella che è (almeno a partire dal 2012) una manifestazione di leale collaborazione istituzionale, che nasce da un'attenzione alla concretezza delle situazioni locali[58], come se si trattasse di una fuga dello Stato dalle proprie responsabilità: per quanto giustificabile sia una siffatta conclusione in forza dell'insufficienza comunicativa delle istituzioni parlamentari e governative, essa appare soprattutto come la (ennesima) conferma di un certo "astrattismo" dottrinale, così abituato a lasciarsi guidare dalla giurisprudenza costituzionale da rinunciare all'utilizzazione degli strumenti interpretativi ordinari per ricostruire adeguatamente le politiche pubbliche, almeno sino a quando non sia comparso l'*imprimatur* della Corte stessa.

Non varrebbe obiettare che, in siffatta materia, rilevano i profili connessi all'attività imprenditoriale che ha per oggetto il gioco d'azzardo, i quali godrebbero della copertura offerta dall'art. 41 e dalla conseguente riconducibilità alla competenza statale, almeno nel senso che il legislatore non possa assoggettarla a limiti che ne vanifichino la possibilità operativa. A questa obiezione ha da tempo replicato la giurisprudenza amministrativa[59], ma, nel suo nucleo di fondo, già aveva risposto la Corte di giustizia dell'Unione europea, nella pronuncia richiamata dalle sentt. n. 185 del 2004 della Corte costituzionale e 56 del 2015[60]. Il nodo è quello riassumibile nel cosiddetto "effetto espulsivo": introdurre limiti di distanza rispetto a luoghi c.d. sensibili, oltre che un contingentamento numerico, potrebbe comportare l'azzeramento della possibilità di aprire punti vendita di gioco pubblico, con le conseguenti ricaduti sull'attività imprenditoriale. Al di là della questione se esista un nucleo non comprimibile della libertà d'impresa, una sorta di suo contenuto essenziale in siffatta materia, resta fermo che, nella generalità delle situazioni in cui il Consiglio di Stato è stato chiamato a valutare la sussistenza di tale effetto, l'istruttoria posta in essere lo ha escluso.

Su queste basi, è possibile delineare una diversa lettura della nostra vicenda.

Il legislatore statale, già nel momento in cui sceglie di imprimere una svolta e di dare rilievo alle esigenze di prevenzione, cura e riabilitazione in capo alle persone affette da "ludopatia" (intesa come «patologia che caratterizza i soggetti affetti da sindrome da gioco

[58] *Retro*, nt. 36.

[59] Riferimenti in G. Marotta, *Gli interventi di contrasto*, cit., pp. 151 ss.; Id., *La redistribuzione nel territorio*, cit., pp. 437 ss. Rileva una certa timidezza in alcune pronunce del giudice amministrativo M. Cosulich, *"Fatti più in là/così vicino mi fai turbar". La distanza delle sale scommesse dai luoghi sensibili in alcune recenti pronunce del Consiglio di Stato*, in *Corti Supreme e Salute*, 2018, n. 1.

[60] *Retro*, nt. 44 e 50.

con vincita in denaro, così come definita dall'Organizzazione mondiale della sanità»[61]), appare consapevole della principale conseguenza del nuovo approccio: mentre l'aggancio ai soli interessi della sicurezza pubblica e del gettito erariale non implicava il coinvolgimento di enti e soggetti esponenziali di autonomia politica e pertanto consentiva di definire il relativo bilanciamento all'interno del perimetro delle amministrazioni centrali e dei loro vertici politico-amministrativi, l'ingresso, fra gli interessi pubblici di settore, della tutela della salute (che comprende indissolubilmente sempre il profilo sanitario e quello sociale) comporta il coinvolgimento delle autonomie comunali e regionali, e dei relativi enti esponenziali.

Più in particolare, nel momento in cui il legislatore statale invoca, quale titolo della competenza a intervenire per il contrasto alla cosiddetta ludopatia, la tutela della salute, si verifica la seguente situazione: da un lato, lo Stato rinuncia all'esclusività della propria competenza in materia, pacifica sinché si restava nel campo dell'ordine e della sicurezza pubblica, dell'ordinamento penale o del consolidamento del gettito erariale; dall'altro, demanda alla competenza regionale concorrente per quanto attiene ai profili sociosanitari e a quella residuale per quanto attiene a quelli socioassistenziali, oltre che alla potestà regolamentare comunale relativamente a questi ultimi e al loro collegamento con quelli sociosanitari. Su questo punto il legislatore statale non è ondivago, ma, come si è visto, ha posto in essere un graduale e progressivo coinvolgimento dei poteri locali e regionali[62].

Un tale orientamento del legislatore statale trova significative conferme in diritto comparato.

Oltre alla situazione svizzera, dove la materia *de qua* è da tempo oggetto di una espressa disposizione costituzionale inserita all'interno del riparto di competenze tra Confederazione e cantoni, e che ha avuto nel 2012 una significativa revisione (art. 106) nel senso di costituzionalizzare la preoccupazione circa i pericoli insiti nei giochi in danaro e di corresponsabilizzare maggiormente i cantoni in tale direzione, e di imporre a Confederazione e a cantoni di adottare «disposizioni legislative e misure di vigilanza atte a garantire una protezione commisurata alle specificità dei giochi, nonché al luogo e alla modalità di gestione dell'offerta»[63], risultano interessanti tanto la situazione spagnola, quanto quella francese. La prima, che ha visto, dopo l'incontrastato dominio della competenza nazionale in mate-

[61] Così espressamente l'art. 5, comma 2, del menzionato d.l. n. 158 del 2012.

[62] Non va neppure dimenticata la volontà, espressa già dal 2012, di coinvolgere attivamente nei percorsi di prevenzione la generalità delle aziende sanitarie locali, chiamate produrre «il materiale informativo (…) diretto a evidenziare i rischi correlati al gioco e a segnalare la presenza sul territorio dei servizi di assistenza pubblici e del privato sociale dedicati alla cura e al reinserimento sociale delle persone con patologie correlate alla G.A.P.» (art. 7, comma 5, sesto periodo, del d.l. n. 158/2012).

