

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

Numero speciale

2020 • ANNO XLI

I SISTEMI MULTILIVELLO
ALLA PROVA DELL'EMERGENZA

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

Numero speciale

2020 · ANNO XLI

I SISTEMI MULTILIVELLO
ALLA PROVA DELL'EMERGENZA

DIRETTORE DELLA RIVISTA

Gianluca Gardini
COMITATO SCIENTIFICO
Gianluca Gardini (Direttore)
Marcos Almeida Cerreda
Brunetta Baldi
Francesco Bilancia
Stefano Civitarese Matteucci
Justin Orlando Frosini
Alfredo Galán Galán
Giancarlo Gasperoni
Tommaso Francesco Giupponi
Peter Leyland
Marco Magri
Andrea Morrone
Alessandra Pioggia
Giuseppe Piperata
Claudia Tubertini
Josephine van Zeben

COMITATO DI REDAZIONE

Marina Caporale
Marzia De Donno
Edoardo Nicola Fragale
Giulia Massari
Roberto Medda
Anna Margherita Russo



Condizioni di abbonamento 2020

La quota di abbonamento alla Rivista rimane bloccata al 2019 per tutto il 2020 ed è di € 136,00 da versare sul c.c. postale n. 31666589 intestato a Maggioli s.p.a.

– Periodici, Via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN).

La Rivista è disponibile nelle migliori librerie.

Il prezzo di vendita per singoli numeri è di € 35,00.

Il prezzo per ciascun fascicolo arretrato è di € 39,00.

I prezzi suindicati si intendono Iva inclusa.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio

con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno.

La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita revoca,

da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento,

si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo.

La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto.

I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.

REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB

presso Regione Emilia-Romagna
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
Tel. 051 5275475 – 051 5277658
E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it
Sito web: http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo

REFERENTE REGIONE EMILIA-ROMAGNA

Francesca Paron
Gabinetto Presidente della Giunta regionale
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
francesca.paron@regione.emilia-romagna.it
EDITORE

Maggioli Editore è un marchio di Maggioli s.p.a.
via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN)
tel. 0541.628111 – fax 0541.624887

Servizio Abbonamenti: tel. 0541.628242

Sito web: www.periodicimaggioli.it

E-mail: abbonamenti@maggioli.it

Azienda con sistema di gestione qualità certificato ISO 9001:2015

Tutti i diritti riservati – È vietata la riproduzione, anche parziale,

del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore

STAMPA

Stabilimento Maggioli s.p.a. – Santarcangelo di Romagna (RN)

Maggioli s.p.a. è iscritta al registro operatori della comunicazione

Pubblicazione registrata al Tribunale di Bologna il 4 luglio 1980, n.4824

Direttore responsabile: Stefano Aurighi



INDICE

PRESENTAZIONE

RELAZIONI

- 7 La polarizzazione del dibattito pubblico dinanzi all'emergenza sanitaria
Gianluca Gardini
- 17 La lezione dell'epidemia di Covid-19 sul sistema sanitario e il suo ruolo
Alessandra Pioggia
- 29 Ragionando "a freddo": gli effetti della crisi emergenziale sui rapporti istituzionali Stato-Regioni
Francesco Bilancia
- 39 Estado autonómico y crisis de la Covid-19: intervención estatal y relaciones intergubernamentales ante la pandemia
Alfredo Galán Galán, Eduard Roig Molés
- 67 Emergenza Covid-19: sulle sfide dell'ordinamento e sulle possibili articolazioni della legittimità amministrativa
Fulvio Cortese
- 77 Il "collasso" del sistema degli appalti nella prima fase dell'emergenza sanitaria
Marco Magri
- 89 Collaborazione necessaria e differenziazione responsabile: riflessioni sparse su emergenza pandemica e sistema plurilivello
Claudia Tubertini
- 99 La crisi sanitaria: tra disegno organizzativo e regime delle competenze
Martina Conticelli

SAGGI E ARTICOLI

- 107 Covid-19: il dialogo di *hard* e *soft law* e le trasformazioni della normazione
Vincenzo Desantis
- 133 La gestione della crisi sanitaria tra centro e periferia. Le misure adottate dalla Regione Abruzzo nel quadro dell'emergenza epidemiologica nazionale
Carlo Alberto Ciaralli
- 161 Il diritto delle arti e dello spettacolo oltre la pandemia: idee per il superamento di un'emergenza culturale
Fabio Dell'Aversana

Il presente Numero speciale, edito solo *online*, raccoglie le rielaborazioni di alcuni degli interventi al *webinar* “I sistemi multilivello alla prova dell'emergenza: idee e strategie per ripartire”, organizzato dalla Rivista in collaborazione con la Regione Emilia-Romagna, il 27 aprile 2020. Il *webinar* ha visto la partecipazione di numerosi esperti, di diversa provenienza: all'introduzione di Gianluca Gardini hanno fatto seguito gli interventi, in ordine, di Alessandra Pioggia, Paolo Calvano, Justin Orlando Frosini, Francesco Merloni, Francesco Bilancia, Alfredo Galán Galán, Stefano Civitarese Matteucci, Tommaso Giupponi, Fulvio Cortese, Andrea Morrone, Marco Magri, Alessandro Sterpa, Claudia Tubertini, Giuseppe Piperata, Gianmario Demuro e Martina Conticelli; le conclusioni sono state curate da Roberto Bin, Beniamino Caravita Di Toritto e Giandomenico Falcon. Tra i partecipanti, hanno poi inviato le rielaborazioni dei propri interventi Gianluca Gardini, Alessandra Pioggia, Francesco Bilancia, Alfredo Galán Galán (insieme a Eduard Roig Molés), Fulvio Cortese, Marco Magri, Claudia Tubertini e Martina Conticelli, che vengono pubblicate nel presente fascicolo nella sezione dal titolo “Relazioni”.

A questi contributi sono stati affiancati, *rationae materiae*, tre saggi, sottoposti alle consuete procedure di referaggio.

La Redazione

La polarizzazione del dibattito pubblico dinanzi all'emergenza sanitaria

Gianluca Gardini

L'emergenza sanitaria sta dividendo l'opinione pubblica su alcune questioni fondamentali per la vita politica, economica e civile del Paese. Nei primi mesi dell'emergenza si è assistito alla polarizzazione del dibattito intorno a coppie di principi e valori antagonisti:

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

In questo periodo si sono levate molte voci autorevoli¹ per evidenziare come la gestione della crisi abbia portato allo scoperto l'inadeguatezza dell'articolazione dei poteri tra centro e periferia, nonché 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 il riaccentramento della sanità, con il passaggio di 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 costituzio-

(1) Cfr. S. CASSESE, *I pesi reciproci di centro e periferia si sono rivelati squilibrati*, in *Il Foglio*, 31 marzo 2020; ID., *Palazzo Chigi usi il potere sostitutivo, nel pericolo bisogna agire da nazione*, in *Il Messaggero*, 9 maggio 2020; ID., *Le Regioni hanno 50 anni, ma il bilancio è magro*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 maggio 2020; C. MIRABELLI, *L'anarchia delle Regioni*, in *Il Quotidiano del Sud*, 15 aprile 2020; ID., *Serve cambiare la Costituzione per introdurre il chiaro concetto di supremazia dello Stato*, in *Il Quotidiano del Sud*, 15 aprile 2020; ID., *Conflitto inaccettabile, il principio di supremazia è dello Stato*, in *Il Quotidiano del Sud*, 1 maggio 2020; G. NEPI MODONA, *Attenti al protagonismo delle Regioni, può ledere il principio di uguaglianza*, in *Il Dubbio*, 15 aprile 2020; ID., *La "leale collaborazione" che è decisiva per far funzionare bene la democrazia*, in *Il Dubbio*, 29 aprile 2020; U. DE SIERVO, *Introdurre la clausola di supremazia. No ai mini-capi di Stato come negli Usa*, in *Il Messaggero*, 3 maggio 2020.

nale 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 ricordato², 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, legislazione sanitaria, ordinamento locale).

Seguendo questa direzione vi è il serio rischio che, anziché una riflessione su cinquant'anni di regionalismo e sulle prospettive per il suo sviluppo, venga avviata una critica distruttiva del Titolo V della Costituzione, all'insegna dell'accentramento delle competenze legislative e amministrative faticosamente devolute alle Regioni³.

In realtà, la differenziazione delle competenze tra Stato, Regioni ed 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 dallo Stato. Gli studi epidemiologici sui tamponi in Veneto rappresentano 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 funzio-

(2) V. ONIDA, *Perché le clausole di supremazia non servono*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 marzo 2020; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impegnate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2020.

(3) S. PIPERNO, *Ripensare il regionalismo in tempi di pandemia?*, in *Centro Studi sul Federalismo*, 174, 2020.

namento delle “sedi della cooperazione”, ovvero gli organismi misti tra Stato, Regioni ed autonomie locali⁴.

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 sanitari⁵.

Non è questo il momento per ipotizzare pericolose ricentralizzazioni della sanità, che finirebbero per distanziare ancora di più il servizio dal territorio e dai bisogni reali dei cittadini.

2) In secondo luogo, la crisi ha 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 stessa⁶.

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’ammi-

(4) C. PINELLI, *Se il Governo si sostituisse alle Regioni sulla sanità sarebbe il caos*, in *Huffington Post*, 9 novembre 2020.

(5) B. DENTE, *Dopo il corona virus. Che fare del sistema sanitario? Ovvero le possibili conseguenze strutturali dell’epidemia*, in *Welforum*, 22 aprile 2020.

(6) S. CASSESE, *I pesi reciproci di centro e periferia si sono rivelati squilibrati*, cit.

nistrazione pubblica non è un nemico da combattere, ma un'organizzazione di cui non è possibile fare a meno⁷.

La necessità di un'amministrazione diverrà 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 neokeynesiana⁸), 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 predatori stranieri.

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, che avevano anche subito le più pesanti distruzioni, ossia Germania, Giappone, Italia, conobbero uno sviluppo economico superiore ai vincitori di quella guerra. Si chiama "effetto Fenice", la mitica creatura che risorge dalle proprie ceneri⁹.

Tuttavia è proprio 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.

(7) R. GAROFOLI, *Un appello (con proposte) per uscire dalla stagione della burocrazia frenante*, in *Il Foglio*, 15 aprile 2020.

(8) R. CANTONE, *L'emergenza ci potrà aiutare a semplificare le regole*, in *Il Corriere della sera*, 11 aprile 2020.

(9) A. PANEBIANCO, *Burocrazia e pauperismo: doppio freno per il dopo*, in *Il Corriere della sera*, 26 marzo 2020.

È circolato in questi giorni un Manifesto per una “Nuova Costituente”, volto a contrastare il progetto di un assistenzialismo generalizzato e l’ulteriore moltiplicazione di quelle regole che, da decenni, intralciano il mercato e azzoppiano 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 dipendenti¹⁰.

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 il liberismo ha comportato, attraversando longitudinalmente la dicotomia pubblico-privato: i prossimi Governi saranno chiamati a riflettere sul modo in cui 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 adegua-

(10) Cfr. C. LOTTIERI, M. BASSANI, *Manifesto per una “Nuova Costituente: a difesa dei territori. Democrazia, libertà, federalismo”*, in www.nuovacostituente.org. 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».

ta, che faccia funzionare al meglio il mercato, evitandone i fallimenti, le asimmetrie, le ingiustizie.

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 (precedente alla pandemia Covid), 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. Il Parlamento stesso, 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 l'ipertrofia regolativa, la duplicazione di disposizioni e la sovrapposizione di organismi, con ricadute pericolose sulla certezza del diritto. Nei primi due mesi del contagio sono stati adottati circa 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, istituzionalmente, sono 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. I critici parlano di «regole

duplicate da cancellare», e sollevano il problema dell'eccesso delle regole amministrative e di un impianto sanzionatorio pleotorico¹¹. Altri suggeriscono, almeno per un primo periodo successivo alla fine dell'emergenza, di adottare norme derogatorie rispetto a quelle esistenti, da compensare con meccanismi di trasparenza finché, in un orizzonte temporale più lungo, non si giungerà alla riscrittura dei criteri dell'azione amministrativa¹².

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 verrebbe così risolta attraverso l'applicazione di regole predeterminate, che sostituiscono la ponderazione tra gli interessi in campo e hanno il pregio 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 accentuare il malfunzionamento dell'amministrazione¹³.

(11) Cfr. l'intervista a Andrea Zoppini, in *Il Corriere della sera*, 7 aprile 2020.

(12) Così R. CANTONE, *L'emergenza ci potrà aiutare a semplificare le regole*, cit. Impossibile non pensare, tra le molte regole da razionalizzare, alle norme in materia di anticorruzione introdotte nel nostro Paese a partire dal 2012.

(13) M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, p. 61 ss.

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 per una “Nuova Costituente”, sopra citato. Secondo questa impostazione la necessità di ottenere un titolo, un'autorizzazione preventiva per esercitare l'iniziativa economica privata esalta il potere discrezionale della burocrazia, mentre invece le società prosperano quando sono libere di evolvere e organizzarsi autonomamente¹⁴.

Su questo punto si registra una divaricazione di opinioni. Alcuni commentatori, muovendo da una prospettiva diversa, sottolineano infatti 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, in cui la capacità di individuare e perseguire l'interesse pubblico sarà essenziale, data la scarsità delle risorse in campo¹⁵.

Ed è quest'ultima, mi pare, la strada da seguire con convinzione. Nei prossimi mesi sarà fondamentale riquilibrare 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, e mettere in campo misure di rafforzamento organizzativo, digitale,

(14) A. PANEBIANCO, *Burocrazia e pauperismo: doppio freno per il dopo*, cit.

(15) A. PAJNO, *Amministrazione e ricostruzione dopo il coronavirus*, in *Astrid Rassegna*, 6, 2020.

qualitativo, non solo quantitativo, degli apparati¹⁶. Occorre valorizzare, e non negare, 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, la crisi ha riaperto l'attenzione intorno al sistema dei contrappesi costituzionali; e, soprattutto, ha incrinato la distinzione funzionale tra politica e amministrazione.*

Da un lato, 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 sociale¹⁷. 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.

Dall'altro, 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

(16) R. GAROFOLI, *Un appello (con proposte) per uscire dalla stagione della burocrazia frenante*, cit.

(17) Questa prassi è stata recentemente stigmatizzata da una Risoluzione del Parlamento di Strasburgo, votata a larga maggioranza in seno alla Commissione libertà civili (496 voti favorevoli, 138 contrari e 49 astensioni) il 16 novembre 2020. Nel testo della Risoluzione si legge che le misure straordinarie dovrebbero «essere accompagnate da una più intensa comunicazione tra Governi e Parlamenti», per evitare che la pandemia diventi un pretesto per scavalcare il controllo delle Assemblee legislative. Inoltre, un'eventuale dichiarazione o proroga dello Stato d'emergenza deve passare da un controllo parlamentare e giudiziario, assicurando ai Parlamentari «il diritto di sospendere lo stato di emergenza»; nel caso in cui, invece, i poteri legislativi vengano trasferiti al Governo, è necessario comunque un successivo controllo parlamentare degli atti, senza il quale essi cessano di produrre effetti.

assunto il comando esclusivo dell'emergenza, mostrando un decisionismo e un protagonismo (anche mediatico) sconosciuti alle esperienze passate. La dirigenza pubblica appare completamente oscurata dalla figura dei *leader* politici, che accentrano su di sé ogni decisione, comprese quelle tecniche e gestionali: basti dire che gli organi di informazione hanno riportato pochissimi interventi di direttori di Asl o dirigenti ministeriali, a fronte di decine di interviste a pubblici di governatori, ministri, assessori alla sanità.

Al tempo stesso, con una sorta di paradossale inversione, la crisi attuale ha enfatizzato 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. È 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 campo¹⁸.

La differenza tra Governi tecnocratici e liberal-democratici sta proprio in questo, come ci ricordano gli osservatori più attenti¹⁹.

(18) M. VILLONE, *Tre semplici mosse per evitare la babele politico-istituzionale*, in *Il Manifesto*, 17 aprile 2020.

(19) N. URBINATI, *Un patto tra politica e scienza*, in *la Repubblica*, 4 aprile 2020.

La lezione dell'epidemia di Covid-19 sul sistema sanitario e il suo ruolo

Alessandra Pioggia

1. Organizzazione sanitaria e diritto fondamentale alla salute

Le vicende legate all'epidemia di Covid-19 ci hanno mostrato e ci stanno mostrando, in maniera più evidente che mai, lo stretto rapporto che esiste fra diritti fondamentali e organizzazione amministrativa.

Al centro delle riflessioni che seguiranno c'è il diritto alla salute e quindi la sanità, ma considerazioni del tutto analoghe a quelle che saranno proposte valgono per il diritto all'istruzione e la scuola, il diritto al lavoro e le amministrazioni che lo curano, il diritto all'assistenza e i servizi sociali, e così via. Tutti diritti che non solo sono stati messi in forte fibrillazione dallo stress economico e sociale dovuto alla pandemia, ma che hanno anche subito una ridefinizione dei loro confini e della loro consistenza come conseguenza della reazione organizzativa delle amministrazioni preposte alla loro garanzia.

Ma torniamo a salute e sanità. Vorrei muovere qui da alcune prime considerazioni su natura del diritto e dovere della sfera pubblica, con particolare riferimento alla doverosità organizzativa che discende dalla qualificazione di un diritto come fondamentale. La natura dei diritti costituzionali è infatti tale per cui ciascuno va considerato come oggetto di piena tutela in sé, e al tempo stesso come parte di un progetto più ampio, consistente nel pieno sviluppo dell'individuo e nella realizzazione di una società "migliore". Questa loro duplice valenza si riflette sulla complessa doverosità gravante sull'amministrazione chiamata a soddisfarli, che non deve semplicemente garantire una prestazione, ma deve anche assicurarsi che la soddisfazione del diritto sia funzionale alla realizzazione del progetto nel quale si iscrive. Ciò richiede la presenza di una amministrazione "operativa", che non si limiti a regolare

e controllare l'erogazione di prestazioni da parte del mercato, ma che sia presente come organizzazione che predispone, eroga, indirizza, dirige e verifica.

Tutto questo vale naturalmente anche per il diritto alla salute, diritto fondamentale che, quindi, non può essere degradato a diritto di credito in termini di pretesa ad un rimborso o al diretto finanziamento di prestazioni fruitive. Il diritto alla salute, al pari degli altri diritti fondamentali, deve essere assicurato in un contesto organizzativo capace di garantire il bene primario (in questo caso la salute) in un quadro di piena tutela del singolo nel suo sviluppo come persona e di interesse della collettività. Da ciò discende una doverosità organizzativa, prima ancora che operativa, che non è possibile imporre all'impresa privata. Possono essere infatti prescritti requisiti, condizioni, ma non è possibile conformare con regole pubbliche l'intera organizzazione, altrimenti la quantità diventa qualità e quel soggetto, quell'organizzazione non è più privata, ma pubblica.

Il primo elemento dal quale muovere, quindi, è che l'amministrazione pubblica deve esserci e deve anche funzionare. Per questo occorrono risorse. Dovere della sfera pubblica discendente dalla sanzione costituzionale del diritto alla salute come diritto fondamentale è organizzare e finanziare la sanità.

2. Una sanità economicamente impoverita

La questione del finanziamento in questi mesi è stata oggetto di particolare attenzione e ne è emerso con maggiore precisione un quadro da tempo noto, che ha confermato come i tagli di spesa di quest'ultimo decennio abbiano impoverito economicamente la sanità, con conseguenze organizzative in termini di minore capacità di risposta alle esigenze correnti e, logicamente, di più drammatica portata nella risposta alle esigenze eccezionali verificatesi a causa della pandemia di Covid-19. I dati sono noti: la nostra sanità pubblica ha affrontato la pandemia nella fase iniziale con una capacità di ricovero in terapia intensiva di 5.100 posti letto¹. Una percentuale rispetto alla popolazione pari a circa metà

(1) Dati Ministero della Salute, Annuario Statistico del Servizio sanitario Nazionale, 56, www.salute.gov.it/imgs/C_17_pub-blicazioni_2879_allegato.pdf.

di quella francese e a poco più di un terzo di quella tedesca. Nel corso dell'ultimo ventennio il numero dei posti letto *pro capite* negli ospedali italiani è calato di circa il 30 per cento, arrivando a 3,2 ogni 1.000 abitanti, ben al di sotto della media dell'Unione europea di circa 5 posti ogni 1.000 abitanti². Anche la disponibilità di personale infermieristico è fra le più basse d'Europa. Solo per avere un'idea, nel 2019 il numero di infermieri in Italia era 5,5 ogni 1.000 abitanti, mentre la media UE era di 8,4³.

Potremmo continuare con ulteriori esempi: i dati diffusi in questi ultimi mesi e le analisi sono numerosissimi. Ma l'aspetto che più conta in questo quadro è che tagli di questa portata non si sono verificati tutti in corrispondenza (o perlomeno in un contesto) di interventi mirati ad eliminare "sprechi" o di riorganizzazioni operate nella prospettiva di correggere impieghi inappropriati delle risorse, ma si sono realizzati nella maggior parte dei casi in termini di semplice contrazione organizzativa imposta dalla riduzione delle risorse dedicate. Se a questo aggiungiamo, poi, che una sanità che funziona (e quindi garantisce una migliore sopravvivenza, che vuol dire più popolazione anziana o con patologie cronicizzate) costa fisiologicamente sempre un po' di più, è evidente come l'effetto della contrazione dell'incremento di spesa⁴ sia stato quello di mettere una sanità come la nostra, che ancora funziona, di fronte alla necessità di fare sempre di più con meno, moltiplicando paradossalmente (proprio attraverso il "buon" funzionamento) gli effetti dei tagli di spesa sull'organizzazione.

Di qui un diritto alla salute che nelle fasi più drammatiche dell'epidemia ha certamente sofferto. Sono di questi giorni le notizie sulle denun-

(2) OECD/European Observatory on Health Systems and Policies (2017), *Italia: Profilo della sanità 2017, State of Health in the EU*, OECD Publishing, Paris/European Observatory on Health Systems and Policies, Brussels, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264285248>.

(3) <https://www.oecd.org/italy/health-at-a-glance-italy-IT.pdf>.

(4) In Italia, la spesa sanitaria pubblica in percentuale sul PIL è costantemente diminuita nei dieci anni che vanno dal 2009 al 2019. Questo ha fatto "perdere", rispetto al trend precedente, circa 37 miliardi di euro. Nel corso dell'ultimo decennio il finanziamento pubblico è cresciuto in media solo dello 0,90% per anno, tasso inferiore a quello dell'inflazione media annua (1,07%). Si veda in proposito il Report Osservatorio GIMBE n. 7/2019, *Il defianziamento 2010-2019 del Servizio Sanitario Nazionale*, 3, in https://www.gimbe.org/osservatorio/Report_Osservatorio_GIMBE_2019.07_Definanziameto_SSN.pdf#page=13.

ce per responsabilità delle strutture per danno da contagio, per mancata diagnosi, mancato ricovero, ecc. Eventi che nella gran parte dei casi sono stati determinati proprio dalle carenze di posti letto, di personale, di materiale diagnostico, di strumenti di protezione, e così via.

3. *Una sanità impoverita anche "culturalmente"*

La seconda conseguenza che emerge dalla garanzia costituzionale del diritto alla salute come diritto fondamentale è che l'amministrazione non deve solo esserci e funzionare, ma deve essere anche organizzata in modo da garantire il diritto nella sua pienezza e al tempo stesso nella sua strumentalità al più ampio progetto costituzionale. Una questione, cioè, non solo di "presenza", ma anche di "essenza". Questo comporta che l'organizzazione e il funzionamento di un servizio pubblico (posto sotto la responsabilità anche operativa della pubblica amministrazione) è cosa diversa e più complessa dal servizio privato che eroghi le medesime prestazioni. Del resto, la questione organizzativa nel caso del servizio pubblico ha una dimensione non solo tecnico-produttiva, ma anche e soprattutto "politica": il modo in cui è organizzato rispecchia, infatti, l'idea di persona, di società e di ruolo delle istituzioni nella sua trasformazione; è conformato da queste idee e conseguentemente le riflette.

Questa differenza può essere immediatamente compresa attraverso un esempio: una struttura privata che eroga prestazioni sanitarie sul mercato deciderà il numero di posti letto in terapia intensiva considerando la domanda media. Non è infatti economicamente produttivo mantenere in efficienza una dotazione di posti superiore a quella che, funzionando, retribuisce l'investimento organizzativo. Diversamente, una organizzazione pubblica che debba decidere il numero dei posti letto in terapia intensiva di cui dotarsi dovrà tenere conto anche del ruolo del sistema sanitario nel garantire, ad esempio, la società di fronte alle incertezze del futuro e commisurare anche a questo la risposta organizzativa. Una volta effettuata la scelta occorre poi anche assicurarne la sostenibilità, che, di conseguenza, non potrà derivare soltanto dalla retribuzione delle prestazioni effettuate.

Perdere di vista questa specificità dell'organizzazione pubblica determina un impoverimento ben più grave di quello, comunque già di per sé

grave, determinato dalla riduzione dei finanziamenti. Si tratta, infatti, di un impoverimento culturale, con riflessi ancora più radicali sul diritto, dal momento che incide sulla sua dimensione e natura, prima ancora che sulla sua effettività.

La sanità che si è presentata di fronte alla sfida posta dall'esigenza di fronteggiare la diffusione del Covid-19 era significativamente impoverita anche sotto questo profilo. La seconda riforma sanitaria degli anni '90, caratterizzata dalla regionalizzazione del governo sanitario e dall'aziendalizzazione delle strutture di committenza ed erogazione dei servizi, è stata attuata in una atmosfera culturale di grande entusiasmo nei confronti delle modalità operative e organizzative tipiche dell'impresa privata. Se l'espulsione delle logiche politiche e, nel peggiore dei casi, clientelari dalla gestione dei servizi era certamente un obiettivo auspicabile (anche alla luce della cattiva prova di sé che aveva dato la gestione fortemente politicizzata delle Unità sanitarie locali), la piena adesione ad un'idea di efficienza produttiva a sfondo economico ha finito per immiserire la concezione di servizio "pubblico" su cui si era fondata l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale. Le aziende sono state pensate come apparati di produzione di prestazioni, "pesate" in termini economici attraverso i DRG (*Diagnosis Related Group*), da mettere in concorrenza fra loro e con i privati accreditati. Si è così completamente persa di vista la specialità del servizio in quanto pubblico e il riflesso di questa specialità sul suo funzionamento, da rendere sostenibile, senza dubbio, ma senza snaturarlo. Così la sanità pubblica è diventata una questione "aziendale" e le scelte sulla sua organizzazione e sul suo funzionamento sono state presentate tutte come tecnicamente dovute, perché necessarie a rendere efficiente il sistema.

L'epidemia ha drammaticamente amplificato le conseguenze dello svuotamento del diritto alla salute, non più parte di un progetto di società, ma unicamente pretesa ad una prestazione da erogarsi da parte di una organizzazione informata da criteri di efficienza produttiva. L'esempio dei posti in terapia intensiva è paradigmatico: nel 2015, il regolamento per gli standard ospedalieri ha stabilito che un utilizzo medio dell'80-90% dei posti letto durante l'anno deve essere ritenuto "efficiente". Come qualsiasi azienda privata, il nostro sistema ha ritenuto che la capacità produttiva debba essere commisurata alla domanda media e

non alla domanda di picco. Un ragionamento inattaccabile in una prospettiva imprenditoriale, ma che applicato ad una organizzazione pubblica ne immiserisce il ruolo da strumento di cura del bene collettivo a mera macchina da prestazioni. Le conseguenze, come sappiamo, si contano anche nel numero dei morti.

Ma gli effetti di un approccio tutto economico produttivo sulla capacità di risposta alla pandemia non si fermano qui. Un altro esempio è quello dei dati e della capacità previsionale dell'amministrazione. Si comincia a parlare proprio in questi giorni del fatto che già nel mese di novembre 2019 fossero presenti in Italia casi di polmonite atipici, con un numero e una frequenza (con contagi intrafamiliari) insoliti e allarmanti. Ma l'allarme non è scattato perché non esisteva un sistema di raccolta dati di questo tipo, né a livello regionale, né a livello nazionale. I dati raccolti e processati dalla sanità pubblica sono essenzialmente dati economico-quantitativi, che poco e tardi ci dicono cosa sta succedendo in termini di salute.

4. *Quale eguaglianza in sanità?*

L'impoverimento culturale del sistema sanitario si riflette in maniera particolarmente perniciosa anche sulla dimensione dell'eguaglianza del diritto alla salute, questione che nel nostro modello chiama in causa le Regioni e l'organizzazione dei sistemi sanitari regionali. Fino a qualche mese fa ci siamo accorti unicamente delle diseguaglianze derivanti dalla diversa efficienza produttiva dei sistemi regionali e il Governo centrale ha adottato politiche mirate prevalentemente a rendere le Regioni eguali nella gestione economica della sanità⁵. Ad essere completamente trascurato dal livello centrale nelle decisioni (spesso concordate con le Regioni) a proposito dei controlli, dei livelli essenziali, dei principi fondamentali in materia di tutela della salute è stato l'aspetto dell'eguaglianza

(5) Paradigmatiche in questo senso sono le considerazioni svolte dall'Ufficio parlamentare di Bilancio, secondo il quale «la regolazione sempre più rigida e il controllo centrale progressivamente più stringente sulla gestione dei Servizi Sanitari Regionali (SSR) sono stati finalizzati prioritariamente, e con successo, al rientro dai disavanzi sanitari e sono stati rivolti solo con ritardo alla garanzia del rispetto uniforme sul territorio dei livelli essenziali di assistenza (LEA), rimanendo a tal fine meno efficaci». Così nel Focus Tematico n. 6 del 2.12.2019, http://www.upbilancio.it/wp-content/uploads/2019/12/Focus_6_2019-sanit%C3%A0.pdf.

profonda, quella che riguarda la dimensione e la consistenza del diritto, prima ancora della sua effettività. Anche nel rapporto con le Regioni e fra le Regioni la sanità è diventata questione aziendale da governare con i numeri relativi alla spesa. Così elementi chiave di carattere prettamente organizzativo, come il rapporto con il privato, la relazione fra assistenza domiciliare e ricovero, il ruolo del territorio, la funzione della medicina di base, l'integrazione con il sociale e così via, sono stati relegati in posizione marginale, lasciando che su di essi ciascuna Regione facesse scelte anche profondamente diversificate e guidate, in certi casi, ancora una volta da logiche prevalentemente economico-produttive. L'epidemia è stata rivelatrice anche in questo senso: ci ha mostrato che la mortalità non è solo questione di efficienza produttiva, ma anche "di sistema" e che le disegualianze discendono non solo dalla diversa capacità di erogazione, ma anche dalla diversa organizzazione.

Il confronto fra le Regioni del Nord Italia, che hanno *performance* di efficienza gestionale della sanità simili, è significativo. Le differenze fra tasso di contagio, ma soprattutto fra la mortalità per Covid sono drammatiche e rivelatrici della presenza di fattori diversi da quelli relativi alla sola gestione economica dei servizi. La percentuale di decessi sul numero dei positivi alla fine di aprile in Lombardia era ben più elevata di quella dell'Emilia-Romagna e addirittura tripla rispetto a quella del Veneto, rispettivamente 18%, 14% e 6%. Differenze queste ultime che si amplificano se si considera il tasso di mortalità espresso per 100.000 abitanti: rispetto a quello della Lombardia quello del Veneto è pari a meno 84,5% e quello dell'Emilia-Romagna a meno 46,5%⁶. Certo le spiegazioni possono essere diverse, relative alla sottostima del numero dei contagiati in Lombardia o anche al conteggio dei decessi, che può essere stato amplificato in quest'ultima Regione dal forte tasso di ospedalizzazione dei malati. Ma, al netto di tutto questo, restano comunque numeri sorprendentemente diversi e il riferimento al diverso approccio organizzativo dei sistemi regionali ha certamente un ruolo che dovrà essere meglio indagato.

(6) M. MARANGOLO, M. DE ROSA, *Covid-19. regioni a confronto*, <https://www.saluteinternazionale.info/2020/04/covid-19-regioni-a-confronto/>.

5. Come riprendere a parlare di sanità nel dopo Covid

Le considerazioni svolte sinora impongono una riflessione approfondita sul futuro e sul modo di riprendere a parlare di sanità pubblica. L'importante investimento che il nostro Paese ha fatto in questi mesi e intende fare per il futuro in termini di rifinanziamento della sanità rischia, infatti, di lasciare molte questioni irrisolte se non accompagnato da un ripensamento profondo del "come", prima ancora che del "cosa", riformare.

Se non si può negare che la sanità debba essere sostenibile, prima ancora di renderla economicamente tale occorre però intendersi su cosa debba essere la sanità pubblica e a cosa debba servire. I servizi pubblici per la salute sono una parte essenziale del progetto costituzionale e nel loro modo di essere e di funzionare esprimono una precisa idea di persona, di società e dei suoi bisogni e di ruolo delle istituzioni nella loro soddisfazione. Questo vuole anche dire che le questioni relative all'organizzazione e al funzionamento della sanità non sono questioni da affrontare unicamente in ambito tecnico-economico, ma richiedono una discussione collettiva, una assunzione di responsabilità anche politica e un controllo democratico.

La questione deve essere posta in questi termini anche e soprattutto nel rapporto con le Regioni, in modo da presidiare, complessivamente e nel rispetto della leale collaborazione, una eguaglianza profonda nella definizione del diritto e nelle ricadute organizzative che da ciò discendono. Un'eguaglianza che passa non solo per l'uniforme capacità produttiva e di controllo della spesa, ma anche e ancor di più attraverso la condivisione del modo in cui le istituzioni mediano fra i bisogni della società e la loro soddisfazione, esprimendo una idea di servizio pubblico e del suo ruolo. In questa prospettiva la discussione sui livelli essenziali e la definizione dei requisiti anche organizzativi di quanto è funzionale alla loro effettiva attuazione rappresentano un momento chiave nella condivisione dell'idea della salute e del fondamentale diritto ad essa collegato. Ma accanto al tema, certamente essenziale, delle prestazioni e della loro effettività occorre tornare a discutere delle funzioni del sistema sanitario, del rapporto fra pubblico e privato, fra ospedale e territorio, della medicina di base, della domiciliarità, dell'approccio alla non autosufficienza, alla cronicità, alla patologia psichiatrica, e così via.

Molto si è parlato in questi mesi del coordinamento verticale, ma bisogna investire anche sul coordinamento orizzontale. Mancano sedi istituzionali di raccordo adeguate fra le Regioni. Occorre rafforzare la Conferenza dei Presidenti creando un apparato tecnico interregionale per consolidare anche la capacità delle Regioni di auto-coordinamento. Ugualmente occorre investire nella relazione fra Regioni e autonomie locali con l'obiettivo di promuovere una integrazione sociosanitaria effettiva e diffusa. Una volta garantita uniformità nella visione della salute e della sanità sarà possibile riconoscere alla differenziazione regionale il suo importante ruolo di adeguamento dei sistemi alle specificità territoriali, ai particolari bisogni della collettività, alla composizione e alle vocazioni della società, permettendo ad essa di esprimersi anche in alcuni di quegli ambiti in cui è stata tradizionalmente compressa.

Accanto all'uniformità necessaria ad assicurare l'eguaglianza dei diritti e della loro effettività, esiste infatti una differenziazione ragionevole, che non solo è costituzionalmente possibile, ma in diversi casi è anche necessaria. I cosiddetti determinanti di salute mettono in piena evidenza come il benessere dipenda strettamente dall'ambiente di vita, dai fattori culturali, economici e sociali che lo caratterizzano, aspetti dei quali, conseguentemente, anche i servizi a tutela di questo benessere debbono tenere pienamente conto, atteggiandosi in modo diverso a seconda delle diverse condizioni che si trovano a fronteggiare.

Se questo riguarda il "come" si deve tornare a parlare di sanità e di sistemi, qualche ultima battuta sul "cosa".

La crisi pandemica ha messo in evidenza la grave carenza della capacità conoscitiva del nostro sistema sanitario per ciò che concerne elementi diversi dai costi e dai volumi di attività. A questo limite occorre rimediare con un investimento sulla qualità dell'amministrazione che deve dotarsi di strumenti, ma anche di personale tecnico adeguato. La qualità del sistema è anche una chiave essenziale per affrontare le questioni di sostenibilità della spesa, riducendo gli sprechi che derivano dal cattivo impiego delle risorse e dalla penetrazione di fenomeni corruttivi nel sistema⁷.

(7) *Transparency International* Italia ha calcolato una perdita di 13 miliardi l'anno per corruzione e cattiva amministrazione in sanità. Così in *Rapporto Curiamo la Corruzione 2017*.

Accanto a questo ci sono due lezioni importanti delle quali non possiamo non fare tesoro.

L'aspetto che forse è emerso con maggiore evidenza è che destinatari della protezione che un servizio sanitario deve assicurare sono le persone, non solo in quanto singoli individui malati, ma anche in quanto parte di una comunità, in cui il benessere di ciascuno è legato a quello degli altri. Questa riscoperta consapevolezza deve tradursi necessariamente in un ridisegno dei servizi che non si esaurisca in un rafforzamento della prevenzione, ma rimetta al centro l'idea di un servizio della collettività per la collettività, in cui ciascuno, oltre che utente di prestazioni, è anche attore responsabile del bene comune. Pensiamo come il comportamento sanitario responsabile si possa e si debba tradurre oltre che nel rispetto delle regole di distanziamento sociale, quando necessarie, anche in atteggiamenti ragionevoli in materia di uso dei farmaci, accesso al pronto soccorso, e così via.

Tutto questo passa preliminarmente per quanto già considerato a proposito della restituzione della questione dell'organizzazione sanitaria al dibattito pubblico e democratico, al quale il discorso tecnico sul funzionamento del sistema e sui suoi costi si aggiunge in funzione di garanzia dell'efficacia e della sostenibilità. In termini di contenuti non c'è dubbio che, accanto alla prevenzione, occorra allora tornare sull'informazione, sul ruolo della medicina di base, sugli stili di vita, sull'alimentazione, e così via.

Un'altra serie di indicazioni che provengono dall'esperienza della pandemia riguardano l'orientamento del sistema in ordine alle modalità di presa in carico dei pazienti. In particolare appare evidente come sia necessario rimettere pesantemente in discussione, più di quanto si sia fatto sino ad ora, l'approccio centrato su una medicina per acuti, che, da un punto di vista organizzativo, è alla base della centralità dell'ospedale. Non sono solo l'invecchiamento e l'aumento della cronicità che rendono necessari una presa in carico complessiva della persona, coordinamento, continuità, domiciliarità delle cure, ma anche, come abbiamo visto, patologie virali a diffusione pandemica. Nella prospettiva di un serio investimento sulla medicina territoriale e su un moderno sistema di cure primarie, occorre procedere con il metodo della condivisione istituzionale, valorizzando il ruolo dei Comuni e, con loro, dei servi-

zi sociali, garantendo il potenziamento dell'integrazione tra strutture e professionisti sanitari e non sanitari e accelerando la costituzione di soluzioni organizzative dell'integrazione socio-sanitaria che si pongano in maniera efficace come primo punto di contatto e di risposta ai bisogni di salute espressi dalla popolazione.

Perché tutto questo possa realizzarsi è essenziale anche un investimento economico che rafforzi i servizi sociali e la loro capacità organizzativa di essere parte di un rinnovato sistema integrato. Le tragiche conseguenze dei contagi che hanno coinvolto le persone ospitate nelle Rsa sono il segno di una duplice fragilità: quella delle strutture, impoverite da un punto di vista professionale e impossibilitate a reagire tempestivamente alle nuove richieste che venivano dalla diffusione dell'epidemia, e quella di sistemi regionali che non sono stati in grado di proteggerle da quanto stava avvenendo.

Gli esempi potrebbero continuare, ma conclusivamente possiamo dire che l'amministrazione sanitaria deve in generale elevare la propria qualità in regime ordinario, per essere in grado di affrontare sfide eccezionali. Ma attenzione a non dimenticare che la qualità non è solo questione tecnico-economica, ma anche, se non soprattutto, politica e di visione.

Ragionando “a freddo”: gli effetti della crisi emergenziale sui rapporti istituzionali Stato-Regioni

Francesco Bilancia

1. Nella ricca ed articolata prospettazione problematica che ci è stata proposta come spunto per l'odierna riflessione, in materia di effetti dell'emergenza pandemica sui sistemi multilivello di governo, con particolare riferimento al sistema italiano, la dimensione tematica prescelta per questo contributo è quella del riassetto dei rapporti istituzionali tra centro e periferia. Per considerare, più in particolare, come parte rilevante del problema la questione del coordinamento tra i diversi livelli di governo e quella, connessa, dei raccordi istituzionali e del funzionamento dei relativi organi e procedure. Fermo restando l'ovvio presupposto che ci muoviamo nel contesto di un sistema fortemente pluralistico, che sconta una maggiore complessità di gestione per gli indubbi vantaggi riferibili alla resa democratica e di partecipazione collettiva alla vita politica ed istituzionale del Paese.

Intanto mi sembra utile rilevare che, quale scenario di sfondo, emergono diverse dicotomie, in un'oscillazione polarizzante che è poco utile coltivare nel radicarsi di opposte estremizzazioni. Così è, evidentemente, nelle interpretazioni dei conflitti istituzionali – veri e presunti - tra centro e periferie, il che accende di per sé un faro importante sul necessario e più alto ruolo delle sedi di mediazione e di sintesi degli interessi. Così come, nel merito, la discussione pubblica si è spesso cristallizzata sulla forzata contrapposizione tra protezione della salute, anzi, della vita da un lato, e sacrificio dei diritti di libertà, dall'altro. L'approccio di analisi che potrebbe essere suggerito è piuttosto un approccio di attesa, seppur di osservazione, per riservare critiche e riflessioni ad un momento successivo al riassorbimento del fastidioso rumore polemico che ha ormai riempito molti spazi di discussione in questi ultimi mesi.

Per ragionare sulla quantità di fango da ripulire, riprendendo una nota metafora, ad una fase successiva al passaggio della piena. Quel che può però essere, invece, opportuno cominciare ad anticipare in questa fase di sviluppo degli eventi, è la individuazione degli elementi problematici, degli spunti tematici che meriteranno una più attenta riflessione a seguire. Premettendo però, da subito, che ci si dovrà riferire a questioni tra loro non omogenee e di diversa rilevanza ed importanza, pur trattandosi di problemi evidenti, tutti quindi meritevoli di adeguata valutazione.

2. La prima evidente questione da richiamare problematizzandone gli esiti, soprattutto guardando ai primi mesi di gestione dell'emergenza, è senz'altro la grave assenza di ruolo delle assemblee rappresentative, sia nazionale che regionali. Le tensioni, i conflitti così come, in positivo, gli esiti collaborativi e di temperamento si sono integralmente svolti nella dinamica di relazione tra il Presidente del Consiglio – e qualche altro singolo ministro – ed i presidenti di Regione. Con la volontà di precisare, peraltro, che se si escludono alcuni isolati casi – per quanto dimensionalmente rilevanti e temporalmente frequenti – il complesso delle relazioni istituzionali tra centro e periferia sembra essersi mantenuto in un ambito di fisiologica complessità, seppur appesantita dalla rilevanza dei problemi e dal clima emergenziale. Dopo un primo isolato episodio di “violazione della leale collaborazione” da parte della Regione Marche, che ha condotto il Governo a reagire con un ricorso al TAR¹, gli elementi di confusione sono soprattutto emersi in riferimento alle sole Regioni Campania e Lombardia. La prima, in riferimento alla colorita proiezione mediatica del suo presidente, che ha lasciato emergere una più forte accentazione dei toni formali nella interlocuzione a distanza con il Governo. La seconda comunque assorbita dalla dominante e drammatica anomalia statistica nel numero dei contagi e degli esiti nefasti della diffusione del virus. A ciò si possono aggiungere tre ulteriori isolati epi-

(1) Ne riferiscono, in un contesto di analisi ben più ampio e ricco di elementi di riflessione, G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, Special Issue 1*, 2020, p. 183 ss., spec. p. 190 ss.

sodi, rispettivamente imputabili a singoli atti o decisioni dei presidenti delle Regioni Basilicata, Puglia e Calabria². Ma per il resto non mi pare possano dirsi consumati elementi di così forte rottura nelle relazioni istituzionali, tali da comportare la necessità di “un ripensamento” degli assetti normativi ed organizzativi; salva l’introduzione di eventuali e, in alcuni casi, opportuni correttivi nella distribuzione di specifiche funzioni e nel rafforzamento delle sedi di leale collaborazione.

In riferimento a quest’ultimo punto, però, non è possibile tacere su alcune prese di posizione regionali foriere di inutili e inaccettabili tensioni. È sufficiente avere presente le formule di cui al primo comma dell’art. 120 della Costituzione per convenire circa l’assurdità della pretesa di un controllo “dei propri confini” da parte delle singole Regioni. A fronte di atti, dichiarazioni o anche semplici atteggiamenti in contrasto con la dimensione costituzionale del fenomeno regionale è, però, davvero utile rispolverare la pretesa di nuove riforme istituzionali? L’inadeguatezza della classe politica e le inefficienze funzionali non possono sempre ridondare in rinnovate, polemiche, richieste di modifiche degli assetti costituzionali. Come pure alle condizioni politiche contingenti penso debba ricondursi, nelle ipotesi su richiamate, la mancata attivazione da parte del Governo dei poteri sostitutivi di cui al secondo comma dell’art. 120 Cost., anche nelle poche ipotesi nelle quali tale intervento avrebbe potuto essere giustificato. Non può, appunto, tacersi che il confronto istituzionale tra un governo centrale politicamente molto debole³ e presidenti di Regione legittimati, all’opposto, dall’elezione popolare diretta abbia preso il sopravvento sulla resa dei meccanismi istituzionali di gestione della crisi.

La traccia tematica introduttiva di questa discussione è parsa molto ricca. Il Direttore della *Rivista* ha sollevato, in una ricognizione critica delle questioni tematiche più rilevanti, una problematizzata sequela di pos-

(2) Quanto a quest’ultima si v. TAR Calabria, sez. I, Sent. n. 841 del 9 maggio 2020, di annullamento dell’ordinanza del presidente della Regione Calabria del 29 aprile 2020, n. 37, nella parte in cui, al suo punto 6, è risultata in contrasto con i provvedimenti del governo laddove ha invece disposto, sul territorio della Regione Calabria, per «la ripresa delle attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all’aperto».

(3) C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell’emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid-Rassegna*, 5, 2020, spec. p. 7 ss.

sibili proposte di interventi riformatori. Nel ripercorrere le tracce più significative del “dibattito dell'emergenza” non è però possibile non rilevare, in negativo, come troppi interlocutori abbiano ritenuto di possedere ricette in ogni ambito del sistema istituzionale. Tanto in riferimento alla organizzazione, quanto guardando alle modalità di esercizio dell'azione dei pubblici poteri. Se ne potrebbe trarre la conclusione che, all'esito della resa del sistema istituzionale al cospetto dell'emergenza COVID19 “tutto” debba essere riformato. In questo modo, però, non ci si avvede che la stessa analisi scientifica rischia di cadere nei medesimi luoghi tematici strumentalmente sollevati nel conflitto politico, perdendo quel necessario distacco che solo può costituire un utile contributo alla discussione circa temi e problemi nei rapporti Stato/Regioni.

