



Università
degli Studi
di Ferrara

Dipartimento
di Giurisprudenza

DIRITTO VIRALE

*Collana dei Ricercatori del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Ferrara*

Volume I
"Pandemia e mutazioni del diritto"

Scenari e
interpretazioni
delle norme per
l'emergenza
Coronavirus



**Dipartimento
di Giurisprudenza**

DIRITTO VIRALE

Scenari e interpretazioni delle norme
per l'emergenza Covid-19

Diritto virale – Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Ferrara

Corso Ercole I d'Este, 37 – Ferrara

ISSN 2724-1130

Pubblicato in data 30 aprile 2020

Direttore

Daniele Negri

Vicedirettore

Marco Greggi

Comitato scientifico

Alberto Avio, Gian Guido Balandi, Alessandro Bernardi, Giuditta Brunelli, Donato
Castronuovo, Gianluca Gardini, Michele Pifferi, Francesco Salerno

Redazione

Rossella Maranini



Sommario

LA BOMBA CARCERARIA E I SUOI ARTIFICIERI - <i>Andrea Pugiotto</i>	3
OSSERVAZIONI CRITICHE SUL D.L. n. 19 del 25-3-2020 - <i>Giovanni De Cristofaro</i>	5
SORVEGLIANZA DI MASSA E PREROGATIVE DI RISERVATEZZA DELL'INDIVIDUO DURANTE L'EMERGENZA SARS-CoV-2. SCENARI ATTUALI E PROSPETTIVE FUTURE - <i>Fabio Nicollicchia</i>	15
IL FIUME SCIENTIFICO E GLI ARGINI GIURIDICI. UNA RIFLESSIONE LÀ DOVE SCIENZA E DIRITTO SI INCONTRANO - <i>Enrico Maestri</i>	23
IL PROCESSO PENALE AI TEMPI DI COVID-19. VIDEOCONFERENZE E DIRITTI FONDAMENTALI - <i>Giulia Duoli</i>	28
DILEMMI MOR(T)ALI. SCELTE ETICHE, <i>AGEISM</i> E DIRITTI FONDAMENTALI AI TEMPI DEL COVID-19 - <i>Maria Giulia Bernardini</i>	38
DEMOCRAZIA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI AI TEMPI DEL CORONAVIRUS - <i>Giuditta Brunelli</i>	46
SURE TO MES(S) WITHOUT EUROBONDS? LA NECESSITA' DI UN'ALTERNATIVA AL MERCATO DEI CAPITALI E L'EUROGRUPPO DEL 9 APRILE 2020 - <i>Damiano Censi</i>	53
IL VIURS NEL CARCERE E LE GRAZIE DEL QUIRINALE - <i>Andrea Pugiotto</i>	58
PIANO <i>MARSHALL</i> O PROGETTO <i>MANHATTAN</i> PER LA FISCALITÀ POST-VIRALE? - <i>Marco Greggi</i>	61
IL DIRITTO DEL LAVORO NELLA PANDEMIA - <i>Gian Guido Balandi</i>	71
LE ISTITUZIONI ALLA PROVA DELL'EMERGENZA: IDEE E STRATEGIE PER RIPARTIRE - <i>Gianluca Gardini</i>	75
IL PROCESSO PENALE DALLO <i>IEROS KUKLOV</i> AGLI <i>AUTÓMATOI</i> - <i>Edoardo Bandiera</i>	81



LA BOMBA CARCERARIA E I SUOI ARTIFICIERI

di **Andrea Pugiotto*** – andrea.pugiotto@unife.it

Il 25 marzo scorso il Guardasigilli ha risposto al question time della Camera dei Deputati sulle misure assunte dal Governo per fare fronte ai problemi che l'emergenza sanitaria in atto comporta all'interno degli istituti penitenziari. I dati illustrati sono, a un tempo, preoccupanti e insufficienti. Servono misure anche inedite, per disinnescare la bomba epidemiologica carceraria, prima che esploda con effetti che travalicherebbero i muri di cinta delle nostre prigioni. Ecco una breve riflessione su chi può fare cosa, in applicazione del principio costituzionale di leale cooperazione istituzionale.

Il Covid-19 è entrato nelle carceri (15 i casi accertati) e tarda un vaccino che tolga al virus la sua corona. Dunque, gli istituti di pena sono una bomba epidemiologica.

Difficile disinnescarla: igiene personale, distanziamento, sanificazione, isolamento, sono chimere nella «promiscuità coatta di celle sature di corpi, liquidi e secrezioni, eiezioni e sudori» (Manconi). Eppure si deve. E se non vi basta l'obbligo costituzionale di garantire, anche a Caino, il diritto alla salute (e alla vita), siate mossi almeno da un altruismo interessato. Perché il problema riguarda detenuti e detenenti (58.592 i primi, 45.000 i secondi), con relative famiglie. Perché i tanti reclusi con patologie pregresse saranno vettori del contagio e graveranno, piantonati fino al decesso, su ospedali collassati. Perché – lo si è visto - le carceri sono «luoghi di potenziale esplosione non solo del contagio, ma anche della rabbia autodistruttrice» (Palma). Dagli istituti di pena il virus può evadere, invadendoci.

Che fare? Servono misure anche inedite, in grado di contenere i flussi in entrata e di agevolare una controllata decarcerizzazione. Non sono sufficienti quelle del decreto legge "Cura Italia": stimati in 3.000 i detenuti in uscita, finora il Guardasigilli ne ha contattati 200 (in media 1 per ognuno dei 189 istituti penitenziari). Né basteranno i 1.600 telefonini acquisiti, le 200.000 mascherine distribuite, i 770.000 guanti monouso forniti, i dichiarati 2.600 braccialetti elettronici disponibili, le 145 tende *pre-triage* all'ingresso dei penitenziari. Serve ben altro, e ciascuno deve fare la propria parte: in Costituzione si chiama leale cooperazione istituzionale. Lavarsene le mani, da gesto di quotidiana profilassi, tornerebbe ad essere il segno di una scelta pilatesca.

I giudici privilegino interpretazioni dall'efficace portata deflattiva. Tradotto, significa ridurre la custodia cautelare ad *extrema ratio*, superare le (spesso eccessive) cautele nella concessione delle misure alternative, ricorrere ai domiciliari anche in carenza di braccialetti elettronici (come

*Professore Ordinario di Diritto costituzionale

insegnano le sezioni unite di Cassazione), sperimentare nuove interpretazioni dei casi di differimento della detenzione.

Le Camere, nel convertire il decreto legge n. 18 del 2020, introducano misure deflative automatiche e tempestive a favore di detenuti che abbiano già dato prova di «accertata e consolidata meritevolezza» (Giostra): ne fa un'utile silloge il recente documento dell'Associazione dei docenti italiani di diritto penale.

Vano è invocare una legge di amnistia e indulto. La maggioranza dolomitica necessaria, voto per voto, è pari ai due terzi dei parlamentari: una quota preclusa da ragioni sanitarie, prima ancora che politiche, per un Parlamento che rinuncia a deliberare in remoto. Sarebbe però utile il deposito di una proposta di revisione dell'art. 79 della Carta: la si presenti oggi, affinché domani «la razionalità si prenda la rivincita sulla demagogia (Pepino).

Se è lecito dire, anche Corte costituzionale e Quirinale possono molto.

La Consulta assicuri corsie preferenziali a decisioni in tema di esecuzione penale. Su tutte, il differimento della pena per sovraffollamento, la cui assenza nel codice penale è certamente incostituzionale (come riconobbe la sent. n. 279/2013). Un giudice riproponga la *quaestio*, e la Corte potrà fare la sua parte.

Il Capo dello Stato (come suggerito da Corleone) eserciti il suo potere di grazia, anche parziale e condizionata, in chiave umanitaria a correttivo di una pena che minaccia diritti indisponibili. Come in passato, la conceda cumulativamente, compensando l'impossibile clemenza collettiva. È una sua prerogativa che il Guardasigilli non può ostacolare. Signor Presidente, saggiamente, la usi: se non ora, quando?



OSSERVAZIONI CRITICHE SUL D.L. n. 19 del 25-3-2020

di **Giovanni De Cristofaro*** – giovanni.decrisofaro@unife.it

Il contributo analizza criticamente alcuni aspetti problematici del recente decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19", che ha attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di adottare - con appositi d.p.c.m. - "misure" fortemente limitative di diritti e libertà fondamentali dei cittadini, costituzionalmente garantiti, al fine di contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19. In particolare, viene evidenziata la smisurata ampiezza dei margini di discrezionalità di cui godrà nei prossimi mesi il Presidente del Consiglio nel decidere se e quali misure adottare, e con quale durata ed estensione territoriale; la sostanziale assenza di qualsivoglia concreta possibilità di controllare la conformità di siffatte misure ai criteri di proporzionalità e adeguatezza cui dovrebbero a rigore attenersi per previsione dello stesso d.l.; la mancata previsione di un coinvolgimento di qualsivoglia genere del Parlamento e del Consiglio dei ministri nel procedimento destinato a sfociare nella definizione e nell'adozione delle misure; la completa assenza di trasparenza dell'attività e delle iniziative del c.d. Comitato tecnico-scientifico costituito con ordinanza del Direttore del Dipartimento della protezione civile, unico organismo collegiale al quale il d.l. riconosce un (sia pure modesto) ruolo nell'iter formativo dei provvedimenti recanti le "misure"; infine, i profili di ambiguità, contraddittorietà ed inadeguatezza dell'apparato sanzionatorio predisposto a presidio del rispetto delle misure destinate ad essere adottate dal Presidente del Consiglio.

1) Sulle caratteristiche e sui requisiti dei provvedimenti suscettibili di essere adottati ai sensi degli artt. 2 e 3 del d.l.

Le “misure” che “possono” essere adottate ai sensi degli artt. 2 e 3 debbono necessariamente avere le seguenti caratteristiche:

- a) (SCOPO) essere **finalizzate** a “contenere” e “contrastare” i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del COVID-19
- b) (AMBITO SPAZIALE) valere per l'**intero territorio** nazionale o per **single parti** di esso
- c) (DURATA TEMPORALE) valere per **periodi predeterminati**, di durata massima pari a 30 giorni, ma **reiterabili e modificabili** anche più volte fino al 31 luglio 2020
- d) (ELASTICITA') è possibile “modularne” l'applicazione aggravandole o alleggerendole **secondo l'andamento epidemiologico del virus**

*Professore Ordinario di Diritto Privato

- e) (CONTENUTI) debbono a) rientrare in **una della tipologie** di misure **elencate tassativamente** nel comma 2 dell'art. 1 e b) avere un **impatto, in termini di limitazione** qualitativa e quantitativa delle libertà e delle attività sulle quali incidono, **rispondente e conforme ai principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente** sull'intero territorio nazionale o su specifiche parti di esso.

Il mancato rispetto dei sopra descritti requisiti rende le “misure”, o meglio i provvedimenti che ne contemplino l'adozione, illegittimi.

Particolarmente problematiche appaiono la **concretizzazione dei parametri della adeguatezza e della proporzionalità** “al rischio effettivamente presente sul territorio”, nonché la “modulazione” delle misure già adottate “secondo l'andamento epidemiologico del virus”: con riferimento all'una e all'altra, **non vengono infatti fornite indicazioni di sorta di natura tecnico-scientifica, nemmeno con rinvio a fonti internazionali, sui criteri in applicazione dei quali si procederà alla relativa valutazione.**

Ci si chiede poi quali siano le **dimensioni** e la **consistenza** dell'**onere motivazionale** di cui dovranno reputarsi gravati gli estensori dei **provvedimenti destinati ad adottare le misure** contemplate dal d.l., questione di cruciale importanza perché soltanto una adeguata e documentata motivazione può consentire l'espletamento del controllo di adeguatezza e proporzionalità della misura (o della sua modulazione) in relazione alla effettiva presenza del rischio e all'andamento epidemiologico.

2) L'elenco (tassativo) di cui al comma 2, art. 1

E' importante ricordare che ciascuna delle misure tassativamente elencate nel comma 2 dell'art. 1 **deve essere rispettosa dei principi di proporzionalità e adeguatezza al rischio effettivamente presente** su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso.

Ciò significa che **a fronte di livelli di rischio oggettivamente e significativamente diversi nei diversi territori regionali (se non addirittura provinciali)** - per la minore o maggiore diffusione quantitativa del virus, per la minore o maggiore attitudine dello stesso a determinare decessi e per la maggiore o minore efficienza della risposta offerta dalla sanità regionale e territoriale alla domanda di assistenza sanitaria adeguata ai pazienti infettati in relazione ai diversi livelli di gravità della malattia - **le misure dovrebbero avere caratteristiche e livelli di invasività e gravità differenziata, risultando altrimenti non rispettose dei summenzionati, fondamentali principi.**

Fino ad ora non si ha la sensazione che i d.p.c.m. adottati dal presidente del Consiglio dei ministri posseggano questo fondamentale requisito di legittimità: le ultime misure sono infatti identiche per la Lombardia, l'Emilia Romagna, il Molise e la Basilicata, nonostante le abissali

differenze esistenti fra i livelli di rischio documentato effettivamente presenti nei rispettivi territori).

La natura tassativa (e non meramente esemplificativa) dell'elenco ci sembra desumibile sia dal tenore complessivo delle disposizioni del d.l., sia dalle specifiche caratteristiche delle misure, tutte limitative di diritti e libertà fondamentali garantiti dalla Costituzione.

Venendo poi all'**analisi delle singole misure**, svolgiamo alcune brevi osservazioni su alcune di esse:

a) **limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni;**

Si rileva che la disposizione non fa esplicito riferimento all'abitazione ma cionondimeno tale riferimento deve ritenersi implicito.

Poiché è stata utilizzata la parola "...o motivati...", sembra certo che **gli spostamenti individuali debbano essere suddivisi in due categorie:**

- gli spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio sono sempre leciti e possibili, quale che sia la motivazione che li giustifica, e i d.p.c.m. non possono apportarvi alcuna restrizione e men che meno divieti;

- gli spostamenti individuali non limitati nel tempo e nello spazio possono in linea di principio essere vietati o limitati dai d.p.c.m., che non possono tuttavia vietare né limitare quelli motivati da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o "da altre specifiche ragioni". Molto ambiguo il riferimento alle "altre specifiche ragioni", che parrebbe da intendersi nel senso che i singoli d.p.c.m., in considerazione delle specifiche peculiarità della situazione, potrebbero autorizzare spostamenti individuali non limitati nel tempo e nello spazio effettuati per "ragioni" (da indicarsi *specificamente* nel d.p.c.m.) diverse dai motivi di necessità, urgenza o salute.

d) **applicazione della misura della quarantena precauzionale ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che rientrano da aree ubicate al di fuori del territorio italiano;**

Se la prima misura appare ragionevole (pur con le perplessità suscitate dalla difficoltà di delimitare i confini della nozione di "contatti stretti"...), nell'ottica della prevenzione della diffusione del contagio, non altrettanto può dirsi della seconda misura: chiunque entri in territorio italiano dall'estero deve essere sottoposto a quarantena, a prescindere dalla situazione di diffusione del virus nel Paese di provenienza? Nella sua genericità ed absolutezza, questa misura appare sproporzionata ed ingiustificata; ci si chiede poi se essa riguardi soltanto i cittadini italiani o anche i cittadini UE ed extra UE....

Non è infine chiaro se la "quarantena precauzionale" di cui alla lett. d) sia equivalente alla "quarantena" di cui alla lett. e) (prevista per le persone risultate positive al virus) ovvero meno stringente rispetto a quest'ultima.

g) **limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni altra forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo, ricreativo e religioso;**

n) limitazione o sospensione delle attività ludiche, ricreative, sportive e motorie svolte all'aperto o in luoghi aperti al pubblico;

Entrambe queste tipologie di misure incidono pesantemente su libertà fondamentali dell'individuo costituzionalmente garantite; con riferimento ad esse la necessità del rigoroso rispetto dei criteri di proporzionalità e adeguatezza appare fortissima e cruciale. Altamente problematica sotto questo profilo appare l'inclusione, fra le attività suscettibili di essere "sospese" *tout court*, di "iniziative di qualsiasi natura" e di "ogni forma di riunione" destinate a svolgersi in luogo privato" (lett. g), nonché delle attività ludiche, ricreative, motorie, etc., svolte "all'aperto": con quest'ultima locuzione si fa necessariamente riferimento a luoghi non aperti al pubblico (...*all'aperto o in luoghi aperti al pubblico...*), e parrebbe scontato che il legislatore abbia inteso includere anche i luoghi "all'aperto" di proprietà privata...

z) limitazione o sospensione di altre attività d'impresa o professionali, anche ove comportanti l'esercizio di pubbliche funzioni, nonché di lavoro autonomo, con possibilità di esclusione dei servizi di pubblica necessità previa assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non sia possibile rispettare la distanza di sicurezza interpersonale predeterminata e adeguata a prevenire o ridurre il rischio di contagio come principale misura di contenimento, con adozione di adeguati strumenti di protezione individuale;

Si nota: perché non è prevista la salvaguardia delle attività suscettibili di essere svolte a distanza?

cc) limitazione dell'accesso di parenti e visitatori a strutture di ospitalità e lungo degenza, residenze sanitarie assistite (RSA), hospice, strutture riabilitative e strutture residenziali per anziani, autosufficienti e non, nonché agli istituti penitenziari ed istituti penitenziari per minorenni;

Anche questo, per evidenti ragioni, è un profilo delicatissimo: desta invero non poche perplessità la scelta di porre sullo stesso piano RSA e strutture di ospitalità di persone anziane (come tali particolarmente esposte al rischio di ammalarsi con esito letale, alla luce dei dati attualmente in nostro possesso sulle fasce d'età dei deceduti), da un lato, e istituti penitenziari dall'altro: questi ultimi infatti ospitano una popolazione non necessariamente esposta al medesimo livello di rischio.

dd) obblighi di comunicazione al servizio sanitario nazionale nei confronti di coloro che sono transitati e hanno sostato in zone a rischio epidemiologico come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità o dal Ministro della salute;

Poiché l'OMS ha sostanzialmente finito per riconoscere che il mondo intero è a rischio epidemiologico, qual è la reale ed effettiva portata di questa previsione? Non è poi del tutto chiara la motivazione che la sorregge: una "tracciatura" dei cittadini italiani che sono stati all'estero negli ultimi due mesi? A quali fini?

ee) adozione di misure di informazione e di prevenzione rispetto al rischio epidemiologico;

Questa previsione appare arbitrariamente ed illegittimamente generica, nella misura in cui autorizza l'adozione di (qualsivoglia??) misura di prevenzione rispetto al rischio epidemiologico. E' palese il rischio che essa **si presti ad essere trasformata in una sorta di clausola generale, idonea a giustificare** (in aggiramento del principio di tipicità delle misure di cui al comma 2) **qualsiasi misura ulteriormente restrittiva, purchè giustificata dalla finalità di prevenzione del rischio epidemiologico.** In questi termini, la formulazione appare del tutto inaccettabile.

Il comma 3: “Per la durata dell'emergenza di cui al comma 1, può essere imposto lo svolgimento delle attività non oggetto di sospensione in conseguenza dell'applicazione di misure di cui al presente articolo, ove ciò sia assolutamente necessario per assicurarne l'effettività e la pubblica utilità, con provvedimento del prefetto assunto dopo avere sentito, senza formalità, le parti sociali interessate.

Cosa significa questa disposizione? Che un dpcm potrebbe imporre obbligatoriamente ad un soggetto privato di (continuare a) svolgere una attività d'impresa o professionale che il dpcm stesso ritiene non meritevole di essere assoggettata a limitazioni ma nel contempo qualifica come di “pubblica utilità”, e quindi “strategica”, sicchè il privato si troverebbe *obbligato* dal dpcm a proseguirla anche contro la sua volontà (e quindi impossibilitato a deciderne la sospensione o la chiusura per motivi connessi alla protezione della salute propria e dei propri dipendenti?).

Se così fosse, la disposizione difficilmente potrebbe essere considerata costituzionalmente legittima....

3) I soggetti competenti ad adottare le misure di cui all'art. 1

La competenza ad adottare le misure di cui all'art. 1 viene attribuita in via esclusiva al **Presidente del Consiglio dei ministri**, il quale a tal fine può adottare uno o più d.p.c.m.:

- **su proposta** del Ministro della Sanità **ovvero su proposta** del Presidente della Conferenza delle Regioni

e

- **sentiti** Ministri dell'interno, della difesa e dell'economia e altri Ministri volta per volta competenti, **nonché** il Presidente della Conferenza delle Regioni (trattandosi di misure destinate a trovare applicazione all'intero territorio nazionale) ovvero i Presidenti delle Regioni interessate (trattandosi di misure riguardanti il territorio di singole Regioni)

nonchè

- **sentito, “di norma”,** il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 630, **per i profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità**

Dunque, **le uniche tre persone formalmente coinvolte nel processo formativo** dei provvedimenti, in termini di responsabilità politica e giuridica della loro adozione e dei loro contenuti, sono **Giuseppe Conte, Roberto Speranza (LEU-PD) e Stefano Bonaccini (PD)**: il primo come soggetto competente ad adottare il provvedimento (d.p.c.m., sottratto al controllo del Presidente della Repubblica), il secondo ed il terzo come soggetti cui è riservata in via esclusiva la legittimazione a formulare la relativa proposta.

Si ricorda che Giuseppe Conte non è un parlamentare, non è iscritto ad alcun partito politico, non appartiene nemmeno *de facto* ad alcuno schieramento politico e proprio su tale circostanza fonda e giustifica la sua piena legittimazione a guidare una pluralità di governi sostenuti da coalizioni di forze politiche volte per volta diverse e fra loro contrapposte (...*l'avvocato del popolo*...).

I **singoli Ministri** e i **singoli Presidenti di Regione** debbono, è vero, necessariamente essere **“sentiti”** in relazione ed a seconda delle rispettive competenze funzionali e territoriali, ma questo

non significa che debba esserne previamente acquisito un vero e proprio parere: quand'anche un parere siffatto venisse in ipotesi rilasciato, esso sarebbe comunque privo di qualsivoglia valore vincolante. Il Presidente del Consiglio conserva la più totale discrezionalità in merito alle modalità della conduzione dell'“ascolto” e all'utilizzo degli esiti dell'ascolto dei ministri e dei Presidenti di Regione.

Si nota che: gli unici Ministri di cui viene espressamente previsto (a titolo esemplificativo?) che debbano essere sentiti sono il Ministro della Difesa (Guerini, PD), il Ministro dell'economia (Gualtieri, PD) e il ministro dell'interno (tecnico). Nessun Ministro appartenente (o comunque riferibile) al partito di maggioranza relativa viene espressamente contemplato come Ministro da coinvolgere sempre e necessariamente – per quanto con la modalità molto “leggera” ed informale del mero “ascolto”. Pertanto, stante la completa estromissione del Consiglio dei Ministri dalla gestione della emergenza, nessun esponente del partito di maggioranza relativa appartenente alla compagine Governativa viene reso formalmente e politicamente corresponsabile delle scelte che verranno compiute in attuazione del decreto.

Si nota altresì che: i Presidenti delle singole Regioni debbono essere sentiti soltanto se le misure che il Presidente del Consiglio intende adottare riguardano il territorio e/o la popolazione di singole, specifiche regioni; se invece le misure riguardano indistintamente tutto il territorio nazionale, deve essere sentito soltanto il Presidente della Conferenza delle Regioni, e cioè Stefano Bonaccini (PD).

Quanto al **Comitato tecnico scientifico** costituito il 5 febbraio 2020 (e quindi in un momento storico nel quale la pandemia non si era ancora diffusa, o meglio, non si era ancora palesata), si rileva che:

- a) Il comitato in questione è stato costituito non dal Parlamento, né dal Consiglio dei ministri, né dal Presidente del Consiglio dei ministri, né dal Ministro della salute, né dal presidente della Repubblica o dai presidenti delle Camere, bensì dal Capo del Dipartimento della protezione civile (Angelo Borrelli, dottore commercialista laureatosi in economia e commercio presso l'Università di Cassino che ha trascorso la sua intera vita negli uffici amministrativi della protezione civile), in attuazione di una ordinanza da lui stesso emanata due giorni prima;
- b) non si impone né ai soggetti legittimati a formulare la proposta (Speranza e Bonaccini) né al Presidente del Consiglio, competente all'adozione dei provvedimenti recante le misure restrittive, di acquisirne preventivamente il parere, e si prevede **soltanto** che il Comitato sia previamente sentito, ma **“di norma”**, e quindi non sempre e non necessariamente. Il Comitato, dunque, può (e non deve) essere sentito, e con esclusivo riguardo ai profili tecnico-scientifici e le valutazioni di adeguatezza e proporzionalità. Conseguenza: quel che afferma/suggerisce/richiede il Comitato può tranquillamente essere disatteso sia dal soggetto proponente (Speranza o Bonaccini), sia dal Presidente del Consiglio, i quali possono anche, a loro totale discrezione, omettere completamente di “sentirlo” e decidere in piena autonomia.
- c) a proposito del Comitato (che rimane comunque l'unico organismo collegiale di cui il d.l. preveda espressamente un coinvolgimento nelle procedure di adozione delle “misure” restrittive) è interessante evidenziare che esso è **stato costituito dal Capo del Dipartimento di protezione civile ed è entrato in funzione il 5 febbraio 2020**: si tratta cioè del **comitato che ha accompagnato il Governo e la Protezione civile nel terribile mese di febbraio 2020**, nel corso del quale il Governo e il Dipartimento di Protezione civile si sono resi responsabili delle gravissime negligenze, delle omissioni e dei ritardi che hanno causato il disastro del mese di marzo.

d) ancor oggi **nel sito della protezione civile non si dice nulla a proposito di questo Comitato**. Non risulta l'esistenza di alcun documento ufficiale sottoscritto dai suoi componenti, non vi è traccia alcuna della sua attività e dei contenuti dei suoi interventi. **Persino i nominativi dei suoi membri non vengono indicati**: sono riuscito faticosamente a recuperarli (e non sono del tutto sicuro che siano i nominativi corretti:

Segretario Generale del Ministero della Salute (Giuseppe Ruocco), Direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute (Claudio D'Amario), Direttore dell'Ufficio di coordinamento degli Uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della salute (Mauro Dionisio), Direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani" (Giuseppe Ippolito, che dirige questo Istituto ininterrottamente dal 1998 senza nemmeno essere professore universitario (1)), Presidente dell'Istituto superiore di sanità (Silvio Brusaferrò, Ordinario di Igiene Univ. Udine) (2), rappresentante della Commissione salute designato dal Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome (Alberto Zoli; ravennate, Direttore dell'AZIENDA REGIONALE EMERGENZA URGENZA della Lombardia (3)), Coordinatore

¹ A titolo meramente esemplificativo del livello di credibilità e di affidabilità dei componenti del comitato, riporto il testo di alcune affermazioni rese da Giuseppe Ippolito (che insieme a Brusaferrò dovrebbe a rigore essere il componente più autorevole sul piano scientifico) nel corso di una intervista rilasciata in data 20 febbraio 2020 ad Euronews: Nessuna sorpresa e tante rassicurazioni: il boom di contagi da Coronavirus in Lombardia non stupisce, né allarma il direttore dell'Istituto Nazionale Malattie Infettive dell'Ospedale Spallanzani di Roma, Giuseppe Ippolito. **"I numeri possono fare paura, il virus no - dice ai microfoni di euronews - ce lo aspettavamo e abbiamo gli strumenti per combatterlo"**. Mentre sul fronte del contrasto l'intensa giornata della politica ha portato alla definizione di numerose misure, **Giuseppe Ippolito spazza via qualsiasi timore anche sul fronte delle infrastrutture: sono adeguate in Lombardia, ci dice ancora, così come lo sono nel resto del Paese. "Ci troviamo di fronte a un'infezione che può essere anche grave, si potranno registrare anche tanti casi, ma noi - a differenza di tanti altri paesi - abbiamo servizi sanitari efficienti, abbiamo le terapie intensive per curare i casi più gravi. Bisogna poi ricordare che nell'80% dei casi, questa malattia dà sintomi assolutamente minimi e trascurabili"**. Lo stesso Giuseppe Ippolito, nel corso di una conferenza stampa congiunta con l'assessore alla Sanità della Regione Lazio svoltasi il 22 febbraio 2020, afferma: **"È una malattia non mortale. La ricerca fa grandi passi avanti"....."Su questi pazienti- ha detto riferendosi ai tre casi che l'ospedale romano sta trattando- è stato possibile caratterizzare e mettere a punto un test per la valutazione degli anticorpi che abbiamo messo a disposizione delle Regioni interessate. Stiamo lavorando con queste Regioni, è un atto positivo. Questo istituto ha messo il virus sulla piattaforma per sviluppare i vaccini, che non sarà pronto domani, ma serve a contribuire all'avanzamento della scienza al vaccino. Questo Paese ha fatto delle scelte coraggiose, come la chiusura dei voli, di cui Fiumicino ha sofferto molto. Quindi oggi vogliamo lanciare un messaggio positivo. Il Paese regge"**.

² SILVIO BRUSAFERRO: 1° febbraio 2020: Silvio Brusaferrò è molto chiaro: **"Non abbiamo una circolazione del virus significativa**. Abbiamo avuto solo due casi. È probabile che ne troveremo degli altri, così come possiamo immaginare che, analogamente come successo in Germania, ci possano essere casi secondari. Però **parliamo di numeri molto limitati e di sintomatologie molto simili a quelle dell'influenza"**. "Siamo attrezzati per individuare rapidamente la persona che sia portatrice del virus e tutte quelle che sono venute a contatto con la persona infetta. Il Lazio ha fatto questa prima operazione in maniera brillante, rapidissimamente. **È quindi il nostro un sistema molto rodato. Questo non vuol dire che non avremo altri casi. Ma stiamo lavorando perché se li avremo siano in numero limitato. E soprattutto siamo pronti a intervenire per gestirli**. La letteratura scientifica che viene pubblicata, ogni giorno, ci mostra che nella maggioranza dei casi l'infezione si manifesta in maniera sintomatica. **Le persone infettate hanno una sintomatologia assolutamente analoga a quelle che colpisce le vie respiratorie, come l'influenza"** (<https://giornaleconfidenziale.it/2020/02/01/coronavirus-silvio-brusaferrò-avremo-altri-casi-in-italia-ma-saranno-rari-e-sapremo-gestirli/>). 11 febbraio 2020: Brusaferrò (ISS): **"In Italia virus non circola, fermi a tre casi. Sappiamo che la trasmissione avviene soltanto con contatti prolungati e stretti. Lo spirito che esprime il direttore generale dell'OMS è quello della massima prudenza e di prepararsi anche agli scenari peggiori, auspicando che non si verifichino mai. Noi siamo pronti** (dichiarazione resa ai microfoni di "Radio anch'io"); 28 febbraio 2020: La riapertura delle scuole rischia di far ripartire i contagi da coronavirus? **"È una discussione molto complessa - ha risposto Silvio Brusaferrò, vari gruppi stanno lavorando su modelli matematici. Altri Paesi dell'Ue iniziano ad affrontare questa problematica, come Germania e Uk. Stiamo valutando questo impatto e la riflessione verrà tradotta in provvedimento legislativo nei prossimi giorni"**.

³ Come sia stata gestita l'emergenza nella Regione Lombardia nel mese di febbraio, è sotto gli occhi di tutti e non merita commento alcuno, credo.

dell'Ufficio Promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile (Agostino Miozzo).

Si tratta nella quasi totalità dei casi di persone laureate in medicina con esperienze gestionali-dirigenziali (ministeri o asl), ma prive di competenza specialistica in materia epidemiologica (in altri termini, il tasso qualitativo della competenza puramente scientifica dei componenti è assai modesto).

NESSUN RUOLO, INFINE, VIENE RICONOSCIUTO ALLE ISTITUZIONI COLLEGIALI: il Parlamento ed il Consiglio dei ministri non sono in alcun modo presi in considerazione. Altrettanto dicasi per la Giunta e il Consiglio delle Regioni (salva la specialissima competenza di cui all'art. 3)

Unica "concessione" alla salvaguardia di un regime democratico è la previsione (comma 5) dell'obbligo di comunicare alle Camere i d.p.c.m. il giorno dopo la pubblicazione in GU: quale l'utilità di questa comunicazione? Non è davvero chiaro...i parlamentari non sono forse in grado di leggere la GU *on line*?

Ancor più preoccupante la seconda parte del comma 5, che impone al **Presidente del Consiglio di riferire al Parlamento OGNI 15 GIORNI!!** In una situazione di questa drammaticità (600/700 decessi al giorno ufficialmente censiti sul territorio nazionale), il Presidente si presenta davanti alle Camere (non per discutere, ma semplicemente per...riferire...) **soltanto** ogni 15 giorni! E addirittura si prevede che in sua vece possa presentarsi alle Camere un Ministro da lui delegato!

Quale **umiliazione** peggiore potrebbe immaginarsi **per il nostro Parlamento**, completamente esautorato dalla gestione dell'emergenza e del tutto privato della possibilità di incidere su processi così delicati attraverso le vie istituzionali e costituzionalmente garantite e ridotto a platea muta di inutili ed unilaterali interventi di natura puramente informativa e descrittiva a cadenza quindicinale...

Quale **inaccettabile deresponsabilizzazione del Consiglio dei ministri**, di fatto svuotato di qualsivoglia competenza e sostanzialmente escluso dalla gestione della crisi, che anziché vedere il Governo pienamente coinvolto in tutte le sue componenti nella collegialità (e conseguente responsabilità) della discussione e delle deliberazioni, viene completamente pretermesso!!

4) Le sanzioni (art. 4). *Much Ado about Nothing?*

L'approccio del d.l. al tema delle sanzioni presenta **profili di forte ambiguità e contraddittorietà**.

All'estrema gravità ed invasività delle limitazioni alla libertà personale e alle attività economiche e professionali che potranno essere contemplate dai d.p.c.m. di cui il d.l. autorizza l'adozione (correlata alla estrema gravità del rischio sanitario cui la popolazione viene esposta dalla diffusione del virus COVID-19) corrisponde infatti un apparato sanzionatorio che per afflittività ed idoneità generalpreventiva appare estremamente modesto ponendosi su di un

piano sostanzialmente corrispondente a quello delle infrazioni del codice della strada di media gravità.

1) Si prevede infatti che il mancato rispetto delle misure di contenimento costituisca un **mero illecito amministrativo**, non integrando gli estremi di un reato (salva ovviamente la sussistenza dei presupposti di uno specifico reato tipico).

2) Nei confronti di siffatto illecito amministrativo viene comminata esclusivamente una **sanzione amministrativa pecuniaria, di importo piuttosto risibile**.

Se è vero infatti che la forbice edittale si colloca fra i 400 e i 3.000 euro, non è meno vero che, in virtù dell'applicabilità della disposizione del **comma 1 dell'art. 202 del codice della strada**, espressamente richiamato, "il trasgressore è ammesso a pagare, entro sessanta giorni dalla contestazione o dalla notificazione, una somma pari al minimo fissato dalle singole norme", e cioè, **400 euro**. Non solo, questi 400 euro sono ulteriormente ridotti del 30 per cento (e diventano pertanto **280 euro**) se il pagamento è effettuato entro cinque giorni dalla contestazione o dalla notificazione.

Esattamente come per le infrazioni del codice della strada, l'attitudine afflittiva e generalpreventiva della sanzione viene così ad essere strettamente connessa alle dimensioni e alla capienza del patrimonio personale del trasgressore.

Si fa notare peraltro che in Italia soltanto nel 60% dei casi l'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie per violazioni delle disposizioni del codice della strada viene effettivamente seguita dalla riscossione della relativa somma da parte dell'erario (per pagamento spontaneo da parte del trasgressore o in seguito ad escussione coattiva). Nelle Regioni del Centro e del sud (proprio quelle in relazione alle quali sarebbe oggi importante un rispetto rigorosissimo delle misure limitative, al fine di prevenire la diffusione del virus ancora non dilagato come nel nord del Paese) la percentuale scende rispettivamente al 41% e al 49% (dati aggiornati alla primavera 2019). Considerata la disastrosa crisi di liquidità che investirà l'intero Paese, e sarà particolarmente pesante proprio nelle Regioni del centro-sud, è realistico immaginare che queste percentuali si incrementeranno notevolmente con riferimento alle sanzioni amministrative che verranno comminate nel corso dei prossimi mesi (anche, ma non solo, in applicazione di questo d.l.): quale dunque la reale attitudine di queste sanzioni a dissuadere i cittadini dal violare le regole che verranno adottate dai futuri d.p.c.m.?

Soltanto nei confronti di chi si renda responsabile della violazione della misura di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e) (*divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus*) viene comminata una **sanzione penale**, e segnatamente quella contemplata dall'art. 260 del testo unico delle leggi sanitarie: arresto da 3 a 18 mesi ed ammenda da 500 a 5.000 euro. Tale sanzione penale non viene invece comminata nei confronti delle persone che, avendo avuto stretti contatti con la persona risultata positiva al virus, sono a loro volta obbligate a rispettare la quarantena precauzionale (art. 1, comma 2, lett. d).

Non mi è chiaro che senso abbia prevedere l'arresto per una persona che commetta tale reato e soprattutto come l'esecuzione della relativa pena possa attuarsi con modalità compatibili con la sua condizione di persona positiva al virus, ma a me sembra che anche in questo caso il trattamento sanzionatorio sia del tutto inadeguato rispetto alla gravità della condotta (in relazione alla sua fortissima attitudine alla propagazione del contagio del virus).

Per altro verso, sembra oggettivamente assurdo non comminare la sanzione penale *anche* per le violazioni della regola di condotta sulla quarantena di cui al comma 2, lett. d): invero, mentre è difficile immaginare che una persona risultata positiva al virus (e quindi seriamente malata, noto

essendo che i tamponi vengono effettuati soltanto a persone che segnalano sintomi gravi della malattia) possa essere tentata di uscire di casa arbitrariamente e tenere condotte incompatibili con la quarantena cui è obbligata, assai più realistico è immaginare che le persone che con chi è risultato al virus abbiano avuto “stretti contatti” siano tentate/portate, proprio perché non ancora ammalate (e fintantoché non dovessero manifestarsi sintomi significativi della malattia), a violare le regole sulla quarantena....