[63] Con significativa assonanza con quanto previsto nell'art. 105 circa gli effetti nocivi del consumo di bevande alcoliche: v., sul punto, efficacemente A. Canepa, *Profili normativi del contrasto al gioco patologico nella disciplina del gioco d'azzardo in alcuni ordinamenti europei (Portogallo, Spagna, Francia, Belgio, Svizzera, Francia)*, in *Corti Supreme e Salute*, 2019, n. 3, pp. 534-535, Si noti che l'assimilazione dei giochi d'azzardo ai giochi in denaro, propria dell'approccio svizzero, tende a mettere in ombra la specificità del *gambling disorder*, più difficilmente riscontrabile nei giochi di abilità.

ria, l'adozione, da parte di molte Comunità autonome, di normative volte a un maggiore contrasto del gioco d'azzardo, originate proprio dal relativo fallimento della legislazione nazionale che, a partire almeno dal 2011, aveva cercato di contemperare le esigenze di tutela delle fasce deboli e della legalità del comportamento degli operatori, con quelle di apertura del mercato e di aumento delle entrate per l'erario[64]. La seconda, la più recente, che, con l'*ordonnance* n. 2019-1015 del 2 ottobre 2019, ha riformato la regolamentazione dei giochi in denaro e dei giochi d'azzardo (art. 2, che modifica in numerosi punti l'art. L-320-1 del *code de la sécurité intérieure*):

a)precisando i compiti della *Authority* indipendente per i giochi, istituita con una legge del 2010;

b)chiarendo che tali giochi non costituiscono «*ni un commerce ordinaire, ni un service ordinaire*» e che «*ils font objet d'un encadrement strict aux fins de prévenir les risques d'atteinte à l'ordre public et à l'ordre social, notamment en matière de protection de la santé et des mineurs*»;

c)affidando ai prefetti (scelta coerente in un ordinamento ancora largamente accentrato come quello d'Oltralpe, e che per converso enfatizza il diverso atteggiamento assunto in ordinamenti riconducibili allo Stato regionale e a quello autonomistico) il compito di stabilire le distanze tra punti di vendita e luoghi sensibili, oltre che il perimetro di azione dei divieti di pubblicità;

d)definendo con grande perspicuità le finalità dell'intervento normativo, prevedendo cioè che l'obiettivo della politica statale in siffatta materia è di «*limiter et encadrer l'offre et la consommation des jeux*» e di controllarne lo svolgimento con riferimento a talune finalità che vengono gerarchizzate, ponendo al primo posto quella di «*prévenir le jeux eccessif ou pathologique et protéger le mineur*» e all'ultimo quella di «*veiller à l'exploitation* équilibrée *des différents types de jeu afin d'*éviter *toute déstabilisation* économique *des filières concernées*»;

e)infine, obbligando gli operatori *on-line* a intraprendere una serie di azioni volte a informare gli utenti del rischio connesso al gioco patologico, a rendicontare le azioni svolte e i mezzi utilizzati per promuovere il gioco responsabile e lottare contro quello patologico, sulla base (e opportunamente in dottrina si è insistito sul punto)[65] di indicazioni contenute in un decreto del ministro della salute, su proposta dell'Autorità nazionale per i giochi.

Insomma, anche da una, ancorché sommaria e ristretta, indagine comparata provengono significative conferme circa l'approccio italiano al tema in esame.

Potremmo allora delineare una proposta di lettura così sintetizzabile. In una prima fase, considerato l'assetto delle fonti statali, la giurisprudenza amministrativa appare chiusa ai tentativi di amministratori locali (generalmente sindaci) di riferirsi alle esigenze di tutela

[64] A. Canepa, *op. cit.*, p. 542.

[65] *Ibidem*, pp. 554-555, che peraltro sottolinea una qualche incompletezza della normativa francese.

della salute (e di polizia "urbana"), e quella costituzionale se ne sta all'impianto del legislatore statale; in una seconda fase si attivano alcune autonomie territoriali e la Corte costituzionale riscontra positivamente, precedendo il legislatore statale; quando arriva lo Stato, e avviene la "svolta" del 2012, prendono progressivamente corpo decisioni e deliberazioni sostanzialmente allineate, sia della giurisdizione, sia delle autonomie territoriali.
In altre parole: quella coesistenza di distinte competenze di Stato, regioni ed autonomie locali, per cui «nessuna delle quali può definirsi prevalente o assorbente, ma ciascuna è caratterizzata dagli interessi concreti da perseguire, nel rispetto delle rispettive sfere, ognuna delle quali è egualmente tutelata dalla Costituzione»[66], appare un esito voluto dal legislatore statale, almeno da quello della svolta del 2012, che ha attivato un percorso, naturalmente impervio e soggetto a scosse, aggiustamenti e contraddizioni, ma che appare comunque non reversibile, e che la giurisprudenza costituzionale ed amministrativa ha, nel complesso, coonestato.
Nella prospettiva qui delineata, non è irrilevante la spettanza al ministero dell'economia e delle finanze piuttosto che al ministero della salute della "regia" delle attività di contrasto al gioco d'azzardo: la scelta del secondo permette di avere una bussola nella navigazione, in quanto esso dispone di un apparato di organismi tecnico-scientifici che siano in grado di rappresentare al decisore politico lo stato reale della situazione sociale e sanitaria[67] e tali da evitare che, nel momento stesso in cui i pubblici poteri inseriscono le patologie azzardo-correlate tra quelle contenute nella declaratoria dei livelli essenziali di assistenza[68], i medesimi pubblici poteri incentivino, direttamente e indirettamente, il gioco d'azzardo stesso ("responsabile", certo: ma che cosa c'è di responsabile in un'attività nella quale manca del tutto qualunque apporto di abilità personale e che si risolve nell'impoverimento della gran massa dei giocatori?)[69].