3. Molte questioni andranno in seguito riprese e diverse problematiche affrontate e risolte, inutile negarlo. Ma è possibile assumere una prospettiva, come dire?, di un regionalismo del buon senso? Ciò sarebbe, in primo luogo, necessario al fine di poter distinguere tra loro le singole esperienze, perché non tutte le istituzioni regionali – starei per dire non tutti i presidenti di Regione – hanno prospettato analoghi problemi di coordinamento e condivisione nelle relazioni con il Governo centrale e nella definizione delle strategie e linee di intervento per affrontare efficacemente l'emergenza sanitaria. Mentre già nei mesi precedenti la crisi epidemica erano emersi conflitti politici – non ancora istituzionali – tra centro e periferia, proiettando i propri effetti sulle prospettive di tutela dei cittadini e di garanzia dei loro diritti; sulla gestione delle questioni economiche; sul funzionamento delle istituzioni. Dall'analisi delle stesse modalità di gestione della negoziazione e definizione dei contenuti delle c.d. “intese” con il Governo per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. erano già chiaramente evidenti quelle che poi si sarebbero manifestate come le linee dominanti del successivo – quindi dell'attuale – stato delle relazioni politico-istituzionali delle singole amministrazioni regionali con il Governo centrale. Quanto è oggi riconducibile alle dinamiche di gestione del conflitto politico nazionale, strumentalmente condotto anche attraverso le torsioni nell'utilizzo delle prerogative e delle attribuzioni delle singole realtà regionali, era quindi già sul

tappeto da tempo, da ben prima che l'esperienza emergenziale modificasse le coordinate dello scenario politico.

A fronte di questo inequivocabile dato sembrerebbe da privilegiare un'analisi della reale consistenza dei concreti problemi di funzionamento del sistema, prima di pensare di poter avviare *ex abrupto* processi di ristrutturazione e riforma istituzionali che impiegherebbero poi almeno venti anni di processi attuativi prima di ritrovare un nuovo equilibrato assetamento. Così ad esempio in relazione alla paventata scelta di ricondurre la materia "tutela della salute" tra le competenze esclusive della Stato, riorganizzando integralmente il sistema delle attribuzioni in materia di gestione del servizio sanitario, in luogo di una più meditata ridefinizione di specifici aspetti di coordinamento e sintesi nelle questioni per le quali sono invece, appunto, indispensabili una visione ed una gestione unitarie. Ma a ciò sovrintendono già le attribuzioni che l'art. 117, comma 2, lett. *m)* e *q)* affida alla competenza esclusiva dello Stato. Rimeditare sugli errori commessi, sulla mancata attivazione delle attribuzioni che la Costituzione già affida allo Stato, sulla evidente carenza delle sedi istituzionali di coordinamento politico sembra, pertanto, più importante che riscrivere *ex novo* parti della Costituzione. Nella consapevolezza, peraltro, che la gestione coordinata di un'emergenza impegna le istituzioni e le forze politiche molto più di quanto non comporterebbe la mera approvazione di una legge di revisione costituzionale, così denunciando la reale consistenza di mera via di fuga che quest'ultima soluzione rappresenterebbe a fronte della ben più attuale ed urgente necessità di gestire correttamente le proprie competenze e far funzionare meglio i meccanismi istituzionali esistenti. Approvare una legge costituzionale in luogo di affrontare i concreti problemi materiali apparirebbe, in sostanza, come un'elusione della situazione di crisi da malfunzionamento del sistema piuttosto che non una ipotesi di soluzione. Tutti i problemi, ancora irrisolti, resterebbero infatti ancora sul tappeto, semplicemente ricondotti per slittamento temporale a valle dell'attuazione della legge di riforma.

Queste ultime considerazioni consentono, pertanto, di spostare l'attenzione per allontanare, per un momento, lo sguardo dalla questione dei rapporti istituzionali tra centro e periferia. Se si guardasse, all'opposto, alla concreta gestione dell'emergenza sanitaria ci si avvedrebbe che, al

netto di qualche necessaria semplificazione di analisi, il più grave difetto del sistema è stato rappresentato dalla questione della organizzazione del servizio sanitario in sé, non dalla distribuzione delle competenze tra lo Stato e le Regioni. È chiaro, e va specificato in premessa, che sul punto possono esprimersi opinioni molto diverse tra loro, e che molte cautele andrebbero assunte per raffinare l'analisi e focalizzare l'attenzione su specifici problemi. Ma mi pare si possa già segnalare come, a fronte della plateale differenza di resa dei servizi sanitari in differenti Regioni, per altra via omogenee dal punto di vista della vocazione politica della classe dirigente e della gravità dell'epidemia, almeno alcuni eccessi della attuale struttura dei modelli di gestione possano essere senz'altro rimeditati. Mi riferisco, in primo luogo, agli esiti che la concreta prassi attuativa della c.d. "aziendalizzazione"⁴ del servizio sanitario ha in alcuni casi lasciato consolidare accentuandone i peggiori difetti. Così, ad esempio, in relazione alla eccessiva dipendenza dei direttori generali dai vertici politici regionali, fin dalla disciplina dei concorsi e dalla selezione fiduciaria esercitata all'atto della loro nomina. Con le plausibili conseguenze in relazione all'esercizio, poi, dei poteri di gestione a seguito della privatizzazione delle potestà organizzative e di direzione, da cui molti degli attuali difetti di resa, anche comparabilmente differenziata, tra Regione e Regione possono farsi derivare. Mi limito ad indicare alcuni tra gli eccessi che l'esperienza ha portato all'attenzione dei più, come la pretesa fidelizzazione, anche politica, del personale assunto con contratti a tempo determinato, tanto nelle ASL che negli ospedali, per tacere dei sistemi nei quali le strutture accreditate siano prevalentemente private. Fino alla intollerabile pretesa di limitare la libertà di partecipazione costruttiva nella organizzazione di strutture e servizi, e di proposta e di valutazione critica da parte del personale, con incisione della stessa libertà di manifestazione del pensiero. Per tacere della strumentalizzazione generalizzata della professione di obie-

(4) Mi riferisco, come è ovvio, al seguito del d.lgs. n. 502 del 1992, sul quale posso limitarmi a rinviare all'esemplare analisi critica di cui ai volumi A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, FrancoAngeli, Milano, 2008; e A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. RACCA, M. DUGATO (a cura di), *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Maggioli, Rimini, 2011.

zione di coscienza, la cui induzione assume a volte conseguenze con effetti sistemici sulla stessa organizzazione dei servizi e sulla garanzia dei diritti fondamentali dei pazienti⁵. Con evidenti riflessi sulla assicurazione paritaria delle prestazioni sanitarie su tutto il territorio nazionale.

4. In altra sede sarà, poi, opportuno riprendere il differente tema della gestione dell'emergenza Covid-19 dal punto di vista delle riserve di legge e del corretto rispetto del regime delle competenze, a fronte di una certa disarticolazione intervenuta nelle fasi più acute della gestione della crisi, a molti apparsa invero eccessiva. Fermo il presupposto del carattere assolutamente inedito della esperienza vissuta almeno nel corso dei primi sei mesi del 2020, resta certamente aperta l'incognita sulle reazioni che il sistema giurisdizionale potrà attivare nell'operare il suo sindacato su specifiche, concrete misure adottate in questo periodo. Una lettura critica d'insieme delle misure di intervento sul piano del rispetto delle forme legali sarà, a mio avviso, infatti possibile soltanto all'esito dei probabili interventi della giurisdizione. Certamente in riferimento alle situazioni soggettive comprese; ma non possiamo escludere interventi anche della Corte costituzionale sul profluvio di atti normativi di rango legislativo adottati dal Governo e dalle singole Regioni; come pure in relazione agli atti "normativi" secondari, in questo caso a fronte di eventuali rimessioni al giudice delle leggi dei relativi fondamenti legislativi dei provvedimenti emergenziali; oltre a quanto potrà emergere nel corso dei giudizi amministrativi. In merito al rapporto tra lo Stato e le Regioni, analogamente, la giurisprudenza potrebbe mettere a tema, se non una più corretta definizione formale delle sfere di competenza, almeno il rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza ogni qual volta gli interventi normativi abbiano preteso di differenziare tra situazioni omogenee o, al contrario, di assimilare situazioni del tutto diverse, ad esempio e proprio con riferimento agli interventi dello Stato,

(5) Esempio, sul tema, l'analisi critica di cui ai saggi di F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, ES, Napoli, 2014, spec. p. 172 ss.; ID., *Le difficoltà nell'attuazione della legge 22 maggio 1978, n. 194: ieri, oggi e domani*, in *questa Rivista*, 1, 2015, p. 89 ss.; e di A. PIOGGIA, *L'obiezione di coscienza nei consultori pubblici*, *ivi*, p. 121 ss.

laddove identici su tutto il territorio nazionale, a fronte di situazioni di fatto radicalmente diverse Regione per Regione.

Per segnalare, da un lato, la violazione dei limiti costituzionali dei poteri di ordinanza laddove il Governo abbia omesso di accedere ad un corretto processo di definizione di intese con le Regioni le cui competenze siano state derogate in contrasto con il principio di leale collaborazione⁶. Dall'altro gli eccessi di protagonismo regionale in tutte le situazioni che, all'opposto, avrebbero richiesto senz'altro un bilanciamento unitario di interessi che non può che essere identico su tutto il territorio nazionale. Così in materia di proporzionale equilibrio tra tutela della vita e del diritto alla salute e garanzia dei diritti di libertà individuale; di tenuta del complessivo sistema economico-finanziario; di gestione di un'epidemia dallo sviluppo globale, non compatibile con la definizione in autonomia di venti distinti regimi emergenziali differenti. Se ci sono, forse, elementi di distonia certi nelle relazioni tra lo Stato e le Regioni nelle fasi di gestione dell'emergenza sanitaria in atto sono infatti il mancato coordinamento al centro, e le scorrette iniziative ultronee in periferia al cospetto della trasmissione degli effetti delle misure statali di contenimento nelle diverse parti del territorio della Repubblica. Qui, forse, emerge il varie volte lamentato difetto di capacità di sintesi del sistema delle Conferenze, e con esso le conseguenze delle mancate intese Stato/Regioni sulle singole misure adottate dal Governo⁷. Mancanza che, in tutti i casi di situazioni non omogenee tra Regione e Regione, potrebbe condurre alla violazione del principio di leale collaborazione, in primo luogo, ma soprattutto del principio di proporzionalità in relazione alla singola misura adottata per mancanza di *adeguata* differenziazione tra situazioni tra loro diverse.

5. In termini più generali, e per concludere, non si potrà non rimettere a tema la questione della certezza del diritto, unitamente alla necessità di formalizzare l'esercizio in concreto dei poteri di emergenza nel-

(6) Si v. la sentenza della Corte costituzionale n. 127 del 1995.

(7) Non si ritiene assimilabile all'intesa in Conferenza Stato-Regioni il semplice parere del Presidente di tale organo, come previsto ad es. dagli artt. 2 e 3 del DL 25 marzo 2020, n. 19 (convertito con modificazioni in L. 22 maggio 2020, n. 35).

le regole già predefinite, nel rispetto quindi delle leggi vigenti⁸. Per rimeditare sulla importanza del corretto esercizio delle funzioni di coordinamento e dei poteri sostitutivi da parte dello Stato, insieme alla salvaguardia del principio di leale collaborazione e delle disposizioni di garanzia delle attribuzioni delle Regioni, soprattutto, e degli enti locali. La disciplina delle fonti del diritto e l'importanza dei connotati formali che la caratterizza rappresentano infatti, in sé, garanzia di un adeguato inquadramento dei poteri di emergenza nei limiti costituzionali a salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, da un lato, e delle competenze regionali costituzionalmente protette, dall'altro.

Così come, ancora, l'eccessivo protagonismo politico dei presidenti di Regione, laddove giuridicamente infondato; e l'exasperato processo di ri-centralizzazione di tutti i poteri di intervento, dall'altro. Laddove i diversi livelli di competenza, statale e regionale, devono invece essere contenuti in processi di confronto e coordinamento mediante l'utilizzo di efficaci strumenti istituzionali di raccordo. La sdrammatizzazione delle questioni di legalità e la banalizzazione dei problemi non rendono, infatti, giustizia alle tante ipotesi se non di deliberato sopruso, quantomeno di errore da parte delle autorità di sicurezza, a fronte di una stratificazione e confusione normativa senza precedenti⁹, quantome-

(8) Art. 117, comma 2, lett *g*), e art. 120 Cost.; artt. 6, 7 e 32 della L. n. 833 del 1978; artt. 5, 15, 24 e 24 del d. lgs. n. 1 del 2018, ecc.

(9) Il tema è ricorrente in moltissimi contributi a commento e critica degli interventi normativi in occasione dell'emergenza COVID19. Ne richiamo soltanto alcuni, esemplificativamente: A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, 1, 2020, p. 203 ss.; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6, 2020; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, III, p. 130 ss.; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *ConsultaOnline*, 11 aprile 2020, p. 21 ss.; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in www.unicost.eu, 14 aprile 2020; L. MAZZAROLLI, *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, in *Federalismi.it – Paper*, 23 marzo 2020; M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2020; A. MORELLI, *Il re del piccolo principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, 1, 2020, p. 517 ss.; D. TRABUCCO, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rasse-*

no nell'intera storia d'Italia. Qualunque incertezza, indecisione, oscurità della disciplina vigente per singole fattispecie, o intreccio confuso di competenze e costante contraddizione tra disposizioni emergenziali dei diversi livelli istituzionali di intervento; così come le intollerabili differenziazioni nella resa degli interventi a protezione della salute e delle vite umane nelle diverse parti del territorio della Repubblica rappresentano un drammatico, severo, monito nei confronti di tutte le sedi istituzionali in ogni ipotesi di strumentalizzazione delle proprie attribuzioni condotte al di fuori del quadro normativo vigente, a soli fini di protagonismo politico.

gna, 5, 2020; A. D'ALOIA, *Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio*, in *BioLaw Journal, Special Issue*, 1, 2020, p. 13 ss.

Estado autonómico y crisis de la Covid-19: intervención estatal y relaciones intergubernamentales ante la pandemia

Alfredo Galán Galán, Eduard Roig Molés

1. La incidencia de la crisis de la Covid en el Estado autonómico

La distribución de competencias en España en materia sanitaria y, en especial, en materia de salud pública, entre Estado y comunidades autónomas, es bastante sencilla. Por un lado, al Estado le corresponden amplias facultades normativas derivadas del título competencial de carácter básico del artículo 149.1.16 de la Constitución Española, con pocos límites materiales y formales. Por otro lado, las comunidades autónomas asumen, en cambio, una competencia normativa un tanto residual (al menos, según demuestran los hechos) y la totalidad de las facultades organizativas y de ejecución. Este esquema se completa con algunas facultades estatales ejecutivas específicas derivadas de la afectación exterior de las medidas o de las decisiones de autorización de medicamentos, la previsión constitucional de coordinación estatal (concretada hasta hoy únicamente en obligaciones formales y procedimentales) y una intensa dinámica de cooperación multilateral y voluntaria en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema de Salud.

Este es el marco en el que se inicia la crisis de la Covid-19 y que genera la primera fase en su respuesta: la actuación de cada comunidad autónoma en el marco de sus competencias y una concertación informal de esas actuaciones en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema de Salud, bajo el seguimiento y la orientación política -que no jurídica- del Estado. Sin embargo, esa dinámica se mostró pronto insuficiente y se vio alterada por la declaración, mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, del estado de alarma, previsto en los artículos 55 y 116 de la Constitución Española y en los artículos 4 a 12 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de ju-

nio, de los estados de alarma, excepción y sitio. En resumen, el Real Decreto de alarma vino a adoptar dos decisiones que transforman temporalmente y de modo excepcional el esquema expuesto. Primera: el Estado declara un confinamiento de las personas en sus domicilios, haciendo uso de la posibilidad de limitar la libertad de circulación durante el estado de alarma. Y segunda decisión: el Gobierno estatal asume una serie de potestades extraordinarias, nombrando como autoridades delegadas para la gestión de la crisis a los ministros de sanidad, transportes, interior y defensa, de modo que todas las administraciones españolas deben someterse a sus directrices y órdenes, sin perjuicio de mantener sus competencias de gestión ordinaria en todo lo que no resulte contrario a ellas. La relación entre las autoridades estatales y las autonómicas fue modificándose a lo largo de los más de tres meses durante los que rigió el estado de alarma y tras su levantamiento. En efecto, el concreto régimen vigente viene definido por el Real Decreto de declaración del estado de alarma y por los Reales Decretos que acordaron su prórroga, adoptados quincenalmente tras cada correspondiente autorización parlamentaria¹. En especial, los últimos Reales Decretos, que se encargaron de ordenar el llamado proceso de “desescalada”, introdujeron relevantes cambios en el régimen aplicable, acordando progresivas capacidades a los gobiernos autonómicos que, tras la finalización del estado de alarma el pasado 21 de junio de 2020, han recuperado la integridad de sus competencias, lo que ha planteado nuevamente algunas cuestiones de interés desde el punto de vista de la distribución competencial y las relaciones entre niveles territoriales de gobierno.

La situación, por tanto, no ha sido homogénea ni constante a lo largo de estos meses. Ello conlleva que no pueda describirse un único régi-

(1) Los textos de los Reales Decretos y de las autorizaciones del Congreso pueden consultarse en la página web del Congreso de los Diputados (http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidor/CGI&CMD=VERLST&BASE=IW14&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28091%2F000001*.NDOC.%29).

Esos mismos textos, junto con la completa producción normativa vinculada con el estado de alarma, está disponible en edición actualizada y consolidada en la página web del Boletín Oficial del Estado, bajo la forma de “Código electrónico Covid-19: Derecho europeo, estatal y autonómico” (https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355_COVID19_Derecho_Europeo_Estatal_y_Autonómico_&tipo=C&modo=1).

men jurídico, más o menos excepcional, por el que se haya optado. Por esta razón, en este trabajo nos vamos a limitar a exponer una serie de aspectos relevantes que han conocido distintos regímenes a lo largo de este período temporal. En concreto, nos vamos a referir a las siguientes cuestiones: las opciones disponibles y las decisiones de confinamiento y desconfinamiento; las implicaciones competenciales del confinamiento y de la crisis económica: las medidas sociales vinculadas (laborales, educativas y de asistencia); las potestades de dirección de la administración, en especial la sanitaria; el diálogo y las relaciones intergubernamentales; las implicaciones financieras; y algunas manifestaciones en los sistemas institucionales autonómicos.

2. Las opciones y decisiones de confinamiento y desconfinamiento

La pandemia se ha combatido principalmente con medidas de limitación de la movilidad de las personas. Inicialmente, pareció posible reducir la movilidad de modo indirecto, mediante recomendaciones generales y con el cierre temporal de servicios públicos, señaladamente los educativos, sin alterar para ello las atribuciones competenciales de cada administración. No obstante, muy pronto se planteó la adopción de medidas más intensas y con carácter vinculante. En un primer momento, el “cierre” de determinados territorios, prohibiendo o limitando la entrada y salida para evitar la circulación del virus. Y, poco tiempo después, el propio confinamiento domiciliario de las personas, permitiendo tan sólo determinados desplazamientos por razón de necesidad. En ambos casos, resulta clara la afectación a derechos fundamentales: destacadamente a la libertad de circulación (con una gran intensidad), pero también a los derechos de reunión y manifestación, trabajo, propiedad, libertad de empresa, libertad de culto y los vinculados con servicios públicos y con las actividades culturales o de ocio. El debate se ha centrado casi exclusivamente en la libertad de circulación, pues el resto de limitaciones se derivan, al menos en lo principal, de modo necesario y exclusivo de esa otra limitación fundamental.

2.1. La decisión de confinamiento: la declaración estatal de la alarma

Las primeras decisiones de limitación se plantearon por algunas comunidades autónomas. Junto a las voces que demandaban un “cierre” de

la ciudad o bien de la comunidad autónoma de Madrid, como foco especialmente relevante de infección, tres presidentes autonómicos (Euskadi, Cataluña y Murcia) hicieron pública su intención de adoptar medidas de limitación de entrada y salida de sus territorios en los consejos de gobierno inmediatos. Y el día 12 de marzo de 2020, el gobierno autonómico catalán adoptó una resolución de cierre general de entradas y salidas en relación con un grupo de municipios del territorio regional, en los que se había constatado una dinámica de transmisión comunitaria de especial intensidad (la Conca d'Òdena)².

La resolución catalana ponía sobre la mesa dos cuestiones. En primer lugar, la viabilidad jurídica de adoptar decisiones de confinamiento territorial fuera del estado de alarma (es decir, sin que previamente se hubiera declarado formalmente el estado de alarma por el Estado), con fundamento jurídico en una legislación sanitaria³ que no menciona esa posibilidad e incluye tan sólo cláusulas abiertas susceptibles de amparar cualquier decisión que se considere proporcionada y con inmediatos efectos para aspectos interautonómicos (esto es, relativos a la relación entre regiones) y de competencia estatal. Y, en segundo lugar, la clara expectativa de que se produjeran de inmediato una cascada de decisiones regionales en la misma dirección que la catalana, introduciendo fronteras internas justificadas en la protección de sus territorios frente al avance del virus.

En este contexto, que además viene marcado por la existencia de un duro enfrentamiento político con el gobierno de la Comunidad de Ma-

(2) Resolución INT/718/2020 del Departamento de Interior de la Generalitat de Cataluña, de 12 de marzo, por la que se acuerda restringir la salida de personas de los municipios de Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui y Ódena, ratificada por Auto número 70/2020, de 13 de marzo de 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Barcelona (ECLI: ES:JCA:2020:16).

(3) Se trata principalmente de lo previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública; el artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; y los artículos 52 y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. El contenido de todas ellas se refleja perfectamente en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986: «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

drid por la gestión de la crisis, por la permanente crisis institucional con el gobierno de la Comunidad de Cataluña y por el temor a decisiones que enfrenten entre sí a comunidades autónomas, el Gobierno estatal hace pública la decisión de decretar el estado de alarma el día 14 de marzo. A efectos territoriales, es relevante destacar los siguientes aspectos de la manera como se ha configurado la declaración del estado de alarma:

De entrada, la decisión de acordar la declaración del estado de alarma se justifica expresamente en su necesidad para limitar la libertad de movimiento, descartando así, implícitamente, la posibilidad de confinamientos domiciliarios no individualizados a partir de las previsiones genéricas de la normativa sanitaria (que se remiten, además, a un control judicial cuyo sentido lo vincula claramente a ese carácter individualizado). De este modo, la limitación de la movilidad, al menos en su configuración de confinamiento domiciliario general de un territorio, queda reservada competencialmente al Estado y sometida al régimen excepcional del estado de alarma, que, si se prolonga más allá de quince días, exige la autorización del Congreso de los Diputados. En este sentido, el propio Real Decreto de declaración del estado de alarma contenía una cláusula que asumía expresamente la decisión catalana de confinamiento perimetral de la Conca d'Òdena, eludiendo así el espinoso debate sobre su legitimidad.

En segundo lugar, el Gobierno estatal opta por un régimen de confinamiento generalizado y común a todo el territorio, independientemente de la dispersión territorial del virus. De esta manera, se evita tanto la generación de fronteras interiores como las dinámicas de conflicto o desconfianza entre comunidades autónomas. Además, también se consigue que las reglas sean de aplicación a toda la movilidad y los transportes, sin importar su condición de intra o intercomunitaria (es decir, que se circunscriba al interior de una región o que afecte a varias). Por tanto, es el Gobierno estatal quien define las condiciones, régimen y alcance de las limitaciones a la movilidad, en el marco, en su caso, de las correspondientes autorizaciones parlamentarias.

Finalmente, el Gobierno estatal opta por una modalidad de confinamiento que no se limita a aislar territorios (el confinamiento o cierre perimetral), sino que se aplica también en su interior. De esta manera, no

sólo se pretende contener territorialmente el virus, sino también limitar su transmisión dentro de cada comunidad, con la finalidad de reducir su incidencia y la saturación provocada en los servicios hospitalarios. Esta opción implica, además, una especial intensidad en la limitación de la libertad de circulación, que no se define por la prohibición de determinadas actividades o movimientos (así, entradas y salidas del territorio, movilidad laboral o de ocio), sino por la prohibición general de movilidad, de la que solamente se exceptúan algunos supuestos (movilidad laboral -en caso de imposibilidad de teletrabajo-, adquisición de bienes necesarios, auxilio a terceros, entre otras). Esta intensidad especial fue el origen de cierta polémica sobre la suficiencia del instrumento del estado de alarma, defendiendo algún autor la necesidad de activar algún mecanismo constitucional todavía de mayor gravedad. Este aspecto, sin embargo, es ajeno a las cuestiones autonómicas o territoriales de interés de las que nos ocupamos en este trabajo.

2.2. La modificación y el levantamiento del confinamiento: la progresiva intervención autonómica

A lo largo de la vigencia del estado de alarma se han producido cambios relevantes en la configuración de las limitaciones de la movilidad. Paralelamente a estos cambios, también ha ido variando el ámbito de acción del Estado y de las comunidades autónomas, teniendo en cuenta que la situación inicial era de un protagonismo estatal excluyente. Debe tenerse en cuenta que la decisión sobre la declaración del estado de alarma y la configuración inicial de este régimen excepcional corresponde al Gobierno estatal, a través de Real Decreto. Ahora bien, la prórroga del estado de alarma, más allá de los quince días, exige autorización parlamentaria, de acuerdo con las previsiones del artículo 116 de la Constitución Española. El Gobierno estatal optó por solicitar prórrogas sucesivas de quince días mediante, defendidas políticamente mediante la comparecencia del Presidente en el Congreso de los Diputados. Y también tomó la decisión de avanzar en cada solicitud el completo régimen jurídico que posteriormente se iba a incluir en cada Real Decreto de prórroga. Esta forma de actuar ha dado lugar a un fuerte e intenso debate -no solamente parlamentario- sobre las decisiones adoptadas. Conviene destacar, en todo caso, que la autorización parla-

mentaria de las prórrogas del estado de alarma ha generado una notable tensión política, dada la precaria difícil situación parlamentaria del Gobierno. En efecto, cada votación sobre la correspondiente prórroga se convertía materialmente en una verdadera cuestión de confianza parlamentaria. Para sacar adelante la autorización del Congreso, el Gobierno ha tenido que pelear para conseguir el apoyo del principal partido de la oposición o de grupos parlamentarios minoritarios que se vienen caracterizando o bien por su enfrentamiento abierto con el Gobierno (así, especialmente el partido de Ciudadanos, si bien es cierto que su posición varió considerablemente a lo largo de estos meses) o bien por sus marcadas posiciones nacionalistas o, incluso, independentistas. La creciente dificultad para conseguir las autorizaciones parlamentarias y las variables alianzas que las han sustentado se vinculan estrechamente con los cambios en el contenido del régimen excepcional y, sobre todo, con su duración, mucho menor que las previsiones iniciales del propio Gobierno⁴.

De modo sintético, esas alteraciones pueden ordenarse en cuatro momentos y contenidos, a saber, la adopción de un régimen de confinamiento de especial intensidad por parte del Estado, la previsión estatal del proceso de desconfinamiento, su desarrollo con un creciente protagonismo decisorio regional y la propia decisión de finalización del confinamiento (y del estado de alarma) que fue fundamentalmente regional:

Primer momento. La declaración del estado de alarma no cerró el debate territorial sobre el confinamiento. Desde el inicio, algunos gobiernos autonómicos discutieron las medidas adoptadas. En efecto, por un lado, insistían en la necesidad de limitar más intensamente la movilidad interautonómica, con el objetivo de conseguir un “cierre” de sus territorios. Y, por otro lado, reivindicaban modificaciones en las medidas de movilidad “interna” en los territorios, ya sea flexibilizando algunas posibilidades de salida, ya sea reclamando restricciones adicionales

(4) Las previsiones contenidas en el llamado plan de desescalada apuntaban a tres fases sucesivas de duración mínima de 15 días cada una de ellas. El acceso a la primera fase, además, no era inmediato, y para algunos territorios no se produjo hasta el día 25 de mayo, por lo que el estado de alarma debería haber durado, al menos, hasta el 6 de julio. Sin embargo, el estado de alarma terminó el día 21 de junio.

les. En este contexto, el Gobierno estatal decidió endurecer las limitaciones a la movilidad durante el período coincidente con las vacaciones de Semana Santa (del 30 de marzo al 9 de abril), procediendo a ordenar la suspensión de toda actividad laboral, excepto aquellas consideradas esenciales, y a determinar franjas horarias para salidas en función de las actividades y las características personales. El conflicto con algunos gobiernos autonómicos (sobre todo, Madrid y Cataluña) fue particularmente intenso, con constantes demandas de mayor capacidad reguladora autonómica.

Segundo momento. Superados los primeros instantes, y ante la progresiva reducción de los contagios y la mejora de la situación hospitalaria, el Gobierno estatal planteó una estrategia de desescalada⁵ orientada a la salida del estado de alarma y a la eliminación de las restricciones de movilidad. En su versión inicial, esa estrategia se centraba en la fijación de fases de desescalada con un régimen cerrado cuya aplicación por territorios (siempre infraautonómicos) debía decidirse por el Gobierno estatal, sin perjuicio de posibilidades de participación autonómica que no se formalizaban.

Tercer momento. El enfoque indicado en el párrafo anterior fue rápidamente corregido durante el efectivo proceso de desescalada. De entrada, porque las decisiones del Gobierno estatal se produjeron siempre tras un proceso de iniciativa e intensa participación bilateral de cada gobierno autonómico, no exento de desacuerdos, pero fundamentalmente consensuado. En segundo lugar, porque ese mismo Gobierno estatal flexibilizó, desde el primer momento, la delimitación de las unidades territoriales que definían los cambios de fase, siguiendo las propuestas que llegaban desde las comunidades autónomas. Y, finalmente, porque, a partir de la superación de las fases más estrictas, se permitió que los gobiernos autonómicos introdujeran reglas diferenciadas respecto del régimen aplicable a cada una de las fases.

Cuarto momento. La evolución apuntada en el apartado anterior se intensificó extraordinariamente en la ordenación de la salida del estado de alarma. Las causas son variadas y seguramente complementarias:

(5) Adoptada el 28 de abril. Puede consultarse en <https://www.mschs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCovChina/planDesescalada.htm>.

la propia reconsideración del Gobierno estatal; la mejora del clima de cooperación con las comunidades autónomas; y la presión originada por la necesidad de alcanzar acuerdos parlamentarios que garantizaran la prórroga del estado de alarma. El régimen que ahora se establece, inicialmente mediante una Orden del Ministerio de Sanidad⁶ y que se formalizó con el Real Decreto de cuarta prórroga del estado de alarma, permitía no sólo que los gobiernos autonómicos alteraran el contenido de las limitaciones en cada una de las fases, sino también que determinaran su duración, el pase de una fase a otra e, incluso, que decidieran, de modo diferenciado para cada comunidad autónoma, la finalización de las restricciones y la salida de su territorio del estado de alarma antes de su finalización general para toda España. De este modo, se produjo una aceleración extraordinaria de la “desescalada”, derivada, por una parte, de la decisión de no prorrogar el estado de alarma más allá del día 22 de junio (ante la dificultad de obtener el necesario apoyo parlamentario) y, por otra, de las decisiones de diversas comunidades autónomas de avanzar rápidamente en la sucesión de fases y terminar con las restricciones incluso antes de esa fecha.

Así, un proceso que había comenzado estrictamente centralizado, se transformó en un modelo por completo descentralizado y heterogéneo, sin más elemento unificador que la vigencia del estado de alarma como paraguas estatal que permitía a cada comunidad autónoma decidir si hacía uso de las posibilidades de restricción y con qué intensidad y duración.

2.3. Los confinamientos tras la finalización del estado de alarma: las decisiones autonómicas

Tras la finalización de la vigencia del estado de alarma, y ante el surgimiento de rebrotes de especial importancia, se suscitó nuevamente la cuestión de la posibilidad de adoptar medidas de confinamiento por parte de las comunidades autónomas.

(6) Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, por la que se regula el proceso de cogobernanza con las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla para la transición a una nueva normalidad.

De la legislación sanitaria antes citada se desprende claramente la posibilidad de que las autoridades sanitarias (ordinariamente las autonómicas) adopten decisiones de limitación de actividades (por ejemplo, comerciales o de servicios públicos) o de confinamiento individualizado de personas que pueden provocar contagio y sus contactos, exigiéndose, en este caso, una decisión judicial autorizatoria o ratificatoria, que garantice la legalidad y proporcionalidad de la decisión. Este instrumento ha permitido decisiones de confinamiento de hoteles, comunidades de viviendas o incluso vecindarios. Ahora bien, su aplicación a un confinamiento territorial generalizado y ajeno a la definición de contagios y contactos concretos ha resultado polémica ante el carácter extraordinariamente indeterminado de la habilitación legal, la inadecuación del control judicial ante medidas generalizadas, la intensa afectación resultante a los derechos de circulación y la existencia del instrumento jurídico del estado de alarma (que puede ser delimitado territorialmente) como alternativa específicamente prevista por el ordenamiento jurídico.

En este contexto, ante el avance de los contagios en la comarca catalana de El Segrià (con unos 200.000 habitantes, donde se incluye la ciudad de Lleida), el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña decidió, mediante resolución de su Consejero de Interior⁷, un confinamiento perimetral de la zona, limitando la entrada y salida de la comarca, excepto por motivos específicos (principalmente laborales y de cuidado de personas), pero no la libertad de movimiento dentro del territorio confinado. Esa decisión fue ratificada por un Juzgado de Instrucción del territorio⁸ (y no por un juzgado de lo contencioso-administrativo, como prevé la ley) para un plazo inicial de 15 días, y no fue contestada por el Estado ni, al menos abiertamente, por los afectados.

(7) Resolución INT/1607/2020, de 4 de julio, por la que se acuerda restringir la salida de personas de la comarca de El Segrià, Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña número 8169, de 4 de julio de 2020.

(8) Auto del Juzgado de Instrucción número 4 de Lleida (actuando en funciones de juzgado de guardia) de 4 de julio de 2020.

Al día siguiente, el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia adoptaba una decisión de confinamiento⁹ para un grupo de municipios de la provincia de Lugo (Comarca de A Mariña, en torno a 70.000 habitantes). En este caso, se acuerda no sólo un confinamiento perimetral, sino también la limitación general de movilidad en su interior (confinamiento domiciliario), con la previsión expresa de algunas excepciones. De nuevo, la decisión fue ratificada por el juzgado de lo contencioso-administrativo competente y no fue objeto de impugnación.

Ante la evolución de la pandemia en el foco de Lleida, el Gobierno catalán planteó, el día 11 de julio¹⁰, un endurecimiento del confinamiento, que pasaba de ser perimetral a domiciliario. Sin embargo, el juzgado denegó¹¹ la autorización por dos motivos. En primer lugar, por considerar que no se justificaba suficientemente la proporcionalidad de la medida. Y, sobre todo, en segundo lugar, por entender que un confinamiento de este tipo no puede ordenarse por la comunidad autónoma por la razón de que excede de sus competencias. En efecto, según el razonamiento del juzgado, en atención al marco normativo vigente, esa medida sólo puede adoptarse mediante la declaración de estado de alarma, reservada al Gobierno del Estado. Como respuesta a esta decisión judicial, el Gobierno catalán aprobó al día siguiente un decreto-ley¹² que introducía expresamente la posibilidad de confinamiento en la legislación de salud pública catalana. Sin embargo, ese mismo Gobierno decidió adoptar para Lleida nuevas medidas menos estrictas.

(9) Orden de 5 de julio de 2020, por la que se establecen determinadas medidas de prevención en los concejos de Alfoz, Barreiros, Burela, Cervo, Foz, Lourenzá, Mondoñedo, Ourense, Ribadeo, Trabada, O Valadouro, O Vicedo, Viveiro e Xove, como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la Covid-19 (Diario Oficial de Galicia número 132, de 5 de julio de 2020).

(10) Resolución SLT/2020, de 12 de julio, por la que se adoptan nuevas medidas especiales en materia de salud pública para la contención del brote epidémico de la pandemia del Covid-19 en los municipios de Lleida ciudad, Alcarrás, Aitona, La Granja d'Escarp, Massalcoreig, Serós, Soses i Torres de Segre, y a las entidades municipales descentralizadas de Sucs y Raimat.

(11) Auto del Juzgado de instrucción número 4 de Lleida (actuando en funciones de juzgado guardia), de 12 de julio de 2020.

(12) Decreto-ley 27/2020, de 13 de julio, de modificación de la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública y de adopción de medidas urgentes para hacer frente al riesgo de brotes de la Covid-19 (Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña número 8176, de 14 de julio de 2020).

tas, lo que permiten entender que se han asumido las limitaciones fijadas por la resolución judicial. Estas nuevas medidas sí han obtenido la autorización judicial y han entrado en vigor. Se planteó después la adopción de decisiones similares para otras zonas del territorio regional y, señaladamente, para determinados barrios de la segunda ciudad de Cataluña, l'Hospitalet de Llobregat, de 270.000 habitantes y contigua a Barcelona¹³.

Al margen de la resolución del caso concreto, más o menos satisfactoria, continúa abierta la discusión sobre la posibilidad y límites de las decisiones autonómicas de confinamiento o incluso de la posibilidad del confinamiento fuera de un estado de alarma. Desde el punto de vista constitucional, se discute si es posible una limitación (estatal o autonómica) de la libertad de circulación fuera de las previsiones específicas del estado de alarma y con qué intensidad. Desde la legalidad vigente, se discute si las previsiones abiertas e indeterminadas de la legislación sanitaria son base suficiente para una decisión de confinamiento y, en caso positivo, con qué intensidad.

Ante esta situación, parece claro que el Estado deberá clarificar su posición en un plazo breve, bien asumiendo una modalidad de declaración de alarma que dé cobertura a las limitaciones territoriales, bien modificando la legislación sanitaria para negar o afirmar la posibilidad del confinamiento, sus límites y las autoridades competentes al respecto. En este debate jugarán un papel relevante, con toda probabilidad, la competencia ejecutiva sanitaria general de las comunidades autónomas y las valoraciones sobre el sentido de definir confinamientos territorialmente muy limitados desde el Estado. Pero también, las posibilidades de uso de la medida de confinamiento con la finalidad no de confinar focos de contagio, sino de cerrar fronteras para impedir la entrada de personas desde focos de contagio exteriores, las dinámicas de competencia política interautonómica, la erosión del instrumento de la alarma (cuya efectividad ha quedado acreditada) o las garantías parlamentarias y formales que se vinculan con los estados excepcionales.

3. Las implicaciones competenciales del confinamiento y de la crisis económica: las medidas sociales vinculadas (laborales, educativas y de asistencia)

3.1. Las medidas de acompañamiento del confinamiento

El confinamiento acostumbra a verse únicamente como una decisión de limitación de la libre circulación de las personas en relación con un territorio determinado, bien para entrar y salir de él, bien para moverse en su interior. Sin embargo, la limitación de movilidad tiene también notables consecuencias en múltiples ámbitos, que alcanzan competencias de todas las entidades territoriales. Las limitaciones de movilidad, independientemente de la amplitud del territorio afectado, impactan sobre la posibilidad de realizar muchos y variados tipos de actividades (comercial, laboral, asistencial, de servicios públicos, cultural y de espectáculos, de ocio, entre otros) y generan obligaciones de actuar en numerosos ámbitos competenciales (así, en transportes, fronteras, seguridad pública, vivienda, prestación de servicios públicos o infraestructuras públicas). Cuando el confinamiento alcanza la amplitud e intensidad de estos meses, configurándose como una auténtica paralización del país, la importancia de las medidas de acompañamiento es palmaria y la viabilidad de un confinamiento prolongado sin ellas puede ponerse razonablemente en duda.

A efectos meramente ejemplificativos y sin pretensión de exhaustividad, de las decisiones de confinamiento han derivado directamente normas especiales sobre transportes, administración de justicia, procedimientos administrativos, educación, servicios sociales, vivienda, prestaciones por desempleo, prestaciones para autónomos y para colectivos específicos, normas laborales (determinación de actividades y empleos esenciales, previsión de un permiso laboral retribuido obligatorio, régimen de presencialidad, entre otras muchas), líneas de apoyo financiero a sectores empresariales y actividades comerciales. Se trata en todos los casos de ámbitos de competencia normativa (y en ocasiones ejecutiva) principalmente del Estado. La importancia de esta labor legislativa y de apoyo está directamente vinculada con el carácter estatal de las decisiones de confinamiento y es difícil pensar que se hubiera realizado en caso de confinamientos autonómicos.

3.2. Las medidas de respuesta a la crisis social

Por otra parte, la crisis económica y social que abre la pandemia ha tenido ya una primera consecuencia de carácter competencial, al acelerar la aprobación del Ingreso Mínimo Vital, una nueva prestación cuya regulación, financiación y pago asume el Estado, sin perjuicio de posibilidades de gestión autonómica¹⁴. El Ingreso Mínimo Vital constituye un nuevo y relevante supuesto de actuación estatal en materia de prestaciones sociales e inclusión, convirtiendo así uno de los pocos ámbitos subsistentes de competencia exclusiva autonómica (la lucha contra la pobreza mediante las llamadas rentas mínimas) en un sector de actuación compartida, con una prestación estatal mínima que puede verse incrementada por cada comunidad autónoma si lo cree necesario. De este modo, además, la intervención estatal libera una parte importante de recursos financieros autonómicos, que hasta ahora dedicaban las comunidades autónomas (aunque con grandes diferencias entre ellas) a las rentas mínimas y que asumirá en gran medida la nueva prestación estatal. Este efecto financiero explica que la nueva prestación no haya sido objeto de crítica por razones competenciales ni haya sido hasta hoy impugnada ante el Tribunal Constitucional.

Aunque la creación de la nueva prestación formaba parte del programa del Gobierno estatal de coalición entre el Partido Socialista y Unidas Podemos, su configuración y puesta en marcha ha venido impulsada y acelerada por las perspectivas post-pandemia. Según este mismo Gobierno, se estima que la prestación, que oscila entre 462 y 1015 euros mensuales en función del número de personas a cargo, alcanzará a 850.000 hogares.

Una vez más, la crisis despliega efectos unificadores o, si se prefiere, centralizadores, manifestados en la intervención estatal en el ámbito autonómico de las prestaciones sociales, intervención legitimada políticamente con la aportación de recursos estatales que vienen a liberar fondos de los presupuestos autonómicos.

(14) Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el Ingreso Mínimo Vital.

4. Las potestades de dirección de la administración: en especial la administración sanitaria

La declaración del estado de alarma permite situar bajo la dirección de una autoridad delegada las actuaciones que resulten necesarias por parte de cualquier administración. No se trata, por lo tanto, de la sustitución total de las autoridades ordinariamente competentes, pero sí de la superposición de una autoridad que asume funciones de dirección y a cuyas decisiones deben someterse todas las administraciones.

El Real Decreto de declaración del estado de alarma optó por nombrar como autoridades delegadas a los ministros de Defensa, Interior, Transportes y Sanidad, de manera que, a partir de ese momento, quedaban habilitados para dictar las órdenes necesarias en sus correspondientes sectores. Esta decisión, mantenida hasta la cuarta prórroga del estado de alarma, que pasó a considerar autoridad delegada únicamente al Ministro de Sanidad, no modifica por sí misma las competencias del resto de autoridades y, en especial, de las comunidades autónomas. Por el contrario, las regiones mantienen sus responsabilidades ordinarias, que sólo se ven alteradas en el momento en que la autoridad delegada ejerce sus facultades y dicta órdenes o asume funciones desplazando a las autoridades autonómicas, desplazamiento que se produce estrictamente en la medida de ese ejercicio. En definitiva, la alteración de competencias autonómicas se ha limitado principalmente a los siguientes aspectos:

Las comunidades autónomas han debido someterse a las normas adoptadas por los citados ministros mediante múltiples órdenes ministeriales. Se trata, por lo tanto, de una afectación fundamentalmente normativa, y que se ha centrado en ámbitos esencialmente vinculados con la limitación a la libertad de circulación (transportes, movilidad, condiciones sanitarias en los desplazamientos, regulación de las posibilidades y requisitos para las salidas del domicilio o los desplazamientos) y sus consecuencias en términos de actividades comerciales o laborales (así, normas sanitarias de establecimientos abiertos al público, condiciones de apertura o aforo, normas laborales, cierres y aperturas de servicios públicos). Se trata de normas cuya vigencia se condiciona a las limitaciones de movilidad del estado de alarma o de normas que recaen en la competencia normativa ordinaria del estado (así, laborales, sanitarias, industriales, de importación).

No parece que la capacidad de dirección estatal en materia sanitaria se haya concretado en decisiones de ordenación o configuración de los servicios y prestaciones a los ciudadanos, que han continuado bajo su régimen de ordenación y dirección ordinario. En este sentido, las noticias que han trascendido sobre protocolos de atención a los enfermos no han hecho nunca referencia a directivas o instrucciones estatales, sino siempre a decisiones autonómicas (que han resultado sumamente polémicas en algunos casos, como los referidos al triaje de pacientes por edad o por provenir de residencias de personas mayores). Este tipo de actuaciones son más propias de decisiones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, adoptadas mediante instrumentos de acuerdo.

Sí que se han utilizado las facultades específicas derivadas del estado de alarma para introducir obligaciones de información y comunicación entre administraciones, así como referidas al uso de medios materiales escasos, aunque podría sostenerse que tales medidas estarían amparadas por la competencia de coordinación que la Constitución atribuye al Estado en materia de sanidad. En esta misma dirección, el Estado, en virtud de las previsiones del estado de alarma, adoptó decisiones de aseguramiento del abastecimiento de determinados bienes, de requisa de medios sanitarios en manos privadas y de puesta a disposición del sistema sanitario público de capacidades y medios sanitarios privados.

La asunción directa de facultades por el Estado, sustituyendo a las administraciones autonómicas, se planteó inicialmente para las actuaciones de adquisición de recursos materiales en los mercados internacionales, especialmente de pruebas de detección del virus, respiradores y equipos de protección individual, destinados prioritariamente para el personal sanitario. Esta opción de sustitución de las administraciones autonómicas -y no de coordinación con ellas- mostró en muy poco tiempo sus límites y sus consecuencias disfuncionales. En efecto, las capacidades de gestión estatal se vieron rápidamente desbordadas. Ello se debió, por un lado, a que su conocimiento de los mercados y de las necesidades reales era menor que el de las comunidades autónomas. Y, por otro lado, al comportamiento de las comunidades autónomas: a

las dificultades especiales de la situación, el Estado tuvo que sumar las quejas autonómicas por la falta de efectividad de su actuación y por el apartamiento que ellas habían sufrido. En este contexto, el Estado optó por reactivar las compras autonómicas y sumar a ellas sus propias capacidades, pero sin sustituirlas y, en cambio, intentando coordinarlas.