SORVEGLIANZA DI MASSA E PREROGATIVE DI RISERVATEZZA DELL'INDIVIDUO DURANTE L'EMERGENZA SARS-CoV-2. SCENARI ATTUALI E PROSPETTIVE FUTURE

di Fabio Nicolichia* – fabio.nicolichia@unife.it

Durante lo stato emergenziale le pretese dei singoli cedono il passo dinnanzi alla necessità di fronteggiare la contingenza negativa, ancor di più quando l'allarme riguarda direttamente il bene fondamentale della salute pubblica. Eppure, è proprio nell'ambito di contesti eccezionali che è possibile saggiare l'effettiva consistenza dei diritti, isolandone un nucleo di tutela insuscettibile di recedere anche al cospetto delle ragioni d'eccezione. L'attuale crisi epidemiologica si presta così ad una riflessione incentrata sulle restrizioni imposte all'interesse al riserbo dei singoli ai fini del contenimento dei contagi.

SOMMARIO: 1. Riservatezza ed emergenza epidemiologica: prologo – 2. Pattugliamento del territorio mediante aeromobili a pilotaggio remoto – 3. Il tracciamento degli spostamenti della popolazione – 4. Implicazioni future della sorveglianza epidemiologica

1. Diritti di libertà e stato di emergenza danno vita ad un binomio antitetico. Durante lo stato emergenziale le pretese dei singoli cedono il passo dinnanzi alla necessità di fronteggiare la contingenza negativa, ancor di più quando l'allarme riguarda direttamente il bene fondamentale della salute pubblica⁴.

⁴ Sui rapporti tra ordinamento giuridico e stato d'eccezione, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003. ² Pur essendo in realtà almeno indirettamente riconducibile ad un ampio ventaglio di situazioni giuridiche attive considerate in Costituzione. Sul punto S. CARNEVALE, *Autodeterminazione informativa e processo penale: le coordinate costituzionali*, in *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale*, a cura di D. Negri, Roma, 2007, p. 3 ss.

* *Assegnista di ricerca in diritto processuale penale*

Nell'approcciarsi ad una riflessione incentrata sulla salvaguardia delle libertà individuali nel contesto dell'attuale situazione epidemiologica si è dunque consapevoli della difficoltà e della delicatezza del proposito.

Ciò pare tanto più vero in relazione alla specifica prerogativa che si intende qui raffrontare alle esigenze di contenimento dei contagi, ossia il diritto alla riservatezza dei singoli. A differenza del diritto alla salute, l'interesse al riserbo non risulta infatti neppure espressamente considerato all'interno della Legge fondamentale² e, più in generale, non sta certo vivendo una delle sue stagioni migliori a prescindere dall'odierna congiuntura. Non è infatti infrequente rinvenire posizioni inclini a riconoscere un ruolo sempre più marginale alle pretese di riservatezza in favore di svariate esigenze di tutela della collettività, che giungono talvolta persino a caldeggiare l'opportunità di un radicale abbandono del concetto di *privacy* così come finora inteso⁵. Non fa comunque eccezione l'attuale dibattito, che non ha mancato di partorire inquietanti proposte dirette a «sospendere in tutta Italia le norme sulla *privacy*»⁶.

Le premesse sembrerebbero sufficienti a far desistere dall'impegno annunciato, rassegnandosi così all'ineluttabile supremazia delle necessità pubbliche di fronte ad intempestive rivendicazioni soggettive. Eppure, mai come adesso sembra doveroso cimentarsi in un'analisi che – pur senza smentire l'eccezionalità e la gravità dell'attuale scenario – consenta di riflettere in maniera proficua sull'estensione attuale e futura degli spazi di intimità dell'individuo. Del resto, proprio nell'ambito di contesti eccezionali è possibile saggiare l'effettiva consistenza dei diritti, isolandone un nucleo di tutela insuscettibile di recedere anche al cospetto delle ragioni d'eccezione.

L'esercizio è pressoché inedito per il processualpenalista, abituato per lo più a misurarsi con il conflitto tra aspettative di riservatezza ed esigenze di repressione di condotte illecite palesate da parte delle autorità pubbliche nello specifico scenario del procedimento penale. Eppure lo studioso del processo ha nel tempo maturato una sensibilità che potrebbe rivelarsi preziosa nella più generale trattazione evocata. Da qualche anno il terreno dell'indagine penale ha infatti sperimentato la comparsa di invasive tecnologie di controllo impiegate nella ricerca di elementi utili all'accertamento. Sistemi di videoripresa, dispositivi di tracciamento e localizzazione satellitare, scanner termali e captatori informatici sono gli strumenti con cui si è già confrontata la giurisprudenza.

Il dibattito è vivido anche sul versante normativo; è assai recente l'approvazione della travagliata riforma sulle intercettazioni di comunicazioni da parte della legge n. 7 del 2020, contenente tra l'altro disposizioni dedicate all'impiego dell'insidioso strumento del *trojan* quale mezzo per l'intercettazione di conversazioni tra presenti. Significativamente, proprio l'emergenza legata al diffondersi del SARS-CoV-2 risultava decisiva nell'assicurare una convergenza tra le forze politiche sino ad allora assente, grazie alla quale è stato possibile definire l'entrata in vigore di una novella già oggetto di reiterati rinvii nel corso dell'ultimo biennio. Con il dichiarato fine di assicurare prioritaria trattazione ai provvedimenti diretti al contrasto dell'emergenza

⁵ Se ne dà conto, tra gli altri, in S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari, 2003, p. 164 ss.

⁶ Questa la radicale posizione del governatore della regione Veneto, rilanciata da svariati organi di informazione, tra cui: https://www.repubblica.it/politica/2020/03/26/news/zaia_sospensione_privacy-252373104/.

epidemiologica, viene dunque varato un testo in cui risulta del tutto recessivo il ruolo delle prerogative di libertà dell'individuo nella sintesi tra finalità repressive e diritto al riserbo.

A fronte dell'approssimarsi dell'emergenza sanitaria, piuttosto che rassegnarsi alla soluzione imposta dai tempi contingentati dell'allarme, sarebbe stato senz'altro possibile ed opportuno procrastinare ancora per un po' l'intervento in materia di intercettazioni, il che non avrebbe certo determinato alcun pregiudizio per le impellenti ragioni di tutela della salute pubblica. Difficile dunque non riconoscere l'influenza determinante del fattore emergenziale sulla genesi della novella, con effetti destinati a protrarsi ben oltre il termine dell'attuale crisi epidemiologica.

Quest'ultimo rilievo pone in risalto una fondamentale notazione alla base di tutte le considerazioni che seguiranno; peccherebbe di ingenuità e di scarsa lungimiranza una visione che si illuda di contenere la portata e degli interventi provocati dall'odierna situazione entro il contesto dei drammatici eventi che stiamo vivendo; qualsiasi scelta compiuta in questo delicato frangente è infatti con ogni probabilità destinata ad avere precise ripercussioni anche nel futuro.

2. Venendo dunque a considerare più nel dettaglio le iniziative governative specificamente dirette al contenimento dei contagi, sono diverse le misure impattanti sul diritto alla riservatezza *lato sensu* inteso.

Rilevano senz'altro le disposizioni in materia di trattamento dei dati sanitari ai fini del censimento della popolazione infetta, eventualità in relazione alla quale il garante nazionale per la protezione dei dati personali ha peraltro assunto una posizione di iniziale rigore⁷, poi smussata in un successivo intervento dell'omologo organo europeo⁸.

Le cronache danno però anche atto di accorgimenti appositamente volti ad assicurare il rispetto delle limitazioni imposte alle libertà dei singoli. È possibile anticipare un tratto comune delle misure in discussione: il potere pubblico dimostra una marcata predilezione per l'uso estensivo della tecnologia per la sorveglianza della popolazione, a conferma della centralità assunta dal fattore tecnico nelle odierne modalità di controllo sociale.

Nei giorni scorsi si è ad esempio diffusa la notizia di pattugliamenti effettuati mediante l'ausilio di aeromobili a pilotaggio remoto (c.d. droni) nei territori di diversi comuni italiani, appunto al fine di rilevare eventuali violazioni ai divieti di circolazione ed assembramento vigenti⁷. I più creativi già immaginano come sfruttare le potenzialità offerte dal mezzo, prodigandosi a registrare

⁷ <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9282117>, ove si insiste sulla necessità per i datori di lavoro privati di «astenersi dal raccogliere, a priori e in modo sistematico e generalizzato, anche attraverso specifiche richieste al singolo lavoratore o indagini non consentite, informazioni sulla presenza di eventuali sintomi influenzali del lavoratore e dei suoi contatti più stretti o comunque rientranti nella sfera extra lavorativa».

⁸ <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9295504>. Si sofferma al riguardo F. BRIZZI, *La tutela dei dati personali ai tempi del Coronavirus: pandemia vs GDPR*, in *Il penalista*, 19 marzo 2020.

⁷ <https://www.la7.it/laria-che-tira/video/parla-il-sindaco-di-forli-gian-luca-zattini-i-droni-ci-aiutano-a-controllare-territori-molto-estesi-20-03-2020-314705>; <https://www.lastampa.it/torino/2020/03/24/news/coronavirus-useremo-i-droni-per-i-controlli-ma-soltanto-lasera-1.38630551>.

inquietanti messaggi dal registro alquanto colorito con cui ammonire da remoto i cittadini colti in flagranza di supposte violazioni⁹.

È intervenuta al riguardo anche un'apposita circolare dell'Ente nazionale aviazione civile che – in deroga ad alcune precedenti disposizioni – ammette l'impiego dei droni a condizioni generalmente più permissive rispetto a quelle dettate in via ordinaria¹⁰. Sembra pacifica l'ispirazione teleologica del provvedimento, funzionale a garantire la sicurezza del traffico aereo pur agevolando i controlli dell'autorità.

Nessuna previsione normativa si preoccupa però di disciplinare l'utilizzo dei droni sotto il diverso profilo del necessario bilanciamento tra riservatezza e poteri autoritativi.

Sembra piuttosto facile intuire il perché della lacuna; in forza di un orientamento interpretativo consolidato e ben conosciuto dagli studiosi del processo penale infatti, non si ravvisa alcuna lesione al diritto al riserbo nel caso della documentazione di condotte avvenute in contesti non privati. Si argomenta che in tal caso l'individuo non potrebbe vantare alcun legittimo interesse a precludere l'osservazione dei comportamenti volontariamente esposti alla vista dell'osservatore comune, la cui registrazione risulterebbe pertanto ammissibile pur in mancanza di una previsione di legge che specifichi presupposti e limiti per il monitoraggio¹¹.

La ricostruzione si espone in verità ad alcune obiezioni, ben sintetizzate nella posizione di chi invoca il riconoscimento di un "nuovo" diritto all'anonimato negli spazi pubblici, da presidiare attraverso apposite garanzie. La pervasività dei controlli tecnologicamente più avanzati renderebbe infatti sostanzialmente impossibile sottrarsi all'occhio indiscreto del controllo negli spazi pubblici, di tal che l'unica alternativa offerta all'individuo per impedire la circolazione di informazioni a lui riconducibili sarebbe quella di rinunciare ad ogni interazione al di fuori degli ambienti domiciliari. Una simile scelta implicherebbe però consistenti limitazioni alle libertà sociali, e perciò la volontaria esposizione del dato non potrebbe essere di per sé letta alla stregua di un'indiscriminata rinuncia al privilegio di riservatezza¹².

Sotto un diverso aspetto, le potenzialità documentative degli strumenti di controllo attualmente disponibili inficiano la validità della stessa equazione tra generale percepibilità delle condotte che hanno luogo in spazi pubblici ed assenza di aspettative di intimità. Si pensi al caso di chi intrattenga una conversazione in un luogo accessibile al pubblico confidando tuttavia di trovarsi al riparo da occhi ed orecchie indiscrete. Pur a fronte di tale convinzione, le tecnologie oggi in uso consentirebbero captazioni che – solo poiché eseguite in contesto non privato – non potrebbero beneficiare delle tutele dettate per l'acquisizione di informazioni riservate¹³. In breve, e con specifico riguardo al caso in esame, non sembra più possibile ignorare la differenza

⁹ http://www.ansa.it/sito/videogallery/italia/2020/03/25/coronavirus-droni-con-la-voce-del-sindaco-percontrollare-messina_b7dd50a9-5eac-446d-9842-17fd026abf89.html.

¹⁰ https://www.enac.gov.it/sites/default/files/2020-03/Nota_ENAC_23032020_Utilizzo_droni.pdf.

¹¹ Cfr. il *leading case* Cass. pen., s.u., 28 marzo 2006, Prisco, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1537. La conseguenza sul campo processuale è che le risultanze di tali attività di controllo saranno legittimamente utilizzabili nel corso dell'accertamento.

¹² M. J. BLITZ, *Video Surveillance and the Constitution of Public Space: Fitting the Fourth Amendment to a World That Tracks Image and Identity*, in *Texas Law Rev.*, (82)2004, p. 1381 ss.

¹³ D. GRAY, *The Fourth Amendment in an Age of Surveillance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 79.

qualitativa intercorrente tra una telecamera fissa puntata su di un angolo di strada e la ripresa itinerante eseguita attraverso il drone, in grado di seguire e sorprendere il sorvegliato in atteggiamenti che, per quanto afferenti a contesti formalmente pubblici, potrebbero comunque essere interessati da un'aspettativa di segretezza.

L'impostazione riassunta appare in qualche maniera condivisa dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale non ha difficoltà a ravvisare l'esistenza di una lesione al diritto al rispetto della vita privata tutelato dall'art. 8 della Convenzione anche in occasione della documentazione di comportamenti in luoghi aperti al pubblico¹⁴, sino ad affermare apertamente – con un ossimoro in realtà solo apparente – l'esistenza di un diritto al rispetto della “vita sociale privata” dell'individuo¹⁵.

Ciò posto, occorre rammentare che eventuali deroghe al diritto al rispetto della vita privata sono considerate legittime nel sistema convenzionale solo se rispettose delle condizioni dettate dal § 2 dello stesso art. 8, il quale esige la previsione legale dell'ingerenza, l'esistenza di uno scopo legittimo che la giustifichi e la sua necessità in una società democratica, perifrasi che designa la necessaria proporzionalità tra sacrificio imposto alla riservatezza e finalità dell'ingerenza¹⁶.

Nel caso di specie, se non può certo dubitarsi della legittimità dello scopo che anima i controlli finalizzati al contenimento dei contagi, è facile avvedersi della mancanza di qualsiasi previsione di legge che abiliti all'impiego dei droni, il che rende ulteriormente impossibile saggiare la proporzionalità di un'intrusione attuata in assenza di prescrizioni esecutive di sorta.

3. È notizia divulgata dagli organi di informazione anche quella inerente all'avvenuta acquisizione dei dati relativi agli spostamenti della popolazione da parte delle autorità lombarde¹⁷. Stando a quanto riportato dalla stampa, «grazie ad una collaborazione con i principali operatori di telefonia mobile» si sarebbe infatti provveduto alla raccolta ed all'analisi in forma aggregata ed anonima dei dati di “agganciamento” delle celle telefoniche da parte dei dispositivi *smartphone* al fine di ricostruire i movimenti dei loro utilizzatori.

Anche in questo caso si potrebbe ravvisare l'esistenza di una lesione del diritto al rispetto della vita privata così come sancito dall'art. 8 della Convenzione e.d.u. avvenuta pur in assenza di una qualsiasi base legale.

¹⁴ Corte e.d.u., 28 novembre 2017, Antović e Mirković c. Montenegro, § 55 ss., inerente all'installazione di un impianto di videosorveglianza all'interno di un'aula universitaria.

¹⁵ Cfr. Corte e.d.u., 16 dicembre 1992, Niemietz c. Germania, § 29: «*the Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of "private life". However, it would be too restrictive to limit the notion to an "inner circle" in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings*».

¹⁶ J. MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, a cura di E. Ellis, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 23 ss.

¹⁷ <https://www.lastampa.it/politica/2020/03/19/news/privacy-e-coronavirus-puo-un-ente-amministrativotracciare-i-cellulari-dei-cittadini-1.38609248>.

Non può infatti valere ad inferire la natura non riservata dei dati in esame l'iniziale e volontaria condivisione degli stessi da parte del titolare dell'utenza con il gestore dei servizi di telefonia¹⁸. Affermare l'assenza di qualsiasi protezione per l'acquisizione delle informazioni in considerazione equivarrebbe del resto a "liberalizzare" ricerche inerenti ad una mole enorme di dati talvolta anche assai sensibili, quali ad esempio quelli condivisi con il gestore di servizi di *social networking*, tra cui figurano le ricerche effettuate attraverso la piattaforma, i *link* visitati ed ancora il tempo trascorso a leggere o guardare determinati tipi di contenuti¹⁹.

Un ostacolo al riconoscimento di un'ingerenza nella vita privata dei singoli potrebbe però provenire dalle caratteristiche della raccolta, non a caso immediatamente enfatizzate dalle autorità pubbliche; il tracciamento sarebbe infatti stato effettuato in forma anonima ed aggregata, senza la possibilità di risalire all'identità dei soggetti monitorati.

In effetti, lo stesso regolamento *privacy* esclude dal suo campo di applicazione i dati anonimi, con ciò confermando apparentemente l'assenza di una lesione ai diritti del singolo in occasione del loro trattamento²⁰. A ben vedere, la natura anonima dei dati potrebbe però non bastare ad escludere una lesione del diritto al riserbo.

Occorre al riguardo evidenziare innanzitutto la dubbia efficacia delle procedure di c.d. "de-identificazione" dei dati, recentemente posta in discussione dalla comunità scientifica. Uno studio ha infatti dimostrato come anche *data-set* incompleti non precluderebbero in realtà la successiva attribuzione soggettiva delle informazioni trattate²¹.

D'altro canto la sorveglianza – per quanto effettuata in forma anonima – possiede comunque un impatto almeno indiretto sui diritti dell'individuo. Il sospetto di poter essere segretamente monitorati basta infatti a coartare la libertà di autodeterminazione, limitando le facoltà del singolo così da scoraggiarlo dal porre in essere una serie di attività durante le quali egli non è disposto ad assumersi il rischio di essere osservato²².

A prescindere dalla reale efficacia delle tecniche di "de-identificazione" del dato, anche il trattamento anonimizzato possiede insomma un significativo impatto disciplinante sui comportamenti, caratteristica di cui l'autorità si dimostra peraltro perfettamente consapevole; alquanto emblematica al riguardo la recente affermazione delle stesse autorità regionali lombarde: «vi controlliamo attraverso le celle telefoniche, non uscite di casa»²³.

¹⁸ L'assunto è pacifico specie nella giurisprudenza europea. Per tutte cfr. Corte giust. UE, Grande Sezione, sent. 8 aprile 2014, § 32 ss.

¹⁹ N. MOR, *No Longer Private: on Human Rights and the Public Facet of Social Network Sites*, in *Hofstra Law Rev.*, (47)2018, p. 664.

²⁰ Cfr. il considerando n. 26 del Regolamento 2016/679/UE.

²¹ L. ROCHER, J. M. HENDRICKX, Y. DE MONTJOYE, *Estimating the success of re-identifications in incomplete datasets using generative models*, in *Nature Communications*, 23 luglio 2019, disponibile all'indirizzo <https://www.nature.com/articles/s41467-019-10933-3>.

²² Sul tema, tra gli altri, C. SLOBOGIN, *Privacy at Risk: The New Government Surveillance and the Fourth Amendment*, University of Chicago Press, Chicago, 2007, p. 98 ss.

²³ <https://www.ilgiornale.it/news/cronache/coronavirus-fabrizio-sala-non-uscite-casa-vi-controlliamo1842416.html>.

Si susseguono negli ultimi giorni agenzie che rilanciano la notizia di una prossima estensione su scala nazionale delle tecniche di tracciamento già sperimentate nel territorio lombardo. Il governo sta in particolare studiando soluzioni al fine «di dare concreta attuazione alle misure adottate per il contrasto e il contenimento del diffondersi del virus con particolare riferimento alle soluzioni di innovazione tecnologica»²⁴. Più nel dettaglio, l'interesse è rivolto verso il possibile impiego di «robot, droni e altre tecnologie per il monitoraggio, la prevenzione e il controllo del Covid-19 nel rispetto dei principi della privacy, sicurezza ed etica»²⁵

Risulta evidentemente impossibile pronunciarsi sulla condivisibilità di accorgimenti non ancora delineati nei loro tratti essenziali. Saranno dirimenti al riguardo le caratteristiche della raccolta, specie per quanto attiene alla possibilità di stabilire un collegamento univoco tra i dati acquisiti e la singola persona fisica²⁶. Molto dipenderà anche dalla considerazione che verrà riservata ad aspetti di natura prettamente tecnica al fine di assicurare una rigorosa proporzionalità tra ingerenza e finalità di contenimento dell'epidemia. A fronte della potenziale invasività della misura, pare però anche in questo caso davvero imprescindibile un apposito intervento normativo diretto a disciplinare analiticamente tutti gli aspetti appena richiamati, nel rigoroso rispetto del canone di proporzione.

4. Abbandonando lo scenario dell'attuale contingenza, è a questo punto doveroso interrogarsi sulle implicazioni future dell'odierno scenario.

Un primo quesito piuttosto immediato riguarda la sorte delle risultanze acquisite mediante i controlli in esame nell'ambito dei procedimenti diretti all'accertamento degli illeciti connessi alla violazione delle norme in materia di contenimento del contagio. In termini diretti, e per quanto concerne le violazioni presidiate da sanzione penale²⁷, l'eventuale violazione della riserva di legge imposta dall'art. 8 della Convenzione e.d.u. potrebbe spiegare conseguenze sull'utilizzabilità dei contributi illegittimamente raccolti?

La risposta al quesito non può essere univoca; da un lato si potrebbe infatti tentare di argomentare per l'esistenza di un divieto d'uso dei contributi probatori ottenuti in violazione dei diritti dei singoli sulla falsariga del costrutto interpretativo che fonda la c.d. teoria della prova incostituzionale²⁸. Parte della dottrina evidenzia però in senso contrario la strutturale inidoneità delle disposizioni della Convenzione e.d.u. a cagionare automatiche conseguenze invalidanti all'interno dei sistemi processuali domestici, o comunque la generale irrilevanza delle violazioni di ordine sostanziale in materia di utilizzabilità probatoria²⁹. È comunque piuttosto rilevante

²⁴ Così l'art. 76, comma 1, d.l. n. 18/2020.

²⁵ Questa la specificazione contenuta nell'apposita *call* pubblicata sul sito del Ministero per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione all'indirizzo <https://innovaperlitalia.agid.gov.it/home/>.

²⁶ Dati gli obiettivi del tracciamento, appare comunque difficile non ipotizzare l'esistenza di *features* in grado di garantire l'identificazione dei soggetti infetti.

²⁷ Da ultimo oggetto di condivisibile ridimensionamento ad opera dell'art. 4 del d.l. n. 19/2020.

²⁸ Nella specie, un simile risultato ermeneutico potrebbe essere conseguito attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata delle previsioni interne alla luce dell'art. 117 Cost., parametro costituzionale interposto all'efficacia domestica delle previsioni della Convenzione e.d.u.

²⁹ Cfr. M. DANIELE, *Indagini informatiche lesive della riservatezza. Verso un'inutilizzabilità convenzionale?*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 370 ss.

evidenziare che, qualora si dovesse effettivamente riconoscere l'inutilizzabilità delle informazioni in questione, il disinteresse palesato rispetto ai diritti individuali non potrebbe che ripercuotersi negativamente anche sulla funzionalità dell'apparato repressivo predisposto dalle autorità statali.

Occorrerebbe poi interrogarsi anche in ordine alla futura destinazione delle informazioni raccolte. La soluzione auspicabile, in quanto più aderente a principi di adeguatezza e proporzionalità vigenti in materia, sarebbe ovviamente quella di istituire una preclusione espressa a qualsiasi futuro uso delle informazioni acquisite durante l'epidemia non ricompreso in quelli necessari al contrasto dell'emergenza sanitaria.

In una prospettiva di più ampio respiro, bisogna però interrogarsi anche sulle ripercussioni di lungo periodo delle soluzioni sperimentate.

A tale riguardo gli scenari non sembrano ottimistici. L'esperienza insegna infatti che difficilmente il potere pubblico risulta incline ad abbandonare nuove forme di controllo sociale messe in atto al fine di far fronte ad un pericolo eccezionale.

Per altro verso, la diffusa attuazione di misure capaci di incidere in maniera tangibile sull'interesse alla riservatezza potrebbe stimolare un'importante riflessione condivisa che coinvolga molti degli aspetti più controversi delle moderne tecniche di sorveglianza.

Bisogna dunque approcciarsi al futuro consapevoli dell'importanza della sfida che ci attende. La crisi epidemiologica può rappresentare un ulteriore passo nel cammino verso un lassismo alimentato da una preoccupante assuefazione rispetto ad invasive forme di controllo pubblico e privato; al contrario, l'allarme sanitario potrebbe rappresentare una preziosa occasione di confronto in grado di accrescere la consapevolezza sulle minacce incombenti, favorendo l'attuazione di efficaci contromisure innanzitutto normative, atte a preservare le nostre libertà individuali.



IL FIUME SCIENTIFICO E GLI ARGINI GIURIDICI. UNA RIFLESSIONE LÀ DOVE SCIENZA E DIRITTO SI INCONTRANO

di **Enrico Maestri*** – enrico.maestri@unife.it

Il saggio sostiene che il rapporto tra diritto e scienza si sia sviluppato diacronicamente attraverso tre modelli epistemologici. Il primo modello, che si sviluppa a seguito dell'illuminismo, della prima rivoluzione industriale e dell'ideologia del progresso scientifico, è quello che chiamo scienziista-positivista.

Il secondo modello, che si sviluppa a seguito del neopositivismo secondo il quale il mondo è conoscibile solo attraverso proposizioni linguistiche, attraverso lo specchio del linguaggio, è quello che chiamo divisionista o non cognitivista.

Il terzo ed ultimo modello, a favore del quale dichiaro la mia preferenza, potremmo immaginarlo attraverso la metafora del Ponte: per evitare che il fiume scientifico straripi e allo stesso tempo per evitare che gli argini giuridici impediscano un ragionevole fluire del fiume dobbiamo pensare che il rapporto tra diritto e scienza diventa fecondo per l'umanità solo se tra lo scorrere del fiume e le sue rive siano presenti dei "ponti" che permettano di mantenere, regolare e controllare sia il livello del fiume sia lo stato degli argini.

Desidero proporre una considerazione introduttiva sugli aspetti giuridici della Scienza e/o gli aspetti scientifici del Diritto.

Con questo mio approccio dualistico ritengo di potere introdurre alcune riflessioni necessarie se occuparsi del "fiume Scienza" o degli "argini giuridici".

Qualsiasi sia la propensione culturale ed intellettuale, dovremo presto confrontarci con una realtà duplice: non si fa scienza se non ci si confronta con il Diritto e non si fa Diritto se non ci si occupa anche di Scienza. Le sembianze del Giano Bifronte sono emblematiche di ciò che intendo dimostrarvi.

Immaginiamo due archetipi poetici.

Il primo è rappresentato dalla sinfonia "La Moldava" composta da Bedrich Smetana nel 1874. Questo poema sinfonico descrive il decorso del fiume Vltava (in italiano: Moldava) dalla sua origine nella selva Boema fino all'incontro coll'Elba, dopo aver bagnato la capitale Praga. È una sinfonia d'acqua, una metafora della vita...o se vogliamo una metafora oggi attuale del fluire della vita dai primordi della staminalità.

*Professore Associato di Filosofia del diritto

Immaginiamo appunto, seguendo la musica, lo sgorgare dell'acqua (-vita-natura-scienza) che fluisce, si arricchisce, cresce, dilava, corrode, crea ma anche distrugge.

Sempre seguendo il brano ci si accorge della contestuale presenza dell'uomo (i corni da caccia) e le sue opere (gli argini...le regole, le leggi) che impediscono al fiume di seguire un percorso solipsistico e selvaggio. A tratti si sente che natura e legge coesistono e collaborano, a tratti l'una o l'opposta forza (natura e uomo) prendono il sopravvento.

L'opera, infine, si conclude con un nostalgico senso di mistero che aleggia sull'affluire della Moldava nell'Elba. Perché parlo di nostalgia, mistero e quindi incompletezza, incertezza?

Perché parafrasando questa lettura musicale si può immaginare il senso di onnipotenza e contestualmente inadeguatezza della Scienza...ma anche del Diritto.

E per comprendere ciò di cui intendo poi considerare, propongo un secondo sforzo immaginifico. Invito a rammentare il mito di Sisifo, primo Re di Corinto. Chiediamo aiuto al saggio di Albert Camus che meravigliosamente lo descrive ed attualizza nel 1942 in "Il mito di Sisifo. Saggio sull'assurdo" (*Le mythe de Sisyphe. Essai sur l'absurde*):

"In questo sottile momento in cui l'uomo ritorna verso la propria vita, il nuovo Sisifo che torna al suo macigno, nella graduale lenta discesa, contempla la serie di azioni senza legame che sono divenute al suo destino, da lui stesso creato, riunito sotto lo sguardo della memoria e presto suggellato dalla morte. Così, persuaso dell'origine esclusivamente umana di tutto ciò che è umano, cieco che desidera vedere e che sa che la notte non ha fine, egli è sempre in cammino. Il macigno rotola ancora. Lascio Sisifo ai piedi della montagna! Si ritrova sempre il proprio fardello. Ma Sisifo insegna la fedeltà superiore, che nega gli dei e solleva i macigni.

Anch'egli giudica che tutto sia bene. Questo universo, ormai senza padrone, non gli appare sterile né futile. Ogni granello di quella pietra, ogni bagliore minerale di quella montagna, ammantata di notte, formano, da soli un mondo. Anche la lotta verso la cima basta a riempire il cuore di un uomo.

Bisogna immaginare Sisifo felice".

Sisifo potrebbe rappresentare per certi aspetti, uno scienziato dei nostri tempi. A volte la Scienza, soprattutto se la si vive dall'esterno, come fruitori passivi, può dare l'impressione di essere molto vicina alla soluzione dei misteri della natura. A volte può essere un'illusione ricorrente e necessaria alla sopravvivenza intellettuale degli scienziati stessi. Gli uomini di Scienza, come moderni Sisifo, infatti, per non perdersi nella complessità cui si trovano di fronte, talvolta evitano di considerare la vastità di ciò che resta ancora da scoprire e soprattutto talora giudicano che tutto il loro operato sia bene.

Proprio da quest'ultima riflessione voglio ripartire per offrire alcune suggestioni sulle modalità attraverso le quali si può articolare il rapporto tra diritto e scienza.

Per brevità, immaginiamo che il rapporto tra diritto e scienza si sia sviluppato diacronicamente attraverso tre modelli epistemologici.

Il primo modello, che si sviluppa a seguito dell'illuminismo, della prima rivoluzione industriale e dell'ideologia del progresso scientifico, è quello che chiamo scienziata-positivista.

Secondo questo modello è il fiume scientifico che traccia il percorso della libertà di scelta dell'uomo mettendolo in una condizione di conoscenza della realtà che lo circonda. È il fiume scientifico che modella gli argini giuridici.

Questo modello presuppone il dogma secondo il quale ciò che fa lo scienziato sia a priori un bene per la società.

Questo dogma coincide con una ideologia scientifica nota con il nome di scientismo.

Lo scientismo – che pure può vantare nobili origini in quanto derivante dall'immagine impiegata da Kant nella definizione dell'Illuminismo, con "l'uscita dell'uomo da una condizione

di minorità”, con l’uscita dal buio della caverna e quindi con la liberazione dell’uomo dalle catene degli idola metafisici, cosmologici e teologici – è una concezione secondo la quale la scienza è moralmente neutra e avalutativa, perché essa si basa unicamente sui valori della verità, della verificabilità, della semplicità e della universalità.

Per dimostrare la forza prometeica del fiume scientifico, uno dei padri fondatori del positivismo filosofico, Claude Henry Saint-Simon denuncia la totale inutilità dei giuristi e dei pensatori metafisici attraverso la prospettazione di una famosa parabola contenuta nel saggio *L’organizzatore* (1819-1820): se la Francia, così inizia la parabola di Saint-Simon, perdesse in ogni scienza, industria, mestiere i suoi cinquanta più importanti esponenti, diverrebbe un corpo senza anima; se invece perdesse, in un solo giorno, tutti i più stretti congiunti del re, tutti i ministri, tutto l’alto clero, tutti i prefetti e tutti i giuristi un simile incidente addolorerebbe certamente i francesi, poiché essi sono buoni, ma per lo Stato non ne deriverebbe alcun male politico”.

Per quanto ancora oggi attraente, questa concezione è sbagliata perché trascura il fatto che l’idea di perseguire unicamente la verità implica una scelta in ultima analisi etica. Non solo lo scientismo sbaglia (almeno che non si accetti una tesi amorale per cui il fine giustifica l’uso di qualsiasi mezzo anche il più bieco), ma è anche una concezione ingenua. Da Norimberga e dall’esplosione della prima bomba atomica, le comunità scientifiche sono sempre più consapevoli della dimensione etica (e quindi giuridica) del loro lavoro.

Il secondo modello, che si sviluppa a seguito del neopositivismo secondo il quale il mondo è conoscibile solo attraverso proposizioni linguistiche, attraverso lo specchio del linguaggio, è quello che chiamo divisionista o non cognitivista.

Questo modello fa appello peraltro ad una legge logica nota come Legge di Hume, in forza della quale da fatti non è possibile inferire valori, da proposizioni nella forma del verbo essere (da un giudizio di fatto: ciò che è) non è possibile logicamente, se non commettendo una fallacia che i neopositivisti chiameranno fallacia naturalistica, non è possibile giustificare proposizioni nella forma del verbo dover essere (ad un giudizio di valore: ciò che deve essere). Detto in termini più semplici:

Non si può cioè ritenere che tutto quello che si verifica nel mondo sia bello o giusto solo perché si verifica.

È pur vero che avere un certo grado di conoscenza si riflette sulla capacità di esercitare un controllo sulle nostre scelte etiche o giuridiche, ma la conoscenza dei fatti tutt’al più è condizione necessaria ma non sufficiente per guidare i comportamenti e le scelte dell’uomo.

Questo secondo modello è indirettamente una risposta al modello scienziato: è bene per la libertà dell’uomo, proprio per evitare di cadere in una distopia totalitaria di un regime scienziato quale fu quello nazista, tenere separate le due sfere di conoscenza dell’uomo: la conoscenza sui fatti produrrà leggi scientifiche di cui si potrà predicare la verità o la falsità; la conoscenza sulle azioni umane produrrà leggi giuridiche di cui si potrà predicare la giustizia o l’ingiustizia (la liceità o l’illiceità, la validità o l’invalidità).

Non perché qualcosa accade di fatto, noi siamo giustificati nell’affermarne la giustizia sotto il profilo giuridico.

Ne consegue che: le norme della natura (le leggi scientifiche) sono leggi necessarie e il nesso condizionale tra la condizione e la conseguenza si chiama nesso di causalità (nesso o legame ontico) perché al verificarsi della condizione non può non verificarsi anche la conseguenza.

Le norme della natura esprimono il mondo della necessità.

Le norme giuridiche non esistono in natura; esse sono il risultato del libero arbitrio dell’uomo che decide convenzionalmente di regolare i propri ambiti di vita dandosi regole: regole morali, regole sociali, regole di etichetta, e regole giuridiche.

L'artificialità delle norme giuridiche sono la conseguenza della libertà dell'uomo, cioè della libertà di imputare una conseguenza ad una condizione (atti di volontà, condotte umane) che si è convenzionalmente deciso di qualificare come giuridicamente rilevante.

In questo secondo modello, sono gli argini giuridici ad avere la meglio sul fiume scientifico: la conformazione del corso del fiume dipende dagli argini costruiti dal diritto.

Il terzo ed ultimo modello, a favore del quale dichiaro la mia preferenza, potremmo immaginarlo attraverso la metafora del Ponte: per evitare che il fiume scientifico straripi e allo stesso tempo per evitare che gli argini giuridici impediscano un ragionevole fluire del fiume dobbiamo pensare che il rapporto tra diritto e scienza diventa fecondo per l'umanità solo se tra lo scorrere del fiume e le sue rive siano presenti delle camere di compensazione, delle chiuse o, se volete, dei Ponti che permettano di mantenere, regolare e controllare sia il livello del fiume sia lo stato degli argini.

Ciò è tanto più necessario perché, almeno a partire dallo scoppio della prima bomba atomica, la scienza si è trasformata in tecnoscienza, vale a dire la scienza oggi non si limita solo a scoprire ciò che avviene in natura, ma diventa allo stesso tempo tecnica, cioè fabbricazione e manipolazione della natura.

Ha perso ormai terreno la consueta distinzione tra scienza pura (speculativa) e tecnologia. Scienza pura e tecnologie appaiono sempre più collegate e oggi sono proprio le scienze biologiche a dimostrare quanto stretto sia questo legame. Le biotecnologie non sono la semplice applicazione della mera conoscenza biologica, come se la prima fosse la semplice conseguenza della seconda. La conoscenza biologica cresce insieme con il successo industriale delle biotecnologie e grazie ad esso.

Le tecnoscienze hanno imposto una rottura epistemologica rispetto a quello che prima ritenevamo naturale e quindi intangibile, immune dall'essere scalfito dall'ambito delle scelte operate dall'uomo.

I confini tra naturalità e artificialità si sono via via fatti sempre più opachi; si è fatto opaco il confine tra un agire clinico (*conservatio vitae*) ed un agire ingegneristico (*salus vitae*).

La vita umana e la natura nell'epoca della loro riproducibilità tecnica diventano dunque materia malleabile, plastica e manipolabile fino, come ha scritto Hans Jonas, ad un punto di non ritorno.

