QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso
da Magistratura democratica

Il diritto nell'emergenza

2

2020

QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

Direttore
Nello Rossi

Vice Direttori
Vincenza (Ezia) Maccora, Rita Sanlorenzo

Comitato di redazione
Maria Acierno, Silvia Albano, Giovanni Armone, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Giuseppe Cascini, Giulio Cataldi, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Mariarosaria Guglielmi, Daniele Mercadante, Gualtiero Michelini, Luca Minniti, Piergiorgio Morosini, Ilario Nasso, Andrea Natale, Luigi Orsi, Marco Patarnello, Carla Ponterio, Gaetano Ruta, Giuseppe Salmè, Enrico Scoditti, Simone Spina, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi, Giovanni (Ciccio) Zaccaro.

Comitato scientifico
Perfecto Andrés Ibáñez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Simone Gaboriau, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Vittorio Manes, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Renato Rordorf, Alessandro Simoni.

Segreteria di redazione
Mosè Carrara

Service editoriale
Guaraldi S.r.l. (Via Macanno 38B - 47923 Rimini)

QUESTIONE GIUSTIZIA - Rivista trimestrale è una pubblicazione online
editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Nello Rossi
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia - Piazza Cavour 00193 - Roma
segreteria di redazione:	Mosè Carrara
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

II trimestre 2020 - chiuso in redazione in ottobre 2020

Sommario

Editoriale
di *Nello Rossi* 4

Il diritto nell'emergenza

L'emergenza, i principi, le regole

Avvisi ai naviganti del Mar pandemico
di *Massimo Luciani* 6

Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria
di *Marco Bignami* 11

Tecnologie di sorveglianza e contenimento della pandemia
di *Carlo Blengino* 21

Il diritto iperbolico dello stato di emergenza
di *Enrico Scoditti* 31

Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia
di *Giuseppe Battarino* e *Andrea Natale* 37

Covid-19 come causa di morte: una nozione tra fatti e valori
di *Maria Cristina Amoretti* ed *Elisabetta Lalumera* 61

Il versante sociale della crisi: il lavoro, il bisogno, povertà e marginalità

Legalità e lavoro nel diritto "dopo" la pandemia
di *Laura Calafà* 67

Il diritto del lavoro dopo la pandemia: appunti per un'agenda progressista
di *Stefano Giubboni* 75

Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza
di *Bruno Caruso* 86

Quale lavoro femminile al tempo del Covid-19? Ritorno al passato
di *Clelia Alleri, Mara Congeduti, Sabrina Pittarello, Francesca Stangherlin* *116*

Camere senza vista: il carcere e l'emergenza sanitaria
di *Riccardo De Vito* *124*

Imprese, economia, criminalità

L'impresa in difficoltà. La disciplina della crisi di impresa nel quadro delle difficoltà generate dal *lockdown* e da una ripresa dell'attività parziale ed inceppata
di *Renato Rordorf* *133*

Il contrasto alla penetrazione delle mafie nel sistema economico e gli strumenti di tutela delle imprese

Emergenza socio-economica e pericolo mafioso
di *Piergiorgio Morosini* *141*

La tutela delle imprese dal pericolo mafioso
di *Costantino Visconti* *146*

La criminalità economica nella crisi generata dall'epidemia
di *Gaetano Ruta* *148*

Gli autori

Il diritto nell'emergenza

Nell'emergenza sanitaria ed economica il diritto è chiamato a svolgere la sua funzione regolatrice e ordinatrice senza snaturarsi in uno scomposto e confuso diritto dell'emergenza. E la magistratura, pur scossa dalla sua crisi interna, è tenuta a non ripiegarsi su se stessa, per non far mancare al Paese, in questo frangente, il suo apporto di conoscenza e di esperienza.

1. Si riscopre la serietà e la drammaticità della politica?

Una nuda ed elementare verità della "politica", troppo a lungo oscurata, è stata prepotentemente riportata alla ribalta dall'epidemia.

Che la politica, con le sue scelte, può decidere – *letteralmente* – della vita o della morte delle persone. Della salvaguardia del loro livello di reddito o del loro impoverimento. Della tutela della libertà responsabile di ciascuno o della coercizione autoritaria di tutti.

Il pericolo incombente – per la salute, per l'economia, per il lavoro – sembra aver aiutato molti cittadini a riscoprire la serietà e la drammaticità della dimensione politica.

Relegando sullo sfondo il susseguirsi incessante dei *tweet*. Svelando l'illusione delle luci violente dei riflettori che trasformano in marmi splendenti le architetture di cartapesta degli studi televisivi. Mostrando che una battuta azzeccata o una efficace apparizione sui *social* non bastano a valutare la qualità e l'affidabilità di un dirigente politico. Sgonfiando la bolla mediatica nella quale gran parte dei cittadini sono stati immersi per anni.

In questa ri-presa di coscienza del valore e della centralità della politica si può scorgere il movimento sociale e culturale più significativo e profondo verificatosi per effetto della crisi sanitaria ed economica che ha investito il Paese.

Ed è appunto questo sommovimento repentino e radicale l'unico dato politico che ci interessa qui porre in luce, dal momento che la nostra Rivista non ospita di regola analisi contingenti ma è piuttosto luogo di riflessione e di studio sulle *policy* che riguardano libertà ed eguaglianza dei cittadini e sulla politica cristallizzata in diritto.

E però, dal nostro punto di vista, coltivare la speranza che la politica si stia risvegliando dal suo lungo sonno mediatico non basta.

Occorre anche che, nel corso della crisi, il diritto, sottoposto alle forti e inedite tensioni nascenti dall'epidemia, sappia preservare le sue fondamentali caratteristiche – di rispetto dei principi, di regolarità formale, di trattamento eguale di situazioni eguali, di equilibrio e di misura – senza trasformarsi in uno scomposto e confuso "diritto dell'emergenza".

E che la magistratura, pur scossa da una sua propria interna emergenza, non si ripieghi troppo su se stessa in una nuova forma di "separatezza", per poter fornire al Paese, in questo difficile frangente, il suo apporto di conoscenza, di esperienza, di capacità di risoluzione dei problemi.

2. Il diritto nell'emergenza; non un diritto dell'emergenza

Per rispondere a queste esigenze, naturalmente nei limiti delle nostre forze, è stata concepita la presente raccolta di scritti. Un di più rispetto a quello che la Rivista ha fatto sino ad ora.

Chi abbia la pazienza di scorrere le pagine della nostra Rivista *online* dal mese di marzo sino ad oggi vi troverà la testimonianza di un intenso sforzo collettivo

di analisi incentrato su "tutti" gli ambiti della vita individuale e collettiva incisi dall'epidemia.

A questa ampia messe di studi si affianca oggi un apporto nelle nostre intenzioni più sistematico: un numero della Rivista trimestrale intitolato «*Il diritto nell'emergenza*», interamente dedicato ai temi posti dalla situazione che vive il Paese nel contesto di un fenomeno di portata mondiale.

I capitoli nei quali si articola la riflessione di specialisti di differenti settori sono legati, pur nella loro diversità, da un nesso chiaramente visibile.

La convinzione, comune a tutti gli Autori, che anche nei momenti di più acuta crisi il diritto può operare come indispensabile tecnica di regolazione sociale ed esercitare la sua capacità ordinatrice solo mettendo in campo i suoi metodi e salvaguardando i suoi principi e la sua peculiare razionalità.

Dichiariamolo subito: nei contributi che pubblichiamo c'è molto senso della realtà. Come è naturale, del resto, per un "foglio" di riflessione promosso da un gruppo di magistrati (anche se esso sarebbe impensabile senza l'apporto costante e prezioso di studiosi delle più diverse discipline).

Don Ferrante, con la sua logica formale, i suoi ragionamenti astratti e saccenti, la sua spocchia suicida, non abita qui.

Né qui trovano spazio le fantasticherie su progetti liberticidi innestati sul Covid-19, mentre vengono criticamente filtrate le più sofisticate suggestioni nascenti dall'ampia letteratura sull'uso politico delle epidemie, sui pericoli insiti nei regimi di sorveglianza sanitaria e sociale, sulle emergenze e sullo stato di eccezione.

Ma è proprio il senso della realtà a reclamare che soluzioni efficaci e durevoli ai problemi posti dal Covid-19 non siano il frutto di improvvisazioni e forzature, inserendosi nel sistema di principi e regole che la nostra società si è data a partire dalla rifondazione rappresentata dalla Costituzione repubblicana.

È in questo quadro che si collocano tutti gli apporti di questo volume: le valutazioni di fondo sulle opzioni del Governo e del Parlamento; le critiche, spesso molto acuminate, verso alcune scelte legislative; gli allarmi su situazioni critiche, suscettibili di degenerare in assenza di rapidi interventi; le indicazioni alternative a scelte ritenute improvvide.

3. I molti fronti su cui è chiamata in causa la magistratura

L'ampio spettro dei temi affrontati e dei contributi pubblicati rispecchia il diretto impegno della magistratura sui diversi fronti dell'epidemia.

Pubblici ministeri e giudici sono chiamati innanzitutto ad affrontare il tema delle eventuali responsabilità penali e civili connesse all'epidemia misurandosi a ogni passo con questioni nuove e spinose.

Un elenco provvisorio e tutt'altro che esaustivo di tali questioni basta a dare la misura delle difficoltà del compito: l'accertamento della "causa" di eventi dannosi o fatali in un contesto estremamente problematico, non foss'altro che per l'assenza di conoscenze scientifiche consolidate sul virus e sulle sue modalità di diffusione; le indispensabili garanzie da offrire agli operatori sanitari e a quanti operano sul campo per assicurare il funzionamento di gangli vitali della struttura sociale ed economica; il valore delle linee-guida di comportamento emanate dalle autorità e l'interpretazione dei concetti generali di diligenza, perizia, prudenza in un quadro sanitario e sociale in continuo mutamento.

Né minore si preannuncia il coinvolgimento del giudiziario sul versante delle verifiche di legalità e del contrasto dei comportamenti illeciti che possono innestarsi sul tronco dell'economia della crisi a opera di associazioni criminali, di operatori economici, di pubblici funzionari, di privati cittadini.

E, infine, l'area amplissima dei problemi connessi all'applicazione delle norme dettate per il lavoro privato e pubblico (dalla disciplina dello *smart working* a quella dei licenziamenti e della cassa integrazione) e per la conflittualità giuridica individuale destinata ad accompagnarsi a una congiuntura sociale ed economica senza precedenti nella storia della Repubblica.

4. L'augurio che questo numero della Trimestrale invecchi presto

Un lavoro di lunga lena che ha bisogno di pensieri nuovi, adeguati alla straordinarietà della fase, e di contemporanee riflessioni sulle "costanti" proprie dell'esperienza giuridica messe in tensione e alla prova dall'eccezionalità degli eventi.

Un lavoro da svolgere sapendo valutare le trasformazioni destinate a durare al di là della contingenza ma senza soverchie concessioni alle illusioni di chi pensa, dice, e forse vaneggia, che dall'epidemia "usciremo migliori".

Con l'augurio che questo numero della Trimestrale invecchi presto, che le sue pagine elettroniche – che non possono ingiallire né subire l'usura degli anni – divengano inattuali e restino nel tempo solo come testimonianza di un impegno non più necessario.

Così che possa ricominciare a pieno la vita che conosciamo. Imperfetta, travagliata, piena di incertezze e di errori, ma animata dagli incontri personali, dalle discussioni vivaci tra interlocutori che si guardano negli occhi, dai confronti e dagli scontri non filtrati da schermi e dispositivi elettronici. Dovunque e quindi anche nelle aule di giustizia.

Nello Rossi

Settembre 2020

Avvisi ai naviganti del Mar pandemico

di *Massimo Luciani*

Il diritto è di fronte alla sfida della pandemia, che non sappiamo quanto durerà e se avrà modo – purtroppo – di ripresentarsi. Per affrontarla occorre avere ben presenti alcuni paradigmi generali e alcune premesse di contesto. Il più significativo dei paradigmi è l'assenza di una supremazia gerarchica del diritto alla salute sugli altri diritti. Quanto alle premesse di contesto, occorre ricordare che la Costituzione non ha bisogno d'essere riformata per introdurvi una specifica norma sulle emergenze e che il nostro ordinamento disciplina già con una certa precisione lo "stato di emergenza", la cui dichiarazione è potenziale oggetto di sindacato giurisdizionale.

1. Una storia infinita? / 2. I paradigmi /*2.1. Il malinteso primato della salute / 2.2. La salute come diritto "incomprimibile" / 2.3. La salute e il bilanciamento* / **3. Le fonti dell'emergenza sanitaria / 4. Sulla sindacabilità della dichiarazione dello stato di emergenza di rilevanza nazionale / 5. Una norma costituzionale? / 6. Una breve chiosa**

1. Una storia infinita?

Non sappiamo se la crisi determinata dalla pandemia da Covid-19 sia destinata a incrudelirsi, ad attenuarsi, a perdurare, a sparire. Non sappiamo nemmeno se a questa pandemia ne seguirà un'altra e se sì quando. Non sappiamo se la ricerca scientifica saprà mai fornirci terapie sempre adeguate o addirittura uno scudo preventivo capace di proteggerci sempre dal rischio sanitario diffuso oppure se, all'opposto, potranno darsi patologie refrattarie a ogni terapia o rischi non prevenibili. Viviamo, insomma, sotto il velo dell'ignoranza. Proprio in condizioni di questo tipo, però, il diritto può e deve mostrare la sua capacità di funzionare da macchina del tempo. Il diritto è capace non solo di regolare il tempo presente, ma anche di disciplinare il passato nelle forme della retroattività propria o impropria e sa guardare al futuro con l'ambizione di normare i comportamenti umani che verranno domani e le loro conseguenze.

Stavolta, è questa terza direzione di marcia della macchina giuridica che conta maggiormente, ma l'incertezza sulle prospettive future rende il compito del diritto particolarmente difficile, suggerendo di elaborare strumenti di regolazione flessibili, capaci di funzionare in ciascuno dei plurimi scenari che l'incertezza dell'avvenire dischiude. Tanto, sulla base di paradigmi e di premesse di contesto da definire con chiarezza.

2. I paradigmi

Penso che possa essere utile, a mo' di premessa logicamente indefettibile, riflettere su quali debbano essere i paradigmi da considerare nell'opera di apprestamento di strumenti giuridicamente adeguati a fronteggiare le incerte prospettive future. Non mi riferisco ai paradigmi di legittimità, che ovviamente vanno rispettati, ma a quelli concettuali, analitici, che vengono prima d'ogni valutazione di fattibilità, giuridica o empirica che sia. Vediamo quelli che – almeno per quanto mi riguarda – sembrano i più significativi, con specifico riferimento alla questione centrale del diritto (e dell'interesse collettivo) alla salute.

2.1. Il malinteso primato della salute

Nel dibattito pubblico di questi ultimi mesi, anche in quello che ha specificamente coinvolto i giuristi, si è dato per scontato che il diritto alla salute si sia visto riconosciuto un primato su tutti gli altri diritti costituzionali. C'è chi questo fatto l'ha apprezzato (stimando il diritto alla salute il presupposto di tutti gli altri) e chi l'ha criticato (paventando che in questo modo si sarebbe legittimata una deriva securitaria dell'ordinamento), ma un po' tutti, insisto, hanno preso le mosse da questa idea. Penso, invece, che occorra una maggiore prudenza.

È noto che la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* ha riscontrato nel *Grundgesetz* l'esistenza di una *allgemeine Werteordnung*, di una gerarchia generale dei valori, e che alcuni autori italiani hanno cominciato ad avvertire il fascino di questa ricostruzione, tentando di importare in Italia almeno la sua premessa, cioè l'idea dell'esistenza di valori costituzionali sovraordinati a tutti gli altri. Si tratta di un tentativo che non convince.

Anzitutto, già il solo parlare di "valori" costituzionali lascia perplessi, perché una volta che i valori sono giuridicamente positivizzati lo sono unicamente nella forma dei princìpi. Il diritto non sa accogliere nel proprio seno il valore se non trasformandolo in principio normativo e dunque *enunciandolo* in una fonte specifica di altrettanto specifico grado, con specifiche parole, entro specifiche relazioni con gli altri princìpi, con conseguenze che sono determinate dal diritto stesso, non da un astratto ordine assiologico.

In quanto trasformato in principio, il valore non si sottrae al bilanciamento con gli altri e questo bilanciamento (cioè la composizione *pratica* fra i princìpi) avviene secondo i paradigmi (contenutistici e procedurali) che ciascun ordinamento ha definito. Nel nostro, la Costituzione, rifiutata una gerarchia generale dei valori costituzionali (della quale non esistono le tracce e della quale nessuno ha mai dato prova), definisce semmai (come ha ben chiarito Antonio Baldassarre[1]) solo plurime gerarchie settoriali nei singoli "campi di attività" disciplinati dalla Costituzione (ad esempio, il buon costume è principio sovraordinato nel dominio della manifestazione del pensiero; l'utilità sociale nel dominio dell'attività economica, etc.). Evocando il lessico di un noto saggio schmittiano del 1960, di recente ristampato[2], la stessa Corte costituzionale ha affermato che «*Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona*» (sentenza n. 85 del 2013).

Contrariamente a quanto sostiene una significativa dottrina, dunque, nemmeno la vita o la dignità umana si sottraggono al bilanciamento o sono concepibili come valori così "fondativi" da essere qualificabili addirittura come "metavalori": la vita è eccezionalmente sacrificabile (anche dopo l'abrogazione dell'art. 27, comma 4, resta pur sempre in vigore l'art. 52 Cost.); la dignità umana (ammesso, ma tutt'altro che concesso, che si sia d'accordo sul suo concreto contenuto) lo è addirittura ordinariamente (visto che la Costituzione stessa prevede e legittima la detenzione). Se vita e dignità umana non sono intoccabili, dunque, non lo è – logicamente – nemmeno la salute, per quanto la Costituzione la qualifichi espressamente diritto «fondamentale».

2.2. La salute come diritto "incomprimibile"

Non smentisce quanto s'è venuti sin qui dicendo quella recente giurisprudenza costituzionale che – a proposito di diritto all'istruzione e proprio di diritto alla salute – ha parlato di diritti «incomprimibili»[3]. Con questa espressione, infatti, la Corte non ha inteso evocare una categoria di diritti dotati di uno speciale statuto, che li sottrarrebbe a qualunque limitazione o li porrebbe su di un piano gerarchicamente sovraordinato a tutti gli altri.

Che sia così lo dimostra il fatto che di «incomprimibilità» o di «intangibilità» la giurisprudenza costituzionale aveva già parlato in precedenza, e per non pochi diritti[4], senza mai pervenire a conseguenze così estreme. Nella giurisprudenza più risalente, però, la cd. "incomprimibilità" era opposta essenzialmente ad

1. A. Baldassarre, *Ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Dem. dir.*, 1976, p. 296.

2. C. Schmitt, *Die Tyrannei der Werte. Überlegungen eines Juristen zur Wert-Philosophie*, Duncker & Humblot, Berlino, 2011 (terza ed.).

3. Sent. n. 275/2016 (sul diritto all'istruzione), ripresa dalla sent. n. 169/2017 (sul diritto alla salute).

4. Specificamente di «incomprimibilità» si è parlato per i diritti dei detenuti (sentt. nn. 212/1997 e 266/2009); per quelli del tossicodipendente (sent. n. 45/2014; ord. n. 165/2015); per quelli di chi, per soddisfare i propri bisogni vitali, è costretto a dedicarsi all'accattonaggio (sent. n. 102/1975); per quelli del pensionato (sent. n. 85/2015); per il diritto di difesa (sentt. nn. 222/2004 e 95/2015).

alcuni interessi pubblici di tipo non finanziario, mentre adesso è proprio il condizionamento finanziario che viene negato. Come si legge nella cit. sent. n. 275 del 2016, «*una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali*». Tanto, perché «*è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*».

Anche questa affermazione, poi, deve essere correttamente interpretata. Essa non vuole dire che i diritti qualificati come incomprimibili sfuggano per ciò solo alle limitazioni. Sin dalla sua primissima giurisprudenza, in verità, la Corte ha detto che tutti i diritti nascono limitati («*La dichiarazione stessa dei diritti di libertà implica, per sua natura, in senso giuridico, anche posizione di limiti, cioè determinazione della sfera di azione dei vari soggetti entro condizioni tali che ne risulti garantito lo svolgimento della libertà di tutti*»[5]) e qui non si asserisce nulla di radicalmente diverso. Quel che si vuole dire, infatti, non è che esista una *quidditas* dei diritti identificabile in base a paradigmi giusnaturalistici e per questo non sacrificabile alle esigenze finanziarie, ma che *"il nucleo invalicabile di garanzie minime*" di un diritto resta intangibile da parte delle scelte di bilancio "*una volta normativamente identificato*". Sono pertanto "incomprimibili" a fronte delle compatibilità di bilancio quei diritti (o i loro singoli aspetti o profili) che sono stati identificati come tali dallo stesso decisore pubblico. Non si tratta tanto, dunque, di postulare una pretesa "essenza" intangibile dei diritti, che invero non si saprebbe identificare (il famoso *dictum* luhmanniano «*das Wesen des Wesens ist unbekannt*» è assai convincente)[6], bensì di esigere dal legislatore il rispetto dell'autovincolo che si è imposto con certe scelte attributive o ricognitive di diritti.

Resta fermo, dunque, che la salute non si sottrae al bilanciamento e che non si colloca su un piano gerarchicamente sovraordinato a quello su cui giacciono gli altri diritti costituzionali.

2.3. La salute e il bilanciamento

Se bilanciamento ha da essere, poi, è bene chiarire ch'esso spetta esclusivamente al legislatore. Le autorità amministrative che, in concreto, lo esercitano nei singoli casi pratici, in realtà non bilanciano, ma applicano la decisione legislativa. E lo stesso fanno (dovrebbero fare) i giudici, anche costituzionali, perché il loro compito è controllare il bilanciamento effettuato dal legislatore, non pretendere di pesare essi stessi le grandezze poste a raffronto.

Il controllo giurisdizionale del bilanciamento legislativo, pertanto, lungi dal sostituirsi all'azione del legislatore nell'operare direttamente la scelta ordinante *in concreto* i diritti e i princìpi costituzionali (*in astratto* essa è stata già compiuta dalla Costituzione), deve accertare anzitutto il rispetto della Costituzione e poi la coerenza, la logicità, la completezza, la corrispondenza tra il mezzo e il fine, la fondazione su dati di fatto veridici.

3. Le fonti dell'emergenza sanitaria

Molto s'è discusso, specie nei primi mesi della pandemia, delle fonti di disciplina dell'emergenza. Molto, in particolare, è stata contestata la scelta di procedere non solo con fonti primarie (decreti-legge, in massima parte, e conseguenti leggi di conversione), ma anche con ordinanze, ora del Presidente del Consiglio, ora del capo del Dipartimento della protezione civile, ora dei presidenti di Regione, ora dei sindaci. L'idea di fondo era che le ordinanze non rispettassero la riserva di legge e che per quanto riguardava i provvedimenti impositivi della quarantena non fosse rispettata nemmeno la riserva di giurisdizione prevista dall'art. 13 della Costituzione.

Mi sono più distesamente occupato della questione in altra sede e – visto che non ho cambiato idea e che non è mai il caso di ripetere cose già scritte – mi limito a rinviare a quanto allora avevo argomentato, anche in considerazione del fatto che lo scritto in questione è accessibile in rete[7]. In sintesi estrema, però, posso ribadire che:

a) l'adozione di provvedimenti eccezionali in situazioni di emergenza è prevista in via generale dalla l. 23 dicembre 1978, n. 833 (*cfr*. l'art. 32) e dal d.lgs 2 gennaio 2018, n. 1, recante il «Codice della protezione civile», mentre nella specie è confermata dai recenti decreti-legge (a partire dal dl n. 6/2020);

b) conseguentemente, la legittimazione delle ordinanze adottate durante la pandemia è duplice e pienamente sussistente;

c) quanto ai decreti-legge adottati in regime di

5. Sent. n. 2/1957.

6. N. Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, Berlino, 1965, pp. 59 ss.

7. M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 109 ss.

emergenza, la sussistenza dei due presupposti della necessità e dell'urgenza, previsti dall'art. 77 Cost., è innegabile;

d) l'emergenza, tuttavia, non giustifica l'iterazione o la reiterazione di tali decreti-legge;

e) la moltiplicazione dei decreti-legge non ha comportato la violazione dell'altro principio stabilito dall'art. 77 Cost., cioè della straordinarietà;

f) una violazione del principio potrebbe registrarsi solo se la produzione normativa primaria d'urgenza proseguisse al medesimo ritmo anche nell'ipotesi (ora divenuta concreta) di una proroga dello stato di emergenza, perché a questo punto la sopravvenuta "ordinarietà" della condizione emergenziale imporrebbe il recupero da parte del Parlamento della pienezza della sua funzione nomopoietica;

g) la riserva di legge non è violata dall'intervento delle ordinanze, perché esse – come visto – hanno un fondamento primario ed è pacifico in giurisprudenza (costituzionale e comune) che le ordinanze di emergenza, in presenza di determinate condizioni, possano legittimamente prevedere deroghe alle norme primarie;

h) i provvedimenti concernenti la quarantena non colpiscono la libertà personale, perché non posseggono i tratti distintivi di quelli che la toccano (valutazione moralmente negativa dell'inciso; uso della forza fisica).

L'ordinamento, in definitiva, ha dimostrato di reggere, anche nelle condizioni di *stress* determinate dalla pandemia: la produzione normativa ha seguito canali già legislativamente previsti; l'intervento parlamentare non è venuto meno; le garanzie giurisdizionali sono sempre state assicurate. Non per questo, però, si può dire che non vi siano stati problemi.

Il più evidente è stato, a me sembra, quello della continua sovrapposizione delle competenze dei diversi enti territoriali, che ha determinato disfunzioni e contenziosi che potevano essere evitati. Solo ora sembra che i meccanismi di coordinamento fra centro e periferia comincino a funzionare, ma sarebbe stato opportuno non dover giungere a sollecitare l'intervento della magistratura amministrativa davanti a provvedimenti davvero singolari come quello del sindaco di Messina (che aveva preteso di sottoporre ad autorizzazione municipale l'ingresso in Sicilia dal porto della sua città)[8] o quello del presidente della Regione Calabria (che aveva preteso di disporre un obbligo di vaccinazione antinfluenzale per alcune categorie di persone)[9]. Se v'è un profilo in ordine al quale l'ordinamento deve attrezzarsi meglio, probabilmente, è proprio quello del coordinamento fra enti territoriali.

4. Sulla sindacabilità della dichiarazione dello stato di emergenza di rilevanza nazionale

Alcune delle maggiori preoccupazioni connesse alla reazione del nostro ordinamento alla pandemia hanno riguardato la ritenuta arbitrarietà del presupposto, cioè il preteso affidamento alla libera scelta del Governo della decisione concernente tale dichiarazione. Si tratta di preoccupazioni che vanno ridimensionate, specie nella prospettiva (attuale, invero) di una proroga dello stato di emergenza.

Come è noto, la dichiarazione dello stato di emergenza di rilevanza nazionale è disciplinata dal combinato disposto degli artt. 7, comma 1, lett. *c*, e 24, comma 1 del codice della protezione civile. È la stessa lettera della fonte normativa che fa bene intendere come la dichiarazione non sfugga al sindacato giurisdizionale. L'art. 24, comma 1, infatti, stabilisce che la dichiarazione può essere adottata solo in presenza dei «*requisiti di cui all'articolo 7, comma 1, lettera* c)». Devono dunque essere registrate delle «*emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24*». Già questo basterebbe a circoscrivere il potere decisionale del Governo, ma l'art. 24 aggiunge che l'accertamento dei presupposti deve avvenire «*sulla base dei dati e delle informazioni disponibili*», con ciò chiarendo che non l'arbitrio della volontà governativa, ma la corrispondenza delle scelte ai fatti le legittima. Ciò significa

8. Il provvedimento è stato colpito da un provvedimento governativo di annullamento straordinario, dietro parere favorevole del Consiglio di Stato, nel quale si legge che «(...) *l'ordinanza in questione, nella parte in cui introduce, senza alcuna base di legge, un potere comunale di previa autorizzazione all'ingresso e al transito sul territorio comunale (obbligo di "Attendere il rilascio da parte del Comune di Messina, e per esso della Polizia Municipale... del Nulla Osta allo spostamento"), si pone in contrasto diretto ed evidente con la libertà personale e la libertà di circolazione previste dalla Parte I, Titolo I (Rapporti civili) della Costituzione, artt. 13 e 16* (...)» (Cons. Stato, sez. I, ad. 7 aprile 2020, aff. n. 260/2020).

9. Il giudice amministrativo ha annullato il provvedimento, «*in quanto i trattamenti sanitari obbligatori, quale l'obbligo di vaccinazione antinfluenzale, sono coperti da riserva di legge statale, alla stregua dell'art. 32, comma 2 Cost., letto in combinazione con l'art. 3 Cost. e l'art. 117, comma 3 Cost.*» (Tar Calabria - Catanzaro, sez. I, 15 settembre 2020, n. 1462).

che tale corrispondenza, costituendo un dato oggettivo, non è rimessa al libito del decisore, ma è possibile oggetto di sindacato giurisdizionale.

Tale conclusione, del resto, non può certo sorprendere, a fronte dell'evidente crisi della categoria dell'atto politico (che sarebbe insindacabile ai sensi dell'art. 7, comma 1, ultimo periodo, del codice del processo amministrativo: «*Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*»). A tacer d'altro, una nota pronuncia della Corte costituzionale ha chiaramente stabilito che, sebbene nel nostro diritto positivo vi siano «*spazi riservati alla scelta politica*», tali «*spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo; e quando il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto*». Con la logica conseguenza, in termini di controllo giurisdizionale, che «*Nella misura in cui l'ambito di estensione del potere discrezionale, anche quello amplissimo che connota un'azione di governo, è circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio, il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate*»[10].

Se è ammesso il sindacato giurisdizionale sulla dichiarazione dello stato di emergenza di rilevanza nazionale, è chiaro, le preoccupazioni per il rispetto dei diritti dei cittadini si attenuano molto. Si attenuano, ripeto, ma non scompaiono: come sempre, l'efficacia della garanzia dipenderà largamente da come il giudice (amministrativo, è da ritenere, *ratione muneris*) interpreterà i confini del proprio potere, perché l'evidente ampiezza del margine di discrezionalità che connota una scelta come questa potrebbe essere male intesa.

5. Una norma costituzionale?

L'ultimo avviso ai naviganti riguarda la Costituzione. Da più parti si sollecita l'adozione di una norma specifica sugli stati di emergenza e se ne argomenta la necessità con l'allegazione di una presunta lacuna costituzionale. Si tratta, anche qui, di una prospettiva errata.

Anzitutto, le continue sollecitazioni alla revisione della Costituzione nascondono in genere il tentativo di scaricare sulle sue spalle responsabilità che non le spettano: una politica sempre meno capace di decidere e all'un tempo mediare ha sempre voglia di sgravarsi del peso delle proprie inadeguatezze.

Inoltre, le revisioni degli ultimi decenni non dimostrano certo la perizia dei revisori, che ci hanno consegnato riforme sovente inutili o addirittura dannose (basti pensare alla riforma del Titolo V nel 2001 o alla riforma dell'art. 81 nel 2012).

Infine, non è affatto vero che la Costituzione non contenga norme sull'emergenza, che invece si evincono dall'art. 77, dalla stessa disciplina dei diritti, dalla regolazione dello stato di guerra – che interessa (ovviamente) *per differentiam*.

La Costituzione, in realtà, offre alla politica e al diritto tutti gli strumenti per operare correttamente e non c'è alcun bisogno di toccarla, con tutti i rischi che si corrono quando interventi in materie così delicate sono nelle mani di forze politiche (di maggioranza e di opposizione) che, come oggi accade, non si sono segnalate per particolare provvedutezza.

6. Una breve chiosa

L'incertezza del presente e ancor più quella del futuro suggerisce – dicevo in apertura – un esercizio di prudenza nella definizione delle prospettive ordinamentali. Prima ancora, però, impone una ricognizione attenta del diritto positivo, movendo dalla Costituzione e scendendo via via lungo i gradini della scala gerarchica delle fonti. Se ci si dedica a questo esercizio, si scopre che molti dei problemi posti in dottrina già hanno paradigmi di soluzione piuttosto chiari e che non c'è bisogno d'inventarsi soluzioni riformatrici.

L'essenziale, comunque, a me sembra, è che la salute e la vita siano collocate esattamente al posto che loro compete nella costellazione dei beni costituzionali, respingendo i fondamentalismi securitari che le vorrebbero al di sopra di tutto, ma anche le reazioni pseudo-libertarie che vogliono opporre alla loro protezione il pregiudizio complottista o l'intangibilità del principio della sovranità di ciascuno sulla gestione del proprio corpo.