A la labor de dirección y coordinación en relación con la administración sanitaria puede contraponerse la desarrollada respecto de las residencias de personas mayores. Desde el inicio de la crisis, estos centros de ancianos se revelaron como el mayor y más grave foco de la pandemia. Lo cierto es que el Estado no dispone de competencias ordinarias en este ámbito. Y también lo es que los Reales Decretos de alarma no hicieron mención a esta cuestión ni nombraron autoridad delegada al ministro competente en la materia (vicepresidente segundo y ministro de derechos sociales). Ahora bien, es verdad que las cláusulas generales del estado de alarma habrían permitido sin problemas que el Gobierno español interviniera en este sector, donde se han producido numerosísimas quejas. En breve, estas quejas denuncian que los sistemas sanitarios autonómicos, o al menos algunos de ellos, no prestaron la atención debida a la situación de las residencias e, incluso, impidieron el acceso de los ancianos a los hospitales.

Finalmente, resulta de interés mencionar el debate doctrinal sobre la posibilidad de que la declaración del estado de alarma hubiera optado por nombrar autoridad delegada a los Presidentes de las comunidades autónomas o bien a otros responsables autonómicos. Esta posibilidad se prevé expresamente (y con carácter obligatorio) en la Ley Orgánica 4/1981 para el caso de alarmas de ámbito territorial autonómico, pero no para el caso de alarmas supraautonómicas. De ese silencio, algunos han derivado la imposibilidad de esa designación, mientras que otros sostienen que nada lo impide, ya sea con carácter general o bien limitada a facultades concretas. En cualquier caso, el hecho constatable es que esa designación no se ha producido nunca. En cambio, como se ha visto, se ha ido materialmente más lejos en la fase final del estado de alarma, reconociendo a las comunidades autónomas capacidades de alteración del régimen de movilidad y actividades, de cambio de fase

y hasta la propia decisión de levantar el estado de alarma y sus restricciones en el territorio de su comunidad. Esta vía de hecho o la propia previsión de delegación son opciones, sin embargo, a tener en cuenta para eventuales nuevas declaraciones del estado de alarma de ámbito interautonómico, pero con focos delimitados dentro de cada comunidad autónoma.

Cabe destacar, finalmente, que tampoco la declaración original del estado de alarma introdujo facultades de participación autonómica en las decisiones estatales, pero de nuevo el desarrollo de la crisis planteó esta opción durante la fase de desescalada, cuestión a la que se presta atención en el próximo apartado de este trabajo.

5. El diálogo y las relaciones intergubernamentales

La crisis ha supuesto un impulso sin precedentes de las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico: ha intensificado la dinámica de sectores en los que las relaciones estaban ya muy desarrolladas, ha mostrado la relevancia del auxilio interadministrativo en contextos de medios escasos, ha generado auténticos casos de procedimientos participados entre los niveles territoriales y, por último, ha significado el reconocimiento expreso del papel de liderazgo político general de los presidentes autonómicos, más allá de sus competencias y ámbitos territoriales. Todo ello, además, se ha producido en un contexto de enorme tensión política. Tensión y enfrentamiento entre gobierno y oposición en el nivel estatal, de modo que las relaciones del gobierno estatal con los gobiernos autonómicos se han presentado como un ámbito político alternativo menos crispado y más susceptible de acuerdos. Pero también tensión elevada con algún gobierno autonómico (señaladamente el de la Comunidad de Madrid) y cierto malestar general de las comunidades autónomas por las actuaciones estatales, percibidas como excesivamente unilaterales. Hecho este que, sin embargo, no ha impedido el fortalecimiento de las relaciones y la consecución de numerosos acuerdos. En todo caso, el proceso ha puesto de manifiesto, una vez más, que las relaciones intergubernamentales funcionan como un ámbito político alternativo al debate gobierno-oposición en el que los gobiernos, especialmente el estatal, encuentran una posición mucho más cómoda.

5.1. El impulso de la cooperación sectorial: en especial, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud

Como ha ocurrido siempre en el sistema español, la cooperación y la participación interterritorial se ha desarrollado de modo sectorial, con grandes diferencias de intensidad entre los distintos ámbitos materiales, que responden a su tradición, a la personalidad de sus protagonistas, a la existencia de competencias reguladoras estatales o a la importancia y peso de las facultades de gestión autonómicas en cada concreto sector. En el ámbito sanitario han confluído todas estas variables. La institución que concentra las relaciones en este ámbito, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, ha celebrado 35 reuniones telemáticas en poco más de tres meses y puede decirse que algunas de sus comisiones se han constituido en órganos de reunión permanente. Además, la dinámica de acuerdo ha sido absolutamente dominante, sin que se haya visto rota ni por los conflictos específicos con alguna comunidad autónoma ni por la discrepancia competencial o las críticas a tendencias centralizadoras.

El impulso del Consejo Interterritorial se ha visto fortalecido por la reforma de su normativa legal de funcionamiento, mediante el Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria, que refuerza su papel coordinador (principalmente, aseguramiento de información, seguimiento de actuaciones autonómicas, determinación de capacidades mínimas y elaboración de planes comunes de reacción) a la vez que prevé actuaciones específicas de coordinación por parte del Ministro de Sanidad en casos de urgencia. En este sentido, el Consejo Interterritorial ha aprobado, en su reunión de 16 de julio de 2020, un «Plan de respuesta temprana en un escenario de control de la pandemia por Covid-19»¹⁵, que fija mediante acuerdo obligaciones para todas las administraciones públicas.

Frente a la práctica desarrollada en el ámbito sanitario, contrasta la mayor conflictividad en otros sectores, como el educativo, o la reducida intensidad de relaciones en ámbitos tan relevantes como los servicios so-

(15) Disponible en <https://www.msbs.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=5007>.

ciales, con especial mención a la situación de las residencias de ancianos que, pese a la gravísima afectación que han sufrido durante la pandemia, no han sido objeto de coordinación interregional.

5.2. El auxilio interadministrativo en un contexto de escasez de medios

La escasez de medios materiales y personales en el ámbito de la atención sanitaria ha sido uno de los factores que han marcado el desarrollo de la crisis. En este contexto, es de interés prestar atención al auxilio interadministrativo, sobre todo teniendo en cuenta la fuerte heterogeneidad territorial en la intensidad de la crisis y su diferente grado de compromiso de medios materiales y personales. En este sentido, debe distinguirse el auxilio entre la administración estatal y las administraciones autonómicas, por una parte, y el auxilio entre las propias administraciones autonómicas, por la otra.

En cuanto a las relaciones entre Estado y comunidades autónomas, tras el abandono de la opción original de asunción por parte del Estado de la compra o adquisición de medios, se avanzó en una dinámica caracterizada por la aportación por el Estado de medios materiales adicionales, en la medida de sus posibilidades, de modo poco formalizado y orientada esencialmente a las comunidades en situación más precaria; y, sobre todo, por la intervención de medios estatales, esencialmente militares, en tareas de organización de infraestructuras y de apoyo sanitario. Superada la fase más crítica, las prácticas de auxilio han cobrado una nueva orientación. Por un lado, intentando ordenar la eventual aportación estatal mediante la constitución de una reserva estratégica de medios, con vistas a futuros desarrollos de la crisis, con rebrotes del virus, que vendría a sumarse a las reservas autonómicas que, de acuerdo con el Plan de respuesta temprana antes citado, debe disponer cada comunidad autónoma. Y, por otro lado, de modo inverso, desarrollando acuerdos que permitan que las administraciones autonómicas presten auxilio a la estatal en materia de gestión de prestaciones laborales y sociales, pues las nuevas prestaciones implantadas durante la crisis han desbordado las capacidades reales de gestión de la administración estatal de empleo y seguridad social.

Las relaciones entre las comunidades autónomas, en cambio, siguen poco desarrolladas en el sistema español y se canalizan, en el mejor de

los casos, mediante acuerdos concretos entre las dependencias administrativas afectadas, pero sin un plan, diseño u ordenación planteado desde los respectivos gobiernos. En realidad, solamente cuando cuentan con el impulso y la mediación del Estado abordan esta cuestión. Ni siquiera la extraordinaria situación caracterizada por una muy desigual saturación de servicios y carencia de medios, que ha supuesto esta crisis, ha podido cambiar claramente esta característica de nuestro estado autonómico.

5.3 El desarrollo de procedimientos participados de facto

Los procedimientos participados son poco frecuentes en el sistema autonómico español, en el que el desarrollo de la cooperación no se ha trasladado con la intensidad necesaria a las actuaciones de carácter participativo. Hay que destacar, sin embargo, que el desarrollo de las decisiones de “desescalada” ha constituido una novedad reseñable. Desde el inicio de la desescalada, hasta que las facultades de decisión se trasladaron por entero a los gobiernos autonómicos, las decisiones que fijaban el tránsito de fase para cada concreto territorio se adoptaban por el Gobierno estatal a iniciativa de cada gobierno autonómico y tras un debate bilateral con cada uno de ellos.

Para el caso español, este proceso ha supuesto, en diferentes sentidos, una novedad relevante en su existencia y también en su configuración. De entrada, la participación se ha desarrollado al más alto nivel, entre gobiernos, lo que le otorga una indudable relevancia política, coherente con el impacto directo de las decisiones para los ciudadanos. En segundo término, la participación se ha formalizado, si bien no normativamente, sí en su práctica, previendo claramente sus fases, documentando las aportaciones y motivando las decisiones, hasta el punto de dar publicidad a los informes de evaluación de las iniciativas autonómicas. En tercer lugar, se ha tratado de un procedimiento de discusión estrictamente bilateral, aunque generalizado con todas las comunidades autónomas y con las mismas reglas, distanciándose de una práctica que acostumbra a asociar bilateralidad con carácter limitado a una o varias comunidades y generalidad con el tratamiento multilateral. Por último, el procedimiento ha sido efectivo, en el doble sentido de reconocer el protagonismo y relevancia de la iniciativa autonómica y la ca-

pacidad de decisión estatal autónoma. Así lo atestiguan unos resultados que han combinado la general adopción de las propuestas autonómicas con casos concretos de relevante alteración de esas mismas propuestas.

5.4. La versión Covid de la Conferencia de Presidentes

Desde el día 15 de marzo hasta el 14 de junio, el Presidente del Gobierno español y los presidentes de las comunidades autónomas han mantenido una reunión telemática semanal cada domingo. Se trata, hasta el momento en que se escribe este trabajo, de 14 reuniones, cifra cuya relevancia puede apreciarse si se contrasta con las tan sólo 6 ocasiones en que se había reunido la Conferencia de Presidentes desde su creación en 2004 y hasta el inicio de la crisis, ninguna de ellas con Pedro Sánchez como Presidente. Este extraordinario desarrollo se debe a diversos factores: la competencia autonómica en materia de gestión de la sanidad, la importancia de la variable territorial en la gestión de la crisis, la relevancia de la concienciación de la población o el carácter transversal y omnicomprensivo de la pandemia, que ha afectado a todos los ámbitos y ha eclipsado cualquier otra cuestión. Sin embargo, la centralidad de la Conferencia de Presidentes es consecuencia y a la vez factor relevante de dos elementos de largo alcance. En primer lugar, la Conferencia se constituye en un foro de debate político alternativo al parlamento, especialmente relevante ante la crispación de la relación mayoría – oposición en el Congreso de los Diputados, pero con ventajas indudables para la posición del Estado y del Presidente del Gobierno estatal: la Conferencia incorpora una dinámica institucional que incrementa la presión de llegar a acuerdos y dificulta y penaliza las prácticas de confrontación; la posición del Estado está claramente reforzada en su seno por su carácter de institución común y sus competencias generales; no existe un liderazgo de la oposición, sino que ésta, en su caso, se fragmenta entre distintos presidentes con agendas y prioridades diferenciadas; la única voz con legitimidad general para todos los ciudadanos es la del Estado; y, finalmente, la Conferencia no adopta decisiones ejecutivas (y en su seno no se vota ni, por tanto, se pueden producir derrotas políticas), sino que se configura como un foro de discusión, cuyas conclusiones informales, por lo demás, son hechas públicas casi en solitario por el Presidente del Gobierno estatal.

En segundo lugar, la Conferencia reúne a los principales líderes políticos de todo el país que, sin embargo, no compiten directamente entre ellos. En consecuencia, su peso político y su potencial integrador es enorme, en especial en una situación de crisis, cuya gestión pasa en buena parte por la acción de liderazgo social y mediático frente al conjunto de la población.

En una valoración general, pese a las continuas críticas y, en ocasiones, las enconadas discrepancias con los presidentes autonómicos, la Conferencia ha asumido eficazmente su función de foro institucional y ha cobrado un protagonismo relevante y creciente, consiguiendo incluso alterar o reconducir iniciativas del Gobierno estatal ante la crítica del conjunto de los presidentes autonómicos. Sin embargo, este éxito de la Conferencia debe coexistir con algunas advertencias importantes.

Las reuniones de presidentes con ocasión de la crisis Covid son muy distintas de las que han tenido lugar en el contexto de la tradicional Conferencia de Presidentes: se han producido sin orden del día ni trabajos preparatorios, sin conclusiones ni propuestas de acuerdos, con un objeto indiscutible y que ha hecho desaparecer cualquier otro debate y con un horizonte de actuación inmediata y por completo ajena al medio o largo plazo. Sin cuestionar la necesidad y utilidad de estas reuniones, compararlas con la tradicional Conferencia de un estado descentralizado o, incluso, con la limitada tradición española, está por completo fuera de lugar. Y no parece que la experiencia desarrollada vaya a tener consecuencias de impulso de la versión tradicional de la Conferencia.

En este sentido, lo que se ha impulsado es un foro político, pero fundamentalmente ajeno en su actuación a las administraciones que los presidentes, y especialmente los autonómicos, dirigen. Las discusiones y difusas conclusiones de las reuniones no han orientado la acción administrativa, sino que se han mantenido en el nivel del debate político. Sólo en la medida en que se ha suscitado la discusión sobre una concreta iniciativa estatal (principalmente, sobre el plan de desescalada), la Conferencia ha desarrollado un cierto papel de orientación política compartida, al margen de su función general de espacio para el planteamiento al máximo nivel de demandas de apoyo concretas desde las comunidades autónomas.

El contenido, función y resultado de las reuniones de la Conferencia de Presidentes ha evolucionado considerablemente a lo largo de los 14 encuentros ya producidos.

Las primeras reuniones tuvieron un marcado carácter de foro de información por el Estado a las comunidades autónomas. En ellas, el Presidente del Gobierno estatal trasladaba a los presidentes autonómicos los datos y valoración de la situación y las líneas de actuación inmediata a desarrollar desde el Estado, sin esperar ni impulsar iniciativas ni aportaciones autonómicas alternativas.

Las carencias de este enfoque se acrecentaron por la política comunicativa mantenida por el Presidente del Gobierno estatal. En efecto, comparecía cada sábado ante los medios de comunicación para presentar públicamente la misma información e iniciativas que después, al día siguiente, trasladaba a los presidentes autonómicos. El malestar generado, que llegó a amenazar la continuidad de las reuniones, provocó finalmente la modificación de la estrategia comunicativa del Presidente, que a partir del mes de mayo retrasó sus comparecencias para realizarlas con posterioridad a la reunión de la Conferencia.

La perspectiva de la desescalada modificó la propia orientación de las reuniones, en las que crecientemente se plantearon alternativas o discrepancias autonómicas que, a medio plazo, modificaron la estrategia estatal, orientándola hacia un enfoque más compartido y abierto a las comunidades autónomas y, en las últimas semanas, hacia un proceso de devolución de capacidades de decisión a estas comunidades.

6. Las implicaciones financieras

La crisis ha tenido relevantes implicaciones financieras para las administraciones públicas, tanto desde el punto de vista de los ingresos, por su efecto de parálisis de la actividad económica y consecuente caída de ingresos tributarios, como desde la perspectiva del gasto, por el crecimiento del gasto sanitario y social. Por ello, aunque sea de manera breve, es inevitable hacer alguna referencia a las demandas de las comunidades autónomas en esta materia y a las primeras decisiones adoptadas al respecto, contenidas principalmente en el Real Decreto-ley 22/2020,

de 16 de junio, por el que se regula la creación del Fondo Covid-19 y se establecen las reglas relativas a su distribución y libramiento.

Las demandas autonómicas se han centrado en una triple reclamación. Primera: la recepción de fondos adicionales que compensen las caídas de ingresos y que aumenten la liquidez y cubran las nuevas necesidades de gasto, especialmente en el marco de la recepción de fondos europeos vinculados a la crisis. Segunda: la flexibilización de los criterios de sostenibilidad financiera que se imponen a las administraciones territoriales, en particular, los límites de déficit y el respeto de la regla de gasto. Y tercera: la posibilidad de destinar el superávit, cuando éste existe, a finalidades que vayan más allá de los previstos en la normativa de consolidación presupuestaria. Este debate, por lo demás, se ha desarrollado con un telón de fondo muy concreto. Por un lado, las insuficiencias del sistema de financiación autonómica, pendiente de renovación desde 2014. Y, por otro, un escenario presupuestario en el Estado y en algunas comunidades autónomas marcado por presupuestos prorrogados ya en varias ocasiones.

Con el Decreto-ley 22/2020 se crea un fondo Covid destinado a las comunidades autónomas por importe de 16.000 millones de euros, a transferir desde el Estado, sin condicionamiento para su gasto y sin que el grueso de esa cantidad (11.000 millones) sea computable a efectos del respeto a la regla de gasto. La distribución entre comunidades se realiza a partir de los criterios que fija el propio Decreto-ley y que ponderan la población y variables sanitarias, educativas y de empleo vinculadas con la crisis. Esta operación, acompañada de la facilitación de liquidez, mediante el avance de ingresos a cuenta del sistema general de financiación, ha sido bien recibida por las comunidades autónomas, sin perjuicio de las críticas a los criterios de distribución y las reclamaciones de necesidades adicionales.

La respuesta a las demandas autonómicas de flexibilización del déficit presupuestario permitido y el respeto a la regla de gasto, en cambio, se ha reenviado a un momento futuro, en el marco de las reglas adoptadas por la Unión Europea. Y en relación con la posibilidad de disposición del superávit, se ha puesto en marcha hasta ahora limitadamente para las comunidades autónomas que cuentan con ese recurso, que es señaladamente el caso de Canarias.

7. Los sistemas institucionales autonómicos

Para terminar, son merecedores de atención dos aspectos menores, pero relevantes, referidos a las instituciones autonómicas, que ilustran tanto las nuevas situaciones planteadas a raíz de la Covid como algunas debilidades tradicionales del sistema autonómico en España.

El primero se refiere a la convocatoria de elecciones autonómicas en las Comunidades de Euskadi y de Galicia, que debían celebrarse el pasado 5 de abril, tras los correspondientes decretos de convocatoria anticipada firmados por sus presidentes autonómicos. No existe en el ordenamiento español previsión alguna que contemple la suspensión o aplazamiento de elecciones ya convocadas. La expansión del virus y la situación de confinamiento, sin embargo, plantearon la necesidad de ese aplazamiento. Para hacerlo jurídicamente posible, se barajó tanto la posibilidad de una decisión de las correspondientes juntas electorales (lo que excedía claramente de sus funciones) como una reforma normativa de la legislación electoral autonómica (pero los parlamentos estaban ya disueltos) o de la normativa electoral básica estatal (que, sin embargo, no se propuso). Sin previsión normativa, pero con el consenso más o menos formalizado de las fuerzas parlamentarias autonómicas, ambos presidentes aprobaron decretos de suspensión del proceso electoral *sine die* y, meses más tarde, fijaron nueva fecha para las elecciones, que se celebraron ambas el pasado día 12 de julio de 2020.

Debe reseñarse también la polémica surgida en torno al derecho de sufragio de las personas bajo cuarentena domiciliaria, especialmente en las zonas de Galicia y Euskadi en que existían brotes del virus reconocidos. La cuarentena imposibilitaba el desplazamiento a los colegios electorales para ejercer el derecho a voto. Las declaraciones de responsables políticos vascos recordando esta imposibilidad y la eventual comisión de un delito si se demostraba el incumplimiento de la cuarentena (a pesar de la inexistencia de controles específicos) pusieron en primer plano la cuestión de la legitimidad de la afectación del derecho de sufragio y, en especial, la inexistencia de medidas que permitieran formas alternativas de voto (así, voto por correo, voto telemático, franjas horarias específicas).

El segundo aspecto ha sido general a todas las comunidades autónomas. La actividad parlamentaria en todas las comunidades prácticamen-

te se ha suspendido durante todo el período del estado de alarma, en algunos casos llegando hasta el cierre del registro de la cámara. Y ello a pesar del mantenimiento de funciones y responsabilidades de las administraciones autonómicas. Contrasta esta realidad -y la reducida atención mediática que ha despertado- con el debate político y periodístico que ha rodeado las alteraciones en el funcionamiento ordinario del Congreso de los Diputados, que, sin embargo, ha mantenido sesiones plenarias y de comisión semanalmente (bien es cierto que referidas casi exclusivamente a la pandemia) y ha reintroducido las sesiones de control general del Gobierno pocas semanas tras el inicio de la vigencia del estado de alarma.

Emergenza Covid-19: sulle sfide dell'ordinamento e sulle possibili articolazioni della legittimità amministrativa

Fulvio Cortese

1. Uno stress test per l'ordinamento, ma solo per i suoi fondamentali

Mentre sono ancora profonde le incertezze sulla fisiologia del processo di diffusione del virus SARS-CoV-2 – come della sindrome Covid-19 da esso determinata – e sugli scenari che i suoi effetti comportano sulla popolazione e sull'economia di tutto il mondo, ci si interroga, anche nel nostro Paese, sulle conseguenze istituzionali della situazione in atto e sulla complessiva adeguatezza delle misure che gli organi di governo, nazionale e territoriali, hanno assunto per farvi fronte.

Il dibattito porta alla luce, potenzialmente, snodi critici di non poco momento. I quali, però, hanno tutto l'aspetto di note e sintomatiche invarianti del diritto pubblico e dei suoi storici fattori evolutivi.

Al centro dell'attenzione, infatti, si segnalano il tema del corretto utilizzo delle fonti, e dunque del rispetto delle riserve di legge costituzionalmente previste, messe sotto pressione dal ricorso diffuso e costante a poteri atipici per eccellenza, come sono quelli di ordinanza; ma anche il tema della scelta del livello di disciplina e di intervento più consono, tra istanze che preferiscono un'azione più omogenea, graduata dalla prevalente competenza del "centro" ed esigenze che, invece, si nutrono del bisogno della più istruita e circostanziata differenziazione, da rendersi operativa da parte delle amministrazioni più vicine alle fattispecie da regolare.

A prescindere da tutto ciò che si può argomentare in merito a questi temi, si può tranquillamente affermare che l'emergenza Covid-19 riattiva dualismi classici e che, come tradizione insegna, la valvola della *ne-*

cessità risveglia la presenza, oltre che la pregnanza, della spina dorsale dello Stato come Stato essenzialmente amministrativo.

È una constatazione, questa, che occorre percorrere con grande e serena consapevolezza, perché proprio l'accettazione di questo punto di vista permette di valutare correttamente quanto sta accadendo: sia in termini di realistica registrazione dei fatti e, dunque, di correlata individuazione degli strumenti giuridici ad essi più congeniali; sia in termini di accensione, per così dire, della utilissima e affidabile *macchina* del *diritto amministrativo dei principi generali* (su tutti, l'imparzialità, la proporzionalità e il dovere di motivazione). È qui che si conservano i *fondamentali* dello Stato amministrativo.

In altri termini – e ricorrendo ad una (forse fin troppo) facile metafora, in quanto sollecitata dall'esperienza di manifestazione del virus e di pronta e immediata cura – dinanzi ad un oggetto che si propone come sfuggente e inedito è la costituzione fisica dell'organismo che con esso viene in contatto ad essere il primo e più determinante fattore da considerare. Sicché, se è vero, da un lato, che, proprio perché c'è di mezzo un tale fattore, tutti i congeniti e originari difetti di costituzione rischiano di venire al pettine come nodi difficilmente districabili, è altrettanto vero che è sul piano di quel linguaggio fondamentale che occorre innanzitutto lavorare, richiamando energie che, nelle condizioni ordinarie, poco si vedono, pur animando il vero motore del corpo naturalmente operante.

D'altra parte, come sempre, ed ora più che mai, è il criterio della *natura della cosa* a fungere da giudice implacabile della legittimità dell'azione pubblica, che anche nel suo Dna costituzionale (art. 97 Cost.) esige l'integrazione tra una dimensione teleologicamente orientata in senso assiologico, la stretta legalità di matrice liberale, e l'aderenza altrettanto stretta ad un dispositivo di adattamento efficiente alla configurazione del terreno su cui le decisioni devono impattare.

Una tale conclusione non vale solo per lo scrutinio relativo a queste decisioni; vale, a maggior ragione, per lo scrutinio sulla normativa che le dovrebbe regolare e sul suo generale andamento progressivo; normativa, pertanto, che può anche avere un carattere ragionevolmente esplorativo, o financo progressivo, in corrispondenza con le ambiguità e le incognite del caso concreto su cui provvedere. Ed è anche per ta-

le motivo che vanno condivise le tesi di coloro che non ritengono assolutamente imprescindibile un processo di costituzionalizzazione di un esplicito e articolato “diritto dell'emergenza o della crisi”: non soltanto, dunque, perché la lettura evolutiva degli artt. 77 e 78 Cost. funge di per sé come valido ed efficace punto di riferimento; è il rispetto della logica dell'art. 97, comma 2, Cost. – e dei suoi *fondamentali*, per l'appunto, quelli che ora sono veramente in gioco – ad esigere che all'amministrazione si possano dare temporaneamente – tanto più in condizioni di *stress* – regole variamente configurabili e, come tali, non sempre, o non del tutto, prevedibili, o non completamente corrispondenti a modelli ideali o pretesamente polivalenti.

2. Il “diritto amministrativo sospeso”: dove e perché?

Se quella così introdotta pare la cornice migliore per interpretare tipologia e contenuto delle misure finora prese dal Governo e dagli Esecutivi delle Regioni, allora è opportuno evidenziare sin d'ora che quelle misure non si rivelano così irrazionali o così attaccabili.

È così illogico – e non è, viceversa, particolarmente adeguato – che, dinanzi ad un “nemico” così temibile e sconosciuto, il circuito politico-amministrativo abbia per prima cosa *cercato la strada*? Ed è così illogico – e non è, anzi, molto appropriato – che questa ricerca si sia svolta *su più piani*, e in prima battuta, e soprattutto, da parte delle amministrazioni più vicine ai primi e più forti focolai? Non si può, poi, affermare che proprio il *pendolo* di questo pluralismo emergenziale ha rappresentato, e rappresenta tuttora, sia una forma di reciproco controllo, sia un mezzo per indirizzare e scambiare reciprocamente soluzioni operative e ipotesi strategiche di orizzonte?

Si è parlato, certo, e da più parti, di un “diritto amministrativo sospeso”: in virtù, ad esempio, delle espresse disposizioni sulla sospensione o sulla ridefinizione dei termini (procedimentali come processuali). E non c'è dubbio che in termini di certezza e funzionalità pratica generali si tratta di opzioni assai dubbie¹.

(1) V. il contributo di L. GIANI, *Alcune considerazioni sulla “stratificazione” delle previsioni di sospensione dei termini procedimentali*, in *Federalismi.it*, 13 marzo 2020.

Ma il dubbio, qui, come anche nel caso della dialettica “centro-periferia”, deriva più che dalla commissione, da parte dei diversi giocatori in campo (Stato e Regioni in prima linea), di specifiche infrazioni, dalla commissione di un convenzionalissimo *fallo di confusione*, qual è quello che deriva dal ricorso simultaneo e frammentario a discipline sovrapposte, stratificate e formulate per lo più in modo oscuro.

Né si sottovaluti il presupposto *culturale* – o l'intento quasi confessorio – che è sotteso al senso delle prescrizioni più schiettamente dedicate al congelamento di ampi settori della vita dell'amministrazione: non vi è, forse, una generalizzata manifestazione di sfiducia nei confronti delle capacità reali che il personale pubblico può spiegare a gestire ciò che di solito compie nella *routine* anche in situazioni di particolare stress? Non è, poi, ancor più sintomatico che, mentre si postula che tutte le attività didattiche, scolastiche ed universitarie, possano pacificamente continuare *online* (anche a prescindere dalle note carenze delle infrastrutture di rete e delle diffuse difficoltà logistiche e anche patrimoniali di larga parte dei destinatari delle azioni formative), si postula in modo altrettanto certo che anche in materia di appalti ciò che è ordinario vada bloccato (pur a fronte di un mercato che si svolge già, e si può davvero svolgere in larga parte, mediante strumenti di negoziazione elettronica)? Pare evidente che, a quest'ultimo riguardo, il pregiudizio opera *a contrario*: ci sono ambiti di servizio pubblico che continuano a rimanere di serie B, tanto che su di essi si può correre il rischio di una sostanziale disattivazione delle prestazioni; ci sono, viceversa, settori su cui è meglio non rischiare mai, e non rischiare in senso stretto, per allontanare ogni pericolo di contestazioni future, anche di responsabilità erariale. La vera sospensione del diritto amministrativo, in sostanza, più che in ciò che le norme dell'emergenza dicono, si nasconde su ciò che presuppongono o non dicono o implicitamente manifestano, e quindi su vizi che sono pienamente riconducibili a malanni invincibili e fortemente radicati nel corpo delle amministrazioni.

Si pensi, ad esempio, alla sintomatica trasfigurazione dello strumento dell'autocertificazione in autorizzazione di polizia *prêt-à-porter*, che in termini di rispetto dei principi dello Stato di diritto preoccupa molto di più dell'utilizzo quasi progressivo di sistemi normativi diversi (la legge del 1978 sul sistema sanitario nazionale; il sistema della protezione civi-

le; i diversi sistemi introdotti e via via “novati” dai numerosi decreti legge che si sono succeduti in poche settimane).

Si pensi, ancora, alla vera sottovalutazione delle emergenze “degli altri”, di quei soggetti che a regime presentano problemi di salute di varia entità, che nella concentrazione delle realtà sanitarie regionali – ma anche delle relative indicazioni statali – sulla lotta al nuovo virus sono state costrette a ridimensionare, per l'appunto già sul piano organizzativo, quanto necessario per fronteggiare le diverse domande di cura o di terapia. E ciò, si aggiunga, con scelte drammaticamente contestabili anche sul piano della effettiva proporzionalità e della materiale aderenza rispetto alle esigenze di contrasto alla patologia sopravvenuta, che, forse, come è stato sottolineato da alcuni, avrebbe richiesto strutture anche precarie, ma erette *ad hoc* ed *ex novo*, per evitare la trasformazione dei comuni plessi ospedalieri in fattori di ulteriore propagazione del virus. Si pensi infine, e in modo nuovamente ed esclusivamente esemplificativo, alla omissione totale di un qualche strumento obbiettivo e comprensivo di raccordo tra le istituzioni pubbliche coinvolte in merito alla generazione e all'utilizzo di tutti i dati che la crisi mette in evidenza e che sono più che mai utili in frangenti consimili: per adottare decisioni tecnicamente efficaci e bene istruite, certo; ma anche per condividere in modo trasparente le competenze e l'*expertise* di valutazione e per consentire alla cittadinanza di accedere alle informazioni che le consentano l'imprescindibile metabolizzazione delle indicazioni “terapeutiche”. Se in ambito strettamente medico siamo ormai consapevoli che consenso informato e dialogo sono pilastri autentici della relazione di cura, non si vede perché rinunciare a questi presidi allorché ad essere sotto osservazione clinica è l'organismo collettivo nella sua interezza².

(2) Questo profilo consente anche di svolgere una rapidissima osservazione, ma solo in via incidentale, sulla questione del rispetto delle riserve di legge costituzionalmente previste e, specialmente, della riserva di cui all'art. 16 Cost. Non c'è dubbio che il largo ricorso ai duttili strumenti del potere esecutivo susciti perplessità in larga parte comprensibili. È un dato che in una situazione ordinaria è inaccettabile. Al contempo, però, è opportuno evidenziare che, nella peculiare fattispecie affrontata con l'emergenza Covid-19, le decisioni assunte dal Governo hanno avuto una prevalente finalità epidemiologica. Con ciò, quindi, le decisioni in questione non sono state volte soltanto a limitare alcune libertà per ragioni di sanità pubblica; esse sono state volte anche a debellare il virus per mezzo della prescrizione di comportamenti in senso lato terapeutici, oltre che protettivi della salute stessa di ogni singolo individuo. Ricorrendo, dunque, all'immagine del *pendolo*, già utilizzata *supra*, è chiaro che la *ratio* delle limitazioni tende ad

Il diritto sospeso, in definitiva, in questa amministrazione dell'emergenza, non si concreta tanto nella "pietanza millefoglie" che le istituzioni hanno preparato, poiché in prima applicazione, in quella che giustamente si è definita essere solo una "fase 1" della situazione di necessità, il provvedere e la sua proverbiale incompletezza e puntualità diffuse hanno ragionevolmente la meglio sul regolare e sulla sua doverosa ricerca di razionalità e continuità. Le sospensioni pericolose sono quelle che riconducono i problemi più urgenti alla costante incidenza dei problemi di ieri, e a svelare che l'incoscienza sulla pregnanza dei *fondamentali* dell'amministrazione può generare un aggravamento dei difetti di costituzione dell'organismo pubblicistico repubblicano.

3. *Presente e futuro della disciplina dei contratti pubblici*

Un ambito che si trova esattamente nel mezzo delle potenzialità variabili del paradigma della legittimità amministrativa come necessario e ragionevole termometro della *natura della cosa* (nel senso anzidetto) è quello dei contratti pubblici. La contrattazione pubblica, all'evidenza, assume un ruolo ancor più essenziale nella crisi, momento in cui essa esplose e rafforza in modo fortissimo tutte le ragioni della sua specialità e del suo valore sistemico.

In proposito, un quotidiano d'opinione negli ultimi anni assai apprezzato, e altrettanto letto, ha ospitato una sorta di botta e risposta tra autorevoli studiosi della materia³.

Indipendentemente dal merito del confronto sulle proposte in quella sede rappresentate, vale un'osservazione metodologica, che discende direttamente dalle precisazioni generali compiute in questo intervento.

oscillare anche al di là del contorno di alcune disposizioni relative a talune libertà, lambendo, se non riguardando direttamente, altre disposizioni, come l'art. 32 Cost. La circostanza, peraltro, può anche spiegare il ricorso, da parte del Governo, a formulazioni di sostanziale "raccomandazione", finalizzate a individuare contegni tanto doverosi quanto suscettibili di interpretazioni anche molto variabili ed elastiche, perché ispirati da un richiamo alla naturale autoreponsabilità che in una relazione di cura il paziente deve ragionevolmente dimostrare nei confronti del medico. È anche per tale motivo, in conclusione, che la condivisione e la comunicazione pubblica dei dati rilevanti ha una valenza del tutto particolare e irrinunciabile.

(3) Cfr. ne *Il Foglio*, gli interventi, rispettivamente, di G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, A. POLICE, M. RENNA, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*, 2 aprile 2020, e di G. CORSO, F. FRANCIARIO, M.A. SANDULLI, A. TRAVI, in una specifica lettera di risposta, indirizzata al direttore del quotidiano e pubblicata l'8 aprile 2020.

Perché sembra evidente che mentre alcuni interlocutori avanzano idee di modifica della disciplina comune in materia di appalti, finalizzate a rispondere alle istanze urgenti della situazione di emergenza e, con tutta probabilità, anche della c.d. “fase 2”, di lenta e graduale ripartenza del sistema-Paese e di convivenza con il persistere ancora largo del virus, altri paventano il pericolo che per tale via si produca un vulnus a istituti e snodi funzionali centrali del diritto amministrativo e della tutela giurisdizionale amministrativa, con finale sopravvivenza inerziale del diritto dell'emergenza e connessa dequotazione di diritti inviolabili e di interessi costituzionalmente rilevanti.

Ma il fatto è che la legittimità dell'azione amministrativa e, a monte, della normativa che la deve reggere non costituisce – come si è anticipato – un complesso di monadi costanti, ma può, anzi, deve atteggiarsi in modo differente e di volta in volta adeguato; talmente differente e adeguato che possono anche darsi temporanei slittamenti di scopo e financo di senso.

Al di là dei ragionamenti astratti, è il materiale normativo e amministrativo plasmato in queste settimane a provare che l'emergenza può configurare come legittimo ciò che prima non lo era, a partire dal ricorso diffuso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando: non solo, come ha previsto il legislatore statale (art. 75, d.l. n. 18/2020), e come ha inteso anche la Commissione europea («Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19», comunicazione del 1° aprile 2020), per il soddisfacimento dei bisogni specifici della urgenza sanitaria e del relativo approvvigionamento strumentale; ma anche per una generalità di opere, di servizi o di forniture, come ha chiaramente disposto il legislatore territoriale.

Da questo punto di vista, la legge n. 2/2020 del Consiglio provinciale della Provincia Autonoma di Trento costituisce una chiara manifestazione delle potenzialità derogatorie che il diritto dei contratti pubblici può conoscere in situazione di crisi: non solo questa legge ha stabilito la possibilità di procedere in tutti i settori e anche per contratti sopra soglia con lo strumento, per l'appunto, della procedura negoziata summenzionata; la legge (art. 2, comma 1) ha previsto che ciò valga solo a tempo, ossia durante la vigenza dei provvedimenti limitativi del Presi-

dente del Consiglio, traguardando già il “diritto dei contratti” della cd. “fase 2” e prescrivendo (art. 2, comma 2) che, passato il tempo della “fase 1”, si faccia ricorso, a regime, e «al fine di fronteggiare la crisi economica dovuta alla situazione di emergenza sanitaria in atto» (con una vigenza stabilita per 24 mesi successivi all’entrata in vigore della legge medesima), alla «procedura ristretta con invito a presentare offerta a cinque operatori economici», questi ultimi da individuarsi «sulla base del maggior numero di dipendenti iscritti presso la sede INPS provinciale in cui ha sede l’amministrazione aggiudicatrice» (la legge detta altresì specifici criteri per la valutazione, in tale procedura, delle offerte, in base al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, premiando, di fatto, le offerte che contemplino una maggiore sinergia con il tessuto imprenditoriale locale: v. comma 3).

Fino a ieri una disciplina di questo genere sarebbe stata inconcepibile: la tutela della concorrenza l’avrebbe posta in uno spazio di radicale illegittimità. Oltre a ciò si può segnalare che un tale intervento prevede anche un meccanismo di delegificazione di dubbia opportunità e di altrettanto dubbia configurabilità.

Eppure non si può negare che una complessiva ragionevolezza questa legge la dimostri, poiché tematizza *expressis verbis* la questione della *contingibilità* e *progressività congiunturale* della disciplina e perché, poi, non si proietta immediatamente verso obiettivi di riforma radicale o di sostituzione integrale del modello finora seguito, bensì segue la logica incrementale di una *natura della cosa* che esalta le funzioni strategiche del mercato degli appalti direzionandole verso finalità proporzionate ad una specifica fattispecie: obiettivo, questo, tanto più legittimo quando l’urgenza allunga i propri tentacoli alle questioni extrasanitarie e all’indotto che la “cura trasversale” imposta a tutela della salute come interesse fondamentale, e dunque prevalente, può mettere gravemente in discussione. Fuor da ogni circonlocuzione, il salvataggio dei *gioielli di famiglia* non può essere circoscritto in modo troppo astratto e può richiedere bilanciamenti molto più delicati di quanto si ritenga, visto che non è detto che contempra soltanto il patrimonio assiologico della Repubblica, ma debba naturalmente interloquire con la salvezza di tutte le risorse, *in primis* quelle umane e sociali, su cui quel patrimonio conta per poter praticamente operare.

4. *Per e dopo la ripartenza*

Proprio quanto esemplificato in tema di contratti pubblici, ma non solo per la verità, può contribuire a ragionare sul diritto amministrativo *di domani*. Ciò perché, da un lato, non si può trascurare che le sperimentazioni permettano anche di provare modelli di semplificazione procedurale più efficaci e meritevoli di rimanere attivi anche per il futuro; dall'altro, si deve rimarcare ancora una volta che così come possono essere ragionevoli alcune deroghe (o rotture) in fase di primo intervento, possono essere ragionevoli anche altre modifiche in fase di predisposizione del momento di ripartenza della vita associata e delle sue tante e diverse attività (v. ad esempio quanto previsto all'art. 4 della l. prov. Trento n. 2/2020, cit., in merito allo spostamento a valle della procedura di gara dei controlli in tema di requisiti di ammissione, da svolgersi solo sul concorrente vincitore e, a scalare, sugli eventuali altri concorrenti che eventualmente subentrino al primo).

Il ritorno alla normalità (ammesso che essa si possa configurare davvero come ritorno ad una situazione pregressa: pare ipotizzabile che si possa, invece, immaginare una transizione ad una situazione in ogni caso cambiata e, potenzialmente, innovativa) non può che contemplare, pertanto, ripetuti momenti sovrapposti e gradualmente di disciplina, con facile compresenza della riedizione di spezzoni della disciplina immediatamente precedente con la messa alla prova di (altri) spezzoni di nuova disciplina.

Sul punto sarà importante, più che in altri contesti, il *governo dei raccordi transitori* tra un assetto e l'altro, vero punto debole di qualsiasi esperienza emergenziale precedente (v. il caso dei grandi terremoti). In tante occasioni, infatti, si è sperimentata fin troppo la strutturale condizione di abbandono delle *policies* di supporto e salvataggio dei *gioielli di famiglia* sui binari (rimasti fatalmente) morti della normativa che le aveva introdotte e realizzate. Anche in questo caso soccorre l'indicazione metodologica che proviene dall'art. 97, comma 2, Cost., che, nel caso della disciplina delle istituzioni pubbliche e delle amministrazioni, porta meglio ad emersione ciò che è già implicato strutturalmente nel corpo dell'art. 77 Cost., e specialmente nel suo ultimo comma. È nella previsione secondo cui «[l]e Camere possono (...) regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti» che troviamo il

rinvio alla necessità inequivocabile, laddove si tratti di spezzoni di diritto amministrativo dell'emergenza, che ciò che è solo possibile diventi pressoché doveroso: nel paradigma progressivo del diritto amministrativo dell'emergenza, la funzionalità pratica delle scelte di rottura costituisce sempre il presupposto delle opzioni regolative successive; in caso contrario, quelle scelte resterebbero escluse dall'ambito di applicazione della legalità ripristinata o, meglio, della legalità della fase successiva. Dopodiché, ed anche in ragione dei rilievi qui brevemente illustrati, è fin troppo chiaro che la ripartenza vera imporrà di concentrarsi sulla fisiologia complessiva dell'organismo messo in crisi, che, a fronte di nuovi attacchi virali, può trovarsi già carico di patologie debilitanti. Come si è già anticipato, e come è stato bene osservato⁴, ci si accorgerà che i problemi di domani sono anche quelli di ieri (il rapporto tra politica e amministrazione; il rapporto tra politica e giustizia; il tema dello sviluppo socio-economico del Paese...), e che la salute, anche della Repubblica, passa per l'adozione preventiva di "stili di vita" più sostenibili e più culturalmente consoni ai *fondamentali* irrinunciabili del suo efficiente funzionamento.

(4) M. CAMMELLI, *Pandemia: the day after e i problemi del giorno prima*, in *Astrid Rassegna*, 5, 7 aprile 2020.

Il “collasso” del sistema degli appalti nella prima fase dell'emergenza sanitaria

Marco Magri

L'improvvisa urgenza degli approvvigionamenti, il bisogno di quantitativi non calcolabili di forniture, la dipendenza dalle importazioni, ha costretto le amministrazioni italiane, nella prima fase dell'emergenza sanitaria, a subire le prassi e, con ogni probabilità, le speculazioni provenienti da un'area transcontinentale di rapporti di scambio che a malapena si potrebbe definire un “mercato”. Malgrado le molteplici procedure negoziate senza bando di gara attivate da CONSIP e da alcune Regioni, almeno fino alla prima decade di aprile 2020, l'entità dei rifornimenti originata da contratti di acquisto è stata molto inferiore al volume derivante da requisizioni e da atti di liberalità in senso ampio.

In termini di capacità di ottenere risparmi di spesa, è forse vero che il sistema degli appalti ha “tenuto” nonostante l'emergenza. Occorre però non dimenticare il parziale collasso di quel sistema, soprattutto nel momento iniziale della pandemia, in cui le difficoltà di acquisto da parte delle centrali di committenza e delle altre amministrazioni hanno suggerito di ripiegare su moduli di azione di stampo pubblicistico, autoritativi o consensuali, come le requisizioni doganali in proprietà, gli incentivi alla riconversione produttiva e le donazioni concordate con le organizzazioni di categoria. Ora non è il caso di chiedersi se sia giusto parlare di una «oggettiva» somiglianza a una «economia di guerra», come ha fatto Luca Michelini (*Covid-19: autoritarismo ed economia di guerra*, in *MicroMega*, online, 2 aprile 2020) ma è certo che senza questi mezzi complementari, senza una qualche misura di “cartellizzazione” dell'economia – e senza il mercato privato, che nel frattempo ha continuato a offrire i propri beni – la crisi del sistema degli appalti avrebbe probabilmente condotto al tracollo della sanità pubblica *tout court*.

Un veloce ripasso dell'andamento dei fatti varrà forse a rammentare come la situazione degli approvvigionamenti si è venuta progressivamente delineando.

Dopo la dichiarazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri (31 gennaio 2020) e le prime ordinanze del Ministero della salute, il mese di febbraio 2020, conclusosi con l'inizio ufficiale del contagio in Lombardia e in Veneto e con l'innalzamento del livello emergenziale in tutto il Paese, ha visto la Protezione civile impegnata nella ricerca di un sistema di affidamento delle forniture compatibile con il codice dei contratti (d.lgs. n. 50 del 2016), che assicurasse al Commissario il controllo delle commesse, oltre alla flessibilità e rapidità di espletamento delle procedure di aggiudicazione.

Il Capo dipartimento di protezione civile e Commissario straordinario per l'emergenza sanitaria, con la sua prima ordinanza (n. 630 del 3 febbraio 2020, art. 3), preso atto che «nella summenzionata situazione si sta verificando l'insorgenza di rischi connessi ad agenti virali trasmissibili», i quali «debbono, con immediatezza di intervento, essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo», aveva inizialmente imperniato l'organizzazione degli approvvigionamenti su una catena di comando sostanzialmente centralizzata, che prevedeva la nomina da parte del Commissario di uno o più «soggetti attuatori» sottoposti alle sue direttive e autorizzati ad avvalersi delle procedure di cui all'art. 63 del codice dei contratti (procedura negoziata senza bando di gara; poi riqualficata, con l'ordinanza n. 638 del 22 febbraio 2020, in un regime sostanzialmente privo di meccanismi selettivi, «in ragione dell'aggravamento del contesto di criticità») e all'art. 163 (procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile); il tutto in deroga a un lungo elenco di disposizioni dello stesso codice. Il meccanismo di gestione degli approvvigionamenti si è fatto però più difficile dopo il 21 febbraio 2020, con i primi casi di positività in Lombardia e in Veneto. Con una serie di ordinanze, dal 22 al 27 febbraio 2020, sono stati nominati soggetti attuatori tutti i Presidenti di Regione. Ma è poi mutato in modo significativo, con l'ordinanza n. 639 del 25 febbraio 2020, l'intero assetto dell'organizzazione degli acquisti. Alla luce di un ulteriore aggravamento del contesto epidemiologico, il Commissario ha stabilito il divieto di esportazione fuori dall'Italia di dispo-

sitivi sanitari; ha inoltre previsto che le amministrazioni del Comparto della sicurezza, della difesa e del soccorso pubblico ed il Ministero della salute provvedessero «direttamente ed autonomamente» alle acquisizioni dei dispositivi di protezione individuale, «previa autorizzazione» del Dipartimento della protezione civile. In terzo luogo, ed è questo il punto che maggiormente ha innovato la normativa commissariale preesistente, è stata l'estensione, anche alle Regioni e alle Province autonome, della possibilità di acquistare i dispositivi di protezione individuale «direttamente». L'ultimo giorno del mese, l'ordinanza n. 641 del 28 febbraio 2020 ha allargato ulteriormente le disposizioni dell'ordinanza n. 639, consentendo direttamente anche «l'acquisizione degli strumenti e dei dispositivi di ventilazione invasivi e non invasivi».