Le capacità bio-tecniche scardinano una vecchia concezione statica della natura umana ed impongono la elaborazione di un nuovo paradigma antropologico centrato sulla figura dell'*homo creator* che si instaura a spese di quello seppur ancora recente incardinato sul concetto di *homo faber* elaborato da Hannah Arendt nel suo *Vita Activa* e in parte in modo diverso dalla antropologia negativa del '900.

È Gunther Anders a profetizzare in alcune lucidissime pagine de *L'uomo è antiquato* questo passaggio epocale, questa ultima rivoluzione scientifica: nell'*homo creator* si indica la capacità dell'uomo di generare prodotti dalla natura, che non fanno parte della categoria dei prodotti culturali (ad esempio costruire una casa tutta di legno naturale), ma della natura stessa.

L'uomo cioè non si limita più a trasformare la natura – come il paradigma dell'*homo faber* ci indicava – ma crea la natura, introducendo sulla scena del mondo vivente processi naturali completamente nuovi (pensate ai brevetti sulle invenzioni biotecnologiche, come nel caso degli organismi geneticamente modificati, pensate alla biologia sintetica).

Attribuendo il requisito dell'artificialità (e dell'invenzione) a una entità naturale, si è permesso di brevettare e di commercializzare i prodotti biomedici di origine umana.

Un caso paradigmatico è quello di John Moore, un medico americano affetto da leucemia che, nel 1976, decise di agire in giudizio per rivendicare il diritto di proprietà sulla linea cellulare

ricavata dalla sua milza e brevettata dall'ospedale che l'aveva avuto in cura. La Corte Suprema della California decise che la milza era di proprietà del signor Moore ma che la linea cellulare ricavata, per invenzione scientifica, dalla sua milza era di proprietà dell'ospedale universitario che ne deteneva legittimamente il brevetto (Moore v. Regents of University of California, 51 Cal. 3d; 1990).

Un'altra vicenda ben nota a chi opera in campo biomedico è il caso di Henrietta Lacks.

Henrietta Lacks lavorava nei campi di tabacco della Virginia, così come i suoi antenati schiavi. Quando morì per un tumore, nel 1951, i medici, senza preoccuparsi di chiedere alcun consenso, prelevarono un campione dei suoi tessuti e si accorsero ben presto di un fenomeno sbalorditivo, mai registrato prima nella storia della medicina: le cellule tumorali continuavano a crescere fuori dal corpo, in laboratorio. Da qui alla commercializzazione il passo fu breve, ma sarebbero passati vent'anni prima che i familiari scoprissero una verità non meno incredibile che traumatizzante: Henrietta era 'immortale', e dalle sue cellule si era sviluppata un'industria miliardaria. La sigla HeLa, che denota una linea cellulare di vitale importanza nelle ricerche sul cancro e su molte altre malattie: cellule speciali, tanto resistenti da essere praticamente immortali, vendute e comprate da decenni nei laboratori di tutto il mondo. Ma quelle quattro lettere racchiudono anche una storia perturbante, emblematica – e soprattutto una persona in carne e ossa.

Lo scienziato si è fatto imprenditore, è uscito dal chiuso dei suoi laboratori e il suo operato, non più autoreferenziale, diventa un costrutto sociale (una prassi sociale, una ontologia sociale) al pari del diritto. Come costruisco, invento, fabbrico il diritto, allo stesso modo fabbrico, manipolo, invento, brevetto la vita e la natura.

Diventa necessario allora gettare un ponte, costruire camere di compensazione tra saperi scientifico-tecnologici e la riflessione normativa.

In questo senso, l'attività dei comitati etici, l'autoregolazione attraverso i codici deontologici, il rispetto delle Good Clinical Practice permetterebbero di concretizzare la metafora del Ponte che dice della necessità di una via di comunicazione, prima di un intervento legislativo, tra i saperi scientifici e i saperi umanistici, di un dialogo che nel rendere possibile la comunicazione fra sapere diversi accolga anche le voci provenienti dalle società e dell'opinione comune.

La metafora del ponte evoca la necessità di costruire un rapporto particolarmente stretto tra vita e sapere, in modo che la conoscenza non sia prerogativa di una unica componente sociale – la comunità degli scienziati – ma che sia condivisa con i cittadini che divengono sia critici che creatori di una forma di cittadinanza epistemica all'interno di uno spazio istituzionale di discussione in cui il sapere scientifico possa consolidarsi socialmente in modo critico e soprattutto in modo democratico.



IL PROCESSO PENALE AI TEMPI DI COVID-19. VIDEOCONFERENZE E DIRITTI FONDAMENTALI.

di **Giulia Ducoli*** – giulia.ducoli@unife.it

In questo periodo di emergenza sanitaria, la modalità della partecipazione da remoto da eccezione diventa regola. Interrogatori di garanzia, udienze di convalida dell'arresto e del fermo avanti al giudice per le indagini preliminari e udienze di convalida dell'arresto celebrate dal giudice del dibattimento nel caso in cui proceda con le forme del giudizio direttissimo si terranno in videoconferenza. Occorre analizzare la disciplina per essi prevista e verificare che – nell'ottica di un bilanciamento tra diritti fondamentali – il diritto ad un processo equo e le garanzie che proteggono la libertà personale della persona non ne escano del tutto compromessi.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I protocolli applicativi: prime osservazioni. – 3. Qualche riflessione in tema di diritto di difesa, giusto processo e libertà personale.

1. Parlare di processo penale ai tempi del coronavirus non è facile per almeno due ordini di ragioni. La prima, trasversale e che tocca oggi più o meno tutti gli aspetti della nostra quotidianità, è il difficile e intricato quadro normativo con cui bisogna confrontarsi: decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e ordinanze emesse dalle autorità locali si rincorrono da giorni con una velocità in costante aumento e restare al passo si rivela attività assai faticosa³⁰. La seconda ragione, più banale, è che del processo penale – inteso come sede di un vivo e reale, per quanto regolato, conflitto tra l'autorità e la persona accusata di aver commesso un reato, che prende avvio con la notizia di reato e culmina con la pronuncia di una sentenza definitiva – è rimasto ben poco. La quasi totalità delle udienze è stata infatti rinviata d'ufficio e tutti i termini sono stati sospesi³¹.

³⁰ Sul sito della Gazzetta Ufficiale è stata creata una voce tematica "Coronavirus", che contiene la «raccolta degli atti recanti misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19». Cfr. <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglioArea/12>

³¹ I commi 1 e 2 dell'art. 83 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 stabiliscono rispettivamente il rinvio d'ufficio di tutte le udienze dei procedimenti civili e penali a data successiva al 15 aprile 2020 e la sospensione di tutti i termini procedurali. Il comma 3 della stessa disposizione stabilisce invece le eccezioni, per cui il rinvio e la sospensione dei termini non trovano applicazione per talune cause di competenza del tribunale per i minorenni (lett. a); nel caso di procedimenti di convalida dell'arresto o del fermo, procedimenti nei quali nel periodo di sospensione scadono i termini di cui all'articolo 304 del codice di procedura penale, procedimenti in cui sono applicate misure di sicurezza detentive o è pendente la richiesta di applicazione di misure di sicurezza detentive, nonché – in talune ipotesi specificamente individuate – laddove vi sia un'espressa richiesta di procedere da parte di detenuti, imputati, proposti o difensori (lett. b); e, da ultimo, nel caso di procedimenti che presentano carattere di urgenza, per la

* *Dottoranda di ricerca in Diritto processuale penale.*

Appare utile, tuttavia, confrontarsi con quel che ne resta. I segmenti processuali rimasti in vita in questi giorni costituiscono peraltro snodi del processo quantomai delicati, che toccano la libertà individuale, nervo scoperto di fronte all'autorità chiamata a decidere. Si tratta, in particolare, di tutti quegli istituti che, posti a presidio dell'inviolabilità della libertà personale, non possono trovare legittima applicazione al di fuori dei termini per loro fissati dalla Costituzione e dal codice di rito e che richiedono, a pena di nullità dell'atto compiuto, la necessaria presenza della persona sottoposta alle misure restrittive.

Il riferimento è alle udienze di convalida dell'arresto e del fermo da celebrarsi avanti al giudice per le indagini preliminari e alle udienze di convalida dell'arresto celebrate dal giudice del dibattimento nel caso in cui proceda con le forme del giudizio direttissimo, sottoposte alle regole sovraordinate dell'art. 13 Cost., nonché agli interrogatori di garanzia, sottoposti ai termini di cui ai commi 1 e 1-*bis* dell'art. 294 c.p.p.

Occorre comprendere come le autorità competenti abbiano inteso regolare questi istituti in un periodo di emergenza come quello che stiamo vivendo ma, soprattutto, verificare che le modalità prescelte siano idonee a garantire la partecipazione dell'arrestato o del fermato all'udienza di convalida (ed eventualmente al giudizio che ne segue) senza annientare il diritto di difesa, inevitabilmente compromesso dall'impossibilità per la persona privata della sua libertà di incontrare il proprio difensore e di essere condotto avanti al giudice chiamato a prendere una decisione, nel rispetto delle garanzie riconosciute dall'art. 13 della Costituzione e dall'art. 5 Cedu. Tali diritti, infatti, possono essere oggetto di un bilanciamento con il diritto – di pari rango – di cui all'art. 32 Cost., ai sensi del quale «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività», ma non possono essere del tutto estirpati dal procedimento penale in ragione della necessità di limitare la diffusione del contagio.

2. Appare utile, nell'ambito di questa riflessione, un confronto con i provvedimenti organizzativi emanati al fine di darvi attuazione. Le misure adottate dai Tribunali sono più o meno analoghe su tutto il territorio nazionale³². Prenderemo come modello – per questioni di interesse territoriale – il Protocollo di intesa firmato a Ferrara e diffuso tramite e-mail a tutti gli iscritti al locale Ordine degli Avvocati³³. Obiettivo di questo lavoro sarà quello di analizzarne i contenuti e di offrire alcuni spunti per un'interpretazione quanto più possibile rispettosa dei diritti riconosciuti dagli artt. 13 e 24 Cost., nonché dall'art. 5 Cedu.

Per quanto qui di specifico interesse, il Protocollo ferrarese stabilisce che «alle udienze di convalida dell'arresto e di celebrazione del contestuale giudizio direttissimo alternativo (patteggiamento o abbreviato semplice non condizionato) dinanzi al giudice del dibattimento, si procederà in videoconferenza». Lo stesso per quanto riguarda le udienze di convalida dell'arresto e del fermo avanti al giudice per le indagini preliminari e gli interrogatori di garanzia³⁴.

necessità di assumere prove indifferibili, nei casi di cui all'articolo 392 del codice di procedura penale (lett. c). In quest'ultimo caso si stabilisce che la dichiarazione di urgenza è fatta dal giudice o dal presidente del collegio, su richiesta di parte, con provvedimento motivato e non impugnabile.

³² Tutti i protocolli fanno riferimento infatti alla delibera del C.S.M. dell'11 marzo 2010 e al provvedimento del Direttore Generale DGSIA n. 3413 del 10 marzo 2020, che forniscono interpretazioni al decreto legge 8 marzo 2020, n. 11 e al decreto legge 17 marzo 2020 n. 18 (che abroga e sostituisce le disposizioni del primo con riferimento al tema oggetto di questo lavoro).

³³ Il Protocollo è stato stipulato di intesa tra il Tribunale Ordinario, la Procura della Repubblica, l'Ordine degli Avvocati e la Camera penale di Ferrara; è stato firmato il 23 febbraio 2020 ed è operativo a decorrere dal 24 marzo 2020 e sino alla conclusione dell'emergenza sanitaria.

³⁴ Cfr. punti nn. 1 e 5 del Protocollo.

Occorre fin da subito rilevare una questione di tipo tecnico. La partecipazione a distanza è ammessa dal codice di rito con riferimento al dibattimento e trova la sua disciplina nell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.³⁵ La fattispecie potrebbe quindi ritenersi applicabile alle udienze di convalida cui procede il giudice del dibattimento in caso di giudizio direttissimo. Nulla è detto, però, con riferimento alla possibilità di procedere in tal modo ai giudizi di convalida dell'arresto o del fermo avanti al g.i.p. o agli interrogatori di garanzia. Sul punto, si deve osservare che l'art. 83 comma 12 del d.l. n. 18 del 2020 stabilisce che «ferma l'applicazione dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale, dal 9 marzo 2020 al 30 giugno 2020, la partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare è assicurata, ove possibile, mediante videoconferenze o con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-*bis* del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271».

Tecnicamente, però, coloro che sono sottoposti alla misura dell'arresto o del fermo non rientrano nella categoria delle «persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare»³⁶.

Si potrebbe tentare di prendere in considerazione l'art. 45-*bis* disp. att. c.p.p., ove si stabilisce che «la partecipazione dell'imputato o del condannato all'udienza nel procedimento in camera di consiglio avviene a distanza nei casi e secondo quanto previsto dall'articolo 146-*bis*, commi 1, 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*». Ma questo non sembra portare ad alcuna soluzione. In primo luogo, il comma 2 dell'art. 45-*bis* disp. att. c.p.p. fa esplicito riferimento all'avviso di cui all'art. 127 comma 1 c.p.p. e da ciò si desume che la disposizione attuativa trova applicazione solo con riferimento alle udienze in camera di consiglio che rientrano nello schema della fattispecie da ultimo citata. Inoltre, anche a voler considerare applicabile l'art. 45-*bis* disp. att. all'udienza di convalida dell'arresto e del fermo davanti al g.i.p. (che è un'udienza in camera di consiglio, che si distingue dall'archetipo di cui all'art. 127 c.p.p. per la necessaria presenza del difensore), il problema resta ed è legato alla qualifica della persona sottoposta alla misura precautelare, che potrebbe non aver ancora assunto la qualità di imputato e che sicuramente non è condannato. Per quanto riguarda invece l'interrogatorio di garanzia, questo non può nemmeno essere inquadrato nel concetto di udienza; di conseguenza, la disposizione attuativa non pare in alcun modo applicabile.

Un'altra strada da percorrere potrebbe essere quella di guardare alla specifica disposizione attuativa pensata dal legislatore con riferimento a questi momenti processuali, ossia all'art. 123 disp. att. c.p.p., rubricato «luogo di svolgimento dell'udienza di convalida e dell'interrogatorio del detenuto». Si stabilisce che di regola questi debbano svolgersi nel luogo dove l'arrestato o il fermato è custodito, salvo che nel caso di custodia nel proprio domicilio o altro luogo di privata

³⁵ La norma, peraltro, poneva già diversi dubbi di legittimità in relazione al solo dibattimento. Cfr. D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in *Arch. pen. – Supplemento al n. 1 del 2018*, p. 567 ss.

³⁶ Questo trova conferma nella circostanza per cui in altre sedi, nel caso in cui la privazione della libertà personale costituisce presupposto per l'applicazione di determinate disposizioni, il legislatore si è preoccupato di specificare a quali misure restrittive si deve fare riferimento. Un esempio si rinviene nell'art. 9 comma 1 della legge 30 giugno 2009, n. 85 per cui «Ai fini dell'inserimento del profilo del DNA nella banca dati nazionale del DNA, sono sottoposti a prelievo di campioni biologici: a) i soggetti ai quali sia applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari; b) i soggetti arrestati in flagranza di reato o sottoposti a fermo di indiziato di delitto; c) i soggetti detenuti o internati a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo; d) i soggetti nei confronti dei quali sia applicata una misura alternativa alla detenzione a seguito di sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo; e) i soggetti ai quali sia applicata, in via provvisoria o definitiva, una misura di sicurezza detentiva».

dimora» e che solo «quando sussistono eccezionali motivi di necessità o di urgenza il giudice con decreto motivato può disporre il trasferimento dell'arrestato o del detenuto per la comparizione davanti a sé». Non vi è alcun riferimento alla possibilità di procedere a distanza.

Un'interpretazione letterale del testo del decreto legge rischierebbe, pertanto, di rendere nulle tutte le udienze di convalida celebrate avanti al g.i.p. e gli interrogatori di garanzia avvenuti con le modalità della videoconferenza³⁷. Guardando alla *ratio* della disposizione, sembra inevitabile ritenere che l'obiettivo sia quello di ampliare quanto più possibile la possibilità di procedere da remoto, ma resta il fatto che nel linguaggio giuridico la scelta dei termini da utilizzare risulta fondamentale³⁸.

Tornando al Protocollo, per quanto concerne il giudice del dibattimento la piattaforma prescelta risulta essere Microsoft TEAMS³⁹ e la modalità di partecipazione da remoto «è da intendere quella prioritaria per tutte le parti»⁴⁰. Il g.i.p. invece, per espletare le proprie funzioni, si collega utilizzando gli impianti forniti dal Ministero della Giustizia, presenti presso l'aula B del Tribunale di Ferrara (c.d. videoconferenza ministeriale)⁴¹. In questo secondo caso resta salva la facoltà per il difensore di optare comunque per Microsoft TEAMS, qualora decidesse di partecipare all'udienza da remoto. L'arrestato e il fermato (o il sottoposto a misura, nel caso di interrogatorio di garanzia) partecipano in ogni caso dal luogo in cui sono stati condotti, ossia dal carcere o, nel caso in cui siano trattenuti nelle camere di sicurezza, dalla Questura o dal Comando provinciale. Nel caso in cui si trovino in uno dei luoghi indicati dall'art. 284 comma 1 c.p.p., saranno tradotti (o potranno essere autorizzati a recarsi) presso il Comando più vicino attrezzato per la videoconferenza⁴².

Si è già detto che il Protocollo stabilisce che la modalità di collegamento da remoto – in ragione della sua finalità di prevenzione e contenimento della diffusione del virus – dovrebbe

³⁷ Sul tema cfr. Cass., sez. I, 27 maggio 2016, n.47195, ove si afferma che «la partecipazione a distanza dell'imputato al processo è ammessa, per sistema, nei soli casi tassativamente previsti per legge, trattandosi di ipotesi d'eccezione e di stretta interpretazione, che non sono suscettibili di applicazione analogica, né di letture estensive oltre i casi espressamente contemplati dall'ordinamento (artt. 45-bis, 146-bis e 205-ter disp. att. c.p.p.), sicché, ove si versi in ipotesi non contemplate e al di fuori, quindi, di ogni schema e controllo procedurale, gli atti processuali ciononostante svolti devono ritenersi affetti da nullità assoluta».

³⁸ A questo proposito non pare possibile esimersi da una riflessione – per quanto breve – sul principio di legalità processuale. L'art. 111 comma 1 Cost. impone che il processo sia «regolato dalla legge». La Costituzione pone una riserva di legge che deve intendersi come assoluta, per cui la disciplina del processo è affidata a fonti di rango primario (legge o atti aventi forza di legge). Ci si deve chiedere se Protocolli o provvedimenti ministeriali possano intervenire in maniera così incisiva su istituti così delicati. La risposta non può che essere negativa. La riserva di legge introdotta all'art. 111 Cost. ha come obiettivo anche quello di incidere sulla «qualità» della legge: il legislatore (Governo compreso, nel caso di decreti leggi e decreti legislativi) ha il compito di formulare precetti qualitativamente soddisfacenti, che presentino un grado di precisione sufficiente per trovare applicazione senza doversi affidare all'arbitrio interpretativo. Sul tema cfr. M. DANIELE, *La norma processuale penale*, in AA.VV. *Fondamenti di procedura penale*, CEDAM, 2020; A. CAMON, *La disciplina costituzionale*, ivi, p. 87 ss.; D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen. (web)*, f. 2, 2017, in particolare p. 452 ss. Non sembra possibile ritenere che il d.l. n. 18 del 2020 presenti tali requisiti e ciò si desume anche dalla quantità di provvedimenti presi per tentare di darvi in qualche modo attuazione.

³⁹ Programma per il collegamento da remoto indicato dal Direttore generale DGSIA con provvedimento n. 3413 del 10 marzo 2020, che utilizza aree di *data center* riservate in esclusiva al Ministero della Giustizia. Al programma possono accedere anche utenti esterni all'Amministrazione. Alla data della stipula del protocollo risultano attivati e testati i collegamenti con la Questura, il Comando Provinciale dei Carabinieri e la Casa Circondariale di Ferrara. Cfr. punto 2 del Protocollo.

⁴⁰ Cfr. punto 6 del Protocollo, ove si specifica che il collegamento dovrà in ogni caso avvenire da luogo idoneo a garantire il rispetto del principio della riservatezza.

⁴¹ Cfr. punto 5 del Protocollo.

⁴² Cfr. punti 3, 4 e 6 del Protocollo.

costituire in qualche modo la regola, facendo poi salva la facoltà per il difensore di partecipare all'udienza presso il Tribunale o presso il luogo in cui si trova l'arrestato. Di tale scelta il difensore dovrà dare comunicazione alla polizia giudiziaria nel momento in cui viene informato dell'avvenuto arresto o fermo ai sensi di quanto previsto dall'art. 286 comma 2 c.p.p. Il silenzio del difensore è equiparato alla scelta della modalità di partecipazione da remoto⁴³ e, quindi, dalla propria abitazione o dallo studio.

Le possibili situazioni in concreto verificabili sembrano quindi essere le seguenti. Il giudice si trova quasi sicuramente in Tribunale: il giudice del dibattimento si connette con Microsoft TEAMS, verosimilmente dal suo ufficio (o, sembra possibile, dalla propria abitazione), mentre il g.i.p. starà nell'aula B. Per il pubblico ministero parrebbero valere le stesse opzioni.

L'arrestato, il fermato o il sottoposto a misura partecipano, a seconda dei casi, dal carcere o dal Comando più vicino al luogo in cui si trovano.

Il difensore può scegliere se partecipare dal Tribunale, dal luogo in cui si trova l'assistito o da remoto. Con riferimento a tali ultime opzioni si impongono due osservazioni. La prima è di carattere tecnico: il luogo in cui si trova l'assistito è equiparato dall'art. 146-*bis* comma 5 disp. att. c.p.p. all'aula di udienza; lo stesso non è previsto in alcuna disposizione con riferimento alla postazione da cui si collega il difensore. Anche in questo caso, allora, la validità dell'udienza dipende da un'interpretazione non letterale delle disposizioni in vigore, ma che guarda alla *ratio* che ha ispirato la decretazione d'urgenza e che sembra potersi ritenere *contra legem*, dal momento che attribuisce al testo della disposizione una portata che va al di là dei «possibili significati delle parole utilizzate dal legislatore»⁴⁴. La seconda, invece, è un'osservazione di carattere pratico: occorre verificare che i luoghi in cui l'assistito si potrebbe trovare risultino idonei ad ospitare il difensore. Un interessante spunto di riflessione su questo aspetto è offerto da una comunicazione del Direttore della Casa circondariale di Brescia del 24 marzo 2020, con la quale si invitano i difensori a partecipare all'udienza di convalida in luoghi diversi dal carcere. La struttura, infatti, non è in grado di garantire una postazione di collegamento da remoto anche al difensore e questo comporterebbe «occasione di contatto personale con il detenuto e, quindi, l'ipotetico rischio di contagio»⁴⁵. Nulla di più vero. Il richiamo a tale comunicazione, infatti, non vuole essere una critica, ma semplicemente occasione per riflettere. Se gli avvocati non possono entrare in carcere per – giustamente – limitare il rischio di contagio, allora forse sarebbe più opportuno evitare qualsiasi ingresso nelle strutture prima della convalida o dell'interrogatorio anche per i loro assistiti.

Stesso discorso va fatto con riferimento alla figura dell'interprete, per cui il protocollo prevede che egli «presenzierà ordinariamente dal luogo in cui si trova l'arrestato, nell'osservanza delle vigenti prescrizioni sanitarie per evitare il rischio di contagio». Ancora una volta, il protocollo va necessariamente applicato *cum grano salis*. Occorrerà infatti preliminarmente verificare che il luogo da cui l'arrestato partecipa all'udienza sia attrezzato per la presenza di un'altra persona⁴⁶.

⁴³ Cfr. punto 6 del Protocollo.

⁴⁴ V. M. DANIELE, *La norma processuale penale*, in AA.VV. *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 74 ss.

⁴⁵ La comunicazione è reperibile sul sito dell'Ordine degli Avvocati di Brescia:

https://www.ordineavvocatibrescia.it/uploads/allegati_articoli/casa_circondariale_nota%201870%20del%2023%20mar%202020%20udienze%20tramite%20video%20conferenz-1471-17.pdf

⁴⁶ Il codice di rito prevedere la possibilità che l'interprete svolga la sua attività mediante l'utilizzo di tecnologie di comunicazione a distanza solo con riferimento all'interprete che viene nominato per la persona offesa ai sensi dell'art. 143-*bis* commi 2 e 3 c.p.p. e, in ogni caso, tale possibilità potrà trovare applicazione solo qualora «la presenza fisica dell'interprete non sia necessaria per consentire alla persona offesa di esercitare correttamente i suoi diritti o di comprendere compiutamente lo svolgimento del procedimento».

Il protocollo si preoccupa poi di regolare la trasmissione degli atti e lo scambio di documenti tra i soggetti chiamati a partecipare: prima dell'udienza di convalida gli atti saranno trasmessi per posta ordinaria⁴⁷, mentre nel corso dell'udienza l'eventuale scambio di documenti avviene attraverso la chat della piattaforma⁴⁸.

Con riferimento alla possibilità per il difensore di conferire con il proprio assistito, si stabilisce che nel caso in cui il difensore partecipi «da remoto», dovrà essere garantita «prima, durante e dopo l'udienza, la possibilità di colloqui difensivi riservati a distanza [...] attraverso l'attivazione di un contatto da parte della polizia giudiziaria (telefonico o altra modalità tecnica idonea), anche mediante la presenza di un interprete (ove necessario)»⁴⁹. Qui si rendono necessarie due precisazioni. In primo luogo, per quanto concerne la presenza dell'interprete, appare evidente che il mezzo del telefono sopra richiamato non potrà ritenersi in alcun modo sufficiente (per il semplice fatto che non è possibile pensare ad una normale comunicazione telefonica tra difensore, interprete ed arrestato). Di conseguenza, nel caso in cui si rendesse necessaria la sua presenza il Protocollo andrà necessariamente inteso nel senso che tali comunicazioni dovranno essere predisposte mediante «altra modalità tecnica idonea», dovendo con questa essere garantita la possibilità per i tre interessati di essere collegati contemporaneamente. Inoltre, il riferimento alla postazione «da remoto» del difensore deve necessariamente comprendere anche la situazione in cui egli partecipi dal Tribunale, risultando altrimenti pregiudicato il diritto di quest'ultimo a conferire con l'assistito.

Si tratta, in ogni caso, di un aspetto di fondamentale importanza, che tocca il diritto di difesa non solo nella sua componente “tecnica”, ma anche nella dimensione dell’“autodifesa”, ossia del diritto dell'indagato o imputato di partecipare e contribuire in maniera effettiva alla funzione difensiva. Prima dell'udienza o prima dell'interrogatorio i colloqui tra assistito e difensore servono innanzitutto a consentire una partecipazione consapevole all'udienza da parte dell'assistito e, non meno importante, a concordare e valutare la strategia difensiva. Inoltre, se nel corso dell'udienza l'assistito può, come spesso succede, costantemente confrontarsi con il difensore, questa possibilità scompare del tutto nel caso di udienze celebrate con le modalità della videoconferenza. È allora necessario uno sforzo fa parte di tutti per assicurarsi che tale diritto venga pienamente rispettato: prima dell'udienza si è già detto che bisogna garantire la possibilità di un confronto che coinvolga, ove necessario, anche l'interprete. Il problema risulta amplificato nel caso in cui la necessità di un colloquio riservato si verifichi durante l'udienza; in questo caso il difensore dovrà assicurarsi che gli altri partecipanti non possano in alcun modo avere accesso alle comunicazioni intercorse con il suo assistito⁵⁰.

Vi sono poi alcune previsioni che – in ragione del riferimento al decreto di presentazione all'udienza, alle modalità di formazione del fascicolo e alla cancelleria dell'Ufficio dibattimento –

⁴⁷ Quando viene informato dell'arresto il difensore deve a tal fine comunicare alla polizia giudiziaria un indirizzo di posta ordinaria. Cfr. punto 9, 10 e 11 del Protocollo. Al punto 14 dello stesso Protocollo si stabilisce che il difensore dovrà in ogni caso ricevere gli atti almeno 60 minuti prima dell'inizio dell'udienza (eventualmente prorogabili) in modo tale da poterli studiare e da poter eventualmente prendere contatto con l'assistito o con i suoi familiari.

⁴⁸ Cfr. punto 18 del Protocollo.

⁴⁹ Quanto alla possibilità di contatti telefonici, il difensore riceve al momento dell'arresto – ove possibile – il nominativo e il recapito di uno o più familiari dell'arrestato. Cfr. punti 9 e 10 del Protocollo.

⁵⁰ L'opzione più sicura sembrerebbe essere quella di interrompere la registrazione, disattivare i microfoni del dispositivo da cui difensore e assistito partecipano alla videoconferenza e comunicare telefonicamente. Qualora si rendesse necessario comunque l'utilizzo della videoconferenza in ragione della presenza dell'interprete, l'unica soluzione sembra essere quella di chiedere al giudice di disconnettersi (sempre dopo aver interrotto la registrazione).

sembrano doversi riferire al solo giudizio direttissimo, ma che in realtà, guardando alla *ratio* della disciplina, potrebbero ritenersi applicabili anche nel caso di convalida avanti al g.i.p. In buona sostanza, si prevede che la segreteria del Pubblico ministero di turno provveda «all’iscrizione, alla formazione del fascicolo digitale (comprendente la copia della copertina con il numero RGNR, il decreto di presentazione all’udienza sottoscritto e scansionato, il verbale di arresto con i relativi allegati) e alla sua trasmissione per via telematica al difensore e alla cancelleria del dibattimento. Nel decreto di presentazione dovranno essere indicati gli indirizzi di posta elettronica e i contatti telefonici del difensore e degli operatori di polizia giudiziaria presso cui sarà attivata la videoconferenza con l’arrestato; il luogo da dove avverrà la videoconferenza e l’eventuale necessità dell’interprete». Appare evidente che tali comunicazioni dovranno pervenire anche nel caso in cui si debbano convalidare l’arresto o il fermo davanti al g.i.p.

Da ultimo, è previsto che il giudice, dopo aver accertato la regolare “costituzione” delle parti, dia atto con decreto motivato che si procede con la partecipazione a distanza «per ragioni di sicurezza, da individuarsi nell’attuale emergenza sanitaria determinata dal COVID-19». A questo punto il difensore dovrà dichiarare: «1) di trovarsi in un ambiente riservato, in cui non è presente alcuna persona non legittimata a partecipare all’attività da compiersi: 2) di aderire al protocollo e di rinunciare ad ogni eccezione relativa alle modalità tecniche di partecipazione da remoto all’udienza»⁵¹.

Quest’ultima prescrizione desta non poche perplessità. In primo luogo, non sono definite le conseguenze cui si va incontro in caso di mancata rinuncia alle eccezioni.

Inoltre, imporre una rinuncia di questo tenore svilisce – fino a distruggerla, probabilmente – la funzione dell’avvocato, difensore dei diritti – anche partecipativi – del suo assistito. In ragione delle carenze, dal punto di vista della tenuta normativa, sopra evidenziate, verrebbe quasi da pensare che tale rinuncia sia stata inserita nel Protocollo per ripararsi dalla possibile pioggia di eccezioni che potrebbero essere formulate. Per comprendere la gravità di tale previsione, occorre ancora una volta fare uno sforzo e immaginare come potrebbe evolvere la situazione nel caso concreto. Proviamo allora a pensare all’ipotesi in cui durante l’udienza di convalida salti la connessione, o non si riesca a garantire al difensore la possibilità di parlare riservatamente con il proprio assistito. Altra possibilità potrebbe essere quella di un malfunzionamento dei microfoni o di errori di tipo tecnico, per cui non si riesce a registrare in tutto o in parte la videoconferenza⁵². Come si può pensare di imporre al difensore una rinuncia a qualsiasi eccezione in tema di partecipazione?

Sul punto occorre soffermarsi un momento, anticipando fin da subito che non è questa la sede per un’analisi dettagliata delle singole situazioni in concreto verificabili.

Il punto di partenza è costituito dal fatto che un vizio relativo alla partecipazione delle parti appare in ogni caso idoneo ad essere inquadrato tra le nullità di ordine generale di cui all’art. 178 c.p.p. L’art. 183, comma 1, lett. a) c.p.p. prevede la possibilità che talune nullità (non quelle assolute) possano essere sanate dalla rinuncia per la parte interessata ad eccepirla che, pertanto,

⁵¹ Cfr. punto 17 del Protocollo.

⁵² Le istruzioni operative inviate dall’Ordine degli Avvocati ai propri iscritti stabiliscono che le udienze di convalida andranno integralmente registrate con la modalità di TEAMS “attiva registrazione” avviata dal giudice e il file andrà successivamente scaricato e salvato.

Con riferimento al codice di rito, l’art. 141-*bis* c.p.p. prevede che «l’interrogatorio della persona che si trovi, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione, e che non si svolga in udienza, deve essere documentato integralmente, a pena di inutilizzabilità». Impedire al difensore di sollevare eccezioni con riferimento alle modalità di partecipazione potrebbe, allora, eliminare la sanzione dell’inutilizzabilità per tutti quegli interrogatori in videoconferenza nei quali si verificano problemi di connessione o di registrazione.

accetta che l'atto continui a produrre i suoi effetti nonostante il vizio. È a tale sanatoria generale che deve essere ricondotta la previsione di cui al Protocollo.

Quanto al regime, occorre distinguere. Come anticipato, qualora tale vizio dovesse produrre una nullità di tipo assoluto⁵³, una rinuncia all'eccezione si configura come strumento del tutto privo di utilità all'interno di un sistema che definisce le nullità assolute come insanabili e rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

Per quanto concerne, invece, le nullità a regime intermedio (e le nullità relative)⁵⁴, si deve osservare che a queste si può porre rimedio attraverso lo strumento della sanatoria. In particolare, l'art. 183, comma 1, lett. a) stabilisce che le nullità sono sanate «se la parte interessata ha rinunciato espressamente ad eccepirla». Il Protocollo impone al difensore di «rinunciare ad ogni eccezione relativa alle modalità tecniche di partecipazione da remoto all'udienza» prima del compimento dell'atto, ma, soprattutto, senza sapere quali vizi potranno in concreto verificarsi. Dal punto di vista cronologico non si pongono particolari problemi⁵⁵: l'art. 182, comma 2, c.p.p. stabilisce che «quando la parte vi assiste, la nullità di un atto deve essere eccepita prima del suo compimento», il che renderebbe in astratto ammissibile, *a contrario*, una rinuncia preventiva. Ma ciò non toglie che in quel caso la parte è a conoscenza del tipo di vizio che si verificherà, è in grado di formulare una prognosi⁵⁶. Una rinuncia come quella di cui al Protocollo non consente al difensore di conoscere il vizio che si impegna a non denunciare, ponendosi quindi al di fuori degli schemi codicistici e dell'opinione – risalente e consolidata – per cui l'acquiescenza descritta nell'art. 183 c.p.p., per avere effetto, richiede «che la parte sia a conoscenza del vizio dell'atto»⁵⁷.

In ragione di quanto appena osservato – e anche alla luce della mancata previsione di qualsiasi tipo di conseguenza per il difensore che non dovesse dichiarare quanto richiesto dal Protocollo – occorre quindi riflettere sull'opportunità di non aderire ad una previsione che finisce per privare l'assistito della possibilità di far valere i propri diritti, non potendosi escludere che possa poi essere invocato, sebbene non del tutto correttamente, il meccanismo previsto dall'art. 183 c.p.p. che riconduce alla sanatoria del vizio la rinuncia a far valere le eccezioni in materia di nullità.

3. La questione sorge spontanea: che ne è dei diritti fondamentali? Possiamo davvero ritenere che il quadro che ne esce possa dirsi compatibile con l'art. 24 Cost. e, in generale, con il

⁵³ A titolo esemplificativo, si pensi all'ipotesi in cui dovessero verificarsi problemi di connessione per il difensore, tali per cui questi debba – anche solo momentaneamente – abbandonare la videoconferenza. Tale situazione potrebbe ritenersi pacificamente idonea a integrare una situazione di «assenza del [...] difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza» e, quindi, una nullità di carattere assoluto ai sensi di quanto previsto dall'art. 179 c.p.p.

⁵⁴ Sempre a titolo di esempio, qualora al difensore non fosse garantita la possibilità di confrontarsi riservatamente con il suo assistito nel corso dell'udienza potrebbe ritenersi integrata una nullità intermedia *ex artt.* 178, comma 1, lett. c) e 180 c.p.p.

⁵⁵ Il problema non si porrebbe neanche aderendo all'opinione consolidata per cui la sanatoria integra «un atto o un fatto giuridico successivo all'atto imperfetto, che, sommandosi a quest'ultimo, genera una fattispecie diversa, dagli effetti equivalenti a quelli dell'atto perfetto». Sul punto cfr. P.P. PAULESU, *L'atto processuale penale*, in AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 268.

⁵⁶ Si pensi all'ipotesi di cui all'art. 199 c.p.p. L'omissione dell'avviso ai prossimi congiunti della facoltà di astenersi dal testimoniare determina una nullità relativa, «che deve essere eccepita, a pena di decadenza, dalla parte che vi assiste prima del compimento dell'esame testimoniale ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo». Cfr. Cass. sez. III, 16 gennaio 2018, n. 21374. La parte che decida di non eccepire la nullità sa che quelle dichiarazioni entreranno a far parte del compendio probatorio su cui il giudice potrà fondare la propria decisione.

⁵⁷ Cfr. T. RAFARACI, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, II Agg., Giuffrè, 1998, ove si afferma che «non avrebbe molto senso trarre da un certo comportamento l'intento di accettare gli effetti dell'atto nonostante il vizio, se di quest'ultimo l'autore del comportamento non avesse consapevolezza».

giusto processo di cui all'art. 111 Cost.? E ancora, le garanzie poste a presidio della libertà personale sono rispettate?

Da un lato, la situazione che stiamo vivendo impone di adottare delle misure in grado di contenere la diffusione del virus, al fine di garantire il diritto fondamentale alla salute di cui all'art. 32 Cost.; dall'altro, però, non possiamo dimenticare che abbiamo una Costituzione che ci impone rispettare regole precise in materia di libertà personale e di garantire a ciascuno il diritto ad un processo equo.