---

[66] Così R. Chieppa, *Gioco d'azzardo: rischi e pericoli, ritardi e timidezze dello Stato e competenza delle Regioni e Comuni nelle azioni di contrasto alle dilaganti patologie (ludopatia o gap)*, in *Giur. cost.*, 3/2017, p. 1118.

[67] Si pensi, per fare un esempio, all'importante contributo che offre il Centro nazionale dipendenze e doping dell'Istituto superiore di sanità, di cui si veda, da ultimo, *Disturbo da gioco d'azzardo: risultato di un progetto sperimentale*, a cura di R. Pacifici, M. Giuliani e L. La Sala, Roma, Istituto superiore di sanità, 2018 (Rapporti ISTISAN 18/5).

[68] Su cui, per tutti, R. Balduzzi, *Livelli essenziali e risorse disponibili: un nodo costituzionale?*, in *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, Vita e Pensiero, 2011, pp. 57 ss.

[69] Sul carattere ossimorico della nozione di gioco responsabile, v. M. Fiasco, *Gioco d'azzardo e salute, tra ricerca scientifica e politiche pubbliche: l'importanza di un efficace dialogo interdisciplinare*, in *Corti Supreme e Salute*, 2020, n. 1, pp. 265 ss. Più che di "gioco responsabile", allora, forse sarebbe meglio parlare di servizi offerti in modo responsabile, come, a proposito dei giochi d'azzardo *on-line*. recita la citata Raccomandazione della Commissione dell'Unione europea del 2014 (*retro*, nt. 32), al punto 12: «Alcune persone dedite al gioco d'azzardo possono avere problemi dovuti al loro comportamento, arrivando al punto di compromettere i rapporti personali o familiari, mentre altre possono subire danni molto gravi causati dal gioco d'azzardo patologico. Si stima che una percentuale compresa tra lo 0,1 % e lo 0,8 % della popolazione adulta generale soffra di una patologia legata al gioco d'azzardo e che un'ulteriore percentuale compresa tra lo 0,1 % e il 2,2 % presenti un coinvolgimento nel gioco d'azzardo potenzialmente problematico. Pertanto, sono necessarie misure preventive per garantire che i servizi di gioco d'azzardo *on-line* siano offerti e promossi in modo socialmente responsabile, in particolare affinché il gioco d'azzardo resti una fonte di divertimento e di attività ricreativa".

Certo, rimangono problematici l'affiancamento e la sovrapposizione dei profili di tutela della salute (cui si aggiunge, ed è una acquisizione ormai consolidata nella giurisprudenza costituzionale, anche il governo del territorio), con quelli, più tradizionali, dell'ordine pubblico e sicurezza, sapendo che sullo sfondo permane l'interrogativo di fondo circa la congruità e la coerenza del forte rilievo dell'interesse erariale, talora sottaciuto nella normativa statale, ma in realtà immanente alla totalità delle disposizioni in materia (e presente, con particolare incisività, in quelle che disegnano la struttura amministrativa che, all'interno del Ministero dell'economia e delle finanze, è deputata a curare gli interessi pubblici in materia).

5. Alcune (provvisorie) conclusioni

Ancorché strettamente non indispensabili rispetto all'obiettivo di questo breve contributo, incentrato sulla ricostruzione legislativa e giurisprudenziale della materia, provo ad accennare ad alcune conclusioni in una prospettiva di politica del diritto.
Sembra venuto il momento, e non soltanto nel nostro Paese, di invertire la rotta anche per quanto attiene ai canoni o prelievi di scopo, che non soltanto mescolano la bontà del fine con la problematicità dei mezzi, ma finiscono per fare "catturare" il fine buono all'interno di una ragnatela di interessi e di condizionamenti[70]: acclarate le conseguenze negative, sotto i profili sanitario, sociale e del governo del territorio dell'espansione del gioco d'azzardo (come ne dà conferma la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, che proprio per questa ragione demanda agli Stati membri il bilanciamento dei diversi interessi in tale settore in una misura nettamente superiore rispetto a qualsiasi altro settore economico, eccezion fatta forse per quello della difesa), i pubblici poteri debbono seriamente porsi la domanda se apparire o meno corresponsabili, anche soltanto in parte, di tali conseguenze[71].

[70] Non si tratta, appunto, di un problema soltanto italiano: secondo A. Canepa, *Profili normativi*, cit., p. 560, la connessione tra introiti fiscali del gioco d'azzardo e finanziamento dell'assistenza sociale, che persino una delle legislazioni più sensibili al problema del *gambling disorder* e alla tutela delle fasce deboli, quella svizzera, stabilisce, "parrebbe quasi apprestare uno strumento di giustificazione etica allo sfruttamento e alla fioritura dei giochi d'azzardo». Che il gioco d'azzardo insomma possa essere "al servizio del bene comune" (che è bene di tutti e di ciascuno, non scordiamolo mai), per riprendere il titolo di una proposta di revisione costituzionale elvetica di qualche anno fa, appare affermazione ascrivibile più al genere del linguaggio persuasivo che a quello del linguaggio descrittivo …

[71] Un analogo ragionamento andrebbe applicato alle recenti proposte (probabilmente da ascrivere ai tentativi, consapevoli o meno, di arginare l'attivismo locale in materia) miranti ad assegnare anche a regioni e ad enti locali una parte delle entrate erariali derivanti dal gioco d'azzardo, così da permettere di finanziare cure e prevenzione per i malati di DGA: risulta evidente che, in tal modo, regioni e comuni finirebbero per autocondannarsi all'inazione e ad entrare, come già avvenuto per lo Stato, in conflitto di interessi con se stessi. Dalla pandemia invece occorrerebbe trarre un altro paradigma: prima di tutto vengono la salute, l'integrità delle relazioni sociali e interpersonali, il quadro generale dell'economia produttiva del Paese, il risparmio, l'utilità sociale del legittimo profitto. Fissati rigorosamente i limiti, bilanciati in modo ineccepibile gli interessi, garantita la terzietà della pubblica amministrazione, rispettato il principio di sussidiarietà, si