Già a fine febbraio, dunque, le tendenze centralizzatrici delle decisioni di spesa, manifestate con l'ordinanza n. 630, avevano lasciato il posto a una condotta di progressivo decentramento e di moltiplicazione dei centri di acquisto, in uno con il rapido peggioramento della situazione sanitaria.

La vicenda immediatamente successiva, con l'ingresso del nostro Paese in un quadro di inaudita gravità, si può qui presupporre nota. Un'indagine conoscitiva condotta dall'ANAC («Indagine conoscitiva sugli affidamenti in regime emergenziale di forniture e servizi sanitari connessi al trattamento ed al contenimento dell'epidemia da COVID 19», 28 luglio 2020, in www.anticorruzione.it) colloca, appunto, nella prima settimana di marzo 2020 una forte impennata dei prezzi, «dovuta alla relativa rapidità in cui da un lato è cresciuta in maniera esponenziale la domanda di mascherine, dall'altro si è probabilmente innescata una crisi anche dal lato dell'offerta, con imprese non in grado di soddisfare la quantità richiesta e la tempistica di consegna necessarie a fronteggiare l'emergenza sanitaria» (p. 54).

In rapida sintesi, i caratteri del periodo ora in considerazione possono così riassumersi: aumento della domanda a livello mondiale, da cui la ricorrenza di blocchi doganali o altre difficoltà di transito delle merci alle frontiere nazionali; scarsità e aumento dei prezzi delle mascherine e dei dispositivi di protezione individuale; discriminazione della capacità di acquisto delle pubbliche amministrazioni rispetto a quella dei soggetti privati; partecipazione alle gare pubbliche di operatori disposti all'ac-

quisizione di commesse superiori alle loro reali possibilità d'impresa; frequenti verifiche negative, in capo agli aggiudicatari, del possesso dei requisiti di ordine generale e di capacità economico-finanziaria; fornitura alle amministrazioni pubbliche di prodotti privi di etichettatura o di certificazione di conformità alle norme tecniche sanitarie; ritardo nell'espletamento delle prestazioni e mancato rispetto delle condizioni contrattuali, fino all'estrema ipotesi della risoluzione in danno disposta da parte della committenza.

CONSIP, anch'essa, pare, soggetto attuatore, in base a un «Decreto del presidente del Consiglio n. 666 del 2 marzo del 2020» (purtroppo irreperibile con gli usuali strumenti di ricerca), dopo un paio di tentativi non fortunati (uno con revoca dell'aggiudicazione e indagini penali sull'azienda agricola ex affidataria) ha avviato una gara per un importo di oltre 132 milioni di euro. La gara è stata celebrata con il criterio del minor prezzo, suddivisa in nove lotti, dei quali i primi tre dedicati ai tre tipi di mascherine e dispositivi di protezione individuale (chirurgiche, ffp2, ffp3). L'affidamento è stato organizzato sotto forma di accordi-quadro plurimi, in modo tale da «contrattualizzare» tutte le offerenti. Detto per inciso, con la decisione I792 del 23 gennaio 2017 (provvedimento n. 26316, in Bollettino n. 2/2017, in www.agcm.it), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nel condannare alcune società per intese restrittive della concorrenza nelle gare di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare, aveva rilevato la propensione delle imprese operanti in questo tipo di mercati a seguire lo schema «dell'accreditamento», come «modello alternativo all'attuale impostazione dell'appalto»; che comporterebbe, tra le altre cose, «lo spostamento della competizione sull'incremento del livello qualitativo dei servizi erogati» e il «mantenimento dei livelli occupazionali», permettendo la contemporanea «presenza di più operatori sul territorio». L'accordo-quadro aggiudicato da CONSIP prevede, com'è tipico per questo tipo di contratto, un'esecuzione costituita dalla comunicazione di singoli ordinativi di fornitura, richiesti, fino a concorrenza del numero massimo di mascherine aggiudicato, al miglior offerente e, ove l'interpellato non abbia disponibilità produttive sufficienti a soddisfare l'ordine, proseguendo «a cascata» con gli altri operatori classificati. A fine aprile, dei circa 25 milioni di mascherine che si volevano acquistare in questi primi tre lotti, ne erano stati aggiudica-

ti 21.720, con significativi ribassi d'asta. Gli affidatari sono risultati però solo in parte imprese specializzate del settore della fornitura di presidi sanitari. Gli altri – aggiudicatari anche di lotti successivi – sono intermediari commerciali attivi nella distribuzione di prodotti comuni. Si tratta insomma perlopiù di agenti o mediatori, non di fornitori specializzati e tanto meno di produttori. Il che lasciava presumere, come poi si è verificato, l'emergere di una più complessa catena di transazioni e un più elevato rischio di inadempimenti in fase esecutiva; senza considerare che era stata posta a carico dello Stato, in deroga al codice dei contratti, una sostanziosa anticipazione del prezzo, fino al 50% dell'importo contrattuale, previo rilascio di apposita cauzione di pari importo. Il 28 marzo 2020 CONSIP (lo si tenga a mente) dichiarava di aver consegnato 561.500 mascherine e che altre 311.800 sarebbero state recapitate entro il 3 aprile 2020.

Meno discusso, ma egualmente importante, è il profilo della provenienza geografica dei prodotti. Anche se la normativa emergenziale non l'ha mai esplicitamente derogata, è stata nei fatti largamente disapplicata la norma di cui all'art. 137 del codice dei contratti pubblici, che, al comma 2, riconosce alla stazione appaltante la potestà di escludere, senza motivazione, l'offerta composta per più del 50 per cento da prodotti provenienti da Paesi terzi, a meno che l'Unione europea non abbia concluso, in un contesto multilaterale o bilaterale, un accordo che «garantisca un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali paesi terzi». Mentre il respingimento dell'offerta, in difetto di reciprocità, può essere del tutto privo di motivazione, il mancato respingimento, che vale ad accogliere il prodotto extracomunitario tra quelli circolanti in ambito doganale, deve essere invece «debitamente» motivato e comporta l'obbligo della stazione appaltante di trasmettere all'ANAC la relativa documentazione. Inoltre, a norma del comma 3, se due o più offerte presentano una differenza di prezzo inferiore al 3 per cento, ovvero «si equivalgono» in base ai criteri di aggiudicazione di cui all'art. 95, viene preferita l'offerta «che non può essere respinta a norma del comma 2»: in sostanza, l'offerta proveniente da un Paese sottoposto all'applicazione del Codice doganale dell'Unione europea (Regolamento UE n. 952 del 9 ottobre 2013). Resta fuori dal perimetro applicativo dell'art. 137 del codice dei contratti pubblici soltanto il caso in cui

la preferenza per l'offerta intra-doganale costringa l'amministrazione «ad acquistare materiale con caratteristiche tecniche diverse da quelle del materiale già esistente, con conseguente incompatibilità o difficoltà tecniche di uso o di manutenzione o costi sproporzionati».

La giurisprudenza amministrativa ha reso manifesto il significato di queste disposizioni, ad esempio, quando ha giudicato sulla validità dell'aggiudicazione di contratti pubblici a società cinesi (anche in raggruppamento con imprese italiane) e ha rilevato che «la Repubblica Popolare Cinese (...), pur avendo aderito nel 2001 al WTO, non ha perfezionato l'adesione all'allegato Accordo sugli Appalti Pubblici AAP o GPA (*General Procurement Agreement*), che consente agli operatori economici dei Paesi sottoscrittori di presentare offerte per gli appalti pubblici nell'UE» (TAR Lombardia, Brescia, n. 552 del 2020).

Non tutte le decisioni dei giudici amministrativi italiani hanno condannato l'importazione cinese, beninteso. Ma tutte sono parse allineate in ordine alla ragione di fondo dell'art. 137, nel quale sarebbe da ravvisare «una forma specifica di tutela del generale e fondamentale principio della *par condicio* (...) messo a rischio di lesione quando vengono offerti beni prodotti in Paesi terzi con costi di produzione molto bassi e regole di mercato ben più competitive»; di qui «un andamento patologico e abnorme delle dinamiche concorrenziali del mercato» (TAR Veneto, n. 844 del 2018). Altra, importante precisazione, è che in tal caso non ha rilievo la «nazionalità delle imprese offerenti, determinata dal luogo ove è ubicata la sede legale e amministrativa quanto, piuttosto, l'origine dei prodotti provenienti da Paesi terzi (...) il luogo di produzione del bene e quindi la sede dello stabilimento in cui esso viene realizzato la quale, di per sé, non coincide con il luogo in cui è ubicata la sede legale o amministrativa dell'impresa (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. IV, 27.03.2014, n. 1848/2014; Cass. Pen., sez. III, 27.01.2012, n. 19650; TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 15.02.2010, n. 131)» (TAR Emilia Romagna, Bologna, n. 343 del 2017).

La Cina, nel cui territorio, stando all'informazione pubblica, sono prodotte una gran parte delle mascherine e degli altri dispositivi di protezione individuale utilizzati in Europa e in Italia, ha aderito all'Organizzazione Mondiale del Commercio, ma non ha mai sottoscritto l'Accordo sugli Appalti Pubblici (AAP) concluso a Marrakech il 15 aprile 1994.

Non c'era il tempo di verificarlo – ma, appunto per questo, non si può escludere – che proprio quell'andamento «patologico e abnorme» si sia verificato nel nostro Paese, nel primo, più immediato tentativo di risposta al contesto pandemico.

Lo stesso Commissario straordinario per il contrasto dell'emergenza epidemiologica, entrato in funzione con l'art. 122 del decreto-legge 18 marzo 2020, n. 18, ha del resto pubblicamente ammesso, a circa un mese dalla sua nomina, che per procurarsi mascherine e dispositivi di protezione individuale l'Italia è stata costretta a una «guerra commerciale» contro «operatori senza scrupoli» (D. Arcuri, conferenza stampa del 25 aprile 2020). L'oscura matassa di questi rapporti, poi, si è subito rivelata capace di reggersi benissimo – ecco un punto fondamentale – anche senza partecipare a gare per l'aggiudicazione di commesse pubbliche. La vendita alle pubbliche autorità concorreva con la cessione diretta ai fruitori oppure a operatori privati attive nella vendita al pubblico (come le farmacie, ad esempio). Il che si è dimostrato in grado di capovolgere il rapporto di forza, classicamente postulato nella contrattualistica degli ordinamenti europei, tra la pubblica amministrazione, parte forte e operatore economico, parte debole: chi era in concorrenza con altri, chi aveva bisogno e doveva offrire qualcosa in cambio, dopo l'inizio dell'epidemia, era lo Stato; chi dettava le condizioni e poteva rifiutare erano le imprese; quel mercato la cui ambizione all'aggiudicazione della commessa pubblica si dà per scontata, quando i tempi sono «normali». Un importante fattore di riequilibrio è stata l'istituzione, con l'art. 122 del decreto-legge n. 18 del 2020, del già citato Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica, con poteri speciali molto ampi e una configurazione giuridico-amministrativa molto simile al modello dell'agenzia di cui al d.lgs. n. 300 del 1999. A ben vedere, questa figura non pare infatti riconducibile a quella dei commissari delegati di protezione civile di cui all'art. 25 del d.lgs. n. 1 del 2018, né ai Commissari straordinari del Governo di cui all'art. 11 della legge n. 400 del 1988 (pure genericamente richiamata nell'atto di nomina dell'attuale Commissario, dr. Arcuri). Sembra, piuttosto, trattarsi di figura soggettiva *sui generis*, che riceve direttamente dal decreto-legge n. 18 del 2020 (cd. Cura Italia) la propria autonoma identità pubblicistica.

Anche questo Commissario, come del resto prevede l'art. 122 del decreto-legge n. 18 del 2020, ha seguito la logica della nomina di soggetti attuatori: il primo è stata l'Agenzia delle Dogane, con poteri di requisizione in uso o in proprietà di beni mobili e immobili.

In soli 20 giorni, dal 21 marzo al 10 aprile, l'Agenzia ha requisito (dato desunto dai decreti di requisizione) 4.073.480 mascherine dirette entro i confini nazionali, pari quattro volte e mezzo il numero di mascherine consegnato da CONSIDIP (v. *retro*), dietro la corresponsione agli importatori di somme per indennizzi ammontante a un valore complessivo dichiarato di 757.000 euro circa.

Il Commissario ha poi assunto altre iniziative, come l'accordo stipulato con Piccola Industria – Confindustria il 1 aprile 2020, «a supporto della continuità operativa delle attività produttive», finalizzato a facilitare gli approvvigionamenti di mascherine per il sistema industriale e, altresì, a supportare gli approvvigionamenti per il sistema sanitario nazionale, tramite le donazioni al Commissario, pattuite con i grandi produttori e importatori di dispositivi di protezione individuale (il 20% su ogni ordinativo pervenuto a questi ultimi, da parte delle imprese associate a Piccola Industria); il tutto a fronte dell'impegno del Commissario a «semplificare le procedure di sdoganamento» per le associate.

Ancora, è stato reso di dominio pubblico, dopo la conferenza stampa del 25 aprile 2020, l'obiettivo del Commissario di svincolare l'Italia dalla dipendenza dalle importazioni di mascherine, mediante la gestione delle incentivazioni per la riconversione industriale, che hanno dato origine all'approvazione di 106 programmi di cui 5 già operativi a fine aprile 2020. Il 25 aprile 2020 il Commissario ha inoltre annunciato la conclusione di un «accordo» con 2 imprese italiane per realizzare 51 macchinari che produrranno tra 400 e 800mila mascherine al giorno e che lo Stato acquisterà (in previsione di una produzione giornaliera di milioni di pezzi, anche in vista della «fase 2» apertasi a maggio 2020).

Altri canali «collaterali» di approvvigionamento sono stati aperti dal Ministero degli esteri, che ha comunicato di aver concluso un contratto in Cina per oltre 200 milioni di mascherine, e dall'Agenzia industrie difesa, che ha stipulato una convenzione con una società di ingegneria nel settore sanitario per la produzione di ventilatori polmonari, e accordi con altre imprese per le mascherine. Lo Stabilimento Chimico Farma-

ceutico Militare, con sede a Firenze, oltre a soddisfare prioritariamente le esigenze sanitarie delle Forze Armate, collabora infatti con altre Istituzioni producendo diverse tipologie di materiali sanitari (farmaci, presidi medico-chirurgici, alimentari, integratori, allestimenti sanitari). Vengono poi alcune regioni, come Lombardia e Lazio, che hanno cercato di far fronte ai fabbisogni originati dall'emergenza sanitaria attraverso gare indette presso le loro centrali committenza.

Insomma, «lo Stato c'è», «è ritornato a fare la sua parte» (D. Arcuri, conferenza stampa 25 aprile 2020). Non è dato sapere se questo giudizio ottimistico sia più o meno esatto. Ma certo una delle lezioni che l'emergenza ci sta impartendo è oggettivamente proprio questa: il ritorno dello Stato, e dell'amministrazione, come temperamento della "crisi" o del "collasso" del sistema degli appalti. È abituale, anche per il giurista, nell'accostarsi alla disciplina delle aggiudicazioni dei contratti pubblici, sintetizzare il principio di concorrenza nella clausola della *par condicio*, quindi soprattutto nel divieto per la pubblica amministrazione di alterare l'eguaglianza di condizioni tra imprese interessate all'aggiudicazione. Non va dimenticato che il fenomeno cui abbiamo assistito, nell'emergenza sanitaria da Covid-19, è stato invece il rischio di insuccesso dell'invito a offrire proveniente dall'amministrazione; è la intrinseca precarietà, la facilità di un rapido declino di questa presunta libertà-interesse pretensivo, in favore di una concezione della libertà d'impresa il cui principio è il diritto assoluto di proprietà dei prodotti, che implica soprattutto la libertà di non vendere alle pubbliche amministrazioni. Se si guarda sino in fondo, non vi è poi molto di cui stupirsi, visto che anche in tempi normali la "desertificazione" dei bandi non è un fenomeno così raro e sfortunato come sembra. Di frequente, ma non sempre, l'invalidità dell'aggiudicazione di un contratto pubblico deriva da un vizio dell'atto stesso o di uno degli atti presupposti, adottati dall'amministrazione. Spesso, però, il difetto sta in sottili meccanismi d'intermediazione che sfuggono alle cognizioni dell'amministrazione. A volte la mancata partecipazione viene usata come mezzo di pressione indiretta sull'amministrazione, affinché si convinca a bandire un nuovo esperimento a condizioni più vantaggiose per le imprese. E da qui, il passo è breve: quando la provvista è ingente, persino la risposta più soddisfacente può mascherare la stipula di pratiche concordate o vere e pro-

prie intese restrittive della concorrenza, che in alcuni casi sono l'anticamera dell'infiltrazione criminale (e questa è la peggiore delle ipotesi). Tutto insomma possiamo dire, della legislazione sugli acquisti pubblici, tranne che essa ponga l'amministrazione in una posizione di supremazia rispetto al mercato. Chi ha avuto l'opportunità di vedere come funziona una procedura a evidenza pubblica, sa che questa è sempre stata la verità, anche prima dell'emergenza Covid-19: quando l'importo posto a base di gara supera una certa soglia, il contraente "forte", se esiste, non è quasi mai l'amministrazione. L'Italia, per di più, non è tra gli Stati che hanno accolto l'invito dell'Ocse (<https://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation-report.pdf>) a creare uffici pubblici con specifiche competenze in materia di scoperta e di prevenzione delle pratiche collusive in danno dell'amministrazione appaltante. Il risultato è che nelle nostre burocrazie non esistono, se non per avventura, funzionari con professionalità idonee a tenere bene informata la committenza pubblica delle caratteristiche del mercato nel quale si immette, quando avvia la ricerca "concorrenziale" del miglior offerente. Questa inesperienza purtroppo, in tempi di pandemia, sta risultando drammaticamente ancora più visibile, pur non essendo essa stessa la causa del problema. Non per caso, la Commissione europea, nei suoi «Orientamenti sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19» (in *GUUE* 1 aprile 2020, n. C 108 1/1), ha insistito, prima e forse più che sulle semplificazioni procedurali degli affidamenti dei contratti pubblici, sulla necessità di «interazione con il mercato» come accorgimento strategico fondamentale per la qualificazione delle forniture nella gestione dell'emergenza sanitaria.

È normale, in conclusione, avvertire un senso di insicurezza e una correlata necessità di creare meccanismi di protezione degli acquisti pubblici, per il caso, verificatosi nella prima fase della pandemia, di mancata risposta del mercato. Riflettere sulla "fase uno" rimane assai importante, giacché vi si trova qualche spunto di riflessione che non è opportuno lasciare al caso: se non altro, nel frangente di una ipotetica "seconda ondata" dovrebbe essere una decisione pubblica, non più la spontanea regressione dei contagi e l'allentamento dello stato emergenziale,

a «calmierare» il quadro della spesa pubblica per acquisti di forniture (questo il rilievo di ANAC, *Indagine conoscitiva*, cit. p. 56).

Le norme prodotte dal Governo hanno derogato praticamente a tutto, senza porsi troppe restrizioni – com'era giusto fare – sul piano della garanzia dei diritti e delle libertà sacrificate all'interesse collettivo. Sullo scacchiere internazionale, a parte i dissidi sugli strumenti di copertura finanziaria del sostegno, le resistenze alla legislazione emergenziale non sono state poi molte. Il vincolo di stabilità è stato sospeso e l'Unione europea ci ha permesso, per l'immediato, di badare poco a spese. Nessuno da Bruxelles ha replicato al Governo italiano, quando ha dichiarato di voler estendere uno strumento di eccezionale potenza come il *golden power* (decreto-legge 21 del 2012) a nuovi settori produttivi che, in condizioni normali, sarebbero del tutto estranei alla logica dell'istituto e che, con ogni probabilità, finirebbero immediatamente sotto la scure della Commissione Ue (come sappiamo essere accaduto alla figura-anticamera del *golden power*, la *golden share*). Nessuna obiezione persino quando il Ministro dello sviluppo economico, in una intervista al Corriere della Sera del 20 aprile 2020 (https://www.corriere.it/politica/20_aprile_07/coronavirus-patuanelli-sace-puo-essere-l-inizio-una-nuova-iri-3590b7ec-7908-11ea-ab65-4f14b5300fbb.shtml), ha detto di intravedere nella SACE, società di investimento del gruppo Cassa depositi e prestiti, l'inizio di una “nuova IRI”, simpatizzando con il ritorno di un'economia statalizzata il cui smantellamento fu portato avanti, all'epoca delle privatizzazioni, proprio all'insegna dell'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto Ue.

La creazione di un sistema produttivo di Stato, a tutela di un “perimetro di sicurezza” degli approvvigionamenti sanitari, che si attivi in caso di collasso del sistema degli appalti, non è una necessità; ma, se non altro, potrebbe apparire come una prospettiva non del tutto peregrina, nell'attesa di quella che in questi giorni si definisce ovunque “fase due”. La vicenda più probabile resta, appunto, il ritorno di una “seconda ondata” epidemica, e forse non sarà neppure la seconda ondata a farci smettere di ragionare su come rifornire il servizio sanitario nazionale dinanzi a un evento drammatico di simili, devastanti proporzioni. Si potrebbe insomma cominciare a discutere come se fosse una questione stabile – se non proprio un problema di livelli essenziali delle prestazioni – quella

degli strumenti giuridici necessari per mantenere in efficienza il sistema sanitario di fronte a un contagio di massa. Nell'immediato, sarebbe bene, ad esempio, che lo Stato chiarisse se e in che modo intende offrire questo "perimetro di sicurezza", perché le persone sappiano e non debbano più temere, oltre al contagio, le conseguenze di speculazioni commerciali come quelle vissute nella precedente evoluzione pandemica: appunto, il "collasso" del sistema degli appalti, come vicenda limitativa dei diritti e delle libertà individuali.

Collaborazione necessaria e differenziazione responsabile: riflessioni sparse su emergenza pandemica e sistema plurilivello

Claudia Tubertini

1. Una premessa sullo spirito con cui approcciare la letteratura sulla pandemia ed elaborare proposte

Sin dal primissimo apparire del Coronavirus in Europa, e poi in Italia, tutti coloro che si occupano di sistemi istituzionali ed amministrativi hanno cominciato a raccogliere e catalogare le osservazioni di studiosi, politici, opinionisti sugli effetti della “pandemia Covid-19”, cercando di classificare le diverse posizioni espresse in ordine ai numerosi profili discendenti da questa, particolarmente grave e senz’altro inedita, emergenza; tenendo conto, altresì, della differente “fase” (per usare una terminologia tipica del legislatore di questo periodo) della loro stesura (l’evolversi degli eventi, dal 23 febbraio in poi, è stato così rapido e gli imprevisti così continui da determinare ovviamente una parallela evoluzione, ed in alcuni casi il capovolgimento dei punti di vista).

L’esito di questo tentativo di catalogazione è stato, almeno per quanto mi riguarda, davvero *disorientante*. Ho trovato più che mai una polarizzazione, una divaricazione di opinioni che rende molto difficile distinguere ciò che è analisi dei fatti, individuazione degli aspetti critici e presentazione di soluzioni, da ciò che invece è mera esposizione di petizioni di principio. Ho trovato, poi, nella gran parte delle riflessioni sinora svolte moltissima *pars destruens*, e assai meno *pars costruens*. Tra i tanti condivisibili interventi di questo periodo, illuminante mi è parsa una osservazione di Bruno Dente, apparsa nella prima e più acuta fase dell’emergenza. Essa si riferiva alle alternative possibili per fare na-

scere, da questa emergenza, un nuovo Servizio Sanitario, più “resiliente”. Ma l’affermazione mi è parsa avere una valenza generale:

«c’è chi usa questa occasione per scagliare le consuete invettive contro “lo sfascio del sistema sanitario”, i “tagli selvaggi”, il “regionalismo scellerato”, la “privatizzazione”, il “neoliberismo”, “la bancarotta della classe politica”, eccetera. Costoro, indipendentemente dalla sofisticazione dei loro discorsi, sono gli stessi che credevano esattamente nelle stesse cose prima dell’epidemia e pertanto interpretano gli eventi come la rassicurante prova che avevano sempre avuto ragione. Queste posizioni fanno un gran danno: offuscano il dibattito su che cosa fare e come operare per trarre da questa emergenza spunti ed argomenti per migliorare il nostro sistema istituzionale¹.

In altri termini, ma con una medesima idea di fondo, del resto, da più parti nel corso dell’emergenza non solo studiosi, ma anche autorevoli esponenti istituzionali, sino alla più alta carica dello Stato, hanno invocato un necessario *disarmo bilanciato*, una *de-escalation* in tema di dichiarazioni e posizioni: il riferimento diretto è stato spesso ai Presidenti di Regione², ma è affermazione estensibile a tutti coloro che, a vario titolo, sono intervenuti in questo periodo a popolare la letteratura sull’emergenza Covid-19, ed ancora intervorranno.

Alla luce di queste premesse, anche io cercherò di non cadere nel facile tranello di leggere ed interpretare questa emergenza secondo le mie “lenti”, ovvero secondo una prospettiva che mi porta a diffidare delle soluzioni uniformanti e ad assumere il policentrismo del nostro sistema amministrativo come un aspetto positivo da difendere; uscire da questo preconetto implica ammettere che, se il nostro sistema policentrico non è da sovvertire, è senz’altro da correggere, da migliorare, perché

(1) B. DENTE, *Dopo il corona virus. Che fare del sistema sanitario? Ovvero le possibili conseguenze strutturali dell’epidemia*, in *Astrid Online*.

(2) Il cui protagonismo è stato senz’altro fomentato, sin dalle prime fasi dell’emergenza, dall’improvviso accentramento di poteri in capo al Presidente del Consiglio e dalle forme prescelte per la comunicazione al pubblico del loro esercizio: così G. NAPOLITANO, *I pubblici poteri di fronte alla pandemia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2020, p. 146.

esso ha generato e tuttora genera, nella tumultuosa fase che stiamo attraversando, notevoli problemi.

Questa prospettiva *costruens* è, del resto, ciò di cui i cittadini hanno bisogno³. Essi hanno percepito, mai come in questo momento, l'importanza delle istituzioni pubbliche. La situazione ha generato grandi aspettative, nessuno pensa che possa essere solo il mercato, la libera iniziativa privata a poter risollevarne un sistema economico e sociale devastato da una epidemia globale ed a proteggere l'incolumità dei cittadini. I problemi e le questioni che il nostro ordinamento deve affrontare sono tanti. L'emergenza può quindi costituire una occasione per accelerare processi di riforma da tempo differiti, per fare in modo che l'amministrazione possa reagire meglio non solo a situazioni di vero e proprio *shock*, ma, in prospettiva, anzitutto ai suoi compiti ordinari.

2. Differenziazione responsabile attraverso il rafforzamento delle funzioni di coordinamento centrale

Muovendo il ragionamento dal funzionamento del nostro sistema sanitario – il primo, naturalmente, ad essere chiamato in causa in quest'emergenza – un aspetto da rimarcare è che dopo la riforma del Titolo V della Costituzione vi è stata una complessa opera interpretativa della Corte costituzionale che ha riconosciuto allo Stato ampi poteri di intervento sia nella materia della tutela della salute, sia nella materia (che notoriamente è in essa ricompresa) della organizzazione sanitaria. Lo Stato in questi anni non ha certo mancato di esercitare penetranti interventi in tutti gli aspetti dell'organizzazione sanitaria regionale, a partire dalle risorse umane e strumentali. Attraverso l'invocazione, in particolare, della competenza *ex art. 117, comma 2, lett. lettera m)* Cost. (livelli essenziali delle prestazioni), lo Stato si è visto riconoscere la possibilità di incidere sia sul contenuto delle prestazioni, che sulle loro modalità di organizzazione. La stessa lettera *m)* è stata ritenuta come fondamento di poteri di indirizzo, di vigilanza, di prescrizione di standard e criteri, quantitativi e qualitativi. Lo stesso dicasi per la materia delle professioni, comprese quelle sanitarie. Allo Stato, come è altrettanto noto,

(3) Su punto si v. anche F. CORTESE, *Stato e Regioni alla prova del coronavirus*, in *Le Regioni*, 2020, p. 9.

non è neppur inibito esercitare penetranti poteri sostitutivi, attraverso l'applicazione del meccanismo che l'articolo 120 Cost. ricollega alla tutela dei livelli essenziali; potere che, non a caso, ha trovato la sua prima e più significativa attuazione proprio in materia sanitaria, attraverso il commissariamento delle Regioni in *deficit*.

Anche guardando più specificamente al tema dell'emergenza sanitaria, non mancano i titoli di competenza statale. Come la Corte costituzionale ha avuto recentemente modo di precisare⁴, la profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie infettive richiede necessariamente l'adozione di misure omogenee su tutto il territorio nazionale ed a questo fine è esercitabile la competenza legislativa esclusiva statale in tema di profilassi internazionale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. q) Cost. Proprio quest'ultima competenza, d'altro canto, è stata appunto oggetto di una salvaguardia in capo allo Stato in sede di revisione costituzionale nel 2001.

Quanto appena richiamato rende evidente che non è certo quello della mancanza di titoli costituzionali di intervento da parte dello Stato il problema che affligge il Governo ed il Parlamento nazionale. Il problema è quello della capacità dello Stato di esercitare tale ruolo guida, specie in un momento di emergenza che impone una riprogrammazione a tutto tondo degli obiettivi e delle scelte sinora perseguite, ed impone quindi, parimenti, di riorientare ad altri obiettivi l'esercizio di quegli stessi poteri che sinora lo Stato ha indirizzato ad altri fini (*in primis*, il controllo della spesa pubblica). Basti pensare al fatto che tutta la programmazione sanitaria degli ultimi anni ha insistito sul ridimensionamento della assistenza ospedaliera (assai più costosa di quella distrettuale), per comprendere quanto la pandemia abbia reso necessario ripensare il rapporto tra ospedale e territorio⁵.

La debole capacità di coordinamento statale è stata più volte lamentata, in tutte le sedi, dagli studiosi e considerata uno dei principali motivi dei divari territoriali che tuttora affliggono il nostro Servizio Sanitario Nazio-

(4) Cfr. sent. n. 5 del 2018, in tema di vaccini; v. anche la sent. n. 186 del 2019, in materia di sanità pubblica.

(5) Cfr. F. GIGLIANI, A. PIOGGIA, *Cosa riformare del servizio sanitario nazionale*, in *Astrid Online*.

nale⁶. Ciò, ovviamente, appare ancor più vero in momenti di emergenza, nei quali le funzioni di monitoraggio, coordinamento ed eventuale intervento sostitutivo sono essenziali. Dall'emergenza si può quindi senz'altro trarre spunto per investire maggiormente su tali funzioni, fondamentali in un sistema a più livelli come il nostro. Se queste funzioni non sono state esercitate, non è certo stato per la mancanza di una cornice normativa che le supportasse, ma, molto più probabilmente, per la mancanza di mezzi e competenze per svolgerle⁷. Sotto questo profilo, appare emblematico il ritardo con il quale si è provveduto a mettere in campo la principale Agenzia nazionale deputata all'esercizio di tali funzioni (ovvero l'AGENAS), la quale solo con l'emanazione del cd. decreto liquidità (d.l. 8/4/2020, n. 23) ha ricevuto l'espresso compito di collaborare all'azione di potenziamento della rete di assistenza ospedaliera e territoriale, al fine di assicurare la più elevata risposta sanitaria all'emergenza, monitorando l'adozione, l'aggiornamento e l'attuazione dei cd. piani Covid da parte delle Regioni nonché la tempestiva attuazione delle direttive del Ministro della salute e di ogni ulteriore atto normativo ed amministrativo generale adottato per fronteggiare l'emergenza (art. 42). Se dunque si concorda sulla necessità di rafforzare le funzioni di coordinamento statale⁸, non altrettanto certo è che dall'esperienza attuale derivi la necessità di sovvertire i capisaldi del nostro sistema sanitario: che è stato impostato dal nostro legislatore come un servizio "nazionale" (quindi a necessaria guida unitaria) ma al contempo decentrato, in linea con la struttura plurilivello del nostro ordinamento. Si tratta di un modello che, come pacificamente ammesso, ha consentito l'avanzamento nel livello di tutela della salute della popolazione italiana rispetto al sistema previgente: anche i fautori del "servizio sanitario nazionale" devono essere consapevoli che non è possibile rimettere le lancette

(6) Il problema è sottolineato anche da M. CAMMELLI, *Centro e periferia: l'emergenza fa cadere il velo*, in *Il Mulino*, 3, 2020, p. 402.

(7) Così anche G. FALCON, *Dall'emergenza COVID, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *Le Regioni*, 2020, p. 455.

(8) In questo senso anche C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Rassegna*, 5, 2020.

dell'orologio indietro di quarant'anni, e tornare al tanto deprecato e forse dimenticato sistema mutualistico⁹.

Per questo motivo non si può che essere perplessi dinnanzi alla proposta di attribuire allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della salute (si noti bene: chi propone tale soluzione non si rende conto che bisognerebbe modificare non solo l'articolo 117, ma anche l'articolo 118 della Costituzione, ripristinando il tanto vituperato principio del parallelismo, se l'intenzione è, come pare, quella di riportare l'intero servizio sanitario sotto l'esclusiva titolarità del Governo centrale).

Sul tema del riparto delle competenze, anziché invocare una (mai realizzata) uniformità, è dunque preferibile praticare una differenziazione responsabile. Ovviamente, questa posizione presuppone che della differenziazione si abbia una visione non preconcepita, de-politicizzata. Come, mi pare, quella che propongono Balboni ed Allegretti, secondo i quali

«la differenziazione è un principio di modulazione di attività, riferite alle caratteristiche particolari dei territori, e tale da favorire, sussistendo specifiche condizioni, una uguaglianza di miglior qualità e che si colloca ad un livello di pubblica utilità più alto, con lo scopo di metterlo a disposizione di tutti»¹⁰.

Alle Regioni è quindi, a mio parere, meglio continuare a riconoscere responsabilità nella ricerca della migliore organizzazione del servizio, rafforzando il circuito delle responsabilità con adeguati controlli di efficienza ed efficacia e correlativi poteri di intervento laddove l'esito finale non sia in linea con la garanzia del diritto alla salute¹¹. Ciò presuppone un rafforzamento delle strutture centrali e della loro capacità di co-

(9) Cfr. R. BIN, *Caro Orlando, il vero problema della sanità è al centro, non in periferia*, in *La Costituzione.info*, 3 aprile 2020.

(10) U. ALLEGRETTI, E. BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 9 aprile 2020.

(11) In questi termini anche G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, p. 329; A. MORELLI, A. POGGI, *Le Regioni per differenziare, lo Stato per unire. A ciascuno il suo*, in *Diritti regionali*, 2020, p. 2.

ordinare e controllare¹², rispondendo con prontezza alle eventuali inadempienze regionali o a palesi scostamenti dal quadro regolatorio definito a livello statale¹³.

3. Collaborazione necessaria attraverso il potenziamento degli strumenti di raccordo verticale ed orizzontale

L'accento che ho posto sulla necessità di preservare l'attuale nostro sistema plurilivello porta di conseguenza a ragionare sui meccanismi di raccordo tra Stato, Regioni ed Enti locali, e sul loro funzionamento. Che tali meccanismi abbiano bisogno, e da tempo, di una importante manutenzione, è cosa nota; tanto quanto era prevedibile che, in una situazione così straordinaria, essi mostrassero ancora di più le proprie debolezze ed i propri limiti. In questo senso, senz'altro anche il progetto di revisione costituzionale del 2016 ha costituito un'occasione persa: perché il dibattito si è concentrato tutto sul Senato federale, trascurando un'altra riforma che davvero era necessaria, quella del sistema delle Conferenze. Ai problemi strutturali di queste sedi si sono aggiunti quelli dell'emergenza, che ha richiesto la conciliazione di due opposte esigenze: rapidità e partecipazione. Alla prima esigenza ha risposto la verticalizzazione delle relazioni tra Governo e Regioni, che ha portato non solo alla straordinaria concentrazione di poteri sul Presidente del Consiglio dei Ministri da tutti rilevata, ma anche alla speculare valorizzazione del ruolo del Presidente della Conferenza delle Regioni come autorità di rappresentanza dell'intero sistema regionale. Con la conseguente messa in secondo piano, in numerose occasioni, della Conferenza Stato-Regioni¹⁴, e ancor più della Unificata (quest'ultima da sempre estranea alle decisioni in materia sanitaria), a cui però ha fatto da contraltare (per garantire

(12) Sulla necessità di una riforma dei meccanismi di controllo nella "amministrazione della ricostruzione" (post emergenza), L. TORCHIA, *Dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione della ricostruzione: responsabilità, controlli e tempestività*, in *Astrid Online*.

(13) Sulla frammentazione degli interventi regolatori derivante dalla rinuncia all'esercizio statale dei suoi poteri di controllo e correzione. G. VESPERINI, *Il diritto del coronavirus*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, p. 279.

(14) Il punto è segnalato anche da F. SAVASTANO, *Il Governo come attore principale della leale collaborazione: il ruolo nelle sedi di raccordo con le autonomie e la perdurante necessità di un cambio di rotta*, in *Federalismi.it*, 28, 2020.

comunque la partecipazione) la creazione di sedi separate e parallele di confronto: a partire dalla famosa “cabina di regia” istituita dal Ministro della salute e composta dal Presidente della Conferenza delle Regioni e da altri due Presidenti regionali nonché da rappresentanti dell’Istituto Superiore di Sanità, a cui è stato affidato sin dal 30 aprile il delicatissimo compito di raccogliere le informazioni necessarie al monitoraggio e classificazione su base settimanale del livello di rischio raggiunto in ciascun ambito regionale.

Certo, entrambe le tendenze sembrano mettere in crisi il tradizionale metodo collegiale che caratterizza le sedi della leale collaborazione. Ma nel giudicare queste tendenze occorre essere pragmatici. Si tratta di soluzioni tutto sommato coerenti rispetto ad un sistema ispirato al principio di sussidiarietà, dove la partecipazione appare elemento essenziale da salvaguardare rispetto all’alternativa della concentrazione del potere in capo ad un unico vertice, secondo un modello di commissariamento che pure si sarebbe potuto invocare in base all’art. 120 Cost. Meccanismi di questo tipo possono apparire utili nei momenti in cui occorre la massima rapidità, purché, appunto, restino eccezionali e transitori e non si rivelino un metodo per aggirare definitivamente le formali sedi di raccordo.

Cosa possiamo imparare, quindi da questa esperienza per porre mano definitivamente al sistema delle Conferenze e, più in generale, ai meccanismi di concertazione attuali? Che la riforma sia necessaria è evidente anche dal richiamo fatto dal Presidente della Repubblica:

«Si avverte la necessità di individuare, con maggiore precisione, sedi e procedure attraverso le quali il principio di leale collaborazione, caposaldo della giurisprudenza costituzionale, possa divenire sempre di più la cifra dei rapporti tra lo Stato, le Regioni e le autonomie locali. È importante che la soggettività politica delle Regioni si sviluppi, non in contrapposizione con l’indirizzo politico statale, ma in chiave di confronto e di cooperazione»¹⁵.

(15) Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione dell’incontro con i Presidenti di Regione, nel cinquantesimo anniversario di costituzione delle Regioni a Statuto ordinario, Palazzo del Quirinale, 4 agosto 2020.

Sicuramente serve un riconoscimento normativo diretto della Conferenza delle Regioni, che ora manca, che predisponga una base giuridica dei poteri del Presidente della Conferenza. Occorre, inoltre, pensare a modelli flessibili e modulabili nella composizione, aperti alla partecipazione di soggetti diversi da quelli rappresentativi delle realtà territoriali, per la Conferenza Stato-Regioni e per la Unificata; snellire le loro modalità di funzionamento e convocazione (*in primis* realizzando ciò che da tempo si chiede, ovvero la possibilità di convocazione su richiesta delle Regioni, con ordine del giorno condiviso). E, perché no, ripensare anche all'attuale tripartizione Stato-Regioni, Unificata, Stato-città per ricomporre tutto in un'unica Conferenza. E, *last but not least*, rafforzare i momenti di raccordo tra sistema delle Conferenze e circuito parlamentare (in attesa di altri e più forti meccanismi di rappresentanza degli interessi regionali in Parlamento¹⁶) attraverso la Commissione parlamentare per le questioni regionali, invocando l'applicazione del regolamento per la consultazione delle autonomie territoriali allo scopo adottato dalla stessa Commissione bicamerale già dal dicembre 2017.

Sinora ho parlato del coordinamento verticale; ma altrettanto importante è altresì il coordinamento orizzontale, ovvero, *tra* i sistemi regionali. La sensazione su questo fronte è che sia mancato in questo periodo un adeguato livello di collaborazione, di scambio di esperienze, di sostegno da parte di alcune Regioni rispetto ad altre; sembra aver prevalso, piuttosto, specie in alcune fasi, l'affannosa ricerca di una soluzione individuale, secondo il principio (tutt'altro che leale) *mors tua, vita mea*. Non solo e non del tutto per egoismo territoriale, ma per la limitatezza degli strumenti attuali di raccordo. Dell'importanza di questo aspetto è consapevole anche chi, come Sabino Cassese, non ha certo risparmiato aspre critiche nei confronti di come i Presidenti delle Regioni hanno affrontato il loro ruolo. Proprio da Cassese deriva l'esortazione

«a un nuovo modo di operare della Conferenza Stato-Regioni. Perché le Regioni che camminano speditamente non aiutano quelle che zoppicano? Apporto collaborativo, capacità di coo-

(16) Su punto si v. le osservazioni di A. Poggi, *Tornare alla normalità dei rapporti Stato-Regioni. Errori da evitare e lezioni da meditare*, in *Federalismi.it*, 25, 2020, p. 10.

perare non vogliono dire soltanto capacità di cooperare in senso verticale, ma anche in senso orizzontale. Quali sono i modi in cui, attraverso la Conferenza Stato-Regioni, le Regioni possono collaborare con altre Regioni?»¹⁷.

Anche su questo versante, il suggerimento che viene dalla pandemia può essere quello di rafforzare le Conferenze, partendo da quella delle Regioni – il cui contributo al coordinamento orizzontale è stato sottolineato dallo stesso Presidente della Repubblica – anche sotto il profilo amministrativo e non solo politico, creando un più forte ed organizzato apparato “delle Regioni” da mettere in campo per favorire ancor di più il lavoro in rete. Si tratta di una soluzione che, se certamente non è di per sé in grado di evitare quelle “fughe in avanti” dei Presidenti delle Regioni che più hanno generato polemiche e conflitti in questo periodo, potrebbe però contribuire a creare momenti di condivisione di problemi e soluzioni meno eccentriche ed unilaterali.

(17) S. CASSESE, *Le Regioni Cinquant'anni dopo*, in *Il Foglio*, 15/09/2020.

La crisi sanitaria: tra disegno organizzativo e regime delle competenze

Martina Conticelli

1. *Premessa*

Tra le diverse interpretazioni della crisi sanitaria scatenata dal Covid-19, si discute oggi in particolare di quella che ne fornisce una lettura strettamente riferita al quadro costituzionale e ordinamentale di ripartizione delle competenze tra lo Stato e le Regioni: questa prospettiva richiama le scelte regionali in ordine alla dimensione organizzativa e al governo del servizio, e fa riferimento ai poteri statali di intervento nella definizione e nella gestione della politica sanitaria.

Più voci ne hanno ricondotto le cause alla distribuzione delle funzioni e delle responsabilità, indirizzando l'attenzione sulla necessità di riaccentrare le competenze in materia di tutela della salute nelle mani dello Stato. Prima di assumere la prospettiva di riconsiderare il quadro costituzionale di ripartizione delle competenze, tuttavia, è preferibile riflettere anche sullo Stato, come interlocutore delle Regioni, sui meccanismi di tenuta complessiva del sistema, sulle leve e sul loro utilizzo.

I lavori raccolti in questo numero speciale forniscono molti spunti di riflessione per il corrente dibattito sul servizio sanitario, e mettono già in luce molti degli aspetti rilevanti. Mi limito, quindi, solamente a svolgere rapide considerazioni, anche su quanto è rimasto più in ombra nella discussione.

2. *La differenziazione regionale: le origini e gli esiti*

L'emergenza vissuta a partire dal mese di gennaio del 2020 ha reso evidente quanto quello che correntemente definiamo come "servizio sani-

tario nazionale”, per un verso, si componga di tanti sistemi quante sono le Regioni, per l’altro, sia pubblico sono in parte¹.

Se la regionalizzazione è caratteristica della esperienza sanitaria italiana, le differenze affondano le proprie radici almeno nell’epoca preunitaria, quando la tutela della salute era garantita dalla presenza di strutture religiose ovvero delle istituzioni di beneficenza a carattere laico. Gli sviluppi successivi, sino all’approvazione della Costituzione repubblicana, hanno segnato la lenta – ma progressiva – emancipazione rispetto alle funzioni di ordine e di assistenza, e la presa in carico di questo interesse da parte dei pubblici poteri. Il modello di intervento elaborato a partire dagli anni Settanta del secolo scorso in poi ha, quindi, tenuto conto dell’esistente nella distribuzione delle competenze regolative e gestionali, anche in ordine al coinvolgimento di strutture private.

Com’è noto, la revisione del modello prefigurato dalle legge istituitiva del servizio sanitario nazionale di cui alla legge n. 833 del 1978, avviata con le riforme degli anni Novanta del secolo scorso², ha aperto la strada alla profonda diversificazione dei sistemi sanitari.

Su questo quadro, sono intervenute, quindi, le modifiche del Titolo V, Parte seconda della Costituzione, che hanno ricondotto la tutela della salute alla competenza concorrente tra lo Stato e le Regioni e hanno legittimato la costituzione di sistemi regionali profondamente eterogenei. La varietà delle formule si misura oggi sotto più profili, per organizzazione, presenza e ruolo di fornitori privati accreditati, ulteriori livelli di prestazioni, spesa e qualità delle cure³. I diversi modelli di intervento si declinano sia nell’individuazione dei soggetti responsabili delle funzioni di regolazione, sia nell’attribuzione delle funzioni di erogazione e

(1) Già in commento alla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, si segnalano le osservazioni critiche di M.S. GIANNINI, *Relazione di sintesi, in Il Servizio sanitario nazionale. Atti del convegno sulla legge n. 833/1978*, Milano, 1981, p. 155 ss., che vi faceva riferimento, come ad un’opera di Lucio Fontana, dove però «i buchi sono la maggioranza del quadro».

(2) Si fa riferimento, nella disciplina speciale, al d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e al d.lgs. 19 giugno 1999, n. 299, e per quanto riguarda la regolamentazione generale, alla riforma cd. Basanini.