Qualche osservazione è già stata fatta analizzando il Protocollo, ma appare utile prendere in considerazione anche aspetti ulteriori.

Per quanto riguarda il tema, già parzialmente affrontato, del diritto a colloqui riservati tra il difensore e l'assistito, occorre misurare la disciplina non solo con il diritto di difesa, inteso nella sua duplice componente di autodifesa e difesa tecnica, ma anche con il comma 3 dell'art. 111 Cost., che impone «la persona accusata di un reato [...] disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa». Alle considerazioni di cui sopra si deve pertanto aggiungere la necessità che i limiti fissati dai Protocolli per definire il tempo che deve intercorrere tra il momento in cui il difensore riceve gli atti e quello dell'udienza (nel caso di Ferrara si fa riferimento a un arco temporale non inferiore a 60 minuti) vengano intesi in maniera tale da garantire pienamente il diritto di difesa, non potendosi presumere che la funzione preparatoria dell'udienza (o dell'interrogatorio) possa essere assicurata in un arco di tempo predefinito.

Con riferimento all'udienza di convalida – a prescindere dal giudice avanti cui questa si svolge – il tema principale è quello dall'assenza di qualsiasi incontro tra l'imputato, il suo difensore e il giudice che deve convalidare l'arresto o il fermo. Un problema di *habeas corpus*, che ci riporta a dover fare i conti con elementi di civiltà giuridica fondamentali che probabilmente diamo per scontati, ma che non possiamo perdere di vista. La verifica in ordine alla legittimità dell'arresto (o del fermo) passa anche – e soprattutto, verrebbe da dire – dalla possibilità per il giudice di vedere in quali condizioni si trova la persona che viene portata davanti a lui (“*habeas corpus integrum*”). Ed è per questo motivo che l'art. 5 CEDU stabilisce che «ogni persona arrestata o detenuta [...] deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice».

Difficile, pertanto, pensare che una convalida in videoconferenza possa dirsi rispettosa di tali principi. Altrettanto difficile risulta ipotizzare soluzioni interpretative, senza passare per l'introduzione di norme che regolino in maniera precisa e puntuale le modalità di celebrazione delle convalide in questo periodo.

In ogni caso, occorrerebbe sondare la possibilità di stabilire che le udienze vengano celebrate in presenza dell'arrestato o del fermato. Di fondamentale importanza sarebbe evitare l'ingresso di queste persone all'interno della Casa circondariale fino all'intervenuta convalida. Il carcere costituisce già di per sé un luogo ad altissimo rischio di contagio e consentire ad una persona di farvi accesso, magari solo per il tempo che separa l'arresto dalla convalida, comporta un aumento di tale rischio del tutto ingiustificato.

Una soluzione per il legislatore potrebbe essere quella di valutare la possibilità di rendere applicabile in ogni caso quanto disposto dall'art. 558 c.p.p. nella parte in cui prevede che l'arrestato sia custodito, a seconda dei casi, «in uno dei luoghi indicati nel comma 1 dell'articolo 284» ovvero «in caso di mancanza, indisponibilità o inidoneità di tali luoghi [...] presso idonee strutture nella disponibilità degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria che hanno eseguito l'arresto o che hanno avuto in consegna l'arrestato».

In questo modo, allora, pare possibile ipotizzare che la Questura e il Comando Provinciale diventino il luogo dove di regola, in questo periodo, si celebrano le convalide. Il giudice, che in ogni caso avrebbe partecipato dal Tribunale, si potrebbe recare presso il luogo in cui l'arrestato

o il fermato sono stati collocati (che sarebbe anche lo stesso luogo in cui questi si recherebbero nel caso di custodia in uno dei luoghi di cui al comma 1 dell'art. 284 c.p.p.). Lo stesso discorso varrebbe per l'interprete (ove necessario) e per il difensore, per il quale si risolverebbe anche il problema dell'equiparazione della sua postazione da remoto al luogo di udienza.

Certo, bisognerebbe verificare la possibilità di allestire in questi luoghi un'aula in cui, rispettando le distanze di sicurezza ed eventualmente indossando dispositivi di protezione, possano stare contemporaneamente quattro o cinque persone. Tuttavia, solo in questo modo sembra possibile restituire ad un momento fondamentale del procedimento, quale è l'udienza di convalida, il valore che le spetta.

Da ultimo, anche con riferimento all'interrogatorio di garanzia non sembra che il diritto di difesa possa dirsi sufficientemente rispettato. Si è già avuto modo di osservare che sembra mancare una base giuridica che consenta di procedere in videoconferenza⁵⁸, ma vi è un'ulteriore questione, legata alla funzione difensiva che il sistema attribuisce all'istituto. L'interrogatorio consente al giudice di incontrare l'imputato e a quest'ultimo di portare, per la prima volta, il proprio contributo alla vicenda cautelare che lo vede coinvolto. Si tratta di un momento fondamentale del procedimento cautelare: il giudice deve valutare la sussistenza di tutti i presupposti che consentono l'applicazione di una misura cautelare e per farlo ha bisogno di vedere e di ascoltare il destinatario di tali misure e il suo difensore. Ma quali dichiarazioni potranno mai essere fatte in un contesto come quello che abbiamo descritto? Che tipo di valutazione può fare il giudice? La funzione dell'interrogatorio di garanzia sembra cedere il passo alla finzione di un incontro tra il giudice, il sottoposto a misura cautelare e il suo difensore e la connessione in *streaming* rischia in questo modo di ridurre questo vitale momento difensivo ad una mera formalità, che integri una delle necessarie condizioni di legittimità per l'applicazione della misura restrittiva.

In conclusione, le soluzioni adottate – necessariamente in tempi molto ristretti – non sembrano potersi definire pienamente rispettose dei diritti fondamentali del protagonista del processo penale. Non restano che due speranze. La prima, che questa situazione di emergenza si risolva nel minor tempo possibile. La seconda, della quale dobbiamo ritenerci responsabili, è la speranza che nessuno si affezioni a queste forme di partecipazione – *rectius*, di non partecipazione – al procedimento penale.

⁵⁸ V. *supra* § 2.



DILEMMI MOR(T)ALI. SCELTE ETICHE, *AGEISM* E DIRITTI FONDAMENTALI AI TEMPI DEL COVID-19

di **Maria Giulia Bernardini*** – mariagiulia.bernardini@unife.it

Il rilascio delle Raccomandazioni della SIAARTI, il 13 marzo u.s., ha suscitato un interesse crescente della dottrina, soprattutto in ragione delle significative questioni etiche e giuridiche che originano dal ricorso al criterio anagrafico ai fini della definizione dei criteri allocativi delle risorse sanitarie. Il contributo esplicita la prospettiva etica alla quale possono essere ascritte le raccomandazioni in oggetto e ne mette in rilievo talune criticità in relazione alla tutela dei diritti delle persone anziane, anche alla luce del quadro normativo italiano e internazionale.

SOMMARIO: 1. Covid-19, giustizia distributiva e anziani. – 2. La giustificazione delle scelte allocative in base al documento SIAARTI. 3. Selezione naturale e ruolo del diritto: suggestioni.

1. L'emergenza Covid-19, definita in modo assai efficace come un «soggetto imprevisto» che ha travolto le nostre vite fino a diventare un «fatto sociale totale»⁵⁹, ha richiamato l'attenzione delle giuriste e dei giuristi sulla necessità di aprire spazi di confronto e di produzione di sapere critico⁶⁰. Tra i temi più rilevanti e delicati, figura certamente quello della giustizia nei confronti dei «soggetti vulnerabili»⁶¹. Nonostante dal punto di vista teorico la nozione di vulnerabilità, ove declinata in riferimento ad uno o più gruppi di persone, possa essere oggetto di numerose critiche

⁵⁹ A. SIMONE, *Covid-19: il soggetto imprevisto. Rovesci simbolici, emozioni, vita quotidiana*, in *blog di Studi sulla questione criminale online*, <https://studiquestionecriminale.wordpress.com/2020/03/14/covid-19-il-soggetto-imprevisto-rovesci-simbolici-emozioni-vita-quotidiana/>. Richiamando la nozione di «fatto sociale totale» (concetto notoriamente elaborato da Marcel Mauss) quale griglia interpretativa attraverso la quale leggere gli stravolgimenti dovuti all'irrompere del Covid-19, Simone sembra proseguire nella riflessione inaugurata pochi giorni prima da Filippo Barbera in ID., *Coronavirus. Il fatto sociale totale nel quale specchiarsi*, in *Il Manifesto*, 4 marzo 2020.

⁶⁰ Limitatamente alla sfera filosofico-giuridica, rimando innanzitutto a spazi quali <https://studiquestionecriminale.wordpress.com/>, dove sono raccolti i contributi della *Call me #COVID19: call for blog posts* e a <https://www.biodiritto.org/>, che accoglie le riflessioni su *Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*.

⁶¹ Ad esempio, si pensi alle criticità (anche dal punto di vista giuridico) che l'obbligo di «stare a casa» pone nel caso di persone che si trovino in carcere, siano migranti, senza fissa dimora, vittime di violenza domestica, siano ospiti di strutture residenziali, o la cui disabilità richieda forme peculiari di attenzione e supporto (le necessità dei bambini con sindrome di Asperger sono probabilmente quelle più note).

* *Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto*

a causa degli esiti discriminatori cui sovente dà luogo⁶², in questa sede lascio da parte ogni considerazione sull'ambiguità del concetto, per concentrare le mie riflessioni sulla condizione di un particolare gruppo di norma considerato “vulnerabile” – quello degli anziani – ai tempi del Covid-19.

In Italia, la soggettività degli anziani, per certi versi anch'essa “imprevista” all'interno della riflessione giuridica, ha ricevuto un'attenzione crescente soprattutto all'indomani dell'approvazione, da parte della Società italiana di anestesia, analgesia, rianimazione e terapia intensiva (SIAARTI), del documento *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio* (13 marzo 2020)⁶³. Il rilascio di questo documento ha sollecitato a riflettere sulla perdurante attualità dei problemi di giustizia distributiva che attengono alla definizione dei criteri allocativi delle risorse sanitarie, inducendo ad interrogarsi sulla corrente declinazione di un dibattito che, come è noto, costituisce uno dei temi cardine per la riflessione etica (e, in particolare, per quella bioetica).

È opinione comune che la distribuzione debba essere “giusta”, debba cioè consentire di “dare a ciascuno ciò che gli spetta”, senza che alcuno sia danneggiato. Come è facile immaginare, ciò su cui di norma divergono i vari orientamenti gius-filosofici è il *criterio* scelto per effettuare una distribuzione che soddisfi tale requisito, in presenza di condizioni di partenza e specificità tali per cui diseguaglianze e differenze condizionano inevitabilmente il procedimento di cui si discute. È altrettanto facile notare, ma è bene rimarcarlo, come la significatività dei valori che possono entrare in gioco (primi fra tutti, vita, salute, dignità) e la definitività delle conseguenze che sono suscettibili di prodursi in ragione delle decisioni che devono essere prese rendano sovente le scelte in oggetto dei veri e propri dilemmi. Si tratta di “dilemmi morali” che, se già in situazioni “normali” impediscono di individuare criteri di scelta che possano essere considerati *incontrovertibilmente* giusti o sbagliati, nelle più tragiche delle situazioni – come quella costituita da una pandemia e dalla necessaria selezione dei soggetti che possono essere sottoposti a trattamenti salvavita – vedono acuirsi la propria drammaticità, potendosi rivelare anche “mortalità”, come Marco Revelli, richiamando il titolo di un noto libro di Thomas Nagel, ci ha recentemente ricordato proprio in riferimento al tema che qui si discute⁶⁴.

La condizione di emergenza legata alla diffusione dell'epidemia Covid-19 ha dunque permesso di individuare almeno due livelli di analisi del problema distributivo. Quello “macro” ha consentito di riflettere sul concreto funzionamento dei sistemi di *welfare*, di (ri)affermare il valore di un servizio sanitario pubblico e universale posto a tutela del diritto fondamentale alla salute, e di mettere altresì drammaticamente in rilievo, amplificandoli, i problemi conseguenti al sotto-finanziamento della sfera sanitaria (nell'ordinamento italiano, ma non solo) dovuto alle politiche di *austerità*, di privatizzazione e di sottoposizione della *care* alle leggi del mercato condotte in questi anni. Sul versante “micro-distributivo”, la questione più rilevante è relativa all'individuazione dei criteri idonei ad orientare i comportamenti di coloro che lavorano negli enti pubblici, in una prospettiva primariamente deontologica, nel caso in cui si verifichi uno squilibrio

⁶² Per un'introduzione al dibattito, cfr. O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018.

⁶³ <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>

⁶⁴ M. REVELLI, *Siamo arrivati ad una sorta di ground zero*, in *Il Manifesto*, 11 marzo 2020; T. NAGEL, *Questioni mortali*, Milano, 1986.

tra la disponibilità delle risorse e la domanda dei pazienti. La fissazione di tali criteri potrà consentire anche la valutazione delle scelte effettuate, appunto nell'ottica della giustizia.

Tanto a livello macro-, quanto a livello micro-distributivo, è dunque in gioco la giustificazione normativa delle decisioni prese, sicché si rientra nell'ambito dell'etica pubblica.

Nel corso di queste brevi riflessioni, intendo soffermarmi sull'aspetto micro-distributivo, sì da esplicitare la prospettiva etica nella quale possono essere iscritte le raccomandazioni presenti nel documento adottato dalla SIAARTI e metterne in rilievo quelle che, a mio avviso, costituiscono significative criticità in ordine alla tutela dei diritti delle persone anziane, anche alla luce del quadro normativo italiano e internazionale.

2. Il documento adottato dalla SIAARTI è diretto a fornire un supporto agli operatori sanitari che, in condizioni di «enorme squilibrio tra le necessità cliniche reali della popolazione e la disponibilità effettiva di risorse intensive» (p. 3), si trovino a selezionare chi ammettere al trattamento in terapia intensiva (TI), orientandoli nel compimento di scelte che possono rivelarsi emotivamente assai gravose. Attraverso un richiamo alla c.d. “medicina delle catastrofi”, vi si prevede che, nel caso di situazioni di carattere emergenziale – tra le quali di certo rientra una pandemia –, possano essere adottati criteri straordinari e flessibili di ammissione e dimissione dei pazienti che abbisognino di terapia intensiva, siano essi colpiti o meno da Covid-19. Si ritiene perciò giustificato derogare al criterio della priorità degli arrivi (c.d. *first come, first served*), per effettuare una selezione degli aventi diritto all'ammissione alla TI, basata sull'età anagrafica (punto 3) e su un'attenta valutazione della presenza di eventuale comorbidità e dello status funzionale del soggetto (punto 4).

Nel documento, la SIAARTI si premura di precisare che la scelta in oggetto non è «meramente di valore», ma finalizzata a riservare le esigue risorse per chi abbia più probabilità di sopravvivenza e più anni di vita salvata, così massimizzando i benefici per il maggior numero di persone. Parimenti, l'ammissione prioritaria alla TI di chi non presenti altre patologie o abbia un buono status funzionale trova giustificazione nella necessità di privilegiare chi è ragionevole presumere possa avere un decorso ospedaliero più breve e, dunque, meno oneroso per il servizio sanitario rispetto a quanto accadrebbe nel caso di pazienti anziani, fragili o con comorbidità severa.

Nonostante l'intento della SIAARTI sia assai condivisibile (“sollevare” gli operatori sanitari dalla responsabilità derivante dal compimento di scelte tragiche⁶⁵), e – lo rimarco nuovamente – nella consapevolezza di come la questione ponga dilemmi morali talmente significativi da impedire l'individuazione di un'unica soluzione corretta, paiono d'obbligo alcune considerazioni rispetto al contenuto del documento⁶⁶.

⁶⁵ Si tratta di un tentativo che pare opportuno correlare anche al dibattito parlamentare relativo all'introduzione, all'interno della legge di conversione del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, di previsioni volte, se non ad escludere, almeno a limitare la responsabilità sanitaria. Si sofferma su tale aspetto, tra gli altri, C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sistema Penale*, 30 marzo 2020. Pongono attenzione al dibattito parlamentare che si tiene in questi giorni E. SCODITTI, G. BATTARINO, *Decreto-legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, in *Questione Giustizia*, 3 aprile 2020.

⁶⁶ La tragicità delle scelte in questione è messa in rilievo, in particolare, all'interno del filone di studi noto come “carrellologia”, inaugurato da Philippa Foot, e che vede in Elizabeth Anscombe e Judith Jarvis Thomson (cui si deve la variante del dilemma etico concernente l'uccisione dell'Uomo grasso) due figure di spicco particolarmente

È innanzitutto opportuno esplicitare quale sia l'orizzonte teorico al cui interno è possibile inscrivere la posizione della SIAARTI. Come è noto, i principali modelli etici presenti in letteratura sono sostanzialmente tre: libertarismo, utilitarismo e personalismo⁶⁷. In questa sede non mi è permesso approfondirne i contenuti, perciò mi limito ad osservare che alcuni elementi testuali – di cui intendo dare brevemente conto – inducono a ritenere che la SIAARTI aderisca al modello utilitarista.

In primo luogo, nel documento si afferma che una scelta basata sul criterio anagrafico non deve essere considerata *meramente di valore*, in quanto risponde all'esigenza di massimizzazione dei benefici. Da questa osservazione, soprattutto ove sia letta congiuntamente all'invito (di cui al punto 3), ad abbandonare il criterio *first come, first served* (riconducibile ad una prospettiva deontologica che solo apparentemente è caratterizzata da una “non scelta” di prioritizzazione⁶⁸), emerge un approccio alla giustizia di tipo consequenzialistico, in base al quale la giustificazione di una scelta dipende dal risultato conseguito, di norma “misurato” in termini di utilità-felicità (elemento che pare emergere in controtelaio, nel documento citato, al punto 4).

Con la considerazione relativa al *mero valore*, la SIAARTI sembra dunque suggerire che, almeno nelle condizioni emergenziali, sia necessario abbandonare un approccio valoriale per adottarne uno “tecnico”, basato appunto sulla massimizzazione dei benefici⁶⁹. Ebbene, se questa impressione fosse corretta, si tratterebbe di una credenza fuorviante: la differenza tra le due posizioni teoriche (deontologica/principialista da un lato e utilitarista/consequenzialista dall'altro) non pare infatti risiedere nella contrapposizione tra valore e tecnica, o tra un valore “forte” da un lato e una a-valutatività o una valutatività “debole” dall'altro. Piuttosto, in entrambi i casi si tratta di operare una *scelta* relativa al *valore* (o ai *valori*) da tutelare, sia pure sulla base di criteri che possono non essere stati esplicitati. E il valore che la SIAARTI intende perseguire, almeno in presenza di uno scenario di fortissimo squilibrio tra le necessità cliniche e la disponibilità delle risorse⁷⁰, è la *massimizzazione dei benefici per il maggior numero di persone*, che potrà essere ottenuta assegnando priorità a chi ha le maggiori probabilità di successo terapeutico (ciò è

significative. Sul punto, cfr. almeno P. FOOT, *Moral Dilemmas*, Oxford, 2002 e J.J. THOMSON, *The Trolley Problem*, in *Yale Law Journal*, 94, 1985, p. 1395 ss.

⁶⁷ Per approfondimenti proprio in relazione al Covid-19, cfr. il recente L. PALAZZANI, *La pandemia e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in corso di pubblicazione in *Biolaw Journal*, 2, 2020, specialmente pp. 2-4. Più in generale, all'interno della vasta letteratura sull'argomento, si veda anche G. DE ANNA, P. DONATELLI, R. MORDACCI, *Filosofia morale. Fondamenti, metodi, sfide pratiche*, Milano, 2019.

⁶⁸ Lo osservano esplicitamente, seppur adottando un'impostazione teorica opposta rispetto a quella cui sono riconducibili queste riflessioni, P. SOMMAGGIO, S. MARCHIORI, *Tragic choices in the time of pandemics*, in corso di pubblicazione in *Biolaw Journal*, 2, 2020, pp. 2-3.

⁶⁹ Si ha la stessa impressione leggendo la raccomandazione n. 7, laddove si fa riferimento al criterio di giustizia distributiva quasi esso potesse operare in automatico, mentre chiaramente la scelta del criterio determina esiti differenziati.

⁷⁰ Questo punto va rimarcato, perché si pone un ulteriore problema: l'ordine di priorità qui individuato è inteso come derogatorio rispetto a quello comune (dove auspicabilmente gli operatori sanitari non si trovano nelle condizioni di effettuare simili scelte)? È cioè applicabile unicamente in condizioni riconducibili ad uno stato – non di eccezione, come sovente si sente affermare ma – di emergenza? Secondo Caterina di Costanzo e Vladimiro Zagrebelsky (IDD., *L'accesso alle cure intensive fra emergenza virale e legittimità delle decisioni allocative*, in corso di pubblicazione in *Biolaw Journal*, 2, 2020, p. 5), il fatto che la SIAARTI rinvii ad altri documenti redatti in riferimento a situazioni non emergenziali potrebbe fare propendere per un rilievo del documento in oggetto anche al di fuori dell'attuale situazione di straordinarietà. Se questa ipotesi interpretativa risultasse confermata, le criticità che mi prometto di mettere in luce nel corso di questo contributo sarebbero chiaramente ancora più significative, tanto dal punto di vista morale, quanto da quello giuridico.

quanto emerge dalla lettura dei punti 3 e 4). A tal fine, nel documento si suggerisce di prendere in considerazione anche l'eventuale comorbidità e lo status funzionale dei pazienti, nell'ottica del minor consumo delle risorse. Per procedere a questa valutazione, di norma nella sfera sanitaria (in particolar modo, ciò vale per i Paesi di *common law*) vengono applicati indici econometrici, i QALYs (*quality adjusted life years*), che consentono appunto di definire in modo anticipato l'ordine di priorità nella distribuzione delle risorse, ricorrendo congiuntamente a un criterio oggettivo e ad uno statistico: l'età della persona da un lato, il numero di anni di vita attesa e la presumibile qualità di questi ultimi dall'altro. Applicando i QALYs, la miglior scelta distributiva sarà quella che, a parità di spesa, consente di trarre vantaggio a chi si presume possa vivere più a lungo e in condizioni di salute ottimali, a costi contenuti.

Ebbene, l'impiego dei QALYs costituisce un ulteriore elemento di criticità, soprattutto ove inserito all'interno di un quadro ordinamentale come quello italiano. In primo luogo, è opportuno precisare che, nonostante la sua dichiarata oggettività (funzionale alla misurabilità), questo criterio è stato fortemente criticato su un piano teorico generale, tanto a livello filosofico, quanto sul piano scientifico: le predizioni probabilistiche sono incerte, il concetto di "qualità della vita" presenta, a ben vedere, un elevato tasso di soggettività, e sussiste anche un rilevante grado di "variabilità" individuale rispetto alla "media" di coloro che appartengono a un determinato gruppo (ad esempio, a fronte del fatto che due persone abbiano la stessa età, ben può accadere che le loro condizioni di vita siano profondamente diverse)⁷¹. Inoltre, laddove accorda priorità alla condizione soggettiva di coloro che si ipotizza possano avere una vita più lunga, sana e felice, questo criterio finisce per legittimare anche l'individuazione di una gerarchia di valore tra le vite, o quantomeno non sembra fornire argomenti per opporvisi⁷².

Si noti che l'età gioca, in questa attribuzione valoriale, un ruolo affatto secondario. Tra i criteri che assumono rilievo a fini della *valutazione* dell'idoneità dei soggetti ad accedere alla TI – dunque, della *selezione* dei soggetti – essa trova infatti esplicita menzione, assieme alla comorbidità e allo stato funzionale⁷³, sicché in base al documento SIAARTI appare giustificato (se non doveroso) privilegiare l'intubazione di chi sia più giovane⁷⁴. Come è stato condivisibilmente osservato⁷⁵, non è perfettamente chiaro quale sia il preciso rilievo attribuito all'aspetto anagrafico all'interno del documento: a volte sembra emergere solo ove si ravvisino condizioni equiparabili quanto alla probabilità di sopravvivenza, altre pare assurgere a vero e proprio criterio discrezionale, in aggiunta a quello clinico e a quello prognostico. Quel che è certo, è che la SIAARTI esorta

⁷¹ L. PALAZZANI, *op. cit.*, pp. 4-5. A parità di età, la condizione soggettiva delle persone può essere infatti molto diversa: si pensi al dibattito relativo al c.d. "invecchiamento attivo", che produce effetti significativi sia sul fronte della "rinegoziazione" dei limiti della vecchiaia (con particolare riferimento alla terza e alla quarta età), sia su quello relativo all'opportunità di un esplicito riconoscimento dei diritti umani delle persone anziane, attraverso una Convenzione internazionale a ciò dedicata.

⁷² Del resto, si tratta di questioni ben note per chi conosca la posizione utilitarista: ormai da tempo Peter Singer, uno dei massimi filosofi utilitaristi contemporanei, esorta a riformulare il principio bioetico secondo il quale tutte le vite sono dotate di eguale valore riconoscendo che, al contrario, il valore della vita umana *varia*. Cfr. ad esempio P. SINGER, *Ripensare la vita*, Milano, 2000.

⁷³ Molte delle considerazioni svolte in questa sede potrebbero essere dunque effettuate prendendo in considerazione la soggettività delle persone con disabilità: il documento adottato dal Comitato Sammarinese di Bioetica in relazione all'uso di ventilazione assistita durante la pandemia, approvato il 16 marzo 2020, riguarda appunto tali condizioni esistenziali.

⁷⁴ E forse finanche estubare l'anziano, nel caso in cui sia necessario salvare la vita di un paziente giovane?

⁷⁵ L. PALAZZANI, *op. cit.*, pp. 4-5.

esplicitamente a prendere in considerazione il “fattore età”, in ciò adottando una posizione condivisa anche da altri nel panorama internazionale, come rivela l’esperienza spagnola⁷⁶, ma non scevra da critiche (sul piano interno, si pensi alla posizione adottata da FNOMCeO) e, allo stato attuale, ancora minoritaria, almeno in ambito europeo (come dimostrano l’esperienza francese e quella belga⁷⁷).

Le ragioni sottese all’attribuzione di un maggior valore alle vite di chi sia giovane potrebbero essere le più varie; tra queste, il convincimento che una persona giovane abbia più diritto di giocarsi le proprie *chances* di realizzazione rispetto a chi ha già vissuto gran parte della propria vita (e/o che queste *chances* siano migliori rispetto a quelle di cui può fruire una persona che sia “avanti con gli anni”), la probabile miglior qualità della vita giovane o, infine, l’efficienza, in termini di capacità produttiva e di concorso nell’accrescimento della ricchezza complessiva, che verosimilmente perterrà al giovane e non all’anziano, soprattutto se in pensione e/o “grande anziano”⁷⁸.

Quale che sia la ragione addotta, la preferenza accordata a taluno in ragione dell’età risulta comunque criticabile, tanto sul piano etico quanto su quello giuridico, in quanto finisce per risolversi nel mancato riconoscimento dell’eguale valore morale delle persone e, di conseguenza, per tradursi nella ingiustificata applicazione di un trattamento diseguale.

Questa attitudine può dunque essere ricondotta ad un fenomeno di discriminazione strutturale, noto come *ageism*⁷⁹, il quale risulta incompatibile con i principi accolti all’interno dell’ordinamento italiano, e non solo. Come è stato osservato, infatti, il mancato riconoscimento dell’eguale valore morale nell’individuazione di un criterio allocativo delle risorse non pare rispettoso del dettato costituzionale (e, in particolare, degli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione), della legislazione primaria (cfr. l. 833/1978, l. 24/2017, l. 219/2017) e del Codice di deontologia medica (artt. 2, 6, 8, 32, 39), in base ai quali, *anche in situazioni straordinarie*, tutte le persone possono

⁷⁶ Cfr. Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC), *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las unidades de cuidados intensivos*. Per alcune prime considerazioni “a caldo”, che presentano significative analogie con quanto emerso in relazione al dibattito italiano sul documento SIAARTI, cfr. R. DE ASÍS, *Ética y derechos humanos: sobre las recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la pandemia COVID-19*, https://pasocero243055203.com/2020/03/28/etica-y-derechos-humanos-sobre-las-recomendaciones-eticas-para-la-toma-de-decisiones-en-la-pandemia-covid-19/?fbclid=IwAR1asLhg_NWX2wgi-TdUcpc92S4u0EYk-iBwOG-7uANAj2OjFYZnONfcs4

⁷⁷ Cfr., rispettivamente, *Contribution du Comité Consultatif National D’Éthique: Enjeux éthiques face à une pandémie* (13 marzo 2020) e il documento della Belgian Society of Intensive care medicine, *Ethical principles concerning proportionality of critical care during the 2020 COVID-19 pandemic in Belgium: advice* (18 marzo 2020). Nel documento francese si legge che privilegiare taluni soggetti a scapito di altri in base ad una loro utilità sociale o a un valore economico futuro non è possibile, nemmeno nella peculiarità della situazione pandemica: dignità ed equità costituiscono infatti i criteri da rispettare per una corretta applicazione del *triage*.

⁷⁸ Molte di queste differenze sono alla base dell’ormai acclarata crisi del patto intergenerazionale, che può appunto essere acuita dalla scelta strategica relativa alla “gestione” della crisi emergenziale. A mero titolo di esempio, si pensi all’inasprimento dei conflitti sociali che può derivare dall’applicazione dell’“immunità di gregge” inizialmente scelta dal governo inglese (caratterizzata dal confinamento degli anziani da un lato, e dalla piena libertà di circolazione dei giovani dall’altro).

⁷⁹ Si tratta di un termine coniato alla fine degli anni Sessanta da Robert Butler e diffuso soprattutto nella letteratura internazionale. L’*ageism* è dato dalla combinazione di tre elementi: la presenza di pregiudizi nei confronti delle persone anziane, dell’anzianità e dell’invecchiamento; la messa in atto di pratiche discriminatorie nei confronti delle persone anziane; la diffusione di pratiche istituzionali e di *policies* che perpetuano tali stereotipi. Cfr. R. BUTLER, *Age-ism: another form of bigotry*, in *The Gerontologist*, 9 (4, part 1), 1969, pp. 243-246.

vantare un eguale diritto (fondamentale) alla salute e ciascuna vita ha pari dignità e valore⁸⁰. Seppur non declinato specificamente in riferimento al diritto alla salute, il divieto di discriminazione basato sull'età è sancito, tra l'altro, anche dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, sebbene nel diritto internazionale la clausola di non discriminazione raramente sia specificata anche in relazione all'età, tuttavia può ritenersi che tale condizione esistenziale trovi copertura attraverso il richiamo alla locuzione “ogni altra condizione”⁸¹.

Proprio per questo, non stupisce che anche le Nazioni Unite non abbiano mancato di prendere posizione in relazione alla condizione delle persone anziane. Mi riferisco, in particolare, all'appello che vede come prima firmataria la UN Special Rapporteur Rosa Kornfeld-Matte, dove si rimarca (anche) l'urgenza di adottare un approccio olistico ai diritti umani che assicuri l'eguaglianza di tali soggetti, ivi compreso l'accesso alla sanità⁸², nonché al documento emanato congiuntamente dall'International Bioethics Committee (IBC) e dalla World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST) dell'UNESCO⁸³.

Da quest'ultimo documento, in particolare, provengono interessanti indicazioni ai fini di un coordinamento internazionale dei criteri di allocazione delle risorse sanitarie all'interno dei singoli Stati, in presenza di condizioni emergenziali come quelle attuali⁸⁴. IBC e COMEST rimarcano infatti come, anche a fronte di una crisi pandemica, le scelte di macro- e micro-allocazione delle risorse sanitarie siano eticamente giustificate solo allorquando siano basate sui principi di giustizia, beneficenza ed equità, premurandosi di precisare che, nel caso in cui si debba operare una selezione tra gli aventi diritto (*triage*), è necessario fare riferimento unicamente ai bisogni clinici del paziente e alla possibile efficacia della terapia, avendo cura di salvaguardare la dignità di ogni paziente e di garantire la tutela del suo diritto alla salute, secondo lo standard il più elevato possibile.

Nel documento emerge chiaramente la mancanza di ogni rilievo del fattore anagrafico, sicché si può arguire che, ai fini delle decisioni di *triage*, l'età potrà essere presa in considerazione – unitamente ad altri parametri – per la valutazione della condizione complessiva di salute del paziente. Rimane però valida l'applicabilità dei principi di portata generale: anche nelle situazioni emergenziali, l'attribuzione della priorità nell'accesso alle cure può avvenire unicamente in base al criterio dell'appropriatezza clinica e della proporzionalità delle cure, fermo restando che è chiaramente da escludere ogni ricorso all'accanimento terapeutico.

⁸⁰ Cfr. L. D'AVACK, *Covid-19: criteri etici*, in corso di pubblicazione in *Biolaw Journal*, 2, 2020, p. 4; considerazioni analoghe sono presenti anche in Palazzani, di Costanzo e Zagrebelsky. Più possibilista circa la compatibilità del documento con il dettato costituzionale è L. CONTE, *Covid-19. Le raccomandazioni di etica clinica della SLAARTI. Profili di interesse costituzionale*, in *Osservatorio Emergenza Covid-19 n. 1*, *Federalismi.it*.

⁸¹ Non a caso, ormai da tempo è allo studio delle Nazioni Unite anche una Convenzione che ha specificamente ad oggetto il riconoscimento dei diritti umani delle persone anziane.

⁸² <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25748&LangID=E> (27 marzo 2020).

⁸³ <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373115> (26 marzo).

⁸⁴ I principi affermati nella Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani dell'Unesco impongono dunque il rispetto per la dignità umana e la protezione dei diritti umani in ogni valutazione bioetica.

3. Nonostante la SIAARTI non vi si faccia menzione, altri documenti tra quelli menzionati⁸⁵ rimarkano come la pandemia porti ad esacerbare la condizione di vulnerabilità in cui versano i soggetti (appunto) “vulnerabili” – tra i quali figurano anche le persone anziane – non solo nell’accesso alle cure, ma anche in luoghi “altri”, ponendo come centrali il tema della responsabilità collettiva relativa alla necessità di impedire che tali persone siano discriminate e quello dell’individuazione ed attivazione di strumenti di contrasto⁸⁶.

Si può ritenere che tali considerazioni costituiscano una conferma del fatto che il problema di giustizia posto dal documento approvato dalla SIAARTI vada inquadrato all’interno di un fenomeno di portata più ampia: quella discriminazione strutturale, appunto nota come *ageism*⁸⁷. Si impone dunque una seria riflessione sui valori che, anche attraverso il diritto e l’etica, intendiamo promuovere. In relazione alla situazione emergenziale che stiamo vivendo, Slavoj Žižek ha scritto di recente che, in una prospettiva cinicamente vitalistica, potremmo considerare il Covid-19 un’infezione positiva, che consentirebbe all’umanità di mettere (si potrebbe aggiungere “nuovamente”), in atto la logica della sopravvivenza dei più adatti, sbarazzandosi dei vecchi, dei deboli e dei malati, così contribuendo alla salute globale⁸⁸.

Senza voler cedere a suggestioni emotiviste, confesso come il documento della SIAARTI, anche dopo molteplici letture, continui a sollecitare in me riflessioni che vanno proprio in questa direzione. E come, di converso, rimanga fermo il convincimento che uno dei ruoli prioritari del diritto (tanto *hard*, quanto *soft*) sia proprio quello di porsi come argine al potere (anche nell’asimmetria della relazione medico-paziente, che nel documento SIAARTI torna a configurarsi in senso “forte”), strumento di affermazione del pari valore di ogni individuo e di promozione della intrinseca dignità di ciascuno, attraverso una tutela dei diritti fondamentali che non ammette eccezione alcuna, nemmeno quella costituita dall’età.

⁸⁵ Si vedano almeno il documento francese e il documento congiunto di IBC e COMEST.

⁸⁶ Sulla rilevanza giuridica del principio di solidarietà correlato a tale responsabilità condivisa, cfr. almeno B. PASTORE, *Pluralismo, Fiducia, Solidarietà*, Roma, 2007, cap. III.

⁸⁷ Tra i vari aspetti che potrebbero essere oggetto di ulteriori riflessioni, si pensi alla condizione di quegli anziani che sono ospiti di strutture residenziali e sociosanitarie. Con l’emergenza pandemica, questi soggetti vedono appunto accresciuta la propria vulnerabilità, sicché si ripropone la necessità che le istituzioni intervengano per tutelare i loro diritti fondamentali e garantire loro condizioni di vita (o di morte) dignitose. Si dischiude qui anche il tema delle cure palliative, alle quali – non a caso – si ricorre con sempre maggiore frequenza. Per un monitoraggio di questi luoghi durante l’emergenza pandemica, cfr. ISS, *Survey nazionale sul contagio COVID-19 nelle strutture residenziali e sociosanitarie*, 30 marzo 2020.

⁸⁸ S. ŽIŽEK, *Un nuovo comunismo può salvarci*, in *Internazionale*, 1349, 21 marzo 2020.



DEMOCRAZIA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI AI TEMPI DEL CORONAVIRUS

di **Giuditta Brunelli*** – giuditta.brunelli@unife.it

L'articolo sottolinea come sia possibile un'efficace risposta delle democrazie all'emergenza pandemica, senza alcun cedimento a tentazioni autoritarie. Mette altresì in rilievo alcune criticità costituzionali determinatesi nel nostro Paese nella gestione della crisi sanitaria: l'incerta (e confusa) delimitazione di competenze tra lo Stato e le Regioni e l'ampio uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (DPCM), fonti di incerta collocazione, in materie coperte da riserva assoluta di legge perché attinenti ai diritti fondamentali. Si auspica, a questo proposito, un pronto recupero della correttezza delle procedure di produzione del diritto, con la salvaguardia del ruolo del Parlamento, cosa che ad oggi non può dirsi avvenuta, nemmeno attraverso il decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020.