Parimenti, per quanto attiene all'altro argomento che storicamente ha giustificato il progressivo diretto coinvolgimento statale-pubblico nel settore, quello collegato alla necessità di evitare che la crescente illegalità diventi preda facile della criminalità organizzata, la sua perdurante plausibilità va assoggettata sia alla verifica storico-fattuale (su cui le relazioni ufficiali sia della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, sia delle Commissioni parlamentari antimafia, già permettono di avanzare domande inquietanti)[72], sia alla dimostrazione razionale che i benefici prevalgano sugli svantaggi (si pensi alle discussioni sulla liberalizzazione del mercato degli stupefacenti, o a quelle concernenti il settore del fumo di sigaretta e assimilati)[73].

E ancora: chissà se riusciremo a superare l'ottica banalizzante, ancora attuale in questo tempo di pandemia, che ha condotto, a seguito del *lockdown*, ad affermazioni sul tipo "diminuisce il gettito, dunque aumenta il gioco illegale"?[74]

In positivo, il cammino praticabile sembra quello, in primo luogo, di raffinare ancora di più le tecniche di *cantonnement*, a partire dalle distanze dai luoghi sensibili, cioè dall'individuazione, come già accaduto per il fumo, di ambiti spaziali; in secondo luogo, di applicare seriamente i divieti di pubblicità, soprattutto quella indiretta; in terzo luogo, di perfezionare gli strumenti per prevenire e scoraggiare l'*on-line* selvaggio. Di fare, insomma, prevenzione primaria, nel senso di sottrazione di occasioni e, perché no?, di individuare e gestire protocolli mirati e monitorati di autoesclusione protettiva[75]. Quanto poi a uno dei problemi più seri, e meno suscettibili di essere risolto con meri divieti normativi (cioè il

può concertare un nuovo quadro di regole anche per i giochi con denaro e d'azzardo; cfr. sul punto R. Balduzzi, M. Fiasco, *Il gioco d'azzardo cambia. Attenzione ai gattopardismi*, in *Avvenire*, 5 novembre 2020, p. 3.

[72] Si v., soprattutto, XVII leg., doc. XXIII, n. 18, *Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere*, Relazione sulle infiltrazioni mafiose e criminali nel gioco lecito e illecito (relatore sen. S. Vaccari), luglio 2016, soprattutto il cap. 5.

[73] Com'è noto, secondo la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, gli Stati membri hanno l'onere di assicurarsi che la riserva allo Stato risponda realmente all'obiettivo di ridurre i rischi insiti nel gioco in modo coerente e sistematico (si v. soprattutto Corte di giustizia, sent. del 24 gennaio 2013, *Stanleybet International e William Hill*, C-186/11, punto 36): in proposito, cfr. F. Gallarati, *La riserva statale*, cit., pp. 466 ss., che opportunamente sottolinea che da tale approccio del giudice europeo non deriva una spinta nel senso della liberalizzazione del mercato del gioco d'azzardo, ma, all'inverso, un onere rafforzato, in capo allo Stato membro, di assoggettare il monopolio e il relativo sistema concessorio ad un effettivo e stretto controllo da parte delle autorità pubbliche.

[74] Quando la vera domanda dovrebbe essere: ma non sarà perché l'*on-line* "lecito" è "tassato" enormemente meno? Va poi tenuto presente che, secondo la Corte di giustizia, sarebbe irragionevole un trattamento di minor sfavore del gioco *online* rispetto a quello tradizionale, in quanto le caratteristiche proprie dell'offerta di giochi d'azzardo tramite Internet possono comportare rischi di maggiore entità per quanto attiene alle esigenze in materia di tutela dei consumatori. Sulle conseguenze della pandemia e del relativo *lockdown* sui pazienti da DGA, si v. lo studio, di notevole interesse anche in ordine alle iniziative future di contrasto del *gambling disorder*, di M.A. Donati e a., *Being a Gambler during the CoViD-19 Pandemic: A Study with Italian Patients and the Effects of Reduced Exposition*, in *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2021.

[75] Secondo la proposta positivamente valutata («an *ingenious solution*» e «*a great idea*») da R. H. Thaler, C. Sunstein, *Nudge. Improving Decision About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven & London, 2008, p. 233, ripresa dalla legge delega n. 23 del 2014 (art. 14, comma 2, lett. *cc)*: «introduzione di un meccanismo di autoesclusione dal gioco, anche basato su un registro nazionale al quale possono iscriversi i soggetti che chiedono di essere esclusi dalla partecipazione in qualsiasi forma ai giochi con vincita in denaro»).

gioco *on-line*), rendere obbligatorie le azioni previste dalla Raccomandazione della Commissione UE del 2014 potrebbe essere un primo, ma importante, passo.
Queste strategie di contrasto richiedono il massimo coinvolgimento delle autonomie, locali e regionali: proprio la determinazione con cui le diverse e influenti *lobbies* del gioco hanno cercato e cercano di marginalizzare lo spazio decisorio di regioni e comuni[76] costituisce la migliore controprova della bontà (dal punto di vista dell'obiettivo di riduzione delle conseguenze negative, sotto il profilo sanitario e sociale, del gioco d'azzardo come *gambling disorder*) dell'orientamento, introdotto dalla riforma del 2012, e conservato negli ancorché erratici passaggi successivi, volto a valorizzarne il ruolo[77].
La battaglia sarà ancora lunga, in quanto è civile ed economica, ed è collegata alle scelte in tema di politiche pubbliche, cortotermiste oppure attente alle prospettive di medio e lungo periodo[78].
Sembra infine importante studiare di più il fenomeno, vigilare e monitorare che non vi siano passi indietro[79], e applicare con intelligenza ed equilibrio le norme[80].