(3) Si cfr. R. BALDUZZI, *Quanti sono i sistemi sanitari italiani? Un’introduzione*, in R. BALDUZZI (a cura di), *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenze di sistema*, Milano, 2005, p. 9 ss.

aprono alla formazione di sistemi sanitari distinti⁴. I livelli di diversificazione consentiti dal dato normativo si misurano, poi, concretamente sul piano delle capacità amministrative, delle condizioni e delle necessità politiche riscontrabili in ciascun ambito regionale.

Dai monitoraggi svolti negli ultimi anni, la complessità di valutazione emerge con forza. L'impatto delle scelte sui risultati di *performance* varia non solo da Regione a Regione, ma anche, soprattutto, rispetto alle singole branche specialistiche. Se come primo indice di qualità di un determinato servizio si è assunto finora il dato della mobilità verso una determinata Regione, soprattutto quando questa riguardi prestazioni a bassa specializzazione, un peso particolarmente rilevante è stato assegnato alla spesa, sia pubblica, sia privata, per la remunerazione delle cure.

La diversa qualità dei servizi sanitari regionali ha, quindi, alimentato ampiamente il dibattito già negli ultimi dieci anni, rendendo evidente per un verso, che l'assetto organizzativo non è un dato neutrale rispetto alla garanzia del diritto alla salute e alla uguaglianza delle cure, e per l'altro, che l'uniformità può non essere la risposta adeguata, data la complessità della funzione.

Le differenze emerse nella riorganizzazione complessiva del servizio e nel contrasto alla diffusione dell'epidemia hanno messo il servizio sanitario "nazionale" ulteriormente alla prova.

I risultati negativi conseguiti in alcune Regioni sono, in gran parte, riconducibili alle scelte organizzative effettuate nel corso degli anni passati e alle loro ricadute in termini di offerta complessiva: facciamo riferimento alla carenza di posti-letto nei reparti di terapia intensiva, l'eccessivo ricorso all'accesso alle strutture di pronto soccorso ospedaliero, a fronte dell'inadeguatezza dell'assistenza territoriale e domiciliare. Eppure, le situazioni di maggior disagio nel corso dell'emergenza prodotta dalla diffusione del Covid-19 hanno coinvolto in particolare sistemi sanitari ritenuti sinora complessivamente virtuosi, sebbene alcuni,

(4) Su cui si v., in particolare, V. MAPELLI, *I sistemi di governance dei servizi sanitari regionali*, Roma, 2007, p. 29 ss. Si v. A. PIOGGIA, *La differenziazione regionale in Sanità: l'organizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 292 ss.

come quello lombardo, risultassero già notoriamente scoperti, ad esempio, sotto il profilo dell'assistenza territoriale e domiciliare⁵.

Quanto alla diffusione del contagio, sia la Costituzione, sia la legislazione sanitaria, lasciano in capo allo Stato le fondamentali leve del governo dell'epidemia. Ciò avviene, nelle previsioni costituzionali, sia attraverso l'inclusione della materia di cui all'art. 117, comma 2, lett *q*) della Costituzione, sia attraverso i poteri sostitutivi di cui all'art. 120 Cost., sia nel contemplare la risposta coordinata da parte delle regioni, come effetto dell'applicazione del principio di leale cooperazione. Rispetto a questi casi, peraltro, il Ministero della salute può intervenire con potere di ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 1, legge n. 833 del 1978. Ciò nonostante, si è avvertita la mancanza di una strategia di controllo sul territorio nazionale e di un coordinamento nella reazione alla emergenza. Naturale che ci si sia chiesti se tali esiti potessero essere previsti e, in qualche modo, gestiti in maniera diversa.

3. *Le linee direttrici degli interventi dell'ultimo decennio*

Lo stato di salute del servizio sanitario merita, dunque, una diagnosi accurata. Prima di concentrare la cura sulla ripartizione delle competenze in materia di tutela della salute⁶, e nell'ottica della potenziale conservazione dell'attuale assetto istituzionale, solleciterei una riflessione sugli aspetti che citavo in premessa, iniziando dal discutere quali siano gli interlocutori delle Regioni a livello di amministrazione centrale, quali azioni siano state intraprese in termini di coordinamento, e quale posizione sia stata assegnata alla politica sanitaria rispetto alle altre politiche nazionali, prime fra tutte quella finalizzata al contenimento della spesa⁷.

(5) Si v. Ministero della salute, *Monitoraggio dei LEA attraverso la cd. Griglia LEA, Metodologia e Risultati dell'anno 2015*, Roma, Luglio 2017, con particolare riferimento all'esperienza della Lombardia, p. 90.

(6) Su cui, peraltro, già era intervenuta la proposta di revisione della Costituzione della Repubblica Italiana contenuta nel testo di legge costituzionale approvato dal Parlamento italiano il 12 aprile 2016, cd. Renzi-Boschi.

(7) Mi piace ricordare, al riguardo, il lavoro monografico di L. VANDELLI, *Amministrazione centrale e servizio sanitario*, Maggioli, Rimini, 1984. Per il ruolo delle diverse amministrazioni centrali, con particolare riferimento al possibile maggiore coinvolgimento di Agenas, ad esempio, si rinvia alla riflessioni di C. TUBERTINI, *Collaborazione necessaria e differenziazione responsabile: riflessioni sparse su emergenza pandemica e sistema plurilivello, in questo fascicolo*.

A tal riguardo, sono certamente da considerare la riforma dell'amministrazione centrale sanitaria, con la ri-costituzione del Ministero della salute e l'elaborazione di una strategia condivisa di gestione del servizio. Del contenimento della spesa si dirà più avanti.

Mi soffermo, quindi, dapprima, sull'amministrazione centrale, con un richiamo al ruolo e alle funzioni del Ministero della salute.

Quello che oggi rappresenta uno dei soggetti deputati ad intervenire istituzionalmente nella politica sanitaria, nasce nel 1958 per scorporo dall'amministrazione degli interni, ben prima dell'approvazione della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale nel 1978, quando il riferimento normativo per l'organizzazione dei servizi sanitari era fornito prevalentemente dalla disciplina di cui alla legge 12 febbraio 1968, n. 132, nota come cd. legge "Mariotti". Esso riceve, poi, modifiche organizzative di varia consistenza nel momento dell'attuazione dei trasferimenti alle Regioni, dapprima, nel 1972 e, poi, nel 1977. La storia di questo Ministero dimostra come la sua presenza non è un dato costante, né tantomeno una scelta obbligata⁸. Peraltro, si è sottolineato per più versi il piano di competenze mal ritagliato e non privo di sovrapposizioni con le competenze conservate dagli altri Ministeri⁹.

Il provvedimento che nel 2009 ha disposto l'istituzione del Ministero della salute, a mio avviso, ha certamente il merito di perseguire, tra i diversi obiettivi, quello di attribuire nuovamente alla tutela della salute un centro di riferimento politico distinto a livello centrale. Nel novero dei diversi soggetti responsabili a più livelli della politica sanitaria, al Ministero, inoltre, spetta garantire l'uguaglianza nella fruizione dei servizi che costituiscono il livello essenziale delle prestazioni sanitarie sull'intero territorio nazionale, andando, in qualche modo, sempre ad integrare e comporre le diverse competenze nello Stato regionale.

Tuttavia, la legge 13 novembre 2009, n. 17, ha consegnato un'autorità ministeriale alla tutela della salute, insieme a quello che potremmo definire come un "cavallo di Troia". Se, per un verso, sono state incluse nell'art. 47-ter del d.lgs. n. 300 del 1999, modificato dalla legge n. 172

(8) Nelle riflessioni di L. VANDELLI, *op.cit.*, p. 13 ss.

(9) S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna, 1983, p. 68.

del 2009, le competenze statali in materia di ordinamento sanitario, gli indirizzi generali e coordinamento in materia di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione delle malattie, ivi comprese le malattie infettive e diffuse, espressamente, per la programmazione tecnico-sanitaria di rilievo nazionale e l'indirizzo, il coordinamento e il monitoraggio delle attività tecniche sanitarie regionali, si è richiesto il concerto del Ministero dell'economia e delle finanze per tutti i profili attinenti al concorso dello Stato al finanziamento del Servizio sanitario nazionale, anche quanto ai piani di rientro regionali (lett. a), nonché il monitoraggio della qualità delle attività sanitarie regionali con riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni erogate (lett. c). Sebbene trattasi del ruolo naturale del Ministero dell'economia, tuttavia, l'aver rimarcato espressamente le prerogative in sede di istituzione del Ministero della salute¹⁰ conferma la centralità del perseguimento di politiche sanitarie economicamente sostenibili rispetto alle costanti esigenze di contenimento della spesa.

Se si rivolge lo sguardo a quanto è stato fatto nelle principali sedi istituzionali di coordinamento, prevalentemente in Conferenza Stato-Regioni e con il coinvolgimento dell'AGENAS, si è avviata l'attività di definizione e di armonizzazione dei cd. requisiti ulteriori per l'accreditamento cd. istituzionale delle strutture, nel 2010, anticipata nel 2006, dalla strategia per il completamento dei diversi regimi di accreditamento. Quanto al primo aspetto, gran parte dei raccordi tra pubblico e privato – e il disegno istituzionale che ne deriva – sono dovuti alle scelte regionali in materia di accesso al mercato della prestazioni sanitarie, con particolare riferimento all'accreditamento cd. istituzionale. Rispetto ai livelli di accreditamento, si contemplano più piani di differenziazione: quella normativa esprime le scelte fondamentali di governo del servizio sanitario regionale, nonché di strutturazione dell'offerta; quella amministrativa riguarda lo stadio di attuazione della disciplina in materia di accreditamento. A partire dal disciplinare di cui all'art. 7 del Patto per la salute approvato con l'Intesa siglata in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome il 20 dicembre 2012, per la predisposizione di requisiti comuni a tutti i sistemi regionali si avvia un'attività di armoniz-

(10) Tra le prime reazioni, C. FASSARI, *Il ministro dimezzato*, ne *Il Bisturi.it*, 13, 2009, p. 1.

zazione dei requisiti ulteriori di accreditamento, che è svolta in sede di Conferenza Stato-Regioni e con il coordinamento di AGENAS, e si sviluppa nel tavolo di lavoro per la revisione della normativa sull'accREDITAMENTO e di supporto nell'applicazione del nuovo sistema di accREDITAMENTO (TRAC). Quanto allo stato delle procedure di accREDITAMENTO, già a partire dal 2006¹¹, si è avviata una prima accelerazione verso la piena attuazione del nuovo regime, con il passaggio dall'accREDITAMENTO transitorio degli ex convenzionati a quello istituzionale (provvisorio o definitivo).

Dopo lunga attesa¹², nel 2017, si è finalmente adottato il provvedimento di aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza¹³, anticipato negli anni precedenti dalla definizione delle procedure per la revisione periodica e il monitoraggio.

Più difficile valutare in quale direzione abbia agito, invece, la strategia di contenimento della spesa sanitaria realizzata a partire dal 2010.

Dal punto di vista delle risorse attribuite al Servizio sanitario nazionale, la spesa sanitaria è rimasta sostanzialmente stabile, negli ultimi dieci anni, con un incremento solo nell'ultimo periodo¹⁴. Il dato è coerente con i documenti di economia e finanza approvati negli ultimi cinque anni, che indicano una diminuzione del rapporto con il Prodotto interno lordo fino al 2020, a fronte di un aumento progressivo a partire dal 2025. Le manovre finanziarie hanno, quindi, ripiegato sulla formula dell'efficienza e della produttività, che già ampiamente caratterizzavano la gestione sanitaria nazionale¹⁵, anche in rapporto a quella di altri Paesi (almeno nelle stime dell'Organizzazione dell'economia e dello sviluppo - OCSE)¹⁶.

Dal punto di vista del governo della sanità, questa strategia ha potenziato il ruolo delle amministrazioni centrali, con l'assunzione del controllo sui diversi sistemi, attraverso la negoziazione dei piani di rientro, nell'ambito dei tavoli di negoziazione, istituiti presso il Ministero dell'economia. Nei casi più gravi, si è proceduto al commissariamento di alcune Regioni. Nel provvedimento istitutivo del Ministero della salute,

(11) Si cfr. la l. 27 dicembre 2006, n. 296 (cd. legge finanziaria 2007).

(12) Previsto già all'articolo 1, comma 7, d.lgs. n. 502 del 1992, ma rimasto fermo al 2001.

(13) Si cfr. il d.P.C.M. 12 gennaio 2017.

quindi, troviamo riprodotta in ambito organizzativo, a livello di amministrazione centrale, l'attenzione verso quelle misure condizionali che in qualche modo sono state attuate negli ultimi anni per ricondurre la spesa sanitaria verso limiti considerati accettabili.

L'attenzione al contenimento della spesa, che pur ha legittimato la presenza del Governo centrale, ha rappresentato, sinora, un ulteriore fattore di squilibrio, compromettendo la prospettiva della visione di insieme, e mettendo a rischio le prestazioni nel territorio nazionale.

La crescente considerazione dei vincoli di finanza pubblica, soprattutto per le Regioni incapaci di allineare i rispettivi bilanci, la necessità di combinare i livelli essenziali delle prestazioni e i relativi oneri di spesa con gli obiettivi dell'equilibrio finanziario generale e la sempre maggiore rilevanza assegnata ai tavoli di concertazione per la definizione e la gestione dei piani di rientro hanno di fatto spostato la centralità della prospettiva di valutazione della appropriatezza delle cure verso il dato economico di congruenza dei costi della spesa sanitaria, più che su quello tecnico relativo alla adeguatezza e alla qualità delle cure¹⁷. Con esiti che erano già stati preannunciati negli ultimi anni, quando per più versi si segnalavano la messa a repentaglio dell'uguaglianza delle prestazioni¹⁸, la rinuncia alle cure e la fuga verso la spesa privata (cd. *out of pocket*).

(17) Si v. A. PIOGGIA, *La lezione dell'epidemia di Covid-19 sul sistema sanitario e il suo ruolo, in questo fascicolo*.

(18) Su questo aspetto in particolare, si concentrano i risultati della ricerca svolta da CREA SANITÀ, TOR VERGATA, *L'universalismo diseguale*, XI edizione, Roma, 2015.

Covid-19: il dialogo di *hard* e *soft law* e le trasformazioni della normazione

Vincenzo Desantis

Sommario: 1. Premessa: i testi dell'emergenza come laboratori di indicazioni miste – 2. L'intricato retroterra delle possibili e nuove mutazioni – 3. Una breve rassegna delle occasioni di commistione – 4. Un confine sfumato tra modelli definiti – 5. Il possibile dialogo tra due modelli – 6. Vantaggi e svantaggi delle formule miste – 7. Conclusioni

1. Premessa: i testi dell'emergenza come laboratori di indicazioni miste

L'emergenza epidemiologica di questi mesi ha determinato stravolgimenti di non poco momento in svariati ambiti della realtà quotidiana ed il mondo del diritto, *pro parte sua*, non sembra fare eccezione a questo stato di cose.

Con il trascorrere delle settimane, sono stati molti i quesiti giuridici che la crisi ha proposto agli studiosi del diritto e sono state, conseguentemente, numerose le voci che si sono levate per fornire una spiegazione o una ricostruzione giuridica dei vari cambiamenti in atto¹. Molti au-

(1) Per tutti, si richiamano, qui, i contributi di M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*; M. NOCCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*; S. PRISCO, F. ABBONDANTE, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, tutti disponibili in Osservatorio Emergenza Covid-19, 1, pubblicato su *federalismi.it*; L. BUSCEMA, *Emergenza sanitaria ed ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore*; G. COMAZZETTO, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*; A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del Covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*; tutti in *BioLaw Journal*, 1, 2020, *Special Issue* (d'ora in avanti 1S, 2020). Con riguardo agli effetti che l'emergenza sanitaria ha determinato rispetto ad alcuni e specifici temi si rinvia, poi, a titolo esemplificativo, a P. BONETTI, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri* o, ancora, a G.M. CAPORALE, L. TRAPASSI, *La libertà di esercizio del culto cattolico in Italia in epoca di Covid-19. Una questione di diritto internazionale*; C. GENTILE, *L'epidemia di Covid-19, la libertà di culto ed i rapporti Stato-Chiesa*, tutti su *federalismi.it*. Per altri spunti su temi specifici si richiamano, poi, i contributi di C. CIARDO, *Il Servizio Sanitario Nazionale alla prova dell'emergenza Covid-19: il rischio di una sanità diseguale*; C. CROCIETTA, *Diritti sociali e prossimità alla prova del Coronavirus. Una "prima analisi" antro-*

tori, pur manifestandosi consapevoli della difficoltà del momento, hanno evidenziato che l'impossibilità di gestire la crisi secondo canoni di piena fisiologia giuridica potrebbe prestare (o aver prestato) il fianco a violazioni più o meno gravi, determinando, almeno in qualche caso, il cedimento di alcuni dei principi su cui si fonda l'intero ordinamento². Altri, valorizzando la portata innovativa delle deroghe che accompagnano e, verosimilmente, accompagneranno la transizione del Paese, han-

polo-giuridica; C. MARIA REALE, *La dimensione costituzionale dell'emergenza: come l'epidemia moltiplica le disuguaglianze*, tutti su *BioLaw Journal*, 15, 2020.

(2) In questo senso, cfr., ad esempio, le interviste a S. CASSESE, pubblicate sul *Corriere dello Sport* del 30 marzo 2020, (titolo: *Il Governo in linea con la Carta, ma soltanto dopo il 25 marzo*) e su *IlDubbio.it* del 14 aprile 2020 (dal titolo: *Cassese – Il premier ha sbagliato a firmare quei decreti*), oltre che l'intervista intitolata *Emergenza coronavirus: sospensione dei diritti*, rilasciata a *Radio radicale* il 6 marzo 2020 e disponibile all'indirizzo: <http://www.radioradicale.it/scheda/600293/emergenza-coronavirus-sospensione-dei-diritti-intervista-al-professor-fulco-lanchester> (ultima consultazione d.d. 30 maggio 2020). In senso critico v. anche il breve commento di F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto-legge che un D.p.c.m.*, pubblicato su *IlSole24Ore* del 13 marzo 2020. Si soffermano più diffusamente su questi aspetti E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*; L. FABIANO, *La catena della normativa emergenziale in risposta alle minacce di diffusione del Covid-19. Riflessioni sulla tenuta in termini di legittimità e di opportunità delle scelte normative del Governo italiano*; E. FALETTI, *La forma è sostanza? Alcune sommarie riflessioni sulla gestione dell'emergenza Covid-19 in Italia*, tutti su *federalismi.it*. Sulla tenuta costituzionale della normativa d'emergenza v., in particolare, F. TORRE, *La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus*; G. MENEGAITO, *Diritto e diritti nell'emergenza: ripartire dalla Costituzione*; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza: l'esperienza del Coronavirus*; R. RAVI PINTO, *Brevi considerazioni su stato d'emergenza e stato costituzionale*; M. DE NES, *Libertà e doveri: questioni costituzionali alla luce dell'emergenza Covid-19*; A. PALMA, *Libertà e doveri: questioni costituzionali alla luce dell'emergenza Covid-19*; L. DELL'ATTI, G. NAGLIERI, *Le fonti della crisi. Fra esigenze unitarie e garanzie costituzionali nel governo dell'emergenza da Covid-19*, tutti su *BioLaw Journal*, 115, 2020. Condividono più o meno lo stesso approccio anche A. BARTOLINI, *#Torna il coprifuoco?# Alcune riflessioni sul #DPCM (Decreto Presidente Consiglio dei Ministri) #coronavirus# dell'8 marzo 2020*, disponibile su *ridiam.it*; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, disponibile su *federalismi.it*. Molto più severo sembra, invece, L.A. MAZZAROLLI, *«Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri*, disponibile, a sua volta, su *federalismi.it*. Più o meno dello stesso avviso sembrano, poi, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del Coronavirus*, sempre disponibile su *federalismi.it* e G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistemapenale.it*. Si esprime, invece, in termini di legittimità, quantomeno rispetto al ricorso alla decretazione d'urgenza, F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, mentre argomenta il carattere necessitato degli interventi adottati dal Governo S. LICCIARDELLO, *I poteri necessitati al tempo della pandemia*. Entrambi i contributi da ultimo citati sono, a loro volta, disponibili su *federalismi.it*. In tema v. anche M. BIGNAMI, *Chiacchiericchio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, su *Questione giustizia*, 2020.

no evidenziato che lo stato di crisi possa costituire una preziosa occasione per ripensare al funzionamento di molti istituti e procedure, tacciati – a torto o a ragione – di obsolescenza o inadeguatezza³.

Senza particolari pretese di successo, il presente lavoro persegue il proposito di inserirsi in quest'ultimo filone di scritti, valorizzando alcuni dati emersi negli ultimi mesi e segnalando, per quanto possibile, che alcune delle trasformazioni registratesi di recente possano anche aver incoraggiato una parziale mutazione della normazione.

L'estrema complessità della situazione che abbiamo vissuto (e che, per molti aspetti, è ancora in corso) ha imposto l'adozione di evidenti e generalizzati divieti.

Allo stesso tempo, avuto riguardo ad altre situazioni pratiche, è stata vivamente raccomandata l'astensione da comportamenti che sembra, materialmente, difficile (o sproporzionato) vietare. Discorso in parte simile può, poi, essere svolto con riferimento ad altre raccomandazioni: quelle relative alla messa in pratica di accorgimenti che – per gli stessi motivi di cui sopra – non sembra possibile imporre o rendere oggetto di coercizione.

Raccomandazioni e divieti, dunque: indicazioni accomunate dal fatto di poter potenzialmente condividere il medesimo contenuto sostanziale,

(3) In questo senso si v., ad esempio, quanto sembra potersi riscontrare rispetto alle riflessioni condotte, in tema di appalti, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, A. POLICE, M. RENNA, *Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può: meglio agire subito*, pubblicato su *Il Foglio* del 2 aprile 2020. Si occupano, a loro volta, di emergenza sanitaria ed appalti, G. LEONE, *Coronavirus, sorte del paese e... appalti a sorte*; U. FRANGIPANE, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, entrambi su *federalismi.it*. Sempre con riferimento al rapporto tra emergenza sanitaria ed appalti, affronta la questione con approccio critico V. SCARPA, *Emergenza sanitaria Covid-19: possibili derive corruttive degli impianti derogatori in materia di appalti pubblici*, sempre su *federalismi.it*. Per quanto concerne, poi, il tema dell'inadeguatezza dell'apparato burocratico, cfr. S. CASSESE, *Salti a ostacoli contro la burocrazia, ma le colpe non sono sempre sue*, intervista pubblicata su *Il Foglio* del 24 giugno 2020; F. FRANCIARIO, *Diritto dell'emergenza e giustizia nell'amministrazione. No a false semplificazioni e a false riforme*, su *federalismi.it*. Sull'emergenza sanitaria come generale occasione di rinnovazione sulla disciplina dello stato d'emergenza v., poi, S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni mediate*, su *BioLaw Journal*, 2, 2020. In tema di ripartenza, si rinvia, poi ed ancora, S. CASSESE, *Da dove ricominciare. I pesi reciproci di centro e periferia si sono rivelati squilibrati e il virus e la speranza. Governo e regioni si sono mossi ai limiti della Costituzione. Ma la democrazia esce rafforzata*, interviste rilasciate per *Il Foglio*, rispettivamente del 31 e del 24 marzo 2020. Sui problemi evidenziati dall'emergenza ed ancora in parte irrisolti si rinvia, invece, a A. D'ALOIA, *Postilla. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio*, su *BioLaw Journal*, 1S, 2020.

ma irrimediabilmente opposte dal punto di vista degli effetti derivanti dalla loro eventuale inosservanza.

Nella maggior parte dei casi, il titolo e la struttura degli atti che contengono tali due tipi di indicazioni (le raccomandazioni, da un lato, ed i divieti, dall'altro) consentono di ascrivere le formulazioni variamente elaborate ad un *contenitore* giuridico predeterminato, escludendo che si registrino commistioni tra il complesso delle istruzioni nate per il *consigliare* e l'*obbligare* all'osservanza di specifici precetti.

L'emergenza di questi giorni ha, però, evidenziato un dato già in parte ricavabile da altre occasioni normative, ed ha favorito la ricomprensione entro testi unitari di entrambi i tipi di indicazioni: i comandi certamente provvisti di vincolatività e le istruzioni comportamentali fortemente raccomandate. Anzi, raccomandate per la salvaguardia della salute pubblica: ecco, dunque, uno scenario complesso.

2. *L'intricato retroterra delle possibili e nuove mutazioni*

Se si ha riguardo agli sviluppi che interessano, oggi, il sistema delle fonti, si ritrae l'impressione che ogni analisi avente ad oggetto le vicende formative delle norme giuridiche o, più in generale, i processi evolutivi della normazione debba necessariamente misurarsi con l'ambiguità classificatoria riscontratasi rispetto ad alcune produzioni normative e con la difficile individuazione del regime giuridico di molte indicazioni.

L'epoca giuridica nella quale ci troviamo ad operare sembra, infatti, incoraggiare una rapida e costante ibridazione dei modelli, sia ammettendo che le tipiche fonti di produzione dei *precetti* possano anche dettare delle mere *raccomandazioni*, sia che alcune produzioni giuridiche trasfuse in atti formalmente (o apparentemente) sprovvisti di efficacia vincolante possano determinare il concreto contenuto di veri e propri obblighi.

Un esempio del primo caso può essere rappresentato da alcune delle fonti che si prenderanno in considerazione in questa sede: alcuni decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (atti certamente vincolan-

ti, ma il cui inquadramento entro il sistema delle fonti appare ancora in parte discusso⁴) contengono, infatti, sia *precetti* che *raccomandazioni*. Per altro verso, il contenuto di alcuni atti formalmente *non* vincolanti costituisce, in alcuni casi, il parametro alla stregua del quale poter determinare la concreta misura di un *obbligo* previsto da uno strumento vincolante⁵ o, come accade in altri casi, la base indicativa rispetto alla quale si ritiene di poter verificare la sussistenza di un profilo di respon-

(4) Si interroga sulla natura dei d.P.C.M. adottati per la gestione dell'emergenza E. RAFFIOTTA, *cit.*, p. 4, il quale annovera gli atti presidenziali tra le *ordinanze normative* previste da fattispecie aperte. Per uno studio sul tema si rinvia, tra gli altri, a G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 2016. Sul rapporto tra potere d'ordinanza ed emergenza si rinvia, invece, ad A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011. Per un approfondimento sui caratteri dell'atto amministrativo generale si v., invece, M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto amministrativo*, 2013; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003 ed altri classici contributi in tema, tra cui: M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro italiano*, 1953; A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, ne *Il Foro Italiano*, 1951; A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro italiano*, 1954; ID., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998.

(5) Questo è quello che, ad esempio, sembra accadere rispetto alle c.d. *Procurement Guidelines*, elaborate dalla Banca mondiale in vista della realizzazione di progetti da essa finanziati. Le *guidelines* in parola si compongono, infatti, di alcune disposizioni atte ad incanalare (ed a ridurre) il margine di discrezionalità di cui i destinatari dei finanziamenti possono beneficiare nella conclusione di contratti pubblici. In base ad una rapida osservazione della formulazione di questi strumenti sembra possibile affermare che si tratti di un complesso di istruzioni altamente qualificate ed autorevoli che, integrando il contenuto degli accordi con i quali i beneficiari assumono degli obblighi nei confronti dell'Organizzazione concedente il finanziamento, riempiono di contenuto l'accordo stesso, componendo, con ogni probabilità, la parte più consistente della regolamentazione contrattuale. Sono, difatti, le *guidelines* a stabilire quali debbano essere gli standard di etica professionale che i beneficiari dei finanziamenti debbano presentare per potersi accedere ed è proprio in base agli eventuali scostamenti che i beneficiari delle somme abbiano a perpetrare a danno del disposto delle *guidelines* che l'Organizzazione si determina a revocare i benefici concessi o ad irrogare sanzioni. Per maggiori informazioni in tema si rinvia a K. LEIPOLD, J. KLEMOW, F. HOLLOWAY, K. VAIDYA, *The World Bank e-Procurement for the Selection of Consultants: Challenges and Lessons Learned*, in *Journal of Public Procurement*, 3, 2004, oltre che al sito *web*: <https://projects.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-policies-and-guidance>, dove è possibile reperire innumerevoli informazioni a proposito di questi strumenti. Per una ricostruzione agile, si richiamano, poi, in particolare, queste parole: «When the World Bank provides financing to its member countries for investment projects, each project is governed by a legal agreement between the World Bank and the Borrower government agency who receives the funds. One of the key obligations in the "loan agreement" is that governments abide by the Bank's procurement policies, as detailed in the Guidelines for Procurement and the Consultant Guidelines. // The Procurement Guidelines establish the arrangements to be made for procuring the goods and works (including related services) required for the project. The Consultant Guidelines define the procedures for selecting,

sabilità o il ricorrere di altre situazioni generalmente sussunte in clausole normative generali⁶. Quando, però, il disposto di strumenti *non* cogenti è tale da determinare la concreta misura degli obblighi o l'effettiva latitudine delle condotte da osservare bisognerebbe ammettere che alcune delle indicazioni solo consigliate siano, in realtà, regole imposte in via di fatto e che la *moral suasion* assuma, talvolta, una dimensione ed un'importanza tale da poter essere assimilata ad un'effettiva fonte giuridica⁷.

In questo senso, gli atti formalmente deputati a contenere *precetti* possono limitarsi a raccomandare, esattamente come i *contenitori* delle raccomandazioni o dei consigli possono rivelarsi parziali collettori di norme anche munite di vincolatività fattuale.

A tutto questo fanno, poi, da corredo altri fenomeni, come quello che si è registrato allorché il contenuto indubbiamente precettivo di alcuni strumenti è stato deliberatamente trasfuso in atti recanti dizioni lascia-

contracting, and monitoring consultants required for projects. The Borrower is responsible for advertising business opportunities arising from Bank-financed projects.

(6) Il riferimento più evidente corre con riguardo alle *linee guida* d'ambito medico. Per una ricostruzione complessiva sul tema si rinvia a C.M. MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla Legge Gelli-Bianco*, Milano, 2019; G. CORSO, E. BALBONI (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario. Atti del Convegno svoltosi il 13 luglio 2009 in Roma presso l'Accademia Nazionale dei Lincei*, Torino, 2011.

(7) Con riguardo all'ampia letteratura sul grado di adesione spontanea agli atti di *moral suasion* ed alla sua variabilità rispetto a parametri come l'autorevolezza della fonte, la fondatezza delle argomentazioni logico-giuridiche utilizzate, la cultura di legalità dei destinatari o le sanzioni reputazionali che potrebbero discendere dal mancato rispetto di questi atti si rinvia, tra gli altri, a J.T. ROMANS, *Moral Suasion as an Instrument of Economic Policy*, in *The American Economic Review*, 5, ed a E. DAL BÒ, P. DAL BÒ, "Do the right thing": *The effects of moral suasion on cooperation*, in *Journal of Public Economics*, 2017. Avendo, poi, riguardo alla *moral suasion* delle Autorità di regolazione, v., ad esempio C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012; S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *Osservatorio AIR*, 4, 2011; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Il Diritto dell'Economia*, 3, 2018; A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, in *federalismi.it*, 2017; F. DURANTE, *L'attività di moral suasion della CONSOB*, in *Notiziario Giuridico Telematico*, disponibile all'indirizzo: http://www.notiziariogiuridico.it/durante_consob_1.html. Per una ricostruzione a tutto campo si rinvia, invece, a R. CHIEPPA, G.P. CIRILLO, *Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010.

te volutamente ambigue⁸ ed ha costituito l'oggetto di dibattiti che non possono ancora ritenersi del tutto conclusi⁹.

Le riflessioni che si cercherà di condurre in questa sede si innestano su questi discorsi, si inscrivono nel crescente stato di complessità che caratterizza, oggi, il sistema delle fonti ed alimentano la consapevolezza in base alla quale il contenitore nel quale siano inserite, talvolta, le indicazioni non sia sempre in grado di determinare se esse siano veri e propri comandi o semplici consigli, né quale sia il regime giuridico da applicare a certi atti.

Differentemente da quanto si è portati a pensare, il predicato dell'obbligatorietà delle norme, un carattere per lungo tempo ritenuto coesistente alla stessa giuridicità degli atti¹⁰, conosce, in alcuni casi, afferma-

(8) Il contenitore giuridico nel quale si decida di inserire determinate indicazioni non dovrebbe essere indifferente o neutrale rispetto al proprio contenuto. Eppure questo sembra accaduto allorché si è stabilito di chiamare con il nome di *linee guida* atti espressamente muniti di vincolatività, al quale si è in seguito riconosciuto il carattere di atti amministrativi generali. Al riguardo v. Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, in particolare par. A.4. Hanno affrontato il problema, evidenziando come alcune *linee guida* dell'ANAC di carattere vincolante potrebbero presentare anche essere ritenute delle fonti normative secondarie (e non già degli atti amministrativi generali), P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018; S. VALAGUZZA, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*; A. PELOSO, *La regolazione flessibile e le nuove linee guida ANAC: il caso degli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea*, entrambi su *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2017; M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*; N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici* e M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, tutti e tre in *giustamm.it*, 2016.

(9) Questo è accaduto, come detto, con riguardo alle *linee guida* (sia vincolanti che non vincolanti) dell'ANAC. Se si ha, poi, riguardo ai problemi classificatori ancora non del tutto risolti (nemmeno in via giurisprudenziale) un riferimento più pertinente può essere svolto rispetto alle linee guida *non* vincolanti, con riguardo alle quali si potrebbe argomentare che si tratti di *direttive* amministrative, così come di altre e generiche manifestazioni di indirizzo o, ancora, di atti ascrivibili alle fonti atipiche. Relativamente ad esse non è mai stato raggiunto un inquadramento classificatorio definitivo e soddisfacente. Per i caratteri della direttiva v., tra tutti, G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo (profili generali)*, Milano, 1993. Per un'analisi sulle fonti atipiche si rinvia, invece, a M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in AA.VV., *Le fonti nel diritto amministrativo. Atti del Convegno AIPDA*, 9-10 ottobre 2015, Padova.

(10) Avendo riguardo alla giuridicità degli atti, si è soliti affermare che la stessa debba essere intesa come il carattere dell'appartenenza ad atti o a rapporti regolati dal diritto con norme obbligatorie. A ben intendere, il requisito della giuridicità ricorrerebbe, quindi, ogni qualvolta un atto o un rapporto siano guardati da una disciplina e quindi resi oggetto di disposizioni dotate di obbligatorietà. La definizione di *giuridicità* fornita è tratta dal *Dizionario dell'Enciclopedia Treccani*, disponibile all'indirizzo: <http://www.treccani.it/vocabolario/giuridicita/> (ultima

zioni più sfumate o, comunque, alternative; mentre la dubbia vincolatività delle indicazioni poste da strumenti volutamente indefiniti sembra aver messo in crisi, almeno in alcuni settori, l'antica dicotomia tra *comandi* e *consigli*¹¹.

consultazione d.d. 18 gennaio 2020). Sulla formazione del diritto e sul carattere della giuridicità, cfr., poi, P.F. SAVONA, *In limine juris. La genesi extra ordinem della giuridicità e il sentimento del diritto*, Napoli, 2005; F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano, 1943. La parola *giuridicità* sembra, poi, essere usata con una diversa accezione in G. BERTI, *La giuridicità pubblica e la riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione*, in *Jus. Rivista di Scienze giuridiche*, 2, 2002. Nell'ultima opera citata, l'Autore esprime, infatti, in termini di *nuova giuridicità* il riparto di competenze disegnato alla Riforma del Titolo V, attribuendogli la propensione ad innovare il sistema costituzionale e l'assetto del funzionamento statale. In tema, uno dei maggiori assertori della necessità di distinguere in modo chiaro *cogena* e *soft law* è, invece, Roberto Bin. Al riguardo cfr. R. BIN, *Soft law no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009. Tra gli altri, questa impostazione sarebbe rinvenibile anche in F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1973. Il collegamento tra normatività e giuridicità sembra, poi, un dato insopprimibile in H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1970.

(11) Proprio al fine di individuare la concreta portata di *comandi* e *consigli* si ispirano alcune delle riflessioni che, negli anni, sono state condotte rispetto all'opportunità di munire il difensore civico di poteri vincolanti. Dal momento che l'assenza di poteri di questo tipo è stata, a più riprese, ritenuta un ostacolo troppo significativo perché l'*ombudsman* potesse concretamente influire sull'attività amministrativa, nel corso del tempo ed in diverse realtà geografiche, sono state elaborate alcune proposte finalizzate a dotare tale istituzione di poteri e prerogative che potessero rendere maggiormente efficace l'attività dell'ente. Le preoccupazioni espresse in ordine all'assenza di effettività dell'attività dell'*ombudsman* si inscrivono, naturalmente, entro il filone di pensiero secondo il quale la mancata titolarità di poteri idonei a vincolare in via formale i destinatari dei vari atti adottati renderebbe l'istituzione che li adotti irrimediabilmente depotenziata (o *toothless*, come spesso si legge). L'evoluzione del ruolo della *moral suasion* sembrerebbe, però, imporre un ripensamento di questa impostazione, rivelando che l'assenza di vincolatività formale di un atto non equivalga (o equivalga sempre di meno) ad una concreta inattitudine ad influire concretamente sugli ordinamenti e che il raggiungimento dello scopo in vista del quale si predispongano determinati atti giuridici possa coronarsi anche senza ricorrere a modelli giuridici cogenti (e formali). Con riguardo al processo di progressiva evoluzione ed affermazione del difensore civico in Italia, v., ad esempio, F. DE LEONARDIS, *Il Difensore civico nella giurisprudenza del giudice costituzionale e del giudice amministrativo*, in *Il Foro amministrativo*, 12, 2009. Per un esempio di concreta attribuzione di potere vincolante all'*ombudsman* si fa qui riferimento, tra le altre, alla proposta di attribuire all'*ombudsman* australiano il potere di determinare alcuni indennizzi. Al riguardo v. J. ANDERSEN, *THE OMBUDSMAN - Some Nuts and Bolts*, in R.N. DOUGLAS, M. JONES (A CURA DI), *Administrative Law*, 2nd ed., Sydney, 1996. Sul carattere *toothless* dell'*ombudsman*, anche in ambito extranazionale ed extraeuropeo, cfr., invece, A. STUHMCKE, *Each for themselves or one for all? The changing emphasis of the Commonwealth Ombudsman*, in *Federal Law Review*, 1, 2010. Sul fatto che la mancata attribuzione di poteri vincolanti al difensore civico sia, a tutti i livelli ed almeno per certi aspetti, un'opzione costituzionalmente opportuna ed obbligata, v., ancora, A. BEXELIUS, *The Ombudsman for civil affairs*, in D.C. ROWAT (a cura di), *The ombudsman citizen's defender*, Londra, 1965. Sullo stesso aspetto, ma nel dibattito italiano, si rinvia, invece, a S. VILAMENA, *Mediatore europeo e «buona amministrazione» (Profili ricostruttivi della tutela del Mediatore europeo attraverso la buona amministrazione comunitaria)*, testo completo dell'in-

Così facendo, la vincolatività di un'indicazione non costituisce più l'unico spartiacque al quale i suoi destinatari debbano riferirsi quando si trovino a dover orientare la propria azione. La concreta e quotidiana gestione di molte attività, specie se altamente *tecniche*, può, infatti, imporre, che ogni singolo operatore consideri gli standard *non* vincolanti imposti dall'autorità di settore (o da altri soggetti) non meno attentamente degli espressi divieti normativi che vengano affermati dalle tradizionali fonti del diritto.

Allo stesso tempo, le conseguenze alle quali sembra potersi esporre un operatore che non adegui la propria attività agli *standard* imperanti nel relativo ambito di appartenenza sono, in alcuni casi, avvertite come più gravi di quelle che possano derivare dalla violazione o dall'elusione di precetti giuridici espressamente riconosciuti come tali.

tervento tenuto presso l'Università degli Studi di Teramo, nell'ambito del Convegno *«Interesse pubblico e principi di buona amministrazione»*, 23 e 24 ottobre 2009, disponibile all'indirizzo: <https://u-pad.unimc.it/retrieve/handle/11393/73643/1839/8%20%20Mediatore%20europeo%20e%20buona%20amministrazione.pdf> (ultima consultazione d.d. 27 giugno 2020); S. COLONNA, *Il controllo parlamentare sui Servizi di Intelligence e Sicurezza in Scandinavia*, in A. TORRE (a cura di), *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, Serravalle, San Marino, 2013, p. 247. Per una ricostruzione di più ampio respiro sul ruolo ed i poteri dell'*ombudsman* v., invece, M.P. CHITI, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, in *Astrid Rassegna*, 35, 2006; R. MEDDA, *L'Ombudsman in Italia tra Stato e Regioni: la perdurante assenza di un sistema integrato di garanzia*, in *questa Rivista*, 4, 2017 e poi, ancora, M. LA BELLA, *Cultura istituzionale e strumenti di accountability. Il contributo dell'Ombudsman alla qualità della democrazia*, Milano, 2012; O. POLLICINO, *Il mediatore europeo (The European Ombudsman, in Italian)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006; L. COMINELLI, *Il Mediatore europeo, ombudsman dell'Unione: prime osservazioni empiriche*, in *Sociologia del Diritto*, 1, 2001; R. FERRARA, *Il Difensore civico e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini*, in *Foro italiano*, 111, 1997; ID.: *Il difensore civico e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini: note preliminari in margine ad un dibattito in corso*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1997; R. LOMBARDI, *Il difensore civico tra continuità e novità*, in *Foro italiano*, 1997; G. VERDE, *Il difensore civico*, Padova, 1996; L. COMBA, *Ombudsman*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1995; P. ZIMUDIO, *Ombudsman*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1990; G. CALDERONI, *Il difensore civico nell'esperienza italiana*, Rimini, 1987; E. BERNARDI, *Ombudsman*, in *Novissimo digesto italiano. Appendice*, Torino, V, 1984; A. LEGRAND, *Une institution universelle: l'Ombudsman?*, in *Revue Internationale de droit comparé*, 1976; G. DE VERGOTTINI, *Ombudsman* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, Milano 1979; C. MORTATI (a cura di), *L'Ombudsman*, Torino, 1974; E. ZECCA, *Il Difensore civico. L'Ombudsman svedese e la sua recente diffusione nel mondo*, in *Foro amministrativo*, 1979; F. CANNATA, *L'Ombudsman in Italia, in margine alle proposte di legge per l'istituzione del difensore civico*, in *Rivista amministrativa*, 1969. In base a quanto precede, in un contesto come quello attuale, i pericoli derivanti dalla scarsa incidenza dell'attività di *moral suasion* esercitata dal difensore civico potrebbero ritenersi stemperati alla luce della grande pregnanza che i sistemi di indicazioni non vincolanti sembrano aver acquistato sia nella prassi amministrativa che nella concreta applicazione giurisprudenziale.

In un contesto nel quale il *contenitore* delle indicazioni ordinamentali non sembra più in grado di stabilire il concreto livello di incidenza delle regole che pone in essere, l'endiadi *vincolante-non vincolante* sembra doversi misurare con altri tipi di valutazioni sulla doverosità d'adesione, alimentando processi di affermazione delle regole che rimangono, almeno in parte, i più tradizionali schemi della produzione giuridica e che impongono di essere considerati con attenzione.

Coltivando questa aspirazione, il prosieguo di questo breve scritto passerà al vaglio alcuni passaggi normativi che sembrano partecipare a quanto si è appena descritto e che sono (emblematicamente e perlopiù) contenuti in atti giuridici la cui natura non sembra ancora pienamente indagata, i discussi d.P.C.M.: le incertezze che ancora si registrano rispetto a molti profili che li riguardano possono, infatti, costituire delle condizioni particolarmente propizie per lo sviluppo di trasformazioni ed evoluzioni normative.

3. Una breve rassegna delle occasioni di commistione

Procedendo ad una rapida disamina delle fonti normative che hanno avviato questa riflessione, si può dire che il primo esempio di un possibile carattere *misto* delle indicazioni per l'emergenza può, forse, rilevarsi già avendo riguardo al primo provvedimento statale con il quale si è inteso fronteggiare la crescente crisi sanitaria: il d.l. n. 6/2020 (*Misure urgenti per evitare la diffusione del Covid-19*), il quale, dopo aver affermato, già al comma 1 dell'art. 1, che le *autorità competenti* fossero tenute all'adozione di *ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica*, ha elencato, al comma successivo, una serie di possibili misure¹².

(12) Il comma 2, infatti, recita: «Tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti: // a) divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area; // b) divieto di accesso al comune o all'area interessata; // c) sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico; // d) sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza; // e) sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dell'efficacia delle

Si tratta, con buona approssimazione, di un'elencazione esemplificativa di una lista di misure che, se adeguate e proporzionate secondo i casi, si indicavano come adottabili dalle amministrazioni competenti; una di rosa di soluzioni consigliate, inquadrabili nella (discussa) e generica formulazione del comma precedente¹³.

Di qui una prima riflessione: la difficoltà derivante dalla gestione dell'emergenza, all'epoca dei fatti ancora al suo primo prorompere, potrebbe aver indotto il legislatore ad elaborare una soluzione di estrema flessibilità che, aldilà delle preoccupazioni provocate, costituisce un dato di partenza comunque interessante.

disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi; // f) sospensione dei viaggi d'istruzione organizzati dalle istituzioni scolastiche del sistema nazionale d'istruzione, sia sul territorio nazionale sia all'estero, trovando applicazione la disposizione di cui all'articolo 41, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79; // g) sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale; // h) applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusa; // i) previsione dell'obbligo da parte degli individui che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità, di comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio, che provvede a comunicarlo all'autorità sanitaria competente per l'adozione della misura di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva; // j) chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità; // k) chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici, degli esercenti attività di pubblica utilità e servizi pubblici essenziali di cui agli articoli 1 e 2 della legge 12 giugno 1990, n. 146, specificamente individuati; // l) previsione che l'accesso ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità sia condizionato all'utilizzo di dispositivi di protezione individuale o all'adozione di particolari misure di cautela individuate dall'autorità competente; // m) limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestri, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonché di trasporto pubblico locale, anche non di linea, salvo specifiche deroghe previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3; // n) sospensione delle attività lavorative per le imprese, a esclusione di quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità e di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare; // o) sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nel comune o nell'area interessata nonché delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni o aree svolte al di fuori del comune o dall'area indicata, salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile, previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3».

(13) In merito alla criticità di un generico riferimento alle *autorità competenti*, contenuto nel testo del decreto, cfr., ad esempio, V. DI CAPUA, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Osservatorio Emergenza Covid-19*, in *federalismi.it*, p. 10. Sullo stesso argomento, v. g. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*; M. BETZU, P. CIARLO, *Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19*; F.F. PAGANO, *Sui raccordi tra livelli di governo in tempo di emergenza*, entrambi in *BioLaw Journal*, 11S, 2020. In modo estremamente lucido, si rinvia, poi, a A. BARTOLINI, *op. cit.*, pp. 5 e 6.

È, infatti, possibile che il Governo, stretto dalla grave urgenza del momento, possa aver ritenuto utile inserire nell'intelaiatura di un testo cogente una rosa di suggerimenti qualificati alla quale poter attingere per il caso di espansione dell'emergenza: una soluzione elastica.