1. Democrazia e pandemia

Vista con gli occhi del costituzionalista, la grave emergenza sanitaria che stiamo vivendo pone una grande quantità di problemi e apre numerosi interrogativi, a partire da quello fondamentale sulla stessa tenuta delle democrazie liberali di fronte alla necessità di affrontare eventi estremi di questo tipo. Non si tratta di un interrogativo ozioso. Basti pensare alle voci che si sono levate a difesa del “modello cinese” di contenimento dell'epidemia, di certo poco sensibile - per usare un eufemismo - al problema della protezione dei diritti individuali, che è invece al centro del pensiero politico e della tradizione giuridico-costituzionale liberale dell'occidente. Ma anche senza varcare i confini del continente europeo, si trovano esempi inquietanti come quello dell'Ungheria, dove lo scorso 30 marzo il Parlamento ha conferito al premier Orbán i pieni poteri per combattere il coronavirus. Poteri eccezionali, non delimitati nel tempo, che gli consentiranno di governare per decreto e di chiudere a sua discrezione il Parlamento. Saranno consentite solo informazioni di fonte ufficiale sulla pandemia e chi diramerà “notizie false” rischierà fino a cinque anni di carcere⁸⁹. Uno scenario da brivido, anche se va detto che si tratta del consolidamento ulteriore di tendenze autoritarie già chiaramente presenti, tanto che la ministra della giustizia Judit Varga ha potuto affermare che le decisioni assunte sono “pienamente in regola e del tutto conformi con l'ordinamento costituzionale e legale ungherese”⁹⁰. Ci si deve chiedere, piuttosto,

⁸⁹ A. Tarquini, *Ungheria, il parlamento dà pieni poteri al premier Orbán per combattere il coronavirus*, www.repubblica.it, 30 marzo 2020. Il testo tradotto in italiano della legge che ha conferito poteri straordinari al governo ungherese per affrontare l'epidemia COVID-19 è pubblicato in www.questionegiustizia.it, 1 aprile 2020, con la nota redazionale *Stato di pericolo e poteri straordinari al governo ungherese*.

⁹⁰ La legge si fonda sull'art. 53 della Costituzione del 2011, che prevede lo “stato di pericolo” con l'attribuzione al governo del potere di sospendere l'applicazione delle leggi e di derogare al loro contenuto.

* *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale*

se l'Unione europea possa (continuare a) tollerare siffatte degenerazioni antidemocratiche di un suo Stato membro⁹¹. Fino ad ora, si registra una reazione piuttosto debole sul piano istituzionale, con l'affermazione di Ursula Von der Leyen, Presidente della Commissione europea, secondo cui, pur essendo comprensibile che gli Stati membri (non si parla dunque specificamente dell'Ungheria) possano adottare misure di emergenza, è necessario assicurarsi che alcune di tali misure non vadano oltre il consentito. E' stata poi sottoscritta, da quattordici paesi dell'Unione (tra cui il nostro), una dichiarazione congiunta nella quale si dicono "profondamente preoccupati dal rischio di violazione dei principi dello Stato di diritto", ma anche in questo caso, pur essendo il riferimento allo stato di emergenza in Ungheria, il Paese non viene esplicitamente citato⁹².

Alla domanda di fondo sulla "tenuta" delle democrazie risponderai con le parole di Giuliano Amato, secondo il quale l'osservanza delle misure restrittive in un regime autoritario dipende dalla consapevolezza della forza degli apparati repressivi, mentre in una democrazia, che dall'opinione e dal consenso dei cittadini per sua stessa natura non può mai prescindere, è necessario che la coscienza collettiva assorba il significato di tali provvedimenti e lo faccia proprio⁹³. Il che spiega, probabilmente, la gradualità delle scelte del governo italiano, preoccupato di creare una diffusa comprensione nell'opinione pubblica circa l'esigenza di interventi limitativi drastici, favorendo quella che potremmo chiamare un' "obbedienza democratica", frutto (anche) di una tensione collettiva⁹⁴.

Non a caso, nella dichiarazione dello scorso 27 marzo del Presidente Mattarella sull'emergenza coronavirus si insiste sul senso civico "dimostrato in amplissima misura dalla cittadinanza", sottolineando come il senso di responsabilità dei cittadini sia "la risorsa più importante su cui può contare uno stato democratico in momenti come quello che stiamo vivendo"⁹⁵.

2. Criticità costituzionali nella risposta normativa alla crisi sanitaria

Nella stessa dichiarazione, peraltro, vi sono almeno due passaggi che alludono ai rilevanti problemi giuridici sorti nella gestione di questa complessa situazione. Laddove, infatti, si afferma che le rigorose ma indispensabili misure sono state adottate nel nostro Paese "con norme di legge", norme, quindi, "sottoposte all'esame del Parlamento", si cerca di chiudere la polemica, a mio avviso assai fondata, su un uso ampio e del tutto inedito dei DPCM (decreti del Presidente del Consiglio dei ministri): atti dall'incerta natura giuridica, che accentrano il potere di decisione nelle mani del Premier, escludendo il Parlamento e sottraendosi al controllo del Capo dello Stato - oltre che, eventualmente, della Corte costituzionale (non trattandosi di fonti dotate di forza di legge). A questo indiscutibile vulnus costituzionale si è inteso porre rimedio attraverso il decreto legge 25 marzo 2020, n. 1996, destinato a dare un fondamento giuridico più solido alle misure

⁹¹ Al momento, il Parlamento europeo si è occupato della questione ungherese con due risoluzioni, del 3 luglio 2013 e del 12 settembre 2018. Con quest'ultima si è invocata l'applicazione dell'art. 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, a fronte di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione, tra i quali il funzionamento del sistema costituzionale e la libertà di espressione (oggi di nuovo vulnerati, in modo particolarmente grave, con la legge del 30 marzo). Inoltre, la situazione ungherese è sotto più profili oggetto di procedure di infrazione avviate dall'Unione europea (*Stato di pericolo*, cit.).

⁹² *Caso Ungheria, Italia e altri 13 paesi. Un preoccupati per rischio violazioni stato di diritto*, www.rainews.it, 2 aprile 2020.

⁹³ "Nel Dna degli italiani la ricetta antivirale. La politica rispetti i sentimenti popolari", intervista a Giuliano Amato di Carlo Fusi, *Il dubbio*, 28 marzo 2020.

⁹⁴ Si ascolti su questo tema, relativo al delicato rapporto tra governanti e governati, l'intervista dello storico Adriano Proserpi nella trasmissione "Uomini e profeti" di Rai Radio 3 del 28 marzo 2020.

⁹⁵ Il testo della dichiarazione è pubblicato nel sito www.quirinale.it.

⁹⁶ "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19".

fino a quel momento adottate, regolamentando inoltre la procedura di adozione dei DPCM, e proprio a ciò si riferiscono implicitamente le affermazioni del Presidente della Repubblica del 27 marzo. Ma, come dirò tra breve, non sembra proprio di poter dire che il problema sia stato risolto in modo soddisfacente.

Nella dichiarazione presidenziale si auspica, inoltre, che le risposte alla crisi “possano essere il frutto di un impegno comune, fra tutti: soggetti politici, di maggioranza e di opposizione, soggetti sociali, governo dei territori. Unità e coesione sociale sono indispensabili in questa condizione”. Il richiamo all’unità nazionale, com’è noto, fa parte dello stesso DNA dell’organo Capo dello Stato, che di tale unità è il rappresentante (art. 87, comma 1, Cost.). E la Corte costituzionale ha precisato che si tratta di una rappresentanza sia “dell’unità territoriale dello Stato” sia – e soprattutto – “della coesione e dell’armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l’assetto costituzionale della Repubblica”. Una funzione, dunque, di “equilibrio costituzionale”, dal cui mantenimento “dipende la concreta possibilità di tutelare i diritti fondamentali, che in quell’equilibrio trovano la loro garanzia generale e preliminare” (sentenza n. 1/2013 della Corte costituzionale). Ebbene, il richiamo del Presidente della Repubblica è indubbiamente – anche se implicitamente – motivato anche dalla situazione confusa venutasi a creare nei rapporti tra lo Stato e le autonomie territoriali, in particolare le Regioni, con una incertezza di competenze tradottasi in una produzione normativa confusa (si pensi alle tante ordinanze di ambito regionale e locale), con conflitti e sovrapposizioni che hanno determinato scarsa efficienza, tensioni politiche talora assai aspre e un senso di smarrimento nell’opinione pubblica, frastornata anche da un certo caos comunicativo⁹⁷. Si è così confermata, in un momento drammatico, l’esistenza di un problema generale di dislocazione dei poteri, da superare attraverso “le formule cooperative, i compiti comuni, in alcuni casi un riaccentramento, come dimostrato dal fatto che l’esecuzione dei provvedimenti del governo centrale non è affidata alla regioni e ai comuni, ma ai prefetti”⁹⁸. Un’occasione, forse, quando tutto sarà finito, di rivedere l’assetto complessivo delle autonomie territoriali, correggendo almeno le sue più vistose carenze⁹⁹. Secondo Sabino Cassese, ad esempio, una soluzione ragionevole sarebbe quella di individuare i servizi che hanno come dimensione ottimale lo Stato, e quelli che hanno come dimensione ottimale la Regione, ridisegnando di conseguenza il perimetro delle competenze: “Dopo tanti anni, compiti che una volta era bene svolgere in periferia vanno assegnati a organi nazionali, e viceversa”¹⁰⁰. La discussione è aperta.

⁹⁷ Lo stesso tema è affrontato nella precedente dichiarazione del Presidente della Repubblica sull’emergenza coronavirus, del 5 marzo (in www.quirinale.it), nella quale si legge: “Alla cabina di regia costituita dal Governo spetta assumere – in maniera univoca – le necessarie decisioni in collaborazione con le Regioni, coordinando le varie competenze e responsabilità. *Vanno, quindi, evitate iniziative particolari che si discostino dalle indicazioni assunte nella sede di coordinamento*”.

⁹⁸ S. Cassese, *Il virus e la speranza. E sarà luce nuova*, *Il Foglio*, 24 marzo 2020.

⁹⁹ Le posizioni in dottrina, e anche nel dibattito politico, sono assai differenziate. Il costituzionalista e deputato del Pd Stefano Ceccanti ha presentato alla Camera, lo scorso 4 marzo, la proposta di legge costituzionale n. 2422, per l’inserimento nel Titolo V della Costituzione di una clausola di supremazia a favore dello Stato centrale, bilanciandola con la costituzionalizzazione del sistema delle conferenze. Opposta la posizione del Presidente emerito della Corte costituzionale Valerio Onida, secondo il quale la distribuzione delle competenze costituzionali, anche in materia di tutela della salute (rispetto alla quale vi è una concorrenza legislativa tra Stato e Regioni), è già abbastanza chiara, e non c’è dunque alcun bisogno di nuove “clausole di supremazia”. Casomai, è la legislazione ordinaria ad essere spesso in difetto per non avere disciplinato con adeguate leggi “quadro” l’esercizio delle competenze nelle diverse materie (*Perché le clausole di supremazia non servono*, *Il Sole 24ore*, 27 marzo 2020).

¹⁰⁰ “Le Regioni fanno troppe cose e male. Il servizio sanitario dev’essere nazionale”, *Il Messaggero*, 3 aprile 2020. Per M. Villone, *La “supremazia” ha bisogno di finanziamenti, il manifesto*, 4 aprile 2020, a poco varrebbe ridisegnare le

3. La riserva assoluta di legge e l'uso dei DPCM

Come si è detto, vari sono stati (e sono tuttora) i provvedimenti utilizzati per far fronte alla situazione di emergenza sanitaria¹⁰¹: decreti legge, decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, ordinanze ministeriali e conseguenti circolari applicative, ordinanze di protezione civile, ordinanze regionali e comunali. Un panorama complicato, nel quale spesso è difficile orientarsi. E con un problema importante e delicato, che vorrei qui brevemente affrontare: l'uso, anche per la limitazione di diritti costituzionali (primo fra tutti, la libertà di circolazione garantita dall'art. 16 Cost.), di una fonte anomala come il DPCM.

Prima di affrontare la questione, è necessario fare chiarezza sul meccanismo fondamentale di garanzia dei diritti previsto dalla nostra Costituzione: la riserva assoluta di legge. Questo significa che i diritti inviolabili possono essere limitati soltanto attraverso la legge del Parlamento, vincolata – tra l'altro – al rispetto dei motivi legittimanti l'apposizione del limite indicati dallo stesso testo costituzionale per i singoli diritti: la sanità e l'incolumità pubblica per la libertà di domicilio (art. 14), la sanità e la sicurezza per la libertà di circolazione (art. 16), la sicurezza e l'incolumità pubblica per le riunioni in luogo pubblico (art. 17), il buon costume per la libertà religiosa (art. 19) e la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21). Le ragioni sono note: a) la legge è l'atto tipico del Parlamento, l'unico organo – nella nostra forma di governo - eletto direttamente dai cittadini, espressione della sovranità popolare, dotato di una funzione di rappresentanza nazionale (art. 67 Cost.); b) il procedimento di formazione della legge è necessariamente pubblico (art. 64, comma 2, Cost.), e quindi sottoposto al vaglio della pubblica opinione; c) nelle Camere sono presenti anche le forze politiche di minoranza, e dunque le opposizioni hanno voce; d) la legge può essere sottoposta al sindacato della Corte costituzionale (art. 134 Cost.), organo di “controllo costituzionale” e di “suprema garanzia dell'osservanza della Costituzione della Repubblica” (sentenza n. 13/1960); e) infine, sulla legge può essere chiesto, da una frazione del corpo elettorale (500.000 elettori), un referendum, che la abroghi in tutto o in parte (art. 75 Cost.) e che può senz'altro operare come uno strumento di controllo politico popolare sull'operato del Parlamento.

Ci troviamo davanti, pertanto, ad una riserva di organo, prima che di atto: secondo l'interpretazione più restrittiva, è infatti al governo che sono preclusi gli interventi normativi attinenti alla sfera di libertà del cittadino. Decisivo, in proposito è il modo di formazione dei decreti governativi: deliberati in Consiglio dei ministri senza presenze estranee alla maggioranza e senza alcuna pubblicità, conoscibili nel loro contenuto solo dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, con la sola garanzia preventiva dell'emanazione del Capo dello Stato. Se questa è la ratio della riserva assoluta di legge, a rigore dovrebbe ritenersi escluso dalle materie riservate ogni atto normativo del governo: non solo le fonti secondarie (i regolamenti), ma anche quelle dotate di forza di legge, cioè i decreti-legge (art. 77 Cost.) e i decreti legislativi delegati (art. 76

competenze senza al contempo correggere il sottofinanziamento della sanità pubblica, la squilibrata distribuzione territoriale delle risorse, il deficit infrastrutturale del Mezzogiorno.

¹⁰¹ A partire dalla delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, con la quale – sulla base di quanto previsto dagli artt. 7, comma 1, lett. c) e 24, comma 1, del decreto legislativo n. 1/2018 (codice della protezione civile) – è stato dichiarato per sei mesi (dunque, fino al 31 luglio 2020) lo stato di emergenza, in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, stabilendo che agli interventi necessari previsti nel successivo art. 25 si sarebbe provveduto con ordinanze emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile “in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico”.

Cost.)¹⁰². In realtà, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza costituzionale sono diversamente orientate, ritenendo che anche gli atti con forza di legge del governo siano consentiti, dal momento che un intervento della Camere è comunque garantito, con tutto ciò che ne segue sul piano giuridico. Un intervento preventivo nella coppia legge di delegazione-decreto legislativo delegato, un intervento successivo nella coppia decreto legge-legge di conversione. Ciò che invece resta sicuramente escluso è che laddove la Carta costituzionale prevede una riserva di legge assoluta possa intervenire la fonte governativa secondaria (con la sola esclusione dei regolamenti di stretta esecuzione della legge, nei quali non si esprime la discrezionalità politica dell'esecutivo). E invece, per tornare alla vicenda di questi giorni, abbiamo assistito all'adozione di una catena di DPCM, fortemente limitativi di diritti costituzionali. Fonti dalla natura ambigua, per molti assimilabili ai regolamenti governativi, per altri riferibili addirittura al genus delle ordinanze, e quindi privi di natura regolamentare¹⁰³. Si tratta di atti adottati dal solo Presidente del Consiglio, su proposta del Ministro della salute e sentiti, secondo i casi, altri Ministri e Presidenti di Regione, senza alcun intervento né del Presidente della Repubblica, che non li emana, né del Parlamento. Si può conciliare tutto questo con i principi costituzionali appena richiamati?

4. L'esigenza di recuperare la correttezza delle procedure di produzione normativa

La risposta è meno ovvia di quanto possa sembrare. Non manca, infatti, chi ha fatto riferimento alla dottrina della necessità come fonte autonoma del diritto - con la conseguente esigenza di delimitare il più possibile, nel tempo e nel contenuto, le deroghe o le sospensioni della legalità ordinaria¹⁰⁴ -, e chi ha ritenuto che tutto sia stato "sanato" dal decreto legge n. 19 dello scorso 25 marzo, che ha fatto propri i contenuti dei DPCM fino a quel momento adottati per fronteggiare la diffusione del COVID-19, innalzandoli al rango di normativa primaria.

Personalmente, credo viceversa che le misure adottate, che non contesto nel merito e mi paiono imposte dalle circostanze, abbiano viaggiato (e continuano in parte a viaggiare, come dirò subito) su un "veicolo" sbagliato¹⁰⁵ (il DPCM, appunto), mentre il veicolo corretto sarebbe stato quello del decreto-legge, fonte normativa primaria (e torniamo al discorso della riserva di legge) di natura provvisoria; che il governo può adottare, sotto la propria responsabilità, in casi straordinari di necessità e di urgenza (come quello che stiamo affrontando); che viene emanato - e quindi controllato - dal Capo dello Stato; che deve essere presentato immediatamente alle Camere per la sua conversione, entro sessanta giorni; che perde efficacia fin dall'inizio se il Parlamento non lo converte in legge. Inoltre, sia il decreto legge che la legge di conversione sono sottoposti al sindacato della Corte costituzionale. E' dunque giusto osservare che la scelta di agire con una serie di DPCM, non solo può rappresentare un pericoloso precedente, ma esautorata dai rispettivi ruoli il Presidente della Repubblica, che non vede il testo del provvedimento, il Parlamento, trattandosi di una fonte non sottoposta al vaglio delle Camere¹⁰⁶, e infine la stessa Corte costituzionale, almeno nell'ambito del sindacato sulla legge.

¹⁰² E' questa, com'è noto, la posizione di L. Carlassare, *La riserva di legge: presupposti teorici e implicazioni pratiche*, in *Studium Iuris*, 1996, fasc. 9, p. 987 ss.

¹⁰³ M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, *paper*, 18 marzo 2020, p. 5.

¹⁰⁴ G. Azzariti, *I pieni e solitari poteri del capo del governo "extra ordinem", il manifesto*, 19 marzo 2020.

¹⁰⁵ Secondo l'espressione di M. Ainis, *Meglio distante che latitante*, *la Repubblica*, 10 marzo 2020.

¹⁰⁶ G. Stegher, *In considerazione dell'emergenza sanitaria: governo e parlamento al banco di prova del COVID-19*, in *Nomos*, fasc. 1-2020, p. 2.

Non può certo considerarsi idoneo fondamento giuridico di queste fonti il decreto legge n. 6 del 2020¹⁰⁷, che ne prevede l'adozione per stabilire misure fortemente limitative di diritti protetti dalla Costituzione: si pensi, per fare alcuni esempi, ai divieti di allontanamento e di accesso al comune o all'area interessata dall'epidemia e alla misura della quarantena precauzionale (libertà di circolazione); alla sospensione di manifestazioni o di iniziative di qualsiasi natura, di ogni evento e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo o religioso, anche se svolti in luoghi aperti al pubblico (libertà di riunione e di culto). Sono altresì implicati il diritto all'istruzione, le libertà economiche, il diritto al lavoro. Senza contare che si tratta di un elenco non tassativo di misure, potendo esserne adottate di ulteriori, non specificate dal decreto: le autorità competenti (in primis il Presidente del Consiglio, ma anche, in casi di urgenza, il Ministro della salute, le Regioni, i sindaci) sono infatti tenute ad adottare ogni misura di contenimento e di gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica (art. 1, comma 1). Per restare ai DPCM, si tratta del conferimento di un potere normativo "in bianco" ad una fonte governativa sub-primaria in materie coperte da riserva assoluta di legge. Siamo pertanto al di fuori dello schema costituzionale, che impone alla legge di disciplinare compiutamente e completamente il settore riservato, senza lasciare spazio all'integrazione da parte di fonti subordinate¹⁰⁸.

Né, mi pare, che il problema possa dirsi risolto con il successivo decreto legge n. 19, il quale, secondo quanto affermato dallo stesso Presidente del Consiglio nell'informativa svolta al Senato il 27 marzo, ha "trasferito in fonte di rango primario, tipizzandole, le misure di contenimento da adottare per contrastare i rischi derivanti dalla diffusione del virus" e ha introdotto "una più puntuale regolamentazione dell'iter procedimentale di adozione dei DPCM, prevedendo, tra l'altro, l'immediata trasmissione dei provvedimenti emanati ai Presidenti delle Camere" nonché il vincolo, per lo stesso Presidente del Consiglio o per un Ministro da lui delegato, di riferire ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate¹⁰⁹.

Con quest'atto, dunque, si pretende di "sanare" la catena di DPCM adottati fino al momento della sua entrata in vigore, elevando il loro contenuto a norme di rango primario. Ma anche ad ammettere che tale sanatoria sia possibile (e ne dubito), resta il fatto che l'art. 2 conferma l'utilizzazione di tali strumenti per il futuro, prevedendo soltanto una blanda informazione al Parlamento. Una procedura ad hoc che non sembra affatto in grado di soddisfare i principi costituzionali, lasciando nelle mani del governo la possibilità di (continuare a) dar vita a provvedimenti limitativi dei diritti fondamentali, con il solo vincolo – del tutto generico e di incerta interpretazione – della adeguatezza e proporzionalità delle misure al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso (art 1, comma 2).

E' bene ribadirlo: la strada maestra è quella del decreto legge, pensato proprio per i casi straordinari (cioè imprevedibili) di necessità e di urgenza, che reclamano una risposta normativa immediata, senza emarginare il ruolo del Parlamento. Un ruolo, non dimentichiamolo, che viene salvaguardato dalla Carta costituzionale anche di fronte alla più grave delle emergenze, la guerra: l'art. 78 prevede infatti che siano le Camere a deliberare lo stato di guerra e a conferire al governo i poteri necessari (e non i "pieni poteri", concetto che la Costituzione non conosce e di cui si è molto parlato a vanvera e a sproposito negli scorsi mesi). E' proprio in situazioni difficili come quella che stiamo vivendo che va preservata la correttezza delle procedure di produzione del

¹⁰⁷ Decreto legge 26 febbraio 2020, n. 6 ("Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19"), convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13.

¹⁰⁸ L. Carlassare, *La riserva di legge*, cit., 988.

¹⁰⁹ Informativa del Presidente del Consiglio Giuseppe Conte al Senato della Repubblica in merito all'emergenza Covid-19, 27 marzo 2020 (in www.governo.it).

diritto. Per non creare pericolosi precedenti. Per non trasformare l'emergenza sanitaria in emergenza costituzionale¹¹⁰.

¹¹⁰ M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura*, cit., p. 2.



SURE TO MES(S) WITHOUT EUROBONDS? LA NECESSITA' DI UN'ALTERNATIVA AL MERCATO DEI CAPITALI E L'EUROGRUPPO DEL 9 APRILE 2020

di **Damiano Censi*** – cnsdmn@unife.it

L'articolo espone gli elementi di fondo, rispettivamente, della proposta denominata SURE (temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency), del MES (Meccanismo Europeo di Stabilità) e degli eurobonds. Strumenti vagliati a livello sovranazionale al fine di permettere, agli Stati membri dell'Ue, di ricevere i prestiti necessari a controbilanciare le conseguenze economico-sociali del Covid-19, ad un tasso di interesse per essi sostenibile. Si analizza, in particolare, in che misura i suddetti strumenti siano in grado di sostenere, dal punto di vista economico, gli Stati membri con un elevato debito pubblico ed una bassa credibilità sul mercato dei capitali, e, allo stesso tempo, quali criticità essi presentino dal punto di vista giuridico.

SOMMARIO: 1. L'incremento del debito come (non) soluzione. – 2. Alternative. – 3. Necessario operare una scelta: il diritto oltre l'economia.

1. Gli Stati membri dell'Ue con un debito largamente superiore al proprio PIL – Italia, Spagna, Portogallo, ovviamente Grecia ed in parte Belgio e Francia – sono più esposti a *shock* economici e hanno meno possibilità di implementare misure anticicliche (come già evidenziato da [Checherita e Rother nel 2010](#)). Non è dunque scontata la risposta della dottrina economica che oggi, interrogandosi su dove reperire le risorse per imprimere all'economia dell'Ue tale “[spinta](#)” anticiclica, individua il debito pubblico come prima opzione. A livello teorico, infatti, quest'ultimo (assieme alla guerra, alle tasse ed al controllo della moneta), è solo uno tra gli strumenti potenzialmente utili all'incremento delle risorse dello Stato.

Nelle condizioni attuali, tuttavia, tale scelta appare, effettivamente, l'unica perseguibile nel breve-medio termine (come sottolineato, tra gli altri, da [Draghi](#)), considerando: che agli Stati dell'Ue – in quanto membri delle N.U. per effetto dello Statuto di queste ultime e nel caso dell'Italia anche ai sensi dell'art. 11 della Costituzione – è impedito utilizzare lo strumento bellico; che in periodo di crisi economica aumentare indiscriminatamente le tasse produce un effetto prociclico (mentre aumentarle in maniera “discriminata” può risultare ineffettivo stante l'attuale sistema di [libera circolazione dei capitali](#)); e che la BCE ha già tassi di interesse pari a 0 e tassi sui depositi bancari presso l'*Eurotower* pari a -0,50%.

* *Dottorando di ricerca dell'Università di Ferrara*

In tal senso, si noti che il [Pandemic Emergency Purchase Programme](#) (PEPP) annunciato dalla BCE – programma di acquisto di titoli di stato e azioni di società europee per un valore di 750 miliardi con la possibilità di superare anche il limite complessivo [per Stato membro attualmente previsto](#) per il *Quantitative Easing* – garantirà certamente liquidità al sistema economico dell’Ue per i mesi a venire, ma potrà operare solo sul mercato secondario, in particolare in relazione ai titoli di Stato: in sostanza, la BCE potrà acquistare solo debito pubblico acquisito in prima istanza da altri investitori, salvo che nel caso della Grecia (differente sarebbe l’impatto di tale misura se la BCE garantisse di rimonetizzare per sempre i titoli di Stato da essa detenuti, [ipotesi finora rimasta puramente tale](#)). Pertanto, gli Stati citati in introduzione dovranno ricorrere in misura extra-ordinaria al mercato dei capitali – si consideri che le misure approvate all’interno dell’Ue corrispondono già ora [al 3% del PIL europeo](#) –, e, essendo privi della possibilità di obbligare le rispettive Banche Centrali ad acquistare i propri titoli rimasti invenduti, dovranno offrire interessi sul debito molto elevati. Questo, sia per la loro condizione pre-crisi, sia in quanto colpiti [più gravemente di altri](#) dalla [recessione economica complessiva](#), sia, infine, poiché con meno strumenti utili a contrastarne gli effetti (per le ragioni di cui in introduzione oltre che per quelle appena esposte).

A tali Paesi membri si presentano attualmente, dunque, due alternative: aumentare drasticamente il costo e l’ammontare del debito riducendo ulteriormente la propria capacità di rispondere a crisi future, oppure non spendere quanto necessario [a preservare le proprie economie](#) ampliando esponenzialmente la distanza tra queste e quelle degli altri Stati dell’Ue.

2. Per tale ragione l’Eurogruppo del 9 aprile scorso, [le cui conclusioni](#) hanno avuto ampia risonanza, si è concentrato, principalmente, su misure volte a permettere agli Stati facenti parte della stessa area valutaria di accedere a prestiti a interessi più bassi di quelli oggi ottenuti da essi sul mercato dei capitali. Tale risorse non possono, del resto, essere mobilitate dal bilancio dell’Ue, che ha poco “spazio di manovra” oltre a essere limitato nelle dimensioni (ai sensi degli artt. 125 e 310.1 del TFUE). Infatti, i 37 miliardi da esso veicolati, di cui al § 9 delle suddette conclusioni, e dirottati al contrasto delle conseguenze del Covid-19 – derogando alle previsioni del [Quadro Finanziario Pluriennale per l’anno in corso](#) –, oltre a provenire nella quasi totalità da altri capitoli di spesa necessari a sostenere le rispettive politiche, non sono evidentemente sufficienti ad imprimere la “spinta” anticiclica richiamata in introduzione, né sortiscono effetti di qualche rilievo in relazione alla riduzione del “costo” del debito.

Invero, la medesima necessità si era resa evidente in seguito alla crisi economico-finanziaria del 2008 e a tal fine venne creato il [MES](#). Quest’ultimo è, in estrema sintesi, uno strumento in grado di veicolare circa 700 miliardi, versati pro quota dai Paesi membri, istituito da un Trattato esterno all’ordinamento giuridico dell’Ue (per quanto [ad esso “contingente”](#)). Peraltro, accedere ad una linea di credito dal MES, nel solo caso in cui questa venga concessa con le condizionalità di seguito esposte, significa ottenere una “potenza di fuoco” molto più elevata dei 700 miliardi sopra richiamati, in quanto essa apre alla possibilità dell’attivazione delle [OMT](#) da parte della BCE (ragion per cui sussiste l’eccezione sopra richiamata per il PEPP in relazione alla Grecia). Attraverso la suddetta linea di credito il MES finanzia, dunque, il debito degli Stati ad esso aderenti, ad un tasso di interesse più basso di quanto il mercato sia disposto ad offrire, qualora questi lo richiedano e siano in difficoltà a reperire risorse sul mercato dei capitali (può operare anche a favore di Stati in condizioni solide, ma non è il caso dei Paesi di cui in introduzione).

Tuttavia, prerequisito per accedere a questa linea di credito è l’attuazione di misure correttive che, ai sensi della formula, molto ampia, utilizzata dall’art. 12.1 del Trattato che istituisce il Mes, possono “spaziare da un programma di correzioni macroeconomiche al rispetto

costante di condizioni di ammissibilità predefinite”. Per tentare di delineare la portata di queste misure correttive è utile ripercorrere l’ultima applicazione della norma suddetta, ovvero analizzare i [memoranda of understanding sottoscritti dalla Grecia tra il 2010 e il 2015](#) che, oltre ad altri punti, includevano indicazioni relative alla regolazione di: mercato del lavoro, Iva, codice civile e sistema giudiziario, sistema bancario, sistema previdenziale, settore dell’energia, finanziamento presso il FMI, riforma dell’amministrazione statale, inserimento in norme di rango costituzionale del principio del pareggio di bilancio ed infine prevedevano il previo controllo da parte della Commissione di ogni norma che andasse ad influire sul bilancio dello Stato.

Proprio tali condizionalità sono state al centro del recente dibattito, anche pubblico, sia in connessione alla riforma complessiva del MES, alla quale [non si è ancora pervenuti](#), sia in rapporto alla crisi correlata al Covid-19. Da un lato, infatti, l’ampia formula utilizzata dall’art. 12.1 del MES suscita il dubbio della possibilità di una cessione di sovranità in “bianco”; dall’altro l’impostazione di tali misure correttive – il cui contenuto deve essere coerente con lo spirito del [Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell’Unione economica e monetaria](#) (Fiscal Compact) la cui sottoscrizione è un ulteriore requisito di accesso al MES – implica un sostanziale contingentamento della spesa pubblica al fine, anche, di garantire la restituzione dei prestiti contratti, neutralizzando l’effetto anticiclico per il quale i prestiti del MES vengono sottoscritti.

Invero le suddette condizionalità non vengono menzionate dalle conclusioni dell’ultimo Eurogruppo, dove, semplicemente, al § 16 si afferma che, per accedere alla linea di credito del MES, l’unico requisito sarà utilizzare i fondi richiesti per sostenere direttamente o indirettamente il proprio sistema sanitario. Tuttavia, il prosieguo del suddetto paragrafo – *“The provisions of the ESM Treaty will be followed”* – implica o un’incoerenza in quanto concordato o che l’unicità di tale requisito verrà relegata alla sola fase iniziale di concessione della linea di credito. L’erogazione dei prestiti del MES è, del resto, impostata in modo tale da essere concessa in *tranches* temporalmente distanziate proprio al fine di poter verificare il rispetto dei *memoranda* sopra richiamati.

Più trasparente appare, viceversa, l’adesione dell’Eurogruppo allo strumento delineato dalla Commissione [il 2 aprile scorso](#). La proposta di regolamento, denominata SURE, alla quale sono stati destinati 2,7 dei 37 miliardi del bilancio dell’Ue “dirottati” al contrasto del Covid-19, permetterebbe alla Commissione, sulla base dell’art. 122 del TFUE, di ricorrere al mercato dei capitali per raccogliere prestiti per un totale di 100 miliardi di euro. Quanto raccolto verrebbe, a sua volta, prestato agli Stati membri che ne facciano richiesta e nei quali si sia verificato un sostanziale incremento della spesa per sostenere il finanziamento di misure di supporto al mercato del [lavoro e degli ammortizzatori sociali nazionali](#). Necessario è, anche, sottolineare che il prestito emesso sul mercato dei capitali verrebbe garantito congiuntamente dagli Stati dell’Ue, ragione per la quale lo Stato membro che richiederà un prestito al SURE potrà riceverlo ad un tasso di interesse molto più basso di quello che potrebbe ottenere autonomamente.

Tuttavia, se la condizionalità non appare un elemento divisivo in relazione al SURE (che invero sul punto afferma solo, all’art. 8 della proposta, che le condizioni di accesso verranno concordate con la Commissione), gli elementi di problematicità di quest’ultimo appaiono, per quanto complementari, non meno rilevanti di quelli delineati in relazione al MES. In prima istanza il SURE potrebbe divenire operativo, anche una volta approvato dal Consiglio all’unanimità, solamente previa sottoscrizione da parte di tutti e 27 i Paesi membri – *“in the form of irrevocable, unconditional and on demand guarantees”* (art. 11.2 della proposta di regolamento) – di una quota di garanzie sui prestiti collegata a quanto da loro versato come risorsa propria Reddito nazionale lordo (RNL). Inoltre si attiverà solo a partire dalla sottoscrizione del 25 % dell’ammontare totale del capitale (art. 12), elemento che prolunga i tempi di attivazione dello strumento, limitandone

l'efficacia e l'appetibilità per gli Stati membri. Ma soprattutto, proprio in quanto connesso con la quota di [risorsa propria RNL](#) versata da ogni Stato membro, il SURE presenta poche possibilità di un futuro incremento della sua, attualmente molto limitata, potenza di fuoco. Inoltre, tale strumento potrà solamente sommarsi a risorse già stanziato dallo Stato membro richiedente (art. 2 della proposta), e rimarrà operativo unicamente per il perdurare della fase di crisi attuale (§ 15 del preambolo della proposta).

3. Dunque, temporaneità e limitatezza dei fondi erogati circoscrivono il portato anticiclico del SURE; allo stesso tempo, la condizionalità del MES – in ogni caso necessaria ai sensi dell'art. 136 del TFUE che costituisce la base giuridica che ha permesso l'istituzione del MES – comporta una cessione di sovranità, che, a sua volta, anche qualora si superassero le perplessità relative all'efficacia economica delle misure ad essa connesse, sottende la necessità di un ripensamento della struttura della *governance* economica dell'Ue. Si può intravedere, invero, una sola alternativa ad una riforma di tale portata, ovvero una modifica sostanziale della fase di enucleazione, e dei presupposti (tra cui il Fiscal Compact e l'art. 136 del TFUE), delle misure correttive sopracitate (pertanto anche del MES stesso); sempre nel tentativo di rendere tale condizionalità compatibile con i molteplici paradigmi socio-economici enucleati dalle previsioni [costituzionali degli Stati membri](#).

Si ripongono dunque ampie aspettative sull'ultima parte delle conclusioni dell'Eurogruppo dove si parla, invero con termini piuttosto generici, di un *Recovery Fund* “temporary” e “targeted” (§ 19), perifrasi che è stata interpretata come un riferimento ai cosiddetti *eurobonds*. Questi ultimi consisterebbero nell'emissione di titoli di debito congiunta tra gli Stati membri dell'Ue (o perlomeno dell'Uem), al fine di supportare quelli con difficoltà ad approvvigionarsi sul mercato dei capitali. Gli *eurobonds*, denominati a volte [blue bond](#), altri [stabilitybond](#) altre [eurobills](#) (denominazioni corrispondenti ad una declinazione differente della proposta di condivisione delle garanzie per la loro emissione) e da ultimo [“coronabond”](#), sono stati riproposti in molteplici fasi del processo di integrazione europea senza che si pervenisse in alcun caso alla loro [formalizzazione](#), scontratisi sempre con il *niet* dei Paesi con un'alta credibilità sul mercato dei capitali all'assumersi la responsabilità, ed il costo, del salvataggio di quelli privi del medesimo *rating*.

Tali titoli avrebbero, infatti, un'alta credibilità e un tasso di interesse molto basso, permettendo di perseguire l'effetto anticiclico soprarichiamato senza portare ad un incremento eccessivo del costo del debito. Nondimeno, prendendo ad esempio la Germania, [numerose ricerche](#) hanno sottolineato come un'emissione congiunta con gli altri Paesi europei comporterebbe, per questa, un incremento degli interessi sul debito pari, nella peggiore delle ipotesi, al 2% (quantificabili all'incirca in 40 miliardi annui). Invero, tutte le proposte sopra richiamate hanno previsto la suddetta eventualità ideando meccanismi automatici di compensazione dell'incremento con il minor costo complessivo sostenuto dagli Stati partecipanti agli *eurobonds*, che in ogni caso parrebbe largamente sufficiente a tale scopo (prendendo ad esempio il caso dell'Italia si prevede un minor costo pari a 60 miliardi di euro annui, sempre nel peggiore degli scenari). Tuttavia, l'imprescindibile automaticità di tale meccanismo implica chiaramente come anche gli *eurobonds* necessitino un ripensamento delle forme di *governance* economica dell'Ue al fine, in particolare, di colmare il [deficit democratico](#) che deve premettere e può permettere una tale devoluzione di sovranità.