[76] Incontrando, talvolta, "sponde" inattese: un recente *dossier* del Servizio studi della Camera dei deputati, intitolato "La disciplina dei giochi" (Dossier n. 53 – Schede di lettura, 15 febbraio 2021) confonde i due profili del problema, quello dei rapporti tra libero mercato (inclusa la disciplina europea) e intervento pubblico in materia, e quello del riparto di competenza all'interno dell'ordinamento statale: se la riserva statale (meglio sarebbe dire: pubblica) dei giochi si giustifica rispetto ad elementari esigenze di controllo riferite alle esigenze di ordine e di sicurezza pubblica, le altre esigenze, di non minore rilievo, quali quelle attinenti alla tutela della salute (comprensiva dei profili sanitari e sociali) e al governo urbanistico del territorio, rendono cedevole la riserva statale e consigliano di dare largo spazio a iniziative di contrasto ideate e realizzate a livello periferico. Proprio sulla base di questa mancata distinzione, il *dossier* include, sorprendentemente, tra le decisioni della Corte costituzionale che affermerebbero la competenza esclusiva dello Stato in materia di giochi la sentenza n. 108 del 2017, su cui v., *retro*, nt. 51.

[77] In senso critico nei confronti della visione centralistica, «ispirata soprattutto dall'esigenza di garantire entrate certe e durature allo Stato centrale», v. G. Marotta, *La redistribuzione nel territorio dei punti vendita del gioco d'azzardo: note a margine delle sentenze del Consiglio di Stato nn. 1618 e 8298 del 2019*, in *Corti Supreme e Salute*, 2019, 3, p. 451.

[78] In questa prospettiva, sarebbe da valorizzare e approfondire il cenno contenuto nel *Parere*, approvato in data 1 aprile dalla XII Commissione del Senato della Repubblica sullo schema di Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), punto 12: «nell'ambito del sistema di prevenzione, occorre individuare un programma specifico per l'efficientamento delle attività predisposte dal Servizio Sanitario Nazionale in materia di prevenzione e cura delle dipendenze patologiche, nel cui novero rientrano anche la dipendenza da alcol, la dipendenza patologica da sostanze stupefacenti e psicotrope, nonché la dipendenza da gioco d'azzardo patologico».

[79] Constata che alcune regioni stanno rallentando l'azione di contrasto alla dipendenza da gioco d'azzardo G. Marotta, *La redistribuzione nel territorio*, cit., p. 450. È, ad esempio, di questi giorni (aprile 2021) il forte contrasto, in sede di Consiglio regionale del Piemonte, tra tendenze favorevoli ad incentivare la lotta alla dipendenza da DGA e tendenze di segno opposto. Sul fronte statale, da segnalare che, nell'elenco dei d.d.l. collegati alla decisione di bilancio 2022-2024, contenuto nel Documento di Economia e Finanza del Governo Draghi approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 aprile 2021, figura (come già nell'analogo documento del precedente Governo) il d.d.l. di riordino del settore dei giochi, distinto dal d.d.l. di delega per il settore fiscale.

[80] Significativo Trib. Trapani, ord. 27 novembre 2019 (r.o. 69/2020), in cui si prospetta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 6 del d.l. n. 158/2012, in relazione agli artt. 3, 41, 42 e 117 Cost., con riferimento all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di euro 50.000 da parte dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli in un caso che, stando alle circostanze di fatto desumibili dall'ordinanza, sarebbe stato possibile risolvere o non applicando, da parte dell'autorità amministrativa preposta, la sanzione di cui al comma 5 in ragione della particolare tenuità del fatto (principio generale applicabile anche alle sanzioni amministrative pecuniarie), o, alternativamente, attraverso una più attenta interpretazione conforme alla Costituzione da parte del giudice *a quo*.

"Certificato verde digitale", "Passaporto vaccinale" e diritto costituzionale: prime considerazioni*

Giorgio Grasso**

Salutando il Presidente e tutti i membri della Commissione, oltre ai colleghi presenti, non posso che esprimere il mio ringraziamento per il graditissimo invito a partecipare a questo ciclo di audizioni informali, per la prima volta per me con un'audizione a distanza, in videoconferenza.

1. Vorrei subito rimarcare, intanto, la discordanza tra il titolo dell'Atto assegnato a codesta onorevole Commissione, che richiama l'eventuale introduzione di un "passaporto vaccinale", e le due proposte di Regolamento dell'Unione europea in cui ci si riferisce, invece, sempre a un "certificato verde digitale" e la parola passaporto non compare mai, in nessuna disposizione dei due Regolamenti, neppure nei Considerando o nella relazione di accompagnamento.
Si tratta, non a caso, di due documenti differenti, laddove l'espressione "passaporto vaccinale", anche per la presenza dell'aggettivo, è vista con eccessiva diffidenza, nel timore, a mio parere abbastanza infondato, che l'idea stessa di prefigurare un passaporto vaccinale possa comportare l'obbligatorietà del vaccino anti SARS-Cov-2, mentre il termine, che appare meno impegnativo di "certificato", desterebbe tutto sommato minore preoccupazione (e ricordando che comunque il "certificato verde digitale", oggetto della disciplina europea di cui ci stiamo occupando, comprende tre diversi tipi di certificato, un certificato di vaccinazione, un certificato di test e un certificato di guarigione, il quale ultimo si sarebbe forse potuto qualificare meglio come un certificato attestante la presenza di anticorpi alla malattia).

---

* Testo preparato dall'A. per l'audizione parlamentare sull'Atto n. 755, «Affare sui profili costituzionali dell'eventuale introduzione di un "passaporto vaccinale" per i cittadini cui è stato somministrato il vaccino anti SARS-COV-2», presso la 1a Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica, 8 aprile 2021.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi dell'Insubria, giorgio.grasso@uninsubria.it.