A partire dal decreto successivo, la chiara affermazione di divieti progressivamente più stringenti potrebbe essere stata una delle cause dell'abbandono di formulazioni esemplificative, ma esempi di interazioni e commistioni tra norme cogenti e ed indicazioni solo raccomandate si sono registrati anche in seguito.

A questo proposito, già il d.P.C.M. del 1° marzo 2020 («Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6»), all'Allegato 4 (rubricato «Misure igieniche») contiene una serie di indicazioni che non possono che ritenersi *raccomandazioni*. Tra di esse vi è quella – che qui compare per la prima volta – di «lavarsi spesso le mani» o, ancora, quella di «pulire le superfici con disinfettanti a base di cloro o alcol»: comportamenti fortemente raccomandati nell'interesse di tutti i cittadini, rispetto ai quali risulterebbe, però, difficile, se non proprio impossibile e irragionevole, prevedere delle sanzioni per il caso di inosservanza.

Nei decreti successivi, il dialogo tra precetti e raccomandazioni si fa, poi, ancora più frequente (oltre che più interessante). Il d.P.C.M. del 4 marzo 2020, ad esempio, all'art. 2 («Misure di informazione e prevenzione sull'intero territorio nazionale») stabilisce che si applichino all'intero territorio nazionale le misure indicate alle lettere successive. Tra di esse, la lett. *b*), afferma, ad esempio, che: «è fatta espressa raccomandazione a tutte le persone anziane o affette da patologie croniche o con multi morbidità, ovvero con stati di immunodepressione congenita o acquisita, di evitare di uscire dalla propria abitazione o dimora fuori dai casi di stretta necessità e di evitare comunque luoghi affollati nei quali non sia possibile mantenere la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro, di cui all'allegato 1» La stessa disposizione, alla lett. *d*), prescrive, invece, che «è raccomandato ai comuni e agli altri enti territoriali, nonché alle associazioni culturali e sportive, di offrire attività ricreative individuali alternative a quelle collettive interdette dal presente decreto, che promuovano e favoriscano le attività svolte all'aperto, purché svolte senza creare assembramenti di persone ovvero svolte presso il domicilio degli interessati». Subito dopo, l'art. 4, perseguendo la spontanea

adesione dei cittadini, stabilisce che: «Allo scopo di massimizzare l'efficacia della procedura sanitaria è indispensabile informare sul significato, le modalità e le finalità dell'isolamento domiciliare». Segue una lista di raccomandazioni più o meno specifiche, tutte accomunate da una non piena attitudine a poter diventare oggetto di coercizioni. Si va, infatti, dal «mantenimento dello stato di isolamento per quattordici giorni dall'ultima esposizione», al più generico «divieto di contatti sociali»; dal «divieto di spostamenti e viaggi» all'«obbligo di rimanere raggiungibile per le attività di sorveglianza». L'allegato 1 di questo decreto arricchisce, poi, le misure igieniche già specificate in calce al precedente provvedimento, raccomandando di «evitare abbracci e strette di mano», oltre che di «evitare l'uso promiscuo di bottiglie e bicchieri», specie durante l'attività sportiva: altri due esempi di comportamento che mal si prestano a formare l'oggetto di un divieto e che non possono essere riguardati da alcuna ipotesi di controllo astrattamente ipotizzabile.

In prosieguo, il d.P.C.M. 8 marzo 2020, all'art. 1, dispone che «nella Regione Lombardia» ed in altre Province specificamente indicate, sono adottate diverse misure. Alla lett. *b*), in particolare, si afferma, ad esempio, che «è fortemente raccomandato» che i soggetti «con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (maggiore di 37,5° C)» rimangano presso il proprio domicilio, limitando al massimo i contatti sociali. Poco dopo, alla lett. *e*), «si raccomanda» ai datori di lavoro, sia pubblici che privati, «di promuovere, durante il periodo di efficacia del presente decreto, la fruizione da parte dei lavoratori dipendenti dei periodi di congedo ordinario e di ferie»; mentre, alla lett. *u*), che dispone alcune misure per il contrasto dell'epidemia nelle strutture del circuito penitenziario, si raccomanda «di limitare i permessi e la libertà vigilata o di modificare i relativi regimi in modo da evitare l'uscita e il rientro dalle carceri, valutando la possibilità di misure alternative di detenzione domiciliare». Lo stesso decreto, all'art. 3 («Misure di informazione e prevenzione sull'intero territorio nazionale»), detta, poi, la lett. *b*), la quale riprende vecchie formulazioni già contenute in altri decreti, per ribadire che «è fatta espressa raccomandazione a tutte le persone anziane o affette da patologie croniche [...] di evitare di uscire dalla propria abitazione [...]» e che «si raccomanda» – ancora una volta – di limitare gli spostamenti. Seguono altre ripetizioni.

Da ultimo, il d.P.C.M. 11 marzo 2020, all'art. 1 («Misure urgenti di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale»), comma 7, elenca una serie di comportamenti raccomandati per indirizzare le attività produttive e professionali¹⁴.

4. *Un confine sfumato tra modelli definiti*

I luoghi normativi appena passati in rassegna costituiscono, dunque, alcuni recenti esempi di una ricorrente commistione tra due diversi modelli di normazione ed alternano l'imposizione ed il divieto alla raccomandazione, secondo uno schema logico che si ritiene di poter condividere e ricostruire in termini positivi, almeno nella maggior parte dei casi. La struttura di alcuni degli atti adottati per fronteggiare l'emergenza è, infatti, almeno in parte, bivalente e riflette l'esigenza di articolare, in un unico ed organico testo normativo, la risposta istituzionale che sia, di volta in volta, richiesta rispetto ad un singolo settore di intervento: un fenomeno non del tutto nuovo.

Nel corso del tempo si è, infatti, assistito a testi normativi che già contenessero al proprio interno sia dei divieti che delle raccomandazioni ed un discorso in parte simile è, poi, praticabile anche con riguardo alle esemplificazioni, in quanto esistono diversi testi che rechino al proprio interno elenchi redatti per meri scopi paradigmatici o rinvii ad allegati (a ricaduta più o meno pratica) che precisino i criteri alla stregua dei quali poter definire alcuni concetti, anche complessi.

Se, però, il fenomeno è, almeno in parte, indagato, certamente nuova è l'occasione di studio e riflessione che si pone davanti a noi, ed il fatto che si sia ricorsi ad una combinazione di *comandi* e *consigli*¹⁵ anche entro la

(14) Il comma 7 dell'art. 1 dispone: «In ordine alle attività produttive e alle attività professionali si raccomanda che: a) sia attuato il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza; // b) siano incentivate le ferie e i congedi retribuiti per i dipendenti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva; // c) siano sospese le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione; // d) assumano protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento, con adozione di strumenti di protezione individuale; // e) siano incentivate le operazioni di sanificazione dei luoghi di lavoro, anche utilizzando a tal fine forme di ammortizzatori sociali». Seguono raccomandazioni anche al comma 8.

(15) L'uso dell'espressione si deve a un'intuizione di G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2016, p. 273.

trama di normazioni emergenziali potrebbe rivelare alcune inedite positività delle formulazioni composite, oltre che indurre una riflessione più generale sulle potenzialità degli strumenti flessibili¹⁶. Le disposizioni richiamate evidenziano, infatti, che i confini tra raccomandazioni e regole possono essere molto più mobili di quanto non si sia portati a pensare e che ogni ricostruzione che contrapponga eccessivamente i due termini considerati non tenga adeguatamente in conto che possono darsi situazioni nelle quali appaia più utile, se non proprio necessario, sfruttare le potenzialità di entrambi i modelli, anziché accordare prevalenza ad uno solo di essi. Come detto, ci sono, infatti, dei comportamenti che non sembra possibile o conveniente vietare in assoluto (ai nostri fini, l'esempio più significativo è dato dal divieto di abbracci e strette di mano); mentre altri non possono essere imposti (lo è, ad esempio, quello attivo del lavarsi frequentemente le mani): il fatto che l'adeguamento a certi *standard* sia, però, raccomandato all'interno di un testo nel quale siano presenti anche misure cogenti, non significa che le due anime dell'atto siano destinate ad esercitare i propri e classici effetti in modo separato o, peggio ancora, a confliggere.

Le diverse matrici che convivono entro fonti miste potrebbero, infatti, dialogare tra loro; alimentare in modo parzialmente nuovo i processi di flessibilizzazione della normazione e consolidare nuovi ed interessanti progressi sul piano dell'effettività delle indicazioni. La complessità di alcune situazioni sembra, d'altronde, sconsigliare una strenua ed aprioristica predeterminazione della vincolatività o non vincolatività delle indicazioni, essendo possibile che l'opportunità di prevedere uno standard comportamentale come obbligatorio o raccomandato sia, in ultima analisi, da calibrarsi sulla situazione concreta, a seconda di quanto essa sia più o meno grave o urgente.

Proprio a tale proposito, la Corte costituzionale ha già avuto modo di evidenziare l'estrema contiguità che i due modelli possano raggiungere quando si abbia a che fare con scelte altamente tecnicizzate ed ha sta-

(16) Sulla vocazione e le potenzialità degli strumenti flessibili si rinvia, tra tutti, a B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti* e M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, entrambi in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009; B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2, 2016. In tema v. anche E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

bilito che le indicazioni disposte per garantire l'effettività di un determinato intervento possano anche realizzare un diverso dosaggio di raccomandazioni ed obblighi, secondo ciò che sembri più opportuno prevedere in base al caso concreto¹⁷. In situazioni come queste, la discrezionalità che determina la scelta di un modello può, infatti, esercitarsi sulla scorta di specifiche valutazioni iniziali¹⁸, in modo che l'autorità preposta ad elaborare la risposta istituzionale per un certo tipo di problema possa scegliere se optare per la ricerca di una spontanea adesione¹⁹ (è il caso delle raccomandazioni) o imporre degli obblighi.

Quando, poi, un unico testo è, almeno in parte, preordinato al perseguimento di un obiettivo, una raccomandazione saldamente ancorata all'evidenza scientifica²⁰ potrebbe apparire ai suoi destinatari non troppo diversa da un obbligo²¹.

Se un intervento normativo è, infatti, inscritto in un disegno complessivo e si basa su indicazioni elaborate da una scienza, le raccomandazioni e gli obblighi che questo abbia a dettare potrebbero non essere marcatamente (o utilmente) distinguibili da chi partecipi all'applicazione, ed apparire distanti solo dal punto di vista dei rapporti e dei riflessi giuridici. La diversità dei modelli potrebbe, infatti, stemperarsi negli sforzi profusi per il raggiungimento dello scopo comune, riacquistando rilevanza nel solo ca-

(17) Corte cost., sent. n. 5/2018, punto 8.2.1 della parte in diritto.

(18) Corte cost., sent. n. 268/2017.

(19) Corte cost., sent. n. 5/2018, punto 1.3.2 della parte in fatto, dove si legge: «Di conseguenza, optando per una strategia basata sull'informazione e sulla persuasione e orientata a una maggiore qualità dei servizi vaccinali, si è consentito alle Regioni di sperimentare una sospensione dell'obbligo vaccinale, purché in presenza di un adeguato sistema informativo, di una copertura vaccinale già adeguata e di un efficace monitoraggio degli eventi avversi».

(20) Sulla costituzionalizzazione della rivoluzione biomedica v. N. VETTORI, *Diritti della persona e amministrazione pubblica. La tutela della salute al tempo delle biotecnologie*, Milano, 2017.

(21) Quanto si va affermando traspare in A. IANNUZZI, *Leggi "science-driven" e Covid-19. Il rapporto tra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw Journal*, 1S, 2020 Per altri scritti sul tema v., invece, L. DEL CORONA, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*; G. MENGARDO, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell'emergenza Covid-19*; V. ZAMBRANO, *Il «diritto umano alla scienza» e l'emergenza da Covid-19*; M. TOMASI, *La solidarietà come vettore per uscire dalla crisi: prospettive dall'angolo di osservazione della medicina e della ricerca scientifica*, ancora in *BioLaw Journal*, 1S, 2020 G. BISCOTTINI, M.E. COMBA, E. DEL PRATO, L.A. MAZZAROLI, A. POGGI, G. VALDITARA, F. VARI, *Le tecnologie al servizio della tutela della vita e della salute e della democrazia. Una sfida possibile*, in *federalismi.it*

so di violazioni²². Considerazioni di questo tipo rendono, perciò, plausibile che l'incidenza di raccomandazioni ed obblighi possa essere, in alcuni casi, abbastanza sovrapponibile e che la persuasività di una raccomandazione, proprio come il carattere eventualmente esiziale di un comune discostarsi da essa, possa fare sì che sia percepita come un obbligo che non è stato possibile rendere tale anche in via formale: un obbligo mancato.

5. *Il possibile dialogo tra due modelli*

Quelle appena svolte sono solo alcune delle riflessioni che è possibile condurre a partire dagli avvenimenti di questi mesi. Il duro banco di prova al quale è stato sottoposto l'intero universo giuridico ha fornito più di un'occasione per riflettere sui limiti ordinamentali e per predicare la flessibilità in vista della ripartenza economica.

Pur essendo vero che le novità più consistenti non sembrano essersi registrate con riguardo al singolo aspetto che si esamina in questa sede²³,

(22) Corte cost., sent. n. 5/2018, punto 8.2.4, dove si legge: «Indubbiamente, il vincolo giuridico si è fatto più stringente: ciò che in precedenza era raccomandato, oggi è divenuto obbligatorio. Ma nel valutare l'intensità di tale cambiamento – ai fini del giudizio sulla ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore con il decreto-legge n. 73 del 2017 e della conseguente compressione dell'autonomia regionale – occorre peraltro tenere presenti due ordini di considerazioni. Il primo è che nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo (tanto che sul piano del diritto all'indennizzo le vaccinazioni raccomandate e quelle obbligatorie non subiscono differenze: si veda, da ultimo la sentenza n. 268 del 2017). In quest'ottica, occorre considerare che, anche nel regime previgente, le vaccinazioni non giuridicamente obbligatorie erano comunque proposte con l'autorevolezza propria del consiglio medico. Il secondo è che nel nuovo assetto normativo, basato, come si è detto sull'obbligatorietà (giuridica), il legislatore in sede di conversione ha ritenuto di dover preservare un adeguato spazio per un rapporto con i cittadini basato sull'informazione, sul confronto e sulla persuasione: in caso di mancata osservanza dell'obbligo vaccinale, l'art. 1 comma 4 del decreto-legge n. 73 del 2017, come convertito, prevede un procedimento volto in primo luogo a fornire ai genitori (o agli esercenti la potestà genitoriale) ulteriori informazioni sulle vaccinazioni e a sollecitarne l'effettuazione. A tale scopo, il legislatore ha inserito un apposito colloquio tra le autorità sanitarie e i genitori, istituendo un momento di incontro personale, strumento particolarmente favorevole alla comprensione reciproca, alla persuasione e all'adesione consapevole. Solo al termine di tale procedimento, e previa concessione di un adeguato termine, potranno essere inflitte le sanzioni amministrative previste, peraltro assai mitigate in seguito agli emendamenti introdotti in sede di conversione».

(23) Sembra di potersi ricostruire che l'unico che si occupi compiutamente del rapporto tra emergenza e produzioni di *soft law* sia L. CUCCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in ID. (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *Osservatorio emergenza Covid-19 aggiornato al 31 marzo 2020*, disponibile in *federalismi.it*, p. 39.

gli esempi di composizione mista restano un aspetto capace di incuriosire, se non altro perché la loro ridotta diffusione entro l'ordinamento potrebbe rivelare che non sia stato, forse, del tutto indagato quali possano essere i vantaggi e gli svantaggi derivanti dal loro impiego.

Senza alcuna pretesa di esaustività, le considerazioni che seguono cercano, allora, di evidenziare: quali possano essere le conseguenze più immediate di una diffusione di atti questo tipo; se le soluzioni elaborate durante la gestione dell'emergenza possano aver fornito, almeno in qualche caso, un contributo per il miglioramento della tecnica normativa; se la natura mista di alcuni testi sia da ascrivere alla generale condizione di deroga che caratterizza molte delle scelte di questi mesi o sia, invece, il portato di un processo di trasformazione già cominciato in precedenza.

Negli ultimi anni, la flessibilità degli strumenti giuridici è stata uno dei caratteri più invocati per la migliore regolazione delle fattispecie complesse²⁴. E dopo gli ultimi mesi, è facile immaginare che il ricorso alla flessibilità potrà avvertirsi in modo più insistente di quanto non acca-

(24) Basti pensare a ciò che si è soliti predicare con riguardo alla flessibilità degli strumenti adottati dalle autorità di regolazione. Per una riflessione critica sulla flessibilità, v. M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida ANAC*, in *Diritti-Fondamentali.it*, 1, 2020; M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law*, Torino, 2018; M. RAMAJOLI, *Pretesa precettività e flessibilità delle linee guida ANAC*, in F. LIGUORI, S. TUCCILLO (a cura di), *I contratti pubblici in trasformazione. Discussione e problemi*, Napoli, 2018; M. PASSALAGUA, *Soft law per la regolazione del mercato dei contratti pubblici*, Milano, 2017; ancora M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2016. In argomento, v. R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, su *Nomos*, 1, 2017; F. MERUSI, S. ANTONIAZZI (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, 2017; A.C. AMATO MANGIAMELI, *Tecno-regolazione e diritti. Brevi note su limiti e differenze*, su *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2017; P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012; M. VATIERO, *Valutazione delle autorità di regolazione: una nuova introduzione*, in *Economia pubblica*, 5-6, 2009; L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2008; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica: tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, su *Quaderni costituzionali*, 2, 2005; A. PERA, *Appunti sulla riforma delle Autorità: regolazione e concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2002; M. POLO, *Le Autorità indipendenti: un'analisi economica e una proposta di riordino*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2002; A. BOITANI, *Costi e benefici dei diversi modelli di regolazione*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2002; V. ROPPO, *Sulla posizione e sul ruolo istituzionali delle nuove autorità indipendenti*, in *Politica del diritto*, 1, 2000; N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, Bologna, 1996.

desse prima. La situazione che si è delineata sembra, infatti, mostrare che l'elasticità di forme e regole possa essere, alle volte, l'unica soluzione per risolvere alcuni problemi. Le esigenze di flessibilità che, a più riprese, si invocano per la regolazione delle attività complesse condividono, quasi in ogni caso, gli intenti ed i caratteri della produzione normativa di *soft law*, dettando l'affermazione di nuovi modelli giuridici²⁵. Molto spesso, le produzioni che derivano da questo genere di percorsi paiono difficilmente ascrivibili ad un preciso regime giuridico e sembrano essere contraddistinte da problemi di legittimazione e giustizia-bilità (tra gli altri).

Il fatto che i presunti caratteri costitutivi del *soft law* possano rintracciarsi con apparente facilità in atti cogenti che si presentino misti, potrebbe rivelarci che le spinte per l'elaborazione di soluzioni flessibili possano anche trovare uno spazio all'interno dei testi normativi, senza che si debba necessariamente assecondare lo schema in base al quale, a fronte di norme cogenti molto generiche, debbano essere elaborate altre e separate indicazioni, più specifiche e *non* vincolanti, per l'applicazione delle prime.

Lo schema redazionale dei d.P.C.M. considerati evidenza, infatti, che ci sono dei comportamenti che non è possibile imporre, rispetto a cui è, allo stesso tempo, necessario (o, forse, vitale) ottenere la spontanea adesione a quanto prescritto, anche attraverso la persuasività delle comunicazioni ufficiali²⁶. In questo senso, molte formulazioni emergenziali rappresentano un modello ibrido da poter tenere in considerazione per la risoluzione di problemi futuri. Alcune fonti sono, infatti, espressione di un'interessante coesistenza giuridica e sembrano sintetizzare

(25) Declina questo aspetto riguardo alle linee guida C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019. Sulla necessità di strumenti elastici per regolare la complessità degli assetti sociali, cfr., poi, S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999; ID., *Diritto, scienza e tecnologia*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004. Per uno sguardo, invece, all'adozione di strumenti flessibili entro il diritto del lavoro, v., tra gli altri, F. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, in *Lavoro e Diritto*, 2003.

(26) Al riguardo, cfr. L. CUOCOLO, *cit.*, p. 39, dove, al secondo periodo, afferma: «Non sono mancati, tuttavia, strumenti di *soft law*, che hanno integrato e rafforzato il messaggio normativo del Governo. Correttamente, infatti, si è inteso che la mera imposizione di divieti non avrebbe avuto la medesima efficacia fattuale della persuasione della popolazione ad adottare stili di comportamento conformi a quanto ritenuto necessario dalle autorità».

in modo parzialmente nuovo le classiche ragioni che risiedono nel carattere imperativo delle norme con le esigenze che si è soliti ricondurre alla nascita ed alla diffusione del *soft law*, prima fra tutte la necessità di veicolare comportamenti attraverso il conseguimento di un'adesione spontanea. L'esempio di convivenza che ci è dato di rintracciare nelle soluzioni normative di questi mesi mette a punto le potenzialità di entrambi i modelli e lascia aperta la possibilità che il rapporto tra le sfere dell'*hard law* e del *soft law* possa anche svilupparsi in modo da valorizzare le potenzialità e le peculiarità tipiche delle rispettive aree giuridiche, senza che le interazioni tra i due piani debbano necessariamente ricostruirsi termini di assoluta incomunicabilità e conflitto.

6. *Vantaggi e svantaggi delle formule miste*

Sulla scorta di quanto precede, sembra possibile notare che la composizione mista evidenzia, prima di tutto, che anche ciò che non può essere imposto o vietato per la via giuridica formale sia, comunque, ammesso a giocare un ruolo per l'efficienza complessiva di un testo normativo. Se non altro, l'inserimento di condotte consigliate entro la trama di testi giuridici formali e cogenti può rendere i destinatari degli atti normativi *misti* maggiormente consapevoli del disegno complessivo di un intervento.

In altre parole, una più o meno diffusa esplicitazione delle condotte funzionali al perseguimento di un certo obiettivo, può fare in modo che chi si ritrovi a dover rispettare il contenuto di un testo normativo, possa ricavare un quadro complessivo della portata dell'intervento sia sulla scorta dei comandi imperativi in esso contenuti, sia in base alle indicazioni esemplificative ed alle raccomandazioni dell'agire.

In secondo luogo, un'esemplificazione che sia già contenuta all'interno di un atto normativo potrebbe evitare che la funzione paradigmatica del comportamento ordinato sia assolta da altri soggetti. In molti casi sembra, infatti, preferibile che la funzione esemplificativa atta ad incanalare l'applicazione pratica di un determinato precetto sia già riscontrabile in base ad un esempio presentato dal testo che pone la regola, piuttosto che sulla scorta di un altro atto che si assuma di spiegare la regola

senza averla, però, dettata (questo è ciò accade, ad esempio, con alcune *linee guida*)²⁷.

In terzo luogo, l'immediata portata pratica che caratterizza gli esempi potrebbe, in alcuni casi, favorire la comprensione anche di chi non sia del tutto avvezzo a ragionare in soli termini generali ed astratti. In altre parole, una più o meno diffusa esplicitazione delle condotte funzionali al perseguimento di un certo disegno, potrebbe fare in modo che chi si ritrovi a dover applicare il sistema di precetti racchiuso all'interno di una normativa, possa più facilmente metterli in pratica proprio sulla scorta di quel *quid pluris* dato dal principio di spiegazione esemplificativa: un'integrazione di questo tipo potrebbe non registrarsi in eguale misura se il testo contenesse soli obblighi.

Certo, un modello come questo non lascia intravedere solo aspetti positivi ed il fatto che sia, in qualche modo, inscrivibile entro i discorsi e i problemi che riguardano, più in generale, l'universo del *soft law*, consente di intravedere anche dei possibili svantaggi legati al suo uso. In prima battuta, c'è da rilevare che i testi adottati per la gestione dell'emergenza siano già stati tacciati di scarsa chiarezza²⁸: una formulazione mista potrebbe anche aver accentuato o, per il futuro, accentuare un simile difetto.

In secondo luogo, la ricaduta pratica delle esemplificazioni potrebbe avallare l'idea che la fonte regoli solo determinate fattispecie concrete e che non abbia, invece, l'attitudine di essere generale ed astratta (anche quando, effettivamente, lo sia). In questo senso, il processo di sviluppo e mutazione normativa potrebbe piegarsi così tanto sulla pratica da ridimensionare le potenzialità delle formulazioni generali.

In terzo luogo, lo sviluppo di un modello di questo genere potrebbe avallare l'idea che ogni testo normativo futuro o anche solo buona parte di essi debba contenere al proprio interno un'esemplificazione delle norme poste in via generale o un corredo di raccomandazioni. In questo senso, la prassi di un eventuale esemplificazione infra-normati-

(27) Se ne occupa in termini generali V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016.

(28) Al riguardo v. S. CASSESE, *Il dovere di essere chiari*, pubblicato in *Il Corriere della Sera* del 24 marzo 2020. Critico, in proposito, è, poi, A. VENANZONI, *La lingua dell'emergenza: le criticità linguistiche negli atti normativi finalizzati al contrasto al SARS CoV-2*, disponibile in *federalismi.it*.

va potrebbe favorire un'eccessiva attenzione per le manifestazioni pratiche e ridurre l'attitudine a ragionare per astratto, coltivando l'interpretazione.

Da ultimo, un modello misto che presenti formulazioni ambigue potrebbe rendere difficile distinguere tra comandi e consigli, con evidenti riflessi in termini di certezza del diritto e con tutto ciò che ne consegue sul piano delle garanzie²⁹.

Fisiologiche esigenze di affidamento e sicurezza dei traffici giuridici richiedono, infatti, che i cittadini siano messi nelle condizioni di comprendere *se e quando* potersi discostare da una o più indicazioni trasfuse in atti misti, oltre che con quali conseguenze. Una perdurante incertezza sulla natura e lo statuto giuridico di un atto misto potrebbe, poi, riverberarsi anche sul piano della giustiziabilità, rendendo, in ipotesi, poco chiaro se un determinato complesso di indicazioni possa essere portato all'attenzione di un giudice o, ancora, se possa essere, eventualmente, disapplicato (come *regolamento* o come atto amministrativo); se gli si possa applicare il regime giuridico proprio delle fonti e, più in generale, se si ripropongano, anche in questo caso, alcuni dei problemi che si sono già registrati rispetto alle *linee guida* dell'ANAC³⁰.

7. Conclusioni

I ragionamenti condotti fino a questo momento prendono le mosse dalle soluzioni normative elaborate in tempo di crisi per soffermarsi su alcuni aspetti di carattere generale, relativi alla possibile convivenza di modelli normativi diversi ed all'interazione di aree e spinte giuridiche quasi sempre in apparente disarmonia.

L'emergenza sanitaria potrebbe aver favorito o avallato un parziale ripensamento della classica dicotomia tra *precetti* e *raccomandazioni*,

(29) V., per tutti, G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2, 2018; S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2001; F. LÓPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968; G. LORENZI, *La certezza del diritto*, in *Il Foro Italiano*, 1956.

(30) Al riguardo, si rinvia, soprattutto, a M.P. CHITI, *op.cit.* In argomento v. anche F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2017. Riguardo, invece, al problema della disapplicazione, cfr., ad esempio, E. FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, in *federalismi.it*.

incoraggiando la formazione o, quantomeno, il consolidamento di nuove aree di ibridazione tra le indicazioni che fanno capo all'*hard law* ed il complesso delle formulazioni *soft*. In modo in parte nuovo, l'esperienza giuridica in atto rivela, infatti, l'estrema concretezza ed attualità dei cambiamenti che interessano, oggi, il sistema delle fonti, evidenziando che il vaglio relativo all'assenza di vincolatività di una regola non costituisca più l'unico o principale indice in base a cui poter verificare l'effettiva incidenza della stessa.

L'apparente nettezza della bipartizione tra precetti ed indicazioni semplicemente persuasive sembra, infatti, perdere quota ed importanza, diluendosi nella caotica conformazione che assumono oggi i circuiti di produzione giuridica e stemperandosi nella più o meno intensa capacità di suscitare un'adesione presso i propri destinatari.

Gli inviti all'uniformazione o all'adempimento di condotte standardizzate veicolano i canoni comportamentali in modo, almeno in parte, nuovo e sono elaborati sulla scorta di una logica di funzionalità ed efficienza che, abbandonando in larga parte i classici schemi della produzione giuridica, conferisce alle proprie indicazioni una percepibilità così immediata da sembrare assimilabile a quella delle norme vincolanti.

In questo contesto, la spontanea osservanza delle indicazioni contenute nei vari strumenti *non* vincolanti sembra, infatti, raggiungersi con frequenza e significatività anche in assenza di contenitori giuridici tradizionali e dotati, cioè, di obbligatorietà.

Se ne ricava che un'indicazione apparentemente provvista della mera capacità di *orbitare* attorno ai sistemi e di ispirare, senza poter indurre, le condotte materiali, sembri, alle volte, ammessa a beneficiare della concreta capacità di incidere gli ordinamenti, esercitando un'influenza fattuale decisamente *hard* e certamente sproporzionata rispetto alla capacità d'azione che le si attribuirebbe in base a criteri formali. Una tale e maggiore incidenza sembra potersi sviluppare sia in ragione della straordinaria complessità di alcune delle situazioni regolate (l'elevata qualificazione tecnica di un'indicazione può, infatti, renderla percepibile come un obbligo fattuale, un vincolo giuridico mancato), sia nella speculare assenza (o vaghezza) di indicazioni di *hard law* che possano essere riferite alle fattispecie concretamente regolate.

L'emergenza sanitaria in parte superata presenta, certamente, entrambi gli aspetti, al punto che sembra legittimo chiedersi se lo scenario pandemico costituisca l'unico terreno per lo sviluppo e l'eventuale riproposizione di fenomeni assimilabili a quello indagato. Alcune delle caratteristiche che è possibile rinvenire avendo riguardo alla normazione di emergenza sembrano, però, rivelare che le soluzioni elaborate in questi mesi non siano necessariamente ascrivibili alla sola crisi sanitaria e che le trasformazioni della normazione riscontrate in questa fase storica possano porsi in continuità con le dinamiche ad esse precedenti così come costituire la base sulla quale si innesteranno le nuove ed eventuali produzioni che si riterrà di elaborare nell'immediato futuro. I tentativi di inquadramento attraverso i quali si è cercato di collegare la normativa emergenziale al più generale contesto di trasformazioni della normazione potrebbero, infatti, rivelare che alcune delle manifestazioni dell'attuale scenario giuridico siano destinate a sopravvivergli e che il modello *misto* che si è cercato di descrivere in queste pagine possa trovare diffusione anche nel prossimo futuro.

Le ricostruzioni operate a partire dalle indubbie potenzialità persuasive del *soft law*, in uno con la consapevolezza di una difficile distinguibilità di *comandi* e raccomandazioni in aree dominate dalla tecnica e della scienza, potrebbero, infatti, mostrare che alcuni dei processi attualmente in corso abbiano indotto o accentuato un processo di trasformazione della normazione non ancora del tutto indagato.

Il labile confine che può intercorrere tra una raccomandazione qualificata ed un obbligo e la facilità (già teorizzata dalla Corte costituzionale) con cui il concreto evolversi delle situazioni può determinare il passaggio da una previsione di un certo tipo all'altra (e viceversa), sembrano, infatti, mostrare che le difficoltà legate alla gestione dell'odierna complessità giuridica necessitino di articolarsi in base a schemi più estesi di quelli che, storicamente, contrappongono comandi e consigli.

Proprio la necessità di rintracciare estensioni giuridiche anche oltre le strutture più tradizionali, richiama l'idea di un processo di determinazione delle regole giuridiche grandemente più vasto di quanto si è soliti immaginare, perché «costituito – anche, n.d.r – da elementi che sono comunque giuridici pur non essendo formalmente identificabili come

tali»³¹. Anche questi elementi sembrano, infatti, in grado di partecipare alle evoluzioni in atto, dando corso ad un processo di mutazione della funzione normativa che è inevitabilmente influenzato dagli svolgimenti fattuali e che sperimenta, anche nelle difficoltà, nuovi percorsi per la trasformazione dei modelli giuridici³².

(31) F. CORTESE, «*Le défaut est un élément de la perfection possible*». *Dinamiche e ruolo delle trasformazioni informali della Costituzione italiana*, in A. MANGIA, R. BIN (a cura di), *Mutamenti costituzionali*, in *Diritto costituzionale*, 1, vol. III, 2020, p. 47 ss.

(32) *Ibidem*, p. 48, dove si legge: «Addirittura, queste ultime, in qualche modo, precedono le prime, e nella prospettiva dello sviluppo dell'ordinamento, così considerato, il valore della sostanza è così forte, rispetto a quello della pura forma, che spesso, per quello stesso motivo, anche nel contesto dei rapporti tra gli elementi formali dell'ordinamento, forme gerarchicamente subordinate possono offrire concretezza a forme gerarchicamente sovraordinate».

La gestione della crisi sanitaria tra centro e periferia. Le misure adottate dalla Regione Abruzzo nel quadro dell'emergenza epidemiologica nazionale

Carlo Alberto Ciaralli

Sommario: 1. L'Italia ed il mondo scoprono la minaccia pandemica: la prima fase di contrasto alla diffusione del virus Covid-19 – 2. La progressiva “nazionalizzazione” dell'emergenza epidemiologica e le criticità insite nell'utilizzo dei d.P.C.M. – 3. Gli interventi della Regione Abruzzo nella fase “acuta” di emergenza sanitaria – 4. Il problematico rapporto fra o.P.G.r. e d.P.C.M.: cenni – 5. La progressiva “uscita” dalla fase emergenziale nel quadro della strategia di “convivenza” con il virus – 6. Suggestioni per l'avvenire, a mo' di conclusioni.

1. L'Italia ed il mondo scoprono la minaccia pandemica: la prima fase di contrasto alla diffusione del virus Covid-19

Le riflessioni contenute nelle presenti note si pongono l'obiettivo di esaminare le disposizioni adottate a livello nazionale e regionale (con particolare riguardo al caso abruzzese) al fine di fronteggiare l'emergenza epidemiologica legata alla diffusione del virus Covid-19¹, ponendo in rilievo, seppur scevri da pretese di esaustività, i principali fattori di criticità istituzionale e costituzionale riferibili all'utilizzo dei d.P.C.M. e delle o.P.G.r. quali strumenti privilegiati nella predisposizione delle misure di contenimento dell'infezione pandemica. Del pari, a fronte dell'analisi del percorso che ha condotto l'Italia ad una progressiva e, si auspica, duratura “normalizzazione” della fase pandemica, l'obiettivo perseguito è quello di tratteggiare alcune suggestioni per l'avvenire, specie con riferimento alla fase attualmente in essere, caratterizzata da un lieve, seppur progressivo, andamento crescente della curva dei contagi in Italia, il quale pone dinanzi all'interprete ed all'opinione pubblica la necessi-

tà di una compiuta riflessione sulle scelte intraprese e che andranno, in futuro, adottate, nell'ottica di un'imprescindibile strategia di convivenza sul medio-lungo periodo con l'infezione.

Come oramai tristemente noto, la crisi sanitaria globale (ancora) in atto, derivante dalla diffusione incontrollata del virus Covid-19, manifestatasi, in prima battuta, nella provincia cinese dello Hubei (ed in particolare nel suo capoluogo, Wuhan), ha sottoposto i sistemi sanitari nazionali e regionali ad uno *stress test* di dimensioni inusitate nella storia d'Italia. Può ben dirsi, in tal senso, di trovarsi dinanzi alla più grave minaccia che l'umanità intera si sia mai trovata a fronteggiare a far data dalla fine del secondo conflitto mondiale². La potenziale letalità del virus Covid-19, unitamente alle pesanti complicazioni del quadro clinico che lo stesso ha indotto ed induce in una moltitudine di soggetti, specie quelli già affetti da svariate patologie pregresse, ha posto in grave pericolo la tenuta dei sistemi sanitari territoriali, avuto riguardo al "rischio" di dover affrontare, per mano degli stessi operatori sanitari, la drammatica "scelta" di quali fossero, potenzialmente, i soggetti con una maggiore aspettativa di guarigione, anche sulla base dell'età anagrafica dei pazienti infetti.

In tal senso, l'analisi del percorso accidentato che ha caratterizzato la gestione della crisi sanitaria deve essere necessariamente inquadrata alla luce della situazione di reale, profonda, emergenza che l'Italia ha vissuto e continua, tuttora, a vivere, tanto sul piano strettamente sanitario quanto su quello economico e produttivo, nella quale gli effetti derivanti dal "blocco" di numerose attività produttive e commerciali, al fine di fronteggiare e contenere gli effetti nefasti dell'infezione, saranno, probabilmente, di lunga durata e di non facile risoluzione³.

Volgendo lo sguardo alle misure intraprese a livello nazionale atte a fronteggiare la diffusione dell'infezione, la prima disposizione rilevante

(2) L'Organizzazione Mondiale della Sanità (Oms) ha dichiarato, in data 30 gennaio 2020, lo stato di "emergenza globale", seguito, in data 11 marzo 2020, dalla dichiarazione di "pandemia" legata all'infezione da Covid-19.

(3) Sulle ricadute economiche della crisi sanitaria, si vedano, in particolare, R. LEONCINI, *Editoriale. Verso il post-emergenza Covid-19: business as usual o nuove opportunità?*, in *Federalismi.it*, 2, 2020, p. IV ss.; L. BIANCHI, S. PARLATO, C. PETRAGLIA, S. PREZIOSO, *L'impatto economico e sociale del Covid-19: Mezzogiorno e Centro-Nord*, in *Riv. Econ. Mezzogiorno*, 1-2, 2020, p. 15 ss.

ai fini delle presenti riflessioni (per lungo tempo, peraltro, passata sottotraccia) si riferisce alla delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, mediante la quale l'esecutivo ha decretato, per la durata di sei mesi, lo «stato di emergenza nazionale»⁴, in considerazione della circostanza per la quale la rapida propagazione del virus in territorio estero avrebbe, verosimilmente, potuto condurre all'insorgenza della medesima sintomatologia infettiva anche sul suolo patrio⁵. In tal senso, l'aggravarsi del quadro internazionale e la progressiva diffusione del virus Covid-19 (anche al di fuori dei confini della Repubblica Popolare cinese) ha indotto il Governo italiano ad adottare, in data 23 febbraio, il decreto legge n. 6/2020, recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19»⁶. Di tale disposizione di rango primario si devono porre in evidenza almeno due profili problematici. In primo luogo, la disposizione *ex art.* 1, co. 1 (mediante la quale, al fine di contrastare la diffusione del virus sul territorio nazionale, si invitavano le autorità competenti ad adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica») deve essere letta in combinazione con il successivo art. 2, con il quale si consentiva alle autorità competenti di poter intraprendere «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza». Sul punto, ciò che risalta è l'assenza di una perentoria e tassativa definizione delle misure che le autorità preposte potessero intraprendere⁷ (si parla di gestione «adeguata e proporzionata» della crisi),

(4) Il fondamento di tale facoltà, da parte del Consiglio dei Ministri, si rinviene nel combinato disposto degli artt. 7, co. 1, lett. c), e 24, co. 1, del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, istitutivo del «Codice della Protezione Civile».

(5) Si rammenta, del pari, che con ordinanza del 30 gennaio 2020, recante «Misure profilattiche contro il nuovo Coronavirus», il Ministro della Salute interdì il traffico aereo proveniente dalla Cina e diresse negli scali aeroportuali nazionali.

(6) Convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13.

(7) Il successivo comma 2 dell'art. 1 del d.l. 6/2020 prevedeva che, fra le misure adottabili al fine di fronteggiare la diffusione del virus, potessero essere ricomprese «anche» talune restrizioni (di qui il carattere evidentemente non tassativo) che, a ben vedere, caratterizzeranno l'intervento successivo del livello nazionale in materia di gestione dell'emergenza epidemiologica, fra le quali, in particolare, il divieto di accesso ed allontanamento dalle aree interessate dalla diffusione del Covid-19, la sospensione di eventi ed iniziative, dei servizi educativi per l'infanzia, della frequenza a corsi scolastici ed universitari, la chiusura dei musei e dei luoghi di cultura, la sospensione delle attività lavorative, nonché l'obbligo di sottoporsi ad un periodo di quarante-

nonché la carenza di limitazioni temporali nell'imposizione delle misure restrittive, lasciando, in tal caso, un importante margine di apprezzamento e discrezionalità al decisore pubblico⁸, incidente su diritti e libertà costituzionalmente garantiti, circa la condotta da adottare nel caso in cui vi fossero stati soggetti, in determinate aree del Paese, che avessero mostrato una sintomatologia «per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dai contagi». In un ambito così delicato come la compressione dei diritti fondamentali e delle libertà, seppur giustificati da indefettibili esigenze di salvaguardia del diritto costituzionale alla salute, sarebbe stato intrinsecamente necessario prevedere, in modo maggiormente dettagliato, le misure applicabili ai fini del contenimento (come avverrà, tuttavia, in seguito), nonché l'arco temporale entro il quale tali misure sarebbero venute meno o, per converso, avrebbero dovuto essere prorogate, mediante una disposizione contenuta in un provvedimento di rango primario⁹.

In secondo luogo, l'art. 3 del d.l. n. 6/2020 individuava il soggetto titolare del potere di adozione delle misure restrittive (ovvero il Presidente del Consiglio dei Ministri), mediante propri (oramai celeberrimi) decreti, di concerto con le autorità competenti, costituendo, così, una sorta di “delega in bianco” nei confronti del capo dell'esecutivo, in tema di contrazione di svariati diritti e libertà costituzionalmente garantiti, in

na con sorveglianza attiva da parte degli individui che avessero avuto frequentazioni e contatti con soggetti dichiarati infetti.

(8) In tal senso, M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, p. 201 ss., p. 202, sostengono che «se, come è noto, l'art. 16 della Costituzione consente limitazioni alla libertà di circolazione per motivi di sanità stabile con legge, appare assai dubbia la legittimità di limitazioni apposte con un semplice decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, laddove questo assorba in sé compiutamente la disciplina della fattispecie».

(9) Sul potenziale pericolo insito nell'adozione di misure restrittive che, improntate al contrasto dell'emergenza, costituiscano un'insopportabile compressione dei diritti e delle libertà individuali, nonché di fondamentali principi costituzionali, si vedano le riflessioni di C. SUNSTEIN, *Laus of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, 2009, trad.it., *Il Diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, il Mulino, 2010. Del pari, V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, p. 590 ss., p. 594, sottolinea come «il fattore largamente dominante oggi nel contesto sociale è la paura che, perciò, si configura anche come il principio pragmatico ispiratore della legislazione sopra considerata e genera consenso verso un'azione pubblica mirata al contenimento ed in alcuni casi alla sospensione delle garanzie fondamentali apprestate dal diritto costituzionale».

funzione tutoria della salute pubblica e di contenimento della diffusione del virus Covid-19¹⁰.

In tal senso, può anticiparsi sin d'ora che l'adozione di atti d'emergenza, anche mediante vesti giuridiche inusuali¹¹, deve essere inserita e letta alla luce di una condizione di grave allarme e pericolo per l'incolumità e la salute pubblica, derivante, appunto, dalla diffusione incontrollata di un agente virale capace di condurre, in numerosi casi, al decesso dei contagiati¹². Del pari, come noto, la Costituzione repubblicana non prevede, a differenza di altri ordinamenti giuridici¹³, una disciplina puntuale sulla distribuzione dei poteri e delle funzioni in caso di "emergenza"¹⁴, non potendosi, per ragioni evidenti, attingere alla situa-

(10) Sul punto, si veda P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, p. 1 ss.

(11) A giudizio di I.A. NICOTRA, *L'epidemia da Covid-19 e il tempo della responsabilità*, in *Dir. Reg.*, 1, 2020, p. 379 ss., p. 390, il rinvio a successivi atti sub-normativi, operato per mano del d.l. n. 6/2020, al fine di fronteggiare la progressiva diffusione dell'epidemia, costituisce «una "interferenza funzionale" che altera provvisoriamente, ma legittimamente, il normale equilibrio tra i poteri dello Stato».

(12) Sul punto, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 109 ss., p. 113, individua il fondamento costituzionale di «atti normativi sub-primari derogatori di norme primarie» nei «tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*».

(13) Rileva dal punto di vista storico, la ben nota esperienza della Costituzione di *Weimar* (art. 48). Si veda, in tempi più recenti, quanto disciplinato dalla *Loi* 3 aprile 1955, n. 385, istitutiva del c.d. *état d'urgence*, coordinato con quanto disposto dall'art. 16 della Costituzione francese del 1958, nonché la disciplina della Costituzione spagnola del 1978 in tema di *Estado de alarma*, *Estado de excepción*, *Estado de sitio*.

(14) In tema di "emergenza", si vedano, in particolare, le elaborazioni teoriche di S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. Dir. Pubbl. e Pubbl. Amm. in Italia*, 1, 1909, p. 251 ss.; C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, 1922, trad.it., *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 33 ss.; C. ESPOSITO, *Costituzione, leggi di revisione della Costituzione e "altre" leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di C.A. Jemolo*, III, Milano, Giuffrè, 1963, p. 189 ss. Più di recente, si vedano, del pari, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenze nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986; P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1988; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Giuffrè, 1990; G. AGAMBen, *Lo Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, il Mulino, 2008; A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011; G. ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2015, p. 1 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, Bononia University Press, 2020.

zione corrente il disposto costituzionale *ex art. 78*, il quale, sommariamente, prevede che le Camere deliberino lo stato di guerra¹⁵ (che viene dichiarata, a seguito della deliberazione camerale, dal Presidente della Repubblica, sulla base della previsione contenuta nell'art. 87, co. 9, della Costituzione), “conferendo” al Governo i “poteri necessari” al fine di fronteggiare l'emergenza bellica¹⁶.

Contestualmente al d.l. n. 6/2020, il Presidente del Consiglio ha adottato il d.P.C.M. 23 febbraio 2020, mediante il quale, con riferimento ad una limitata porzione del territorio nazionale, si è proceduto all'imposizione di rilevanti misure restrittive della libertà personale, al fine di circoscrivere la diffusione del virus all'interno delle aree soggette al decreto (la prima “zona rossa”)¹⁷. Del pari, con successivo d.P.C.M. adottato in data 25 febbraio 2020, talune misure restrittive anteriormente previste per i Comuni più direttamente coinvolti dalla diffusione del Covid-19 vennero estese a tutti i Comuni delle Regioni Emilia-Romagna, Veneto, Lombardia, Liguria, Piemonte e Friuli Venezia Giulia, invitando altresì all'utilizzo ed implementazione di modalità di lavoro e didattica a distanza. La progressiva diffusione del contagio nella parte settentrionale della penisola ha indotto le autorità a dover prendere atto dell'insufficienza delle misure approntate, specie con riferimento al loro ambito spaziale che, progressivamente, si andava estendendo ben oltre i confini della prima “zona rossa”. Proprio in ragione di tale, incontrollata, diffusione, il d.P.C.M. del 1° marzo 2020 conteneva un'articolata serie di divieti che si dipanavano in restrizioni più o meno sostenute a seconda del

(15) Dalla lettura combinata degli artt. 11 e 78 della Costituzione si evince che tale dichiarazione debba avvenire a fronte di una grave minaccia militare all'integrità dello Stato, proveniente dall'esterno e non in funzione offensiva, bensì esclusivamente difensiva.