Il profilo appena illustrato, che evidenzia la complessità della sfida posta, allo stesso tempo, fornisce una risposta ai dubbi relativi alla possibilità di *moral hazard* – ovvero di spese incontrollate da parte dei cosiddetti Paesi *PIGS* “sfruttando” la garanzia sul debito dei *partner*

europei – che gli *eurobonds* suscitano in alcuni degli attori coinvolti nel processo di integrazione europea; infatti, da tale infrastruttura discende, potenzialmente, l'istituzione di [un controllo più efficace](#) di quello effettuato attualmente all'interno del Semestre europeo (si pensi, in tal senso, anche solo alla leva che l'erogazione per *tranches* dei prestiti del meno quantitativamente rilevante MES garantisce ad istituzioni extraeuropee nel controllo di uno Stato membro).

Gli *eurobonds* assicurano, tuttavia, l'elemento che differenzia quanto possibile per il diritto da ciò che è perseguibile per l'economia come risposta alla crisi attuale. Essi infatti, permettono, come il MES, di fornire la necessaria “spinta” anticiclica, ma consentono, anche, di procedere senza che questa richieda, a priori, l'adesione ad un paradigma economico che potrebbe contrastare con la [“Costituzione economica”](#) di alcuni tra gli Stati membri. Da questa ulteriore necessità appare evidente come la dottrina giuridica sia, in tal caso, più esigente di quella economica: richiede non solo l'efficacia degli strumenti proposti, ma, anche, che questi diano la possibilità allo Stato di ottemperare ai compiti, in particolare di garanzia dei diritti sociali, ad esso affidati dalla Costituzione.

In conclusione, appare evidente che la riforma della *governance* economica europea, che gli *eurobonds* presuppongono, porterebbe ad un livello di integrazione tale da determinare un'interdipendenza reciproca tra gli Stati membri, economica, sociale e giuridica, pressoché inscindibile. Interdipendenza che a sua volta richiederebbe, necessariamente, l'adesione a quel [patto di fiducia](#) che sottende ogni convivenza sociale. Se tale patto pare difficile da delinarsi per parte dei cittadini europei, la crisi attuale può, almeno, essere utile [a chiarire](#) che l'alternativa non è più tra mantenere lo *status quo* o procedere verso la sponda a cui si era diretti nel percorso di integrazione europea, ma tra questa e – [per Italia, Spagna, Portogallo e Grecia così come per gli Stati membri non citati in introduzione](#) – tornare alla ricerca di una sponda sulla quale per ora si può avere una sola certezza: che pur potendo tornarvi lei non sarà più come la si è lasciata.



IL VIURS NEL CARCERE E LE GRAZIE DEL QUIRINALE*

di **Andrea Pugiotto** ** – andrea.pugiotto@unife.it

Circola l'idea che, per preservare i detenuti dal contagio del Covid-19, la soluzione ottimale sia blindare le carceri: a supporto della tesi, si indicano le cifre ufficiali dei positivi al coronavirus e dei decessi dietro le sbarre, decisamente più basse se paragonate ai numeri della strage di vite umane e del contagio pandemico tra i liberi. L'articolo contesta la natura strumentale di una simile tesi, nella consapevolezza che i numeri (tanto più se non attendibili) possono essere torturati perché raccontino ciò che si desidera ascoltare. Viceversa, tutte le pertinenti raccomandazioni internazionali invitano gli Stati ad assumere provvedimenti tesi a ridurre la popolazione carceraria, ad evitare una bomba epidemiologica dentro gli istituti di pena la cui esplosione sarebbe a danno di tutti, reclusi e liberi. Nel solco di tale indicazione, tracciate le coordinate che dovrebbero orientare l'azione dei pubblici poteri, l'autore argomenta le ragioni costituzionali a favore di un ricorso (anche) alla prerogativa presidenziale di concedere grazie: d'ufficio, condizionate, massive.

Non si può negare l'evidenza? Eccome, se si può. Lo fa il travaglio mentale di chi sostiene che il carcere sia il luogo più sicuro contro il Covid-19, squadrando statistiche alla Trilussa: ad oggi, sono 105 i detenuti e 209 gli agenti positivi al virus; solo 6 i morti, distribuiti equamente tra reclusi, guardie e medici penitenziari; dunque «l'ultima cosa da fare per mettere i detenuti al riparo dal contagio è scarcerarli». La sostengono in molti, questa incredibile sciocchezza: conviene, allora, mettere in chiaro alcune cose.

È l'assenza di uno *screening* dell'intera popolazione carceraria a illudere sulle dimensioni contenute del fenomeno. A dispetto delle apparenze, il carcere è una realtà porosa attraversata da un viavai di persone (guardie, personale amministrativo e sanitario, cappellani, volontari, avvocati, magistrati, parenti, garanti, pochissimi i parlamentari) e di detenuti trasferiti da un istituto all'altro (e chissà se, con le loro scorte, sono sottoposti al necessario tampone). Ecco perché le mura del carcere possono ritardare ma non impedire la diffusione del virus, agevolata da un sovraffollamento penitenziario di nuovo *sub indice*: toccherà, questa volta, alle Sezioni Unite della Cassazione dirci se i 3mq a detenuto vanno calcolati al lordo o al netto degli arredi in cella, e di quali arredi. Dentro istituti di pena dove 55.030 detenuti sono stipati in 47.000 posti effettivi, il virus sarà il cerino acceso gettato nella tanica di benzina, com'è accaduto nelle residenze sanitarie per anziani.

* Una versione di questo articolo è stato pubblicato ne *Il Manifesto* del 18 aprile 2020

** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale

È dunque da allibratori irresponsabili scommettere sull'impermeabilità del carcere al coronavirus. Lanciare un'idea così balorda è come un boomerang che tornerà indietro con danni per tutti, a bomba carceraria esplosa.

Per disinnescarla, tutte le pertinenti raccomandazioni internazionali (dell'ONU, del Consiglio d'Europa, dell'OMS) invitano gli Stati ad assumere provvedimenti mirati a ridurre la popolazione carceraria. Vale anche per l'Italia: finché siamo in tempo, dobbiamo giocare tutto il possibile contro il probabile.

Conosciamo le coordinate da seguire. Servono «scelte giuste e creative», suggerisce Papa Francesco. E come in ogni emergenza - insegna la Corte costituzionale - gli organi dello Stato hanno «non solo il diritto e potere, ma anche il preciso e indeclinabile dovere di provvedere» (sent. n. 15/1982). Il loro agire si ispiri al principio di leale cooperazione - invocato dal Quirinale - che assicura efficacia all'azione pubblica. Da ultima, l'emergenza coronavirus «costituisca un elemento valutativo» nell'interpretare e applicare gli istituti vigenti, come suggerisce il Procuratore Generale di Cassazione.

Entro questo perimetro, tra le misure da mettere in campo c'è (anche) la grazia presidenziale: d'ufficio, parziale, condizionata, massiva. La invocano i Radicali e pochi altri, a mio avviso con buone ragioni.

Lo statuto della grazia è stato ridefinito da una sentenza costituzionale, la n. 200/2006. Presuppone «straordinarie esigenze di natura umanitaria», non tutelabili tramite strumenti ordinari. Oggi, adesso, subito, proprio di questo si tratta: graziare per assicurare la salute (e la vita) dei detenuti quale diritto indisponibile e come interesse collettivo. La conversione in Senato del decreto legge *cura Italia* non ha rimediato all'insufficienza delle sue misure deflative. I magistrati fanno quello che possono, con quello che hanno, nel posto dove si trovano, per contenere i flussi in entrata e agevolare quelli in uscita, ma non è abbastanza. E un indulto è precluso a priori, perché esige - voto per voto - maggioranze dolomitiche calcolate su *tutti* i parlamentari, mentre oggi le Camere deliberano a ranghi ridotti, imposti dal distanziamento sociale.

Il potere di grazia risponde a «finalità essenzialmente umanitarie inerenti alla persona del condannato». Si tratterà, allora, di concederla prioritariamente ai detenuti più vulnerabili: anziani, oncologici, immunodepressi, diabetici, cardiopatici, ma anche le 42 madri recluse con i loro 48 bambini. Graziare detenuti il cui stato di salute è moltiplicatore di rischio previene, nell'interesse di tutti, l'innescò della catena epidemiologica.

La grazia è assoggettabile a condizioni per contenere rischi di recidiva: ad esempio, evitare condanne per reati non colposi (gli unici che esprimono la volontà antiggiuridica del reo) entro *tot* anni dall'atto di clemenza, pena la sua revoca (e il ritorno in carcere). La salute pubblica, invece, andrà garantita dalle misure di profilassi disposte obbligatoriamente dal Guardasigilli per tutti i rilasciati.

Il tornante costituzionale più impegnativo è un altro: in quanto provvedimento straordinario, la grazia va concessa con misura. Ad oggi, infatti, il Presidente Mattarella ne ha firmate 20. In passato se ne contavano invece a migliaia: volendo esemplificare, Pertini ne

concesse 6.095, Leone 7.498, Gronchi 7.423, Einaudi addirittura 15.578. Si trattava di una prassi bulimica storicamente contestualizzabile e che, con argomenti condivisibili, la sent. n. 200/2006 censura. Ma è la stessa Consulta a riconoscere che un'emergenza legittima «misure insolite», purché appropriate e non protratte ingiustificatamente nel tempo (sent. n. 15/1982). Ed è proprio l'attuale condizione pandemica, inedita e atipica, che richiede – legittimandola - una lunga scia di clemenze individuali costituzionalmente orientate. Il Quirinale ne motivi le ragioni, a sigillare la natura *una tantum* della sua massiva concessione.

Collaboreranno, con l'Ufficio Grazie del Quirinale, i magistrati (qui chiamati a compiti solo informativi nell'ambito di un'attività amministrativa, e non giurisdizionale) e il Guardasigilli (che non ha potere di veto rispetto alla volontà presidenziale di concedere le grazie). La necessaria istruttoria ne uscirà velocizzata il più possibile.

Dunque, se si vuole si può fare. E se si può, si deve fare. Oggi, infatti, su tutte le istituzioni grava l'onere delle scelte giuste che, domani, si rovescerà nella colpa di non averle fatte. Vale anche per il potere di grazia. Signor Presidente, lo eserciti, nella misura massima possibile. Torno a chiederle: se non ora, quando?



PIANO MARSHALL O PROGETTO MANHATTAN PER LA FISCALITÀ POST-VIRALE?

di Marco Greggi* – marco.greggi@unife.it

La pandemia sta incidendo sulla salute della popolazione con modalità note e tempi ora prevedibili: quasi tutti i Paesi sono in fase di cd. "picco" o stanno per raggiungerla. Più incerti invece sono gli effetti sul tessuto economico degli stati, e variegati gli strumenti sin qui messi in campo per porvi rimedio. Molti sono attualmente impegnati in misure di sostegno, a deficit, ma presto sarà necessario ripensare al sistema impositivo per riportare un (diverso) ordine ai doveri di solidarietà economica, chiamando nuove persone a contribuire, o a impegnarsi finanziariamente di più. Anche l'Italia dovrà pensare a diverse forme di imposizione all'altezza delle nuove sfide: un "Progetto Manhattan" per un paese, finanziariamente, al bivio.

SOMMARIO: 1. "Questa volta è diverso" ? – 2. "Spingendo la notte più in là" – 3. Nessuno si salva da solo ? – 4. Di notte non tutti i cigni sono neri. – 5. Progetto Manhattan. – 6. Segue: fiscalità premiale, fiscalità funzionale, fiscalità selettiva. – 7. Epilogo.

1. Questa volta è diverso ? Il lento superamento della fase emergenziale¹¹¹ legata all'espansione virale di Covid permette una prima valutazione degli effetti collaterali (non strettamente sanitari) che la pandemia ha determinato, e delle risposte messe in campo. Tra i primi, quelli economici: tra queste ultime, le misure finanziarie e tributarie assumono un rilievo centrale.

L'intervento governativo in questi mesi, dal primo decreto¹¹² che disponeva delle risorse necessarie per le spese correnti straordinarie legate alla crisi sino al (per ora) ultimo adottato in seguito alla cruciale riunione EcoFin del 7 aprile¹¹³, si è caratterizzato per una *escalation* nell'impiego delle risorse economiche analoga a quella di uno scenario bellico: vale a dire con un aumento progressivo, e proporzionale (sulla carta) all'intensificarsi della minaccia effettiva o percepita su tutto il territorio nazionale. Tutto questo però con la consapevolezza di non potersi

¹¹¹ Il superamento della cd. "Fase 1" sembrerebbe emergere chiaramente dalla cd. "Cabina di regia Governo - rappresentanti di Regioni e Comuni" riunitasi in data 18 aprile 2020. Per quanto non indotta da ragioni finanziarie anche la crisi economia da Covid potrebbe innestarsi nella narrativa del "Questa volta è diverso" nel senso espresso da C. M. Reinhart e K. S. Rogoff, *Questa volta è diverso. Otto secoli di follia finanziaria*, Milano, 2010, p. 247, in particolare, per le conseguenze fiscali della medesima e di uno scenario che parrebbe astrattamente quello italiano, negli anni a venire.

¹¹² D.l. 23 febbraio 2020, n. 6.

¹¹³ Le riunioni dell'Eurogruppo e poi dell'Ecofin si sono tenute dal 7 al 9 aprile 2020. Le misure più salienti adottate sono sintetizzate ai §§ 8, 13 e 15 del [Comunicato stampa conclusivo](#).

*Professore Ordinario di Diritto Tributario

allontanare troppo da quello che un precedente Ministro delle finanze aveva definito come il “sentiero stretto” della sostenibilità economica delle scelte di spesa del nostro Paese.

Tutti gli interventi più significativi, a parte il primo, sono avvenuti essenzialmente a debito: vale a dire con una dilatazione progressiva del debito pubblico e senza ricorso (almeno sino al 6 aprile) a mezzi di finanziamento straordinari. La componente fiscale del recupero delle risorse è stata completamente negletta, anche in ragione forse di recenti studi del fondo monetario internazionale¹¹⁴ che stimano una significativa contrazione del prodotto interno lordo italiano in questa prima parte dell’anno e di una possibile riduzione, *rebus sic stantibus*, di circa nove punti su base annua¹¹⁵.

Evidentemente la situazione di emergenza ha giustificato l’obliterazione del dibattito, per altro da lungo acceso, sulla riforma del sistema tributario, su nuove metodologie di distribuzione della ricchezza, sulla necessità di coniugare in modo diverso, e originale, i principi di capacità contributiva e di solidarietà economica con i postulati efficientisti che la competizione internazionale (anche fiscale) ci impone.

Il diritto tributario è forse una delle prime vittime, scientifiche, del Covid. In ragione dell’emergenza e della crisi globale mondiale apparirebbe tutto fuorché opportuno ragionare in tema di nuove forme di prelievo o di una rivisitazione di quelle esistenti.

Si tratta di un grave errore, che non tiene conto dell’insegnamento della storia e del fatto che questo non è il primo *shock* sistemico non finanziario che l’Italia si trova a subire, in epoca recente: per quanto il primo di natura sanitaria¹¹⁶.

Il presente contributo ha come obiettivo quello di descrivere succintamente la strategia di risposta messa in atto dal Governo italiano con la consapevolezza dei limiti derivanti dai saldi di finanza pubblica evidenziandone le lacune di breve periodo e l’assenza di una progettualità di medio - lungo periodo. La tesi che si intende illustrare è che “questa volta *non* è diverso”, ma che non lo sarà se nuovo diventerà il modo di intendere al concorso delle pubbliche spese.

Una crisi come quella attuale potrà delle modifiche di lungo periodo nel settore economico che non possono essere affrontate destinando forme di protezione indiscriminata nei confronti di tutti i settori produttivi.

D’altro canto dell’impatto Covid è stato equivocato, sostenendo in prima battuta come si trattasse di un evento avverso assolutamente imprevedibile (*Cigno nero*¹¹⁷) con impatto uguale in tutti i paesi (dell’area europea) e in tutti i settori produttivi.

Covid non rientra nell’ipotesi *Cigno nero*, né ha impattato in modo uguale nei diversi paesi (le statistiche di ogni giorno lo confermano così come pure le diverse strategie di uscita¹¹⁸) così come alcuni settori produttivi sono stati incisi in modo più profondo di altri¹¹⁹.

¹¹⁴ L’[Economic Outlook](#) per Aprile 2020, § 1, del FMI individua la contrazione dell’economia italiana per 9,1 punti PIL: la più significativa tra tutte quelle dell’eurozona. A pag. 5 del rapporto il Fondo cifra in un -3% su base globale la riduzione del prodotto lordo e ammonisce che “*Adverse confidence effects are likely to further weigh on economic prospects*”.

¹¹⁵ Il [Bollettino economico n.2](#) di Aprile 2020 a cura della Banca d’Italia stima una contrazione su base trimestrale (gennaio – marzo) di addirittura il 15% (cfr. Bollettino, *cit.*, p. 3).

¹¹⁶ Secondo i [dati della Banca mondiale](#) l’Italia perse 9,216 punti di Prodotto interno lordo nel periodo 1973 – 1975 in ragione delle note tensioni geopolitiche, monetarie e soprattutto di *Shock* petrolifero.

¹¹⁷ Nella corrente analisi si può intendere la pandemia come un “*l’evento poco probabile ma ad alto impatto*”, cfr. N.N. Taleb, *Il Cigno nero*, Milano, 2014, p. 64, nota 1.

¹¹⁸ L’*Economic Outlook* citato in nota 4 segnala ad esempio che alcuni paesi asiatici confermeranno anche per il 2020 traiettorie di crescita (seppur più contenute) nonostante la pandemia. Tra queste la Cina e India, che sono accreditate secondo gli studi di un +1,2 e +1,9 rispettivamente (cfr. *Outlook, cit.*, p. ix).

¹¹⁹ L’asimmetria dell’impatto può essere ricostruita grazie alle sintesi numeriche riportate nel *Bollettino* citato in nota 5, alle pp. 26 e ss.

2. “*Spingendo la notte più in là*”. Dall’inizio della crisi ad oggi il Governo italiano ha risposto con un crescendo di undici decreti della Presidenza del consiglio di ministri, due delibere dello stesso organo e soprattutto (tema che assume rilievo per la materia fiscale) sei decreti legge.

Di questi ultimi sei il primo¹²⁰, il quarto¹²¹ e il sesto¹²² sono quelli che, per il loro contenuto, assumono maggiore significato e costituiscono, per così dire, una cartina al tornasole di come il Governo nello sviluppo della sua linea di intervento abbia mutato approccio nei confronti del problema e della dilagante pandemia. Non sarà sfuggito ai più attenti lettori che le maggior risorse finanziarie, nel primo decreto del febbraio scorso venivano individuate in un taglio al montepremi della cd. “lotteria degli scontrini” che avrebbe dovuto essere uno degli strumenti di contrasto all’evasione fiscale in Italia secondo le linee programmatiche del 2019¹²³.

Il problema ha assunto per converso tinte più drammatiche con il decreto “*Cura Italia*” la cui copertura, per 25 miliardi di Euro, è stata recuperata a cd. “debito” da parte dello stato Italiano¹²⁴, andando a ritoccare i saldi massimi fissati con la legge di bilancio del 2019 e impattando in modo sensibile sui vincoli che l’Italia aveva assunto con i partner europei dell’ “Area dell’Euro” alla luce del cd. “Parametri di Maastricht” riguardanti la stabilità monetaria¹²⁵.

In quel momento storico, tuttavia, l’impatto del virus ancorché non simmetrico, aveva già cominciato a riguardare diversi paesi dell’Unione ed evidentemente minori sono state le reazioni in senso ostile da parte degli altri stati. Dal punto di vista dimensionale, e in termini assoluti, l’intervento italiano è stato limitato e di poco momento. Se lo si confronta con quello della vicina Svizzera¹²⁶, di fatto coevo, risulta che l’Italia con una popolazione circa sette volte maggiore rispetto alla confederazione è intervenuta con circa un terzo delle risorse.

L’ultimo decreto (alla data attuale) il cd. “*Liquidità*” è costruito su anticipazioni di tesoreria da parte del Ministero delle Finanze e sulla delega a quest’ultimo di apportare le variazioni a bilancio ove necessario nel quadro di una capacità d’intervento fragile e dai confini incerti, nell’architettura costituzionale voluta dall’art. 81 della Carta. Le prime stime confermano un impegno per circa un miliardo di Euro¹²⁷.

Si ha anche fare con una forma di intervento finanziario di respiro straordinariamente breve, di contingenza e limitato nella sua portata¹²⁸: tale assetto è confermato non tanto dalle modalità con le quali le risorse andranno spese, quanto piuttosto dalle fonti di

¹²⁰ D.l. n.6/20, *cit.*, nota 2 *supra*.

¹²¹ D.l. 17 marzo 2020, n. 18, cd. “*Cura Italia*”.

¹²² D.l. 8 aprile 2020, n. 23, cd. “*Liquidità*”.

¹²³ Cfr. art.4, co. 2, d.l. 6/20 che impone una “*riduzione dell’autorizzazione di spesa di cui all’art. 19, co. 1, lett. b), d.l. 26 ottobre 2019, n. 124.*”

¹²⁴ Cfr. Art. 126, co. 1, d.l. 18/20 che autorizza “*l’emissione di titoli di Stato per un importo fino a 25.000 milioni di euro per l’anno 2020*”. E precisa che “*Tali somme concorrono alla rideterminazione in aumento del limite massimo di emissione di titoli di Stato stabilito dalla legge di approvazione del bilancio e del livello massimo del ricorso al mercato stabilito dalla legge di bilancio*”.

¹²⁵ Art. 121, §1 Trattato UE, che fissa il coordinamento delle politiche economiche dei diversi stati dell’Unione e istituisce un sistema di vigilanza.

¹²⁶ Il Consiglio federale è intervenuto il 13 e il 20 marzo con misure di sostegno pari a rispettivamente 8 e 32 Miliardi CHF, come riporta la [sintesi](#) del Consiglio che indica anche le aree di intervento. Successivamente la Suprema autorità elvetica è intervenuta [nuovamente](#) l’8 aprile 2020 con Risoluzione n. 1741 che ha ulteriormente rafforzato la tutela finanziaria dei cittadini elvetici colpiti da Covid.

¹²⁷ Difficile stimare l’effettiva incidenza del decreto alla luce delle risorse finanziarie immesse dallo stato. Di per certo è pari a un miliardo il maggior onere derivante dall’impegno di SACE (relazione tecnica all’art. 1, quinto capoverso). Per contro altre misure di intervento risultano essere già “spesate” in precedenti provvedimenti. È il caso ad esempio del fondo centrale di garanzia delle PMI (art. 13) la cui copertura era già stata prevista in sede di d.l. 18/20, come altresì riporta la relazione tecnica.

¹²⁸ Di qui l’immagine figurata in apertura del paragrafo, dovuta a M. Calabresi, *Spingendo la notte più in là*, Milano, 2007.

approvvigionamento delle stesse. Allo stato è apparentemente preclusa una ulteriore dilatazione del debito pubblico al di là della traiettoria già di per sé straordinariamente espansiva impressa dal decreto precedente. L'Italia si trova in effetti in una situazione di “tempesta perfetta” posto che è entrata in crisi da Covid con una economia già in fase di stagnazione (se non di vera recessione¹²⁹), con indicatori di crescita più bassi rispetto alla media europea¹³⁰, affaticata da un avanzo primario superiore (nel lungo periodo) a quello di ogni altro membro dell'Unione¹³¹, e tuttavia con una serie di scadenze di aste del debito pubblico da onorare a breve (particolarmente onerose quelle della primavera del 2021¹³², che vanno affrontate per tempo con misure di politica fiscale atte a fornire ai potenziali investitori rassicurazioni in merito alla sostenibilità del debito da parte dello stato).

La logica emergenziale che caratterizza le fonti di reperimento delle risorse ha inevitabilmente riverberato sulle modalità dispendiose.

Al di là dei bisogni di contingenza, quali un incremento delle spese correnti e per il personale nonché per i beni consumabili, l'aggravio di spese si è concretizzato in soluzioni assistenzialistiche per diverse categorie di consociati, dai lavoratori autonomi alle imprese ai dipendenti. Nei confronti di questi, il *mix* di strumenti ha spaziato dalla cassa integrazione cd. “in deroga”¹³³, ad *una tantum* di sostegno¹³⁴, al differimento di alcuni debiti tributari¹³⁵ (con posticipazione simmetrica di versamenti di imposta) e da ultimo con misure di sostenibilità per spese correnti (come il credito di imposta per canoni di locazione o affitto¹³⁶). Le misure di data più recente dovrebbero garantire una maggiore sostenibilità della crisi permettendo finanziamento anche a condizioni per le quali non sarebbe possibile per la maggior parte dei consociati ottenere garanzie adeguate per il settore bancario¹³⁷.

Pur nella evidente eterogeneità degli strumenti e nella vasta gamma della loro possibile applicazione emerge con chiarezza un dato comune che li contraddistingue tutti: sono misure finalizzate ad acquistare tempo, con la consapevolezza che tutti i paesi dell'Unione versano nella medesima situazione, e che un rimedio potrà arrivare solo dall'estero, sotto forma di strumento di finanziamento straordinario da parte della Banca centrale europea. La scommessa è che siccome tutti gli stati si trovano nella medesima situazione, poiché tutti sono afflitti nella medesima misura, tutti prima o poi convergeranno verso la medesima richiesta. Insomma: nessuno si salva da solo.

3. Nessuno si salva da solo ? Non è così. A circa due mesi dall'esplosione del Covid in Europa i dati segnalano chiaramente che l'incidenza virale è stata diversa in diversi Paesi¹³⁸: l'Italia ha pagato sino ad oggi il prezzo più alto. Parimenti, le strategie di risposta al Covid, tutte più o meno ispirate a *Lockdown* ad impatto variabile, si sono caratterizzate per una intensità maggiore o minore, e con durate altrettanto cangianti. Alcuni paesi sono entrati in *Lockdown* dopo l'Italia e

¹²⁹ L'[indicazione ISTAT](#) sull'andamento del quarto trimestre 2019 rispetto al precedente, in questo senso indicativa ancorché non decisiva, riportava una flessione di -0,3%. Si trattava di un trend economico “pre-Covid”.

¹³⁰ Il [Rapporto Eurostat](#) 29/20 del 14 febbraio 2020 conferma la tendenza italiana in questo senso.

¹³¹ Questo almeno secondo le rilevazioni della banca dati del [Fondo Monetario internazionale](#). Le conclusioni sono peraltro confermate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, sebbene in un [Report](#) aggiornato al 2016.

¹³² La sola [scadenza dei BTP](#) nel 2021 è pari a circa 173.966 milioni di Euro.

¹³³ Art. 22, d.l. 18/20.

¹³⁴ Art. 27, d.l. 18/20.

¹³⁵ Tra i diversi, *cf.* artt. 60, 61 e 62, d.l. 18/20.

¹³⁶ Art. 65, d.l. 18/20.

¹³⁷ Artt. 49 e 51, d.l. 18/20.

¹³⁸ Ciò secondo i [dati](#) raccolti dall'Agenzia europea *European Centre for Disease Prevention and Control*.

ne stanno uscendo (apparentemente) prima¹³⁹, ovvero contemporaneamente¹⁴⁰. Allo stesso modo, è ragionevole ritenere, il tessuto produttivo degli stati dell'Unione, se non dell'area OCSE nella sua totalità, subirà un effetto variabile da parte del Covid. Insomma, lo scenario prospettato dall'Italia è ben lungi dall'avverarsi, e la simmetria dell'impatto negativo è una condizione più enunciata che confermata nei fatti. Oltre a ciò, neppure lo scenario “*Cigno nero*” all'inizio rappresentato da diversi *stakeholders* risulta essere confermato, nella misura in cui come è stato autorevolmente osservato, una crisi da pandemia globale è sì un evento straordinariamente infrequente, ma non un “*Cigno nero*” propriamente definito¹⁴¹. Il Governo italiano per converso, si sta muovendo in uno scenario così prospettato, contando sulla sintonia di altri paesi, più o meno vicini.

Di qui l'evocazione di un *Piano Marshall*¹⁴² per far fronte alla sfida della crisi, quando piuttosto ciò di cui si avverte l'esigenza nel diritto tributario attualmente è, forse, di un *Progetto Manhattan*.

4. Di notte non tutti i cigni sono neri. Un *Progetto Manhattan* per la fiscalità virale dovrebbe prendere le mosse dal dibattito acceso prima dell'emergenza virale¹⁴³ e poi sopito per ovvie ragioni: un ripensamento della fiscalità diretta (ché di “riforme” se ne sono avute anche troppe nel corso degli anni) e una rimediazione della fiscalità patrimoniale, recentemente prospettata da esponenti parlamentari di maggioranza e di opposizione, ancorché in posizione minoritarie¹⁴⁴.

La ripresa del dibattito dovrebbe tenere conto di due fattori che non erano stati considerati sino al 2020): il primo è quello per il quale la crisi ha inciso diversamente sulla capacità contributiva di distinte categorie di soggetti, riducendo la ricchezza di vasti strati della popolazione, ma amplificando quella di altre¹⁴⁵. Come ogni crisi, l'impatto anche questa volta è

¹³⁹ Queste almeno le [dichiarazioni](#) della Cancelliera, che punterebbe a una fase due dal 4 maggio.

¹⁴⁰ L'apertura delle scuole in Francia l'11 maggio, ad esempio, è stata annunciata dal Presidente nel [discorso](#) alla nazione del 13 aprile 2020.

¹⁴¹ Peraltro l'autore citato in nota 7 aveva già previsto nel 2010 il dilagare di un virus con forme e modalità analoghe al Covid confermando che la improbabilità dell'evento non è sufficiente alla classificazione “*Cigno nero*”. N. N. Taleb, *The Black Swan: the Impact of the Highly Improbable*, New York, 2010. Il riferimento è ai saggi in calce all'opera, dal titolo, “*On Robustness and Fragility: deeper philosophical and emirical reflections*”, p. 314. La medesima conclusione sembrerebbe essere confermata, sul piano teorico da D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, New York, 2012, p. 199. Probabilmente questo secondo Autore ricondurrebbe la imprevedibile diffusione della pandemia a una ipotesi di *induced blindness*.

¹⁴² Il [riferimento](#) a questa strategia più autorevole e recente è di Ursula Von Del Leyen ed è contenuto nello *Speech by President von der Leyen at the European Parliament Plenary on the EU coordinated action to combat the coronavirus pandemic and its consequences* del 16 aprile 2020 (Speech/20/675).

¹⁴³ Su Il Sole 24 ore nel mese di febbraio (prima dell'irrompere della pandemia) si erano succeduti diversi interventi di autorevoli accademici con proposte di riforma della fiscalità diretta, tra i quali G. Ragucci, *Un percorso lineare per mettersi sulla strada della riforma fiscale* (12 febbraio 2020); G. Corasaniti, *Modello alla tedesca per ritrovare equità* (6 febbraio 2020); D. Stevanato, *Per arrivare alla svolta sull'IRPEF una strada disseminata di ostacoli* (6 febbraio 2020); G. Melis, *Interventi mirati su cuneo e famiglia* (12 febbraio 2020).

¹⁴⁴ La [proposta](#), subito sconsigliata, pareva in realtà far riferimento a una aliquota Irpef per i redditi elevanti, anziché una forma di prelievo prettamente patrimoniale.

¹⁴⁵ Ogni crisi economica impatta in modo asimmetrico, e la circostanza (evidente) che da essa scaturisca un impoverimento generalizzato della popolazione non dovrebbe obliterare altri due fattori. Il primo, è che l'impoverimento non è necessariamente lineare: vi possono essere settori o fasce della popolazione che si impoveriscono più di altre (un caso di per sé evidente oggi è la distinzione tra lavoratore pubblico e privato: la differente tutela salariale in queste settimane è stata di stridente evidenza). Il secondo è che vi possono essere (limitati) settori che in tempo di cd. “crisi” generalizzata realizzano *performance* migliori e un incremento di reddito: si pensi ai *provider* di intrattenimento *in house*, alla micro-logistica, ai fornitori di equipaggiamenti bio-medicali.

avvenuto in modo selettivo, e ogni politica fiscale anticiclica dovrebbe tener conto che non tutti hanno subito un analogo pregiudizio dalla crisi: né che ne usciranno alla medesima velocità. Insomma il legislatore tributario dovrebbe ricordare hegelianamente che, pur essendo notte, non tutte le vacche sono per forza nere, e agire di conseguenza in modo selettivo.

Covid ha generato un effetto di *displacement* del reddito disperdendo catene del valore e creandone altre. In questa prospettiva le norme tributarie dovrebbero essere ridisegnate per intercettare le nuove forme di ricchezza, recuperando risorse finanziarie là dove si sono accumulate: anche in queste settimane.

Il secondo asse di intervento della fiscalità post-Covid deve tener conto che non solo nell'intera Europa, ma soprattutto in Italia, la ricchezza e l'idoneità a concorrere alle pubbliche spese si misura sempre di più con indicatori di patrimonio che con quelli di reddito e tantomeno di consumo: ciò indipendentemente dal fatto che si acceda a definizioni, sociologiche, come quella di "società signorile di massa" che pure è stata usata recentemente con successo¹⁴⁶.

La letteratura economica dimostra che la fase di accumulazione della ricchezza in Italia e nei Paesi europei ha avuto luogo essenzialmente dopo il secondo conflitto mondiale¹⁴⁷, che di per sé ha avuto un evidente effetto redistributivo dei patrimoni, per naturali ragioni. Le generazioni che hanno beneficiato di meccanismi di accumulo della ricchezza (agevolati peraltro da una fiscalità sostanzialmente più mite rispetto all'italiana) sono le nate subito dopo il secondo conflitto mondiale: proprio quelle che ora vengono colpite più duramente dal virus, e che rivendicano maggior tutela.

I *Trente glorieuses*, come sono definiti in Francia, sono stati verosimilmente un momento unico e irripetibile della traiettoria di crescita del vecchio continente e hanno determinato squilibri nel possesso della ricchezza (e di riflesso, dei redditi) che ancora oggi è difficile correggere. Ciò dovrebbe condurre il legislatore a ripensare l'imposizione sulle successioni, abbassando la soglia di esenzione e al contempo introducendo misure per la riscossione frazionata del debito d'imposta per evitare che l'applicazione del tributo determini fenomeni espropriativi soprattutto quando l'asse ereditario è composto essenzialmente da proprietà immobiliari¹⁴⁸.

Non si tratta in questo senso di forme di tassazione patrimoniale a regime, che hanno sempre avuto poco successo in Italia per motivi culturali e psicologici, quanto piuttosto della necessità di far contribuire al sollevamento delle finanze pubbliche coloro che nel percorso comune dell'Italia repubblicana hanno tratto i maggior benefici, vuoi perché da sempre incisi in misura minore dal prelievo tributario, vuoi perché hanno (in media) beneficiato maggiormente dell'incremento del debito pubblico che oggi deve trovare risposta, in anni contabili chiusi dall'Italia in sostanziale disavanzo primario¹⁴⁹.

¹⁴⁶ L. Ricolfi, *La società signorile di massa*, Milano, 2019, pp. 27 e ss.

¹⁴⁷ T. Piketty, *Il capitale nel XXI Secolo*, Milano, 2014, pp. 610, 611 e 672. L'autore da un lato osserva che se da un lato le due guerre mondiali hanno avuto come effetto quello di "ringiovanire il capitale", dall'altro lato la situazione di (tendenziale) pace protrattasi dopo il secondo conflitto e in particolare dagli anni '80 ha determinato una verticalizzazione nell'accumulazione del capitale e una polarizzazione sempre più marcata tra le fasce sociali (ma a dire il vero anche nel centile più elevato della popolazione, *cf.* p. 674, nota 5).

¹⁴⁸ L'applicazione dell'imposta potrebbe poi essere limitata da forme di acquisto di titoli del debito pubblico, di modo da incidere di meno su coloro che ereditano un patrimonio diversificato con una significativa componente di titoli di stato. Di modo tale che più elevato è il numero di titoli di stato (o più alto l'ammontare degli stessi acquistati in sede di successione dagli aventi causa con le loro risorse, minore sarà l'ammontare dell'imposta dovuta).

¹⁴⁹ La dinamica espansiva del debito pubblico italiano è a tutti nota, sia nelle cause che nella progressione temporale. Riferimenti [più puntuali](#) in merito possono essere reperiti in M. Francese e A. Pace, *Il debito pubblico italiano dall'Unità a oggi. Una ricostruzione della serie storica*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, Ottobre 2008, n. 31, pp. 17 e ss.

La letteratura ha da sempre messo in luce gli effetti distorsivi di una imposta sulle successioni applicata ad uno spettro ampio di consociati¹⁵⁰. In particolare ne ha enfatizzato da un lato la scarsità del gettito e dall'altro l'applicazione quasi regressiva. È stato fatto notare in questo senso che è ragionevolmente semplice, per soggetti dotati di grandi fortune, attuare forme di pianificazione fiscale, più o meno aggressiva¹⁵¹, volte ad occultare l'asse ereditario attraverso intestazioni a società fiduciarie e di più ancora a *Trust*, *Stiftung* o *Anstalt*, soprattutto in giurisdizioni (un tempo) favorevoli. Era stato partimenti sottolineato che la dimensione transnazionale delle ricchezze (e degli assi ereditari) costituisce un altro elemento tale da sconsigliare l'applicazione di un imposta che nascerebbe intrinsecamente distorsiva (ad essere incise finirebbe per essere solo i beni in Italia e non quelli esteri, di difficile individuazione e complessa apprensione coattiva).