10. Corte cost., sent. n. 81/2012.

Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria

di *Marco Bignami*

Lo scritto ripercorre le vicende normative accadute a seguito della diffusione del coronavirus. Si esamina in particolare il rapporto tra fonti statali e fonti regionali, nella duplice prospettiva della legalità e della legittimità.

1. Introduzione / 2. Legalità e legittimità: una precisazione terminologica / 3. Riflessi sul sistema delle fonti / 4. Le fonti statali dell'emergenza sanitaria / 5. Le fonti regionali e locali / 6. [*Segue*] / 7. Le fonti tra legalità e legittimità / 8. [*Segue*] / 9. Fonti e proporzionalità degli interventi / 10. Conclusioni

1. Introduzione

Questo scritto si propone di osservare come il sistema delle fonti abbia funzionato durante l'emergenza sanitaria da coronavirus. Non è dubitale che essa abbia generato una forte condizione di stress, alla quale si è reagito con una tecnica normativa meritevole di essere segnalata per due aspetti principali.

Anzitutto, l'urgenza è stata tale da rendere poco opportuno persino l'impiego dei soli decreti legge, anziché di dpcm basati sui primi, allo scopo di adattare la risposta sanitaria a impellenze epidemiologiche pressoché quotidiane. Da qui la concatenazione tra decretazione d'urgenza, decreti del Presidente del Consiglio, ordinanze del Ministro della sanità. In secondo luogo, a tali atti statali si sono continuamente sovrapposte (o hanno minacciato di sovrapporsi) ordinanze regionali e locali, in una spirale che ha reso il quadro normativo, a tratti, di difficile lettura.

I due fenomeni sono del resto collegati: proprio la natura rapsodica della crisi, capace di palesarsi con tratti frastagliati su scala geografica e temporale, non solo ha precluso la via di un'unica disciplina legislativa statale autosufficiente dai dpcm, ma ha anche reso le autorità decentrate naturali protagoniste degli eventi, in quanto maggiormente contigue alle loro molteplici manifestazioni.

Ora, a tali vicende è necessario guardare, prima di tutto, secondo il parametro della *legalità*. Occorre cioè domandarsi quale giudizio di validità/invalidità debba esprimersi con riferimento agli atti normativi con cui ci si confronta, sulla base dei parametri di conformità propri dell'ordinamento giuridico.

Sul punto, è bene mettere subito le carte in tavola: a parere di chi scrive, pur con qualche sbavatura, la prova è stata superata. Insomma, non vi è stato alcunché di incostituzionale (o, peggio, di anticostituzionale) nelle vicende normative che hanno interessato il nostro ordinamento sotto scacco. La decretazione d'urgenza, per una volta, è stata impiegata a proposito, e ha permesso di coprire con la riserva di legge gli atti secondari che ne sono seguiti, sotto il controllo del Parlamento, dell'opinione pubblica e, potenzialmente, del giudice. Quanto alle ordinanze regionali e locali, sono stati gli stessi decreti legge a prevederne l'oggetto, i limiti, l'efficacia temporale.

Detto ciò sul piano prescrittivo (che è quello primario dal quale il giurista è tenuto a partire), un approccio meramente descrittivo potrà trovare ulteriori spunti di riflessione nelle vicende appena trascorse.

Ciò che maggiormente ha colpito è stata la resurrezione delle Regioni a grandi protagoniste di scelte di politica nazionale. Ridotte oramai quasi al rango di enti di decentramento amministrativo, dopo la vana fiamma della revisione costituzionale del 2001, le Regioni hanno saputo imporsi nella veste di sostanziali co-decisori dei passaggi nodali della crisi. Ciò è accaduto, come si vedrà, sia adottando atti loro propri (o, forse più spesso, ventilandone l'adozione per indurre il Governo ad agire), sia conquistando il contenuto della fonte statale (le linee guida elaborate in sede regionale, in luogo di quelle statali, e recepite nel dpcm attuativo del dl n. 33/2020).

Certamente, è del tutto naturale che gli enti territoriali alzino la voce per veicolare i propri interessi nella normativa statale. Tuttavia, qui sembra esservi stato un ingrediente ulteriore. Non soltanto il confronto con gruppi di pressione, ai quali è ovvio che l'autorità centrale non possa sottrarsi, ma la rivendicazione stessa di prerogative non necessariamente confortate dalla legalità, ma piuttosto alimentate dalla virtù dell'essere rappresentativi del proprio "popolo", improvvisamente rifondato quale corpo separato dalla cittadinanza nazionale. Basti pensare all'incredibile pretesa di vietare, o comunque limitare, l'accesso sul proprio territorio a persone residenti altrove, che è stata arma efficacissima di condizionamento delle scelte governative, pur nella palese incostituzionalità, al solo raffronto con l'art. 120, primo comma, Cost.

Che questa e simili altre posizioni fossero del tutto insostenibili giuridicamente non poteva sfuggire a nessun uomo di buona volontà. E, tuttavia, il fatto di rappresentare la propria comunità di base e di doverla proteggere contro l'"estraneo" (ovvero, al contrario, di essere chiamati a tutelarne l'interesse produttivo ad onta della salute altrui), ha offerto una base retorica formidabile per rivendicazioni la cui illegalità è stata parzialmente oscurata da pretese di *legittimità*.

Ciò merita attenzione. Sia perché ci rammenta che la legalità costituzionale non è un dato acquisito ora e per sempre, ma piuttosto un lascito sul quale è necessario vigilare perché non vada disperso; sia perché, quanto più specificamente all'oggetto del presente scritto, il sistema delle fonti rischia di essere inquinato dalle rivendicazioni di legittimità dei soggetti che sono nelle condizioni di creare diritto.

Competenza e gerarchia segnano le coordinate necessarie ove si colloca la produzione normativa. Per i protagonisti della vita pubblica, gli attori i cui processi di integrazione politica danno forma alle fonti, concretizzandole in specifici atti, un sistema regolatore è dunque la gabbia ove costringere i reciproci rapporti di forza, che, altrimenti, avrebbero la tendenza a tracimare.

E di tale tendenza la crisi da coronavirus è stata una spia molto indicativa.

2. Legalità e legittimità: una precisazione terminologica

Che si intenda per "legalità" e "legittimità" va ora precisato.

Pur nelle molteplici sfumature di senso che al binomio sono state assegnate, vi è una *summa divisio* che finisce per raggrupparle tutte, a seconda che la coppia abbia carattere oppositivo o complementare.

La seconda soluzione poggia sull'autorità di Max Weber. Come è noto, Weber reputa il potere legale una delle triplici forme con cui si manifesta la legittimità, e nello specifico quella fondata sulla razionalità. La legalità dell'ordinamento è perciò garante della sua legittimità, e viceversa, secondo un pensiero circolare che troverà l'epigono giuridico più illustre nella dottrina pura del diritto[1]. La forza di Weber consiste dunque nell'offrire una descrizione per *idealtyp* delle comunità susseguitesi nel corso delle vicende umane, che ne fotografa l'atto fondativo, e ne disseziona la struttura con acribia entomologica.

Ma a calare la relazione tra legalità e legittimità nell'agone della contingenza storica, rendendola in tal modo oppositiva e conflittuale, è stato Carl Schmitt[2]. Anche Schmitt illustra forme ideali di Stato, ma a fini meno teorici che strumentali alla riflessione sul crepuscolo della Repubblica di Weimar. Se la legalità è l'insieme delle disposizioni legislative prodotte dal Parlamento rappresentativo a canone di valutazione dell'agire dei consociati, la legittimità può definirsi come quell'altro insieme di condizioni fattuali, continuamente filtrate nell'agone politico, che conferisce legittimazione, in opposizione alla legalità[3]. Per Schmitt, ove tali ultime condizioni vengano meno, la legalità si svuota e si deve porre alla ricerca di un erede, che la ricostituisca in altra forma.

Di tale pensiero interessa in questa sede l'intuizione fondamentale in ordine alla storicità evolutiva del rapporto tra legalità e legittimità, incessantemente da

1. N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 82 ss.

2. C. Galli, *Crisi, morte e trasfigurazione di una Repubblica*, introduzione a C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, Il Mulino, Bologna, 2018 (1932), p. 20.

3. C. Schmitt, *Legalità*, *op. ult. cit.*, p. 44, in dichiarata polemica con Weber.

ridefinire nei suoi termini compiuti al di là di ogni sistematica cartesiana.

Non, viceversa, il convincimento che la divaricazione tra legalità e legittimità imponga di necessità una ricapitolazione conclusiva, culminante in una nuova decisione fondativa. Schmitt è nella sostanza un manicheo, che procede per *aut aut*. Le virtù del compromesso non gli sono congeniali. Il ripudio per lo Stato pluralista va di pari passo con la sua del tutto peculiare accezione di senso concernente i concetti generali e indeterminati della seconda parte della Costituzione di Weimar, che egli giudica quale parte del *surplus* politico (il «premio per il possesso legale del potere»), di cui la maggioranza si appropria in danno dell'opposizione[4]. La logica dell'amico/nemico non lascia spazio alla convivenza dei diversi.

Nello Stato costituzionale, viceversa, è proprio l'elasticità delle norme della Carta, la supposta indeterminatezza dei concetti, a permettere una costante riconciliazione tra legalità e legittimità, perché i moti che provengono da politica e società vi sono incanalati, fino al caso del consolidamento di essi, nell'immutevolezza del significante, in un significato rinnovato alla luce del patto pluralistico. Le crisi di legittimità non richiamano alla prova ordalica, ma sono al più occasioni di parziali adattamenti della legalità, che avvengono nella stabilità delle linee fondanti del quadro costituzionale.

Del resto, che l'emergenza sanitaria da coronavirus possa anche solo essere accostata allo stato di eccezione di cui Schmitt parla nella sua teologia politica è cosa che non si spiega[5], se non pensando a una frettolosa lettura, ovvero a una marcata sopravvalutazione di quanto è accaduto sul piano della legalità costituzionale.

Per Schmitt lo stato di eccezione si pone al di là del giudizio di legalità, perché «l'autorità dimostra di non avere bisogno di diritto per creare diritto»[6]. Ma, come ha implacabilmente dimostrato Massimo Luciani[7], non è questo il nostro caso: la "catena normativa" è stata puntualmente osservata. Stato di eccezione; *dictator* romano; tiranno greco; governo degli uomini anziché delle leggi; forza del fatto creatore del diritto, e così via, sono immagini che stimolano a rileggere i classici, ma poco calzanti per il caso di specie.

Ciò nonostante, resta di interesse fermarsi sulla tenuta della legalità durante l'emergenza sanitaria, in particolare nel rapporto con le istanze legittimiste che Regioni ed enti locali hanno cercato con brutalità di far valere.

Certo, siamo ben lontani dall'inquietante baluginio di Weimar, e dovremo accontentarci di vicende dotate di ben minor *pathos*, fortunatamente.

Tuttavia, resta rimarchevole la constatazione alla quale si giungerà al termine del presente lavoro: la fioritura di atti normativi e ordinanze le più varie non ha posto in crisi in linea astratta la legalità ordinamentale, alla luce della quale è, e sarebbe stato, tutt'altro che complicato risolvere le antinomie, adendo il giudice competente.

Le critiche che si sono mosse all'attuale riparto costituzionale delle competenze tra centro e periferia, insomma, appariranno ingenerose se con esse si è inteso sottintendere che quest'ultimo partorisce incertezze applicative, nei casi estremi delle crisi emergenziali. Si cercherà a breve di dimostrare proprio l'opposto.

Allo stesso tempo, *nei fatti* il rapporto tra fonte statale e fonte decentrata è stato piuttosto problematico perché ha risentito dei rapporti di forza tra i contendenti, e dello straordinario innalzamento del livello di legittimazione necessario per imporre, all'intera popolazione, costrizioni così affliggenti. La legalità sottostante alle istanze unitarie, in questo contesto fattuale, non sempre ha potuto affermare le proprie ragioni contro le riottose condotte delle autorità locali, il cui consenso è parso invece necessario, per rafforzare la legittimità delle misure da adottare.

«Chi è in grado di *im*porre il diritto mostra con ciò di essere competente a porre il diritto»[8]. Per scongiurare l'imposizione, lo si è detto, vi è la gabbia della gerarchia e della competenza. Ma quanto è rigida, questa gabbia?

3. Riflessi sul sistema delle fonti

Lo Stato costituzionale dissolve la sovranità in numerosi centri di imputazione delle scelte politiche. Per tale via, gerarchia e competenza si confrontano con la moltiplicazione democratica dei punti di

4. C. Schmitt, *ivi*, pp. 65 ss.

5. Sul punto, con esattezza, T. Epidendio, *Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da coronavirus*, in *Giustizia insieme*, 19 aprile 2010, www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/957-il-diritto-nello-stato-di-eccezione-ai-tempi-dell-epidemia-da-coronavirus.

6. C. Schmitt, *Le categorie del "politico"*, 1972, p. 40 – ed. or.: *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, Monaco-Lipsia, 1922.

7. M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 109-141.

8. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Quelle & Meyer, Lipsia, 1932, citato in C. Schmitt, *Legalità*, *op. cit.*, p. 130.

produzione normativa, che è a sua svolta specchio del pluralismo sia istituzionale, sia sociale. Un enorme fattore di complicazione delle fonti moltiplica le occasioni di conflitto, fecondando le più gravi incertezze applicative. Non vi è scampo: tanto più il potere si rende diffuso per sostenere la democrazia e prevenirne il tracollo, quanto più cresce un'entropia che mina la certezza del diritto e, con essa, quella stessa democrazia che si vuole irrobustire nel prisma del pluralismo. L'ennesimo paradosso della democrazia (termine assai provocatorio per un assetto politico fondato sulla *doxa*) raggiunge le fonti del diritto.

L'emergenza da coronavirus rende plastico ciò che era già avvertito per schizzi di matita: il sistema delle fonti, sollecitato dall'impellente bisogno di funzionare a pieno regime per rispondere al pericolo, subisce l'attrazione dei rapporti di forza tra i decisori politici, che sono molti (Stato, Regioni, enti locali, per non parlare del ruolo, nemmeno troppo occulto, delle forze sociali e dei mezzi di informazione) e indossano altrettante maschere (decreti legge, dpcm, ordinanze ministeriali).

È certamente ancora possibile ricondurre il flusso nella gabbia, su questo vigilano sia la Corte costituzionale, sia i giudici comuni. Ma non è detto che quegli stessi assetti fattuali, che si vorrebbero domati attraverso la gerarchia e la competenza delle fonti, permettano a chi ne avrebbe titolo di appellarsi a un criterio formale di risoluzione del confronto. Come sempre, l'atto stesso di adire una Corte è al contempo un atto di esercizio della attribuzione che con quel ricorso si intende proteggere; perciò, esso è condizionato dal medesimo contesto di fatto che ha reso l'attribuzione controversa.

4. Le fonti statali dell'emergenza sanitaria

Veniamo ora a riassumere i fatti, partendo dalla prospettiva dello Stato.

Il 23 febbraio il Governo, scoppiato il caso di Codogno, adotta il dl n. 6/2020 (convertito in modo fulmineo dalla legge 5 marzo 2020, n. 13).

Siamo nelle fasi iniziali dell'epidemia, la cui diffusione è ancora largamente ignota. Il decreto legge trova perciò applicazione nelle sole aree ove si siano riscontrati casi di positività al virus (art. 1, comma 1). La tecnica normativa consiste: a) nell'elencare le misure restrittive che possono essere prescritte (art. 1, comma 2) e la cui violazione costituisce reato (art. 3, comma 4); b) nel permettere l'impiego di «*ulteriori misure di contenimento*», non meglio denominate, ma parimenti presidiate dalla sanzione penale (art. 2); c) nel demandare a decreti del Presidente del Consiglio dei ministri l'adozione in concreto delle restrizioni; d) nel consentire a Regioni ed enti locali di esercitare il potere di ordinanza contingibile e urgente previsto, in particolare, dall'art. 32 della legge n. 833 del 1978, ma esclusivamente fino a quando non sopraggiunga il dpcm (art. 3, comma 2).

L'insieme delle misure è estremamente largo, e tale da coinvolgere l'esercizio di numerose libertà costituzionali: divieti di accesso e di allontanamento dal Comune, e quarantena per chi sia stato a contatto con persone contagiate (art. 16 Cost.); sospensione della libertà di riunione, persino in luoghi privati (art. 17 Cost.) e di culto (art. 19 Cost.); chiusura delle attività commerciali e industriali (art. 41 Cost.) e limitazioni alle attività lavorative (art. 36 Cost.). Possono altresì essere ridefinite le condizioni di accesso ai servizi pubblici essenziali, a propria volta base per l'esercizio dei diritti.

Il dl n. 6/2020 descrive tali misure con dettaglio, nel caso dell'art. 1, e senza determinatezza, nel caso dell'art. 2; conferisce al dpcm il compito di decidere se attivarle e come graduarle; riaccentra la competenza in sede nazionale, perché circoscrive le ordinanze regionali e locali alla sola frazione temporale necessaria all'intervento del Governo.

L'idea di fondo traspare chiaramente: non vi è modo di prevedere se, dove e con quale intensità il virus colpirà. Bisogna perciò procedere passo a passo, valutando ogni evenienza, compito al quale il legislatore non è idoneo. Si preferisce, perciò, offrire una base legale agli atti dell'esecutivo, nella prospettiva anzitutto di diversificare la risposta; poi, di correggerla in corso d'opera. La cornice temporale offerta a Regioni ed enti locali, nonché la clausola di (apparente) copertura legale di misure innominate, tradisce la convinzione, ben suffragata dall'evidenza scientifica, che la celerità della reazione sia indispensabile alla sua efficacia.

È l'Italia divisa in zone colorate, alla quale dà vita il primo dpcm di una lunga catena, emanato lo stesso 23 febbraio del 2020: esso replica fedelmente le misure indicate dall'art. 1, comma 2, dl n. 6/2020, senza aggiungerne alcuna (l'art. 2 resta perciò inattuato), e si limita a decidere in quali Comuni del Lombardo-Veneto dovranno trovare applicazione. Precisa, poi, che sarà l'autorità sanitaria competente a disporre la quarantena presso il domicilio. L'efficacia dell'intervento è limitata a 14 giorni.

In seguito, la corsa del virus obbliga a una progressiva estensione delle restrizioni al resto della penisola (sono i dpcm del 25 febbraio, 1° marzo, 8 marzo, 9 marzo, 11 marzo e 22 marzo). Posto che il dpcm può tardare a giungere se un profilo di urgenza connota in modo repentino uno specifico tratto del territorio nazionale, Regioni ed enti locali ne approfittano

per articolare una propria risposta preventiva, della quale però si tende a sostenere l'efficacia anche oltre la sopravvenienza, sul medesimo oggetto, dell'atto del Governo.

Ormai, la malattia imperversa sull'Italia intera e la strategia di un contenimento a macchia di leopardo non pare più efficace.

Il dl 25 marzo 2020, n. 19 (convertito dalla legge n. 35/2020) ha un vasto campo applicativo, pur continuando a rispecchiarsi nella logica normativa propria del dl n. 6/2020 (in larga parte abrogato), con la tecnica di descrivere le misure, oramai tutte dettagliate, e di affidarne l'esecuzione ai dpcm, restringendo lo spazio ricavato da Regioni ed enti locali grazie al precedente testo normativo. Tali misure sono oramai destinate a produrre effetto sull'intero territorio nazionale (art. 1, comma 1).

In particolare, il nuovo decreto legge: a) avverte il bisogno di convalidare i dpcm fino ad allora emanati, prendendo atto della loro vigenza (art. 2, comma 3); b) infittisce le misure adottabili: soprattutto, sopraggiunge la prerogativa di confinare chiunque nella propria dimora, permettendo di lasciarla solo per esigenze lavorative, di salute, o per urgenze (art. 1, comma 2); c) abbandona la sanzione penale a favore di quella amministrativa pecuniaria per chi viola le restrizioni, ma la rafforza per chi, positivo al virus, sfugga alla quarantena (art. 4, comma 6); d) limita il potere di ordinanza delle Regioni all'adozione di misure ulteriormente restrittive, e solo nelle more dell'adozione dei dpcm, mentre dichiara inefficaci le ordinanze dei sindaci in ogni caso di contrasto con le misure statali (art. 3), pur sanando quanto fino ad allora accaduto (art. 2, comma 3).

I dpcm si susseguono per prorogare l'efficacia temporale delle restrizioni (1° aprile) e in parte per affievolirle prima nei confronti delle imprese (10 aprile), poi di tutti (26 aprile). Con quest'ultimo atto (art. 10) si dichiara anche che continuano ad avere efficacia le misure più restrittive eventualmente adottate dalle Regioni (con previsione di dubbia legittimità nel confronto con quanto previsto dalla fonte primaria).

Infine, appiattitasi la curva epidemiologica, il dl n. 33/2020 riapre i battenti, con alcune limitazioni; contestualmente, il dpcm 17 maggio 2020, nel darvi attuazione, recepisce nel suo corpo le linee guida elaborate dalle Regioni, in particolare quanto ai criteri di riapertura delle attività di impresa.

In sintesi, hanno convissuto e convivono nel nostro ordinamento plurimi atti statali correlati all'emergenza sanitaria, per quanto qui interessa: tre decreti legge; parecchi dpcm; ordinanze del Ministro della salute (art. 2, comma 2, dl n. 19/2020).

5. Le fonti regionali e locali

Alle fonti statali, nella gestione dell'emergenza si è affiancata una pletora di ordinanze regionali e comunali, intese in un primo momento per lo più in senso restrittivo, e poi, nella cd. "seconda fase", nella direzione opposta[9].

Per valutare la legittimità di una simile sovrapposizione agli atti statali, occorre premettere che tali ordinanze contingibili e urgenti sono anch'esse soggette al principio di legalità, e debbono perciò trovare fondamento nella legge.

Quanto alla legislazione statale di principio in materia di tutela della salute e protezione civile, gli artt. 32 l. n. 833/1978, 117 d.lgs n. 112/1998 e 50 d.lgs n. 267/2000 riconoscono a Regioni ed enti locali il potere di ordinanza, anche per ragioni di igiene e sanità pubblica, ma pur sempre con efficacia limitata al corrispondente territorio. Il riferimento alla «efficacia», contenuto nell'art. 32, va correttamente inteso alla luce del successivo art. 117, che precisa come la competenza sia ripartita tra Stato, Regioni e Comuni «in ragione della dimensione dell'emergenza». Non è, perciò, che l'attribuzione spetti per il solo fatto, di per sé ovvio, che le ordinanze producano effetti sul solo territorio locale; vi è, invece, che essa non sussiste, perlomeno sulla base di tale normativa, una volta che si sia palesato il carattere nazionale della crisi. In tale ipotesi, le autorità locali dovranno, piuttosto, riferire a quelle centrali, perché siano queste ultime a provvedere.

Tale riparto della funzione amministrativa, in materie oggetto di potestà legislativa concorrente, non suscita dubbi di legittimità, neppure alla luce del principio di sussidiarietà verticale. Nella prima fase della crisi, quando non era dato neppure capire il grado di diffusione del virus sull'intero territorio della Repubblica e si poteva pensare a isolati focolai locali, non pareva discutibile la legittimità di eventuali ordinanze di urgenza a livello decentrato. A condizione, va aggiunto, che esse fossero adottate nel rispetto dell'art. 120, primo comma, Cost., che vieta alla Regione di ostacolare la libera circolazione delle persone tra le Regioni: dunque, bene un impedimento a lasciare il proprio Comune per raggiungerne un altro

9. L'analisi più sistematica di questo profilo si deve a M. Luciani, *Il sistema*, *op. cit.*, e a S.G. Guizzi, *Stato costituzionale di diritto ed emergenza Covid-19: note minime*, in *Il diritto vivente*, numero monografico, giugno 2020, pp. 18 ss., www.magistraturaindipendente.it/attache/25/file/Il_diritto_vivente_n._speciale_COVID-19_DEF_%281%29.pdf.

nella Regione, male (e incostituzionale) il divieto di entrare o uscire dalla Regione stessa.

In seguito, il legislatore statale, con i ddll nn. 6/2020 e 19/2020, ha inteso dettare una disciplina di principio *ad hoc* per l'emergenza coronavirus, che ha coinvolto anche il potere locale contingibile e urgente.

Come si è visto, il dl n. 6/2020 permette l'impiego delle ordinanze contingibili e urgenti di Regioni ed enti locali, sulla base della normativa richiamata a inizio paragrafo (art. 3, comma 2): dunque, nonostante evidenze di un carattere nazionale della crisi, si consente che le autorità decentrate si attivino in ogni caso, ma soltanto «nelle more dell'adozione» dei dpcm. Il significato dell'espressione non si presta ad equivoci: una volta che l'atto statale abbia regolato la fattispecie, ad esempio ritagliando le zone rosse, o stabilendo quali attività commerciali debbano arrestarsi e quali proseguire, non vi è più spazio per un analogo intervento decentrato, né in senso ampliativo, né in senso restrittivo.

Come si sa, le cose non sono andate in questo modo, e la alluvionale produzione locale non si è arrestata[10].

Il dl n. 19/2020 ha ritenuto opportuno farla salva, il che esime dall'interrogarsi ora sulla legittimità degli atti così adottati. Al contempo, si è precisato che, sempre nelle more dei dpcm e fino al loro sopraggiungere, le Regioni, «in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario», sono competenti a prescrivere ulteriori misure restrittive (art. 3, comma 1). In tale fase, dunque, è da ritenere che le ordinanze regionali possano anche sovrapporsi a oggetti regolati dai dpcm (ad esempio, istituendo altre zone rosse), ma solo nella direzione di renderle più stringenti (se la situazione epidemiologica fosse peggiorata), e fino a che non sia emanato un nuovo dpcm.

Quanto invece ai Comuni, il dl n. 19/2020 preclude loro il ricorso al potere di ordinanza su qualsivoglia profilo già regolato dagli atti statali, di per sé già ampiamente esaustivi (art. 3, comma 2).

6. [*Segue*]

Va poi considerata l'eventualità che il potere di ordinanza regionale e locale trovi il proprio fondamento giuridico nella legge regionale, anziché in quella statale. La giurisprudenza costituzionale ammette che la riserva di legge contenuta nell'art. 16 della Costituzione si riferisca anche alla fonte regionale (sentenze nn. 51/1991 e 264/1996). Inoltre, l'art. 7, comma 1, lett. *b*, d.lgs n. 1/2018 (codice della protezione civile) contempla l'impiego locale di «poteri straordinari», purché disciplinati dalla legislazione regionale.

Naturalmente, la trattazione del tema richiederebbe un'analisi dettagliata di ciascuna legislazione regionale pertinente, ciò che esula dall'oggetto del presente scritto.

In linea di massima, però, dovrebbe ritenersi che anche eventuali atti legislativi di siffatta natura, se preesistenti all'emergenza, siano stati superati dalle norme di principio contenute nella decretazione d'urgenza, che li avrebbe abrogati con il meccanismo previsto dall'art. 10 della "legge Scelba". Abrogazione efficace per la parte in cui, in riferimento all'emergenza del nuovo coronavirus, le disposizioni statali di principio mutano la legislazione di cornice, regolando direttamente una fattispecie in precedenza normata dal legislatore regionale in forza della pregressa normativa statale.

7. Le fonti tra legalità e legittimità

Soffermiamoci ora sul funzionamento del sistema delle fonti, nel rapporto tra ordinanze statali e atti decentrati.

Il quadro appena tratteggiato non lascia spazio a gravi incertezze esegetiche: offre, in altri termini, all'interprete un tragitto agevole per superare le antinomie.

Regioni ed enti locali sono titolari, in base alla legge dello Stato, del potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti, *con riferimento alle sole emergenze localizzate nei rispettivi territori*. Ove, invece, esse abbiano carattere nazionale, l'art. 25, comma 1, d.lgs n. 1/2018 si limita a coinvolgere la Regione, con il meccanismo dell'intesa, nell'adozione delle ordinanze statali di protezione civile, al fine di coordinare gli interventi.

Nel caso di specie, peraltro, è prioritario il profilo della salute pubblica, al quale corrisponde la competenza legislativa concorrente "tutela della salute".

Le autonomie, quindi, neppure potrebbero intervenire nell'esercizio delle vaste attribuzioni loro riconosciute in materie i cui oggetti sono intersecati dai provvedimenti di sanità: non potrebbero, ad esempio, aprire o chiudere esercizi commerciali in forza del titolo residuale sul commercio, atteso che le serrande si alzano o si abbassano con riferimento all'interesse

10. Secondo S.G. Guizzi, *op. ult. cit.*, è «quanto mai opportuna (...) la decisione di circoscrivere l'ambito di intervento regionale» (vds. p. 38) da parte del legislatore statale. E ciò anche alla luce delle ripetute violazioni inflitte a tale previsione.

della salute, che segna la competenza a decidere secondo il criterio della prevalenza.

Si può anche ipotizzare che la decretazione d'urgenza, nel perimetrare il campo di efficacia delle ordinanze regionali e locali, non abbia con ciò operato alcuna chiamata in sussidiarietà quanto al potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti. La chiamata in sussidiarietà, infatti, richiede che vi sia bisogno di accentrare l'esercizio della funzione amministrativa e che, di conseguenza, a ciò si debba accompagnare una disciplina legislativa di essa, che lo Stato non sarebbe in linea di principio competente a dettare nelle materie attribuite alla potestà legislativa regionale (un modello teorico lanciato dalla notissima sentenza n. 3030/2003 della Corte costituzionale e mai smentito fino ad oggi). Nel nostro caso, alle Regioni e agli enti locali spetta il potere di provvedere d'urgenza, in deroga a norme vigenti, solo per emergenze di carattere territorialmente circoscritto all'area di loro competenza. Lo Stato non ha perciò necessità di avocare alcunché a sé, posto che la natura nazionale della crisi ne fonda già la competenza a provvedere. Inoltre, nessuna regolamentazione giuridica *ad hoc*, per la quale il legislatore statale sarebbe privo di competenza, si accompagna alla presunta chiamata, come invece dovrebbe accadere in tali casi. Sarebbe invero assai curioso che la legislazione statale, a fronte di una malattia ad amplissimo spettro di diffusione sul territorio nazionale, non potesse decidere di chiudere i confini di un comune lombardo o siciliano, se non attraendo a sé una funzione che, stanti tali presupposti, nessun regionalismo le può sottrarre normativamente. In conclusione, sia la carenza di un'attribuzione normativa alle autonomie del potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti a fronte di un'emergenza nazionale, sia la già sussistente potestà legislativa statale a disciplinare la materia rendono assai dubbio che sia corretto tecnicamente ragionare nei termini di una chiamata in sussidiarietà.

Del resto, se di attrazione sussidiaria si trattasse, essa sarebbe allora illegittima perché accompagnata dal solo coinvolgimento del presidente della giunta regionale, che viene sentito, anziché dalla doverosa intesa richiesta dalla giurisprudenza costituzionale.

Altro discorso, naturalmente, varrebbe nel caso in cui il Governo avesse deciso di "commissariare" le sanità regionali, ovvero le strutture amministrative che senza dubbio pongono capo all'autonomia decentrata. Tale risposta, senz'altro ammessa dall'art. 120, secondo comma, della Costituzione, non è però mai stata neppure ipotizzata seriamente.

8. [*Segue*]

Ne consegue che la gestione statale del sistema delle fonti ha, contrariamente all'apparenza, non già conculcato le autonomie, ma piuttosto subito la forza legittimante che derivava loro dalla compenetrazione con i territori colpiti, dall'appoggio di parte dell'opposizione e dei mezzi di informazione, dal controllo esercitato sull'organizzazione sanitaria e dei servizi.

Il Governo ha insomma conferito ulteriore base legale alle autonomie, perché esse potessero provvedere con urgenza: non si è maliziosi nel ritenere che ciò sia accaduto non solo per dotarsi di un mezzo di pronta reazione, ma anche per distribuire verticalmente la responsabilità politica della gestione della crisi, la cui enormità non ha potuto poggiare sulle sole spalle dell'Esecutivo nazionale (basti ricordare la polemica sul soggetto, se Stato o Regione, al quale spettasse chiudere le zone del bergamasco già altamente contagiate nel mese di febbraio, e ugualmente lasciate aperte alla circolazione). Quest'ultimo è il vero tratto significativo sul funzionamento del sistema delle fonti durante la crisi.

Sul piano giuridico, il conferimento alle autonomie territoriali del potere di ordinanza si è accompagnato alle estreme cautele riassunte nei paragrafi precedenti. Il dl n. 19/2020, con un ulteriore giro di vite, vi ha poi affiancato anche le ordinanze del Ministro della salute (art. 2, comma 2).

Sul piano politico, invece, è sotto gli occhi di tutti che un variegato complesso di fonti decentrate abbia concorso a governare l'emergenza, posto che il Governo non ha ritenuto spesso né di annullarle ai sensi dell'art. 138 Tuel e 2, comma 3, legge n. 400/1988, né di impugnarle, quanto agli atti regionali.