(16) Sull'origine della disposizione costituzionale in parola, nonché sull'estensione e sui limiti insiti nella concessione dei “poteri necessari” all'esecutivo in caso di guerra, si vedano, fra gli altri, M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1955; A. CASSESE, *Art. 11*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 569 ss.; C. DE FIORES, *L'Italia ripudia la guerra?*, Roma, Ediesse, 2002; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, il Mulino, 2004; M. CARTABIA, L. CHIEFFI, *Art. 11*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 263 ss.

(17) In specie, il Comune di Vo' (Veneto), nonché alcuni Comuni appartenenti all'area della Provincia di Lodi (Lombardia).

grado di diffusione del virus sui territori interessati¹⁸ e, parimenti, venivano estese talune disposizioni, contenute nell'art. 4, all'intero territorio nazionale¹⁹.

Le soluzioni normative in parola si inseriscono, evidentemente, nella primissima fase dell'emergenza epidemiologica, caratterizzata da una diffusione "eterogenea" dell'infezione, riferibile principalmente a circoscritte porzioni del territorio nazionale, nella quale lo strumento del d.P.C.M. appariva il mezzo, seppur non del tutto "ortodosso", certamente più funzionale, in ragione della sua "elasticità" e "mutevolezza progressiva", per fronteggiare una crisi che appariva, almeno in un primo momento, circoscritta ad un determinata area del Paese²⁰.

2. La progressiva "nazionalizzazione" dell'emergenza epidemiologica e le criticità insite nell'utilizzo dei d.P.C.M.

Il "salto di qualità" nella strategia di contenimento della drammatica *escalation* della diffusione dell'agente patogeno è avvenuto a mezzo dei d.P.C.M. 4 e 8 marzo 2020, mediante i quali, rispettivamente, vennero ulteriormente ampliate le disposizioni mirate al contenimento della diffusione dell'infezione sull'intero territorio nazionale e, in secondo luogo, vennero previste misure ulteriormente restrittive con riferimento ad un'ampia porzione del territorio nazionale puntualmente indivi-

(18) In particolare, il d.P.C.M. in parola confermava la già istituita "zona rossa", nonché alcune limitazioni nelle Regioni del centro-nord Italia, ampliando tuttavia l'area delle restrizioni, sia in senso spaziale, sia con riferimento al grado di intensità delle misure restrittive, alle province di Pesaro e Urbino, Savona, Bergamo, Lodi, Piacenza e Cremona.

(19) Sulla gestione governativa della primissima fase dell'emergenza epidemiologica, D. MONE, *Il Covid-19 in Italia: salute e altri diritti fondamentali fra potere di ordinanza statale e regionale*, in *Dir. Pubbl. Eur. (Rassegna online)*, 1, 2020, p. 1 ss., p. 3, osserva come «la prima risposta dello Stato centrale alla pandemia, sia sul piano della comunicazione che a livello normativo, sia stata inadeguata, che la stessa tecnica a supporto dei decisori politici non abbia dato inizialmente alta prova di sé dal momento che, nonostante l'esperienza cinese risalente al gennaio 2020 [...] il virus ha avuto un'alta diffusione soprattutto in alcune Regioni del Nord Italia ove si era formato il primo focolaio».

(20) Sul punto, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, p. 95 ss., p. 98, riferendosi al rapporto intercorrente fra la "delega" contenuta nel decreto legge ed i d.P.C.M., sostiene come non ci debba stupire «che tali atti formalmente amministrativi regolino i fatti emergenziali a partire da una generica autorizzazione della legge c.d. a fattispecie aperta».

duata²¹. In tal senso, nell'approccio adottato dalle autorità pubbliche si è assistito, ancora una volta, ad una "differenziazione" delle misure restrittive, avendosi avuto riguardo alla diffusione spaziale del Covid-19, fino ad allora circoscritta, in gran parte, nell'area centro-settentrionale del Paese.

Il "superamento" della fase "differenziata" nel contrasto alla diffusione dell'epidemia avvenne nel breve volgere di un giorno, quello successivo all'adozione del d.P.C.M. 8 marzo. A ben vedere, il d.P.C.M. 9 marzo 2020 estese le misure restrittive previste per la Regione Lombardia e per le Province centro-settentrionali all'intero territorio nazionale, completando in tal modo il processo di riconoscimento della natura "totalizzante" dell'emergenza sanitaria in atto. In tal senso, anche in funzione dell'andamento crescente dei contagi ed avuto riguardo allo strumento "inusuale" utilizzato, le restrizioni contenute nel provvedimento in parola si intendevano aventi una durata di tre settimane (art. 2), trascorse le quali si sarebbe valutato l'andamento della crisi sanitaria e l'eventuale allentamento delle misure restrittive²².

La sostenuta produzione di d.P.C.M., sia in questa fase quanto nelle successive, deve essere letta, di nuovo, in un quadro estremamente mutevole, ove la curva dei contagi veniva necessariamente presa a parametro di riferimento quotidiano per l'individuazione di nuovi "focolai" d'infezione (sia con riferimento a porzioni territoriali già attenzionate, sia con riguardo all'intera penisola), nonché in funzione di una pronta "reazione"²³, da parte delle autorità competenti, per il tramite dell'ampliamento spaziale e del rafforzamento sostanziale delle misure restrittive. In tal senso, l'utilizzo dello strumento del d.P.C.M., sulla base giu-

(21) In particolare, la Regione Lombardia e le Province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbanco-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso, Venezia.

(22) Sulla scia di quanto poc'anzi descritto, i d.P.C.M. 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 hanno ulteriormente espanso, con riferimento alle attività produttive, l'area dei divieti vigenti sull'intero territorio nazionale, fatti salvi, in linea di continuità con le precedenti disposizioni, alcuni settori produttivi legati alle imprese di "rilevanza strategica", al settore agroalimentare ed a quei settori produttivi ad essi connessi da un rapporto di necessaria continuità produttiva.

(23) Sul punto, G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo. it*, 1, 2020, p. I ss., p. III, si è espresso nel senso della «autoassunzione di un potere *extraordinem* che si legittima per via di necessità».

ridica della delega conferita al Presidente del Consiglio *ex art.* 3 del d.l. n. 6/2020, specie nel momento in cui non poteva essere del tutto chiara la natura “nazionale” dell'emergenza, è apparso idoneo, quantomeno in funzione dello scopo perseguito, ovverosia tentare di “contenere” la diffusione del virus entro confini territoriali ben definiti.

Tuttavia, ciò che va evidenziato sin d'ora si riconnette alla “seconda fase” emergenziale, ossia quella successiva all'adozione del d.P.C.M. 9 marzo 2020. Il “decisionismo” governativo²⁴, unitamente all'assenza di un effettivo “intervento” del potere legislativo, dovuto (anche) ai timori di contagio all'interno delle aule parlamentari (da cui la nota *querelle* circa il “dimezzamento concordato” della presenza dei parlamentari in aula, nonché il dibattito sul possibile utilizzo del voto elettronico “a distanza”²⁵), ha comportato un ulteriore svilimento del ruolo del potere legislativo ed una sostanziale “gestione solitaria” della crisi da parte del Presidente del Consiglio²⁶. Detto altrimenti: nel momento in cui

(24) A parere di F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, p. 33 ss., p. 37-38, «l'uso intenso e profondo, in latitudine e in longitudine – e si badi bene, pure con una formulazione volutamente generica e non tassativa delle misure che si sarebbero adottate – dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al posto dei decreti legge, non solo hanno ulteriormente indebolito un già fragile e pericolante sistema delle fonti, ma hanno reso instabile, tra legalità formale e legalità sostanziale, il rapporto tra cittadini ed istituzioni». Del pari, E. FALLETTI, *La forma è sostanza? Alcune sommarie riflessioni sulla gestione dell'emergenza Covid-19 in Italia*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, p. 167 ss., spec. p. 170, parla di utilizzo “abnorme” dei d.P.C.M. da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri. In senso parzialmente difforme, si veda A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Dir. Reg.*, 1, 2020, p. 518 ss., spec. p. 525 ss.

(25) Sul punto, si vedano, in particolare, le riflessioni di B. CARAVITA, *Editoriale. L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 6, 2020, p. IV ss., p. VIII, a parere del quale «in un mondo che si sta sempre più orientando verso ampie forme di collegamento virtuale (...) l'idea del concetto di “presenza” richiamato dalla Costituzione debba necessariamente significare compresenza fisica è obsoleta». Del pari, si vedano N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto “a distanza” dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una “re-ingegnerizzazione” dei procedimenti parlamentari*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, p. 23 ss.; C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, p. 78 ss., spec. p. 83 ss.; A. D'ALOIA, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, p. 7 ss.

(26) F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, p. 130 ss., p. 139, osserva come «questa vicenda, all'esordio collocata nell'ambito della legislazione sulla protezione civile, sia sfuggita dal suo recinto naturale per approdare in quello più ampio della decretazione d'urgenza e soprattutto che con l'assegnazione ai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri del compito di stabilire e precisare le misure stabilite nei decreti-legge si sia determinata una sorta di cortocircuito il cui esito è stato quello di esaltare

la gestione dell'emergenza ha vissuto il passaggio da un "regime differenziato", sulla base dell'eterogenea diffusione territoriale del virus, ad un "regime unico", da applicarsi su tutto il territorio nazionale, "stabilizzando" la situazione al dato complessivo ed enucleando in tal modo una disciplina estremamente compressiva dei diritti e delle libertà dei cittadini, sarebbe stato opportuno e necessario un intervento normativo che, da un lato, elevasse al rango di normazione primaria le disposizioni generali contenute nei vari d.P.C.M. succedutisi nel corso del tempo e, in secondo luogo, prevedesse un percorso "gestionale" dell'emergenza²⁷, condiviso fra l'esigenza di immediatezza, tipica del potere esecutivo (anche a mezzo dei d.P.C.M.) ed il rispetto dei principi costituzionali in materia di diritti e libertà fondamentali e della riserva di legge ivi connessa²⁸.

Non può, in tal senso, considerarsi del tutto soddisfacente o esaustiva la "sanatoria"²⁹ prodottasi per mano del d.l. 25 marzo 2020, n. 19, recante «Mi-

la figura del Primo Ministro, non come titolare di un potere di direzione della politica generale del Governo e di coordinamento dell'attività dei Ministri, ma più direttamente come titolare di un vero potere di decisione». Si vedano, del pari, R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Dir. Reg.*, 1, 2020, p. 507 ss., spec. p. 516 ss., nonché L.A. MAZZAROLLI, «*Riserva di legge e principio di legalità in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in Federalismi.it (Osservatorio emergenza Covid-19)*, 23 marzo 2020, p. 2 ss.

(27) In parziale difformità rispetto a tale impostazione, si veda E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus*, cit., p. 100, a parere del quale gli atti d'amministrazione in parola «possono essere complementari al decreto-legge, ma non possono essere sostituiti dallo stesso dovendo mantenere quel carattere aperto e flessibile che solo la amministrazione può assicurare».

(28) Sul punto, si vedano, fra gli altri, C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-Legge e Ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2009, p. 317 ss.; E. ALBANESE, R. ZACCARIA, *Le fonti dell'emergenza: dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile*, in *Amministrazione*, 2, 2010, p. 185 ss.; G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 1-2, 2016, p. 33 ss.

(29) Con riferimento alla "sanatoria" delle disposizioni adottate mediante d.P.C.M., a parere di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., p. 112, «se il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come principio di determinatezza delle norme attributive di potere e se tale principio costituisce un vincolo per il legislatore (sicché è da ritenere viziata la legge che lo viola), l'art. 2 del d.l. n. 6 dovrebbe considerarsi incostituzionale e illegittima la sanatoria degli effetti da esso prodotti».

sure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19³⁰. La disposizione in parola, esplicitamente abrogativa del precedente d.l. n. 6/2020, confermando la facoltà del Presidente del Consiglio dei Ministri di adottare le misure necessarie ai fini del contenimento dell'emergenza epidemiologica (questa volta, minuziosamente individuate), nel rispetto dei principi di "adeguatezza e proporzionalità", nonché per "periodi predeterminati" e, comunque, non superiori a trenta giorni, ha parimenti stabilito, all'art. 2, co. 3, che devono considerarsi "fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati" sulla base dei d.P.C.M. e delle ordinanze così come "autorizzati" dal d.l. n. 6/2020. In sostanza, la funzione del d.l. n. 19/2020, fra le altre, si rinverrebbe nel «fornire una più solida base legale ai precedenti e ai futuri provvedimenti governativi volti a fronteggiare l'emergenza»³¹.

Sulla gestione complessiva dell'emergenza sanitaria (in particolare nella sua fase "acuta"), attenta dottrina non ha mancato di sollevare rilevanti profili di criticità, sostenendo come l'intervento statale sia stato «rap-sodico, caotico, irrazionale, solo apparentemente dettato dai criteri della proporzionalità, progressività, ragionevolezza e temporaneità, efficacemente e plasticamente rappresentato dal compulsivo e irragionevole susseguirsi di sempre nuovi modelli di autocertificazione, quale concretizzazione di una burocrazia pervasiva, che vessa il cittadino anche di fronte alle emergenze»³².

3. *Gli interventi della Regione Abruzzo nella fase "acuta" di emergenza sanitaria*

In ragione della "distanza" geografica con i primi focolai d'infezione, la Regione Abruzzo, *prima facie*, ha assunto un atteggiamento di tendenziale prudenza, a fronte della difficile "prevedibilità" della propagazione

(30) Convertito, con modificazioni, mediante la legge 22 maggio 2020, n. 35.

(31) A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, cit., p. 520.

(32) Così M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, p. 174 ss., p. 181. Si vedano, altresì, F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it (Osservatorio emergenza Covid-19)*, 22 aprile 2020, p. 2 ss., spec. p. 8 ss.; M. BASILI, *L'epidemia di Covid-19: il principio di precauzione e i fallimenti istituzionali*, in *Mercato Conc. Reg.*, 3, 2019, p. 475 ss.

del virus. In sostanza, mediante il primo provvedimento emanato dalla Regione Abruzzo, l'ordinanza del Presidente della Giunta regionale 26 febbraio 2020, n. 1, si operava un rinvio alle *good practices* predisposte in ambito nazionale, allineandosi in tal senso alle linee guida del Ministero della Salute, nonché alle misure previste nel d.P.C.M. 23 febbraio 2020 per coloro i quali avessero fatto rientro nel territorio regionale provenendo da aree colpite dalla diffusione del Covid-19 (in Italia o all'estero), prevedendo specifici piani esecutivi per gli operatori sanitari, comprese le disposizioni in tema di isolamento fiduciario dei soggetti potenzialmente a rischio infezione³³.

Le misure di contenimento dell'infezione sono state successivamente implementate mediante l'o.P.G.r. 8 marzo 2020, n. 2, con la quale è stato imposto ai tutti i cittadini rientranti in Regione Abruzzo e provenienti dalla Regione Lombardia o dalle Province centro-settentrionali individuate dal d.P.C.M. 8 marzo 2020, di «osservare la permanenza domiciliare con isolamento fiduciario, mantenendo lo stato di isolamento per 14 giorni», nonché di contattare prontamente le strutture sanitarie territoriali in caso di comparsa o aggravamento di sintomi compatibili con quelli riferiti ad infezione derivante da Covid-19.

Con riferimento, tuttavia, all'o.P.G.r. n. 2, la previsione dell'obbligo, per coloro i quali fossero rientrati in Regione Abruzzo, di «osservare la permanenza domiciliare con isolamento fiduciario» per 14 giorni, suscita non pochi dubbi circa la compatibilità del disposto regionale con quanto statuito dagli artt. 32, comma 2, e 120, comma 1, della Costituzione, laddove, in specie, si prevede, da un lato, la necessità di una previa norma di rango primario per l'imposizione di un determinato «trattamento sanitario» (quale dovrebbe intendersi l'obbligo di permanenza domiciliare sì formulato³⁴) e, dall'altro, il divieto per le Regioni di adot-

(33) In tal senso si colloca la delibera della Giunta regionale 4 marzo 2020, n. 125, istitutiva dell'Unità di crisi regionale per il contrasto alla diffusione del Coronavirus, che ha individuato nella Struttura di Missione per il superamento delle Emergenze di Protezione Civile regionali (SMEA) il «soggetto giuridico preposto nel coordinamento, a livello regionale, degli interventi necessari per fronteggiare l'emergenza sanitaria legata alla possibile diffusione di patologie derivanti da Covid-19».

(34) A parere di M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "Covid-19"*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, p. 142 ss., p. 158, «la disposizione della quarantena, difettando del requisito della coazione fisica, risponderebbe più alla logica di un trattamento sani-

tare misure che ostacolano la libera circolazione delle persone e delle cose tra le stesse³⁵. E, nondimeno, tale previsione, seppur a prima vista “giustificata” dall’esigenza di contenere la diffusione dell’epidemia, interroga necessariamente l’interprete sull’imposizione di una misura che, adottata mediante lo strumento dell’ordinanza³⁶, tende a sottrarsi al controllo di costituzionalità, tipico delle leggi regionali³⁷.

Sotto altro versante, il processo di “nazionalizzazione” dell’emergenza epidemiologica ha comportato la ricomprensione anche della Regione Abruzzo nel novero dei territori soggetti alla disciplina più stringente designata in ambito nazionale ed applicata in forma omogenea nell’intero Paese³⁸. A fronte della rapida diffusione dell’infezione, evidenziata dai drammatici dati sui contagi che quotidianamente venivano resi pubblici, la Regione Abruzzo si è trovata costretta, mediante l’o.P.G.r. 18 marzo 2020, n. 10, ad istituire, all’interno del territorio regionale, la sua pri-

tario obbligatorio *ex art.* 32, Il comma Cost., che implica un complesso di misure volte a salvaguardare la salute collettiva, presupponendo la doverosità sociale del trattamento sanitario individuale coattivo».

(35) È bene rammentare, tuttavia, come la Corte costituzionale, con sentenza n. 51/1991, abbia specificato che il divieto previsto *ex art.* 120, co. 1, Cost., non rivesta carattere “assoluto”, potendosi prevedere una deroga nel caso in cui il valore costituzionale in oggetto sia meritevole di tutela e “controbilanci” le limitazioni alla libertà di movimento, la Regione sia competente nel merito ed il provvedimento sia proporzionato rispetto alle finalità da perseguire.

(36) Il fondamento assiologico della disposizione regionale in parola “potrebbe” rinvenirsi nel disposto *ex art.* 1, co. 2, lett. *b)*, del d.l. n. 6/2020, a norma del quale, fra le misure potenzialmente applicabili dalle autorità competenti (in questo caso, tuttavia, trattasi del Presidente del Consiglio a mezzo di propri decreti), veniva contemplata la «misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva».

(37) Del pari, i dubbi di compatibilità con il disposto costituzionale permangono anche sulla base della circostanza per la quale l’o.P.G.r. n. 2 non riferiva i casi di permanenza domiciliare obbligatoria a coloro i quali fossero entrati in “stretto contatto” con soggetti puntualmente individuati come pazienti infetti o che avessero «fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall’Organizzazione mondiale della sanità», bensì a tutti coloro i quali, indiscriminatamente, avessero fatto ritorno in Regione Abruzzo dalle aree nazionali particolarmente “attenzione”.

(38) Nella direzione di un capillare dispiegamento territoriale delle misure nazionali devono essere lette, in particolare, le o.P.G.r. nn. 3, 4, 6, 7, 8, aventi ad oggetto «Misure urgenti per la prevenzione e gestione dell’emergenza epidemiologica da Covid-2019», e rivolte «agli operatori, agli utenti, alle Aziende, agli Enti pubblici e alle strutture private accreditate del Servizio Sanitario Regionale», nonché agli operatori del trasporto pubblico regionale.

ma “zona rossa”³⁹, prevedendo misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle già vigenti per la restante parte del territorio regionale. In sostanza, con l’o.P.G.r. n. 10 la Regione Abruzzo ebbe a sperimentare un “regime differenziato” di restrizioni all’interno del proprio territorio regionale, evidenziando, ancora una volta, quanto la diffusione spaziale dell’infezione fosse, per molti versi, “imprevedibile”, ponendo in forte rischio il funzionamento delle strutture sanitarie regionali.

La drammatica *escalation* nella diffusione dell’infezione ha ulteriormente aggravato i propri effetti nefasti nel territorio regionale e comportato l’ampliamento spaziale della “zona rossa”, operato mediante le o.P.G.r. 25 marzo 2020, n. 15⁴⁰ e 27 marzo 2020, n. 17. Del pari, stante la continua crescita del numero dei contagi sull’intero territorio nazionale, il Presidente del Consiglio, a mezzo del d.P.C.M. 1 aprile 2020, intervenne per prorogare le disposizioni restrittive precedentemente deliberate, posticipando il termine del *lockdown* sino al 13 aprile 2020⁴¹.

In via generale, con riferimento al dato fattuale, occorre sottolineare come la Regione Abruzzo abbia risposto con diligenza alle sollecitazioni provenienti dall’andamento della curva epidemiologica, nonché alle misure di carattere nazionale, specificando in dettaglio svariate attività interdette, sospese o limitate ed operando una chiusura necessaria dei territori ricompresi nella “zona rossa”, al duplice fine di tutelare la salute delle popolazioni coinvolte ed evitare che la propagazione dell’infezione potesse raggiungere anche i centri municipali con una maggiore densità abitativa. Una diffusione potenzialmente incontrollata, in tal senso, che avrebbe potuto porre le strutture sanitarie regionali nel-

(39) La prima “zona rossa” istituita in Regione Abruzzo ricomprendeva i Comuni di Castilenti, Castiglione Messer Raimondo, Bisenti, Arsita, Montefino (Provincia di Teramo) ed Elice (Provincia di Pescara).

(40) Detto provvedimento, revocando la precedente o.P.G.r. n. 10 (facendo salvi gli “effetti *medio tempore* prodotti”) ha riproposto le medesime restrizioni vigenti per la prima “zona rossa”, ampliandone il raggio d’azione e ricomprendendo, così, i Comuni precedentemente inseriti ed i “nuovi” Comuni di Civitella Casanova, Farindola, Montebello di Bertona, Penne, Picciano.

(41) Contestualmente, a mezzo dell’o.P.G.r. 2 aprile 2020, n. 21, la Regione Abruzzo ha prorogato le disposizioni inerenti alla “zona rossa” regionale sino alla medesima data stabilita dal d.P.C.M., prevedendo, del pari, la possibilità, per le persone fisiche, di effettuare spostamenti (previa autocertificazione) fra i Comuni ricompresi nella “zona rossa” ma appartenenti a differenti Province (Pescara e Teramo), «motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità e assoluta urgenza o per motivi di salute».

la sostanziale impossibilità di accogliere e curare tutti i soggetti infettati dal virus Covid-19 e, del pari, assistere i numerosi cittadini abruzzesi già affetti da gravi ed impattanti patologie pregresse che, evidentemente, hanno necessitato, necessitano e necessiteranno in futuro di particolare attenzione e cura, “nonostante” la persistenza dell'emergenza pandemica⁴².

In quest'ottica rientra, parimenti, l'o.P.G.r. 9 aprile 2020, n. 31, la quale ha previsto specifiche ed ulteriori misure restrittive, limitatamente ai Comuni di Pescara, Montesilvano e Spoltore (pur non ricomprendendoli direttamente nel regime aggravato della “zona rossa”), al fine di restringere ulteriormente gli spazi e le occasioni di contatto sociale e, dunque, di potenziale diffusione del virus. Da ultimo, rileva, nella fase “acuta” di contrasto alla diffusione dell'infezione, il d.P.C.M. 10 aprile 2020, mediante il quale, abrogando le precedenti disposizioni del medesimo rango, sono state ulteriormente specificate le misure restrittive precedentemente imposte, valevoli su tutto il territorio nazionale⁴³, con relativa proroga della vigenza delle disposizioni in parola, stabilita per la data del 3 maggio 2020.

4. *Il problematico rapporto fra o.P.G.r. e d.P.C.M.: cenni*

Venendo in rilievo, ai fini del presente lavoro, i caratteri giuridici dello strumento utilizzato dal Presidente del Consiglio dei Ministri nella fase emergenziale, può ben dirsi che il d.P.C.M. sia contraddistinto da una natura formalmente amministrativa⁴⁴ ma, al contempo, i dettami in es-

(42) La Regione Abruzzo, nell'ottica di continuare a garantire, anche in tempo di Covid-19, le dovute cure ai cittadini con rilevanti patologie pregresse (fra le quali, ad esempio, autismo, diabete, celiachia), ha approntato misure di protezione e garanzia a mezzo delle o.P.G.r. nn. 11, 12, 16, 24, 25, 30, 32, 33, 34, 41, 45 e 60.

(43) Di “testo unico” delle discipline limitative dei diritti e di contenimento per fare fronte all'emergenza virale da Covid-19, in ragione anche dell'abrogazione dei precedenti d.P.C.M., discorre M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, cit., p. 193, a parere del quale, del pari, detto “testo unico” «si auspicava venisse adottato, quanto meno, nelle forme del decreto-legge».

(44) A parere di A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, p. 116 ss., spec. p. 118 ss., «affinché le misure eccezionali si mantengano entro la cornice della Costituzione e di una forma di Stato democratica» è necessario che rispondano ai requisiti di: *a)* temporaneità; *b)* proporzionalità e ragionevolezza; *c)* rispetto di forme ed equilibri in relazione al potere dell'esecutivo.

so contenuti hanno imposto comportamenti (nel caso di specie, negativi) di natura generale ed astratta⁴⁵ e, nondimeno, hanno previsto la potenziale irrogazione di sanzioni di carattere penale nel caso di mancata osservanza dei precetti stessi⁴⁶, tali per cui non può porsi in discussione la sua natura “sostanzialmente” normativa (seppur sulla scorta “autorizzativa” dei decreti legge), in forza dell’attitudine propria di innovare l’ordinamento giuridico (parzialmente, entro determinati limiti e per un arco temporale definito). Tali atti, in particolare, hanno svolto la funzione di tutelare, in forma “immediata” ed “agile”, la salute dei cittadini sull’intero territorio nazionale durante la fase emergenziale dovuta alla diffusione dell’infezione, sollevando, tuttavia, rilevanti profili di criticità, specie con riferimento alla connotazione giuridica dei d.P.C.M., i quali, per loro stessa natura, sfuggono al controllo di legittimità costituzionale degli organi deputati alla vigilanza sul rispetto del dettato costituzionale, tipico delle leggi e degli atti aventi forza di legge⁴⁷.

(45) M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del “Covid-19”*, cit., p. 143, qualifica, in particolare, i d.P.C.M. quali «provvedimenti amministrativi-normativi». Sul punto, M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it (Osservatorio emergenza Covid-19)*, 18 marzo 2020, p. 1 ss., sottolinea come i d.P.C.M. non abbiano «natura regolamentare, ma devono senz’altro essere ricondotti al *genus* delle ordinanze». D’altro canto, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del governo a contrasto dell’emergenza virale da Coronavirus*, cit., p. 97, qualifica i d.P.C.M. nel senso di «ordinanze *extra ordinem*».

(46) Rammenta criticamente M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell’emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, cit., p. 189, come i d.P.C.M., oltre ad aver fortemente compresso le libertà costituzionali dei cittadini, hanno anche previsto, avverso l’inosservanza delle disposizioni restrittive, una «sanzione penale, che esige invece tassatività e tipicità delle fattispecie sanzionatorie-incriminatrici, che solo la legge può assicurare».

(47) Sul punto, la consolidata giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto la legittimità di atti amministrativi in deroga alla legge (sulla base di apposita autorizzazione legislativa), nel caso in cui sia necessario fronteggiare circostanze emergenziali, a patto che, tuttavia, vi sia «efficacia limitata nel tempo in relazione ai dettami della necessità e dell’urgenza; adeguata motivazione; efficace pubblicazione nei casi in cui il provvedimento non abbia carattere individuale; conformità del provvedimento stesso ai principi dell’ordinamento giuridico» (Corte cost., sent. n. 8/1956, *Cons. in dir.*, p.to 3) e, del pari, ha ammesso che la legge ordinaria attribuisca all’Autorità amministrativa l’emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell’organo a cui il potere è stato attribuito» (Corte cost., sent. n. 26/1961, *Cons. in dir.*, p.to 5), dovendo sussistere un chiaro «nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione» ed avendo cura che non si vada a produrre un «sacrificio illimitato dell’autonomia regionale» (Corte cost., sent. n. 127/1995, *Cons. in dir.*, p.to 2).

D'altra parte, anche in ambito regionale, a causa della necessità di approntare tempestivi interventi riferibili alla dinamica evolutiva dell'emergenza, lo strumento prescelto è stato quello delle ordinanze del Presidente della Giunta regionale⁴⁸, atti di rango sub-normativo, capaci, per loro stessa natura, di evolvere e modificarsi in ragione della contingenza che si profilava innanzi alle autorità sanitarie e politiche territoriali. Sul punto, tuttavia, giova evidenziare come gli atti di livello regionale di cui si discorre siano connotati da un duplice carattere intrinseco, in quanto, pur trattandosi di atti aventi natura formalmente amministrativa (seppur atipici ed a contenuto non predeterminato), promananti direttamente dal Presidente di Regione (in funzione tutoria della salute pubblica in ambito regionale), le caratteristiche e gli effetti che l'atto stesso, una volta emanato, produce, evidenziano la sua idoneità allo spiegamento di effetti capaci di indirizzare, in senso generale ed astratto, i comportamenti di tutti i destinatari (in tal caso, tutti i cittadini abruzzesi), imponendo regole derogatorie (nel caso di specie, misure ulteriormente restrittive delle libertà e dei diritti dei cittadini) rispetto all'ordinario quadro normativo di riferimento.

Orbene, ampliando l'analisi al panorama regionale, la produzione "alluvionale" di ordinanze regionali, in taluni casi postesi in una posizione di dubbia "compatibilità" con la normazione primaria ed i d.P.C.M., ha sollevato profonde incertezze nel tessuto sociale e nell'interprete, avuto riguardo tanto alle disposizioni generali e comuni all'intero territorio nazionale, quanto alle specificità delle singole realtà regionali, ove l'andamento epidemiologico si è dimostrato e, tuttora, si dimostra estremamente variegato. In tal senso, occorre sviluppare alcune, stringate, riflessioni sulla relazione intercorrente fra le o.P.G.r. ed i d.P.C.M., nonché sulla legittimità di ordinanze regionali che, in anticipo rispetto ai d.P.C.M., dispongano "riaperture" di attività produttive e commerciali sul proprio territorio regionale (tema, al tempo del *lockdown*, di primo momento).

(48) Potere di emanazione di ordinanze contingibili ed urgenti radicato nell'art. 32, co. 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), ove si prevede che, in materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria, il Presidente della Giunta regionale possa emettere "ordinanze di carattere contingibile ed urgente", con efficacia su tutto il territorio regionale.

Sul punto, rilevano, da un lato, le disposizioni contenute nell'art. 3 del d.l. n. 19/2020, ove si prevede che le Regioni possano, "nelle more" dell'adozione dei d.P.C.M. e «con efficacia limitata fino a tale momento», adottare misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle previste dalla disciplina nazionale, a condizione che detto "rafforzamento" sia legato a «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso», con gli ulteriori limiti dell'adozione delle misure nell'ambito delle "attività di competenza" della Regione e senza arrecare nocumento alle attività produttive ed a quelle di "rilevanza strategica" per l'economia nazionale e, dall'altro, le disposizioni contenute nel d.P.C.M. 26 aprile, il quale prevedeva, all'art. 10, co. 2, che si dovessero continuare ad applicare le misure regionali maggiormente restrittive «relativamente a specifiche aree del territorio regionale».

In tal senso, anche alla luce dei rapporti intercorrenti fra fonti di diversa natura (che vedrebbero, stante il principio gerarchico, la prevalenza, in caso di contrasto fra le stesse, delle disposizioni contenute in un decreto legge rispetto a quelle contenute in un d.P.C.M.), e tuttavia dovendosi tentare un'interpretazione "sistematica" delle due disposizioni (in quanto non apertamente confliggenti), dovrebbe concludersi necessariamente secondo una delle seguenti vie interpretative: in un primo senso, si potrebbe accedere ad un'interpretazione più restrittiva (che non parrebbe del tutto convincente) secondo la quale ogni qualvolta intervenga un successivo d.P.C.M., le o.P.G.r. maggiormente restrittive siano da considerare deprivate di ogni tipo di efficacia; in una seconda accezione, potrebbe intendersi che sarebbe consentito alle Regioni di imporre per l'avvenire misure maggiormente gravose "solo" per determinate porzioni del proprio territorio (zone rosse?)⁴⁹, sulla scorta delle evidenze relative al dato epidemiologico (in tal senso, tuttavia, il d.P.C.M. si porrebbe in contrasto con il d.l. n. 19/2020, in quanto consentirebbe la prosecuzione di misure regionali maggiormente restrittive esclusiva-

(49) Sul punto, ad ulteriore sottolineatura dell'infelice formulazione della disposizione nazionale, occorre ribadire come non sempre le Regioni abbiano previsto misure maggiormente restrittive all'interno del proprio territorio mediante la ricomprendimento di aree interne al regime di "zona rossa".

mente con riferimento a singole parti del territorio regionale), comprendendo così in modo irragionevole la capacità di intervento delle Regioni; in un terzo senso, si potrebbe sottolineare la non congruità della formulazione del disposto *ex art. 3, co. 1, del d.l. n. 19/2020*⁵⁰, tentando di individuarne la *ratio* ispiratrice proprio nell'esigenza "dinamica" di consentire alle Regioni di approntare misure maggiormente restrittive, sulla scorta dell'andamento della curva epidemiologica.

Così, seguendo l'ultima interpretazione proposta (che apparirebbe la più consona alle esigenze fattuali), la dicitura «nelle more (...) e con efficacia limitata fino a tale momento», combinata con quanto disposto dal d.P.C.M. 26 aprile, apparirebbe fortemente infelice, atteso che sia necessario e funzionale consentire alle Regioni di adottare misure maggiormente restrittive "anche" all'intero territorio regionale (specie per quei territori regionali dimensionalmente meno estesi), sulla base delle specifiche necessità fattuali e della circostanza per la quale la diffusione del Covid-19, su scala territoriale, è stata estremamente articolata e disomogenea. In tal senso, dovrebbero ritenersi pienamente operanti le ordinanze maggiormente restrittive (per l'intero territorio regionale o parte di esso) adottate anche anteriormente ai "nuovi" d.P.C.M., ferme restando le disposizioni nazionali comuni e senza incidere sulle attività produttive considerate di "rilevanza strategica per l'economia nazionale" le quali, evidentemente, si sottraggono ad una puntuale regolamentazione di carattere regionale⁵¹. In tal senso, il ruolo delle Regioni si atterrebbe quale "prima linea difensiva" nel contenimento dell'infezione, attesa la capacità dell'Ente di intervenire con prontezza e specificità alle sollecitazioni del dettagliato dato fattuale.

(50) Evidenti profili di criticità nella formulazione della norma vengono sollevati da R. CHERCHI, A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Dir. Reg.*, 1, 2020, p. 648 ss., p. 673, a parere dei quali il d.l. n. 19/2020 «non stabilisce un termine ultimo di efficacia delle ordinanze regionali adottate "nelle more". Di conseguenza, si assiste alla perdurante pubblicazione di ordinanze regionali la cui efficacia nel tempo è circoscritta al momento di entrata in vigore del futuro d.P.C.M., la cui adozione è però un fatto *incertus an incertus* quando, o addirittura, a provvedimenti in manifesto contrasto con misure statali appena decise».

(51) Cfr., sul punto, G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei DPCM sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Dir. Reg.*, 1, 2020, p. 361 ss.

Sotto altro versante, per quanto attiene ad eventuali misure regionali di allentamento delle restrizioni, occorre distinguere due profili, entrambi meritevoli di attenzione: all'analisi della norma cogente, parrebbe intendersi che sia frapposto un divieto implicito, nei confronti delle Regioni, di adottare misure che contrastino (nel senso di una prematura "mitigazione" delle restrizioni imposte) con quanto previsto dalla disciplina nazionale. Parimenti, in tale scenario si inserisce un diritto costituzionale "fattuale", ovvero un "diritto d'emergenza", inquadrabile nella cornice di sofferenza e disagio cagionata dalle restrizioni fisiche imposte e, nondimeno, dalla drammatica condizione in cui l'economia nazionale versa per gli effetti del blocco delle attività produttive e commerciali. Detta condizione di sofferenza e disagio, che non può (né deve), evidentemente, costituire una sorta di "autorizzazione implicita" alla deroga dell'ordinato rapporto tra le fonti del diritto e tra i livelli di governo della Repubblica, ha indotto i Presidenti di Regione ad adottare, progressivamente, misure di allentamento delle restrizioni imposte, "anticipando" in tal guisa il decisore nazionale, in senso "funzionale" alla tutela delle attività produttive, commerciali e personali su scala regionale, nel pieno rispetto delle accortezze necessarie al fine di scongiurare una nuova ascesa nella curva dei contagi.

5. La progressiva "uscita" dalla fase emergenziale nel quadro della strategia di "convivenza" con il virus

A far data dalla metà del mese di aprile 2020, si è assistito ad un generalizzato decremento dei nuovi casi di infezione da Covid-19, nonché, parimenti, alla decongestione delle strutture sanitarie, specie per quanto concerne i reparti di terapia intensiva. La necessità di dover, evidentemente, "rimettere in moto" il sistema produttivo nazionale e, nel caso di specie, regionale (nonché di assicurare l'esercizio, in piena sicurezza, delle attività private), ha indotto la Regione Abruzzo a prevedere alcune, contingentate, misure di progressivo "allentamento" delle restrizioni precedentemente imposte⁵².

(52) In particolare, l'o.P.G.r. 13 aprile 2020, n. 36.

Del pari, con riguardo ai territori regionali sottoposti al regime maggiormente restrittivo, si è assistito ad un parziale miglioramento della situazione fattuale, in quanto, da un lato, in funzione della delicatezza della situazione e dell'incidenza della diffusione epidemiologica, è stato disposto, mediante l'o.P.G.r. 18 aprile 2020, n. 40, un'ulteriore proroga delle misure restrittive e, dall'altro, con medesimo provvedimento, sono state "escluse" alcune porzioni del territorio regionale dal regime maggiormente restrittivo, rientrando quest'ultimi a pieno titolo fra i territori soggetti agli ordinari vincoli nazionali e regionali.

Le esigenze di un progressivo ritorno ad una "normalità perduta", anche a fronte delle difficoltà manifestatesi nel tessuto sociale a causa del blocco delle attività produttive in numerosi settori che, pur non essendo considerati di "interesse strategico nazionale", hanno da sempre contribuito al positivo funzionamento della vita economica nazionale, hanno indotto il decisore regionale ad "anticipare" lo Stato su alcuni provvedimenti tesi a consentire alcune forme di commercio che, nel pieno rispetto dei protocolli in tema di sicurezza e contrasto alla diffusione del virus, permettessero di "riavviare" le attività economiche e commerciali e, del pari, restituire "pezzi di normalità" alla popolazione⁵³.

Il positivo andamento della curva epidemiologica, indicativo dell'efficacia delle sofferte (nonché necessarie) misure imposte a livello nazionale e regionale, ha parimenti consentito, mediante le o.P.G.r. 23 aprile 2020, n. 47 e 30 aprile 2020, n. 51, la revoca complessiva di ogni "zona rossa" nel territorio regionale abruzzese e, nondimeno, la rimozione delle "misure speciali" residue, previste per i soli Comuni di Pescara, Montesilvano e Spoltore allineando così l'intero territorio regionale alla disciplina unitaria nazionale e regionale.

Nel quadro delle suddette misure regionali di riapertura delle attività produttive, commerciali e private, si atteggia come un decisivo "salto di qualità" nell'approccio nazionale alla "convivenza" con l'infezione da Covid-19 il citato d.P.C.M. 26 aprile 2020, il quale, a far data dal 4 maggio 2020, ha consentito lo svolgimento di numerose attività produttive, commerciali e private sino a quel momento interdette, nonché il dirit-

(53) Cfr. l'o.P.G.r. 23 aprile 2020, n. 46., nonché le o.P.G.r. 30 aprile 2020, nn. 50 e 52.

to di far rientro presso la propria residenza o domicilio anche all'infuori dei confini regionali e di fare visita ai propri familiari, compresi i fidanzati (come noto, l'espressione "congiunti" ha creato non pochi dubbi interpretativi⁵⁴) che vivano nella medesima Regione, procedendo lungo il tracciato propedeutico all'effettivo avvio della c.d. "fase due" nella lotta alla diffusione del virus Covid-19, segnata dalla necessaria "convivenza" fra il perdurare dell'infezione ed una graduale ripresa delle attività lavorative, personali e sociali.

Sul punto, l'o.P.G.r. 3 maggio 2020, n. 54, ha previsto, al p.to 2, che i soggetti che raggiungessero il territorio regionale a far data dal 4 maggio 2020, fossero tenuti (oltre alla comunicazione telematica del proprio arrivo) al monitoraggio giornaliero della temperatura corporea, segnalando prontamente variazioni che portassero la stessa ad un livello superiore ai 37.5 gradi, nonché «al mantenimento del distanziamento sociale di almeno un metro e dell'uso della mascherina e dell'igiene delle mani per la prevenzione della trasmissione di SARS-Cov2, anche nelle aree pubbliche ed aperte al pubblico del territorio regionale [...] nonché negli spazi chiusi e a livello domiciliare». Così, leggendo fra le righe della disposizione, parrebbe doversi intendere che, non potendosi ulteriormente imporre il regime di permanenza domiciliare fiduciaria per coloro i quali facessero meramente rientro in Regione Abruzzo, senza aver avuto chiari contatti con soggetti infetti o che manifestassero sintomi compatibili con l'infezione da Covid-19, si richieda ai "rientranti" un comportamento sociale maggiormente responsabile e limitativo della libertà personale (l'obbligo di indossare la mascherina negli spazi aperti, nonché presso il domicilio) rispetto a quanto previsto dalle disposizioni nazionali comuni. Detta disposizione, peraltro, è venuta meno a partire dal 3 giugno 2020, data nella quale è stata disposta, d'intesa fra Stato e Regioni, la "riapertura" dei confini regionali su tutto il territorio nazionale, senza alcuna necessaria giustificazione per lo spostamento, con gli unici vincoli del rispetto delle disposizioni nazionali in tema di distanziamento sociale ed uso dei dispositivi di protezione individuale, nonché la possibilità, per le Regioni, di sottoporre i cittadini in arrivo (pres-

(54) Cfr., sul punto, V. GHENO, A. MORELLI, *Il diritto dell'emergenza e l'emergenza del linguaggio normativo: il caso dei "congiunti"*, in *laCostituzione.info*, 8 maggio 2020.

so stazioni ferroviarie, porti ed aeroporti) al controllo delle condizioni di salute (come, ad esempio, la misurazione della temperatura all'arrivo a mezzo dei *termoscanner*), al fine di prevenire l'ingresso e la libera circolazione di soggetti "inconsapevolmente" infetti.

Infine, merita particolare attenzione l'o.P.G.r. 6 maggio 2020, n. 56, a mezzo della quale la Regione Abruzzo ha consentito la ripresa, a far data dal 18 maggio 2020, delle attività di imprese artigiane, delle attività legate al benessere ed alla cura della persona, nonché la manutenzione di camper, caravan e roulotte. Quest'ultima disposizione, a ben vedere, costituisce un tipico esempio di "fuga in avanti" da parte della Regione, nel momento in cui l'ente, sulla base delle evidenze epidemiologiche e, al tempo stesso, delle necessità economiche e sociali contingenti, nelle "more" di successivi d.P.C.M., ha disposto la riapertura di attività commerciali che, stante la lettera del d.P.C.M. 26 aprile 2020, non venivano espressamente contemplate fra quelle per le quali si consentiva la riapertura⁵⁵.

Certamente, alla base di tali scelte regionali parrebbe porsi in filigrana un "dialogo costruttivo" fra lo Stato e le Regioni, in forza del quale lo Stato, curandone la "regia", riconosce e garantisce un rilevante spazio di autonomia al decisore regionale nel cadenzare i tempi della riapertura delle attività produttive, commerciali e private su base territoriale. Tale "dialogo costruttivo" intercorrente fra il livello centrale e le entità regionali, stante la lettura del dato fattuale, parrebbe imporsi, nella fase della "convivenza" con l'infezione, su di un duplice livello: un primo livello, mediante il quale lo Stato "accetta" che le Regioni, sulla base dei dati relativi all'andamento dei contagi sul proprio territorio, approntino misure atte a prevedere maggiori spazi di autonomia per i privati ed ulteriori riaperture delle attività produttive e commerciali su base regionale; un secondo livello, per il quale restano alcune delicate attività, specie in determinati settori che potrebbero potenzialmente esporre i cittadini

(55) Secondo le "previsioni" governative, le attività in parola avrebbero potuto riaprire in data 1° giugno. Tuttavia, facendo seguito all'interlocuzione fra Regioni e Stato, quest'ultimo ha consentito alle Regioni, ove le condizioni relative all'andamento dell'infezione lo avessero permesso, le riaperture anticipate e, del pari, ha anticipato al 18 maggio la ripartenza di dette attività su tutto il territorio nazionale.

ad un rilevante aumento dei contagi⁵⁶, per le quali il “potere decisionale unitario” resta, in forma concordata, nelle mani dello Stato, evitando così pericolose distonie all’interno del territorio nazionale⁵⁷. Appare, dunque, quanto mai ineludibile una piena collegialità e cooperazione fra Governo nazionale e Regioni nella gestione della fase di “convivenza” con l’infezione⁵⁸, al fine di prevedere, sulla base dell’andamento epidemiologico, una “concordanza d’intenti”⁵⁹ rispetto alle potenziali “fughe in avanti” di talune Regioni che, a fronte del basso livello di diffusione dell’infezione, ritengono a buon diritto di poter procedere (o proseguire) nella riapertura delle attività produttive, commerciali, personali o ricreative limitate o inibite⁶⁰.

Su tale crinale di leale collaborazione istituzionale fra centro e periferia si colloca, del pari, la “robusta” o.P.G.r. 14 maggio 2020, n. 59, la qua-

(56) Si pensi, in particolare, agli spettacoli ed agli eventi sportivi aperti al pubblico.

(57) In tal senso si colloca il decreto legge 16 maggio 2020, n. 33, mediante il quale è stata prevista la facoltà per i cittadini di circolare liberamente all’interno del territorio regionale (senza obbligo di autocertificazione) a partire dal 18 maggio 2020, nonché, a far data dal 3 giugno 2020, di spostarsi liberamente su tutto il territorio nazionale, ad esclusione dei casi conclamati di contagio per i quali continua a sussistere l’obbligo di quarantena domiciliare.

(58) Sul punto, si vedano F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it (Osservatorio emergenza Covid-19)*, 6 aprile 2020, p. 1 ss., spec. p. 12 ss., nonché M. BORGATO, D. TRABUCCO, *Brevi note sulle ordinanze contingibili ed urgenti: tra problemi di competenza e cortocircuiti istituzionali*, in *Dirittifondamentali.it*, 24 marzo 2020, p. 1 ss.