Lo scenario fiscale ora è profondamente cambiato. La progressiva collaborazione tra stati, sia in sede eurounitaria che OCSE ha, progressivamente, attuato forme di collaborazione e di trasparenza che hanno portato in epoca recente e in seguito all'implementazione del progetto BEPS dell'OCSE a forme di scambio di informazioni in materia fiscale e (in ambito europeo) di collaborazione alla riscossione dei tributi che di fatto permettono all'amministrazione finanziaria di avere un quadro effettivo e puntuale delle ricchezze estere dei soggetti residenti in Italia¹⁵². Se da un lato forme di elusione fiscale, se non di vera e propria evasione, sono pur sempre possibili, è altrettanto vero che molte delle pregiudiziali che da sempre hanno accompagnato ogni dibattito in merito all'imposta di successione sono venute meno. Un prelievo autenticamente *worldwide*, con finalità perequativa, su quelle ricchezze che si sono accumulate in fase straordinariamente ed imprevedibilmente fortunata nella storia del nostro Paese, dovrebbe costituire una delle pietre angolari della fiscalità post-Covid, in grado di garantire la sostenibilità del debito pubblico italiano e di correggere distorsioni ingiustificate nell'accumulazione (e quindi anche nella produzione) della ricchezza.

5. Progetto Manhattan. La gestione del debito pubblico impone nuovi modelli di finanziamento dello stato, che devono trovare un loro regime tributario di riferimento. Autorevoli giuristi hanno recentemente sottoposto all'attenzione pubblica forme di finanziamento dello stato a lunghissimo termine¹⁵³ caratterizzati da una forma di tassazione agevolata (o pari a zero): quindi inferiore rispetto a quella attuale fissa al 12,5% a fronte di una media per i proventi di natura finanziaria orientata al 26%¹⁵⁴.

Il modello di finanziamento proposto, da attuare in uno scenario autarchico derivante dalla mancata volontà politica di emettere forme di indebitamento europeo (cd. *Corona-bonds*), dovrebbe vedere il suo successo (in termini di *appeal* e di sostenibilità finanziaria) alla luce di due pilastri: il rendimento interessante (garantito dalla detassazione), la tendenziale irredimibilità del titolo (se non naturalmente sul mercato secondario) nel breve periodo, ipotizzando una emissione

¹⁵⁰ Dal punto di vista applicativo G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario, parte speciale*, Padova, 2018, p. 1029 che rileva come il tributo di fatto garantisca “*Il minimo di gettito con il massimo di complicazione*” (cfr. p. 1029, nota 2). Più in generale sul tributo e le sue criticità G. Gaffuri, *L'imposta sulle successioni e donazioni*, Padova, 2008, p. 36. Nella letteratura internazionale l'analisi più puntuale in tema di *policy* dell'imposta è quella contenuta in AA. VV., *Tax by Design*, (cd. “*Rapporto Mirrlees*”) Oxford, 2011, p. 347 (*Taxes on Wealth Transfers*)

¹⁵¹ J. A. Kay e M.A. King, *The British Tax System*, London 1990, p. 107 (richiamato dal Rapporto *Mirrlees*, p. 366, nota 28) sottolineano ironicamente che l'imposta così strutturata favorisce ingiustamente “*the healthy, the wealthy and the well advised*”. Nonostante la distanza, analoghe conclusioni potrebbero essere valide anche per la situazione italiana. T. Piketty, *op. cit.*, p. 833.

¹⁵² M. Greggi e F. Amaddeo, *Lo scambio di informazioni in materia tributaria*, in (a cura di R. C. Guerra e F. Amatucci) *L'evasione e l'elusione fiscale in ambito nazionale e internazionale*, Roma, 2016, pp. 645 e ss.

¹⁵³ G. Tremonti, *Un piano di difesa e ricostruzione nazionale*, [Corriere della Sera](https://www.corriere.it/2020/03/29/giustizia-tremonti-piano-difesa-ricostruzione-nazionale/), 29 marzo 2020.

¹⁵⁴ Art. 26, d.P.R. 29 settembre 1973, n.600.

a cinquanta anni o più. Oltre a tutto questo, andrebbe assicurata l'esclusione di tali strumenti finanziari dall'asse ereditario ai fini dell'applicazione dell'imposta sulle successioni.

In questa prospettiva, la disciplina fiscale dovrebbe agire come moltiplicatore di un rimedio al reperimento di risorse di breve periodo in chiave promozionale: in passato, in effetti, ha dato ampia prova di successo in questa direzione eppure a costi difficilmente cifrabili¹⁵⁵.

Non vanno dimenticate alcune scomode verità che si celano dietro a questa soluzione, e delle quali bisogna tener conto.

Come ogni sollecitazione a pubblico risparmio, un'emissione straordinaria di titoli di stato, a rendimenti competitivi, e in uno scenario tendenzialmente domestico (tala almeno sembrerebbe essere l'intenzione di chi l'ha proposta) finirebbe per avere un effetto di spiazzamento degli altri impegni finanziari: gli italiani smobilizzerebbero investimenti altrove per comprare i nuovi titoli, e questo altrove finirebbe per essere o il mercato azionario o quello obbligazionario classico, con ulteriore effetto depressivo nei confronti della crescita ed erosione delle forme di investimento private da parte di quelle pubbliche. Uno scenario peraltro non nuovo nel nostro paese¹⁵⁶.

Dall'altro lato, un'emissione straordinaria, per quanto più robusta della precedente, di fatto determinerebbe una espansione della base di debito pubblico italiano, con le note conseguenze in merito ai parametri di stabilità e crescita europea, contribuendo e innestare una traiettoria divergente dagli stessi.

La detassazione dei rendimenti, esattamente come ogni aggravio della medesima (seppure attuato in forma selettiva) altro non è che una partita di giro per le casse erariali: quando ente impositore e soggetto debitore coincidono, il *trade-off* fra incremento di rendimento e tassazione del medesimo è evidente.

Ne scaturisce che affinché tale misura possa avere autentico successo è necessario ripensare la tassazione dei nuovi strumenti finanziari in una logica magari emergenziale e in parte derogatoria ai principi che dovrebbero caratterizzare la fiscalità italiana. In ogni caso ogni meccanismo di incentivo sin dal breve periodo deve trovare forma con forme di prelievo maggiorato su altre manifestazioni di ricchezza

6. Segue: Fiscalità premiale, fiscalità funzionale, fiscalità selettiva. La fiscalità emergenziale e post emergenziale di sostegno del debito pubblico italiano deve essere selettiva e attuata di concerto con misure orientate sia alla promozione che alla disincentivizzazione di scelte di investimento e di risparmio. In questo senso si può pensare a forme di regolarizzazione, di condono, rivolte a individui che investano somme di contante in titoli distato a lunghissimo periodo e a redditività contenuta, anch'essa esente, garantendo in una logica condonistica la disapplicazione di sanzioni a fronte dell'emersione stessa. Tale scelta di politica fiscale, per quanto deprecabile dal punto di vista etico, avrebbe l'effetto salutare di garantire la sottoscrizione di nuovo debito pubblico evitando fenomeni di spiazzamento rispetto ad altre forme di risparmio e conseguentemente garantendo la sostenibilità degli investimenti privati.

Allo stesso modo, la logica condonistica e premiale potrebbe essere modulata a seconda della possibilità o meno di garantire ai titoli emessi un mercato secondario: si potrebbe permettere

¹⁵⁵ In letteratura vi sono riserve in merito all'utilizzo degli incentivi fiscali in uno scenario di "gioco a somma positiva", vale a dire con utilità per tutti i soggetti coinvolti (per l'erario, che incrementa il gettito e per il beneficiario che vede la sua attività stimolata). Si veda ad esempio S. Hemels, *Tax Incentives as a Creative Industries Policy Instrument*, in (a cura di S. Hemels e K. Goto) *Tax Incentives for the Creative Industries*, Berlin, 2017, p. 36.

¹⁵⁶ L'intreccio tra capitale pubblico e privato in Italia nel secondo dopoguerra è stato variamente indagato in letteratura. La posizione che qui si sostiene trova conferma ad esempio nello studio F. Coltorti, P. Marchetti, G. Piluso, C. Salini e G. Siciliano, *Dall'Unità ai giorni nostri: 150 anni di borsa in Italia*, Milano, 2011, pp. 32 e 33 ove letteralmente si rileva che: "È verosimile quindi ipotizzare che l'espansione del circuito finanziario «di Stato» abbia contribuito a marginalizzare la borsa quale canale di raccolta di capitale di rischio."

la disapplicazione di sanzioni solo a fronte dell'acquisto di titoli a lungo periodo incredibili, ovvero variando la redditività del titolo in base alla possibilità di circolazione del medesimo, magari mediante piattaforma elettronica o catena di blocchi.

Lo stesso strumento fiscale dovrebbe essere utilizzato per scongiurare forme di investimento *rent seeking* come nel comparto immobiliare, mediante una rideterminazione delle aliquote IMU da parte dei comuni, concedendo una maggiore libertà nella fissazione dell'aliquota di imposta. Questa misura dovrebbe essere coerente con la necessità di redistribuire lo *stock* di ricchezza accumulato, migliorando l'accesso all'abitazione e spostando le scelte di investimento nel comparto pubblico.

La strategia fiscale da adottare, insomma, dovrebbe essere tesa ad un impegno quanto più consensuale e negoziato del risparmio italiano, ancora ingente, coniugato a una logica chiaramente emergenziale dello stato attuale.

L'ulteriore possibilità di scontare la diversa imposta di successione attraverso titoli di lungo periodo come quelli emessi dovrebbe al tempo stesso costituire un ragionevole bilanciamento tra la tutela del patrimonio privato (comunque realizzato in un momento storico caratterizzato da una forte distorsione), e concorso alle pubbliche spese nella fase attuale. Per quanto mai investigato dal punto di vista scientifico, la solidarietà economica sancita dalla carta dovrebbe prestarsi anche a una lettura in chiave diacronica, per così dire trans-generazionale. In questo senso, in modo non dissimile al pilastro di solidarietà che caratterizza il regime previdenziale italiano ancora oggi.

7-. *Epilogo*. La cultura emergenziale in Italia non ha mai dato buoni frutti, e storicamente i rimedi che all'emergenza sono stati dati, con misure giuridiche altrettanto di emergenza, si prestano a diverse letture. Nel medio e lungo periodo è sempre difficile verificare se la perdita in diritti e garanzie fondamentali, sacrificati allo stato di necessità e alla dottrina del *clear and present danger*¹⁵⁷, sia inferiore alla minaccia che si è intesa affrontare.

Si tratta di un dibattito molto vasto che ha caratterizzato il nostro paese in epoche più o meno recenti, e che ha portato ad introdurre discipline speciale per contrastare fenomeni di particolare allarme sociale di matrice ideologica o legate alla criminalità organizzata. Per quanto meno appariscente, anche il diritto tributario italiano si è venuto evolvendo nel corso degli anni in base a logiche emergenziali che ne hanno ispirato misure condonistiche (sottoposte in genere allo stigma degli stessi consociati che ne fanno uso) ed evidenti ma ancora di più irragionevolmente punitive, che ne ispirano tuttora modelli di controllo coerenti a modelli militari e un sistema sanzionatorio oggettivamente sproporzionato¹⁵⁸.

La traiettoria di uscita dalla crisi Covid, in uno scenario autarchico, o recupera i temi di una solidarietà economica costituzionale, proporzionale, sostenibile, o costituisce un rimedio peggiore del male. In questa prospettiva, le misure fiscali proattive suggerite e tese a spostare il baricentro del prelievo sul patrimonio e sul passaggio generazionale dovrebbero essere intese come una forma di redistribuzione a ritroso tra generazioni, in un momento storico in cui le generazioni più anziane, che hanno colto più di tutte i frutti dei "trenta gloriosi" e hanno

¹⁵⁷ Ad esempio R. Finkelman (a cura di) *Encyclopaedia of American Civil Liberties*, New York, 206, I, p. 316. La dottrina del pericolo grave ed imminente è stata utilizzata soprattutto in epoca risalente (fino agli anni '70) per limitare il Primo emendamento: dunque la libertà di parola e di assembramento.

¹⁵⁸ F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Bologna, 2019. Il diritto tributario occupa un generoso spazio nelle venti tesi dell'Autore, essendo richiamato ad esempio alle pagine 56, 57, 68 e 69. Sommessamente, si dissente con l'ottimismo manifestato a p. 68, nota 10. La "salvezza non sta nella legge", poiché il diritto tributario italiano già ha assunto forme e modelli applicativi propri di una società postdemocratica.

beneficiario di un prelievo tutto sommato mite rispetto a quelle attuali, finiscono per essere quelle più bisognose dei servizi di *welfare* e di sanità attualmente erogati dallo stato sociale italiano.

Riconquistare in questo momento il senso della misura nel prelievo tributario non è solo possibile, è necessario.



IL DIRITTO DEL LAVORO NELLA PANDEMIA

di **Gian Guido Balandi*** – gianguido.balandi@unife.it

Le numerose misure in materia lavoristica assunte per fronteggiare la diffusione della pandemia non hanno sostanzialmente innovato ma in gran parte solo forzato straordinariamente limiti e criteri applicativi di istituti ordinari. Tuttavia la drammaticità della crisi difficilmente, e non auspicabilmente secondo l'autore, consentirà un ritorno ad un diritto del lavoro del tutto subordinato alle esigenze dell'impresa come quello vigente.

Siamo verso la fine di aprile, alla settima settimana del blocco delle attività proclamato per contenere l'espansione della pandemia da Covid-19 e ovviamente non c'è nessuna chiarezza su come evolverà la situazione, in particolare per quanto riguarda la riapertura delle attività economiche e le regole che dovranno essere applicate. Nella congerie di provvedimenti che sono stati adottati in queste settimane un numero non indifferente riguarda il lavoro e soprattutto la qualità che contraddistingue tali provvedimenti non è indifferente. Senza scendere nel dettaglio – altre riviste più a ciò vocate e più tempestivamente lo hanno già fatto e lo stanno facendo – interessa qui sottolineare alcuni elementi e cercare di ipotizzare se e in che termini possano rappresentare, al di là dell'emergenza, qualche torsione di prospettiva rispetto al passato.

Le misure assunte si concentrano attorno ad alcuni poli: la tutela del reddito e l'allontanamento dal luogo di lavoro, che sono quelli di carattere più strettamente di diritto sociale. L'allontanamento a sua volta articolato in due diverse prospettive: nella sospensione temporanea dell'attività e nella continuazione in altro luogo. Terzo, ma con gli aspetti lavoristici quali riflessi di disposizioni di carattere generale quelle in materia sanitaria e di igiene per prevenire la diffusione del contagio.

La normativa in materia di tutela del reddito è complessa – forse inutilmente complessa – ma *ictu oculi* non si coglie qui una tensione alla semplificazione, mentre forse questa necessità di espanderne l'area di applicazione avrebbe potuto suggerire di cogliere l'occasione per sfrondare tanta moltiplicazione di istituti, ma è doveroso ammettere che l'urgenza non era il clima per un ripensamento che avrebbe avuto bisogno di sapienza sistematica. Viene allargato il campo di operatività degli strumenti presenti nell'ordinamento – Cassa integrazione in tutte le sue articolazioni e assegno ordinario – e altri ne vengono inventati a favore di condizioni lavorative non tutelate, come professionisti, lavoratori autonomi, collaboratori e altri (con la criticabile

*Professore Ordinario di Diritto del lavoro

esplicita esclusione del lavoro domestico, rischiando oltretutto di farne un fattore di diffusione del contagio); altre esclusioni con ogni probabilità emergeranno proprio dall' avere conservato la struttura "ordinaria" della tutela del reddito, a base essenzialmente occupazionale. L'emergenza impone tuttavia di evitare alcuni passaggi burocratici – commenti usano l'espressione de-burocratizzazione amministrativa - e la semplificazione delle procedure di consultazione sindacale che però non sparisce. Sono sospese anche le "misure di condizionalità" legate a queste forme di tutela del reddito ma anche al reddito di cittadinanza; sospensione logicamente imposta dalla impraticabilità della ricerca di una nuova occupazione in condizioni di lockdown generalizzato. Insomma, c'è dunque continuità sostanziale con le misure ordinarie, con i mutamenti dovuti alla modifica - in molti se non nella prevalenza dei casi – del fattore oggettivo che determina la sospensione dell'attività lavorativa: non più la crisi di mercato, la ristrutturazione, la crisi aziendale, ma il *factum principis*, in caso di chiusura disposta dai D.P.C.M. ovvero l'adeguamento alle "raccomandazioni" egualmente provenienti dalla stessa autorità di governo.

In questo quadro si colloca anche il blocco dei licenziamenti collettivi e di quelli individuali per giustificato motivo oggettivo, che però ha una durata più limitata, sessanta giorni, rispetto ai sei mesi dell'emergenza: una misura emergenziale di ordine pubblico economico, strettamente legata alla garanzia del reddito nelle forme che suppongono la continuità dell'impiego.

L'allontanamento dal luogo di lavoro sub specie di congedi è anch'esso favorito moltiplicando le ipotesi, sia con che senza indennità, in relazione alla sospensione dell'attività lavorativa come pure in relazione alla sospensione delle attività scolastiche, dunque nell'ambito della tutela della famiglia e della genitorialità. Questa possibilità di assentarsi in occasione della chiusura delle scuole è, in assenza di altre tutele, assistita dal divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro. Assieme ai congedi è sollecitata l'anticipazione, o comunque l'impiego delle giornate di ferie disponibili.

La modalità più significativa di allontanamento è costituita però dalla sollecitazione alla pratica del c.d. "lavoro agile", definita addirittura come «la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni» e fortemente raccomandata nell'impiego privato. E qui si incontra la forse più vistosa deroga formale al diritto del lavoro non emergenziale: tra le misure che possono essere adottate, ai sensi dell'art. 2 del dl 19/2020, si annovera la « predisposizione di modalità di lavoro agile, anche in deroga alla disciplina vigente», e tale è stata, in particolare la possibilità di prescindere dall'accordo individuale previsto dall'art. 18 della legge 81/2017. In altre parole, il datore di lavoro può spedire il dipendente a lavorare da casa indipendentemente dalla sua disponibilità a questa modifica, pur «nel rispetto dei principi» della legge 81, come si esprimeva il D.C.P.M. 25 febbraio.

Tra questi principi non c'è il richiamo alla contrattazione collettiva, che faccia da punto di riferimento per l'accordo individuale e di conseguenza il provvedimento unilaterale del datore sembrerebbe poter disporre arbitrariamente *terms and conditions* dello svolgimento "agile" della prestazione, salvo la parità di trattamento economico e normativo con il lavoratore non agile (cioè con se stesso prima di essere stato spedito a domicilio); tuttavia, se il contratto collettivo, generale, applicabile contiene disposizioni sul lavoro agile, queste continueranno ad avere validità, la deroga riguardando solo la necessità dell'accordo individuale.

Le misure intese a contenere la diffusione del contagio si riverberano sull'ambiente di lavoro in termini di dispositivi di protezione individuale, regole di distanziamento sociale ecc. senza che entrino a far parte dello specifico della prevenzione di "quel" luogo di lavoro, a meno che non si tratti di attività che attengono direttamente e di per sé a quel rischio biologico, come i servizi sanitari o ospedalieri. In particolare, è significativo in proposito il "Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro" sottoscritto dalle parti sociali in 14 marzo e richiamato all' art. 1.3 del D.P.C.M. 22 marzo, che contiene appunto le misure di adeguamento dell'organizzazione del lavoro a quanto disposto dalla pubblica autorità, responsabile della valutazione di tale rischio generico che incombe su tutta la popolazione e in tutte le circostanze.

Questo sguardo per sommi capi alla normativa emergenziale lavoristica mette in luce l'assenza di sostanziali innovazioni, come è anche comprensibile che non fosse tempo, quello dell'emergenza, per innovare ma solo per fronteggiare gli eventi con la forzatura straordinaria di strumenti ordinari. Così è per la cassa integrazione e gli altri provvedimenti di sostegno al reddito estesi oltre i propri limiti ma con i meccanismi di sempre; così per l'ampliamento dei congedi o la sollecitazione alle ferie. La stessa limitazione dei licenziamenti risponde alla stessa logica: quella relativa alle assenze connesse al blocco delle attività scolastiche per chi non possa altrimenti fruire di congedi attiene appunto all' ampliamento del congedo per ragioni di famiglia. Quella dei licenziamenti collettivi e per giustificati motivi oggettivi risponde alla impossibilità di valutare la «riduzione o trasformazione di attività o di lavoro» ovvero le «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» come non conseguenti alla pandemia. Qui colpisce semmai che la durata - sessanta giorni - non corrisponda a quella dell'emergenza, come proclamata in sei mesi dalla delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020. Nel caso del lavoro agile si registra quella che è forse l'unica significativa modifica: la possibilità di prescindere dall' accordo individuale, con le potenziali ricadute, in assenza di presidi collettivi, anche sulle regole applicabili a tale attività a distanza. Per quanto riguarda la sicurezza sul lavoro, infine, al datore di lavoro si impone l'obbligo – di nuovo di ordine pubblico – di adeguarsi alle normative generali di prevenzione del contagio, traducendole nel proprio contesto organizzativo – come ha fatto in generale il Protocollo del 14 marzo, stipulato tra le principali organizzazioni sindacali e datoriali – senza essere gravato però della ridefinizione di un proprio specifico profilo di rischio.

Cosa resterà di queste previsioni al termine del periodo di emergenza – i sei mesi 31 gennaio 31 luglio 2020 previsti dalla delibera governativa del 31 gennaio e richiamati da molte norme successive? Tutte quelle che sono inserite in testi che esordiscono con – o contengono – espressioni del tipo «Fino al termine del periodo di emergenza...» decadranno automaticamente, alla fine o alla sopravvivenza temporanea di altre provvederà l'interpretazione. Se è vero che nelle misure di queste settimane non è sembrato di dover registrare innovazioni significative, credo che non si possa affermare che il dopo-pandemia vedrà semplicemente un ritorno al come eravamo: basti pensare all'alto valore simbolico del seppur transitorio blocco dei licenziamenti, allo scadere del quale pare problematico si possa tornare alla sostanziale libertà di recesso dell'ordinamento pre-emergenziale. Insomma, troppo forti, traumatici gli effetti di questa crisi perché si possa pensare che il diritto del lavoro della diseguaglianza, della precarietà, della passiva

subordinazione alle ragioni dell'economia liberista possa riprendere tranquillamente i suoi percorsi.



LE ISTITUZIONI ALLA PROVA DELL'EMERGENZA: IDEE E STRATEGIE PER RIPARTIRE

di **Gianluca Gardini*** – gianluca.gardini@unife.it

L'emergenza sanitaria sta dividendo l'opinione pubblica su alcune questioni fondamentali per la vita politica, economica e civile del paese. Si assiste così alla polarizzazione del dibattito intorno ad alcuni principi e valori antagonisti.

1) **Anzitutto la crisi approfondisce il divario, mai realmente sopito, tra centralisti e autonomisti.**

In questo periodo si sono levate molte voci autorevoli (CASSESE, MIRABELLI, NEPPI MODONA, ORLANDO, CRIMI) per evidenziare come la gestione della crisi abbia portato allo scoperto l'inadeguatezza dell'articolazione dei poteri tra centro e periferia, le eccessive differenziazioni degli interventi regionali e locali (non solo nella sanità), che costituiscono un intralcio per la guida unitaria del paese dinanzi alle emergenze. Per questo motivo si propone un riaccostamento della sanità, trasferendo questa materia dalle competenze concorrenti a quelle esclusive dello Stato. Verrebbero così riportate allo Stato le funzioni in materia di tutela della salute, che anche nei sistemi decentrati risultano spesso centralizzate. Altri auspicano l'introduzione nell'ordinamento costituzionale di una clausola di supremazia in favore dello Stato (presente nella riforma costituzionale bocciata dal referendum del 2016) che garantirebbe una regia unitaria delle principali politiche pubbliche. In realtà, come qualcuno ha ricordato (ONIDA, PINELLI), gli elementi di tenuta unitaria del paese sono già presenti nella Costituzione (art. 117, comma 2 lett. q, art. 120 Cost.) e nella legislazione di settore (protezione civile, sanitaria, ordinamento locale).

Vi è il rischio che, seguendo questa direzione, anziché una riflessione su cinquant'anni di regionalismo e sulle prospettive per il suo sviluppo, si inneschi una critica distruttiva del Titolo V della Costituzione, all'insegna del accentramento delle competenze legislative e amministrative faticosamente devolute alle Regioni (PIPERNO).

In realtà la differenziazione delle competenze tra Stato, regioni e enti locali serve proprio ad adattare meglio le politiche generali alle specificità dei diversi territori e alle differenti esigenze delle popolazioni. La legislazione ambientale (peraltro materia esclusiva dello stato) fornisce un valido modello di relazione centro-territori, consentendo alle regioni la possibilità di stabilire misure più restrittive a tutela dell'ambiente, senza mai scendere sotto il livello standard di garanzie fissato

*Professore Ordinario di Diritto amministrativo

dallo Stato. Gli studi epidemiologici sui tamponi in Veneto sono un esempio, in senso positivo, della capacità di differenziare su base regionale le misure sanitarie disposte in modo uniforme dal Governo per il territorio nazionale.

Il punto non è la collocazione formale di una materia all'interno delle competenze esclusive dello Stato o, all'opposto, delle Regioni (eventualmente sfruttando la maggiore autonomia ex art.116, comma 3). Il punto è armonizzare le competenze. Non occorre riaccentrare (anche perché l'operazione andrebbe fatta per molte altre materie concorrenti, non solo per la sanità) ma semmai potenziare e migliorare il funzionamento delle “sedi della cooperazione”, ovvero gli organismi misti tra Stato, Regioni ed autonomie locali. Al di là dell'assetto formale delle competenze, negli ultimi venti anni le principali politiche pubbliche sono state definite all'interno del “sistema delle Conferenze”: ciò è avvenuto anche nel settore della salute, con risultati spesso positivi (ad esempio per la definizione dei LEA, nonostante la materia rientri nella competenza esclusiva dello Stato). Senza dimenticare che l'attuale crisi avrà come (potenziale) effetto quello di far aumentare le risorse economiche a disposizione della sanità, attirando finanziamenti europei a basso costo per investimenti sanitari (DENTE): non è questo il momento per ipotizzare pericolose ricentralizzazioni, che finirebbero per distanziare ancora di più il servizio dal territorio e dai bisogni reali dei cittadini.

2) **In secondo luogo, si è riaperto l'antico conflitto tra pubblico e privato, tra Stato e mercato.**

La gravissima emergenza collegata alla pandemia ha dimostrato con evidenza come dalle amministrazioni dipenda, in ultima istanza, la sopravvivenza della società stessa (CASSESE). Se non avessimo avuto alle spalle una tradizione quasi secolare di erogazione pubblica di servizi di prevenzione, assistenza e cura, se non esistesse un sistema pubblico che garantisce ai cittadini – anche ai meno abbienti – prestazioni sanitarie in forma accessibile, non discriminatoria e continuativa, l'esito del contagio sarebbe stato ancora peggiore di quello che oggi tristemente registriamo.

Ne usciamo quindi con una diversa consapevolezza dello Stato sociale, dell'importanza che i diritti fondamentali trovino una garanzia ultima nelle istituzioni pubbliche. La lezione della crisi è stata decisiva per sgombrare il campo da un equivoco in cui molti erano caduti: l'Amministrazione pubblica non è un nemico da combattere, ma un'organizzazione di cui non è possibile fare a meno (GAROFOLI).

La necessità di un'amministrazione sarà ancor più evidente nella fase della ripresa e del rilancio economico. D'ora in poi, e per diversi anni, la crisi sanitaria e quella economica avanzeranno su binari paralleli, e si abatteranno su milioni di italiani, soprattutto quelli che già prima dell'epidemia vivevano in povertà assoluta o relativa, e su una sanità pubblica gravemente indebolita. L'epidemia ci lascia in eredità una situazione economica e sociale difficilissima, paragonabile alla fase post bellica, che richiederà un massiccio intervento dello Stato e delle amministrazioni pubbliche (c'è chi parla di una fase neokeynesiana: CANTONE), per garantire investimenti nelle infrastrutture e aiuti a imprese, commercianti, artigiani e lavoratori, sussidi ai

disoccupati. Occorreranno apparati amministrativi efficienti per gestire le politiche sociali, assistenziali, educative, progettare e gestire gli investimenti pubblici, elaborare strategie per crisi delle imprese, per stabilizzare e rilanciare alcune filiere produttive aggredite dalla crisi, riprogettare quindi il ruolo dello Stato nell'economia, tutelare gli interessi nazionali da incursioni straniere.

Come spesso accade, le crisi di questo tipo possono risolversi in un'opportunità generalizzata: negli anni che seguirono la Seconda guerra mondiale, i Paesi sconfitti e che avevano anche subito le più pesanti distruzioni, Germania, Giappone, Italia, conobbero uno sviluppo economico più elevato dei vincitori di quella guerra. Si chiama «effetto Fenice»: la mitica creatura che risorge dalle proprie ceneri (PANEBIANCO).

Tuttavia è sui modelli di sviluppo, sulle ricette per la ricostruzione che si registra la massima divergenza di opinioni.

Alla visione neokeynesiana, panstatalista, si contrappone quella panliberista. È circolato in questi giorni l'invito del professore Carlo *LOTTIERI* (università di Verona) a sottoscrivere un appello per contrastare il progetto di un assistenzialismo generalizzato e di un'ulteriore moltiplicazione di quelle regole che, da decenni, intralciano il mercato e azzoppano l'economia. I sottoscrittori richiedono che il costoso e inefficiente apparato statale e parastatale venga più presto privatizzato e liberalizzato, devolvendo al mercato una larga parte delle proprie attività e dei propri dipendenti¹⁵⁹.

L'emergenza sanitaria ci ripropone in sostanza l'alternativa - mai veramente superata - tra pubblico-privato. Autorità vs. libertà, il binomio che ci ha accompagnato per quasi tutto il secolo passato. Per non ricadere nella sterile contrapposizione tra questi poli, occorre trarre un insegnamento costruttivo dalla crisi: molte libertà individuali, quelle positive in particolare, non possono trovare realizzazione nel mercato grazie allo spontaneo incontro tra domanda e offerta, ma richiedono l'intervento pubblico per essere assicurate a tutti, a condizioni uguali e accessibili, nel rispetto di standard qualitativi minimi, senza discriminazioni geografiche o di provenienza. Davanti al pericolo di vita o di povertà, che grava in modo differente e iniquo sulle persone a seconda del loro censo e provenienza territoriale, occorre un intervento riequilibratore dei poteri pubblici, una redistribuzione delle opportunità tra tutti i cittadini attraverso regole perequative, speciali e soprattutto pubbliche. È l'idea del servizio universale, che ha resistito al liberismo europeo e alla riduzione globale della sfera pubblica che esso ha comportato, attraversando longitudinalmente la dicotomia pubblico-privato: i prossimi governi saranno chiamati a riflettere su come pubblico e privato debbano d'ora in avanti convivere e armonizzarsi, per far fronte alle insidie del "sogno globalista".

Il tema non è dunque più amministrazione o più mercato, ma garantire un'amministrazione efficiente, dotata di una classe dirigente adeguata, che faccia funzionare al meglio il mercato, evitandone i fallimenti e le asimmetrie.

¹⁵⁹ Si legge nel Manifesto "Le risorse che sono nella disponibilità dello Stato devono direttamente pervenire agli interessati, senza passare necessariamente attraverso tutto quell'armamentario che ne ritarda l'erogazione e, soprattutto, che (passando per mille enti e un asfissiante percorso burocratico) incide pesantemente sulla consistenza degli aiuti stessi, riducendoli in modo sensibile e favorendo quel clientelismo e quella corruzione che con facilità si annidano proprio negli apparati burocratici".

3) **La dialettica tra pubblico e privato porta con sé un'altra contrapposizione ideologica: regolazione vs. liberalizzazione. E, a seguire, discrezionalità vs. vincolo.**

Se per un verso il sistema sanitario è universalmente applaudito e l'intervento delle istituzioni è ritenuto indispensabile per la ripresa economica, per altro verso la società percepisce l'amministrazione come un peso, e mostra una totale insofferenza rispetto ai vincoli burocratici. Secondo il Rapporto Censis 2019, la fiducia dei cittadini nell'Amministrazione pubblica italiana è la più bassa (29 per cento) dei paesi europei dopo Grecia e Croazia, a fronte di una media del 51 per cento, con punte, tra i maggiori paesi, del 58 per cento in Francia e 67 per cento in Germania.

Lo stesso Parlamento, convinto dell'atavica inadeguatezza dell'amministrazione, cerca sistematicamente (con punte nei periodi di crisi) di sostituirla con leggi autoapplicative, mentre il Governo istituisce in modo compulsivo organismi straordinari per la gestione dell'emergenza. La conseguenza di questa sfiducia generalizzata nei confronti dell'amministrazione è la ipertrofia regolativa, la duplicazione di disposizioni e la sovrapposizione di organismi, con ricadute pericolose sulla certezza del diritto. In questi due mesi sono stati adottati 600 atti normativi di autorità diverse, di cui ben 379 a livello regionale e locale, e sono state create 13 unità di crisi solo a livello centrale (tra task force, cabine di regia, comitati tecnici e di supporto), più innumerevoli comitati di saggi e esperti a livello territoriale. Una babele di disposizioni e voci che ha come finalità unica quella di amministrare l'emergenza dall'alto, curare l'interesse pubblico *tagliando fuori gli apparati amministrativi* che sono istituzionalmente preposti alla sua cura..

Non è quindi un caso che in questo periodo si siano moltiplicati gli interventi di intellettuali, politici, esponenti del mondo delle professioni e delle imprese, diretti a mettere in guardia contro il rischio che alla pandemia virale faccia seguito una pandemia statalista.

La pandemia statalista ha come principale sintomo l'ipertrofia delle regole, il moltiplicarsi di adempimenti inutili.

Andrea ZOPPINI, in un'intervista pubblicata sul Corriere il 7 aprile, parla di «regole duplicate da cancellare», e pone con forza il problema dell'eccesso delle regole amministrativa e di un impianto sanzionatorio pletorico. Lo stesso CANTONE (sic!) suggerisce, almeno per un primo periodo successivo alla fine dell'emergenza, di adottare norme derogatorie rispetto a quelle esistenti (si pensi all'intero "sistema" dell'anticorruzione), da compensare con meccanismi di trasparenza finché, in un orizzonte temporale più lungo, non si giungerà alla riscrittura dei criteri dell'azione amministrativa.

Tuttavia, se esiste un consenso diffuso sulla necessità di intervenire sull'amministrazione per semplificare il suo *modus operandi*, per renderla più efficiente, produttiva, capace di progettare e gestire, le opinioni si divaricano sensibilmente sul modo migliore per realizzare quest'obiettivo comune. Secondo alcuni, la soluzione è quella di ridurre al massimo – se non azzerare – la discrezionalità, quintessenza del potere amministrativo. Per ottenere questo risultato si vorrebbe sostituire il potere decisionale pubblico con un reticolo di norme così fitto da precludere ogni

spazio decisionale all'amministrazione. Ogni situazione, ogni evenienza è risolta attraverso l'applicazione di regole predeterminate, che sostituiscono la ponderazione tra gli interessi in campo e hanno il prego di prevenire la tentazione corruttiva legata all'uso della discrezionalità. In fondo è il modello lanciato dal "sistema" dell'anticorruzione: Anac, giudice penale, giudice contabile sono i soggetti chiamati dal legislatore ad applicare una fitta rete di regole, che comprime la discrezionalità amministrativa, per realizzare l'obiettivo dell'amministrazione integra ed efficiente. Il paradosso del sistema dell'anticorruzione è che all'ampliamento delle regole corrisponde una complicazione, un aggravamento dell'attività burocratica, di tipo formalista, che finisce per aumentare e non ridurre il malfunzionamento dell'amministrazione (DELSIGNORE, RAMAJOLI).

Secondo altri, all'opposto, il modo migliore per ridurre la discrezionalità amministrativa è sottrarre *tout court* all'amministrazione il potere di decidere, restituendo al mercato e agli operatori economici la capacità di organizzare da sé le proprie attività e gestire i nuovi rischi. Liberalizzare, in una parola: «bisogna disboscare la selva delle regole, perché quanti evocano il "boom" successivo alla Seconda guerra mondiale dovrebbero ricordare come allora chi voleva intraprendere poteva farlo con facilità: non c'erano tutte le leggi che ora impediscono ogni iniziativa, né vi era una pressione fiscale come l'attuale», si legge nel manifesto di LOTTIERI. Secondo questa impostazione la necessità di ottenere un titolo, un'autorizzazione preventiva per esercitare l'iniziativa economica privata *esalta* il potere discrezionale della burocrazia: laddove, invece, le società prosperano quando sono libere di evolvere e organizzarsi autonomamente (PANEBIANCO).

Altri ancora, da una prospettiva diversa, sottolineano che il potere discrezionale è indispensabile per definire in modo chiaro l'ordine degli interessi da perseguire. La discrezionalità amministrativa è la capacità di identificare e realizzare l'interesse pubblico *in concreto*, è l'unico modo per adattare l'amministrare alla realtà, e non corrisponde a arbitrarietà o a elusione delle regole. Per questo, si afferma, occorre dare fiducia all'amministrazione in questa fase storica, dove la capacità di individuare e perseguire l'interesse pubblico sarà essenziale, data la scarsità delle risorse in campo (PAJNO).

Ed è quest'ultima, mi pare, la strada da seguire. Nei prossimi mesi sarà fondamentale riqualificare gli apparati amministrativi e tecnici, settore per settore: dal servizio sanitario alla Protezione civile, dalla gestione del debito pubblico alla sostenibilità ambientale, dal rafforzamento infrastrutturale del paese agli appalti pubblici. Nei settori su cui si concentra la capacità di rilancio del paese bisognerà verificare lo stato dei corpi amministrativi, prendendo atto delle relative criticità, mettendo in campo le misure di rafforzamento organizzativo, digitale, qualitativo, non solo quantitativo (GAROFOLI). Valorizzando, e non negando, l'uso del potere discrezionale da parte delle amministrazioni interessate: avendo chiaro che la discrezionalità autentica deve essere assistita da regole semplici e da controlli e responsabilità rigorose.