Certamente, ciò talvolta è accaduto, e i Tribunali amministrativi sono stati pronti nell'applicare i criteri di gerarchia e competenza per tutelare l'istanza centralista, proprio come un osservatore esterno interessato alla legalità si sarebbe aspettato che accadesse[11]. Ma, a essere onesti, si è trattato di un contenzioso avviato con Regioni (le Marche; la Calabria) il cui peso politico non è particolarmente significativo.

Per le Regioni del Nord produttivo, motore economico del Paese, il discorso cambia. Rappresentate da presidenti di giunta quando non popolari, certamente di visibilità nazionale; forti di una netta maggioranza politica, militante dal lato dell'opposizione parlamentare; sostenute dal mondo dell'impresa e della cultura (si pensi alla proprietà dei maggiori mezzi di informazione del Paese, nella sostanza concentrata tra

11. Oltre alla giurisprudenza richiamata da M. Luciani, *Il sistema*, *op. cit.*, si può leggere la sopravvenuta sentenza del Tar Calabria, 9 maggio 2020, n. 841.

Lombardia e Piemonte) che, anzi, detta loro la linea e influenza grandemente l'opinione pubblica. Insomma, assai potenti, queste Regioni non possono essere liquidate facilmente.

Non si sfugge, infatti, all'impressione che i passaggi salienti della crisi sanitaria siano stati in larga misura dettati al Governo, sia quando si è trattato di fermare l'Italia (Roma esitava), sia quando è stato il tempo di riavviarla (Roma temeva).

Il dl n. 19/2020 arriva in corsa, solo dopo che il Nord annuncia pubblicamente che, in caso contrario, avrebbe provveduto da sé. La riapertura delle attività è decisa a maggio, in anticipo sul calendario previsto, perché le Regioni la pretendono, e già fanno da sé.

Vi è poi l'art. 120, secondo comma, della Costituzione, che consente al Governo di sostituirsi alle autonomie territoriali per i casi di grave pericolo per l'incolumità pubblica. Chi maneggia la giurisprudenza costituzionale sa bene che il ricorso a tale strumento di garanzia dell'unità nazionale è tutt'altro che raro. Proprio in campo sanitario, un discreto numero di Regioni è stato ad esempio sostituito da commissari *ad acta* statali per ripianare il debito accumulato, perdendo così ogni autonomia. Naturalmente, non si tratta di occupare militarmente l'ente con il proprio personale, ma, piuttosto, di impartire direttive vincolanti di azione. Nel caso del nuovo coronavirus, sarebbe stato, ad esempio, assai prezioso coordinare un'unica strategia nazionale sui tamponi da effettuare per monitorare l'andamento dell'epidemia; sull'assistenza domiciliare da riservare ai contagiati; sulle terapie da impiegare, e così via. Si è invece andati in ordine sparso, ciò che ha minato la capacità stessa di avere un quadro certo dei progressi epidemiologici, per adattarvi le forme di contenimento.

A ben vedere, la scelta del Governo, a partire dal dl n. 19/2020 e in avanti, di riservare il medesimo trattamento a tutte le Regioni d'Italia, quale che ne fosse lo stato di salute (come è noto, assai diverso da territorio a territorio), è stata politicamente la sola arma a disposizione per sostenere l'istanza unitaria.

Diversificando, si sarebbe rimarcato ulteriormente uno spazio giuridico aperto alle incursioni corsare di chi lo amministra in sede decentrata.

E, infatti, al dl n. 33/2020, che abbandona la strada delle misure nazionali a favore di risposte per specifiche aree territoriali, si accompagna contestualmente il dpcm del 17 maggio 2020, con cui è segnata la rivincita delle Regioni. Nel recepire le linee guida concordate dalle autonomie sulle cautele da osservare nell'esercizio dell'impresa, e del commercio in particolare, l'unità si recupera, ma dal basso. A imporsi non è il volto della Repubblica una e indivisibile, nei cui tratti ombreggiano i lineamenti del Governo[12], ma, piuttosto, quello – davvero inedito – di una Repubblica una, in quanto divisa territorialmente. La fonte statale è stata conquistata, la competenza normativa si arrende ai rapporti di forza.

Che dire, in conclusione? A ben vedere, non è parso difficile il governo giudiziario delle antinomie tra fonti statali e fonti regionali e locali. Tutt'altro è stato invece da dirsi, quanto alla capacità e alla volontà politica del potere centrale di far valere innanzi ad un giudice l'esorbitanza dai propri confini, da parte delle scalpitanti autorità decentrate.

La legalità costituzionale traccia saldamente la rotta; il giudice vigila sugli incidenti di percorso; ma sono poi sia criteri di legittimità, sia la brutalità dei fatti che ne è il retroterra, a stabilire quale fonte del diritto si imporrà, quando l'atto che ne è espressione non possa essere impugnato per motivi che appartengono meno al diritto che alla politica.

9. Fonti e proporzionalità degli interventi

Ma perché a impugnare non sono stati i cittadini? Veniamo ora alla controversa dinamica delle fonti statali, scandita dall'alternanza di due decreti legge e numerosi dpcm.

Chi scrive, come si è detto prima, resta convinto che in ciò non vi sia stato alcunché di incostituzionale, perché la decretazione d'urgenza è stata concepita proprio per lo scopo per il quale essa è stata qui usata; e perché è stata quest'ultima, e non i dpcm, ad assolvere alle condizioni poste dalla riserva relativa di legge in tema di libertà di circolazione, affinché con i secondi fossero concretizzate, con discrezionalità tecnica, le misure da prescrivere[13].

Ma molti commentatori sono stati di opinione opposta[14]. Ora, posto che tale opinione deve essere stata condivisa da numerosi operatori del diritto, ben

12. Corte costituzionale, sentenza n. 274/2003.

13. In questo senso risale la catena normativa e ne dimostra la conformità a Costituzione M. Luciani, *Il sistema*, *op. cit.*

14. Tra questi, M.G. Civinini e G. Scarselli, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in questa *Rivista online*, 14 aprile 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/emergenza-sanitaria-dubbi-di-costituzionalita-di-un-giudice-e-di-un-avvocato_14-04-2020.php; F. Filice e G. Locati, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, *ivi*, 27 marzo 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/lo-stato-democratico-di-diritto-alla-prova-del-contagio_27-03-2020.php; A. Natale, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, *ivi*, 28 marzo 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/il-decreto-legge-n-19-del-2020-le-previsioni-sanzionatorie_28-03-2020.php; G.L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in

allenati alla palestra dei tribunali, per quale ragione nessuno di questi si è intestato una battaglia civica per chiedere al giudice di fermare la barbarie giuridica? Il convincimento sull'alterazione del sistema delle fonti, a causa del presunto e biasimato capovolgimento tra atti aventi forza di legge e atti secondari, non è stato pari alla determinazione di far valere il vizio di legittimità costituzionale.

Quale che sia l'opinione che si abbia a proposito di tali tesi giuridiche, il punto è che, ancora una volta, la cruda realtà dei fatti ha ostruito ogni via. Si può cioè supporre che si sia dovuto capitolare avanti alla necessità, da tutti avvertita, che quelle stesse misure di cui si predicava la difformità dalla legalità costituzionale restassero efficaci. Il vuoto normativo avrebbe potuto conferire al virus l'impulso per dilagare e seminare morte. Ciò che, ovviamente, nessuno voleva accettare, quale rischio della propria campagna di legalità.

I fatti, insomma, tendono ad atteggiarsi a fonte, al punto che un autore ha ipotizzato (a parere di chi scrive, in modo non condivisibile) sia la illegittimità delle restrizioni, sia la conformità di esse alla superiore legalità circostanziale dell'emergenza[15].

Se tale circostanza mostra in potenza la dicotomia tra fonti legali e fonti legittime, alla quale può condurre l'abbandono dei criteri di gerarchia e competenza, dall'altro lato resta assai dubitabile che, nel concreto, la divaricazione abbia davvero avuto luogo.

Debbono venir distinte due fasi, che si potrebbero definire dell'emergenza (vi siamo tutt'ora) e dell'emergenza nell'emergenza (finora, i mesi da febbraio a maggio del 2020, sperando di non dovervi tornare nel prossimo futuro).

La seconda non poteva essere affidata al governo della legge ordinaria, e persino la decretazione d'urgenza non sarebbe bastata a stare dietro a un mutamento dello stato dei fatti così repentino, da richiedere adattamenti persino *ad horas*.

La legge, in materie siffatte, è accerchiata da un movimento concentrico. Per un verso, avanza la baldanzosa pretesa della tecnica di surrogare la politica, sterilizzando il conflitto attraverso un ecumenismo epistemologico, dei cui presupposti è lecito peraltro dubitare; per altro verso, generalità e astrattezza si confrontano con il nuovo costituzionalismo "dal volto umano", che esige rispetto per l'assiologia del caso giudiziario, e volge la coerenza intrinseca della legge (criterio della ragion pura) in proporzionalità (criterio della ragion pratica).

La costrizione del legislatore all'osservanza di certi presupposti scientificamente dati si combina con il dovere di valutare l'idoneità, la necessità e la proporzionalità stretta dell'atto prescrittivo, al punto che, in date circostanze estreme di emergenza, tali condizioni di legittimità costituzionale non possono essere soddisfatte.

Non può ritenersi necessario, in senso tecnico, un intervento più gravoso di un altro che, a parità di efficacia, ottenga il medesimo obiettivo perseguito, ma con un sacrificio minore. Non è idoneo un atto che, pur comprimendo le libertà, ugualmente non è sufficientemente rigido da raggiungere lo scopo. Non è adeguatamente bilanciata una norma che, a fronte di condizioni epidemiologiche del tutto differenti, ottiene per l'intera penisola un'identica "pesatura" dei principi in conflitto.

Allora, l'estrema difficoltà per la legge di combinarsi con tali requisiti di proporzionalità, nel mentre la realtà fattuale muta senza sosta, è palese, e la espone a censura.

Viceversa, tali requisiti sono ben più facilmente presenti in un atto secondario, modificabile in un lampo, che si adatti all'andamento del contagio e tenga conto, giorno per giorno, delle risultanze mediche e scientifiche. Solo quest'atto può reggere al test della proporzionalità, nel caso estremo che si è manifestato.

È quindi la legge, e non il dpcm, che sarebbe sospetta di illegittimità costituzionale, se ambisse a una disciplina uniforme e tendenzialmente stabile degli strumenti di contrasto a un'epidemia subdolamente cangiante con grande imprevedibilità.

Durante l'"emergenza dell'emergenza", insomma, nel rapporto tra fonti non si è disarticolata la gerarchia (come invece denunciano i critici), posto che la copertura formale del dpcm riposa sempre sull'atto avente forza di legge. Piuttosto, la realtà fattuale ha ingiunto a ciascuna fonte un suo contenuto peculiare: il legislatore appronta le misure, il Governo deve dosarle con proporzionalità, come ci ricorda acutamente Giovanni Tulumello[16].

Del resto, se la priorità di salvare la vita (più che un valore "tiranno", la precondizione stessa dell'esercizio di ogni altra libertà) nella primissima fase dell'infezione non può essere raggiunta se non con la cessazione di ogni attività, allora i margini del compromesso politico sono ben ristretti. Quando si chiude, si chiude. Il tempo del bilanciamento è provvisoriamente sospeso, la tirannia della vita non ammette dissenso.

Sistema penale, 2 aprile 2020, www.sistemapenale.it/it/articolo/diritti-fondamentali-coronavirus-necessaria-una-legge-sulla-quarantena-gian-luigi-gatta.

15. F.S. Marini, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi*, *paper*, 22 aprile 2020.

16. G. Tulumello, *Ex captivitate salus?,* in *Giust. amm.*, n. 4/2020 (www.giustamm.it/print/dottrina/6241).

Naturalmente, la "sola" emergenza è un'altra faccenda. Una volta ammesso che con il virus si debba convivere per lungo tempo, e raggiunte le condizioni materiali perché ciò sia compatibile con la tutela della vita (incremento dei posti di terapia intensiva, distribuzione di materiale protettivo, e così via), le esigenze di un bilanciamento politico-parlamentare lievitano. Nella persistenza dei criteri di gerarchia e competenza delle fonti, la realtà dei fatti cessa di prescrivere contenuti. Anzi, il principio di legalità sostanziale, entro il primato del processo di integrazione politica parlamentare, conduce a rivisitarli. Spetta alla legge ora elaborare una strategia, trovare il punto di equilibrio di lungo periodo, decidere le attività da privilegiare e quelle da posporre, garantire le libertà costituzionali. Perché, per limitarsi a un solo esempio, un conto è chiudere fabbriche e chiese, altro conto aprire le prime e tenere serrate le seconde. Il dubbio che la libertà religiosa non sia illegittimamente dimidiata dovrà trovare risposta in dati epidemiologici incontrovertibili, non aggirabili con mezzi di contenimento, soggetti allo scrutinio del legislatore.

10. Conclusioni

Alcune parole conclusive. Il coronavirus ha testato le capacità della nostra Costituzione di opporsi alle catastrofi naturali, orientare le scelte valoriali, attivare con efficacia le fonti del diritto. La risposta è stata eccellente. La Costituzione ha mostrato di avere in sé ogni strumento per gestire la crisi, anche in condizioni di estrema urgenza e concitazione, nel contempo rispettando la forma di governo e le libertà costituzionali, pur compresse temporaneamente in misura estremamente severa, ma purtroppo inevitabile.

Nei fatti, la crisi suggerisce di separare l'approccio descrittivo da quello prescrittivo, quanto al sistema delle fonti. La legalità costituzionale dell'assetto fondante non è posta in discussione. Gerarchia e competenza continuano a consentire la risoluzione dei contrasti tra centro e periferia, orientando allo stesso tempo il rapporto tra atti aventi forza di legge e fonti secondarie.

Ma il pluralismo proprio della Costituzione si interseca al piano della legittimità, mentre ferve il lavorio di ridefinizione dei confini di un potere oramai del tutto diffuso. Le ipoteche che la fonte statale ha subito ad opera delle Regioni sono state molteplici, sia perché si è consentita la permanenza nell'ordinamento di atti regionali di dubbia legittimità, omettendo di impugnarli; sia perché il contenuto stesso della normativa statale è stato infiltrato dalle autonomie, fino all'inclusione in un dpcm di linee guida "nazionali", ma concordate dalle Regioni tra loro.

Non si è trattato solo dell'esercizio delle consuete pressioni degli interessi organizzati sul legislatore. Vi è stata anche l'ambizione politica di affermare la prevalenza, o se si vuole la concorrenza, della fonte regionale rispetto a quella statale, con una disinvolta riscrittura della legalità, forte del radicamento sul territorio delle autonomie. Una pretesa, insomma, di reindirizzare la legalità sulla base della legittimità. Sul piano descrittivo, che è quello che ora interessa, è un fenomeno perlomeno degno di essere valutato.

Tuttavia, non si dimentichi questo: le ipoteche politiche che si avanzano sulle fonti possono rivelarsi caduche quanto le condizioni che le hanno generate. La durezza dei criteri di gerarchia e competenza, finché un giudice indipendente ne assicura la tutela, è uno scoglio che si può talora aggirare con una buona rotazione della nave, ma sul quale è anche facile fare naufragio, se gli si punta direttamente contro.

Tecnologie di sorveglianza e contenimento della pandemia

di *Carlo Blengino*

Internet e le tecnologie digitali hanno assunto, nel drammatico periodo che stiamo vivendo, un ruolo centrale. Le soluzioni tecnologiche di sorveglianza adottate dagli Stati per contenere la pandemia possono, se non adeguatamente governate e regolamentate, minare e limitare le libertà e i diritti fondamentali riconosciuti alle persone nelle società democratiche. Un'analisi dei limiti tecnologici e normativi di un soluzionismo spesso sopravvalutato.

1. Convivere col virus e con la sorveglianza digitale / 2. Dall'*habeas corpus* all'«*habeas data*»: per non sacrificare il corpo digitale in nome della salute / 3. Proteggere i dati / 4. Finalità e basi giuridiche: *tracing*, *exposure alert* e controllo delle misure di contenimento / 5. Tracciamento digitale di prossimità / 6. "Immuni" / 7. I limiti del soluzionismo digitale

1. Convivere col virus e con la sorveglianza digitale

Con la prima fase emergenziale della lotta per il contenimento della pandemia, nel periodo del "*lockdown*", abbiamo tutti finalmente compreso come la costante connessione in rete di persone, macchine e oggetti sia ormai parte essenziale ineludibile della nostra vita: non c'è più soluzione di continuità tra la vita *on-line* e la vita *off-line*. Pare essersi improvvisamente (e forzosamente) realizzata negli ultimi mesi la profezia che fece nel 2012 Eric Schmidt, già amministratore delegato e presidente di Google Inc.: «*In futuro* (...) *la tecnologia non avrà soluzione di continuità. Sarà semplicemente già lì. Il Web sarà tutto, e sarà anche nulla. Sarà come l'elettricità e*» proseguiva Schmidt «*se comprenderemo bene questo punto, credo che potremo risolvere tutti i problemi del mondo*»[1].

Risolvere tutti i problemi del mondo con la tecnologia appariva allora – otto anni fa – e ancora può apparire oggi affermazione utopica e velleitaria, ma se osserviamo ciò che ci attende nella prossima fase di convivenza con il virus e analizziamo il proliferare di soluzioni tecnologiche che quotidianamente vengono proposte in relazione all'emergenza sanitaria per monitorare e contenere l'epidemia, quella frase assume una valenza assai più concreta, e per certi versi inquietante.

L'applicazione "Immuni", il sistema di allerta di potenziale contagio basato su dati di prossimità dei nostri *smartphone* realizzato dal Governo sulla base del protocollo predisposto da Apple e Google e di cui molto si discute, è solo una delle tante soluzioni tecnologiche che quotidianamente vengono proposte da Stati, enti privati e aziende per organizzare e monitorare la nostra vita nel prossimo incerto futuro con la pandemia.

1. E. Schmidt, *The World Around Us*, discorso tenuto al convegno «Zeitgeist 2012», 15 ottobre 2012, disponibile *online* all'indirizzo: www.youtube.com/watch?v=kUHF43xjMJM.

Diverse applicazioni simili a "Immuni", legate ai nostri *smartphone* o a dispositivi dedicati (come braccialetti elettronici o semplici "*token*" dotati di sensori) sono state realizzate senza adeguate valutazioni da alcune Regioni come la Sardegna[2] e da diverse aziende private[3] per tracciare spostamenti e contatti di cittadini, utenti e dipendenti; in molti luoghi delle nostre città sono comparsi *scanner* per l'accesso a luoghi pubblici, che rilevano i nostri dati biometrici per monitorare lo stato di salute di avventori e clienti; negli asili, nelle scuole e in alcune fabbriche fanno la loro comparsa telecamere intelligenti in grado di rilevare il distanziamento sociale degli alunni e degli operai[4]; e se a Singapore cani-robot pattugliano i parchi per segnalare assembramenti[5], in Italia i droni vengono autorizzati per controllare persone o zone e quartieri sottoposti a isolamento e quarantena[6]. In generale, *software* evoluti in grado di analizzare e incrociare diverse banche dati sono proposti dalle aziende del settore alle varie autorità sanitarie per tracciare la vita dei cittadini, degli infetti e dei sani, e fornire informazioni (dati) per controllare l'epidemia[7].

Sono tutti sistemi di sorveglianza di massa resi possibili dalle tecnologie digitali e, sebbene molti percepiscano agevolmente – quasi istintivamente – i rischi propri di tali tecnologie sulla nostra vita privata e sulle nostre libertà, cogliendone le implicazioni distopiche di orwelliana memoria, non è semplice, a fronte di una finalità certamente fondamentale e condivisa quale la tutela della salute pubblica, trovare chiari parametri e inequivoci limiti di liceità per tali soluzioni, per ognuna di esse, nel nostro ordinamento.

È necessario infatti individuare correttamente i beni giuridici coinvolti nell'adozione di ogni singola soluzione tecnologica e valutare le concrete implicazioni, non sempre evidenti, della loro implementazione concreta nella vita delle persone. È necessario, insomma, aver contezza di quanto profonda sia la rivoluzione digitale in atto.

Per far ciò occorre conoscere e dominare quella tecnologia, cogliere la potenza e la fragilità che una semplice riga di codice informatico può generare in una banale applicazione per *smartphone* o aver contezza delle distorsioni cognitive che un algoritmo evoluto di *machine learning* che opera su grandi moli di dati può indurre nelle scelte dei decisori o banalmente, con la profilazione e il cd. *micro-targeting*, nell'esercizio quotidiano delle nostre decisioni.

E occorre anche aver chiari i rapporti di forza e di potere tra i diversi attori dell'innovazione tecnologica, tra i governi (più o meno democratici) e le note *Big Tech* che detengono la tecnologia: nell'attuale emergenza sul tema del *contact tracing*, la soluzione tecnologica di due sole società commerciali della Silicon Valley, Google e Apple, ha di fatto dettato e imposto scelte prettamente politiche, di sanità pubblica, ai parlamenti e ai governi del mondo, imponendosi su ogni dibattito democratico.

Lo stato di emergenza, l'eccezionalità che ha caratterizzato la prima fase della pandemia e che ha giustificato significative compressioni di diritti fondamentali da tempo consolidati come la libertà di movimento, sembra inoltre destinato a perdere, in relazione alle attività di controllo e sorveglianza, la sua valenza temporanea, limitata e straordinaria, vuoi per l'incertezza circa i tempi della nostra convivenza col virus nell'attuale pandemia, vuoi per la prospettiva, da più parti ipotizzata, di rischi epidemici divenuti endemici nella nostra società globale e iper-connessa. È reale il rischio che misure temporanee di sorveglianza accettate inizialmente per limitati periodi emergenziali diventino progressivamente prassi e

2. L'*app* "Sardegna Sicura" è disponibile sugli *app-store* di Google e Apple. Tra i molti articoli, vds. *Ecco Sardegna Sicura: "traccia" i movimenti nell'Isola*, *L'Unione Sarda*, www.unionesarda.it/articolo/news-sardegna/cagliari/2020/06/12/ecco-la-app-sardegna-sicura-traccia-i-movimenti-nell-isola-136-1028508.html.

3. Sono diverse la aziende private che hanno sviluppato *app* e dispositivi proprietari di controllo. Vds., ad esempio: *Lavorare in sicurezza. L'App anti-Covid di Node "contagia" le cooperative*, *Avvenire*, 16 giugno 2020, www.avvenire.it/economia/pagine/lavorare-in-sicurezza-testa-anti-covid-gratuito.

4. *Sicurezza anticontagio, a Biella la prima scuola italiana "governata" dall'intelligenza artificiale*, *La Repubblica* (Torino), 13 giugno 2020, www.torino.repubblica.it/cronaca/2020/06/13/news/sicurezza_anticontagio_a_biella_la_prima_scuola_governata_dall_intelligenza_artificiale-259115823; e, ancora, negli stabilimenti di Amazon: *Amazon deploys AI 'distance assistants' to notify warehouse workers if they get too close*, *The Verge*, 16 giugno 2020, www.theverge.com/platform/amp/2020/6/16/21292669/social-distancing-amazon-ai-assistant-warehouses-covid-19.

5. *Cane robot fa guardia contro violazioni di distanziamento sociale: la scelta* hi-tech *di Singapore*, *Rai news*, 10 maggio 2020, www.rainews.it/dl/rainews/media/Cane-robot-fa-guardia-contro-violazioni-di-distanziamento-sociale-la-scelta-hi-tech-di-Singapore-016a39a2-02fd-4ffa-862c-b91192a5a886.html.

6. *Cfr*. le linee guida per la ripresa del traffico negli aeroporti a partire dalla "Fase 2" (LG 2020/001-APT), 12 giugno 2020 (ed. n. 4), https://www.enac.gov.it/la-normativa/normativa-enac/linee-guida/lg-2020001-apt.

7. Un acceso dibattito tra gli esperti del settore ha suscitato l'appalto conferito dal Governo britannico alla società Palantir Technologies Inc., una delle società più aggressive e discusse che lavora su *big data* e *machine learning* – *cfr*. www.cnbc.com/2020/06/08/palantir-nhs-covid-19-data.html.

consuetudini delle nostre società, modificando i rapporti interpersonali e, soprattutto, il rapporto bio-politico dei cittadini con l'autorità e lo Stato.

2. Dall'*habeas corpus* all'«*habeas data*»: per non sacrificare il corpo digitale in nome della salute

Se è forse eccessivo attribuire alla rivoluzione digitale un cambio antropologico nell'uomo, è vero che l'impatto delle nuove tecnologie sui singoli e sulla società è assai più profondo e complesso di quanto possa apparire allo sguardo del semplice fruitore e, talvolta, anche a quello di chi propone e realizza, spesso con le migliori intenzioni, nuove efficienti soluzioni digitali[8].

Le nostre interfacce tecnologiche, i cellulari, i *tablet* e in generale gli oggetti connessi da cui siamo circondati estendono i nostri sensi e consentono di superare con un "click" i nostri limiti cognitivi; lo spazio visibile e udibile si amplia oltre ogni limite fisico grazie a schermi e a connessioni sempre più efficienti e pervasive, e le informazioni, i dati costantemente generati dal semplice utilizzo delle tecnologie digitali, sono memorizzati e fruibili grazie all'elaborazione di macchine computazionali sempre più potenti, continuamente alimentate da nuovi dati.

La rivoluzione digitale, con le sue tecnologie dell'informazione, possiede una particolarità: è come se vivessimo immersi in una sorta di magma viscoso ma impercettibile, in grado di rilevare e memorizzare ogni nostra azione, ogni nostro gesto corporeo e fin anche ogni nostra reazione emotiva mediata dai nostri dispositivi. I dati che disseminiamo più o meno scientemente – e, paradossalmente, indipendentemente dall'uso volontario di tali tecnologie, che sono ormai presenti nelle strade per la nostra sicurezza e, oggi, a tutela della nostra salute, negli oggetti di uso comune per renderli "*smart*" e in ogni comunicazione digitale a distanza –, quei dati sono parte della nostra vita, sono frammenti di noi disseminati nel mitico "*Big Data*" e nell'infosfera e possono esser recuperati ed elaborati da macchine e *software* anche a distanza di tempo, per ricostruire un'immagine più o meno completa e un'identità più o meno fedele di noi.

Anche i limiti fisiologici della memoria e i costi/benefici dell'oblio sembrano azzerarsi: fatti o accadimenti per noi oggi insignificanti che riteniamo destinati all'oblio (pensiamo a una banale passeggiata in centro città, ad una occasionale conversazione con un amico o a un semplice acquisto con carta elettronica) possono riemergere nelle immagini captate di una telecamera di sicurezza, nei *file* di *log* di un qualunque servizio della società dell'informazione e, dopo la pandemia, nei sensori dei sistemi di tracciamento, per trovare potenziale trattamento per le più disparate finalità.

Questa nuova realtà, tutt'altro che virtuale nelle sue ricadute, ha generato da tempo l'esigenza di nuove tutele, quasi che al corpo fisico di ogni individuo si sia affiancato con la rivoluzione digitale una sorta di corpo digitale costituito da infiniti frammenti di noi, informazioni personali in formato digitale[9].

Stefano Rodotà, divenuto primo garante per la protezione dei dati in Italia, giunse prima di altri a invocare quello che egli chiamò «*habeas data*», richiamando significativamente l'antico diritto dell'*habeas corpus*[10].

L'*habeas data* invocato da Stefano Rodotà è infatti discendente diretto di quell'*habeas corpus* – letteralmente: "che tu abbia il (tuo) corpo" – che compare nel diritto inglese già nel XII secolo come prima embrionale garanzia per limitare l'arresto e la prigionia dei sudditi.

L'*habeas corpus* nasce dall'esigenza di tutela del corpo fisico dei sudditi dai soprusi dei potenti[11] ed è considerato il primo nucleo da cui si svilupperanno, nei secoli successivi, tutte le garanzie di libertà del cittadino nei confronti dello Stato, ivi comprese quelle estensioni immateriali dell'individuo oggi consolidate quali il domicilio, la riservatezza delle comunicazioni e in generale il diritto al rispetto della vita privata e familiare contenuto nei trattati internazionali.

---

8. Le riflessioni di Luciano Floridi, filosofo dell'Università di Oxford, sono forse le più lucide e le più utili per comprendere l'impatto di quella che egli individua come la quarta rivoluzione dell'uomo: *Id.*, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2017.

9. Sul tema, rilevante il contributo di Monica Alessia Senor nel volume *Il corpo digitale: natura, informazione, merce*, Giappichelli, Torino, 2011.

10. La relazione al Parlamento di Rodotà quale garante dell'Autorità per la protezione dei dati del 2001 è reperibile *online*: www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/3541955. Sul tema, vds. S. Rodotà e M. Tallacchini, *Trattato di Biodiritto – Ambito e Fonti del Biodiritto,* Giuffrè, Milano, 2010.

11. L'*habeas corpus* fu codificato nell'«Habeas Corpus Act» del 1679 da Carlo II d'Inghilterra e fu definitivamente consacrato nel «Bill of Rights» del 1689: sostanzialmente, prevedeva la necessità di un mandato scritto (*writ*) per poter arrestare un suddito della Corona e l'obbligo di presentare fisicamente il soggetto all'autorità costituita. Le assonanze, a distanza di secoli, con il "*search and warrant*" richiesto dalla Suprema corte americana nel 2014 in *Riley c. California* per accedere ai dati dello *smartphone* di un arrestato sono evidenti. La sentenza, che immagina i moderni cellulari come «parti essenziali dell'anatomia umana», è reperibile *online*: www.supreme.justia.com/cases/federal/us/573/13-132.

Immaginare un diritto di *habeas data* che possa oggi costituire la base fondativa dei diritti di libertà della persona nella dimensione immateriale dell'infosfera significa riconoscere l'esistenza di una sorta di corpo digitale: quella parte di noi in formato binario composta dai nostri dati e oggetto oggi di potenziali abusi grazie alle tecnologie digitali.

Il diritto alla protezione dei dati è indubbiamente un primo importante tassello; altri seguiranno, come seguirono all'*habeas corpus*: una tutela costituzionale del domicilio informatico, il diritto all'anonimato in rete o diritti più complessi e incerti, come il diritto alla disconnessione da internet o il diritto di rifiutare implementazioni bio-tecnologiche, per non sacrificare, senza adeguata consapevolezza e senza garanzie, il corpo digitale nella pur legittima ricerca di efficienza e sicurezza del corpo fisico.

3. Proteggere i dati

Il potere generato dall'accesso e dal trattamento di grandi moli di dati personali è in grado di modificare profondamente, nel bene e nel male, i rapporti e le relazioni tra le persone e soprattutto tra i diversi attori sociali: tra consumatori e imprese, che infatti hanno costruito un nuovo paradigma commerciale su dati e profilazione, e tra i cittadini e lo Stato, che anche nelle più avanzate democrazie è inevitabilmente attratto da tecnologie di controllo e sorveglianza, verso nuove "data-crazie". Se infatti il potere informativo generato dalla rivoluzione digitale porta evidenti benefici e può davvero, se non fornire la soluzione per tutti i problemi del mondo, essere di fondamentale aiuto in tutti i processi decisionali, bisogna esser coscienti del fatto che, senza un attento governo della tecnologia e un'adeguata protezione del dato, il passaggio tra il legittimo tracciamento degli infetti in una emergenza sanitaria e la repressione del dissenso o la marginalizzazione e la discriminazione di interi settori della società sulla base di elaborazioni statistiche degli algoritmi, è passaggio breve spesso non più distante di qualche "click" del *mouse*[12].

Il diritto alla protezione dei dati personali nasce, sin dagli anni ottanta dello scorso secolo[13], proprio per governare il potere derivante dal trattamento digitale di grandi moli di dati personali ed è diventato solo recentemente, con l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, diritto fondamentale qui in Europa.

È un diritto indissolubilmente legato alle nuove tecnologie digitali e alla dimensione immateriale, e ha evidentemente un perimetro molto più ampio della semplice tutela della riservatezza o del rispetto di una vita privata che già trovavano, da tempo, pieno riconoscimento nelle costituzioni nazionali e sovranazionali.

È un diritto complesso, che attiene all'identità e alla dignità della persona (al "corpo digitale", appunto) e che nasce come diritto necessariamente flessibile, mediato e bilanciato: l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non conferisce infatti al singolo un diritto sui propri dati personali, non crea una privativa o un diritto assoluto, ma tratteggia unicamente un diritto fondamentale a che quei dati, necessariamente disponibili nell'infosfera ed essenziali per il progresso della società dell'informazione, siano "protetti". La complessa normativa europea e nazionale a protezione dei dati personali regola il "come" possono essere usate, secondo il principio di lealtà, le informazioni personali dei cittadini e detta le regole minute che, in relazione alle diverse finalità (determinate) e ai contesti (la legittima base giuridica), rendono il trattamento conforme ai principi democratici.