(59) In tal senso, si veda D. MONE, *Il Covid-19 in Italia: salute e altri diritti fondamentali fra potere di ordinanza statale e regionale*, cit., p. 12, a parere della quale «la situazione richiede, infatti, un intervento in tempi rapidi, che sia assunto a livello nazionale ma che tenga conto della diversità delle situazioni e dei contesti reali, nell’ottica del principio di differenziazione e proporzionalità: decisioni da assumere coinvolgendo le Regioni nel rispetto del principio della “leale collaborazione”».

(60) Su tale profilo, deve da ultimo segnalarsi la *querelle* fra lo Stato e talune Regioni (in particolare, Emilia-Romagna, Veneto, Lombardia e Piemonte) concernente l’ipotesi di una parziale riapertura degli impianti sportivi (caldeggiata dalle Regioni, osteggiata dallo Stato), al fine di garantire ai cittadini la fruizione contingentata degli eventi sportivi. A seguito di un’interlocuzione fra il Ministro per gli Affari regionali e le Autonomie Boccia ed il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome Bonaccini, è stato raggiunto un accordo provvisorio che consentirà alle Regioni la riapertura degli impianti per la fruizione di eventi sportivi e, in particolare, calcistici, limitatamente alle gare della massima divisione (Serie A), per un numero di spettatori non eccedente le 1.000 unità per evento (ridotto a 700 nel caso in cui gli eventi si svolgano in luogo chiuso), nel pieno rispetto delle misure di distanziamento sociale (accesso all’impianto scaglionato, obbligo di indossare la mascherina e prenotazione obbligatoria del posto a sedere).

le ha consentito, a far data dal 18 maggio 2020, la riapertura delle attività di ristorazione (eliminando il vincolo del consumo da asporto o a domicilio e previa prenotazione), delle attività di balneazione in spiaggia e delle strutture ricettive ed alberghiere, nel rispetto dei protocolli di sicurezza regionali di categoria per il contenimento della diffusione dell'infezione.

Tuttavia, in tema di concordanza di intenti fra lo Stato e le Regioni si è inserita, in senso negativo, la nota vicenda del ricorso governativo avverso l'o.P.G.r. della Regione Calabria 29 aprile 2020, n. 37, la quale, al p.to 6, prevedeva la possibilità, per talune attività di ristorazione, di somministrare i propri prodotti con servizio al tavolo all'aperto, avendo cura, da parte dei gestori delle attività, di assicurare il congruo distanziamento sociale, nonché le pratiche di sanificazione dei locali. Una o.P.G.r. che, evidentemente, si atteggiava in senso fortemente distonico rispetto a quanto previsto nel d.P.C.M. 26 aprile 2020. Pronunciandosi sul punto, il Tribunale Amministrativo Regionale (con una decisione non scevra da criticità ermeneutiche relative al disposto normativo statale) ha annullato la disposizione regionale contenuta nell' o.P.G.r. in parola, in quanto postasi in evidente contrasto con quanto previsto dal d.l. n. 19/2020⁶¹. Di qui, invero, la necessità di ribadire quanto debba essere centrale, per l'avvenire, un corretto funzionamento del "dialogo" istituzionale fra Stato e Regioni⁶², al fine di gestire tanto in forma unitaria, quanto con riferimento alle specificità regionali, la fase di "convivenza" con il virus, di "ripartenza" delle attività produttive, commerciali e private ed un'eventuale futura fase di nuovi *lockdown* localizzati per far fronte a specifici e contenuti (tanto spazialmente, quanto numericamente) picchi di infezione⁶³.

(61) Cfr. TAR Calabria, sez. I, 9 maggio 2020, n. 841.

(62) A parere di A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Dir. Reg.*, 1, 2020, p. 368, p. 378, «l'emergenza, infatti, proprio perché tale, comporta comunque un'alterazione provvisoria dell'ordine costituzionale delle competenze, specificamente per ciò che attiene al momento finale dei processi decisionali, l'ultima parola dovendo pur sempre spettare – come si diceva – al Governo. Resta nondimeno fermo che – fin dove possibile – va coltivato a modo il metodo della cooperazione tra centro e periferia».

(63) In tal senso, a fronte di un improvviso picco di infezioni riferibile ad un'area regionale spazialmente localizzata (alcuni Comuni della Valle Peligna), l'o.P.G.r. 9 settembre 2020, n. 82, ha

6. *Suggerimenti per l'avvenire, a mo' di conclusioni*

Come si è avuto modo di esporre in apertura alle presenti note, lo strumento del d.P.C.M., atto avente natura amministrativa che, per sua stessa natura, sfugge al “circuito” del controllo di costituzionalità che l'ordinamento appresta per le fonti di rango primario, è sembrato ben attagliarsi alla prima fase della condizione emergenziale, quella, per intenderci, riferibile alla diffusione eterogenea del virus sul territorio nazionale ed alla “differenziazione” provvedimentoale riferita alle misure di contrasto alla diffusione dell'infezione, in funzione tutoria della salute pubblica e di “tenuta” del sistema sanitario nazionale e territoriale. Se, da un lato, maggiormente aderente all'*esprit* della Carta sarebbe apparsa un maggiore centralità, nel quadro dei provvedimenti di contrasto alla diffusione dell'infezione, degli atti di straordinaria necessità ed urgenza (fonti di rango primario), volti a fronteggiare situazioni improvvise ed imprevedibili, nel pieno rispetto del principio di legalità e della riserva di legge in materia, d'altro canto la condizione di dover comprimere le libertà ed i diritti fondamentali dei cittadini, specie in un contesto spazialmente “localizzato”, ha suggerito l'opportunità, fattualmente ragionevole, di adottare strumenti regolatori “agili”, capaci di immediata operatività e “flessibili” nella propria intrinseca natura di atto soggetto a continui “aggiornamenti” da parte di ulteriori provvedimenti del medesimo tenore. Del pari, dal groviglio normativo di livello nazionale pare emergere, a ben vedere, una sorta di “confusione” fra quanto stabilito nei d.l. e quanto previsto nei d.P.C.M., i quali, come si è tentato di evidenziare, non si sono contraddistinti sovente per coordinazione ed univocità.

Se quanto sinora detto risponde a ragionevolezza e ad un'analisi del dato fattuale, scevra dai “naturali” disagi emotivi, istituzionali, sociali e politici che hanno segnato la fase dell'emergenza e segneranno, con buona probabilità, quelle della “ripartenza” e della “ricostruzione nazionale”, del pari il *vulnus* prodottosi a seguito dell'adozione reiterata di d.P.C.M. fortemente impattanti sulle libertà fondamentali e sui diritti co-

previsto l'applicazione di alcune misure restrittive, aggiuntive a quelle già vigenti su tutto il territorio nazionale (fra le quali l'obbligo di utilizzare le mascherine anche all'aperto, il divieto di tenere feste e pubblici eventi che comportino assembramenti e di praticare sport di contatto) al fine di contenere la recrudescenza dell'infezione.

stituzionalmente garantiti⁶⁴, specie nella fase della “nazionalizzazione” delle misure di contrasto all’infezione, sospinge la necessità di una riflessione circa una reale regolamentazione, con fonte di rango primario a rilevanza costituzionale⁶⁵, della gestione di eventuali, future (per quanto non auspicabili) crisi di carattere nazionale che involgano, ai fini del loro contenimento, la contrazione dei diritti fondamentali e delle libertà dei cittadini. Affinché, in tal senso, la parentesi dell’utilizzo “incontrollato” dello strumento del d.P.C.M. resti tale e non avalli, per l’avvenire, una nuova modalità “fattuale” di gestione delle emergenze, rimessa esclusivamente nelle “mani solitarie” del Presidente del Consiglio dei Ministri, in assenza di una reale partecipazione del Parlamento, perno di ogni ordinamento costituzionale⁶⁶.

Parimenti, occorre interrogarsi sulla funzionalità delle aperture anticipate, in determinati settori produttivi e commerciali, da parte delle Regioni. Se, da un lato, le condizioni fattuali d’emergenza imporrebbero alle Regioni, avuto riguardo all’andamento epidemiologico, di predisporre piani di riapertura a tutela del tessuto produttivo e sociale regionale, dall’altro lato deve immaginarsi, ove dovesse venir meno la “leale collaborazione” in tempo di crisi fra Stato e Regioni oppure l’andamento della pandemia dovesse tornare ad un’andatura crescente (come, a ben vedere, parrebbe essere in questo momento), cosa accadrebbe se lo Stato, a mezzo di un d.P.C.M., dovesse tornare ad inibire l’apertura di attività produttive, commerciali e private precedentemente autorizzate mediante o.P.G.r. Se, da un lato, le o.P.G.r. risulterebbero “cedevoli” ri-

(64) Sul punto, M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del “Covid-19”*, cit., p. 165, afferma che «il *vulnus* causato al nucleo duro della Costituzione attraverso l’adozione di atti amministrativi in grado di inasprire le misure limitative imposte con i decreti legge, non pare facilmente superabile esclusivamente sotto il profilo formale: e questo per la *communis opinio* per la quale, definendo la nostra forma di Stato, i diritti inviolabili contenuti nella prima parte della Costituzione non sono modificabili in quanto la loro modificazione attiverebbe un incontrollabile potere costituente, e la loro compressione, nel bilanciamento di interessi tra loro confliggenti nell’eterno binomio libertà/sicurezza, richiede la legge (o atto a essa equiparato)».

(65) In tal senso, si veda S. CECCANTI, *Verso una regolamentazione degli stati di emergenza per il Parlamento: proposte a regime e possibili anticipazioni immediate*, in *BioLaw Journal*, 1, 2020, p. 79 ss.

(66) G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale d’eccezione*, cit., p. IV-V, nota come «un Governo che adottasse misure simili a quelle attualmente assunte, ma in assenza di pandemia e in materie che non implicino la salvaguardia del diritto fondamentale alla salute (ma anche “interesse della collettività”, scrive la Costituzione) porrebbe in atto fatti eversivi della legalità costituzionale».

spetto ai d.P.C.M. (al fine di tutelare la salute pubblica sull'intero territorio nazionale), d'altro canto la conflittualità istituzionale, che ha segnato buona parte della gestione delle prime fasi dell'emergenza, costituirebbe un fattore di ulteriore indebolimento del già precario equilibrio istituzionale nei rapporti fra centro e periferia, specie in tempi così gravi. Il tema in parola, infatti, appare tornare prepotentemente in auge, a fronte dell'innalzamento progressivo del numero di nuovi casi di infezione da Covid-19 registratosi a far data dalla metà del mese di luglio 2020. In tal senso, come noto, mediante il d.l. 30 luglio 2020, n. 83, l'esecutivo ha prorogato lo "stato di emergenza" sino al 15 ottobre 2020⁶⁷. Conclusivamente, richiamando quanto accennato *supra* in tema di "diritto d'emergenza" e di "fatto" che si impone sullo *ius*, è bene tornare a ribadire come una corretta interlocuzione fra lo Stato e le Regioni, specie in tempi "non convenzionali", meriti e legittimi un approccio "elastico" che, lungi dal porsi in contraddizione con le regole ordinamentali, "accetti" risposte "non convenzionali" (anche da parte delle Regioni) che tentino, nella piena consapevolezza della gravità del momento che l'Italia sta affrontando, al pari delle altre comunità nel mondo, di "salvare" quante più porzioni del tessuto industriale, produttivo e commerciale regionale, garantendo parimenti la tutela della salute pubblica (anche attraverso l'uso della tecnologia⁶⁸), onde evitare una drammatica "desertificazione" economica e sociale alla quale sarebbe arduo, forse impossibile, approntare rimedio.

(67) Il d.l. n. 83/2020, allo stato attuale, è in fase di conversione in legge, avendo ottenuto, con modificazioni, il voto favorevole della Camera dei Deputati (in data 3 settembre 2020), in attesa della fase di discussione generale presso il Senato della Repubblica, prevista per il 23 settembre 2020.

(68) Seppur esulante dal *core* del presente lavoro, non può tralasciarsi il tema, particolarmente incidente sulla libertà di circolazione e sulla *privacy* dei cittadini, della "app" *immuni* che dovrebbe consentire il tracciamento (anonimizzato?) degli utenti, al fine di evitare che gli stessi possano entrare in contatto con soggetti infetti, nonché segnalare prontamente gli spostamenti di coloro i quali siano risultati positivi al virus Covid-19. Sul punto, la Regione Abruzzo ha, in un primo momento, mediante l'o.P.G.R. 14 settembre 2020, n. 84, vincolato la fruizione dei servizi di trasporto pubblico locale (anche) all'uso «dell'App IMMUNI ai fini del controllo della diffusione del virus». Tuttavia, l'immediatamente successiva o.P.G.r. 15 settembre 2020, n. 85, ha "prontamente" espunto fra gli "obblighi" previsti per i fruitori dei servizi del trasporto pubblico locale quello di "scaricare" ed utilizzare suddetta applicazione. Sul funzionamento e sui profili di criticità insiti in tale meccanismo di prevenzione e controllo, si vedano, in particolare, G. DELLA MORTE, *Quanto Immuni? Luci, ombre e penombre dell'app selezionata dal Governo italiano*, in *Dir. Umani e Dir. Internaz.*, 2, 2020, p. 303 ss.; N. MINISCALCO, *La sorveglianza attiva per contrastare la diffusione dell'epidemia da Covid-19: strumento di controllo o garanzia per i cittadini?*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2020, p. 95 ss., spec. p. 105 ss.

Il diritto delle arti e dello spettacolo oltre la pandemia: idee per il superamento di un'emergenza culturale

Fabio Dell'Aversana

Sommario: 1. Premessa: un'area sottratta alla riflessione giuridica? - 2. Le ragioni di un diritto delle arti e dello spettacolo - 3. La codificazione del diritto dello spettacolo al tempo della decodificazione - 4. L'obiettivo finale: un diritto delle arti e dello spettacolo equo e pluralistico - 5. Conclusioni

1. Premessa: un'area sottratta alla riflessione giuridica?

La crisi sanitaria ha colpito tutti i settori economici, causando ripercussioni sociali e culturali che, quasi sicuramente, verranno avvertite dalla collettività anche a distanza di tempo dalla fine dell'emergenza. È indubbio che milioni di persone si siano ritrovate a vivere una situazione che, per certi versi, è senza precedenti nella storia; d'altronde, ancora oggi, trascorsi alcuni mesi dal suo inizio, è difficile comprendere la reale portata di quanto abbiamo vissuto e di quanto ancora, probabilmente, saremo costretti a subire in ragione del fatto che il virus continua a diffondersi¹.

La situazione ha assunto connotati particolarmente gravi in alcuni ambiti. Per quanto riguarda le arti e lo spettacolo, ad esempio, si è ben presto palesato uno scenario molto più grave di quello che ha riguardato altri settori produttivi del nostro sistema economico. Si è, così, definitivamente imposto all'attenzione dell'opinione pubblica un dato che era noto, da tempo, agli addetti ai lavori: il mondo delle arti e dello spettacolo è in profonda sofferenza a causa di una situazione difficile che persiste da tempo, con la conseguenza che la crisi ha soltanto contribuito a rendere ancor più urgente l'esigenza di individuare nuove soluzioni a vecchi problemi.

Non è facile riflettere su ciò che sta accadendo e sulle conseguenze che riguarderanno la società e le istituzioni ma è indispensabile provarci, con approfondite riflessioni che siano formulate avendo riguardo allo specifico sistema delle attività e dei servizi culturali e delle istituzioni che vi operano². Non è un caso che nei duri mesi del (primo) *lockdown* si siano moltiplicate le occasioni di incontro, organizzate, stanti i divieti imposti per i convegni e i seminari in presenza, nella nuova e inesplorata modalità *online* del *webinar*, proprio per agevolare l'incontro tra professionisti dei singoli settori e la conseguente riflessione su specifiche problematiche. In questa prospettiva, anche SIEDAS – Società Italiana Esperti di Diritto delle Arti e dello Spettacolo, associazione che persegue lo scopo di sensibilizzare la comunità accademica e gli operatori del settore allo studio delle tematiche ascrivibili al diritto delle arti e dello spettacolo, si è fatta promotrice dell'organizzazione di alcuni incontri dedicati al mondo della musica, del cinema, del teatro, della danza, delle arti e del terzo settore³: ne è venuto fuori un confronto pubblico che ha visto impegnati, da un lato, gli operatori del settore e, dall'altro, rappresentanti delle autorità pubbliche. Sono state immaginate soluzioni concrete e ogni relatore ha offerto il proprio fattivo e proficuo contributo.

L'idea posta a fondamento di questa iniziativa – di cui mi sono fatto diretto promotore – è che la situazione emergenziale che abbiamo vissuto debba rappresentare una seria occasione per affrontare, senza esitazioni, la problematica della regolamentazione giuridica delle arti e dello spettacolo. La scienza giuridica, dunque, ha il compito di analizzare le problematiche di questo settore, che troppo a lungo sono state sottova-

(2) M. CAMMELLI, *Pandemia: the day after e i problemi del giorno prima*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 1, 2020, il quale ricorda che alcuni effetti sono certi e oggi già visibili. Aggiunge l'Autore che «(i)l blocco generalizzato e istantaneo di ogni attività non ha solo svuotato in un istante musei, biblioteche e siti ma ha traumaticamente separato le "cose" e la loro materialità da chi fruendone ne assicura e rinnova il significato. Al punto che le stanche polemiche sulle ovvie distinzioni (di finalità) tra tutela e valorizzazione e l'altrettanto ovvio reciproco intreccio sul piano funzionale e operativo risultano, nella desertificazione attuale di ogni spazio pubblico e nella distanza siderale tra beni e monumenti immersi nella solitudine e reclusione privata della popolazione, di surreale inutilità e pochezza. In mezzo, nella terra di nessuno, resta l'immagine di una socialità sospesa e proprio perché negata mai tanto necessaria agli uni e all'altra».

(3) Il ciclo di incontri ricordato nel testo è liberamente accessibile collegandosi al canale YouTube di SIEDAS: https://www.youtube.com/channel/UCUXR74HwL_0xTJaP6Lp11Lw.

lutate: ancora non si comprende perché il diritto delle arti e dello spettacolo sia stato quasi totalmente dimenticato nelle riflessioni dei giuristi e degli operatori del settore, ai quali va indubbiamente addebitata la colpa di non aver compreso che la soluzione dei problemi emersi nella prassi sarebbe stata più agevole con l'introduzione di un quadro normativo univoco e chiaro. Che le incertezze normative siano da annoverare tra le principali cause delle attuali criticità del sistema, caratterizzato da scarsi livelli di tutela, è un dato di fatto e soltanto partendo da questa consapevolezza si potranno realmente trovare soddisfacenti soluzioni ai problemi emersi.

È stato giustamente osservato che il sistema culturale italiano presenta un tratto distintivo: quello della bellezza, che una parte della dottrina giuridica sta animatamente considerando nella prospettiva della creazione di una nuova posizione giuridica soggettiva. Proprio in questo solco, dunque, si inserisce il dibattito sul diritto alla bellezza⁴: esso è perfettamente pertinente con il discorso che qui si sta sviluppando e non è un caso che sulle pagine della *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*⁵ – che ho l'onore di dirigere con il supporto di un autorevolissimo Comitato scientifico – il richiamo a questi profili stia assumendo un peso sempre maggiore.

L'importanza di queste tematiche e la loro indubbia autonomia rispetto ad altri campi del sapere giuridico dovrebbe spingere a formulare una ulteriore considerazione: *id est*, inserire il diritto delle arti e dello spettacolo tra i campi di ricerca e di indagine riconosciuti da parte del Ministero dell'Università e della Ricerca, proprio con l'obiettivo di incentivare studi e ricerche nella prospettiva del diritto alla bellezza.

La distanza fra le problematiche della formazione e le ricadute applicative non è priva di conseguenze: la più recente esperienza dimostra che la configurazione e l'erogazione dei percorsi formativi nei settori qui considerati soffre di «interazioni occasionali, di per sé instabili», e di «limitati

(4) Sulla configurazione del diritto alla bellezza si veda M.A. CABIDDU, *Editoriale*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2, 2018, pp. 5-6.

(5) Per una descrizione del progetto editoriale ricordato nel testo, sia consentito il rinvio a F. DELL'AVERSANA, *Le ragioni di una rivista sul diritto delle arti e dello spettacolo*, in O. ROSELLI (a cura di), *Le arti e la dimensione giuridica*, Bologna, 2020, p. 451. Per ulteriori informazioni sia consentito il rinvio al portale www.dirittodelleartiedellospettacolo.it.

avvicinamenti di sistema che, proprio perché intercorrenti fra soggetti impegnati a ribadire l'esclusività del proprio ruolo, generano sovrapposizioni quando non alimentano difficili convivenze⁶. In questa sede possiamo ricordare, per esempio, le complesse vicende che hanno riguardato la categoria dei restauratori, per i quali l'intervento del legislatore è stato di fondamentale importanza, non soltanto per assicurare il pieno riconoscimento di diritti e posizioni soggettive dei lavoratori, ma anche per assicurare migliori risultati sul più generale piano della salvaguardia, del recupero e della valorizzazione del patrimonio storico-artistico⁷. Il discorso dovrebbe avere un più ampio respiro e interessare altre categorie professionali, inclusa quella dei giuristi specializzati in queste tematiche.

La riflessione scientifica è funzionale agli interventi normativi: è indubbio, infatti, che il tema dovrà essere affrontato in maniera altrettanto approfondita nelle opportune sedi, senza alcuna fretta, rinunciando *a priori* alla volontà di sposare soluzioni che non tengano conto della complessità del fenomeno, una volta superata (ci si augura, completamente) la crisi pandemica: soltanto in questo modo, si farà tesoro della costosa ma preziosa lezione che questi mesi ci hanno consegnato.

2. *Le ragioni di un diritto delle arti e dello spettacolo*

Se si condivide l'idea che il diritto ha la funzione di regolare e dare risposte, non si comprende la ragione per cui un importante campo come quello delle arti e dello spettacolo non sia (ancora) affiancato da ricerche specifiche che guardino a tutti gli aspetti che astrattamente possono venire in rilievo e che, in concreto, si manifestano nella prassi e caratterizzano la quotidianità di chi opera nel settore culturale. Il diritto delle arti e dello spettacolo è una disciplina di difficile configurazione proprio perché essa non è ascrivibile in maniera esclusiva né all'ambito delle discipline pubblicistiche né tra le discipline privatistiche: l'accostamento di settori tradizionalmente ritenuti distanti è, invece, la risposta migliore alla già descritta complessità del fenomeno delle arti e del-

(6) C. BARBATI, *Patrimonio culturale, ricerca e formazione superiore: rapporti da costruire*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 3, 2019.

(7) M. BRAY, *L'importanza della salvaguardia, del recupero e della valorizzazione del patrimonio storico-artistico*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 1, 2017, p. 17.

lo spettacolo. Il riferimento a categorie tradizionali del diritto pubblico – costituzionalistiche, amministrativistiche e penalistiche – e ad istituti del diritto privato – inclusi quelli di stampo prettamente commercialistico e giuslavoristico – rappresenta l'unico modo per avere una visione soddisfacente di questa branca del diritto.

Come è stato giustamente osservato, «(i)l potere politico (che è il padre del diritto, o almeno di quella parte di esso che non nasce spontaneamente dai rapporti sociali e in essi vive) ha sempre avuto rapporti controversi con l'arte e lo spettacolo, ovvero – precisando meglio – ha costantemente provato ad usarne lo scintillio e la capacità di creare empatia col pubblico per ricavarne consenso e legittimazione del proprio operato e gli “addetti ai lavori artistici”, per così dire, dal loro canto spesso abbozzavano, per procurarsi nello scambio gloria e in primo luogo – naturalmente – pane, companatico e magari ben di più, facendosene dunque cortigiani e perciò tenuti al vincolo verso il mecenate: il termine, com'è noto, fa diventare un sostantivo il *cognomen* di un famoso personaggio dell'età augustea che fu essenziale appunto allo sviluppo di un grandioso progetto di reclutamento dei migliori intellettuali dell'epoca, a fini di magnificazione dell'autorità imperiale»⁸.

Il potere politico, dunque, deve interessarsi a queste tematiche. Lo deve fare perché, a ben vedere, è il rispetto degli inderogabili principi costituzionali ad essere ormai seriamente compromesso da questo persistente disinteresse: il legislatore, infatti, è intervenuto sulla materia che ci impegna con una sporadicità che nella maggior parte dei casi non è stata compensata dalla qualità dei provvedimenti adottati⁹.

(8) Lucide ed eleganti sono le parole di S. PRISCO, *Editoriale*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 1, 2017, p. 6, il quale ricorda che si produce nell'arte e nello spettacolo un'esplosione e pluralizzazione di orizzonti, di forme e di senso che si intersecano e si rinnovano sempre. L'avvento pieno della civiltà di mercato e poi la sua globalizzazione confermano la bontà di questa sagace intuizione e così, nella pittura, si fanno spazio l'informale, le varie e successive avanguardie, la *street art*, la serialità e la compenetrazione corporea tra artista e segno (la *body art*) o le *performances*, nella musica emergono la dodecafonia e l'atonalità, nel teatro le sperimentazioni di moduli che sempre più superano la dimensione autoriale “di parola” e quella del regista-demiurgo.

(9) F. DELL'AVERSANA, *Introduzione*, in F. DELL'AVERSANA (a cura di), *Manuale di diritto delle arti e dello spettacolo*, II edizione, Varazze, 2016, p. 20.

Eppure, non vi è alcun dubbio che il diritto e le arti costituiscano trame connettive fondative per leggere e comprendere il mutamento sociale¹⁰. Questo scenario confuso e frammentario è la principale causa della grande difficoltà che si è registrata nel momento in cui si è dovuto lavorare per offrire soluzioni concrete ai problemi causati (*rectius*, acuiti) dalla emergenza sanitaria. Tanti i temi da affrontare e, forse, esplicitare qualche interrogativo potrà essere utile per il futuro dibattito. Quali tutele previdenziali ed assistenziali assicurare in favore dei lavoratori dello spettacolo, legati ai propri datori di lavoro da contratti poco tutelanti e spesso caratterizzati da ampi margini di autonomia che, pur rispondendo al principio della libertà di manifestazione del pensiero artistico, non sono in grado di garantire la sicura attivazione di strumenti assai utili come indennità di disoccupazione *et similia*? Analogamente, quali sussidi riconoscere in favore delle imprese culturali che hanno subito l'improvviso blocco delle attività e, dunque, delle fonti di guadagno in uno scenario in cui la forma giuridica rende impossibile il ricorso a istituti di sostegno economico, pur vigenti per *altri* settori produttivi? Purtroppo, anche le tante criticità che da tempo vengono segnalate con riguardo al Fus – Fondo Unico per lo Spettacolo hanno animato riflessioni amare e discordanti e non c'è dubbio che sarà necessario integrare la normativa di riferimento per apprestare tutele anche nei confronti di chi, ad oggi, è escluso da tale sistema.

Le questioni sono tante e tendono a diversificarsi in base ai singoli settori che compongono il variegato mondo della cultura – arte, musica, cinema, teatro, danza, ma anche editoria e turismo culturale – con la conseguenza che soluzioni unitarie, pur auspicabili, dovranno comunque tenere nella giusta considerazione le peculiarità che ogni tassello della c.d. filiera culturale presenta.

Senza dubbio alcuno, siamo giunti al punto di dover individuare una disciplina omogenea per tutti gli operatori del settore che sia in grado di assicurare risultati coerenti con le finalità fissate in Costituzione e che

(10) A. SIMONE, A. VESPAZIANI, *Editoriale. Quali connessioni tra arti, diritto e mutamento sociale? Le arti come fonte empirica per raccontare le iterazioni tra diritto e società*, in A. SIMONE, A. VESPAZIANI (a cura di), *Arti, diritto e mutamento sociale. Una mappa tra passato, presente, futuro*, Napoli, 2018, p. 17.

sia, nel contempo, orientata ad annullare il rischio di odiose disparità di trattamento che potrebbero soltanto aggravare una situazione già molto difficile. Tale intervento, inoltre, dovrebbe essere in grado di dare risposte concrete al processo di emersione di un diritto globale che va oltre i confini degli Stati e delle loro identità nazionali, che ha significativamente innervato, con invisibile perseveranza, anche il settore dei beni culturali, favorendo l'innesto di rilevanti novità¹¹.

3. *La codificazione del diritto dello spettacolo al tempo della decodificazione*

Le considerazioni sin qui svolte hanno influenzato la recente attività del legislatore, al quale va riconosciuto il merito di aver almeno avviato un dibattito con l'approvazione di una legge delega che, a sua volta, avrebbe dovuto condurre alla entrata in vigore del codice dello spettacolo¹², un testo organico in grado di disciplinare tanti aspetti, incluso il delicato rapporto tra spettacolo e nuove tecnologie¹³.

Non è esagerato affermare che il Codice dello spettacolo rappresenti un sogno che gli operatori del settore culturale coltivano da tempo. Ed è interessante sottolineare che il relativo *iter* parlamentare sia stato avviato in un momento storico in cui, come è stato autorevolmente sostenuto¹⁴, l'ordinamento giuridico sembra andare verso una decodificazione.

(11) In questi termini, A. LUPPO, *La nozione positiva di patrimonio culturale alla prova del diritto globale*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, 2, 2019, che riconduce le novità a tre grandi aree: la creazione di un sistema sovranazionale di protezione e valorizzazione del patrimonio culturale mondiale; l'elaborazione di regole internazionali del commercio, del traffico illecito e della restituzione dei beni culturali; l'individuazione di standard minimi per istituzioni e mostre internazionali. Sulla questa attualissima tematica, che apre orizzonti di ricerca nuovi, si veda L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, 2010, *passim* e il più recente O. ROSSELLI (a cura di), *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, Napoli, 2018, *passim*.

(12) Per un commento più articolato alla legge 22 novembre 2017, n. 175 recante «Disposizioni in materia di spettacolo e deleghe al Governo per il riordino della materia» sia consentito il rinvio a F. DELL'AVERSANA, *Ubi societas ibi ars et ludus*, in A. SIMONE, A. VESPAZIANI (a cura di), *Arti, diritto e mutamento sociale. Una mappa tra passato, presente, futuro*, Napoli, 2018, p. 256 ss.

(13) Su questo delicato tema ricordato nel testo sia consentito il rinvio a F. DELL'AVERSANA, F. FERRARI (a cura di), *Il diritto dello spettacolo e le nuove tecnologie*, Varazze, in corso di pubblicazione.

(14) N. IRTI, *L'età della decodificazione*, IV edizione, Milano, 1999.

È, dunque, un sogno che si pone in contrasto con una tendenza che caratterizza, ormai, molti campi del diritto oggettivo italiano, che, come è noto, è afflitto da una ipertrofia normativa che non sempre si traduce in una qualità dei provvedimenti adottati. Sappiamo bene che la centralità dei quattro codici – che a lungo ha caratterizzato il nostro ordinamento giuridico – può dirsi completamente superata, in virtù di sviluppi interni ma anche in ragione di una maggiore incidenza di fenomeni estranei al diritto nazionale: si pensi alle influenze del diritto europeo, che, in linea generale, presentano uno scarso rilievo in materia di arti e spettacolo ma che, invece, hanno assunto – e, assumeranno sempre più – un ruolo fondamentale nell’ambito della regolazione delle nuove tecnologie. Questo fenomeno di incremento – almeno da un punto di vista numerico – delle leggi caratterizza, dunque, anche il settore delle arti e dello spettacolo: in esso assistiamo alla contemporanea vigenza di normative contenute in leggi speciali spesso risalenti nel tempo, le quali difficilmente possono essere ricondotte ad unità dall’interprete.

La richiesta di un codice è stata fortemente sostenuta prima dagli operatori e poi dagli studiosi che si sono occupati del tema e, soltanto in ultima istanza, accolta, con la precisazione già fatta, da parte del legislatore. Quindi, il mondo dello spettacolo chiede di andare verso l’approvazione di un codice, al pari di quanto è avvenuto nel mondo dell’arte, per il quale ha assunto una straordinaria importanza applicativa la disciplina contenuta nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, che, nonostante l’indubbia presenza di criticità e problematiche da risolvere, ha avuto l’importante merito di delineare un unico orizzonte normativo di riferimento per l’operatore del settore¹⁵.

(15) Il giudizio sul Codice dei beni culturali e del paesaggio espresso dalla dottrina non è stato sempre positivo. «Il codice di settore sembra un guazzabuglio. Approcci diversi si intersecano e si sovrappongono». È questo, ad esempio, il giudizio di A. GENTILI, *Quale modello per i beni culturali?*, in E. BATELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017, p. 227. Ancora più dura, probabilmente, è la posizione degli Autori che mettono in discussione l’adozione nel Codice dei beni culturali e del paesaggio di un modello dominicale: riflessioni sul punto sono formulate da R. DI RAIMO, *La «proprietà» pubblica e degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010, p. 1101 ss.

Alla scienza giuridica il compito di impedire, in ogni modo, che questo tema ricada nuovamente nel dimenticatoio. Anzi, come già sostenuto¹⁶, non è da sottovalutare il positivo impatto che potrebbe avere la istituzione di un tavolo di confronto permanente in cui associazioni, operatori del settore ed altri soggetti preoccupati per la sorte del sistema culturale italiano possano formulare soluzioni da sottoporre alla attenzione del legislatore. Non va repressa la speranza per un intervento normativo che tenga conto dell'emergenza ma che, pur partendo dalla situazione contingente, possa poi arrivare a risultati di più ampio respiro, che prendano in considerazione orizzonti di lungo periodo. Ancora oggi è giusto affermare che un lavoro così complesso debba essere necessariamente preceduto dalla istituzione di un tavolo tecnico che operi per offrire materiali ispirati al principio di uguaglianza, nell'ottica di tutelare non solo i grandi soggetti del mondo della cultura ma anche chi pur facendo piccole cose contribuisce al mantenimento di uno scenario che deve (continuare ad) essere pluralistico. È innegabile che la politica abbia bisogno che riflessioni di questo tipo siano sempre più frequenti e approfondite e la presenza di un osservatorio potrebbe soltanto agevolare il compito del legislatore.

Il tema ha una innegabile ricaduta pratica se è vero che la complessità è destinata a riflettersi anche sul piano delle soluzioni da adottare, come dimostra il riferimento alle scelte compiute dal soggetto pubblico nel corso degli ultimi mesi. Il giurista alla prova dell'emergenza sanitaria ha potuto sperimentare quanto sia utile un metodo interdisciplinare e multidisciplinare nello studio – e nella soluzione – di fenomeni complessi e complicati¹⁷. Basti pensare proprio alle criticità emerse durante l'emergenza sanitaria, che purtroppo si è tramutata in profonda crisi nei

(16) In F. DELL'AVERSANA, *Le arti e lo spettacolo alla prova del Covid-19*, in F. NIOLA, M. TUOZZO (a cura di), *Dialoghi in emergenza*, Napoli, 2020, p. 321, si riporta, con l'aggiunta di note, il testo della Audizione dinanzi alla VII Commissione del Senato della Repubblica (Istruzione pubblica, beni culturali, ricerca scientifica, spettacolo e sport) in merito all'impatto dell'emergenza epidemiologica Covid-19 nel settore della cultura, tenutasi in data 2 luglio 2020.

(17) G. RECINTO, *Editoriale. La "funzione sociale" della ricerca*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 1, 2020, p. 5, afferma che la complessità caratterizza, da sempre, anche il mondo delle arti e dello spettacolo, che non potrebbe essere correttamente inteso dal giurista ricorrendo ad un approccio meramente formale, rigidamente ancorato ad una suddivisione dei saperi, che molto spesso non è presente nella realtà.

settori meno (o confusamente) regolati per dimostrare l'idea che minori livelli di tutela sono, spesso, (con)causa di maggiori criticità del sistema. Il fenomeno, dunque, ha assunto una dimensione sociale ed è questo il principale motivo che ha spinto le associazioni di settore a presentare al Governo possibili soluzioni ai problemi che hanno riguardato il settore di loro competenza: per esempio, teatri e compagnie di danza, soprattutto quelle di modeste dimensioni, si sono ritrovati, in maniera improvvisa, a dover gestire una situazione emergenziale senza alcuna forma di tutela, sia per la struttura organizzativa, sia per i singoli lavoratori coinvolti nelle attività dell'ente. È questo un dato da cui emerge in maniera oggettiva quanto sia insufficiente il livello di garanzia e quanto sia rischiosa l'assenza di norme chiare a protezione dei diritti – o, per meglio dire, della dignità – delle persone che operano nel mondo dello spettacolo.

4. L'obiettivo finale: un diritto delle arti e dello spettacolo equo e pluralistico

È evidente che anche nel mondo delle arti e dello spettacolo ci sono dei soggetti privilegiati, caratterizzati da economie floride, per le quali la gestione della crisi è stata più agevole rispetto a quanto vissuto dalla maggioranza degli operatori. I primi rappresentano una minima parte di uno scenario più ampio in cui la complessità della prevenzione dell'epidemia ha causato danni notevoli: i piccoli e medi operatori, in particolare, hanno dovuto pagare un prezzo altissimo, il cui computo non può essere limitato ai soli aspetti economici. Ai posti di lavoro persi si sono affiancati progetti non realizzati, idee andate in frantumi e nuove bellezze che, probabilmente, ci sono state definitivamente sottratte. Per questa ragione, è prioritario l'obiettivo di modellare i futuri interventi al principio di uguaglianza, declinato nella sua dimensione sostanziale, così da assicurare una piena protezione anche per i piccoli operatori del settore, ai quali va l'indubbio merito di rendere concreta quella diversità culturale e quel pluralismo che rappresenta l'essenza profonda del sistema italiano. È questa, d'altronde, la richiesta (urgente) di chi opera nel settore culturale, che va affrontata con sollecitudine.

Per esempio, in questi ultimi mesi si è molto discusso della possibilità di procedere ad un abbassamento dell'aliquota IVA al 4%, con il dichiarato obiettivo di agevolare una crescita dei consumi di beni e prodot-

ti culturali. L'intuizione è buona e va senz'altro sostenuta ma non può essere considerata risolutiva di tutti i problemi. È certo che una misura di questo tipo non è in grado di assicurare un beneficio in capo a tutti gli operatori del settore: anzi, vi potrebbe essere il rischio che essa non raggiunga proprio i soggetti più piccoli, per i quali, dunque, la previsione di una aliquota IVA agevolata potrebbe incidere in misura molto ridotta sui volumi di beni e servizi concretamente venduti. Analoga è la riflessione che potrebbe essere svolta con riguardo ai cc.dd. *voucher*. In base alla relativa normativa di riferimento, i soggetti acquirenti possono presentare, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, o dalla diversa data della comunicazione dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, apposita istanza di rimborso al soggetto organizzatore dell'evento, anche per il tramite dei canali di vendita da quest'ultimo utilizzati, allegando il relativo titolo di acquisto. L'organizzatore dell'evento – a prescindere dalla dimensione della sua struttura organizzativa – provvede al rimborso o alla emissione di un *voucher* di importo pari al prezzo del titolo di acquisto, da utilizzare entro 18 mesi dall'emissione. L'emissione dei *voucher* assolve i correlativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario. L'organizzatore di concerti di musica leggera provvede, comunque, al rimborso dei titoli di acquisto, con restituzione della somma versata ai soggetti acquirenti, alla scadenza del periodo di validità del *voucher* quando la prestazione dell'artista originariamente programmata sia annullata, senza rinvio ad altra data compresa nel medesimo periodo di validità del *voucher*. In caso di cancellazione definitiva del concerto, l'organizzatore provvede immediatamente al rimborso con restituzione della somma versata.

Sulla equità di queste misure molto si potrebbe discutere e non è un caso che esse abbiano ricevuto commenti non sempre positivi: probabilmente le criticità causate da questi interventi sono maggiori di quelle che era volontà del legislatore risolvere.

5. Conclusioni

Dal ragionamento sin qui sviluppato emerge che un auspicabile intervento normativo debba tener conto dell'emergenza, partendo dalla situazione contingente per arrivare a risultati di più ampio respiro e di

lungo periodo¹⁸; una riforma del sistema dovrebbe essere preceduta dal lavoro di un tavolo tecnico che operi per offrire materiali ispirati al principio di uguaglianza, nell'ottica di tutelare non solo i grandi soggetti del mondo della cultura ma anche chi pur facendo piccole cose contribuisce al mantenimento di uno scenario che deve (continuare ad) essere pluralistico.

Indubbiamente, la scienza giuridica ha bisogno che riflessioni di questo tipo siano sempre più frequenti e approfondite e l'esito finale non potrà che coincidere con un miglioramento qualitativo delle soluzioni offerte in punto di diritto.

Tanti sono i contenuti della legge istitutiva del Codice dello spettacolo che varrebbe la pena di riprendere, rinnovando l'originaria delega che ormai deve essere considerata scaduta. Ottima, per esempio, la premessa da cui è partito il legislatore del 2017: è compito della Repubblica promuovere e sostenere lo spettacolo, nella pluralità delle sue diverse espressioni, quale fattore indispensabile per lo sviluppo della cultura ed elemento di coesione e di identità nazionale, strumento di diffusione della conoscenza della cultura e dell'arte italiane in Europa e nel mondo, nonché quale componente dell'imprenditoria culturale e creativa e dell'offerta turistica nazionale.

Il soggetto pubblico, dunque, deve riconoscere il valore formativo ed educativo dello spettacolo, anche per favorire l'integrazione e per contrastare il disagio sociale, il valore delle professioni artistiche e la loro specificità, assicurando altresì la tutela dei lavoratori del settore. Molto positiva può essere l'idea di riorganizzare la *governance* del settore, confermando l'istituzione di un organo di controllo del settore: *id est*, un Consiglio Superiore dello Spettacolo, che operi con modalità analoghe a quelle che regolano la vita di altri settori (beni culturali, cinema e audiovisivo).

Potrebbe essere questo il punto da cui ripartire per dare concretezza al vivace dibattito che ha animato la difficile quarantena degli operatori

(18) Sull'idea che il ritorno alla ordinarietà dell'esperienza giuridico-statale non equivale alla garanzia di un recupero di effettività dell'eccedenza assiologica che connota la disciplina sostanziale della nostra Costituzione si sofferma V. BALDINI, *L'emergenza costituzionale alla luce degli interrogativi kantiani. Una prospettiva di metodo per l'analisi dell'esperienza*, in *Giurcost. it - Consulta online*, 2, 2020, p. 426 ss.

culturali, che non devono essere lasciati soli a gestire una crisi priva di precedenti nella storia del nostro sistema culturale.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Francesco Bilancia

Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, Università degli Studi "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara

Carlo Alberto Ciaralli

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara

Martina Conticelli

Professoressa associata in Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Fulvio Cortese

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Trento

Vincenzo Desantis

Dottorando in Studi giuridici, comparati ed europei, Università di Trento

Fabio Dell'Aversana

Assegnista di ricerca in Diritto privato, Università degli Studi di Napoli "Federico II"; Presidente SIEDAS - Società Italiana Esperti di Diritto delle Arti e dello Spettacolo

Alfredo Galán Galán

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona (España)

Gianluca Gardini

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Ferrara

Marco Magri

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Ferrara

Alessandra Pioggia

Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Perugia

Eduard Roig Molés

Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Barcelona (España)

Claudia Tubertini

Professoressa associata di Diritto amministrativo, Università di Bologna

Criteria editoriali

Istituzioni del Federalismo pubblica contributi scientifici sulle autonomie territoriali, espressione di diverse aree disciplinari, con una naturale preferenza per l'ambito giuridico e politico. IdF accetta solo contributi originali inediti. In base a specifici accordi con l'Autore e in casi particolari potranno essere pubblicati anche lavori già editi o in corso di pubblicazione in altra sede, fatto salvo apposito richiamo in nota da parte dell'Autore. Si accettano contributi redatti su file di testo in italiano, inglese, spagnolo, francese, che verranno pubblicati in lingua originale. Una volta accettato, il lavoro è coperto dal *copyright* della Rivista e non può essere riprodotto senza autorizzazione.

Criteri di revisione. Tutti i contributi da pubblicare sono sottoposti ad una doppia revisione effettuata direttamente dai componenti del Comitato Scientifico oppure affidata a esperti esterni individuati dallo stesso Comitato Scientifico, che resta comunque l'organo competente a decidere in via definitiva sulla pubblicazione o meno di un articolo. La revisione è effettuata attraverso il metodo del referaggio anonimo a "doppio cieco" (che esclude la conoscenza reciproca tra Autore e *referees*) al termine del quale viene comunicato all'Autore l'esito della valutazione. Per i contributi redatti da Autori individuati dal Comitato scientifico almeno uno dei due referaggi sarà comunque anonimo. I principali criteri per la selezione dei contributi sono: rigore e coerenza metodologica; struttura e impianto dell'articolo; originalità e no-

vità dell'apporto scientifico; fondatezza delle argomentazioni a sostegno della tesi; correttezza/completezza delle fonti e della bibliografia.

La Rivista si divide in varie Sezioni, articolate in Saggi e articoli, Note e commenti, Osservatorio regionale, Letture e segnalazioni.

Saggi e articoli. La parte prevalente della Rivista è dedicata alla pubblicazione di saggi e articoli che pervengono spontaneamente alla Rivista oppure vengono commissionati *ad hoc* ad Autori individuati dal Comitato scientifico. Questi contributi hanno una dimensione orientativa compresa tra le 20.000 e le 70.000 battute, note a piè di pagina e spazi inclusi, e devono essere corredati da un *abstract*.

Note e commenti. In questa sezione vengono pubblicati contributi più brevi, commenti a fonti normative, note a sentenza. Ai fini della pubblicazione i contributi, di dimensione di norma non eccedente le 40.000 battute, vengono valutati secondo un criterio di attualità del tema trattato e di attinenza agli argomenti di interesse della Rivista.

Osservatorio regionale. La sezione è dedicata a rassegne di giurisprudenza, legislazione regionale, analisi di buone prassi territoriali, notizie provenienti dalla Unione europea e altre notizie tratte dai materiali pubblicati on-line sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

Letture e segnalazioni. In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.

Presentazione

RELAZIONI

La polarizzazione del dibattito pubblico dinanzi all'emergenza sanitaria
Gianluca Gardini

La lezione dell'epidemia di Covid-19 sul sistema sanitario e il suo ruolo
Alessandra Pioggia

Ragionando "a freddo": gli effetti della crisi emergenziale sui rapporti
istituzionali Stato-Regioni
Francesco Bilancia

Estado Autonómico Y Crisis De La Covid-19: Intervención Estatal Y Relaciones
Intergubernamentales Ante La Pandemia
Alfredo Galán Galán, Eduard Roig Molés

Emergenza Covid-19: sulle sfide dell'ordinamento e sulle possibili articolazioni
della legittimità amministrativa
Fulvio Cortese

Il "collasso" del sistema degli appalti nella prima fase dell'emergenza sanitaria
Marco Magri

Collaborazione necessaria e differenziazione responsabile: riflessioni sparse su
emergenza pandemica e sistema plurilivello
Claudia Tubertini

La crisi sanitaria: tra disegno organizzativo e regime delle competenze
Martina Conticelli

SAGGI E ARTICOLI

Covid-19: il dialogo di *hard* e *soft law* e le trasformazioni della normazione
Vincenzo Desantis

La gestione della crisi sanitaria tra centro e periferia. Le misure adottate dalla
Regione Abruzzo nel quadro dell'emergenza epidemiologica nazionale
Carlo Alberto Ciaralli

Il diritto delle arti e dello spettacolo oltre la pandemia: idee per il
superamento di un'emergenza culturale
Fabio Dell'Aversana