4) Da ultimo si riaccende l'attenzione intorno alla distinzione funzionale tra politica e amministrazione, oltre che intorno alla separazione tra i poteri di vertice

Da un lato, la crisi sanitaria – più di ogni altra precedente – ha letteralmente eclissato la distinzione tra politica e amministrazione, il principio che guida il nostro sistema pubblico da ormai tre decenni. I politici, i vertici degli esecutivi in particolare (statali, regionali e locali), hanno assunto il comando esclusivo dell'emergenza, mostrando un decisionismo e un protagonismo (anche mediatico) sconosciuti alle esperienze passate. La dirigenza pubblica è del tutto oscurata dalla figura dei leader politici, che accentrano su di sé ogni decisione, comprese quelle tecniche e gestionali (non ricordo una sola intervista a un DG di ASL o ministeriale, a fronte di decine di interventi pubblici di governatori, ministri, assessori alla sanità).

Al tempo stesso, l'emergenza sembra aver abolito il meccanismo di contrappesi tra poteri che è alla base dello Stato costituzionale moderno. Nella gestione della crisi i governi (a tutti i livelli) hanno del tutto marginalizzato i parlamenti, le assemblee rappresentative in cui trovano espressione le diverse posizioni e interessi presenti nel tessuto sociale. Questo si è verificato in particolar modo a livello territoriale, nelle regioni e nei grandi comuni, dove il sistema elettorale prevede la legittimazione diretta degli esecutivi. A livello centrale il ricorso al decreto-legge, per quanto tardivo e segnato da molte deleghe in bianco al PCDM, ha comunque garantito un coinvolgimento del parlamento. In parte si tratta di un effetto fisiologico legato alle crisi, che richiedono rapidità di risposta e flessibilità dinanzi all'urgenza, in parte il fenomeno è amplificato da un singolare protagonismo degli esponenti di governo, a tutti i livelli, conseguente alla deriva maggioritaria del sistema.

D'altro lato, con una sorta di paradossale inversione, la crisi attuale ha enfaticizzato l'importanza degli specialisti, dei corpi tecnici in generale (dai virologi, ai manager sanitari, economisti, sociologi, esperti di protezione civile, ecc.). La politica ha improvvisamente avvertito la necessità di avvalersi di tecnici, esperti che dispongano di competenze specialistiche. Partendo da questo presupposto condivisibile si è passati rapidamente all'estremo opposto, alla convinzione che i corpi tecnici, gli specialisti possano sostituirsi ai politici, decidere anziché limitarsi a consigliare. E' un errore altrettanto grave di quello che ha condotto la politica a schiacciare l'autonomia della dirigenza professionale: la politica deve ovviamente servirsi di competenze specialistiche, ascoltare i tecnici, ma alla fine la "sintesi" delle valutazioni e delle opzioni in campo spetta necessariamente a chi governa. A questo serve la rappresentanza democratica, per questo motivo si ricorre alla mediazione della politica nella gestione della *res publica*.

È importante distinguere le competenze, le funzioni di indirizzo da quelle di gestione, al fine di assicurare scelte imparziali e di evitare pericolose confusioni di responsabilità nella cura dell'interesse pubblico. Non serve invece chiedere ai tecnici risposte finali se il problema vero è scegliere tra le opzioni in campo (VILLONE). La differenza tra governi tecnocratici e liberal-democratici sta proprio in questo (URBINATI)



IL PROCESSO PENALE DALLO *IEROS KUKLOV* AGLI *AUTÓMATOI*

di **Edoardo Bandiera*** – edoardo.bandiera@unife.it

La decretazione di urgenza che si è susseguita con rapidità nell'arco dei mesi di marzo ed aprile ha dato un nuovo volto, seppur temporaneo, alla giustizia penale, della quale si è ridisegnato il volto processuale al fine di limitarne la quarantena. L'elevazione del processo da remoto a modello ordinario di celebrazione del fenomeno processuale desta invero alcune perplessità, non solo perché si pone in netta rottura con la tradizionale esperienza giuridica che ha visto nel processo un fenomeno la cui manifestazione è ontologicamente connaturata ad uno "spazio chiuso" reale, ma soprattutto perché stride con alcuni cardini della disciplina domestica e del modello di processuale accusatorio.

SOMMARIO: 1. In principio era il mito. Una premessa non solo topografica. – 2. Le conseguenze del virus: la smaterializzazione del processo penale – 3. Immediatezza: il giudice dietro lo specchio. – 4. Oralità: la prova nello spazio espanso e la rottura dell'unità di luogo. - 5. Il tempio vuoto: la grande fuga. – 6. I giudici *autómatoi*.

1. Per un processualista l'immagine è conosciuta, forse abusata. Achille, dopo avere versato lacrime amare per la morte di Patroclo, decide di deporre l'ira e tornare a combattere; la madre Teti intercede dunque presso il fabbro celeste Efesto perché il figlio abbia nuove armi e il dio zoppo, sensibile alla bellezza, forgia per l'eroe una sontuosa panoplia. Di tutti i manufatti che compongono l'armatura svetta per bellezza lo scudo "grande e pesante", istoriato con cinque centri concentrici, il secondo dei quali nel rappresentare la città in pace si compone di due scene: da un lato, un matrimonio, dall'altro lato, un processo¹⁶⁰.

Quest'ultima scena, compendiata in pochi versi, costituisce la prima testimonianza scritta del diritto nella Grecia antica e, al contempo, rappresenta la prima immagine che la letteratura occidentale abbia dedicato alla manifestazione del fenomeno processuale. La rappresentazione è completa: si scorgono infatti le parti che, dopo aver fissato l'oggetto della lite lo devolvono ad un giudice collegiale, il gruppo degli anziani; un arbitro nel centro della scena; le guardie che tengono lontano il popolo che assiste alla contesa. Giova soffermarsi allora sul gruppo dei gheronti, i quali sono seduti su scranni aventi un duplice compito: segnano l'importanza del ruolo ricoperto ma, soprattutto, evidenziano come l'agone, il rito, si svolga all'interno di uno spazio chiuso: è il famoso *ἱερω ἐνὶ κύκλῳ*, il cerchio sacro entro il quale si dà giustizia.

¹⁶⁰ Cfr. OMERO, *Iliade*, canto XVIII, v. 497-508, trad. Giovanni Ceri, Milano, 2004, p. 1014, testo critico D.B. Mondo-T.W. Allen, *Homeri Opera*, I-II, Oxfors, 1902.

* *Dottore di ricerca in diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*

L'idea è quella per cui il processo vive di una dimensione spaziale e temporale propria, sorretto da regole e forme esclusive, attraverso le quali opera la supposizione che si realizzi la giustizia; un *temenos* appunto che sfugge dalle leggi che regolano la vita quotidiana¹⁶¹.

Questa separatezza dal mondo reale tanto cara al diritto greco, invero, era ben conosciuta e condivisa anche dai giurisperiti del diritto comune; prova ne sono le sapienti raffigurazioni dei miniatori medioevali che l'hanno riprodotta tramite l'immagine del recinto all'interno del quale si svolgeva il processo¹⁶².

Il processo, anche dopo aver lasciato il mondo pagano, rimane connesso con la dimensione trascendente, permane cioè in uno spazio sospeso, e questo poiché «*la procedura e la via giudiziaria per la risoluzione dei conflitti sembra abbiano avuto origine in Paradiso*»¹⁶³. Così, le aule dei luoghi ove si celebra il rito – si chiamino tribunali, palazzi di giustizia o cittadelle giudiziarie – non solo si somigliano tutte fra loro, ma rimandano per forza simbolica propria ad un luogo *extra-ordinario* e *atemporale*, un luogo che incute in un certo modo timore riverenziale.

Proprio come nello scudo di Achille, il pubblico può ascoltare, può vedere, ma deve arrestarsi di fronte ad uno spazio chiuso e riservato alla sola *classe* degli operatori del diritto (magistrati, avvocati)¹⁶⁴. L'immagine l'abbiamo tutti in mente sin da bambini: gli stalli dedicati al collegio giudicante sono rialzati e ordinati ad emiciclo; quest'ultimo è chiuso dai banchi delle parti, dietro i quali uno steccato, una recinzione, tiene lontano gli spettatori assisi e inerti a partecipare (passivamente) alla celebrazione del rito; al centro, nel semiciclo che si crea fra i banchi di accusa e difesa e quelli del collegio¹⁶⁵, residua uno spazio vuoto, forse il luogo ove ci si aspetta che *dike* si manifesti¹⁶⁶.

Il pubblico è, quindi, spettatore passivo ed al contempo ineliminabile, giacché «la giustizia è amministrata in nome del popolo» (art. 101, comma 1 Cost.) e l'udienza dibattimentale deve svolgersi a porte aperte, sì da consentire al pubblico che voglia partecipare di vedere ed ascoltare; ecco quella che la dottrina ha chiamato pubblicità immediata, mezzo che innesta un seme di trasparenza nell'azione liturgica, la quale quindi diviene accessibile al mondo esterno.

¹⁶¹ J. HUIZINGA, *Il processo: gara, gioco e sacralità*, in *Indice penale*, 1994, p. 213 s.; A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2006, p. 9 s., sempre A. GARAPON-J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Parigi, 2018, p. 169, «Il processo è il risultato di una connessione fra spazio e tempo, fra un atto passato e un avvenimento del presente, fra percezioni soggettive e una realtà oggettiva [...] Il buon processo è quello che sa creare una sinergia fra questi tre tipi di efficacia processuale, simbolica e sociale».

¹⁶² F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1985, p. 310 s. Sul diverso, ma connesso tema della ricaduta della separatezza sui poteri cognitivi del giudice, sia consentito rimandare a E. BANDIERA, *Quod non est in actis non est de hoc mundo*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2015, p. 539.

¹⁶³ Così DURANTE, *Speculum iudiciale*, Basilea, 1574, (rist. Aalen, 1975), I, 5, 24. *Amplius* v. B. PASCIUTA, *Fra diritto e teologia: l'argomentazione processuale nella cultura medievale*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p.

¹⁶⁴ Si noti, infatti, che sia l'imputato, sia le parti eventuali non possono stare in giudizio, cioè accedere allo "spazio sacro", se non con l'assistenza di un avvocato, quindi di un soggetto che conosce il rito e può accedere alla parte separata.

¹⁶⁵ La situazione è plasticamente normata dall'art. 146 disp. att. c.p.p. a tenore del quale «nelle aule di udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all'organo giudicante». Sempre F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 929 e 931, così descrive la scena pubblica «la governa il presidente [...]»; l'interno segnala una dialettica accusatoria; pubblico ministero e difensori siedono allo stesso livello, davanti ai giudici. Considerato in chiave antropologica, è teatro e "mistero" [...]; gli attori vi celebrano cose fuori dal mondo profano e anche sul piano giuridico l'atto richiede un luogo separato. Riuscirebbe alterato in piazza, oppure sotto l'occhio cinematografico o televisivo [...] e quella pupilla meccanica modifica l'avvenimento, influenzando sugli attori [...] Hanno un costo emotivo, i dibattimenti: e il luogo conta molto nell'economia psichica; non è lo stesso stare nell'aula o in piazza. Sono rilievi antropologicamente ovvi: i processi implicano tempo e spazio separati, ossia sacri».

¹⁶⁶ Cfr. R. PARADISI, *Il logos del processo*, Torino, 2015, p. 98-99.

2. Finito il tempo della poesia, arriva quello (arido) della prosa. Il tempo del processo da remoto¹⁶⁷, della smaterializzazione fisica dei luoghi, della rottura dello spazio “scenico”, della celebrazione di tanti soliloqui.

L'insorgere ed il rapido espandersi dell'epidemia di Sars-CoV-19 ha travolto, fra le altre cose, anche il “sistema giustizia”, alla sopravvivenza del quale il legislatore ha pensato con una serie di decreti che si sono susseguiti nell'arco dell'ultimo mese, con il precipuo intento di non “mandare in quarantena” il sistema giustizia, contemperando le esigenze sanitaria e la necessità di risposta giurisdizionale. Così, da un lato si è proceduto a sospendere *ex lege* tutte le udienze che si sarebbero dovute celebrare nel periodo 9 marzo/15 aprile 2020, periodo poi esteso fino al successivo 30 giugno; parimenti, si è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto civile o penale e, ove il termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo. Dall'altro lato, si sono delineate “nuove forme” mediante le quali procedere alla celebrazione *necessaria* dei procedimenti individuati dall'art. 83, comma 3, lett. b) del d.l. 2020, n. 18.

Si tratta in particolare dei procedimenti di convalida di arresto o fermo; dei procedimenti nei quali nel periodo di sospensione scadono i termini di cui all'art. 304 c.p.p., nonché dei procedimenti in cui è stata applicata la misura di sicurezza detentiva o in cui è pendente la richiesta per la sua applicazione. A questi si aggiungono i procedimenti che andranno celebrati su richiesta dell'interessato, ovverosia: quelli a carico di persone detenute; quelli in cui sono applicate misure cautelari o di sicurezza; nonché quelli per l'applicazione di misure di prevenzione o nei quali sono disposte misure di prevenzione. Infine, si prevede che possano essere celebrati i procedimenti la cui urgenza derivi dalla necessità di assumere prove indifferibili.

Se, quindi, l'attività giudiziaria risulta fortemente limitata, ove non rinviata, ricoprono una posizione di non poco peso le norme che chiariscono le modalità attraverso le quali si dovranno svolgere le udienze non sospese. In particolare:

i) il d.l. 8 marzo 2020, n. 11 all'art. 2, comma 7 elevava lo strumento del collegamento da remoto di cui all'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. a modalità ordinaria di celebrazione dei giudizi con persone detenute o cautelate, «ferma l'applicazione dell'art. 472, comma 3, del codice di procedura penale». In esecuzione al decreto, il successivo 10 marzo 2020, la Direzione generale dei servizi informativi e automatizzati del Ministero (DGSIA) ha emanato il decreto attuativo n. 3413 nel cui art. 3 sono individuati gli strumenti idonei a consentire la celebrazione delle udienze civili e penali nel rispetto della previsione emergenziale. In tal modo, oltre che ai sistemi di videoconferenza di cui all'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., si consente che le udienze possano essere tenute altresì mediante i programmi pensati per il rito civile – fra tutti *Skype for business* o *Teams* – nelle ipotesi in cui non sia necessario assicurare la fonia riservata tra la persona detenuta, cautelata o arrestata ed il suo difensore, ovvero qualora il numero degli imputati e il loro stato di restrizione in luoghi diverse e a qualsivoglia titolo consenta reciproca visibilità. Questa normativa, in quanto eccezionale e temporanea, è destinata a trovare applicazione soltanto per i processi penali che si devono celebrare fino al termine indicato nel decreto, cioè fino al 31 maggio 2020.

ii) il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, all'art. 83, comma 12 abroga la precedente disposizione e ripresenta una previsione dall'analogo contenuto prorogando fino al 30 giugno 2020 la nuova disciplina delle udienze da remoto. Parimenti, il DGSIA in attuazione della nuova normativa ha proceduto in data 20 marzo 2020 ad emanare un nuovo decreto con il quale ha confermato la

¹⁶⁷ Merita sul punto confrontarsi con E. AMODIO, *Smettiamo di storpiare l'italiano con il lugubre “da remoto”*, in *Sistema penale.it*, 28 aprile 2020, il quale afferma: «mentre il nostro aggettivo “remoto” è tutto rivolto al passato perché si riferisce alla distanza nel tempo, il “remote” dell'inglese può designare anche una attitudine a proiettarsi nel futuro mediante il superamento della distanza nello spazio, così da comandare azioni che si realizzano in luoghi diversi».

disciplina tecnica come individuata in precedenza e, quindi, l'uso degli applicativi *Skype for business* e *Teams* in aggiunta alla videoconferenza.

iii) da ultimo, il 9 aprile 2020, in sede di conversione del decreto legge (disegno di legge n. 1766 AS), il Governo ha posto la fiducia su di un maxiemendamento volto a rompere il legame che univa, e al contempo limitava, la celebrazione da remoto allo stato di detenzione e, quindi, a rendere la partecipazione da remoto dell'udienza modalità ordinaria sino al 30 giugno 2020. In particolare, attraverso l'introduzione del comma 12-*bis* nell'art. 83 si è prevista la celebrazione da remoto delle «udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti», nonché di tutte le camere di consiglio.

La normativa dell'emergenza non distingue, dunque, tra udienza dibattimentali e udienze camerali e tra tipologie di reati per i quali si procede o, ancora, per veste processuale della persona della cui partecipazione a distanza si discute. Quel che rileva è che si tratti di udienza in cui non debbano intervenire soggetti diversi da quelli specificamente indicati, con conseguente esclusione di: a) testimoni, sempre che non siano appartenenti alla polizia giudiziaria; b) coimputati o imputati di reati connessi o collegati per i quali si proceda separatamente, i quali sono parti di procedimento separato; c) altre persone, sempre che non si tratti di appartenenti alla polizia giudiziaria, periti, consulenti o altri ausiliari tecnici (dunque, il riferimento va a quanti verrebbero coinvolti in una ricognizione, confronto o un esperimento giudiziale).

Spirato il suddetto termine – che coincide, nell'ottica del legislatore, con il superamento della fase acuta dell'epidemia – dovrebbero tornare ad applicarsi le ordinarie norme sulla celebrazione dell'udienza, le quali richiedono come regola la presenza delle parti all'interno dell'aula; di conseguenza, salve ulteriori proroghe, tornerà a restringersi il campo di applicazione dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.

Da ultimo, va segnalato l'impegno assunto del governo – in sede di conversazione parlamentare – a modificare la norma suddetta, prevedendo che siano esclusi dalla modalità virtuale le udienze di discussione e quelle nelle quali devono essere esaminati testimoni, parti, consulenti o periti, salvo diverso accordo tra le parti.

3. L'estensione progressiva delle modalità di svolgimento dell'udienza da remoto, quale perno della complessiva riforma varata per garantire che la giustizia penale non collassasse, è stata guardata con estremo sfavore da quanti temono che essa dia vita ad «una creatura informe, ma dalla forza smisurata, che [...] continuerà a perseguire il suo creatore»¹⁶⁸. Per vero, tale estensione ha suscitato sentimenti contrapposti anche all'interno della stessa magistratura, giacché, se non può negarsi che in essa alcuni hanno visto, forse in maniera apodittica, «le magnifiche sorti e progressive», altri hanno a buon titolo evidenziato i rischi in cui si incorre nello sposare il progresso per amore del (solo) progresso¹⁶⁹.

La discussione andrebbe indubbiamente affrontata con la consapevolezza che dietro le nuove forme di celebrazione dell'udienza in via digitale non si cela solamente un discorso tecnologico, ma soprattutto un problema che attiene – come sempre quando si parla di processo penale – al concreto esercizio dei diritti di difesa e alla funzione da assegnare al procedimento.

¹⁶⁸ La citazione è di O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen. web*, 4 aprile 2020, p. 2. Il riferimento corre al Documento della Giunta dell'Unione Camere Penali dell'8 aprile 2020, alle Osservazioni dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "G.D. Pisapia" del 13 aprile 2020, ancora al Documento *Gli avvocati contro la smaterializzazione del processo voluta ora da ANM* dell'Unione Camere Penali del 27 aprile 2020.

¹⁶⁹ Cfr. *Comunicato "I rischi dell'udienza telematica"* della corrente associativa Magistratura Democratica del 10 aprile 2020.

Le forme, dunque, non sono mai fini a sé stesse, ma neppure sono “neutre”, in quanto esse veicolano un’idea, una visione del mondo e dei rapporti fra individuo e autorità.

Ad ogni buon conto deve affermarsi che la legislazione dell’emergenza in parola ha svelato la ritrosia, *rectius* la repulsione, rispetto all’utilizzo della tecnologia da cui era affetto il sistema della giustizia penale, il quale vive(va) ancora nella preistoria della digitalizzazione. Pertanto, si deve ravvisare nella crisi una vera e propria occasione per apportare, tra le altre cose, anche delle migliorie alla struttura del processo penale – migliorie per la cui adozione, altrimenti, si sarebbero verosimilmente impiegati tempi biblici. Diverso, invece, è il discorso inerente ad una tendenza tutta nostrana, quasi un vizio, che si traduce nel trasformare meccanismi pensati per far fronte ad una emergenza contingente – la quale, invero, è fin troppo frequentemente utilizzata dal legislatore penale a giustificazione delle sue scelte¹⁷⁰ – in strumenti di ordinaria attività giudiziaria.

Il problema, del resto, non riguarda tanto la digitalizzazione degli atti del processo, giacché sarebbe auspicabile la creazione di un fascicolo telematico, ove far convergere tutti i dati del procedimento, da aggiornare man mano che il procedimento si dipana e diviene processo, sì da consentire una vera e propria liberazione dalle pagine e dai faldoni di carta che sommergono le cancellerie. Il problema riguarda piuttosto la smaterializzazione degli attori processuali in uno spazio liquido, esteso.

Dunque, senza pretesa di esaustività, si intende *ivi* soffermarsi su tre aspetti extra-ordinari, i quali stanno segnando l’oggi del processo penale, ma di cui si auspica una solo transeunte presenza nell’ordinamento.

Procedendo con ordine, in principio era l’immediatezza. Nel processo accusatorio, il giudice non partecipa attivamente, ma assiste alla formazione della prova che avviene davanti a lui in dibattimento nel contraddittorio fra le parti. Immediatezza, oralità nella formazione della prova, immutabilità del giudicante chiamato a valutarla – quale corollario, premessa e conseguenza delle prime due – sono i tre principi atti a marcare la svolta accusatoria. Ben poco però è rimasto nella pratica dell’ordito originario del codice del 1989, poiché la portata dei tre principi summenzionati è stata più volte rimaneggiata e ridimensionata sia dal legislatore, sia dalla giurisprudenza di legittimità (e costituzionale), con la conseguenza che gli stessi sono divenuti quasi simulacri vuoti. Tuttavia, non si può dimenticare come sia lo stesso dettato costituzionale all’art. 111, comma 3 a richiedere che il contraddittorio si svolga «davanti ad un giudice»¹⁷¹, affinché questi abbia la percezione delle reazioni dei dichiaranti nel momento in cui viene loro posta una domanda e in quello in cui essi forniscono una risposta. Il gioco di sguardi, i tentennamenti, le esitazioni, i ripensamenti, le espressioni del volto, o, in altre più sintetiche parole, il linguaggio non verbale può servire al giudice per saggiare l’attendibilità di quanto il teste sta dichiarando, parimenti a quanto avviene durante l’esame dell’imputato. Lo stesso non può dirsi quando uno schermo si frappone fra il giudice e il dichiarante, fra questi ed il soggetto che sta conducendo l’esame, ovvero fra l’imputato ed il proprio difensore. Come si potrebbe sostenere che escutare un teste dal vivo sia equiparabile a sentirlo in videoconferenza, dove il mezzo tecnico impedisce di avere un confronto verbale serrato, già solo per il fatto che voce e immagini non arrivano in tempo reale? Come si potrebbe incalzare il teste che vacilla, sottoporlo a domande serrate a fronte delle sue titubanze, contestargli le discordanze nelle versioni, se non avendolo davanti?

¹⁷⁰ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, p. 519.

¹⁷¹ O. MAZZA, *Distopia del processo*, cit., p. 9, afferma che «il contraddittorio processuale può effettivamente trovare attuazione solo a patto che la contesa dialettica si svolga fra le parti poste in condizioni di parità *dinanzi al giudice* terzo e imparziale, non certo dinanzi a un computer che costituisce un diaframma fra le parti e fra loro e il giudice. L’immediatezza (art. 111 comma 3 Cost.) è strutturalmente inconciliabile con il processo a distanza».

Pertanto, si può affermare che se è dal patrimonio di impressioni e sensazioni acquisito al momento dell'escussione della prova che il giudice si serve in sede di motivazione della sentenza, allora la presenza fisica, dell'imputato e dei testi, non assurge solo a garanzia del diritto di difesa, ma anche del risultato epistemologico dell'acquisizione probatoria.

4. L'assenza di collegamenti da remoto va di pari passo con il principio di aristotelica memoria dell'unità di luogo della celebrazione del processo. Torna dunque un richiamo alla rappresentazione scenica di cui sopra in quanto tale principio postula che il luogo ove avviene l'azione, *recte* in cui si celebra l'udienza, debba essere unico; in altre parole, tale luogo, coincidente con l'aula dibattimentale, deve poter ospitare contemporaneamente tutti gli attori, il giudice e le parti.

Erano queste le ragioni per cui il telecollegamento in origine non era previsto – anche se tali strumenti tecnologici erano già conosciuti al momento di entrata in vigore del codice, per quanto costosi e poco diffusi – tanto che, quando fece la sua presenza nel codice con l'art. 7 del d.l. n. 306/1992, esso non solo era esclusivamente legato all'escussione dei collaboratori di giustizia, ma era anche stato pensato come istituto transitorio¹⁷². Stabilizzatosi invece come strumento atto a garantire le (preminenti) esigenze di economia processuale¹⁷³, il ricorso sempre più frequente ad esso rappresenta un *fil rouge*, tale da metter in evidenza le linee di evoluzione lungo le quali corre il modello processuale. Difatti, da ultimo, la riforma operata con la legge 23 giugno 2017, n. 103 non solo ha rimodellato l'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., ma è intervenuta altresì sugli artt. 45-*bis* e 134-*bis*, comma 1 disp. att. c.p.p., nonché sull'art. 7 cod. antimafia, con il duplice intento di individuare situazioni di partecipazione a distanza statuite *ex lege* e di ampliare i casi di partecipazione a distanza facoltativa. Ma non si può tacere come già nel 2014 vi fu un tentativo, poi rimasto sulla carta delle proposte politiche, di estendere l'utilizzo della partecipazione a distanza del processo, quale strumento ordinario¹⁷⁴.

Il sistema ordinario – costruito oggi attorno a due istituti: partecipazione a distanza e telesame¹⁷⁵ – è stato ritenuto costituzionalmente¹⁷⁶ e convenzionalmente¹⁷⁷ compatibile, anche se da sempre la letteratura ha ravvisato in esso una fonte di pregiudizio al diritto di difesa. Tale pregiudizio, difatti, non è determinato tanto da una norma, quanto invece da una situazione di fatto – la distanza che si crea *in primis* fra imputato e difensore – che, pur in assenza di impedimenti di natura formale, vulnera il corretto esercizio del suddetto diritto. In fondo, la consapevolezza di ciò era chiara anche ai sostenitori dello strumento ed il bilanciamento fra le diverse esigenze si è trovato nella configurazione del collegamento a distanza come strumento eccezionale. D'altro canto, se il contraddittorio orale costituisce ancora (o forse bisognerebbe dire per ora?) il cardine del dibattimento penale, risulta davvero difficile pensare ad una prova formata in un contesto di distanziamento sociale, cioè in assenza di tutti gli attori sulla scena, giacché è proprio la coesistenza degli stessi nel medesimo luogo a garantire genuinità e spontaneità alla formanda prova.

¹⁷² In proposito, G. DI CHIARA, “Come s'uno schermo”. Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1484, parla di “atto di nascita dell'aula giudiziaria estesa”.

¹⁷³ L'istituto acquisì una sua stabilità con la legge 7 gennaio 1998, n. 114, il cui art. 2 introduceva l'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., volto a disciplinare la partecipazione al dibattimento a distanza per i detenuti nell'ambito di procedimenti relativi ai reati indicati all'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p., ma solo con la legge 23 dicembre 2002, n. 279, verrà reso permanente.

¹⁷⁴ Cfr. Relazione della Commissione per l'elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità organizzata, istituita con dpcm 30 maggio 2014, p. 121.

¹⁷⁵ Cfr. G.P. VOENA, *L'esame a distanza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 116.

¹⁷⁶ Corte cost., 22 luglio 1999, n. 342, in *Dir. pen. proc.* 2000, p. 76, con nota di C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*

¹⁷⁷ Corte eur., 5 ottobre 2016, Viola c. Italia.

A tal proposito, basti riflettere su due aspetti inerenti all'aula di giustizia.

Il primo aspetto. Il codice dedica ad essa una disposizione, il suddetto art. 146 disp. att. c.p.p., dal forte contenuto, il quale, lungi dal rappresentare un mero fatto estetico, si atteggia a previsione sulla disposizione del potere, perché il processo è esercizio di potere e quest'ultimo è, per sua natura, finito, limitato: se lo si dà ad una parte lo si toglie all'altra.

Ecco, allora, perché la celebrazione via *Teams* delle udienze di convalida di arresti e fermi – la quale secondo il precetto costituzionale dell'art. 13 deve avvenire in tempi contenuti rispetto al momento della restrizione dell'individuo – stante il clima di vera emergenza sanitaria, che richiede per esigenze di salute pubbliche l'assenza di contatti, impone alcune riflessioni.

Se può ritenersi facilmente che essa non possa essere eletta a modello dello svolgimento delle udienze future, né di quelle prodromiche all'instaurazione del giudizio direttissimo, né di quelle ordinarie, possono ugualmente sollevarsi dubbi anche in merito al periodo contingente.

Il giudice, infatti, deve avere *sempre* la possibilità di vedere l'arrestato; al contempo, quest'ultimo deve essere posto nelle condizioni di entrare in contatto con l'organo preposto a garantire – senza intimidazioni esterne e senza condizionamenti – che la limitazione della libertà sia avvenuta da parte degli operanti di pubblica sicurezza in maniera legittima. Questa condizione nel momento in cui manca il contatto diretto non è controllabile: non si può, infatti, sapere se l'arrestato venga “imbeccato” nelle risposte o se abbia subito precedenti avvertimenti.

Ma anche nella più parte delle ipotesi, laddove cioè non si configurino ipotesi “patologiche”, l'art. 5, par. 3 CEDU impone che «ogni persona arrestata o detenuta, conformemente alle condizioni previste dal paragrafo 1 c) del presente articolo, deve essere tradotta al più presto *dinanzi* a un giudice» (corsivo nostro). E la traduzione in lingua italiana del testo normativo, in questo caso, non sconta differenze con le versioni ufficiali della Carta in lingua inglese e francese, le quali richiedono che l'arrestato venga condotta «*before a judge*», ovvero «*devant un juge*». Davanti, dinanzi, ma potremmo tradurlo (più liberamente, ma con egual valore semantico) in presenza, al cospetto di un giudice. Un imputato che, quindi, deve essere in senso locativo e temporale nello stesso spazio fisico in cui si trova il giudice e non deve essere “visto” da quest'ultimo attraverso uno schermo.

D'altro canto, non si capisce perché mentre numerosi operatori, pubblici e privati, abbiano proseguito (seppure supportati dall'adeguata strumentazione sanitaria) il proprio lavoro “in presenza”, la celebrazione di quell'udienza ove più si può cogliere come la forma processuale non sia neutra è stata congelata. È davvero impensabile, cioè, chiedere agli attori di un servizio pubblico essenziale il medesimo coraggio dimostrato dai dipendenti della grande distribuzione?

In definitiva, se proprio si deve limitare il numero di persone presenti in aula, la cosa migliore non è tenere l'arrestato in carcere, in camera di sicurezza o in una caserma, ma tenerlo in aula con il giudice e con il cancelliere e collegare in video, in condizioni di assoluta parità, il p.m., gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria chiamati a riferire ed il difensore.

Il secondo. La partecipazione *de visu* all'udienza è coesenziale a ritenere che quella sia il luogo dove si forma la prova. Se la prova si forma nell'oralità, allora, abbiamo un certo tipo di processo; se, invece, essa si forma prima o *aliunde*, lontano dalla supervisione dell'organo deputato al controllo sul regolare svolgimento dell'udienza, allora abbiamo un altro tipo di processo. Invero, non si può tralasciare che, nel volere le parti sedute a fianco dei propri difensori, è lo stesso art. 146 disp. att. c.p.p. a prevedere come fisiologica la continuità delle reciproche consultazioni, resa tanto più necessaria dall'adozione della tecnica dell'esame incrociato.

Sarebbe peraltro scorretto non dare conto del fatto che la disciplina eccezionale richiama alcune delle “garanzie” previste dall'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. Difatti, esso fa riferimento ai soli commi 3, 4 e 5: deve, cioè, venire assicurata la reciproca visibilità tra tutte le persone coinvolte

nella videoconferenza; deve, poi, essere consentito al difensore scegliere se partecipare alla videoconferenza presso l'ufficio giudiziario o presso il luogo ove è custodito l'indagato/imputato; infine, deve sempre essere garantita la possibilità di comunicazioni riservate tra difensore e assistito.

Pertanto, si deve tenere ben presente la necessità di discernere i casi nei quali il collegamento da remoto reca un “pregiudizio accettabile” all'esercizio del diritto di difesa, da quelli ove, invece, la smaterializzazione non consentirebbe neppure la celebrazione di un giusto processo; una siffatta scelta, d'altra parte, non può però essere rimessa alle valutazioni discrezionali dei singoli magistrati, non essendo sufficiente dunque introdurre un'ipotesi – ricalcata sul modello di cui al comma 1-ter dell'art. 146-bis disp. att. c.p.p. – che consenta al giudice, anche su istanza di parte, di prevedere la comparizione personale, ove lo ritenga necessario. In definitiva, non può predicarsi una infungibilità *tout court* tra la presenza fisica e quella virtuale delle parti.

5. Da ultimo, è bene metter in evidenza come il nuovo imperativo della smaterializzazione non riguardi solo l'imputato, detenuto o cautelato, ed il suo difensore, ma – ed ecco il vero elemento di novità – anche i magistrati, svolgano essi funzione requirente o giudicante.

Difatti, stando a quanto previsto dal maxi-emendamento di conversione del decreto legge, *anche* il giudice ed il pubblico ministero possono partecipare alla videoconferenza da remoto, quindi senza alcun dovere di recarsi presso l'ufficio giudiziario. Difatti, il comma 12-bis, ult. periodo dell'art. 83 prevede che il cancelliere dia atto dell'impossibilità dei soggetti non presenti fisicamente di sottoscrivere il verbale, ai sensi dell'articolo 137, comma 2, c.p.p., o di vistarlo, ai sensi dell'articolo 483, comma 1 c.p.p.

La previsione appare tuttavia assai bizzarra, poiché dal punto di vista soggettivo l'udienza si caratterizzerebbe per l'indefettibile presenza del *solo* giudice, *non* essendo la presenza di altri soggetti elemento strutturale, come tale indispensabile in tutte le figure di udienza¹⁷⁸. A riprova di ciò, basti pensare al fatto che anche nelle ipotesi in cui la partecipazione delle parti sia facoltativa, deve rimanere almeno il soliloquio compiuto del giudicante, chiamato ad emettere un provvedimento in uno spazio fisico delimitato e determinato.

Non solo, quindi, siamo ora in presenza di un giudice che, lasciato lo scranno del tribunale, si collega dalla poltrona della propria abitazione, ma altresì di una camera di consiglio virtuale che si sostituisce a quella reale. È questo il significato da attribuire alla disposizione secondo la quale, lungo l'intero periodo in cui vige la sospensione, le deliberazioni collegiali “*possono*” essere assunte da remoto.

Se è dunque vero che quest'ultima norma non pone al giudice di merito un obbligo di celebrazione dell'udienza da remoto – a differenza di quanto avviene per il giudice di legittimità – limitandosi essa a consentire al collegio, giusta la fobia dell'incontro fisico e della riunione quale veicolo di contagio del virus, di valutare se collegarsi da remoto, o riunirsi in ufficio, è altrettanto vero che la legge di conversione precisa che lo spazio virtuale venutosi a creare all'esito dei collegamenti da remoto dovrà essere considerato in tutto e per tutto camera di consiglio, espressione con cui si designa il *luogo* della deliberazione ai sensi degli art. 125, comma 4 e 528 c.p.p.

¹⁷⁸ Cfr. G.P. VOENA, voce *Udienza*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, sottolinea come «il fatto che all'udienza siano presenti i difensori delle parti od altri soggetti che partecipano, a diverso titolo, alle attività che vi si svolgono non è coesistente alla nozione di udienza».

6. Rimane da chiedersi se può chiamarsi processo penale quello che si celebra oggi. Difatti, non si assiste più ad alcun incontro, non v'è più alcuna unità di luogo e tempo, si è in presenza di un procedimento asincrono la cui complessità è data da interventi separati e distanti.

Nell'ultimo periodo si è spesso sentito affermare che il tempo segnato dalla pandemia è un tempo di cambiamento. Invero, il cambiamento nel processo penale si è già visto ed è stato in grado di cacciare *Dike* dal suo tempio, forse solo temporaneamente. Non c'è più pubblico in attesa di un verdetto; imputati e difensori sono stati confinati in uno spazio "altro"; anche gli officianti del rito sono fuggiti impauriti... È rimasto soltanto il cancelliere, vero e proprio notaio del vuoto che si manifesta nel mondo fenomenico sotto ai suoi occhi.

L'emergenza sanitaria non deve essere dunque la scorciatoia in nome della quale, a causa dell'inoculazione di un diverso virus nella sua struttura, il rito penale cambia la propria fisionomia.

E di questo la magistratura è stata pienamente cosciente allorché ha chiarito come «ogni intervento – normativo, di organizzazione e tecnico – in materia penale deve avere quale inevitabile riferimento primario il modello del giusto processo richiesto dal sistema costituzionale nel suo complesso e con specifico riferimento all'art. 111 e 112 della Cost. in termini di ragionevole durata, trasparenza, possibilità di accesso alla giustizia, obbligatorietà dell'azione e parità fra accusa e difesa dinanzi al giudice terzo e imparziale. L'informatizzazione deve inserirsi in questo percorso, nella consapevolezza che è la tecnica a dover seguire il modello costituzionale e normativo del processo in vigore - con i doverosi adattamenti - e non viceversa come invece pare essere troppo spesso accaduto quando si è proceduto assecondando le migliori esigenze della tecnica informatica, salvo verificarne solo in un secondo momento gli effetti sull'esercizio concreto della giustizia, rincorrendone le inevitabili criticità»¹⁷⁹.

Dei rischi che si annidano nel "processo esteso" è bene essere coscienti sin da subito, per non trovarsi un giorno ad essere gli *automatoi*, gli avveniristici (giudici) robot che aiutavano nella fucina il dio Efesto.

¹⁷⁹ CSM, delibera del 14 ottobre 2015, *Verifica dello stato di informatizzazione del processo penale*.