La protezione del dato personale è dunque un diritto trasversale, flessibile e dinamico, i cui confini di liceità, a fronte della continua innovazione tecnologica e dei diversi contesti, sono mutevoli, frutto del costante bilanciamento tra le legittime finalità perseguite con il trattamento e gli interessi, i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato. Quei confini costituiscono l'argine oltre il quale il potere conferito dalle nuove tecnologie diviene abuso del corpo digitale dei cittadini ed è incompatibile con le nostre società democratiche. Non vi è, infatti, una sola libertà tra quelle sancite dalle nostre costituzioni che non possa esser minata o subdolamente limitata là dove, come negli Stati autoritari, viene negato il diritto alla protezione dei dati personali e si ammettono senza adeguato governo tecnologie di sorveglianza di massa e di profilazione.

Come sottolineato dal Comitato europeo per la protezione dei dati («European Data Protection Board» – EDPB), proprio in relazione all'uso di strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto

12. L'infelice comunicato del commissario capo dello Stato del Minnesota (Usa), che il 30 maggio lasciava ad intendere l'utilizzo delle tecnologie di *contact-tracing* predisposte per la pandemia nelle indagini circa i movimenti di protesta seguiti all'omicidio di George Floyd, seppur frutto di un equivoco, è stato significativo. *Cfr*. www.eff.org/it/deeplinks/2020/06/dont-mix-policing-covid-19-contact-tracing.

13. È del 1981 il Trattato n. 108 del Consiglio d'Europa, «Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale», che nell'Unione europea porterà poi alla direttiva 95/46/CE e infine, dopo il Trattato di Lisbona e la "costituzionalizzazione" del diritto alla protezione dei dati personali, al GDPR e alle varie direttive collegate.

dell'emergenza legata al Covid-19[14], il quadro giuridico in materia di protezione dei dati è stato concepito per essere flessibile e, in quanto tale, è in grado di conseguire una risposta efficace per qualunque finalità, in qualunque contesto, anche in emergenza. Applicare alle tecnologie di tracciamento i principi e le prescrizioni dettate dalla normativa a protezione dei dati personali significa semplicemente trovare il giusto equilibrio tra il contenimento della pandemia e la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Lo stesso «Regolamento generale sulla protezione dei dati personali» (GDPR), da un lato, contempla espressamente la lotta alle epidemie e le emergenze umanitarie in generale come particolare base giuridica per il trattamento[15]; dall'altro, disciplina minutamente tutte le possibili limitazioni che l'Unione e gli Stati membri possono apportare a obblighi e diritti conferiti agli interessati dal regolamento stesso in caso di «importanti obiettivi di interesse pubblico» in materia di sanità pubblica e sicurezza sociale, prescrivendo misure legislative (dunque democraticamente approvate) e specifici vincoli inderogabili[16]. Nel GDPR, dunque, l'emergenza e l'eccezionalità sono disciplinate e riportate nell'ambito della cornice che delimita il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali di cui all'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che è e rimane un diritto, potremmo dire, geneticamente bilanciato e flessibile.

Se un trattamento massivo di dati personali reso possibile da qualsivoglia tecnologia non è pienamente conforme e aderente ai principi e alle prescrizioni tecniche e normative previste dalla normativa a protezione dei dati, le conseguenze di quel trattamento sui diritti delle persone non potranno mai essere proporzionate e necessarie in uno Stato democratico, quale che sia l'encomiabile finalità perseguita e quale che sia l'emergenza.

Il rispetto del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali è il parametro ineludibile, la cartina di tornasole per capire se siamo in grado di utilizzare la tecnologia per proteggerci e migliorare le nostre esistenze all'interno delle democrazie che abbiamo così faticosamente costruito, oppure se, attratti dal potere delle nuove tecnologie costituito dall'accesso ai dati personali della popolazione, l'emergenza diventerà, come accaduto spesso in passato, l'occasione per consolidare o creare nuovi poteri e realizzare una società della sorveglianza che annullerebbe la dignità della persona e svuoterebbe le libertà civili e sociali.

4. Finalità e basi giuridiche: *tracing*, *exposure alert* e controllo delle misure di contenimento

Le tecnologie di cui si discute oggi nei Paesi democratici nell'ambito delle politiche per il contenimento dell'epidemia implicano il trattamento di dati personali per molteplici e tra loro differenti finalità, tutte genericamente ricomprese nel concetto di "tracciamento" dei contatti. In particolare: i) ricostruire i contatti, anche occasionali, avuti da soggetti risultati infetti durante il periodo di incubazione e fornire alle autorità sanitarie informazioni sui possibili contagi; ii) creare sistemi automatizzati di allerta ai cittadini in caso di contatti significativi con soggetti risultati potenzialmente contagiosi; e iii) controllare e verificare specifiche situazioni di isolamento e quarantena imposte o di rispetto di norme di distanziamento sociale.

Distinguere tra le diverse finalità perseguite nel trattamento è essenziale, poiché la finalità del trattamento è uno degli elementi fondanti la valutazione di liceità di qualsivoglia tecnologia basata sui dati. Lo stesso articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali UE, al comma 2, individua tre elementi base di liceità del trattamento: i) il principio di lealtà (o di equità: «*processed fairly*» nella versione inglese), ii) la finalità appunto, che deve esser "determinata" e iii) la base giuridica, costituita dal consenso del soggetto interessato o da altro fondamento legittimo previsto dalla legge.

Nelle tecnologie di tracciamento ci cui ci occupiamo sono due le normative europee rilevanti, attuative

14. Vds. le linee-guida 04/2020 sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al Covid-19, adottate il 21 aprile 2020, www.edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_20200420_contact_tracing_covid_with_annex_it.pdf.

15. *Considerando* n. 46 GDPR: «Il trattamento di dati personali dovrebbe essere altresì considerato lecito quando è necessario per proteggere un interesse essenziale per la vita dell'interessato o di un'altra persona fisica. Il trattamento di dati personali fondato sull'interesse vitale di un'altra persona fisica dovrebbe avere luogo in principio unicamente quando il trattamento non può essere manifestamente fondato su un'altra base giuridica. Alcuni tipi di trattamento dei dati personali possono rispondere sia a rilevanti motivi di interesse pubblico sia agli interessi vitali dell'interessato, per esempio se il trattamento è necessario a fini umanitari, tra l'altro per tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie e la loro diffusione o in casi di emergenze umanitarie, in particolare in casi di catastrofi di origine naturale e umana».

16. L'art. 23 GDPR, «Limitazioni», disciplina casi e limiti di ogni intervento derogatorio al GDPR, che deve avvenire per legge e rispondere a specifici requisiti, riportando così ogni possibile eccezione nell'ambito del giusto equilibrio tra interessi e diritti in tensione nel pieno rispetto del diritto fondamentale alla protezione del dato.

di tali principi: il GDPR e, nel caso di utilizzo di dati afferenti il settore delle comunicazioni elettroniche, come nel caso di utilizzo degli "apparecchi terminali" (gli *smartphone*) e dei dati ivi archiviati (come per "Immuni") la più risalente direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (d'ora innanzi "direttiva *e-privacy*").

La finalità del trattamento è sempre centrale, poiché se non ho finalità univoche, determinate ed esplicite (*ex* art. 5, par. 1, lett. *b*, GDPR), non solo sarà impossibile individuare il "come" i dati possano essere usati in maniera aderente al diritto, ma sarà altresì impossibile prevedere e governare le possibili ricadute e i rischi sulle libertà personali dei soggetti coinvolti e dunque bilanciare i diversi diritti in tensione; sarà anche difficile valutare se tali misure saranno efficaci (parametro intimamente legato alla finalità) e dunque se le misure siano necessarie e proporzionate al contesto in una società democratica.

Per ogni determinata finalità sarà, poi, diversa la base giuridica del trattamento e la scelta del tipo di tecnologia da utilizzare per acquisire i dati. Sulla scorta dei principi di minimizzazione, di limitazione della conservazione e di integrità e riservatezza (*ex* art. 5 GDPR), saranno diversi i dati acquisibili, la loro tipologia e la loro possibile o doverosa anonimizzazione o pseudonimizzazione, il tempo di conservazione e le misure di sicurezza.

Alla finalità è dunque legato l'algoritmo che governa il trattamento e ovviamente il tipo di architettura del sistema informativo sottostante.

La protezione del dato nasce (*by design* e *by default* – *ex* art. 25 GDPR) contestualmente alla tecnologia (i due aspetti tecnico e legale, nell'informatica, stanno e cadono insieme perché «code is law», nel mondo dei *byte*[17]) e la finalità perseguita dal trattamento è sempre il primo tassello di un procedimento valutativo complesso. Se la finalità è "mappare" possibili focolai, avrò bisogno dei dati di geo-localizzazione degli infetti, che però, a seconda della base giuridica su cui baso il trattamento e delle modalità di acquisizione, potranno/dovranno essere aggregati e anonimi. Tali dati saranno necessari anche per un'attività di controllo dei vincoli di quarantena o isolamento, ma ovviamente nel caso i dati non possono essere anonimi e la base giuridica del trattamento sarà diversa, legata alla prevenzione e repressione di misure restrittive; se la finalità è invece solo individuare possibili contatti interpersonali, a rischio saranno utili solo dati di prossimità, ad esempio tra dispositivi (come per "Immuni"), e non i dati di geo-localizzazione, e i dati potranno essere anonimi; ma se debbo allertare possibili contagiati o monitorarne la loro sintomatologia, i dati non potranno più essere dati anonimi, ma potranno (e dovranno) al più essere pseudonimizzati, per garantire integrità e riservatezza, in particolare per i dati sanitari.

Insomma, ogni variabile nei fini si traduce in differenti prescrizioni normative e in diverse tecnologie e differenti "righe" di codice informatico, e ogni piccola variazione nell'interfaccia tra i diversi sistemi informatici coinvolti nel trattamento e tra applicazione ed utente ha conseguenze molto concrete sulla sicurezza del dato e sulla sua protezione, e dunque sulla vita (reale e quotidiana) delle persone.

5. Tracciamento digitale di prossimità

Da inizio pandemia, diverse soluzioni tecnologiche di "*digital proximity tracking*", ovvero di tracciamento digitale di prossimità, sono state proposte da imprese, gruppi di ricerca e da diversi governi: a norma dei regolamenti sanitari internazionali[18], al manifestarsi di una pandemia, tutti gli Stati membri dell'Organizzazione mondiale della sanità sono tenuti a sviluppare sistemi di sorveglianza per monitorare la malattia e tentare di interrompere il contagio attraverso attività di tracciamento degli infetti. L'occasione per implementare misure di sorveglianza di massa era ed è perfetta, non solo per gli Stati autoritari.

L'attenzione si è subito focalizzata sugli *smartphone* che, come scrisse alcuni anni fa la Corte suprema americana[19], sono ormai da considerare come una parte anatomica essenziale del corpo umano. I nostri cellulari sono ricchi di sensori digitali, sono diffusi in tutto il mondo e consentono di penetrare nella vita delle persone con una efficienza senza precedenti.

Sono dotati di tecnologia *gps* per la geo-localizzazione e, con più ampio margine, grazie alla mappatura delle celle di rete, possono essere utilizzati per

17. «Code is law», «il codice [informatico] è legge», è una delle grandi intuizioni di Lawrence Lessig, tra i primi ad affrontare sul finire del secolo scorso il complesso rapporto tra tecnologia e diritto alla Harvard University. *cfr. Id.*, *Code is law. On Libery in Cyberspace*, in *Harvard Magazine*, 1° gennaio 2000, www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html.

18. Oms, *International health regulations*, Ginevra, 2005 (seconda ed.), https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43883/9789241580410_eng.pdf?sequence=1.

19. Nel 2014, nella Sentenza *Riley c. California*, i giudici della Corte suprema americana scrivono: «I moderni cellulari sono oggi così presenti e pervasivi nella vita quotidiana che il proverbiale visitatore da Marte potrebbe ritenerli una fondamentale caratteristica dell'anatomia umana» (*cfr.* www.supreme.justia.com/cases/federal/us/573/13-132).

tracciare un singolo utente o mappare la concentrazione di persone in determinati luoghi; inoltre, con la diversa tecnologia *Bluetooth L.E.* ("*Low Energy*") ogni dispositivo può comunicare con i dispositivi che si trovano nel raggio di alcuni metri e scambiarsi informazioni. Se due persone dotate di cellulare abilitato alla trasmissione *bluetooth* rimangono vicine per un certo tempo, i due dispositivi si parlano e possono memorizzare reciprocamente, a determinate condizioni di distanza e tempo di esposizione, un numero identificativo trasmesso dall'interlocutore, consentendo di ricostruire *a posteriori* i "contatti stretti", potenzialmente infettivi.

Nei Paesi dove la protezione del dato non ha ancora ricevuto riconoscimento e dove riservatezza e tutela della vita privata sono considerati diritti deboli e recessivi, o dove semplicemente lo Stato ha colto l'occasione per implementare misure generalizzate di controllo, le soluzioni tecnologiche hanno immediatamente combinato le due tecnologie con sistemi di tracciamento granulare della popolazione per noi inammissibili[20].

Nell'Unione europea, l'utilizzo di dati (metadati) delle comunicazioni elettroniche e l'accesso ad apparecchi terminali degli utenti, gli *smartphone*, trova un significativo ostacolo, più che nel GDPR, nella vecchia "direttiva *e-privacy*", che da un lato limita fortemente l'uso dei metadati delle comunicazioni (tra cui la geo-localizzazione attraverso l'ubicazione delle celle di connessione)[21] e dall'altro inibisce l'archiviazione e l'accesso a dati e informazioni memorizzate sugli apparecchi terminali degli utenti, limitando tale attività al solo consenso espresso dell'utente[22].

Le deroghe a questa ferrea disciplina a tutela della riservatezza delle comunicazioni previste dall'art. 15 dir. 2002/58/CE non contemplano esigenze di salute pubblica[23]; vi è, nella tutela della riservatezza delle comunicazioni della direttiva *e-privacy*, minor flessibilità rispetto alla normativa generale a tutela della protezione dei dati *ex* art 23 GDPR.

Inoltre, l'utilizzo di dati di geo-localizzazione per attività di mero tracciamento dei contatti di prossimità, oltre a vincoli legislativi giustificati dall'invasività particolare di tali informazioni, presenta ulteriori limiti tecnologici: la tracciabilità con le celle telefoniche è imprecisa e non consente di valutare la distanza tra le persone e, dunque, di valutare la reale pericolosità di un contatto a fini di contagio. Non dissimili problemi ha il *gps*, teoricamente più preciso, che non funziona in spazi chiusi o angusti e la cui attivazione sugli *smartphone* genera problemi di consumo energetico rilevanti.

Se la finalità è rintracciare i contatti a rischio contagio di soggetti risultati infetti per interrompere la catena di diffusione, raccogliere dati di geo-localizzazione tramite lo *smartphone* violerebbe tanto la direttiva *e-privacy* (in caso di mancato consenso all'accesso a monte)[24] quanto, e in ogni caso, il principio di minimizzazione previsto dal GDPR, poiché tali dati non sono adeguati né pertinenti (art. 5, lett. *c*, GDPR) per la specifica finalità di prossimità perseguita.

Per queste ragioni, la tecnologia *Bluetooth L.E.* è la tecnologia utilizzata praticamente da tutte le *app* realizzate dai vari governi europei, compresa la *app* italiana "Immuni".

6. "Immuni"

Senza scendere in particolari tecnici, l'architettura di queste applicazioni basate su tecnologia *Bluetooth L.E.* può variare significativamente in ragione di molteplici parametri di programmazione (*code is law*, "il codice è legge"), in particolare in relazione al tipo di identificativo trasmesso tra i vari dispositivi, al tempo di conservazione, alle modalità di comunicazione e, soprattutto, al luogo in cui avviene l'elaborazione algoritmica che determinerà la segnalazione di allarme.

È su tale ultimo aspetto, sintetizzabile nella scelta tra sistemi centralizzati o sistemi decentralizzati (anche qui con mille varabili tra gli estremi), che si è sviluppato il dibattito più vivace.

Trasferire tramite la *app* tutti i vari identificativi, anche se anonimi o pseudonimizzati, su di un

20. La Norvegia, che non fa parte dell'Ue ma risulta fortemente integrata nei principi fondamentali con l'Unione, ha implementato una *app*, "Smittestopp", che combinava le due tecnologie *gps* e *bluetooth*. L'Autorità norvegese per la protezione del dato ha fermato l'uso di tale applicazione per l'eccessiva invasività della stessa: *cfr*. www.fhi.no/en/news/2020/niph-stops-collection-of-personal-data-in-smittestopp.

21. Art. 6 dir. 2002/58/CE.

22. Art. 5, comma 3, dir. 2002/58/CE: è proprio dall'art. 5, comma 3, della direttiva *e-privacy* che discende il requisito, allo stato insuperabile, della volontarietà dell'utilizzo di applicazioni come "Immuni" che attraverso la rete archiviano e accedono a informazioni contenute sull'apparecchio terminale.

23. Art. 15 dir. 2002/58/CE: deroghe sono previste solo se «la misura, necessaria opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica, è finalizzata per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica o la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica».

24. Sul punto, le linee-guida emesse dall'EDPB ai punti 12 e 13 (*cfr*. nota 14) sono invero poco chiare, quasi che il Comitato abbia lasciato aperta una possibile interpretazione più flessibile, che consenta un domani agli Stati di poter superare, per ragioni di sanità pubblica, il vincolo del consenso all'accesso a metadati e dispositivi.

server centrale ed elaborare lì tramite algoritmo gli accoppiamenti tra infetti e interlocutori a rischio, per poi scegliere chi avvisare, conferisce ovviamente un maggior controllo al "titolare" del trattamento, ma presenta inevitabilmente variabili di rischio quanto a sicurezza del *database* e a possibili utilizzi ultronei del grafo sociale che può ricavarsi. Inoltre, se la *app* dovesse in futuro svolgere altre funzioni più o meno dichiarate o semplicemente essere in grado di determinare, sulla base ad esempio dell'indirizzo IP di connessione, la localizzazione dei vari contatti, sarebbe molto facile (ri)identificare granularmente i rapporti interpersonali di buona parte della popolazione; in ultimo, è noto in informatica che ogni *database* connesso in rete, soprattutto se molto ricco di informazioni, per quanto protetto è a rischio di attacchi e tentativi di *hacking*, e ovviamente più dati sono concentrati in un unico *server*, più rilevante sarà il danno in caso di *data breach*.

Per ovviare a queste e ad altre vulnerabilità sono state implementate, prima da un consorzio pan-europeo denominato DP-3T poi, con un'iniziativa congiunta, da due colossi come Google e Apple, soluzioni "decentralizzate" ove il sistema di allerta viene gestito in locale, sul singolo dispositivo dalla *app* stessa, senza necessità di caricare su unico *server* tutti gli identificativi dei contatti. In questa soluzione l'autorità statuale titolare del trattamento non conosce nulla dei singoli soggetti che hanno scaricato la *app*, non ha la possibilità di ricostruire e "vedere" il grafo delle relazioni, e di fatto non tratta alcun dato personale al di fuori di quelli dei soggetti risultati positivi (che già tratta per ragioni di cura o per il tradizionale *tracing* tramite interviste). Il soggetto risultato positivo viene autorizzato dall'operatore sanitario (a seguito di verifica di positività) a rendere visibili a tutte le *app* i codici identificativi anonimi trasmessi nel periodo di incubazione così che la stessa *app* dei singoli interlocutori, verificata l'eventuale coincidenza dei codici memorizzati in locale, possa segnalare l'avvenuto "contatto stretto".

È questa, in estrema sintesi, la tecnologia di "Immuni" che senza alcun dubbio, con la pubblicazione del codice aperto[25] e l'adozione del protocollo definito da Apple e Google, risulta pienamente aderente alla normativa a tutela dei dati personali, alle linee-guida emesse dal EDPB (*cfr*. la nota 14) e alle raccomandazioni di cui alla comunicazione della Commissione europea del 17 aprile 2020[26].

Ai sensi dell'art. 5, comma 3, direttiva *e-privacy* (art. 122, commi 1 e 2-*bis*, cod. *privacy*) l'installazione della *app* sul dispositivo è necessariamente volontaria, subordinata al consenso dell'utente e sempre revocabile, come volontario è l'utilizzo della stessa e dunque, in caso di accertata positività al virus, sarà il soggetto a decidere in autonomia se condividere i propri codici anonimi e consentire l'allerta dei soggetti con cui ha avuto contatti.

La base giuridica del trattamento dei dati personali, che non è il consenso per l'installazione sullo *smartphone* della *app* – che, come detto, ha diversi presupposti normativi –, è correttamente individuata ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. *e*, GDPR nella «esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento»; ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, tale base giuridica si fonda sul dl n. 28/2020, che individua all'art. 6 la finalità del trattamento, il titolare del trattamento e le condizioni generali di liceità.

Dalla visione del codice pubblicato in ogni sua parte dal Governo sulla piattaforma "*GhitHub*"[27], l'algoritmo di "Immuni" risulta oggettivamente ben costruito, sicuro, e supporta un trattamento pienamente conforme ai principi dettati dal GDPR.

Insomma, "Immuni" è un'applicazione aderente alle linee-guida, alle raccomandazioni e alle migliori prassi pubblicate dal Comitato europeo per la protezione dei dati.

Rimane una domanda: "Immuni" è utile per il contenimento della pandemia?

7. I limiti del soluzionismo digitale

Un efficiente sistema di tracciamento (digitale, con algoritmi che analizzano i nostri dati, o analogico, con interviste e indagini interpersonali) è solo uno dei tasselli necessari per il contenimento delle epidemie sintetizzati nelle ben note "3T": i) "*test*", "testare"; ii) "*treat*", "trattare/isolare"; iii) "*trace*", "tracciare". Il tracciamento è attività efficace unicamente se vi sono a monte massive e rapide capacità diagnostiche (*test*: i tanto invocati tamponi di questa pandemia) e un'organizzazione efficiente nel trattamento dei casi infetti e, ovviamente, dei soggetti allertati (*treat*: isolamento e, possibilmente, cura).

Qualsiasi soluzione tecnologica di *tracing*, anche più invasiva dei sistemi di semplice allerta predisposti

25. www.github.com/immuni-app.

26. Comunicazione della Commissione 2020/C 124 I/01: «Orientamenti sulle app a sostegno della lotta alla pandemia di covid-19 relativamente alla protezione dei dati», www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC0417%2808%29.

27. www.github.com/immuni-app.

dalla maggior parte dei Paesi europei, rischia di esser inefficace nel contenimento della pandemia se non inserita in una chiara riorganizzazione dell'intero sistema sanitario e soprattutto dei servizi di assistenza ai soggetti segnalati dall'algoritmo.

Vi sono però due ulteriori criticità, tra loro connesse e correlate, che temo minino in radice l'efficacia delle *app* di allerta all'esposizione adottate. La prima è costituita dai limiti propri della tecnologia utilizzata: da più parti sono stati avanzati molti dubbi, e non c'è ad oggi alcun dato certo, sulla necessaria correlazione tra la vicinanza degli *smartphone* calcolata con *bluetooth* e reali rischi di trasmissione del virus. Il *bluetooth* utilizza le onde radio e ottenere una misurazione affidabile del segnale per determinare la distanza tra i dispositivi e, in relazione al tempo di esposizione, qualificare una prossimità (dei dispositivi) come "contatto stretto" a rischio reale di infezione (delle persone) è operazione tecnicamente molto complessa e incerta, perché influenzata da molteplici fattori ambientali incontrollabili. Le onde radio possono essere interrotte da oggetti che si frappongono tra i due dispositivi e l'*app* non sarà mai in grado di calcolare se una parete di plexiglas, un muro o banalmente una mascherina sono presenti tra i due interlocutori. I falsi positivi e quelli negativi possono essere molto elevati, e questa incertezza influenza l'altro fattore di criticità che è il fattore umano. Affinché la *app* possa essere efficace, è necessario che un'alta percentuale della popolazione acconsenta e la utilizzi[28]. Ma la condizione di fiducia che indurrà la popolazione a scaricare la *app*, fugati tutti i dubbi sulla *privacy* e sulla tutela dei dati come nel caso di "Immuni", dipende essa stessa dall'efficacia della *app* e, soprattutto, dall'efficacia del sistema complessivo di tracciamento: le persone scaricheranno la *app* se ogni allerta avrà un chiaro significato a cui seguono chiare procedure sanitarie di tutela della persona allertata. Ricevere una notifica di rischio al Covid-19 non è fatto irrilevante, anche psicologicamente, e ciò che accade dopo l'allerta deve esser definito e regolamentato ufficialmente.

E su questo punto si inserisce la fragilità più evidente del sistema.

La circolare del Ministero della salute del 29 maggio 2020, «*Ricerca e gestione dei contatti di casi COVID-19 (Contact tracing) ed App Immuni*»[29], non contempla l'allerta notificata dalla *app* "Immuni" tra i casi di "contatto stretto" da cui discendono chiare indicazioni di isolamento e/o *test*. La definizione di "contatto stretto" nella circolare sembrerebbe derivare solo dalla tradizionale procedura di tracciamento svolta tramite intervista dell'infetto.

La scelta può trovare ragione sia nell'incertezza tecnica propria delle notifiche automatizzate di cui si è appena detto, sia dal vincolo normativo discendente dall'art. 22 GDPR[30]: la sola elaborazione algoritmica di prossimità dei dispositivi non può, in effetti, determinare effetti giuridici vincolanti sulle persone.

Chi riceve un'allerta dalla *app* "Immuni" viene semplicemente invitato a contattare il medico di base, ma ci si chiede quale valutazione dovrebbe fare l'operatore sanitario a fronte di un soggetto asintomatico che ha ricevuto una notifica "cieca", che non fornisce alcuna indicazione per identificare il luogo, il tempo e soprattutto la persona fonte di potenziale infezione. Al momento, secondo la predetta circolare, l'esecuzione di *test* diagnostici è riservata ai "contatti stretti" dell'infetto ricavati dalla tradizionale attività di tracciamento e solo all'insorgere dei sintomi. Dunque, la conseguenza dell'allerta di "Immuni" è un semplice invito a contattare un operatore sanitario che non avrà elementi significativi per compiere alcuna valutazione, né sarà possibile per l'operatore sanitario ricondurre e collegare quella notifica a un'attività di tracciamento "tradizionale" in atto sul soggetto infetto che ha dato il via alle notifiche, che è e resta anonimo.

Il significato di quell'allerta è davvero incerto. Cosa accade se un soggetto allertato si reca al lavoro e infetta i colleghi dell'ufficio? Potrà tale condotta, l'aver ignorato la notifica di esposizione, costituire un elemento di colpa generica, di imprudenza o di negligenza? Come gestiranno i casi di allerta i medici di base a fronte di soggetti asintomatici? Sono domande tutt'altro che irrilevanti, che incidono su quella fiducia che dovrebbe sorreggere un ampio utilizzo dell'applicazione da parte della popolazione.

Ciò che è certo è che, in tutti gli Stati in cui sono state adottate tecnologie di *contact tracing* più o meno invasive, la percentuale di utilizzo è al momento bassa e l'efficacia di tali tecnologie per il contenimento del virus assai dubbia: in Francia la *app* "StopCovid" è stata

28. La percentuale, spesso citata, del 60% della popolazione deriva da uno studio dell'Università di Oxford reperibile *online* al seguente indirizzo: www.coronavirus-fraser-group.org/for-media.

29. La circolare è reperibile *online*: www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2020&codLeg=74178&parte=1%20&serie=null.

30. Art. 22 GDPR: «Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione. 1. L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona».

scaricata dal 3% della popolazione, in Italia siamo a circa 4 milioni di *download*, e anche in un Paese altamente digitalizzato e socialmente avvezzo alle tecnologie di stato come Singapore l'utilizzo si è fermato al 35% della popolazione.

Ma ciò che rileva è che, indipendentemente da quanto sofisticate e invasive siano le tecnologie adottate, in tutti i Paesi è emersa chiara la convinzione che, allo stato, nulla può sostituire nel contenimento di una crisi sanitaria l'interazione umana tradizionale. Due dei Paesi di maggior successo nel contenere l'epidemia da Covid-19, la Corea del Sud e Taiwan, si sono affidati in larga misura a eserciti di persone reali che eseguono una capillare attività di tracciamento dei contatti sul campo, con gli infetti, eseguendo milioni di *test* diagnostici.

Vivian Balakrishnan, il ministro responsabile della «Smart Nation Initiative» di Singapore, ha dichiarato recentemente in un *post* su *Facebook*: «Secondo me, il rintracciamento dei contatti rimane uno sforzo umano che richiede giudizi umani. La tecnologia è solo un integratore, non un sostituto per gli umani. Bisogna affidare informazioni ai tracciatori umani durante questa crisi. Forse il mio passato medico mi fa sentire fortemente che i pazienti dovrebbero essere informati di una diagnosi, conseguenze e opzioni da un essere umano – e non da una macchina»[31].

Decisamente, almeno per ora, non saranno le tecnologie digitali a risolvere l'attuale crisi sanitaria e, in generale, i problemi del mondo.

31. https://www.facebook.com/Vivian.Balakrishnan.Sg/posts/several-people-have-asked-why-we-are-not-using-the-exposure-notification-system-/10156889801466207/.

Il diritto iperbolico dello stato di emergenza

di *Enrico Scoditti*

Il diritto dello stato di emergenza, in quanto iperproduzione di doveri e di diritti, pone il problema della sostenibilità del diritto per la società. L'analisi dell'effettività del diritto comporta una teoria della società e dell'azione sociale. La società è all'altezza della straordinaria domanda di tutela di diritti che lo stato di emergenza rilascia se persegue gli ideali regolativi che il moderno processo di civilizzazione ha insediato in essa.

1. Stato di eccezione e stato di emergenza: sospensione o intensificazione del diritto / 2. Cosa significa effettività del diritto? / 3. Una società all'altezza del diritto

1. Stato di eccezione e stato di emergenza: sospensione o intensificazione del diritto

Lo stato di emergenza produce l'intensificazione del diritto. Lungi dall'essere una condizione di vuoto del diritto, l'emergenza è il luogo di emersione del diritto iperbolico. Si misura qui la differenza fra lo stato di emergenza e lo stato di eccezione secondo Carl Schmitt. All'eccezione, come con solennità ricordano le celebri pagine di Schmitt, corrisponde uno stato di sospensione dell'intero ordinamento. Nel vuoto del diritto irrompe la nuda forza della politica perché «la decisione si rende libera da ogni vincolo normativo e diventa assoluta in senso proprio»[1]. Non è questa la sede per discutere la questione se al principio di un ordinamento vi sia la norma giuridica (sia pure quale presupposto trascendentale nella forma della norma fondamentale di Kelsen) o la decisione politica (Schmitt). È sufficiente osservare come qui non si dia un paradosso, in base al quale, come è stato scritto, sarebbe il diritto ad auto-sospendersi nello stato di eccezione, per cui sarebbe ancora «la norma che si applica all'eccezione disapplicandosi, ritirandosi da essa»[2]. La prospettiva di Schmitt è più radicale: lo stato di eccezione precede il diritto, perché «l'autorità dimostra di non avere bisogno di diritto per creare diritto»[3]. Piuttosto l'eccezione, per la sua carica di originarietà ed emancipazione da vincoli che la precedano, può essere non meramente sospensiva del diritto, e ambire ad essere eccezione costituente, fondativa di un nuovo ordinamento[4]. Sotto quest'aspetto lo stato di eccezione confluisce nella complessa problematica del potere costituente.

Nulla di tutto questo accade nello stato di emergenza. È vero che Schmitt parla a proposito dello stato di eccezione come di «caso estremo di emergenza», ma si tratta di una «emergenza esterna, come pericolo per l'esistenza dello Stato o qualcosa di simile»[5].

1. C. Schmitt, *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 39.
2. G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 2005, p. 22.
3. C. Schmitt, *Le categorie*, *op. cit.*, p. 40.
4. B. De Giovanni, *Kelsen e Schmitt. Oltre il Novecento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 33 ss.
5. C. Schmitt, *Le categorie*, *op. cit.*, p. 34.

Fra lo stato di eccezione e lo stato di emergenza la soluzione di continuità non può essere più netta. Lo stato di emergenza, come ha rivelato la pandemia da Covid-19, è dominato fino all'estremo dal diritto, nei termini che saranno illustrati a breve. Perché il dominio del diritto non sia espressione di una volontà tutta politica, come nello stato di eccezione delineato da Schmitt, è però necessario che non ricorra ciò che, al contrario, connota lo stato di eccezione, la sospensione di quel diritto che rende legittima la produzione di diritto. A differenza degli atti di eccezione del sovrano schmittiano, nello stato di emergenza l'autorità politica ha bisogno di diritto per creare diritto. L'eccezione è ciò che è fuori della regola, l'emergenza presuppone invece una regola che la definisca. L'eccezione schmittiana è l'assolutamente altro rispetto al diritto, l'emergenza implica una norma che ne fissi i presupposti di ricorrenza e le modalità normative mediante cui disciplinarla. Insomma, l'eccezione è un fatto che fuoriesce dalla regola, l'emergenza è un fatto cui la regola collega determinate conseguenze giuridiche.