ISSN 2611-8882

Sempre preliminarmente osservo inoltre che, nella Nota n. 76, «Il certificato verde digitale», predisposta dal Servizio Studi del Senato e che è stata messa a disposizione per quest'audizione[1], menzionando la recente Risoluzione dell'Assemblea del Consiglio d'Europa (cito la versione francese) «Vaccins contre la covid-19: considérations éthiques, juridiques et pratiques» del 27 gennaio 2021, si dà conto, tra l'altro, in modo ambiguo di un emendamento alla Risoluzione, in base al quale, si scrive, utilizzare i certificati di vaccinazione «come passaporti sarebbe contrario alla scienza, in assenza di dati sulla loro efficacia nel ridurre la contagiosità e sulla durata dell'immunità acquisita». In realtà nell'emendamento approvato sul testo della Risoluzione, redatta dalla francese Jennifer De Temmerman, non vi è alcuna traccia di questo inciso (la verifica è stata fatta sulla Risoluzione pubblicata nella sua versione ufficiale in lingua inglese e francese), in quanto esso si limita a stabilire che l'Assemblea del Consiglio d'Europa chiede agli Stati membri e all'Unione europea «d'utiliser les certificats de vaccination uniquement dans le but désigné de surveiller l'efficacité du vaccin, les effets secondaires potentiels et les effets indésiderables» (vedi punto 7.5.2. della Risoluzione).

2. Questo premesso, se ho ben colto il senso di queste audizioni informali, l'intervento richiesto deve guardare proprio al contenuto delle due proposte di Regolamento europeo, su cui la Commissione Affari costituzionali dovrà esprimere un parere alla Commissione Igiene e Sanità, e quindi sugli aspetti di diritto costituzionale che la prospettiva europea dell'istituzione di un certificato verde digitale certamente comporta, ben sapendo che il tema potrebbe anche avere uno svolgimento prettamente nazionale, rivolto magari proprio a disciplinare quello che viene qui chiamato il passaporto vaccinale o qualcosa di simile (alcuni Paesi membri dell'Unione europea, infatti, hanno cominciato ad elaborare proposte e a presentare iniziative sulla possibilità di creare questo tipo di strumento)[2].
Partirei allora dalla finalità delle due proposte di Regolamento – in realtà, tutto il ragionamento può concentrarsi sulla proposta di Regolamento n. 130 «su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili relativi alla vaccinazione, ai test e alla guarigione per agevolare la libera circolazione durante la pandemia di Covid-19 (certificato verde digitale)», riguardante i cittadini europei, d'ora innanzi: il Regolamento, in quanto l'altra proposta di Regolamento, la n. 140, consta di un solo articolo che prevede che gli Stati membri applichino le norme stabilite nel primo Regolamento «ai cittadini di Paesi terzi che non rientrano nell'ambito di applicazione di tale regolamento ma che risiedono o soggiornano regolarmente nei loro territori e hanno diritto di spostarsi in altri Stati membri ai sensi del diritto dell'Unione europea» – che è quella di agevolare, favorire,

[1] Vedi Servizio Studi del Senato della Repubblica, Nota n. 76, *Il certificato verde digitale*, 6-7, nota n. 4.

[2] Qualche indicazione in proposito in T. Cerruti, *Libertà di circolazione e pandemia: servirà un passaporto-Covid per attraversare i confini dell'Unione europea?*, in *Rivista AIC*, 2/2021, 14-15 e in M. Miglietta, *Un certificato verde vaccinale: come e quando*, in https://www.treccani.it/magazine/atlante/geopolitica/certificato_verde_vaccinale.html, 4.

facilitare l'esercizio di un diritto fondamentale riconosciuto dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e cioè il diritto alla libertà di circolazione e di soggiorno. Un diritto fondamentale che ha sofferto forti restrizioni e limitazioni a seguito delle misure adottate dai vari Stati membri per proteggere la salute pubblica, gravemente compromessa dalla pandemia. Un diritto fondamentale che, sul versante del diritto costituzionale italiano, operando l'art. 16 della Costituzione e la riserva di legge in esso prevista, che la fonte regolamentare europea sembra ampiamente in grado di soddisfare, non ha subito certo minori compressioni dal febbraio 2020 a oggi e il cui esercizio potrebbe a sua volta essere agevolato, per esempio nella circolazione da Regione a Regione, grazie all'impiego sistematico del certificato verde digitale, previsto dal Regolamento europeo.
Quella che si è definita efficacemente l'autoinvestitura[3] dell'Unione europea a intervenire in questo ambito dovrebbe permettere allora di superare la frammentazione di discipline nazionali nel campo dei certificati di vaccinazione, dei certificati di test e dei certificati di guarigione dalla Covid-19, mediante un certificato verde digitale interoperabile e accettato reciprocamente in tutti gli Stati membri, perché rispondente a un quadro di fiducia, certezza e autenticità, capace di contribuire, una volta che il Regolamento sarà entrato in vigore, a facilitare una libertà di circolazione transfrontaliera che la diffusione della Covid-19 ha pesantemente impedito e non, ovviamente, a incentivare l'adozione di provvedimenti restrittivi della libertà di circolazione o di altri diritti fondamentali, per esempio sotto forma del ripristino di controlli alle frontiere per i cittadini di Paesi terzi, come è chiaramente indicato al Considerando 11 del Regolamento.