Lo stato di emergenza nell'età del costituzionalismo democratico non deve mai mettere da parte gli istituti di garanzia costituzionale e il principio di proporzionalità quale metodologia di coordinamento dei principi nel moderno pluralismo costituzionale. Le limitazioni al diritto di circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale devono essere proporzionate ai motivi di sanità o di sicurezza, che le giustificano secondo l'art. 16 della Costituzione, e devono sempre essere sindacabili davanti a un giudice, non solo sul piano sostanziale dell'esistenza del presupposto dello stato di emergenza e del rispetto del criterio di proporzionalità, ma anche sul piano formale della conformità all'ordinamento del tipo di provvedimento che stabilisca quelle limitazioni. La produzione di diritto a mezzo di diritto è la prima cesura fra lo stato di eccezione schmittiano e lo stato di emergenza che le democrazie costituzionali hanno conosciuto con l'esplosione della pandemia.

In questo quadro non sembra ingiustificata la scelta dell'Italia e di altri Paesi di non esercitare il diritto di deroga agli obblighi previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo contemplato dall'art. 15 della medesima Convenzione (salvo il rispetto del diritto alla vita, i divieti di tortura e di schiavitù, il principio "nessuna pena senza legge"). L'iperproduzione di doveri, se avviene nel rispetto delle garanzie e della proporzione, resta estranea alla sospensione del diritto, che la Cedu autorizza «in caso guerra o in caso di altre pubbliche calamità che minacciano la vita della nazione (...) nello stretto limite richiesto dalla situazione». È per l'art. 15 della Cedu che può valere il paradosso del diritto che si auto-sospende e della norma che si applica disapplicandosi, di cui si è detto sopra.

Una volta che questo decisivo paletto sia stato fissato, viene in primo piano la caratteristica morfologica del diritto al tempo dell'emergenza. Abbiamo definito iperbolico questo diritto perché le figure soggettive che caratterizzano l'ordinamento giuridico, doveri e diritti, conoscono nello stato di emergenza un'intensificazione e accelerazione che è ignota allo stato di vita ordinaria di un ordinamento. C'è un eccesso e una dismisura nella produzione dei doveri nel tempo dell'emergenza e un'altrettanta intensificazione dei diritti durante e soprattutto nel tempo immediatamente successivo all'emergenza, come dimostra la straordinaria crisi sociale che la pandemia ha aperto. Il graduale ritiro dei doveri, al venir meno dei motivi di sanità, lascia sul campo una massa di domande di tutela di beni della vita e di giustizia di un'intensità non inferiore al grado di penetrazione e diffusione dei doveri che hanno contraddistinto lo stato di emergenza. Si tratta di domande che invocano la tutela dei diritti sia in senso verticale, nella direzione dei poteri pubblici, che in senso orizzontale, nei rapporti privati. Il diritto civile, diritto per eccellenza dell'individuo, è chiamato a misurarsi in modo straordinario con il valore della solidarietà. Doveri e diritti accelerano la loro corsa in un modo impensato prima dello stato di emergenza. Il carattere circoscritto nel tempo della pandemia ha creato una sfasatura temporale in quella corsa: prima i doveri, poi i diritti. Dio non voglia che in un nuovo stato di emergenza, oggi, doveri e diritti si intensifichino simultaneamente. Il senso di paura che avvertiamo rispetto a un esito di questo tipo rende manifesta un'altra caratteristica del diritto dell'emergenza.

L'iperproduzione di doveri e diritti, che lo stato di emergenza reca con sé, comporta un sovraccarico giuridico che la società, se non fosse dotata di propri meccanismi di auto-regolazione, non potrebbe sopportare. Nello stato di emergenza si apre una questione di sostenibilità del diritto. La società non potrebbe stare al passo di un diritto accelerato se il suo *hardware* non fosse consentaneo a quel *software* che il diritto le vorrebbe applicare. Non dobbiamo soltanto richiamare il senso di responsabilità di una popolazione che rispetta i doveri che le vengono imposti in un tempo di pandemia, ma anche, e si tratta di una questione decisiva dell'oggi, la capacità di un popolo e dei singoli individui di rispondere alle istanze di tutela di diritti che lo stato di emergenza accresce in modo esponenziale. È questa la vera natura del problema dell'effettività di un ordinamento giuridico, nel suo duplice volto di dispensatore di doveri e di diritti.

È a quest'altezza che si incontra un'analogia con lo stato di eccezione. Scrive Schmitt che «l'eccezione è più interessante del caso normale» perché «il caso d'eccezione rende palese nel modo più chiaro l'essenza dell'autorità statale»[6]. È nello stato di eccezione che, secondo Schmitt, emerge il titolare effettivo della sovranità e si manifesta la vera natura dei rapporti fra diritto e politica. È nello stato di emergenza, aggiungiamo noi, che diritto e società rendono evidente la loro essenza e il tipo di relazione che intrattengono. Il diritto dello stato di emergenza, con tutta la sua tonalità iperbolica, è dunque decisamente più interessante del diritto del tempo ordinario perché consente di capire di più di quanto si intenderebbe in un regime ordinario. È attraverso la radicalizzazione di un concetto che ne cogliamo la vera essenza.

2. Cosa significa effettività del diritto?

La questione dell'effettività dell'ordinamento giuridico apre la teoria del diritto alla teoria della società e dell'azione sociale. Si tratta di un'apertura che va ben oltre il piano di una semplice sociologia del diritto. Lo stato di emergenza rende palese come diritto e azione sociale non siano separabili. La teoria del diritto è andata però in direzione esattamente contraria.

Con il normativismo kelseniano si è compiuto un processo di formalizzazione della ragione giuridica che ha condotto alla piena identificazione di diritto e norma giuridica. Dopo Kelsen la teoria del diritto è esclusivamente teoria del diritto positivo, anche laddove quest'ultimo sia oggetto di relativizzazione, come nelle correnti neo-giusnaturalistiche, che hanno pur sempre il diritto positivo quale termine di riferimento critico. Non poteva poi essere più netto il contrasto con Schmitt: purezza e politicità del diritto sono i termini di una polarizzazione che vede da una parte la norma, dall'altra la decisione politica. La stagione del realismo giuridico, che si snoda in opposizione al normativismo e più in generale al positivismo giuridico, mantiene come punto di riferimento sempre la norma, della quale ciò che viene stavolta predicata non è la validità, ma l'effettività. Una declinazione del realismo giuridico è stata anche quella dell'identificazione del diritto con ciò che i giudici dicono che esso sia. In tal modo l'effettività resta il volto esterno del diritto, ma ciò che si muove all'interno della società, in quanto tale, è un tema estraneo alla teoria giuridica. Con l'integrazione di positivismo giuridico e costituzionalismo che Luigi Ferrajoli elabora, si introduce addirittura il parametro dell'effettività all'interno del sistema giuridico, quale ineffettività della norma costituzionale violata, al fine esplicito di ricomporre il conflitto fra normativismo e realismo giuridico[7]. L'incorporazione entro il diritto della coppia validità/effettività realizza il programma di un sistema interamente formalizzato e artificiale, che divarica del tutto diritto e società, coerentemente del resto al disegno kelseniano (che Ferrajoli combina al paradigma costituzionalista).

L'intero dibattito teorico nella seconda metà del secolo scorso è segnato dalla distinzione che Herbert L. H. Hart delinea fra il punto di vista interno di colui che adotta la norma di riconoscimento del diritto valido in un determinato ordinamento e il punto di vista esterno di colui che osserva il comportamento degli attori di quell'ordinamento: l'uso della norma di riconoscimento, quale prassi di identificazione del diritto valido (e non norma presupposta à la Kelsen), è ciò che rende effettivo l'ordinamento[8]. Lo sguardo dell'osservatore esterno constata una prassi, ma non legge il diritto con gli occhi di una teoria dell'azione sociale. L'effettività resta una qualifica della norma, non dell'azione. L'ultimo tentativo teorico di interpretare il sistema giuridico alla luce di un principio di organizzazione della società è stato probabilmente il marxismo, se si esclude la più recente teoria dei sistemi di Niklas Luhmann (nell'ambito di una sociologia filosoficamente orientata). Al marxismo sfuggì però la teoria del diritto, avendo ridotto quest'ultimo a mera astrazione riproduttiva della forma di merce, senza considerare il livello dell'autonoma legittimazione del diritto, che invece costituì l'oggetto della sociologia giuridica di Max Weber[9]. Quanto a Luhmann, questi, come ha visto Habermas, si è occupato dell'organizzazione mediante sistemi specializzati, ma non della società (che per Habermas è dal lato della cosiddetta ragione comunicativa, contrapposta

6. C. Schmitt, *op. ult. cit.*, rispettivamente p. 41 e p. 40.

7. L. Ferrajoli, *La semantica della teoria del diritto*, in U. Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81 ss.

8. H.L.A. Hart, *Il concetto del diritto*, Einaudi, Torino, 1965, pp. 122 ss.

9. *Economia e società* di Weber rappresentò su più piani la risposta a *Il capitale* di Marx. Nell'ambito di una letteratura vastissima è qui sufficiente richiamare E.B. Pašukanis, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, De Donato, Bari, 1975 (non sono tuttavia mancate elaborazioni più mirate al diritto, come U. Cerroni, *Marx e il diritto moderno*, Editori Riuniti, Roma, 1972; è noto che si deve ad Antonio Gramsci, nell'ambito del marxismo, il tentativo principale di concepire l'autonomo spessore delle forme istituzionali e ideali, come il diritto).

alla ragione strumentale che connota i diversi sottosistemi, fra cui il diritto[10]).

Che la teoria del diritto debba articolarsi a una teoria della società e dell'azione sociale vuol dire che il punto di vista sociale non può limitarsi alla constatazione del dato empirico dell'effettività di un ordinamento, ma deve esprimere un *pensiero* sulla società. Questo *pensiero* sociale non condiziona l'indagine sul diritto, che è connotato dalle specificità su cui riflette la scienza giuridica, ma dà conto del perché un sistema giuridico possa essere efficace e soprattutto è attivamente impegnato affinché quell'efficacia sia raggiunta sulla base di un modello ideale di diritto. È un *pensiero* moralmente impegnato.

Il sovraccarico di diritto per la società che lo stato di emergenza produce è lì a dimostrare che un corpo sociale non potrebbe sopportare, come abbiamo detto, questo straordinario peso giuridico se non fosse dotato di una struttura che a quel diritto possa articolarsi, rendendolo effettivo. Soprattutto la domanda di diritti e di giustizia sociale che la pandemia rilascia, fa comprendere come quella domanda sia destinata a restare inevasa ove diritto e società non procedano su binari paralleli. Il diritto efficace presuppone una società che sia alla sua altezza, ma anche, per quel che può valere, una teoria della società che sia solidale a questa impresa e attivamente impegnata in questa direzione. La stessa teoria del diritto del resto, ha scritto Ronald Dworkin, non può non essere moralmente impegnata se il suo oggetto è quello del miglioramento della prassi giuridica – e in particolare la prassi di coloro (in primo luogo i giudici) che danno attuazione al diritto[11].

3. Una società all'altezza del diritto

«Per il pensiero moderno, non vi è morale possibile; a partire dal XIX secolo, infatti, il pensiero è già "uscito" di sé entro il suo essere proprio; esso non è più teoria; non appena pensa, esso ferisce o riconcilia, avvicina o allontana, rompe, dissocia, allaccia o riallaccia; non può fare a meno di liberare e di asservire (...) il pensiero, al livello della sua esistenza, fin dalla sua forma più aurorale, è in se stesso un'azione, un atto rischioso»[12]. Benché in questa pagina de *Le parole e le cose* Michel Foucault guardi alla svolta moderna sull'etica fra il XVIII e il XIX secolo, non più prescrizione esterna ma pensiero che si fa direttamente azione, il testo foucaultiano rappresenta un lampo di luce su modernità e azione sociale. È su quest'ultima che bisogna intendersi per comprendere quanto un diritto possa essere effettivo ed è una determinata accezione di azione sociale quella per cui battersi perché la convergenza di diritto e società possa svilupparsi.

In quello straordinario crogiolo di future produzioni teoriche che fu l'*Hegel-Renaissance* nella Francia degli anni trenta del secolo scorso, Alexandre Kojève delinea il venire ad esistenza dell'azione sociale, alla luce delle coordinate spazio-temporali della modernità occidentale, attraverso una determinata progressione filosofica[13]. Al centro vi è il rapporto fra mondo e ideale. All'ideale proiettato verso l'alto, nella dimensione contemplativa dell'eternità propria dell'universo platonico, succede con Kant, ed è l'atto di nascita del moderno, la curvatura verso il basso dell'ideale, in funzione regolativa del mondano. L'ideale kantiano, a differenza di quello platonico, entra in relazione con il mondo e la temporalità, anche se quale schema puramente astratto e in quanto tale irraggiungibile. La svolta si compie con Hegel: dall'idealità, in quanto tale irraggiungibile, si passa alla struttura del mondo, il quale appare dall'interno regolato da una finalità declinabile tuttavia solo mediante le modalità, imperfette e contingenti, attraverso cui si manifesta. L'età delle rivoluzioni, a partire da quella fondamentale del 1789, inaugura il nuovo tempo dell'attivazione dell'agire sociale, non più condizione passiva in un mondo del quale non si può disporre, ma forza trasformatrice per via dell'introiezione pratica dell'ideale. L'azione sociale è ormai governata da un'intima struttura regolativa perché il pensiero, per riprendere le parole di Foucault, si è fatto azione: pensare vuol dire cambiare lo stato di cose.

L'interiorizzazione dei criteri di governo delle azioni umane è in realtà il segno del processo di civilizzazione in Occidente nel grande affresco sociologico di Norbert Elias, il cui esito è la formazione di una sorta di super-io sociale mediante l'intreccio sempre più diffuso di interdipendenze che avviluppa il singolo[14]. Il riconoscimento dell'altro e la conseguente assunzione di responsabilità non restano un astratto precetto, ma diventano un'istituzione socialmente operante. L'archetipo della civilizzazione come interiorizzazione

10. J. Habermas e N. Luhmann, *Teoria della* società *o tecnologia sociale*, Etas Kompass, Milano, 1973.

11. R. Dworkin, *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 153 ss.

12. M. Foucault, *Le parole e le cose*, Rizzoli, Milano, 1985, p. 353.

13. A. Kojève, *Lezioni sull'eternità, il tempo e il concetto*, in Aa.Vv., *Interpretazioni hegeliane*, La Nuova Italia, Firenze, 1980, pp. 169 ss.

14. N. Elias, *Il processo di civilizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 665 ss.

è nei vertiginosi passi delle *Lettere* di Paolo di Tarso: da una parte, «(...) se vi fate guidare dallo spirito, non siete più sotto la legge» (*Lettera ai Galati*, 5, 18); dall'altra, «aboliamo dunque la legge per mezzo della fede? No certamente, anzi la confermiamo» (*Lettera ai Romani*, 3, 31). In questa oscillazione, fra il superare e il conservare il diritto mosaico, c'è il senso per l'Occidente moderno del rapporto fra diritto e azione sociale. Esso trova così le proprie radici nel contrasto fra cristianesimo ed ebraismo sul tema della legge: mentre per il primo la legge è da superare una volta che sia stata portata a compimento con la conversione, per il secondo l'interiorizzazione della legge è la premessa del suo esautoramento «negli abissi nichilistici dell'interiorità, dove puro e impuro si confondono»[15]. Se è vero, come ha scritto Franz Rosenzweig su cristianesimo ed ebraismo, che la verità intera non appartiene né all'uno né all'altro[16], l'incorporazione del criterio di giustizia nell'azione sociale non esclude la necessità del diritto quale oggettività ed esteriorità della regola (necessità dunque che va ben al di là del profilo della mera coercibilità del giusto). Seguendo la combinazione di cristianesimo ed ebraismo, diremmo nel linguaggio filosofico che, benché reso immanente (Hegel), l'ideale regolativo non perde la sua natura trascendentale (Kant)[17]. Il rinvenire l'origine di una civiltà in una polemica teologica comprova il famoso *incipit* di *Politische Theologie* di Schmitt: «tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati»[18].

Il Novecento, non a caso definito "il secolo breve", è stato una sorta di *redde rationem* del processo di civilizzazione. La brevità del secolo è nella sua intensità. Esso ha introdotto il principio della democrazia costituzionale e allo stesso tempo ha conosciuto il totalitarismo di massa, ha scritto nelle costituzioni l'eguaglianza in senso sostanziale e l'ha inverata come mai prima si era visto in Occidente e allo stesso tempo ha sperimentato, con l'Olocausto, l'applicazione allo sterminio di tecnica e razionalità burocratica[19]. Le contraddizioni del secolo breve si sono manifestate nelle filosofie europee, le quali, all'ombra di nichilismo e disincanto, hanno acquistato direzioni distanti dal progetto illuministico che, con i suoi imperativi di eguaglianza, libertà e fraternità, a partire dal XVIII secolo aveva preso le redini del processo di civilizzazione. La Francia ancora, stavolta della seconda metà del secolo scorso, è il luogo di emersione della discussione. Due linee sono altamente significative dell'epoca: a) l'immanenza all'azione sociale dei criteri di governo diventa con Foucault la microfisica di un potere diffuso, in base al quale nella società non vi sono che rapporti di dominazione; b) quell'immanenza diventa invece, con Gilles Deleuze, capacità dell'azione sociale di produrre ordini senza vincoli di valore che non sia la propria potenza produttiva (una sorta di potere costituente assoluto e permanente, come è stato scritto di recente[20]).

Si tratta di vie senza uscita se il tema è quello di una società all'altezza del diritto. La ricomposizione di azione sociale e diritto, in un tempo in cui le domande sui diritti e la giustizia sociale acquistano un'accelerazione straordinaria, non può non passare attraverso la ripresa del progetto illuministico di eguaglianza, libertà e fraternità. È noto che protagonista della ripresa di questo progetto nel dibattito europeo è stato Jürgen Habermas. Come ha osservato un critico attento di Habermas, il perseguimento dell'universalismo egualitario può procedere non attraverso il richiamo a un astratto dover essere, cui pare rinviare l'etica habermasiana del discorso, ma attraverso la riattivazione di quel nucleo di ideali regolativi che la civilizzazione ha

15. E. Lévinas, *Dal sacro al santo. Cinque nuove letture talmudiche*, Città Nuova, Roma, 1985, p. 102.

16. F. Rosenzweig, *La stella della redenzione*, Vita e Pensiero, Milano, 2008, pp. 426 ss.

17. La combinazione dell'ideale regolativo kantiano con il principio hegeliano di immanenza storico-sociale è stata perseguita nella tradizione italiana di filosofia del diritto da A. Baratta, *Natura del fatto e giustizia materiale*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 135 ss., seguendo sul punto E. Bloch, *Soggetto-oggetto. Commento a Hegel*, Il Mulino, Bologna, 1973, pp. 461 ss.

18. C. Schmitt, *Le categorie*, *op. cit.*, p. 61. La potenzialità euristica delle categorie teologiche è un motivo ricorrente, da Schmitt a Jonas (la filosofia moderna è «la secolarizzazione ultima di una teologia» – H. Jonas, *Dalla fede antica all'uomo teologico*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 94), da Taubes (che parla di «potenziale politico delle metafore teologiche» – J. Taubes, *La teologia politica di San Paolo*, Adelphi, Milano, 1997, p. 131) ad Agamben (che coglie il fondamento della distinzione fra potere costituente e potere costituito nella «scissione paolina fra il piano della fede e quello del *nomos*» – G. Agamben, *Il tempo che resta. Un commento alla* Lettera ai Romani, Bollati Boringhieri, Torino, 2000, p.111; si veda anche G. Agamben, *Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009, pp. 219 ss., sulla derivazione del concetto europeo di sovranità dalla teologia della gloria); la teologia politica è un punto di vista non solo genealogico, ma anche sulle potenzialità del presente, nella più recente ricerca di Mario Tronti, del quale si veda *Dello spirito libero. Frammenti di vita e di pensiero*, il Saggiatore, Milano, 2015.

19. Z. Bauman, *Modernità e Olocausto*, Il Mulino, Bologna, 1992.

20. R. Esposito, *Pensiero istituente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Einaudi, Torino, 2020, pp. 75 ss., il quale collega alla concezione produttiva dell'essere di Deleuze quella di Antonio Negri, grazie al comune riferimento a Spinoza. Il passo è breve alla tesi di Augusto Del Noce sulla secolarizzazione: l'immanentizzazione dell'ideale regolativo, di cui il marxismo sarebbe il completamento, sfocia in un esito nichilistico della modernità, quale primato dell'azione e superamento del principio di tradizione.

incorporato nell'azione sociale e che sono quindi immanenti alle comunità del moderno Occidente. Si tratta di riprendere «the best lessons we can draw from the history and tradition we are able to discern»[21]. La teoria, come insegna l'intera opera di Habermas, non è neutrale, ma è attivamente e moralmente impegnata in questa direzione. Riprendendo le parole di Foucault, il pensiero nel moderno, non appena pensa, «non può fare a meno di liberare e di asservire».

Le costituzioni moderne sono proiezioni di ideali regolativi che il processo di civilizzazione ha insediato nel corpo sociale. L'eguaglianza in quanto ideale è, per dirla con Derrida, sempre a venire, non sarà mai compiuta. Essa è tuttavia radicata nella storia e nella tradizione di un popolo. Qui risiede l'autentica fonte del patriottismo costituzionale, di cui parlò Habermas nella famosa intervista su *Die Zeit* nel 1986[22]. Il conflitto vero non è allora fra diritto e società, ma all'interno della stessa società. L'azione sociale è divisa fra la non effettività dei principi di giustizia e la critica delle distorsioni, la quale, proprio perché consentita dall'interiorizzazione di un patrimonio di ideali regolativi, costituisce in realtà un'autocritica della società. L'alternativa è fra la regressione del legame sociale e la promozione dell'interazione cooperativa e solidale fra individui. L'iperbole dei diritti e delle domande di giustizia che la pandemia ha prodotto richiama ancora di più l'azione sociale ai principi che, dall'interno, la costituiscono. Benché siamo il risultato di un'opera di civilizzazione e dell'immanentizzazione di un ideale, non c'è alcun finalismo o movimento della storia su cui confidare, ma solo un conflitto e un fronte di battaglia. Più che mai il futuro è ora nelle nostre mani.

21. R.B. Brandom, *Towards Reconciling Two Heroes: Habermas and Hegel*, in *Argumenta*, n. 1/2015, p. 41 (www.argumenta.org/wp-content/uploads/2015/09/Argumenta-11-Robert-Brandom-Towards-Reconciling-Two-Heroes-OK.pdf).

22. Habermas concepiva, però, il patriottismo costituzionale quale consenso non su valori ma sulla procedura democratica, raccogliendo le critiche di John Rawls, che opponeva al «fuoco radical-democratico» del filosofo tedesco i valori del liberalismo politico (J. Rawls, *Risposta a Jürgen Habermas*, in *Micromega. Almanacco di filosofia*, 1996, pp. 94 ss.).

Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*

di *Giuseppe Battarino* e *Andrea Natale*

L'emergenza epidemiologica ha reso necessarie misure di contenimento, presidiate anche da sanzioni penali, e prefigura la possibile applicazione di norme penali sul reato di epidemia e sulla responsabilità in ambito sanitario. Per ciascuno di questi temi i principi generali e gli orientamenti giurisprudenziali vengono posti a confronto con le specificità dell'emergenza, ricostruendo un quadro di diritto penale della condizione di epidemia.

1. La condizione di epidemia: gli spazi del diritto penale / 2. Apparato sanzionatorio a tutela delle misure di contenimento / *2.1. La successione delle scelte sanzionatorie* / *2.2. Quale riferimento costituzionale per la quarantena?* / **3. Nuovi problemi ricostruttivi del delitto di epidemia (colposa)** / *3.1. Il delitto di epidemia: alcune questioni generali* / *3.2. Problemi applicativi: il singolo "autore di epidemia", gli ambienti di lavoro, le strutture sanitarie, il livello decisionale politico* / **4. I criteri di accertamento delle responsabilità penali per eventi avversi nella "condizione di epidemia"** / *4.1. Modello di agente e criteri di orientamento* / *4.2. Risorse limitate e criteri scientifici di scelta delle priorità* / **5. Un diritto penale della condizione di epidemia?**

1. La condizione di epidemia: gli spazi del diritto penale

Nel momento in cui, il 9 gennaio 2020, l'Organizzazione mondiale della sanità (Oms) ha annunciato la scoperta di un nuovo virus mai identificato prima nell'uomo, associato a un focolaio di casi di polmonite registrati nella città di Wuhan, nella Cina centrale, non era ipotizzato il successivo ingresso anche dell'Italia nella "condizione di epidemia", intesa come situazione di straordinarietà tale da imporre misure di contenimento di una pandemia mondiale.

Se si vuole individuare, per quanto riguarda la situazione italiana, un momento di passaggio alla nuova condizione lo si può rinvenire nella reazione alla dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica da parte dell'Oms del 30 gennaio 2020 a cui, con tempestività, il giorno successivo, il Consiglio dei ministri ha fatto seguire la deliberazione dello «stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», con un provvedimento fondato sull'esercizio dei poteri in materia di protezione civile previsti dal d.lgs 2 gennaio 2018, n. 1 («Codice della Protezione Civile»), che all'articolo 24 disciplina lo «stato di emergenza di rilievo nazionale».

L'epidemia da Covid-19 è stata subito fatta rientrare nella più grave ipotesi di cui alla lettera *c*: «emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi

* Il presente contributo è stato ultimato e trasmesso per la successiva pubblicazione in data 26 giugno 2020.

calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24».

Da quel momento si sono succedute, parallelamente, la diffusione del contagio e l'emanazione di provvedimenti legislativi e amministrativi.

Il "contenimento" è stato centrale nella risposta all'epidemia.

L'obiettivo è stato quello di limitare innanzitutto l'onda di piena negli ospedali e nelle terapie intensive. Sappiamo – noi tutti ora e i decisori politici già all'inizio della vicenda – che se non ci fosse stato il contenimento avremmo potuto avere centinaia di migliaia di morti in Italia: quelli che il *premier* britannico in una iniziale dichiarazione dava per scontati nel suo Paese, salvo poi correggersi, e che ancora in questo momento sono la prospettiva di Paesi in cui la sottovalutazione del fenomeno sta producendo tragiche conseguenze.

Sappiamo che, nel peggiore degli scenari di crescita esponenziale del contagio, non si sarebbe trattato solo di una cinica contabilità darwiniana o eugenetica: l'insostenibilità di migliaia e migliaia di morti negli ospedali, nelle case, abbandonati per le strade, di milioni di contagiati e ammalati, anche tra i lavoratori dei servizi, della sicurezza, della sanità, avrebbe rotto le strutture dell'organizzazione sociale, provocando l'abbandono progressivo di numerose attività lavorative essenziali e lo smarrimento di una soglia minima di ordine comune.

In Italia si sono dunque difese quelle strutture attraverso la posizione di regole, affrontando l'emergenza senza attivare uno stato di eccezione.

Inizialmente si è susseguita l'emanazione di ordinanze da parte di autorità a vario titolo competenti in materia sanitaria e più o meno prossime ai focolai di contagio, nel caso dei Comuni generalmente fondate sull'articolo 50, commi 5 e 6 del Testo unico delle leggi sugli enti locali (d.lgs n. 267 del 18 agosto 2000); si è vissuta altresì una fase di problematico coordinamento tra Stato e Regioni nel quadro della competenza concorrente in materia di tutela della salute e di protezione civile, ai sensi dell'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, che ha prodotto provvedimenti fondati sull'applicazione dell'articolo 32 l. 23 dicembre 1978, n. 833 (istituzione del Servizio sanitario nazionale) e dell'articolo 1, comma 2, d.lgs 31 marzo 1998, n. 112 («Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59»).

Il primo compiuto quadro normativo a livello di legislazione primaria nazionale si rinviene nel decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020, cui hanno fatto seguito provvedimenti specifici governativi, regionali, di concerto, a partire dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 23 febbraio 2020 (stessa data del decreto-legge) recante «misure urgenti di contenimento del contagio nei Comuni delle Regioni Lombardia e Veneto», seguito da un dpcm del 25 febbraio 2020 nonché da una nutrita serie di altri dpcm e decreti-legge.

La *condizione di epidemia* da Covid-19 si è dunque sviluppata tra fatti epidemici e diritto dell'epidemia, composto da prescrizioni di contenimento, norme in materia di lavoro, economia, giurisdizione.

Ma è anche enucleabile un ambito di *diritto penale della condizione di epidemia* (o *diritto penale dell'epidemia*), di cui qui si intendono tracciare linee generali lungo tre direttrici:

- apparato sanzionatorio a tutela delle misure di contenimento;
- nuovi problemi ricostruttivi del reato di epidemia;
- criteri di accertamento delle responsabilità penali sanitarie.

2. Apparato sanzionatorio a tutela delle misure di contenimento

2.1. La successione delle scelte sanzionatorie

Nell'ambito degli interventi normativi succedutisi a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza, è stato introdotto un apparato sanzionatorio a tutela delle misure di contenimento, che ne punisce la violazione, qualificata come illecito penale o amministrativo, secondo una successione di norme e distinzione di condotte di cui si darà conto.

Si sono occupati della materia: il dl n. 6 del 23 febbraio 2020 (convertito in l. n. 13 del 5 marzo 2020); il dl n. 19 del 25 marzo 2020 (convertito in l. n. 35 del 22 maggio 2020); il dl n. 33 del 2020 del 18 maggio 2020 (approvato con modifiche al Senato il 10 giugno 2020, in corso di esame alla Camera).

L'art. 1, comma 2, dl n. 6/2020 ha previsto una serie di «misure di contenimento» il cui contenuto risulta solo in parte determinato e associato a una clausola di possibile adozione di «ulteriori misure»; l'art. 2 dl n. 6/2020 (come risultante in sede di conversione) prevedeva infatti che le autorità competenti potessero «adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Covid-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1». Le misure – di *riduzione della socialità* – comprendevano il divieto

di allontanamento e quello di accesso al comune o all'area interessata; la sospensione di manifestazioni, eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato; la sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole e dei viaggi di istruzione; la sospensione dell'apertura al pubblico dei musei; la sospensione delle procedure di concorsi pubblici e delle attività degli uffici pubblici, fatta salva l'erogazione dei servizi essenziali e di pubblica utilità; l'applicazione della «quarantena con sorveglianza attiva» a chi ha avuto contatti stretti con persone affette dal virus e la previsione dell'obbligo, per chi fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, di comunicarlo al dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente, per l'adozione di una misura definita «permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva»; la sospensione dell'attività lavorativa per alcune tipologie di impresa e la chiusura di alcune tipologie di attività commerciali; la possibilità 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; la limitazione all'accesso o la sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone.

Nell'art. 3, comma 4, era richiamato a fini sanzionatori del mancato rispetto delle misure di contenimento l'art. 650 del codice penale, con la clausola di riserva «salvo che il fatto non costituisca più grave reato».

La scelta di questo strumento sanzionatorio, poi superata, come si vedrà, in decreti-legge successivi, era stata criticata sotto il profilo del principio di legalità, poiché comminava una sanzione penale per la violazione di provvedimenti amministrativi che:

a) non avevano carattere individuale, ma generale e astratto;

b) erano emanati con fonti di rango sub-legislativo che, ponendosi come presupposto del reato, contribuivano a identificare pressoché *in toto* il contenuto del precetto, non limitandosi a mere specificazioni tecniche di un divieto cristallizzato nella normativa primaria (secondo lo schema della riserva di legge "tendenzialmente assoluta");

c) erano adottabili anche in casi non determinati dalla legge (non potendosi ritenere determinata dalla legge l'evocazione – quale presupposto del reato – di «ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Covid-19 anche ((fuori dai casi)) di cui all'articolo 1, comma 1» – così il già citato art. 2 dl n. 6/2020 (tra doppia parentesi la parte inserita in sede di conversione).

Ma era anche stata posta una questione di reale efficacia della sanzione alternativa dell'arresto fino a tre mesi o dell'ammenda fino a 206 euro prevista dall'art 650. cp, contravvenzione che può essere estinta con oblazione ai sensi dell'art. 162-*bis* cp; tanto che alcune procure della Repubblica avevano deciso di qualificare le violazioni come – più grave – reato di cui all'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 (Testo unico delle leggi sanitarie – Tuls).