3. Ma quali informazioni saranno contenute nei tre diversi certificati che compongono il certificato verde digitale? Tutta la relazione di accompagnamento al Regolamento enfatizza quello che viene definito un «trattamento dei dati personali al minimo necessario» e in effetti scorrendo l'Allegato al Regolamento i campi di dati da inserire nel certificato di vaccinazione, nel certificato di test e nel certificato di guarigione, sono davvero, usando una metafora, "ridotti all'osso", anche se è chiaro che, per esempio, alla lettera c), dove va indicata la «malattia o agente in questione» o la «malattia o agente da cui il cittadino è guarito», potrà inserirsi solo la dizione SARS-Cov-2, visto che il certificato verde digitale può applicarsi esclusivamente a questa malattia. Si segnala che potrebbe essere opportuno, rispetto all'Allegato, riportare anche nell'art. 7 del Regolamento il termine di 180 giorni di validità del certificato di guarigione, decorrenti da una data non antecedente all'undicesi-

[3] Così M. Ferrara, *Il "certificato verde digitale" sulla vaccinazione e l'attuale ruolo dell'Unione europea nel settore dell'e-Health*, in https://orizzontideldirittopub.com/2021/03/23/il-certificato-verde-digitale-sulla-vaccinazione-e-lattuale-ruolo-dellunione-europea-nel-settore-delle-health/, 1.

mo giorno successivo al primo risultato positivo al test (al momento, infatti, questo termine è soltanto indicato nell'Allegato e al Considerando n. 32 del Regolamento)[4].
Ma questa «riduzione al minimo dei dati personali» è davvero conforme, secondo quanto afferma il Regolamento (vedi per esempio il Considerando n. 46), ai principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (e aggiungo io a quelli della Costituzione italiana), e in particolare al diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare e al diritto alla protezione dei dati personali?
Non ho esitazioni a dire che, se in qualunque dei tre certificati che possono comporre il certificato verde digitale saranno contenute solo le informazioni che sono indicate nell'Allegato al Regolamento, utili a favorire per la persona che presenta il certificato un più agevole esercizio del diritto fondamentale di libera circolazione e di soggiorno, per ragioni di lavoro, familiari o anche per un viaggio di piacere, pur di fronte al trattamento di dati massimamente sensibili riferiti alla salute, la privacy sia adeguatamente tutelata, dal punto di vista del diritto europeo, come dal punto di vista del diritto costituzionale italiano[5]. Capisco le obiezioni di chi ha rilevato che la presenza di una *quantità* essenziale e ridotta di informazioni non risolve automaticamente «anche il problema della loro *qualità* di trattamento, ossia di garanzia di uno standard di sicurezza elevato (…), rispettoso del Regolamento generale per la protezione dei dati personali e del principio di minimizzazione del trattamento dei dati in esso codificato»[6], ma onestamente il tipo di informazione che si può ricavare dal citato Allegato del Regolamento risulta talmente scarno da fugare ogni eventuale dubbio in proposito.

4. Uno scrutinio ulteriore sulla costituzionalità del certificato verde digitale va compiuto, immaginando di utilizzare tale documento per altre finalità e in particolare per incidere sull'esercizio di altri diritti costituzionalmente tutelati, gravemente limitati dalla pandemia: la libertà di riunione, il diritto al lavoro, l'iniziativa economica privata in particolare. La domanda da porre, senza troppi indugi, è se il possesso di questo certificato (o di un analogo documento declinato in chiave costituzionale nazionale, fondato evidentemente su una disciplina legislativa statale che assicuri il rispetto sostanziale e non solo formale delle

[4] Tra l'altro mentre nell'Allegato si parla di una validità «fino a (non oltre 180 giorni dalla data del primo risultato positivo del test)» nel Considerando 32 è stabilito appunto che «È opportuno che il certificato di guarigione sia rilasciato non prima dell'undicesimo giorno successivo al primo test positivo e che sia valido non più di 180 giorni».

[5] Un analogo rilievo è stato compiuto nel corso della medesima seduta di audizioni informali, in cui questo intervento è stato presentato, dal Presidente dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali Pasquale Stanzione, dando conto anche dei suggerimenti migliorativi al testo del Regolamento n. 130, formulati dal Comitato europeo per la protezione dei dati e del Garante europeo della protezione dei dati. A uguali conclusioni è giunto pure Giovanni D'Alessandro, anch'egli coinvolto nelle audizioni informali dell'8 aprile 2021.

[6] Così ancora M. Ferrara, *Il "certificato verde digitale" sulla vaccinazione e l'attuale ruolo dell'Unione europea nel settore dell'e-Health*, cit., 2, corsivo dell'Autrice.

riserve di legge costituzionalmente previste[7]) potrebbe favorire, per esempio, per tutta la durata della pandemia e forse anche immediatamente dopo la dichiarazione di cessazione dell'emergenza di sanità pubblica di portata internazionale causata dal SARS-CoV-2, da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità, la possibilità di partecipare a eventi culturali o sportivi, la (più celere) riapertura di un'attività commerciale e il suo esercizio, lo stesso svolgimento concreto del diritto al lavoro, nelle sue diverse forme. Due sono le obiezioni che si possono muovere a questo tipo di approccio: una violazione del principio di uguaglianza davanti alla legge in ragione di potenziali effetti discriminatori nei confronti di chi non può (o non vuole) far valere il possesso del certificato; un'ingiustificata limitazione all'esercizio e al godimento di libertà e diritti garantiti dal testo costituzionale, oltre ciò che il testo costituzionale prevede.

La prima obiezione sembra agevolmente superabile: un certificato che consente, come il certificato verde digitale, oggetto di queste riflessioni, in modo alternativo e non cumulativo, il rilascio delle tre opzioni del certificato di vaccinazione vero e proprio, del certificato di avere effettuato un test, risultato negativo all'infezione da Sars-CoV-2, e del certificato di guarigione della malattia salvaguarda tutte le posizioni e i diritti delle persone, che il solo certificato di vaccinazione potrebbe non perfettamente garantire, in base alle modalità e ai tempi di distribuzione del vaccino, compresi le posizioni e i diritti di chi non voglia essere vaccinato. Non penso del resto che debbano ricevere protezione e possano in qualche modo ritenersi oggetto di una discriminazione coloro che, pur potendo dimostrare il possesso di uno dei tre requisiti accertati da ciascuna delle tre certificazioni, rifiutino di farlo, assumendo rilievo soltanto le posizioni e i diritti di chi non può dimostrare il possesso di quei requisiti perché positivo a un test o non ancora guarito dalla malattia. La sottoposizione a un test per l'infezione da SARS-CoV-2 o la presentazione di un certificato che attesti la guarigione dalla medesima infezione non hanno l'invasività di una somministrazione a un vaccino, al quale, in mancanza di un'obbligatorietà del medesimo disposta per legge ai sensi dell'art. 32, comma 2, Costituzione, come subito si dirà, si può liberamente rinunciare.

La seconda obiezione troverebbe un qualche terreno fertile, nel momento in cui il certificato verde digitale avesse un impiego generalizzato rispetto all'esercizio di un catalogo indeterminato di libertà e diritti costituzionali. Tuttavia, riguardo all'esercizio di singole situazioni di libertà, un'estensione nell'ambito nazionale di uno strumento come questo potrebbe rivelarsi, invece, preziosa, per allentare alcune restrizioni che le misure adottate per contrastare la pandemia hanno determinato, richiedendo, in un complesso bilancia-

[7] Che in mancanza di una legge del Parlamento non sia possibile «il trattamento dei dati relativi allo stato vaccinale dei cittadini a fini di accesso a determinati locali o di fruizione di determinati servizi» è affermato anche nel Comunicato stampa del Garante per la protezione dei dati personali del 1° marzo 2021, *Covid: Garante privacy, no a "pass vaccinali" per accedere a locali o fruire di servizi senza una legge nazionale*. Il punto è stato ribadito da P. Stanzione nell'audizione sopra citata e in altre audizioni informali svoltesi sempre l'8 aprile 2021, come quelle di Gabriele Bottino e Andrea Pertici.

mento valoriale, l'accettazione di altre, forse meno penetranti, limitazioni delle libertà costituzionali, nel rispetto di quanto la Costituzione italiana consente.
Tre rapidi esempi chiariranno meglio il mio pensiero.
Se l'emergenza sanitaria che stiamo continuando a vivere ha costretto a comprimere fortemente la libertà di riunione dell'art. 17 Costituzione, pur in mancanza nel testo di questa disposizione costituzionale dei «motivi di sanità» – previsti invece all'art. 16 Costituzione per la libertà di circolazione – e senza le garanzie della riserva di legge stabilite ancora dall'art. 16, forse, per cominciare a rendere di nuovo fruibile l'esercizio di quella libertà, si potrebbe pensare di subordinare la partecipazione a tutta una serie di riunioni, che si realizzano sotto forma di manifestazioni culturali o sportive, al possesso di un certificato verde digitale. Ovviamente, come si è in precedenza ricordato, una previsione di questo tipo dovrebbe essere inserita nella fonte legislativa, con disposizioni stringenti nel loro contenuto per orientare l'applicazione dell'autorità amministrativa e circoscriverne il potere discrezionale.
Dalla libertà di riunione, all'iniziativa economica privata e ai vincoli dell'art. 41, comma 2, Costituzione, a partire dalla clausola dell'utilità sociale: la riapertura di un insieme di esercizi commerciali e di attività d'impresa, tenuti chiusi in conseguenza delle misure adottate per fronteggiare la pandemia, potrebbe forse avvenire, proprio a garanzia dell'utilità sociale, declinata in stretto collegamento con la tutela della salute come interesse della collettività, ai sensi dell'art. 32 Costituzione, anche mediante il ricorso a qualcosa di simile al certificato verde digitale, sempre nel rispetto della riserva di legge statale.
Il diritto al lavoro, infine. Per questo profilo, un primo passo è stato compiuto, con il recentissimo decreto legge n. 44 del 2021, il cui art. 4, comma 1, stabilisce l'obbligo di sottoporsi a vaccinazione gratuita per «gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali», prevedendo poi che la vaccinazione «costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati». Quest'obbligo di vaccinazione rappresenta, evidentemente, la forma più penetrante di imposizione consentita ai sensi dell'art. 32, comma 2, Costituzione[8]; un'imposizione che potrebbe anche essere prevista, per ragioni analoghe a quelle indicate dal decreto legge n. 44 (la tutela della salute pubblica in considerazione della situazione di emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2), per altre categorie di lavoratori o per altre situazioni legislativamente determinate; un'imposizione forte, certamente, non lo si può negare, che dovrebbe,

[8] Lo ha ricordato anche Donatella Morana, sempre nel corso delle audizioni informali dell'8 aprile 2021. Ma, per una recente prospettazione delle diverse questioni problematiche poste dall'obbligatorietà del vaccino, vedi M. Cartabia, *Introduzione*, in *Per amore o per forza? I vaccini al cospetto della Corte costituzionale*, Università degli Studi di Milano, 4 febbraio 2021, in https://www.radioradicale.it/scheda/628019/per-amore-o-per-forza-i-vaccini-al-cospetto-della-corte-costituzionale.

però, forse convincere chi ha troppi dubbi sull'adozione del certificato verde digitale, in quale – anche a chiamarlo "passaporto" – non pare essere un mezzo irragionevole di limitazione dei diritti fondamentali e anzi può diventare un modo per "riavviare" l'effettivo godimento di alcuni di quei diritti[9], rimasto perlomeno sospeso durante la pandemia.

[9] Anche T. Cerruti, *Libertà di circolazione e pandemia: servirà un passaporto-Covid per attraversare i confini dell'Unione europea?*, cit., 20, ritiene utili «patentini o passaporti-COVID, elaborati secondo un modello europeo unitario e contenenti solo le informazioni strettamente necessarie a prevenire la diffusione del contagio», almeno sul versante della libertà di circolazione. Che il certificato verde digitale possa essere uno strumento di promozione e di espansione delle libertà è stato rispettivamente affermato da P. Stanzione e D. Morana, negli interventi già citati.