Il decreto legge n. 19 del 2020 ha rivisto sia il catalogo delle misure di contenimento che l'apparato sanzionatorio, come del resto era imposto dall'evolvere della situazione epidemiologica[1].

L'art. 1 dl n. 19/2020 enumera una serie di misure volte a «contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus Covid-19». L'art. 2 individua forme (decreto del Presidente del Consiglio dei ministri) e procedimento (previa interlocuzione con i ministri competenti e i presidenti delle Regioni interessate) per l'adozione dei provvedimenti che dispongono le misure di contenimento.

Il "catalogo" delle misure di contenimento risulta corredato di un maggior grado di tipicità rispetto a quanto prevedeva il dl n. 6/2020.

L'art. 4 delinea un sistema sanzionatorio che supera lo strumento originariamente individuato nell'art. 650 cp, a favore di una differenziazione tra le violazioni "ordinarie" delle misure di contenimento, punite con sanzioni amministrative pecuniarie e accessorie, e la specifica violazione del divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus (art. 1, comma 2, lett. *e*) costituente reato di cui all'art. 260 Tuls, le cui sanzioni congiunte vengono elevate, dall'art. 4, comma 7, all'arresto da 3 mesi a 18 mesi e all'ammenda da euro 500 ad euro 5.000 (scelta di qualificazione giuridica della violazione di precedenti provvedimenti come detto adottata da alcune procure della Repubblica).

Le questioni di diritto intertemporale vengono affrontate dall'art. 4, comma 8, a norma del quale «le disposizioni del presente articolo che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ma in tali casi le sanzioni amministrative sono applicate nella misura minima ridotta alla metà»: con disposizione quindi che, riconoscendo la continuità di tipo di illecito, applica un principio di *favor rei*.

Clausole di riserva sono contenute nell'art. 4, comma 1, quanto al rapporto tra illecito amministrativo ed

1. A. Natale, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in questa *Rivista online*, 28 marzo 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/il-decreto-legge-n-19-del-2020-le-previsioni-sanzionatorie_28-03-2020.php.

eventuale fatto costituente reato, e nell'art. 4, comma 6, quanto al rapporto tra art. 260 rd n. 1265/1934 ed eventuale fatto costituente «violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato». Il richiamo espresso all'ipotesi di epidemia colposa (art. 452 cp) non esclude dunque la possibile ricorrenza di altri reati, in primo luogo il delitto di epidemia dolosa di cui all'articolo 438 cp, consistente nella «diffusione di germi patogeni».

L'art. 4, comma 1, dl n. 19/2020 prevede che «il mancato rispetto delle misure di contenimento» sia punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3.000 (sanzione pecuniaria massima poi ridotta a 1.000 euro in sede di conversione); in alcuni casi tassativamente indicati sono previste sanzioni amministrative accessorie, provvedimenti cautelari e aggravamenti sanzionatori.

È espressamente escluso che possano trovare applicazione «le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità» (con riferimento alla fattispecie contravvenzionale prevista dall'art. 260 rd n. 1265/1934).

Ai sensi dell'art. 4, comma 8, la depenalizzazione ha effetto anche per le violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del dl n. 19/2020[2].

L'illecito amministrativo è integrato esclusivamente dalla violazione delle misure di contenimento analiticamente indicate dall'art. 1, comma 2, del decreto legge, come detto sufficientemente tipizzate dal legislatore nel rispetto del principio di legalità, operante anche in materia di illeciti amministrativi.

Da un punto di vista formale, la previsione dell'art. 4, comma 8, introduce l'applicazione retroattiva di una fattispecie di illecito amministrativo (sebbene in relazione a fattispecie di reato depenalizzate). Tale previsione – comportando l'applicazione retroattiva di sanzioni amministrative (per illeciti depenalizzati) – è secondo talune opinioni suscettibile di rilievi di illegittimità costituzionale.

Ciò sul presupposto che – alle sanzioni amministrative – si applichino le stesse garanzie previste per le «nuove incriminazioni» dall'art. 25, comma 2, Cost., come affermato dalla Corte costituzionale in ripetute occasioni[3].

Tuttavia, nel caso in cui la "nuova" previsione sanzionatoria amministrativa sia il frutto di un intervento di depenalizzazione, si può giungere ad escludere – a certe condizioni – che sia leso il divieto di applicazione retroattiva di trattamenti punitivi di sfavore.

In un caso come quello in esame si registra non una "nuova" previsione punitiva, bensì una diversa modulazione della risposta sanzionatoria (che comporta solo apparentemente l'applicazione delle sanzioni amministrative a fatti precedentemente commessi); in altri termini, la scelta del legislatore sembra da ritenere costituzionalmente conforme al dettato dell'art. 25, comma 2, della Costituzione e ammissibile ove essa risponda – come sembra nel caso di specie – a canoni di ragionevolezza coerenti con il dettato dell'art. 3 della Costituzione[4].

Da un punto di vista procedurale, l'art. 4, comma 8, dl n. 19/2020 richiama – per la gestione dei procedimenti attivati per la violazione dell'abrogata fattispecie prevista dall'art. 3, comma 4, dl n. 6/2020 – gli artt. 101 e 102 d.lgs n. 507/1999 (in materia di depenalizzazione di vari illeciti).

Il che comporta (per l'autorità giudiziaria) che:

- ove quei procedimenti siano già definiti con condanne irrevocabili (possibilità puramente teorica), l'eventuale condanna o decreto penale dovranno essere revocati dal giudice dell'esecuzione (art. 101, d.lgs n. 507/1999);

- ove quei procedimenti siano ancora pendenti: a) l'autorità giudiziaria disponga la trasmissione all'autorità amministrativa competente degli atti dei procedimenti penali relativi ai reati trasformati in illeciti amministrativi; b) se il procedimento pende ancora in fase di indagine, la trasmissione degli atti è disposta direttamente dal pubblico ministero, che, in caso

2. Precisazione opportuna, considerato che, diversamente, non avrebbe potuto operare la previsione dell'art. 2, comma 2, cp (sulla portata retroattiva dei fenomeni di *abolitio criminis*), considerato che il precedente apparato sanzionatorio trovava base legale in leggi temporanee ed eccezionali alle quali, come noto, non si applica quanto dispone l'art. 2, comma 2, cp (in forza di quanto previsto dall'art. 2, comma 5, cp).

3. Tra le altre: Corte costituzionale, sentenze nn. 196/2010, 104/2014, 276/2016, 223/2018.

4. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 223/2018, evidenzia che «il generale maggior favore di un apparato sanzionatorio di natura formalmente amministrativa rispetto all'apparato sanzionatorio previsto per i reati non può essere dato per pacifico in ogni singolo caso (...)» Infatti – aggiunge la Consulta – «la presunzione di maggior favore del trattamento sanzionatorio amministrativo rispetto al previgente trattamento sanzionatorio penale deve intendersi, oggi, come meramente relativa, dovendosi sempre lasciare spazio alla possibilità di dimostrare, caso per caso, che il nuovo trattamento risulti in concreto più gravoso». Sembra essere coerente con le indicazioni della giurisprudenza costituzionale che l'art. 4, comma 8, dl n. 19/2020 preveda che le disposizioni che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applichino «anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ma in tali casi le sanzioni amministrative sono applicate nella misura minima ridotta alla metà». Il che introduce un meccanismo di *favor rei* – la sanzione amministrativa minima è di 400 euro; la metà (200 euro di sanzione pecuniaria) è inferiore alla pena pecuniaria massima prevista dall'art. 650 cp.

di procedimento già iscritto, annota la trasmissione nel registro delle notizie di reato.

L'art. 4 dl n. 19/2020 richiama le previsioni della legge n. 689 del 1981: troveranno pertanto applicazione le ordinarie regole per l'imputazione soggettiva dell'evento (art. 3), le cause di giustificazione (art. 4), il concorso di persone nell'illecito amministrativo (art. 5).

Nell'introdurre la fattispecie di illecito amministrativo, l'art. 4, comma 1, dl n. 19/ 2020 esordisce con la clausola di riserva «salvo che il fatto costituisca reato»; riserva che non opera per i reati di cui all'art. 650 cp e all'art. 260 rd n. 1265/1934, la cui applicazione è esplicitamente esclusa.

Va in effetti considerata la possibilità che la violazione di una delle misure di contenimento possa integrare altre ipotesi di reato: in particolare agendo come condotta causalmente rilevante e come violazione di regola cautelare presupposto del delitto di epidemia colposa (di cui si tratterà *infra*).

Il successivo decreto-legge n. 33 del 16 maggio 2020 si caratterizza per una riduzione delle misure di contenimento, in una logica di proporzionalità e adeguatezza rispetto al migliorato quadro epidemiologico.

Con riferimento alla violazione delle misure di contenimento, l'art. 2, comma 1, dl n. 33/2020 prevede che siano punite con le stesse sanzioni amministrative già introdotte dall'art. 4, comma 1, dl n. 19/2020.

Rimane la previsione sanzionatoria penale specifica per la violazione della quarantena obbligatoria[5].

Come si è visto, con l'art. 4, comma 6, dl n. 19/2020 il legislatore ha comminato una sanzione penale nei confronti di colui che violi il «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus».

La sanzione è individuata con richiamo all'art. 260 Tuls, le cui pene sono state aumentate dallo stesso dl n. 19/2020 all'arresto da 3 mesi a 18 mesi e ammenda da euro 500 ad euro 5.000.

Analoga previsione è dettata dal dl n. 33/2020, sebbene con una sfumatura terminologica significativa: l'art. 1, comma 6, prevede infatti che «È fatto divieto di *mobilità* dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura della quarantena per provvedimento dell'autorità sanitaria in quanto risultate positive al virus Covid-19, fino all'accertamento della guarigione o al ricovero in una struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata». La violazione è punita «ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265» (art. 2, comma 3).

In ambedue i casi, la fattispecie sanzionatoria colloca in esordio una clausola di riserva «salvo che il fatto costituisca violazione dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato».

Essa è strutturata come reato di pericolo (astratto). Sotto il profilo della meritevolezza di tutela dell'interesse e di ragionevolezza di una simile previsione incriminatrice, non possono nutrirsi seri dubbi.

L'articolo 32 della Costituzione tutela la salute non solo come fondamentale diritto dell'individuo, ma anche come «interesse della collettività», in chiave di tutela dell'interesse di tutti gli individui che compongono la comunità; di qui il rilievo costituzionale dell'interesse protetto con l'incriminazione della violazione della quarantena[6].

Quanto alla ragionevolezza in concreto della previsione incriminatrice, è sufficiente considerare il dato tragicamente notorio del livello di pericolosità del fenomeno epidemico in atto.

La condotta illecita sanzionata è chiaramente descritta dai due testi, pur con qualche sfumatura lessicale differente: è responsabile del reato chi – essendo

---

5. La *quarantena obbligatoria* si distingue dall'ulteriore misura di contenimento, denominata *quarantena precauzionale*, che può essere disposta dall'autorità sanitaria nei confronti dei «soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che ((entrano nel territorio nazionale)) da aree ((...)) ubicate al di fuori del territorio italiano» (così l'art. 1, comma 2, lett. *d*, dl n. 19/2020, nella versione risultante all'esito della conversione; vds. anche l'art. 1, comma 7, dl n. 33/2020). La violazione della *quarantena precauzionale* comporta l'applicazione delle sanzioni amministrative previste dall'art. 4, comma 1, dl n. 19/2020 e dall'art. 2, comma 1, dl n. 33/2020.

6. Per ulteriori riferimenti costituzionali si rinvia a G. Battarino, *Decreto-legge Covid-19, sistemi di risposta all'emergenza, equilibrio costituzionale*, in questa *Rivista online*, 1° marzo 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/decreto-legge-covid-19-sistemi-di-risposta-all-emergenza-equilibrio-costituzionale_01-03-2020.php:
«Il confronto, a un livello superiore, può porsi tra articolo 2 e articolo 3, secondo comma, della Costituzione.
Il decreto-legge n. 6/2020 e i più motivati e fondati provvedimenti di risposta all'emergenza epidemiologica recente sono ispirati a esigenze di eguaglianza sostanziale: l'epidemia, secondo le progressive recenti acquisizioni di conoscenze scientifiche sul Covid-19, è paritaria nella sua diffusione ma selettiva negli effetti, poiché colpisce in forma più grave i soggetti più fragili: anziani, immunodepressi, portatori di patologie croniche o comorbilità.
Dunque la prevenzione della diffusione dell'epidemia è misura di riequilibrio di condizioni diseguali di partenza.
Inoltre, la mancata riduzione del potenziale numero di malati produrrebbe, in prospettiva e in maniera crescente, un sovraccarico del servizio sanitario pubblico, compromettendone la funzione di risposta universale finalizzata a fornire eguali opportunità di cura a tutti i cittadini, in particolare a coloro che per condizioni socioeconomiche deteriori di partenza senza il servizio pubblico non potrebbero accedere a cure di adeguato livello.
Difendere preventivamente la funzionalità del servizio sanitario pubblico corrisponde a esigenze di eguaglianza sostanziale» (par. *3.3.*).

risultato positivo al virus – viola «il divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora» (art. 1, comma 2, lett. *e* dl n. 19/2020) o viola il «divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora alle persone sottoposte alla misura della quarantena» (art. 1, comma 6, dl n. 33/2020).

La condotta penalmente illecita, nella struttura di ambedue le fattispecie, ha due presupposti:

a) l'essere risultato positivo al virus;

b) l'essere destinatario di un divieto assoluto di allontanarsi (o di mobilità) dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena.

In origine, con il dl n. 19/2020, il legislatore non aveva chiaramente delineato la fisionomia dell'istituto della quarantena, trascurando di indicare esplicitamente l'autorità incaricata di disporla, le forme del provvedimento, la durata della misura e i rimedi giurisdizionali eventualmente esperibili per contestare il provvedimento impositivo della quarantena[7].

La tesi in base alla quale sarebbe stato necessario un provvedimento amministrativo di carattere individuale, emanato da un'autorità «competente» (in base alla legge), per imporre la quarantena era osteggiata da autorevole dottrina: secondo la quale il problema non avrebbe dovuto nemmeno porsi, dovendosi ritenere che la misura della quarantena fosse «imposta direttamente dalla norma primaria e che il soggetto che si trova nelle condizioni che la norma stabilisce è automaticamente tenuto a sottostarvi»[8]. In altri termini, «è direttamente la legge, e non l'autorità amministrativa, a disporre la quarantena»; infatti, «con il coronavirus è la legge stessa a prendere atto della diffusività del fenomeno; a descrivere i presupposti dell'intervento; a stabilire quando impiegare le maniere forti; a comminare sanzioni (ma non coercizione fisica)»[9]. E – si aggiunge – la prassi era decisamente orientata nel senso di non ritenere necessaria l'adozione di misure impositive della quarantena da parte dell'autorità sanitaria locale (nella gran parte dei casi, infatti, si registravano per lo più, mere comunicazioni da parte del medico o dell'ufficio di igiene che aveva riscontrato la positività al virus, corredata dalla somministrazione di informazioni relative al dovere di stare a casa).

Il decreto-legge n. 33/2020 (approvato il 16 maggio 2020) prevede che la misura della quarantena sia disposta «per provvedimento dell'autorità sanitaria» (art. 1, commi 6 e 7).

Il che vuol dire che – quantomeno a decorrere dall'entrata in vigore del dl n. 33/2020 – per assoggettare una persona a quarantena è indispensabile un provvedimento avente portata individuale emanato dall'autorità sanitaria (dal sindaco, alla luce di quanto prevede l'art. 13, comma 2, l. n. 833/1978). Senonché, sullo stesso specifico punto, anche il dl n. 19/2020 ha subìto delle modificazioni nel corso del procedimento di conversione in legge. In sede di conversione (avvenuta il 22 maggio 2020), infatti, il testo dell'art. 1, comma 2, lett. *e*, dl n. 19/2020 ha stabilito il «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena ((applicata dal sindaco quale autorità sanitaria locale,)) perché risultate positive al virus» (tra doppia parentesi la parte inserita in sede di conversione).

Il reato di cd. violazione della quarantena obbligatoria presuppone dunque l'emissione, da parte del sindaco, di un valido provvedimento di quarantena, avente portata individuale. Laddove tale provvedimento non sia stato emesso, difetta il valido presupposto del reato, con conseguente insussistenza della violazione penale tipizzata dall'art. 3, comma 4, dl n. 19/2020 e dall'art. 2, comma 3, dl n. 33/2020.

Si pone, a questo punto, una delicata questione interpretativa con riferimento alle violazioni della cd. quarantena obbligatoria commesse nel periodo anteriore all'approvazione della legge di conversione del decreto n. 19 del 2020 (ove nulla si prevedeva in ordine alla necessità di un provvedimento di portata individuale emesso dall'autorità sanitaria locale) e occorre chiedersi se la violazione della cd. quarantena obbligatoria non disposta dal sindaco integri

---

7. Per tali rilievi critici, vds. G.L. Gatta, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza Covid-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sistema penale*, 26 marzo 2020 (par. *3.7.*), www.sistemapenale.it/it/articolo/decreto-legge-19-del-2020-covid-19-coronavirus-sanzioni-illecito-amministrativo-reato-inosservanza-misure; vds. anche *Id.*, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, *ivi*, 2 aprile 2020, www.sistemapenale.it/it/articolo/diritti-fondamentali-coronavirus-necessaria-una-legge-sulla-quarantena-gian-luigi-gatta e A. Natale, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in questa *Rivista online*, 28 marzo 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/il-decreto-legge-n-19-del-2020-le-previsioni-sanzionatorie_28-03-2020.php.

8. M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 126-127, www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2020_Luciani.pdf, aderendo alla proposta ricostruttiva di M. Bignami.

9. M. Bignami, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in questa *Rivista online*, 7 aprile 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/chiacchiericcio-sulle-liberta-costituzionali-al-tempo-del-coronavirus_07-04-2020.php; i passi citati sono – rispettivamente – al par. 5 e al par. 3. Aderisce all'impostazione proposta da Bignami e Luciani anche S.G. Guizzi, *Stato costituzionale di diritto ed emergenza Covid-19: note minime*, in *Il diritto vivente*, numero monografico, giugno 2020, pp. 34-36, www.magistraturaindipendente.it/attache/25/file/Il_diritto_vivente_n._speciale_COVID-19_DEF_%281%29.pdf.

– o meno – la violazione dell'art. 3, comma 4, dl n. 19/2020 (se, cioè, venga meno un valido presupposto della condotta penalmente sanzionata).

Il che impone di interrogarsi sulla questione, di alto rilievo teorico, degli effetti nel tempo delle modificazioni apportate alle disposizioni di un decreto legge, in sede di conversione. Secondo l'art. 77, comma 3, Cost. e l'art. 15, comma 5, l. n. 400/1988 è chiaro l'effetto nel tempo dell'emendamento: esso ha efficacia *ex nunc* e vale indubbiamente *pro-futuro*. Nulla si dice, però, della sorte – in termini di efficacia nel tempo – delle disposizioni del decreto legge colpite da emendamenti. Nel caso che qui interessa, sembra di poter classificare l'emendamento introdotto in sede di conversione come emendamento modificativo (che non introduce una disposizione del tutto nuova, ma incide sul testo del decreto, senza alterarne in modo totale l'oggetto o il senso). Secondo autorevole dottrina[10] «la conversione "con modificazioni" appare più rigorosamente una mancata conversione nella *parte qua*, poiché significa una volontà del legislatore di non aderire alle scelte operate dal governo. La modifica significa, prima, soppressione e, poi, aggiunta (cioè, sostituzione): si è detto acutamente che si può convertire ciò che c'è, "così com'è"; altrimenti si fa cosa diversa, cioè, si sostituisce».

Sul piano logico, lo sviluppo è il seguente: «l'introduzione nella legge di conversione di emendamenti incompatibili con il contenuto originario del decreto legge (soppressivi, sostitutivi o modificativi) equivale alla disapprovazione *pro parte* e, dunque, alla sua mancata conversione parziale»; gli emendamenti, poi, «hanno efficacia solo *ex nunc*; ove il legislatore intenda attribuire loro efficacia retroattiva, dovrebbe dichiararlo esplicitamente»[11].

Ove si aderisca a tale sistemazione teorica, l'effetto che si determina sul piano penalistico è il seguente: i "provvedimenti" impositivi di quarantena obbligatoria non conformi allo schema legale (provvedimento emesso dall'autorità sanitaria locale) non potrebbero costituire valido presupposto della condotta di inottemperanza sanzionata dall'art. 4, comma 6, dl n. 19/2020.

2.2. Quale riferimento costituzionale per la quarantena?

I problemi interpretativi che solleva la fattispecie penale di violazione della quarantena obbligatoria non si esauriscono qui.

Secondo talune opinioni[12], una simile previsione non comprime solo il diritto alla libera circolazione delle persone (ricadente nell'orbita dell'art. 16 della Costituzione, che ammette limitazioni al suo esercizio solo ove esse siano stabilite dalla legge «in via generale, per motivi di sanità o sicurezza»), ma incide anche, in modo netto, sulla libertà personale. Infatti:

a) il contenuto della misura della quarantena è – nella sua dimensione materiale – paragonabile in tutto e per tutto a situazioni di privazione della libertà personale come la detenzione domiciliare (art. 47-*ter* ordinamento penitenziario)[13], gli arresti domiciliari (art. 284 cpp)[14] o la permanenza domiciliare (art. 53 d.lgs n. 274/2000)[15].

Il contenuto materiale di quei comandi rivolti all'imputato/condannato sembra sovrapponibile – tanto sul piano letterale quanto su quello degli effetti che si producono sul diritto compresso – al contenuto del «divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus» (art. 1, comma 2, lett. *e*, dl n. 19/2020) e anche al «divieto di mobilità» dalla propria abitazione o dimora.

b) la limitazione della libertà personale in questo caso ha una base legale (vds. *supra*), ma è adottata dall'autorità amministrativa in forza di un provvedimento che deve necessariamente avere natura individuale (trattandosi di misura applicabile alle sole

10. G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto* (vol. I), Utet, Torino, 1990 (1988), pp. 182 ss.

11. *Ivi*, p. 183. Echi di tale sistemazione teorica si rinvengono anche nella giurisprudenza costituzionale; *cfr*. Corte costituzionale, sentenza n. 367 del 2010, annotata da V. Petri, *L'Efficacia degli emendamenti modificativi del decreto-legge e la certezza del diritto. A margine della sentenza 367 del 2010*, in *Forum Quad. cost*., 2011, www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2010/0042_nota_367_2010_petri.pdf (*ivi* ulteriori riferimenti di dottrina).

12. Si vedano, in ordine cronologico di pubblicazione: G.L. Gatta, *Un rinnovato assetto*, *op. cit*; A. Natale, *Il decreto legge n. 19 del 2020*, *op. cit*.; G.L. Gatta, *I diritti fondamentali*, *op. cit*.

13. L'art. 47-*ter* ordinamento penitenziario prevede che – a determinate condizioni – le sanzioni detentive irrogate all'esito del giudizio «possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero, nell'ipotesi di cui alla lettera a), in case famiglia protette».

14. Art. 284 cpp: «Con il provvedimento che dispone gli arresti domiciliari, il giudice prescrive all'imputato di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza ovvero, ove istituita, da una casa famiglia protetta».

15. Art. 53 d.lgs n. 274/2000: «La pena della permanenza domiciliare comporta l'obbligo di rimanere presso la propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo di cura, assistenza o accoglienza nei giorni di sabato e domenica (...)».

persone positive al virus o – con riferimento alla quarantena cd. precauzionale – di misura applicabile alle sole persone che versino nella condizione considerata dall'art. 1, comma 2, lett. *d*, dl n. 19/2020 e dall'art. 1, comma 6, dl n. 33/2020).

Se così è, il dato problematico – sotto il profilo della legittimità costituzionale – è rappresentato dal fatto che le misure privative della libertà personale sono sottoposte non solo alla riserva di legge, ma anche a quella di giurisdizione prevista dall'art. 13 della Costituzione. E, nel caso del divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora durante la quarantena, il passaggio giurisdizionale è del tutto pretermesso.

La tesi sopra esposta – per cui il «divieto assoluto di allontanarsi» o il «divieto di mobilità» dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena costituirebbe misura privativa della libertà personale riconducibile alle garanzie costituzionali previste dall'art. 13 Cost. – è stata contestata da commentatori molto autorevoli e con argomenti particolarmente efficaci[16]. Essi hanno considerato il quadro normativo anteriore all'emanazione del decreto-legge n. 33 del 2020 e muovevano dalla prospettiva interpretativa per cui il divieto di allontanarsi dall'abitazione discendesse direttamente dalla legge generale e astratta o, al più, dal dpcm che – con una previsione che però è, ancora una volta, generale – concretizzava la portata prescrittiva della fonte primaria.

Gli argomenti utilizzati per affermare che la misura della quarantena non incide sul "bene-libertà personale" (art. 13 Cost.), bensì sul "bene-libertà di circolazione" (art. 16 Cost.) sono così schematizzabili: la positività al virus è un dato scientifico non suscettibile di particolari controversie, sì da rendere superfluo il controllo giurisdizionale; difetta, infatti, la possibilità di "abuso" e/o quella discriminatoria (abusi e discriminazioni per prevenire le quali è storicamente previsto l'intervento del giudice); il divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione non è un provvedimento eseguito coattivamente (a differenza dell'esecuzione di un arresto e a differenza anche di certi trattamenti sanitari obbligatori); non si determina dunque una "degradazione" della persona; non verrebbe pertanto in discussione la tutela dell'*habeas corpus* e la conseguente necessità di invocare l'intervento di un giudice[17].

Gli autorevoli e acuti argomenti appena schematizzati non sembrano però risolutivi.

Dal punto di vista metodologico, ricondurre alla sola libertà di circolazione il divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione rischia di sovrapporre due piani che, invece, è forse necessario tenere distinti. Una cosa è il contenuto minimo di una certa libertà (nel nostro caso, la libertà personale o la libertà di circolazione). Un altro e distinto piano, invece, è quello della *ratio* sottesa all'apparato di garanzie necessario per ritenere accettabile la compressione di un certo diritto di libertà. Ma non è l'apparato di garanzie a definire il perimetro di quel diritto di libertà. E, infatti, gli argomenti che valorizzano il fattore della *degradazione giuridica* e dello *stigma morale* sono sì presenti nella giurisprudenza costituzionale; ma – a ben vedere – essi sono stati utilizzati dalla Consulta per ricondurre al perimetro della libertà personale situazioni connotate da un grado di compressione della stessa significativamente minore rispetto a quello che si riscontra nel caso della quarantena[18]. Nel caso della quarantena si registra, infatti, non solo un limite alla libertà di circolare sul territorio ma un più pressante limite: quello di non uscire di casa, che

16. M. Bignami, *Chiacchiericcio*, *op. cit.*; M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, *op. cit.* (*ibid.*); S.G. Guizzi, *Stato costituzionale di diritto*, *op. cit.* (*ibid.*).

17. «Delle due, infatti, l'una. Se si ritiene che la libertà personale sia in giuoco (solo) quando si è di fronte a provvedimenti che implichino un apprezzamento moralmente negativo del soggetto attinto, un simile stigma non si rinviene nell'imposizione della quarantena. Se, invece, si ritiene che l'essenza della libertà personale stia nella sottrazione alla coazione fisica, sicché incidono nell'art. 13 Cost. solo i trattamenti sanitari che la prevedono, la mancanza della coazione fisica a sostegno delle misure impositive della quarantena esclude l'applicabilità delle norme sulla libertà personale» (M. Luciani, *Il sistema delle fonti*, *op. cit.*, *ibid.*).

18. Tra i molti riferimenti, si rimanda alle decisioni in cui emerge – più o meno esplicitamente – l'argomento della *degradazione giuridica* per ricondurre una certa misura alle garanzie dettate dall'art. 13 Cost.: l'ammonizione prevista dal Tulps (Corte cost., n. 11/1956); i rilievi segnaletici che implichino ispezioni personali (Corte cost., n. 30/1962); il trattenimento finalizzato all'espulsione e l'accompagnamento coattivo alla frontiera (Corte cost., nn. 105/2001 e 222/2004); i prelievi di sangue a scopo probatorio durante le indagini penali (Corte cost., n. 238/1996); l'obbligo di comparire presso l'ufficio o il comando di polizia territorialmente competente, in orario compreso nel periodo di tempo in cui si svolgono le competizioni sportive per le persone soggette a Daspo (Corte cost., sentenze nn. 143 e 193/1996; n. 144/1997); le misure di sicurezza personali (con riferimento a una misura di sicurezza non detentiva, l'espulsione dello straniero dallo Stato a pena espiata, Corte cost., n. 58/1995). Anche le misure di prevenzione personale sono state ricondotte alle garanzie dettate dall'art. 13 Cost.: Corte cost., n. 419/1994, nel vagliare la legittimità costituzionale della misura di prevenzione denominata "soggiorno cautelare" introdotta dall'art. 25-*quater* del dl 8 giugno 1992, n. 306, ha rilevato che «l'istituto [del cd. soggiorno cautelare], così com'è concretamente disciplinato, integra senza dubbio (...) una restrizione della libertà personale e non una mera limitazione della libertà di circolazione e soggiorno, e cade, quindi, sotto il disposto dell'art. 13 della Costituzione».

la Corte costituzionale aveva ritenuto costituire una forma di degradazione giuridica[19].

Nemmeno risultano decisive le considerazioni svolte a partire dall'assenza di un pericolo di discriminazione o dalla pretesa assenza di dubbi di accertamento sul presupposto che giustifica l'imposizione della quarantena. Il virus – si è detto – si diffonde democraticamente e non si danno ipotesi di possibile discriminazione. I contagiati sono tali e la positività (a differenza dei ricoveri legati a patologie mentali) è agevolmente accertabile secondo i dettami dell'arte medica. In assenza di possibilità di abuso, l'intervento giurisdizionale non sarebbe necessario[20].

Si può convenire sul fatto che – nel caso specifico della quarantena applicata per positività al virus Covid-19 – non sia evidente un rischio discriminatorio o di abuso; e anche sul fatto che l'intervento del giudice non aggiungerebbe garanzie sul piano della "sostanza" dei diritti di libertà incisi.

Tuttavia, se il divieto assoluto di allontanarsi dall'abitazione è da intendere come misura di "privazione della libertà", non contano le intenzioni o le possibilità di abuso di chi dispone la misura ma il contenuto dell'art. 13 della Costituzione; tanto più che la Costituzione non prevede alcuna clausola simile a quella contemplata dall'art. 15 della Cedu, che consente agli Stati membri di derogare agli obblighi di tutela di alcuni diritti fondamentali «[i]n caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», sempre che le deroghe siano previste «nella stretta misura in cui la situazione lo richieda».

Inoltre, a ben vedere, non è nemmeno certo che la misura della quarantena – e le annesse limitazioni della libertà personale – si fondino su presupposti "esatti" e non controvertibili; questo, per esempio, può essere affermato per i casi di quarantena cd. obbligatoria, in cui la quarantena e il divieto di allontanamento dall'abitazione sono disposti nei confronti di persone risultate positive al virus. Ma che dire, invece, della quarantena (e correlative misure limitative della libertà, disposte con dpcm) per i casi di quarantena precauzionale? Essi (contemplati dall'art. 1, comma 2, lett. *d*, dl n. 19/ 2020) prevedono l'«applicazione della misura della quarantena precauzionale ai soggetti che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva o che rientrano da aree, ubicate al di fuori del territorio italiano». Anche per tali persone – con il provvedimento di cd. quarantena precauzionale – scatta il «divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora». E non si può non osservare che – nel caso della quarantena precauzionale – il divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione si fonda su presupposti molto meno univoci del risultato del tampone. Taluno – già assoggettato al divieto assoluto di mobilità – potrebbe contestare di aver avuto «stretti contatti» con una persona positiva al virus; o potrebbe voler contestare di essere rimpatriato da territori esteri. Certo, può ricorrere al Tar: ma nel frattempo il «divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione» continuerebbe ad avere effetto, senza le garanzie formali e oltre i limiti temporali previsti dall'art. 13 della Costituzione.

Per chiudere il quadro degli argomenti problematici sulla riconducibilità della quarantena al quadro delle misure che incidono sulla libertà personale – ovvero alla libertà di circolazione - è utile allargare seppur fugacemente lo sguardo oltre confine, menzionando una decisione della Corte Edu e un recente pronunciamento del Conseil constitutionnel francese.

L'art. 5 della Cedu dispone che «nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: (...) *e*) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo». Nell'interpretare l'art. 5, § 1, lett. *e*, della Convenzione, la Corte Edu ha esplicitato che l'isolamento (in casa o in ospedale) disposto per prevenire il dilagare di una malattia infettiva è una misura privativa della libertà personale[21].

Il Conseil constitutionnel ha di recente reso un parere su una legge proposta dal Governo francese in materia – tra l'altro – di misure di contenimento per fronteggiare l'emergenza sanitaria in atto. Con riferimento al regime delle misure di messa in quarantena e in isolamento, il Conseil constitutionnel ha

19. Nell'esaminare la legittimità costituzionale dell'ammonizione originariamente prevista dagli artt. 164 e 176 Tulps: Corte costituzionale, sentenza n. 11 del 1956.

20. In tal senso, M. Bignami, Chiacchiericcio, *op. cit*.

21. Il caso esaminato dalla Corte Edu (seconda sezione, sentenza del 25 gennaio 2005, *Enhorn c. Svezia*, ric. n. 56529/00) era quello di un cittadino svedese affetto da HIV; in base alla legislazione svedese, il medico gli aveva imposto di seguire alcune prescrizioni e – tra esse – di assoggettarsi a periodici controlli ospedalieri; non avendo ottemperato a tutte le prescrizioni, il medico competente aveva chiesto e ottenuto che il Tribunale amministrativo disponesse la misura dell'isolamento sanitario (per tre mesi, poi prorogato). La Corte riconduce al concetto di «privazione della libertà» sia la decisione di porre in isolamento il cittadino che la sua coattiva esecuzione (§ 33, versione in lingua inglese: «It was common ground between the parties that the compulsory isolation orders and the applicant's involuntary placement in the hospital amounted to a "deprivation of liberty" within the meaning of Article 5 § 1 of the Convention. The Court reaches the same conclusion»; *ibid*., versione in lingua francese: «Les parties s'accordent pour dire que les décisions de placer le requérant en isolement et l'hospitalisation forcée de l'intéressé s'analysent en une "privation de liberté" au sens de l'article 5 § 1 de la Convention. La Cour aboutit au même constat»; si noti la congiunzione e l'uso del verbo al plurale).

riconosciuto che, nel caso in cui le misure di confinamento o di isolamento prevedano il divieto totale di uscire, esse costituiscono una privazione di libertà[22].

Ove risultassero condivisibili gli argomenti che riconducono la misura della quarantena alle garanzie dell'art. 13 Cost., potrebbero discenderne conseguenze sull'integrazione del reato di violazione della cd. quarantena obbligatoria; essendo pretermesso il controllo giurisdizionale sull'applicazione della misura della quarantena si porrebbe, infatti, un problema di diretto contrasto tra la misura in discorso e l'art. 13 Cost. (con conseguente possibile illegittimità costituzionale del provvedimento la cui violazione costituisce reato); in tal caso, potrebbe risultare necessario – ritenendo che il provvedimento amministrativo di imposizione della quarantena replichi lo schema legale (e, dunque, se vi è il vizio, esso sta nella legge) – investire della questione la Corte costituzionale anche in ragione della necessità di ottenere dalla Consulta indicazioni che abbiano valenza *erga omnes*. Ove, invece, si ritenesse che la misura della quarantena incida solo sulla libera circolazione, la violazione del provvedimento amministrativo dovrà essere valutata secondo gli ordinari canoni di accertamento del reato.

In conclusione si può ritenere che con la disciplina delle misure di contenimento e il loro corollario sanzionatorio ci si sia collocati al margine di un "coinvolgimento costituzionale" dell'articolo 13: di cui future analoghe previsioni dovrebbero tenere conto.

3. Nuovi problemi ricostruttivi del delitto di epidemia (colposa)

La rapida diffusione del virus Sars-CoV-2 ha presto indotto gli operatori del diritto a riscoprire figure di reato poco frequentate nella pratica professionale. Tra esse, ovviamente, il delitto di epidemia (che può configurarsi in forma dolosa o colposa e che, nella sistematica del codice, è inquadrato come delitto di comune pericolo contro l'incolumità pubblica)[23]. In questa sede ci si soffermerà sull'epidemia colposa, ritenendo residuale l'ipotesi che essa possa manifestarsi in questo contesto in forma dolosa.

3.1. Il delitto di epidemia: alcune questioni generali

L'art. 438 cp incrimina chiunque cagioni un'epidemia «mediante la diffusione di germi patogeni»; a mente dell'art. 452 cp rilevano non solo le condotte dolose, ma anche quelle colpose.

La prima difficoltà di ordine concettuale investe la necessità di definire il perimetro dell'evento del reato.

In dottrina si è sostenuto che, per "epidemia", debba intendersi la «manifestazione collettiva di una malattia che rapidamente si diffonde fino a colpire un gran numero di persone in un territorio più o meno vasto e si estingue dopo una durata più o meno lunga»[24]. In giurisprudenza si è di recente affermato che «l'evento tipico del reato consiste in una malattia contagiosa che, per la sua spiccata diffusività, si presenta in grado di infettare, nel medesimo tempo e nello stesso luogo, una moltitudine di destinatari, recando con sé, in ragione della capacità di ulteriore espansione e di agevole propagazione, il pericolo di contaminare una porzione ancor più vasta di popolazione»[25].

L'evento del reato, dunque, si connota di due componenti: una marcatamente oggettiva e – per così dire – "di danno" (la trasmissione del germe patogeno ad almeno un individuo); l'altra, invece, valutativa e – per così dire – "di pericolo" (il pericolo concreto di diffusione ulteriore del contagio)[26].

---

22. *Cfr*. Conseil constitutionnel, decisione n. 2020-800 DC, 11 maggio 2020, sulla legge di proroga e di modifica dello stato di urgenza sanitaria. Per una sintesi in italiano, vds. www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni_corrente/Segnalazioni_1589293775688.pdf; per il testo originale, vds. www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020800dc/2020800dc.pdf.

23. Per un inquadramento dottrinale (e per ulteriori riferimenti bibliografici), *cfr*. S. Ardizzone, *Epidemia*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Utet, Torino, 1990, p. 251; C. Erra, *Epidemia* (dir. pen.), in *Enc. dir*., vol. XV, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 46 ss.; G. Fiandaca e E. Musco, *Diritto penale – Parte speciale*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 1988, p. 391; S. Brucellaria, *Art. 438 c.p.* e *Art. 452 c.p.*, in E. Dolcini e G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, tomo II, Ipsoa (Wolters Kluwer), Milano, 2015; con riferimento all'attuale situazione epidemica, per articolate riflessioni sulla fattispecie di epidemia, *cfr*. L. Agostini, *Pandemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, in *Sistema penale*, n. 4/2020, pp. 229 ss., https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1588192004_agostini-2020a-covid19-epidemia-colposa-soggetti-infetti-452.pdf.

24. E. Battaglini e B. Bruno, *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, Utet, Torino, 1962, p. 559.

25. Così – in un giudizio in cui l'imputato era accusato di epidemia dolosa per aver trasmesso il virus HIV ad alcune decine di donne a seguito di rapporti sessuali non protetti – sez. 1, 30 ottobre 2019, n. 48014, dep. 26 novembre 2019, P, Rv. 27779101 (con richiami anche a sez. unite civ., 11 gennaio 2008, n. 576, Rv. 600899-92), annotata da F. Lazzeri, *Prova della causalità individuale e configurabilità del delitto di epidemia in un caso di contagi plurimi da HIV tramite rapporti sessuali non protetti*, in *Sistema penale*, 19 dicembre 2019, https://sistemapenale.it/it/scheda/prova-causalita-individuale-e-configurabilita-epidemia-cassazione-contagi-plurimi-hiv.

26. Per il delitto di epidemia, si è a lungo discusso in dottrina se si tratti di reato di danno, ovvero di reato di pericolo (e, in questo caso, se si tratti di reato di pericolo concreto o astratto). Pare preferibile ritenere che si tratti di un reato che si caratterizza per una componente di danno (la trasmissione del germe patogeno, che provoca nell'organismo "ospite" una alterazione anatomico-funzionale classificabile

È di tutta evidenza che, nel caso di diffusione del virus Sars-CoV-2, questa seconda componente (la spiccata diffusività del contagio, con conseguente attitudine a mettere a repentaglio l'incolumità di una moltitudine di persone) non richiederà particolari dimostrazioni (essendo dato tragicamente restituito dalle cronache oltre che scientificamente accertato)[27].

Un secondo tema di rilievo sistematico, denso di implicazioni applicative, è rappresentato dalla qualificazione della fattispecie incriminatrice: posto che l'epidemia si realizza «mediante la diffusione di germi patogeni», si tratta di fattispecie a forma vincolata, ovvero di fattispecie causalmente orientata? Questione non puramente accademica, considerato che, ove si ritenga che la fattispecie sia a forma vincolata, non avrebbero rilievo le condotte diverse da quella tipizzata (come, per esempio, le condotte omissive)[28].

In dottrina si è persuasivamente rilevato che «essendo la fattispecie imperniata sul "cagionare", trova piana applicazione la clausola di equivalenza fissata dall'art. 40 cpv.: può perciò rendersi responsabile del delitto in esame – tanto nella forma dolosa (art. 438) quanto in quella colposa (art. 452) – chi ha l'obbligo giuridico di impedire il sorgere o il propagarsi di un'epidemia»; si tratta, dunque, di un delitto a forma libera, «a mezzo vincolato, nel senso che l'epidemia può essere realizzata solo attraverso la "diffusione di germi patogeni"»[29].

Inquadrata in questi termini la fattispecie incriminatrice, si pongono per l'accertamento del reato gli ordinari problemi in materia di causalità ed elemento soggettivo.

È bene sgombrare il campo da una prima suggestione. In una condizione epidemica come quella attuale, si potrebbe sostenere che eventuali condotte – attive od omissive – di diffusione dei germi patogeni non "cagionino" l'epidemia, sul presupposto che essa è già in atto (e, dunque, è già stata cagionata). Una simile tesi non può essere condivisa per più ragioni: da un lato, finirebbe con l'attribuire rilievo solo alle condotte di "innesco" dell'epidemia, in un contesto in cui – essendo l'evento epidemico ancora in atto – l'evoluzione della situazione non è irrilevante rispetto alla messa in pericolo del bene giuridico protetto (la pubblica incolumità); dall'altro lato, perché si tratterebbe di una tesi contrastante con la disciplina del concorso di cause dettata dall'art. 41 cp[30].

---

come *malattia*) e di una componente di pericolo (che deve essere necessariamente *concreto*, come logica vuole: se la nozione medico-legale di epidemia implica la *spiccata diffusività* del germe patogeno, è di tutta evidenza che quella spiccata diffusività dovrà essere oggetto di accertamento). Nel senso che il delitto in esame è caratterizzato sia da un evento di danno (rappresentato dalla manifestazione, in un certo numero di persone, di una malattia eziologicamente collegabile a germi patogeni) che da un evento di pericolo (rappresentato dalla possibilità di ulteriore propagazione della malattia, anche senza intervento dell'autore della originaria diffusione), vds. S. Corbetta, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, tomo II, in M. Marinucci e E. Dolcini (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Cedam, Padova, 2014, pp. 13 ss.: «Il delitto di cui all'art. 438 non può infatti essere integrato dal cagionare un'epidemia di una malattia non infettiva, ossia di una malattia che non è provocata dalla "diffusione di germi patogeni"; in tal caso, troveranno applicazione le norme che tutelano la vita e l'incolumità individuale. La mancata applicazione del titolo che incrimina l'epidemia è evidente: nel caso di malattie non infettive è assente, per definizione, il pericolo di contagio, che invece è la nota caratterizzante dell'epidemia "mediante diffusione di germi patogeni". La tesi che svaluta il requisito dell'ulteriore diffusività della malattia, ritenendo integrata l'epidemia dall'avvenuta diffusione del morbo in un'ampia cerchia di persone, cancella la differenza tra il piano dell'incolumità individuale e quello dell'incolumità pubblica».

27. Tanto da rendere – nel caso concreto – non necessario ricorrere ai criteri indicati da L. Agostini, *Pandemia e "penademia"*, *op. cit.*, p. 236, secondo il quale per "identificare" l'evento epidemico potrebbe rivelarsi utile valorizzare gli «atti formali adottati dalle competenti Autorità sanitarie, che conclamino l'esistenza di un'epidemia nel proprio ambito di competenza, che coinciderebbe con il medesimo contesto spaziale e traccerebbe altresì un limite temporale, poiché da quel momento in poi eventuali aumenti nel numero dei contagi rileverebbero soltanto come aggravamenti dell'evento dannoso e come conferme della sua intrinseca diffusibilità».

28. In giurisprudenza si è ritenuto che: «in tema di delitto di epidemia colposa, non è configurabile la responsabilità a titolo di omissione in quanto l'art. 438 cod. pen., con la locuzione "mediante la diffusione di germi patogeni", richiede una condotta commissiva a forma vincolata, incompatibile con il disposto dell'art. 40, comma secondo, cod. pen., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera» (sez. 4, 12 dicembre 2017, n. 9133, dep. 28 febbraio 2018, Giacomelli, Rv. 27226101, annotata da S. Felicioni, *Un'interessante pronuncia della Cassazione su epidemia, avvelenamento e adulterazione di acque destinate all'alimentazione*, in *Dir. pen. cont.*, n. 6/2018, pp. 292 ss., https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/6113-un-interessante-pronuncia-della-cassazione-su-epidemia-avvelenamento-e-adulterazione-di-acque-desti).

29. *Cfr.* S. Corbetta, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, *op. cit.*, p. 16. Si obietta a tale ricostruzione che, in tal modo, si finirebbe con lo svalutare la capacità selettiva della fattispecie, nella parte in cui si pretende che l'epidemia sia cagionata *mediante* la diffusione di germi patogeni; la replica a tale obiezione evidenzia che è ipotizzabile la possibilità che l'epidemia sia cagionata «con modalità diverse da quella espressamente considerata, come, ad esempio, la diffusione di sostanze tossiche o radioattive; in tal caso, saranno ovviamente applicabili altri titoli di reato (strage, omicidio – tentato o consumato – lesioni personali – tentate o consumate – ecc.)» (in tal senso, S. Corbetta, *op. ult. cit.*, p. 67). Giungono invece ad attribuire rilievo penale anche a condotte non immediatamente riconducibili al tipo legale per il tramite del dettato dell'art. 113 cp E. Dolcini - M. Marinucci - G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2018.

30. Sul concorso di cause, vds. (anche per ulteriori riferimenti) C. Brusco, *Il rapporto di causalità, prassi e orientamenti*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 72 ss.; con specifico riferimento al caso Covid-19 e al rilievo di un concorso di contributi causali nel *cagionare* l'epidemia anche in termini di aggravamento di quella già in essere *ex* art. 41, comma 1, cp, vds. L. Agostini, *Pandemia e "penademia"*, *op. cit.*, p. 237.

Quanto al rapporto di causalità, nei limiti dello scopo di inquadramento del presente contributo, si può richiamare l'affermazione secondo cui «l'azione ha "cagionato" l'epidemia quando è stata una condizione necessaria dell'evento, senza la quale quella concreta epidemia non si sarebbe manifestata *hic et nunc*. L'accertamento del nesso causale deve essere compiuto secondo la formula della *conditio sine qua non*, sorretta da una o più leggi scientifiche, che siano in grado di accertare una successione regolare tra l'azione e l'evento. Sussisterà il rapporto di causalità se l'azione non può essere mentalmente eliminata, sulla base di una pertinente legge scientifica, senza che venga meno la diffusione di agenti patogeni, all'origine dell'epidemia che in concreto si è realizzata»[31].

Nel caso si discuta invece di reato omissivo improprio, «l'individuazione dell'omissione va ricavata dal contenuto dell'obbligo di agire che grava sul singolo garante per impedire la diffusione di agenti patogeni che, propagatisi, hanno dato vita a un'epidemia»[32].

In ogni caso, per accertare la sussistenza del rapporto causale, non si potrà che fare riferimento ai più recenti approdi giurisprudenziali, secondo i quali «il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, che a sua volta deve essere fondato, oltre che su un ragionamento di deduzione logica basato sulle generalizzazioni scientifiche, anche su un giudizio di tipo induttivo elaborato sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e sulle particolarità del caso concreto»[33].

Sempre in tema di accertamento dell'elemento materiale del reato, ci si deve interrogare sulla possibilità di valorizzare i risultati delle indagini epidemiologiche per dimostrare la sussistenza di un evento (l'evento epidemico o il suo manifestarsi in forma più virulenta di quella attesa) e la relazione causale con condotte attive od omissive di chi rivesta posizioni di garanzia[34].

Tuttavia, tale suggestione – coerente con la necessità di valorizzare non solo la componente di danno (il contagio), ma anche il nucleo di disvalore insito nella fattispecie di comune pericolo – deve necessariamente confrontarsi con rilevanti problemi, anzitutto di ordine metodologico. Si pone infatti il problema di come strutturare l'indagine epidemiologica – valorizzare il tasso dei contagi o quello di mortalità? Confrontare il tasso di mortalità riscontrato nella condizione epidemica con quello degli anni precedenti? Quante annualità è necessario considerare per limitare i fattori di confondimento? Quali campioni di popolazione valorizzare nell'indagine (regionali, provinciali, comunali)? Ma anche: per valutare la sussistenza del reato in situazioni più circoscritte (come ad esempio una Rsa) occorrerà considerare la popolazione dei soggetti dimoranti nella struttura e porla a raffronto con la popolazione generale della zona? E la popolazione dimorante in altre Rsa?

Va poi considerata l'influenza sui risultati dell'indagine delle concrete condizioni delle diverse coorti di riferimento, della loro dislocazione sul territorio, delle politiche di contenimento del contagio adottate.

A completare il quadro problematico della (*ineludibile?*) *suggestione epidemiologica* ci si può chiedere quanto possa influire sull'affidabilità delle indagini epidemiologiche il discontinuo metodo di rilevamento dei soggetti positivi (basti pensare, nell'epidemia Covid-19, alla questione della scarsità di tamponi per individuare i soggetti positivi o alla selezione della platea di persone da sottoporre a tampone)[35].

Quanto all'accertamento della responsabilità per colpa, occorrerà accertare la cd. *causalità della colpa*, ossia accertare se la violazione della regola cautelare abbia cagionato – o contribuito a cagionare – l'evento[36].

Con specifico riferimento alla questione delle regole cautelari, va intanto precisato che lo stato delle conoscenze sulla modalità di diffusione del *virus* e la conseguente elaborazione delle strategie di contrasto alla sua diffusione hanno subìto una rapida evoluzione

31. S. Corbetta, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, *op. cit.*, p. 73.

32. *Ivi*, p. 79.

33. Per tutte, sez. unite, 24 aprile 2014, n. 38343, dep. 18 settembre 2014, P.G., R.C., Espenhahn e altri, Rv. 26110301; con il noto precedente di sez. unite, 10 luglio 2002, n. 30328, dep. 11 settembre 2002, Franzese, Rv. 22213801.

34. L. Masera, *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont.*, nn. 3-4/2014, pp. 343 ss.; *Id.*, *Dal caso eternit al caso ILVA: nuovi scenari in ordine al ruolo dell'evidenza epidemiologica nel diritto penale*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 2/2014, pp. 139 ss., e *Id.*, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2007.

35. Per l'esplicitazione di alcuni di questi timori, vds. O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *Sistema penale*, 22 giugno 2020, https://sistemapenale.it/it/opinioni/di-giovine-coronavirus-diritto-penale-responsabilita-datore-di-lavoro.

36. Sul tema (e per ulteriori approfondimenti), vds. C. Brusco, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli - Bianco)*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 38 ss.

nel tempo: alcune *cautele* si sono manifestate come opportune e necessarie solo dopo l'evoluzione dello stato delle conoscenze.

E va considerato che l'inosservanza di «leggi, regolamenti, ordini o discipline» di cui all'articolo 43 cp è suscettibile di essere integrata dalla violazione di misure di contenimento dettate con i vari dpcm succedutisi nel corso dei mesi, che quindi possono costituire un parametro di valutazione di colpa specifica per reati quali epidemia colposa o lesioni od omicidio colposi[37].

Sarà dunque indispensabile ragionare in modo diacronico, verificando che la regola cautelare (in ipotesi trascurata) pre-esistesse e fosse conoscibile (e, soprattutto, praticabile) da parte della persona cui si ascrive la responsabilità del fatto[38]. E valutando altresì la *misura* della regola di condotta cautelare, che, nel rispetto del principio di determinatezza, deve essere predeterminabile *ex ante* e "disponibile al momento della condotta"[39].

È inoltre necessario che la misura di contenimento abbia un autentico contenuto cautelare in relazione alla prevenzione del rischio che si intende scongiurare; ed è indispensabile in termini probatori dimostrare che la violazione di una specifica misura di contenimento abbia avuto un rilievo causale nella produzione dell'evento.

3.2. Problemi applicativi: il singolo "autore di epidemia", gli ambienti di lavoro, le strutture sanitarie, il livello decisionale politico

È stato scritto che «poiché la paura indotta dalle epidemie è storicamente e antropologicamente una di quelle che più sconfina nel panico, è del tutto comprensibile che riaffiorino tendenze dirette a placare l'ansia con la ricerca di responsabili»[40]. Elementari esigenze di garanzia impongono di rifiutare la logica del capro espiatorio, anche mascherata da attivismo giudiziario. Ma è altrettanto necessario evitare che il rifiuto di questa logica si risolva in un generalizzato atteggiamento giustificazionista, in conseguenza del carattere imponente del fenomeno e delle colossali difficoltà di accertamento e ricostruzione dei fatti.

Le possibili situazioni di interesse per la giurisdizione penale sono molte e qui possono essere solo schematizzate.

Un primo livello di indagine deve necessariamente soffermarsi sulla possibilità che un soggetto portatore del *virus* possa essere ritenuto responsabile del delitto di epidemia. Possiamo definire il singolo *autore di epidemia*, considerandolo alla stregua degli *untori* di manzoniana memoria, quantunque si trattasse in quel caso di *unzioni* dolose[41].

Come si è visto, le norme che introducono fattispecie di illecito amministrativo per la violazione delle misure di contenimento esordiscono con una clausola di riserva: «salvo che il fatto costituisca reato»[42], il che implica la possibilità che una singola persona infettata dal *virus* possa a sua volta infettare altre persone, così favorendo l'ulteriore diffusione dell'epidemia e realizzando la condotta materiale del reato di epidemia.

Al riguardo, va evidenziato che – secondo la giurisprudenza di legittimità – è da respingere la tesi secondo cui «non possa parlarsi di diffusione rilevante per la fattispecie di epidemia se non vi sia un *possesso* di germi patogeni in capo all'autore, segnato da *separazione fisica tra l'oggetto*, quel che viene diffuso, e il soggetto, ossia chi diffonde. La norma non impone questa relazione di alterità e non esclude che una diffusione possa aversi pur quando l'agente sia esso stesso il vettore dei germi patogeni»[43].

Ciò detto, si pongono rilevanti difficoltà di accertamento dell'elemento materiale del reato. È stato efficacemente rilevato che, se «è indubbio che il virus danneggi gli esseri umani; che la sua trasmissione necessiti di un'interazione umana ravvicinata; e che possa essere contratto toccando alcune superfici», è altrettanto indubbio che «al contempo, ne sono incerte e variabili la resistenza molecolare e la capacità

---

37. È la *tecnicità comunque* della risposta all'emergenza epidemiologica Covid-19 a farci dissentire, pertanto, dall'autorevole posizione di F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sistema penale*, 26 aprile 2020, https://sistemapenale.it/it/opinioni/pandemia-e-responsabilita-colposa-prof-palazzo, secondo cui «nella situazione in cui siamo, di fronte ad un male tanto umanamente devastante nei suoi effetti quanto scientificamente oscuro nelle sue cause e nelle sue caratteristiche biologiche, ci troviamo ovviamente nel regno della colpa "generica", cioè della sostanziale assenza di regole cautelari predeterminate, collaudate e in qualche modo consolidate».

38. Sul tema (e per ulteriori approfondimenti), vds. C. Brusco, *La colpa penale e civile*, *op. cit.*, pp. 140 ss.

39. D. Castronuovo, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 179; Carlo Piergallini, *Colpa* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, Annali, vol. X, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 236 ss.

40. F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, *op. cit.*

41. Come descritte nei capitoli XXXI e XXXII dei *Promessi Sposi*.

42. Tale clausola di riserva ovviamente non rileva per i reati previsti dall'art. 650 cp e dall'art. 260 rd n. 1265/1934 (la cui applicazione è esplicitamente esclusa dall'art. 4, comma 8, dl n. 19/2020).

43. Sez. 1, 30 ottobre 2019, n. 48014, dep. 26 novembre 2019, P, Rv. 27779101, considerato in diritto n. 6.

infettante (fino a 72 ore sulla plastica; fino a 48 ore sull'acciaio; meno sulla carta e sul rame), nonché il catalogo delle superfici ospitali (i capelli? Gli indumenti? E per quanto?) e le tempistiche di incubazione (da 3 a 14 giorni). Neppure sulla distanza di sicurezza minima (un metro, un metro e mezzo, due metri) e sulle dinamiche del passaggio (immediato?) esiste unanimità di vedute. Come collaudare simile evidenza scientifica sul *case*, sul singolo contagio-lesione-morte, escludendo serie causali alternative?»[44].

La ricostruzione della catena dei contagi – nella prospettiva di verificare se la singola persona infetta che ha violato misure di contenimento abbia concorso a cagionare un'epidemia – è operazione che, pur in astratto possibile[45], ben difficilmente potrebbe condurre a un risultato capace di escludere, al di là di ogni ragionevole dubbio, la possibilità di decorsi causali alternativi a quello oggetto di indagine.

Un secondo livello di possibile interesse per la giurisdizione penale ha ad oggetto il tema della diffusione del *virus* negli ambienti di lavoro.

Sul piano della causalità si pongono gli stessi problemi che sono stati esaminati trattando della posizione del singolo *autore di epidemia*. In presenza di luoghi di lavoro "non chiusi", laddove si registri in un luogo di lavoro la presenza di più persone infette, è pressoché impossibile dimostrare che il contagio (o i contagi) si siano verificati sul luogo di lavoro (non potendosi escludere che i lavoratori contagiati abbiano contratto il *virus* non sul luogo di lavoro, ma altrove).

Ma, al di là della ineludibile questione dell'accertamento dell'elemento materiale del reato – la questione del rischio di diffusione del virus Sars-CoV-2 negli ambienti di lavoro solleva questioni cruciali anche in materia di attribuzione soggettiva di responsabilità.

Nel dibattito pubblico è presto emersa la preoccupazione – soprattutto da parte di rappresentanze imprenditoriali – di una "automatica" attribuzione al datore di lavoro di responsabilità penale per il caso di contagio Covid-19[46].

Se si ascrive alla figura datoriale una posizione di garanzia, è necessario comprendere quale ne sia l'esatto perimetro, determinando quali siano i doveri del datore di lavoro.

In primo luogo occorre chiarire quale incidenza abbiano – sui confini della posizione di garanzia del datore di lavoro – le misure di contenimento previste dal regolatore pubblico.

Occorre partire da una premessa: con le prime misure di contenimento della diffusione del *virus* il decisore politico ha decretato – sin dal dl n. 6/2020 – una generalizzata sospensione di larghissima parte delle attività di produzione di beni o servizi, limitando l'operatività dei settori produttivi alle imprese che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità e di quelle compatibili con la modalità domiciliare. Con dpcm 11 marzo 2020 sono state analiticamente individuate le attività economiche sospese; per quelle che proseguivano, è stata raccomandata la sospensione delle attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione e l'assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio (precisandosi che, laddove non fosse stato possibile garantire il rispetto della distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento, era necessario fornire ai lavoratori strumenti di protezione individuale; lo stesso dpcm incentivava l'attività di sanificazione dei luoghi di lavoro, raccomandava la limitazione al massimo degli spostamenti all'interno dei siti e il contingentamento dell'accesso agli spazi comuni nelle attività produttive).

Con il decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020 si è indicata la possibilità, per le attività non sospese, di proseguire l'attività produttiva di beni o servizi adottando «protocolli di sicurezza anti-contagio, con adozione di strumenti di protezione individuale» (art. 1, comma 2, lett. *gg*, dl n. 19/2020). Le parti sociali hanno dunque stipulato più protocolli anti-contagio (per primo il protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro del 14 marzo 2020, recepito dal dpcm del 22 marzo 2020; in seguito, il protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di

44. *Cfr*. V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *Archivio penale*, n. 1/2020, p. 3, http://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=c00ba6ee-c96d-499b-9dd1-551cd3d0785f&idarticolo=22834.
Una sintesi dei principali articoli di letteratura scientifica internazionale in materia (all'aprile 2020) si rinviene in: www.ars.toscana.it/2-articoli/4291-coronavirus-trasmissione-diffusione-permanenza-superfici-goccioline-aerosol-sospensione-aria.html.

45. *Cfr*. L. Agostini, *Pandemia e "penademia"*, *op. cit.*, p. 246, secondo il quale «si potrebbe attingere ai dati registrati da applicazioni mobili installate sugli smartphone dei soggetti sottoposti a quarantena, incrociati con quelli di Gps, carte di credito, telecamere di videosorveglianza e *social media* (ad esempio le fotografie pubblicate e ritraenti luoghi o persone), per ricostruire gli spostamenti (anche grazie alle celle telefoniche agganciate) e i contatti di un infetto e, di lì, la catena dei contagi che avesse innescato, secondo il punto di vista retrospettivo connaturato all'accertamento eziologico».

46. Sul tema, R. Riverso, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in questa *Rivista online*, 19 maggio 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/vero-e-falso-sulla-responsabilita-datoriale-da-covid-19-aspetti-civili-penali-e-previdenziali_19-05-2020.php.

lavoro sottoscritto il 24 aprile 2020, poi recepito dal dpcm 26 aprile 2020 e dal dpcm 17 maggio 2020). All'ulteriore allentamento del *lockdown*, tali protocolli hanno poi ricevuto un esplicito riconoscimento di rilievo da parte di una fonte di rango primario; l'art. 1, comma 14, del dl n. 33 del 16 maggio 2020 ha infatti stabilito che «le attività economiche, produttive e sociali devono svolgersi nel rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale. Le misure limitative delle attività economiche, produttive e sociali possono essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, con provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 o del comma 16».

Si pone allora la questione se le misure previste dai predetti protocolli abbiano o meno una funzione cautelare in materia prevenzionistica. La risposta è positiva. Va premesso che il protocollo di intesa stipulato dalle parti sociali – pur muovendo dalla premessa per cui «il Covid-19 rappresenta un rischio biologico generico, per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione» – impone al datore di lavoro di assicurare la fornitura dei DPI ai lavoratori e di procedere a un ripensamento complessivo dell'organizzazione produttiva e degli ambienti di lavoro (all'esito di procedure partecipate, con il coinvolgimento di rappresentanze dei lavoratori, RSPP e medico competente). D'altra parte, nel protocollo si allude esplicitamente alla esistenza di «rischi valutati» («nella declinazione delle misure del protocollo all'interno dei luoghi di lavoro sulla base del complesso dei rischi valutati e, a partire dalla mappatura delle diverse attività dell'azienda, si adotteranno i DPI idonei»).

La conferma circa la natura cautelare dei protocolli di intesa si rinviene nell'art. 1, comma 15, dl n. 33 del 16 maggio 2020, ove si legge che «il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida, regionali, o, in assenza, nazionali, di cui al comma 14 (ossia la fonte che rimanda alla necessaria adozione dei protocolli di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19) che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza».

Analoga indicazione si ricava del resto dalla lettura del protocollo stipulato dalle parti sociali in cui si prevede che la prosecuzione delle attività produttive possa avvenire «solo in presenza di condizioni che assicurino alle persone che lavorano adeguati livelli di protezione. La mancata attuazione del Protocollo che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza»[47]. È da evidenziare che non ogni misura di contenimento prevista dai protocolli avrà necessariamente una chiara natura cautelare in relazione al singolo evento avverso: sia in ragione del fatto che sarà comunque necessario accertare se il mancato rispetto di una misura precauzionale prevista dai protocolli abbia inciso sulla produzione dell'evento avverso, sia in ragione del fatto che alcune misure precauzionali previste dai protocolli sono concepite come *regole elastiche* – talora molto elastiche – a basso contenuto precettivo[48]. Resta comunque il fatto che – complessivamente considerato – il sistema precauzionale disegnato dai protocolli di intesa assume un chiaro rilievo nell'indagine sulla eventuale colpevolezza di chi riveste posizioni di garanzia all'interno dei luoghi di lavoro[49].

In secondo luogo, occorre chiedersi se il "rischio Covid-19" imponga o meno al datore di lavoro di aggiornare il documento di valutazione del rischio (con tutte le conseguenze che si danno in punto di predisposizione di misure di prevenzione e protezione della salute dei lavoratori). Come è noto, l'art. 2, comma 1, lett. *q* del decreto legislativo n. 81 del 2008 dispone che per «valutazione dei rischi» si deve intendere la «valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività, finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza». L'art. 28 d.lgs n. 81/2008 consente di avere conferma della necessità di una valutazione integrale dei rischi presenti in azienda. Il dato normativo, poi, si salda con un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale il datore di lavoro «ha l'obbligo giuridico di analizzare e individuare, secondo la propria

47. Più diffusamente, vds. S. Dovere, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 4 maggio 2020, www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1062-la-sicurezza-dei-lavoratori-in-vista-della-fase-2-dell-emergenza-da-covid-19.

48. *Ivi*, in particolare par. 3.

49. Sul valore dei protocolli e delle linee-guida come regole cautelari, vds. in generale C. Brusco, *La colpa penale e civile*, *op. cit.*, pp. 157 ss.

esperienza e la migliore evoluzione della scienza tecnica, tutti i fattori di pericolo concretamente presenti all'interno dell'azienda e, all'esito, deve redigere e sottoporre periodicamente ad aggiornamento il documento di valutazione dei rischi previsto dall'art. 28 del D.Lgs. n. 81 del 2008, all'interno del quale è tenuto a indicare le misure precauzionali e i dispositivi di protezione adottati per tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori»[50].

Ne discende che il DVR dovrebbe essere aggiornato secondo quanto previsto dall'art. 29, comma 3, d.lgs n. 81/2008[51]; tanto più – si deve aggiungere – considerando che il complessivo ripensamento dell'organizzazione produttiva imposto dal rispetto dei protocolli stipulati dalle parti sociali per il contenimento del *virus* Covid-19 può fare emergere nuove e diverse situazioni di rischio, da fare oggetto di specifica valutazione[52]. Il mancato aggiornamento del DVR costituisce un illecito contravvenzionale (art. 55, comma 3, d.lgs n. 81/2008).

Occorre soffermarsi da ultimo su un tema di cruciale rilievo. Si è detto che il mondo imprenditoriale esplicita la preoccupazione di una *automatica* attribuzione al datore di lavoro di responsabilità penale per il caso di lavoratori contagiati da Covid-19; e si è altresì detto che deve essere riconosciuta una *natura cautelare* ai protocolli di intesa stipulati da Governo e parti sociali per la regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus negli ambienti di lavoro. Ciò posto, si discuteva sulla possibilità di ritenere (o meno) che – con il rispetto delle misure di contenimento previste dai predetti protocolli – il datore di lavoro avesse assolto al proprio debito di sicurezza (fondandosi l'opinione contraria anzitutto sul richiamo alla funzione di chiusura del sistema prevenzionale che l'ordinamento assegna all'art. 2087 cc)[53].

La questione sembrerebbe esser stata risolta d'imperio dal legislatore.

In occasione della conversione del decreto-legge n. 23 dell'8 aprile 2020 è stato, infatti, introdotto l'art. 29-*bis*, rubricato «obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da Covid-19», che prevede che «ai fini della tutela contro il rischio di contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»[54].

Non ci si può qui soffermare sulla classificazione dogmatica di una simile disposizione, essendo solo possibile dare conto del fatto che, secondo le opinioni dei primi commentatori, si tratterebbe di una norma con ambizioni pedagogiche indirizzate all'interprete (rispetto alla cui prudenza interpretativa si coltiva una malcelata sfiducia)[55].

Va comunque evidenziato che il rispetto dei protocolli non comporta automaticamente l'esenzione da responsabilità colposa per i titolari di posizioni di garanzia: «non si potrà prescindere – in qualsivoglia contestazione in materia – da una perdurante quota di residua colpa generica, legata a doppio filo alla fisiologica genericità di alcune prescrizioni (configuranti regole cautelari elastiche) e alla necessità (che pone una stringente similitudine con quanto previsto per la colpa medica) di adeguarle alle specificità del caso concreto, per il tramite (quantomeno) di un'appropriata manutenzione degli strumenti, di una corretta attuazione dei protocolli estesa alla vigilanza sul rispetto da parte dei lavoratori delle cautele adottate

50. Per tutte, *cfr*. sez. unite, 24 aprile 2014, n. 38343, dep. 18 settembre 2014, P.G., R.C., Espenhahn e altri, Rv. 26110901.

51. Nello stesso senso, vds. S. Dovere, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia insieme*, 22 aprile 2020, www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1016-covid-19-sicurezza-del-lavoro-e-valutazione-dei-rischi.

52. Nello stesso senso, *ivi*, par. 2.

53. Sul rilievo dell'art. 2087 cc nella valutazione del cd. rischio Covid-19, vds. R. Riverso, *Vero e falso*, *op. cit.*; S. Dovere, *Covid-19*, *op. cit.*; più in generale, in chiave critica rispetto a letture eccessivamente estensive del rilievo attribuito dalla giurisprudenza all'art. 2087 cc quale regola cautelare, vds. V. Torre, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in D. Castronuovo - F. Curi - S. Tordini Cagli - V. Torre - V. Valentini, *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, Bononia University Press, Bologna, 2016, pp. 57 ss.

54. Per una prima lettura, vds. C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sistema penale*, 15 giugno 2020, https://sistemapenale.it/it/opinioni/cupelli-obblighi-datore-di-lavoro-contagio-covid-19 e O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, *op. cit.* (*ivi*).

55. C. Cupelli, *op. ult. cit.* e O. Di Giovine, *op. ult. cit.*

e di una verifica – *ex ante* e in concreto – della loro idoneità allo scopo»[56]; o, detto in altri termini, «non può escludersi che il datore di lavoro sia penalmente rimproverato per non aver fatto di più, laddove, in concreto, un maggior rischio fosse per lui (soggettivamente) prevedibile ed evitabile (l'evenienza è piuttosto inverosimile, date le circostanze, ma non può essere negata in linea teorica). Per converso, la parziale attuazione dei protocolli – in un mondo giurisprudenziale ben funzionante – non dovrebbe tradursi per ciò solo in responsabilità e quindi in condanna, ove il pericolo fosse per qualche ragione nullo o più efficacemente fronteggiabile attraverso presidi diversi o ulteriori. O – semplicemente – laddove l'imprenditore non fosse nelle condizioni materiali di fare alcunché, per impossibilità fisica o (vuoi anche) perché la cautela rientrava nella sfera di controllo del solo lavoratore»[57].

La condizione di epidemia investe un terzo piano di potenziale interesse giudiziario costituito dalla diffusione del virus Sars-CoV-2 all'interno di strutture sanitarie.

L'ipotesi che taluno debba rispondere della diffusione del virus in strutture sanitarie è strutturata sul modello della responsabilità omissiva – considerato che (a differenza dei casi di esposizione dei lavoratori a sostanze nocive usate nelle lavorazioni) il *virus* non è un fattore di produzione, ma rappresenta un fattore di rischio biologico presente nelle strutture sanitarie –; il che postula l'adesione alla tesi per cui la struttura del reato di epidemia sia fattispecie causalmente orientata (seppure a mezzo vincolato)[58] e l'individuazione di una posizione di garanzia (che la giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato essere rivestita da direttori generali e direttori sanitari)[59].

Quanto alla causalità, l'accertamento della diffusione del contagio all'interno di strutture sanitarie presenta i già segnalati profili problematici connessi alla diffusione ubiquitaria del virus (e alla possibilità che i soggetti contagiati abbiano contratto l'infezione al di fuori della struttura sanitaria). In taluni casi, però, è possibile ottenere la dimostrazione – con il necessario grado di certezza processuale – che l'infezione sia avvenuta all'interno della struttura; si pensi al caso di chi sia ricoverato in una Rsa da un tempo superiore a quello di incubazione della malattia e che, in costanza di degenza, non abbia avuto contatti con l'esterno (non abbia ricevuto visite, non sia uscito dalla struttura per accertamenti sanitari, etc.); in tali casi è possibile ritenere dimostrato – con elevato grado di probabilità logica – che egli abbia contratto il contagio "dentro" la struttura (per contatti con il personale sanitario o per contatti con altri pazienti infetti).

Ma il fatto di ritenere accertata la diffusione del contagio all'interno di una struttura sanitaria non può evidentemente determinare l'automatica attribuzione di responsabilità penali (per l'epidemia colposa o per morte o lesioni dei contagiati) al titolare della posizione di garanzia.

Per l'indagine sulla attribuzione soggettiva di responsabilità, si pone intanto come tema ineludibile l'aggiornamento dei documenti di valutazione del rischio e l'adozione delle necessarie misure di prevenzione e protezione della sicurezza dei lavoratori (artt. 266 ss. d.lgs n. 81/2008, sulla gestione del rischio di esposizione ad agenti biologici): per giurisprudenza consolidata, «le norme antinfortunistiche sono dettate a tutela non soltanto dei lavoratori nell'esercizio della loro attività, ma anche dei terzi che si trovino nell'ambiente di lavoro, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto di dipendenza con il titolare dell'impresa, di talché, ove in tali luoghi si verifichino a danno del terzo i reati di lesioni o di omicidio colposi, è ravvisabile la colpa per violazione delle norme dirette a prevenire gli infortuni sul lavoro, purché sussista tra siffatta violazione e l'evento dannoso un legame causale e la norma violata miri a prevenire l'incidente verificatosi, e sempre che la presenza di soggetto passivo estraneo all'attività ed all'ambiente di lavoro, nel luogo e nel momento dell'infortunio, non rivesta carattere di anormalità, atipicità ed eccezionalità tali da fare ritenere interrotto il nesso eziologico»[60].

Tornando alle previsioni del decreto legislativo n 81 del 2008, occorre evidenziare che l'art. 274, comma 1, prevede che «il datore di lavoro, nelle strutture sanitarie (...), in sede di valutazione dei rischi, presta particolare attenzione alla possibile presenza di agenti biologici nell'organismo dei pazienti (...) e nei relativi campioni e residui e al rischio che tale presenza comporta in relazione al tipo di attività svolta»; il successivo comma 3 dispone poi che «nelle strutture di isolamento che ospitano pazienti od animali che

56. C. Cupelli, *op. ult. cit.*, par. *4.2*.

57. O. Di Giovine, O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, *op. cit.*, par. 5.

58. Vds. *supra,* par. *3.1.*, con l'adesione alla tesi espressa da S. Corbetta, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, *op. cit.*, p. 16.

59. Sez. unite, 19 giugno 1996, n. 16, dep. 22 ottobre 1996, Di Francesco, Rv. 20562101; più di recente, sez. 4, 8 novembre 2013, n. 7597, dep. 18 febbraio 2014, Stuppia e altri, Rv. 25912401.

60. Sez. 4, 19 luglio 2019, n. 44142, dep. 30 ottobre 2019, De Remigis, Rv. 27769101; si tratta di giurisprudenza consolidata.

sono, o potrebbero essere, contaminati da agenti biologici del gruppo 2, 3 o 4, le misure di contenimento da attuare per ridurre al minimo il rischio di infezione sono scelte tra quelle indicate nell'allegato XLVII in funzione delle modalità di trasmissione dell'agente biologico». L'allegato XLVII declina in modo analitico il catalogo delle misure di contenimento e dei livelli di contenimento del rischio da agente biologico (con un livello di dettaglio che qui non può essere restituito, le misure di contenimento ruotano attorno alla necessità di separatezza "fisica" tra il fattore di rischio biologico e le persone esposte, all'adeguatezza e all'igiene delle strutture e degli strumenti utilizzati).

Ma è indubbio che il rischio Covid-19 si è presentato alle porte delle strutture sanitarie in modo molto rapido; sicché è da dubitare – quantomeno nelle fasi iniziali del manifestarsi dell'epidemia – che fosse possibile un immediato adeguamento dei documenti di valutazione del rischio.

Per valutare la sussistenza o meno di una colpa dei titolari di posizioni di garanzia è da chiedersi se le previsioni contenute nei DVR relativamente alla valutazione del rischio di sviluppo di infezioni in ambiente sanitario possano comunque fungere da parametro per valutare la sussistenza o meno di una colpa generica; e se si possa, come sembra, fare riferimento alle misure di contenimento via via adottate dalle autorità pubbliche.

La risposta può essere positiva, e dunque: ove i documenti di valutazione del rischio predichino – per prevenire lo sviluppo di infezioni in ambiente sanitario – l'adozione di misure di *isolamento* e *sanificazione*, è possibile ritenere che il titolare della posizione di garanzia dovesse adottare analoghe misure di contenimento per prevenire il rischio di diffusione del virus Covid-19; ove le misure di contenimento dettate dalle autorità pubbliche predichino come primo elemento di contenimento del contagio il cd. *distanziamento sociale*, è possibile ritenere che il titolare della posizione di garanzia dovesse organizzare gli spazi della struttura in modo tale da garantire il perseguimento di tale obiettivo; ove reso noto che uno dei principali veicoli di trasmissione del virus è la trasmissione per le vie aeree, è possibile ritenere che il titolare della posizione di garanzia avesse il dovere di fornire ai lavoratori (ma anche agli ospiti delle strutture) i necessari (e adeguati) dispositivi di protezione individuale.

Altra questione è se il titolare della posizione di garanzia avesse la possibilità di predisporre quelle cautele (assicurare l'isolamento e il distanziamento sociale) e di fornire quei dispositivi di protezione individuale.

Ogni indagine penale non potrà prescindere, dunque, da una serie di accertamenti tesi a comprendere *che cosa potesse fare* e *che cosa abbia concretamente fatto* il titolare della posizione di garanzia per prevenire lo sviluppo del contagio, cercando di compiere un'analitica verifica relativa alle misure di prevenzione e protezione messe in atto dalla struttura; con l'avvertenza che l'indagine su tutti gli aspetti messi in luce dovrà essere svolta in modo diacronico, tenendo nella debita considerazione che cosa era prevedibile e che cosa era concretamente possibile fare in relazione alla situazione data nel momento in cui veniva in rilievo la condotta omissiva[61].

Un ultimo possibile ambito di interesse per la giurisdizione penale investe il livello dei decisori politici.

Si è diffusamente evidenziato in dottrina che rivestono una posizione di garanzia in materia di tutela della salute pubblica – tra gli altri – il Ministro della salute[62], il presidente della giunta regionale, il prefetto e il sindaco[63].

È ipotizzabile un coinvolgimento dei decisori politici in procedimenti penali per scelte che "avrebbero potuto" (e dovuto) essere fatte e che, invece, non sono state fatte? È ipotizzabile una responsabilità dei decisori politici per non aver istituito "zone rosse" o per averle istituite tardivamente? Per non aver aggiornato il piano antipandemia che, dopo la diffusione dell'epidemia da Sars del 2003, ciascun Paese avrebbe dovuto predisporre e revisionare periodicamente?

È stato detto – con riferimento al possibile coinvolgimento dei pubblici amministratori – che «l'istituzionale discrezionalità delle loro scelte non può per principio convertirsi in fonte di responsabilità penale, sol perché sarebbe stato possibile scegliere meglio per la tutela più efficace della vita e della salute (...). L'esercizio della discrezionalità genera responsabilità penale solo quando nella decisione sia grossolanamente alterato l'ordine dei valori scopo per la cui

61. È stato previso l'isolamento dei contagiati? Se non è stato previsto, perché ciò non è avvenuto? Perché era impossibile? Per carenza di spazi? Sono stati accettati pazienti contagiati dall'esterno? Perché lo si è accettato? Ci si poteva/doveva rifiutare? Era possibile o meno assicurare l'isolamento dei nuovi ingressi? Sono stati forniti al personale sanitario DPI? Se non sono stati forniti i DPI, perché ciò è avvenuto? Per non impressionare l'utenza? O perché non erano disponibili DPI? E se non erano disponibili DPI era possibile procurarseli? Cosa è stato fatto per procurarseli? C'erano le risorse? Le richieste sono state tempestive?

62. S. Corbetta, *I delitti contro l'incolumità pubblica*, *op. cit.*, pp. 18 ss.

63. *Ivi*, pp. 28-29.

ponderazione è conferito quel potere discrezionale»[64]. In senso analogo si è affermato che «se vi è una responsabilità di governo (...) che passa per decisioni da adottare in condizioni di incertezza, implicanti valutazioni discrezionali e bilanciamenti di interessi, la sfera di autonomia e responsabilità politica va salvaguardata. Vi è uno spazio della politica che non può essere sottoposto a scrutinio diverso da quello politico»[65].

È un'impostazione che non può essere condivisa laddove posta in termini di *inaccessibilità assoluta* della giurisdizione penale al sindacato sull'attività discrezionale dei decisori politici. Del resto, che la discrezionalità anche politica possa essere sindacata dalla giurisdizione penale è una conclusione che si fonda su consolidata giurisprudenza e si ricava esaminando la disciplina dei reati ministeriali, che segue uno schema piuttosto chiaro: «la magistratura penale accerta secondo i criteri del diritto penale comune se il Ministro abbia commesso un reato nell'esercizio del proprio potere di governo; il Parlamento può assumere la decisione politica di negare l'autorizzazione a procedere, se la commissione del reato era funzionale alla tutela di un più rilevante interesse pubblico»[66].

Per coltivare ipotesi d'accusa nei confronti dei decisori politici (modulate sullo schema della responsabilità omissiva), occorre chiarire, anzitutto, quale possa essere l'evento che essi non hanno impedito e quale il comportamento alternativo lecito che essi avrebbero dovuto (e potuto) tenere, nel contesto a loro noto.

E, in tale prospettiva, le difficoltà di ordine probatorio sono ineludibili ed enormi.

L'epidemia Covid-19 si è diffusa in modo estremamente aggressivo in tutto il mondo, risultando solo parzialmente influenzata dalle politiche adottate dalle varie autorità di governo: sia pure con differenze – a tutt'oggi neppure completamente valutabili –, si è diffusa in Paesi che hanno praticato il *lockdown* estremo e in Paesi che hanno, invece, confidato nella capacità di autoregolamentazione dei consociati; si è diffusa in Paesi che hanno sviluppato sistemi di *contact-tracing* e in Paesi che, invece, non hanno adottato alcun sistema di tracciamento[67].

In tale prospettiva, l'individuazione del comportamento alternativo lecito si rivela oltremodo problematica. La domanda alla quale è difficile offrire una risposta è, infatti, la seguente: *che cosa esattamente* (di diverso) avrebbero dovuto fare i decisori politici?

Come, del resto, si rivela oltremodo problematica l'individuazione del risultato che – tenendo il comportamento alternativo lecito – i decisori politici avrebbero dovuto garantire: qual è il *risultato atteso* dal comportamento alternativo lecito? Un (impossibile) arresto della diffusione del virus? Il passaggio della curva di contagio da esponenziale a lineare come risultato atteso – esigibile – dal comportamento alternativo lecito? E ove si accedesse a tale suggestione, quale contesto di riferimento privilegiare, quello nazionale, regionale, comunale o di focolaio?

4. I criteri di accertamento delle responsabilità penali per eventi avversi nella "condizione di epidemia"

4.1. Modello di agente e criteri di orientamento

Nella *condizione di epidemia* e a prescindere dalla configurabilità del reato di epidemia, di cui si è discusso, l'attività sanitaria ha continuato a essere esposta alla possibilità di malpratica costituente reato.

Il quadro penalistico di accertamento delle responsabilità penali per eventi avversi – qualificabili come omicidio colposo o lesioni personali colpose – è stato in epoca recente riconfigurato dalle scelte normative compiute dapprima con dl 13 settembre 2012, n. 158 (l. 8 novembre 2012, n. 189) e in seguito con la l. 8 marzo 2017, n. 24, che ha introdotto nel codice penale, nell'articolo 590-*sexies*, i parametri di valutazione della condotta del sanitario costituiti dalle linee-guida e dalle buone pratiche clinico-assistenziali. Parametri che, in quanto attinenti al profilo tecnico-scientifico dell'attività sanitaria, regolano, ai sensi dell'art. 590-*sexies*, la sola colpa per imperizia.

Laddove si faccia questione di responsabilità penale per eventi avversi, si renderà quindi necessario valutare sin dalle indagini se il caso concreto sia regolato da linee-guida o, in mancanza, da buone pratiche clinico-assistenziali; ricostruire il nesso causale

64. F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, *op. cit*.

65. Così D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sistema penale*, 28 aprile 2020, p. 8 www.sistemapenale.it/it/opinioni/pulitano-emergenza-coronavirus-lezioni-e-riflessioni.

66. Così, a proposito del noto "caso Diciotti", L. Masera, *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti*, in questa *Rivista online*, 29 gennaio 2019, www.questionegiustizia.it/articolo/la-richiesta-di-autorizzazione-a-procedere-nel-caso-diciotti_29-01-2019.php.

67. I dati globali e per singolo Paese non consentono ancora una valtazione con esiti certi, pur segnalando la criticità di situazioni (Usa, Brasile, Svezia) di mancata adozione di misure di contenimento stringenti: https://covid19.who.int/?gclid=EAIaIQobChMIx7PgtJyk6gIVwRoYCh1E-AAkEAAYASAAEgJbgfD_BwE.

tenendo conto anche del comportamento indicato da quei parametri (assumibile come comportamento alternativo lecito controfattuale), specificando se si versi in ipotesi di colpa generica o specifica, per imperizia, negligenza o imprudenza, segnalando se e in quale misura la condotta del sanitario si sia discostata da linee-guida o da buone pratiche clinico-assistenziali anche in relazione alle specificità del caso concreto.

Le linee-guida, che di per sé costituiscono sapere tecnico codificato dalla comunità scientifica («raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche»), devono passare attraverso una formalizzazione («definite e pubblicate ai sensi di legge»), ai sensi dell'art. 5 l. n. 24/2017, che prevede la loro provenienza da istituzioni individuate dal Ministero della salute e la loro verifica da parte dell'Istituto superiore di sanità.

Il professionista sanitario è tenuto ad attenersi alle linee-guida, sia pure con gli adattamenti propri di ciascuna fattispecie concreta; e ha la legittima aspettativa di vedere giudicato il proprio comportamento alla stregua delle medesime direttive.

Sul tema è intervenuta la Corte di cassazione a sezioni unite (Cass., sez. unite, 21 dicembre 2017, n. 8770), che ha sottolineato l'utilità dell'introduzione delle linee-guida sia quale criterio di orientamento per il sanitario – a cui permettono di essere «oggi posto in grado di assumere in modo più efficiente ed appropriato che in passato, soprattutto in relazione alle attività maggiormente rischiose, le proprie determinazioni professionali» – sia sotto il profilo giuridico poiché rappresentano «una plausibile risposta alle istanze di maggiore determinatezza che riguardano le fattispecie colpose qui di interesse. Fattispecie che, nella prospettiva di vedere non posto in discussione il principio di tassatività del precetto, integrato da quello di prevedibilità del rimprovero e di prevenibilità della condotta colposa, hanno necessità di essere etero-integrate da fonti di rango secondario concernenti la disciplina delle cautele, delle prescrizioni, degli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo»; con la precisazione, tuttavia, che si tratta non di «norme regolamentari che specificano quelle ordinarie senza potervi derogare, ma [di] regole cautelari valide solo se adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente[68] e implicanti, in ipotesi contraria, il dovere, da parte di tutta la catena degli operatori sanitari concretamente implicati, di discostarsene».

La situazione di fatto verificatasi nella fase acuta dell'epidemia pone in crisi questo modello sotto diversi aspetti.

In primo luogo, l'assoluta novità delle forme di manifestazione della malattia fa sì che manchino linee-guida e buone pratiche per la cura dei malati Covid-19: le conoscenze sono state implementate giorno per giorno, attraverso scambi di informazioni nella comunità scientifica a livello nazionale e internazionale, e la validazione delle soluzioni terapeutiche ha spesso fatto seguito a iniziative di applicazione del criterio *ex adiuvantibus*.

Vi è, poi, da considerare che i parametri della prudenza e della diligenza; la prevedibilità e prevenibilità dell'evento; l'esigibilità della condotta, quali la giurisprudenza li ha ricostruiti e praticati prima e dopo la legge n. 24/2017, si misurano in concreto con un modello di agente ben diverso da quello implicito nei ragionamenti in tema di responsabilità sanitaria del "camice bianco" che agisce in un definito ambito professionale.

Sotto questo profilo è sufficiente considerare che, nelle zone più colpite dall'epidemia, si è dovuto provvedere alla riconversione di interi reparti ospedalieri ordinari in "aree Covid" con decine di posti letto talvolta in poche ore, previ complessi calcoli delle risorse umane e strumentali disponibili (si pensi alla rimodulazione logistica delle aree di degenza, o al ricalcolo dei consumi di ossigeno, o alla distribuzione di personale specializzato), con modifiche radicali del rapporto di consulenza, delle funzioni di *équipe*, con approcci multidisciplinari del tutto inesplorati.

Alla sfida di una fase in rapida e costante evoluzione ha corrisposto una straordinaria capacità di adattamento e di risposta alle esigenze e alle criticità determinate dalla gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 da parte dell'organizzazione sanitaria e della scienza medica dell'emergenza.

È ora il diritto dell'emergenza sanitaria, e in particolare l'ambito penalistico, a trovarsi di fronte alla necessità di una rivisitazione delle specificità del rapporto tra metodi scientifici e valutazione giuridica delle azioni di risposta all'emergenza sanitaria[69].

4.2. Risorse limitate e criteri scientifici di scelta delle priorità

Nella condizione di epidemia il verificarsi di eventi avversi può dipendere non solo o non tanto dall'imperizia nel singolo atto medico o infermieristico, quanto

68. In termini sanitari, indirizzi di comportamento clinico e operativo.

69. Per la sistematica si rinvia a G. Battarino, *Diritto dell'emergenza sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2006 e a L. Marco e G. Battarino, *Emergenza sanitaria e responsabilità penale*, in N. Todeschini (a cura di), *La responsabilità medica*, Utet giuridica, Milano, 2019, pp. 746 ss.

dal ritardo nel compimento dell'atto per scarsità di risorse disponibili rispetto alla richiesta complessiva di cura.

È questo, nei fatti, il tema di maggior rilevanza del contesto epidemico.

Le questioni che, in sede di valutazione della rilevanza penale, vanno affrontate in questo quadro sono, in sintesi:

- l'applicazione di criteri scientifici di scelta delle priorità in un contesto definito, caratterizzato da risorse limitate;
- la predisposizione della risposta all'emergenza;
- la revisione continua delle condizioni di partenza e la discussione dell'evento avverso come strumenti di riduzione dell'imprevedibilità e imprevenibilità.

Mai come nella condizione che stiamo attraversando è da tenere in dovuta considerazione l'insegnamento della Corte di cassazione, secondo cui «tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l'addebito nei confronti del professionista che, pur essendosi uniformato ad una accreditata direttiva, non sia stato in grado di produrre un trattamento adeguato» quanto più difficili siano state la situazione ambientale, le eventuali ragioni di urgenza, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione, l'approccio a una vicenda «problematica, oscura, equivoca o segnata dall'impellenza»[70].

E le situazioni ambientali, nonché *difficili*, si sono rivelate *estreme*.

In un contesto definito caratterizzato da risorse limitate, la medicina – in particolare le specialità di medicina delle catastrofi e di medicina dell'emergenza – ha elaborato criteri scientifici di scelta delle priorità assistenziali.

Il metodo scientifico di individuazione delle priorità assistenziali, denominato, in diverse situazioni cliniche, "*triage*", è basato sulla valutazione delle condizioni del paziente e applicato sia nell'emergenza sanitaria territoriale, sia nei dipartimenti ospedalieri di emergenza urgenza per l'attività tradizionalmente definita di pronto soccorso, sia nelle situazioni di grande emergenza (eventi maggiori, catastrofi): «in tali contesti si potrà verificare un insieme di fatti di lesione o messa in pericolo di beni primari (vita, integrità fisica) multipli, simultanei, ovvero occorsi in tempo circoscritto, che, a causa delle modalità di tempo e di luogo in cui si verificano, renderanno le risorse sanitarie disponibili per farvi fronte insufficienti a fornire una risposta completa e contestuale»[71].

Il *triage* comporta dunque un intervento selettivo, previa valutazione dell'insieme dei pazienti secondo metodiche scientificamente note e convalidate; e costituisce una *modalità* dell'azione terapeutica *complessiva* e uno *strumento* finalizzato all'azione terapeutica *individuale*: è questa contestualizzazione dell'intervento che ne muta il carattere e la valutazione giuridica.

Non si può cioè considerare isolatamente il mancato o ritardato intervento su *un paziente*, se non in relazione all'intervento effettuato su *tutti i pazienti*, che rappresenterà espressione di una condotta professionale connotata dalla migliore scienza ed esperienza, priva di profili di colpa addebitabili a uno o più operatori sanitari, laddove, conseguentemente, il singolo intervento, oltre che in maniera tecnicamente corretta in sé, sia stato effettuato correttamente dal punto di vista dell'applicazione delle metodiche scientifiche di *triage* e dal punto di vista delle cure progressivamente prestate ai singoli pazienti.

Nella situazione di emergenza l'assunzione e lo sviluppo dell'obbligo giuridico di impedire eventi lesivi assume come punto critico l'intervento non immediato a fronte di potenzialità lesive.

Va dunque considerata la possibilità di rinvio necessitato dell'intervento sanitario, che impone una valutazione comparativa tra più esigenze di soccorso.

Anche in condizioni ordinarie, nella realtà attuale, le strutture ospedaliere sono sempre impegnate ad affrontare un elevato numero di casi, considerato il numero di cittadini che si rivolgono direttamente ad esse e che si aggiunge agli accessi derivanti dagli interventi del sistema territoriale di risposta all'emergenza sanitaria ("118" ora "NUE 112").

Poiché le prestazioni richieste ed effettuate sono estremamente eterogenee e solo una parte dei pazienti necessita effettivamente di cure di significativa complessità, è necessario selezionare le necessità terapeutiche secondo un metodo che riproduce quello del *triage* extraospedaliero, ma che presenta caratteristiche proprie[72].

---

70. Cass., sez. IV, 22 giugno - 6 agosto 2018, n. 37794; vds. anche, nella vigenza del dl 13 settembre 2012, n. 158 (l. 8 novembre 2012, n. 189): Cass., sez. IV, 29 gennaio - 9 aprile 2013, n. 16237.

71. G. Battarino, *Risposta all'emergenza sanitaria e* triage. *Appunti per una lettura penalistica*, in questa *Rivista online*, 26 marzo 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/risposta-all-emergenza-sanitaria-e-triage-appunti-per-una-lettura-penalistica_26-03-2020.php.

72. Quali fonti regolatrici originarie possono essere citate le linee-guida per il sistema di emergenza urgenza in applicazione del dPR 27 marzo 1992 pubblicate sulla Gazzetta ufficiale del 17 maggio 1996, in cui viene definita la funzione dell'infermiere di *triage*: all'interno del DEA deve essere prevista la funzione di *triage*, come primo momento di accoglienza e valutazione dei pazienti in base a criteri che consentano di stabilire le priorità di intervento: tale funzione è svolta da un infermiere adeguatamente formato, che opera secondo protocolli prestabiliti dal dirigente del servizio (il codice attribuito dall'infermiere è suscettibile di rivalutazione da parte del medico e ad

È dunque necessaria una valutazione giuridica di eventi avversi lesivi della vita o dell'integrità fisica delle persone soccorse, che integri puntualmente l'esame di modi e tempi della singola azione terapeutica "finale" con la definizione del contesto in cui si è reso necessario il *triage* a causa della molteplicità degli eventi e con la predisposizione delle risorse e dell'organizzazione necessarie a far fronte a quegli eventi.

È una valutazione che, al fine di individuare una eventuale responsabilità non per generica – e penalmente irrilevante – "cattiva condotta" ma per colpa, richiede di risalire lungo la "catena dei soccorsi" e, ancora oltre, ai presupposti gestionali, rendendo particolarmente sensibile e complessa la ricostruzione delle serie causali, della prevedibilità e prevenibilità degli eventi, dell'esigibilità delle condotte da parte di ciascun soggetto collocato lungo quella catena.

Gli elementi che qualificano l'attuale emergenza epidemiologica rispetto ai criteri di selezione delle priorità si sono in parte rivelati e si riveleranno progressivamente.

Il presupposto del *triage* è, come si è visto, un'insufficienza di risorse che viene assunta come transitoria e superabile, in cui il saldo tra risorse di cura progressivamente impegnate e successivamente disponibili (perché sopravvenute o disimpegnate) tende al positivo.

Un'insufficienza, dunque, tendenzialmente sincronica e non diacronica; laddove dovesse prevalere la tendenziale diacronicità, le tecniche di selezione delle priorità dovrebbero diversamente affrontare la questione della rivalutazione dei pazienti.

L'applicazione di tali metodiche – e la sua valutazione a fini giuridici – necessita della definizione di un contesto spaziale e temporale: l'ordine di priorità nelle cure si può determinare nell'ambito dell'emergenza territoriale oppure del pronto soccorso di un ospedale gravato in tempi ristretti da un rilevante numero di accessi, oppure sulla scena di un incidente ferroviario o nei pressi di un edificio crollato.

Un'emergenza da epidemia o da patologie diffuse connotata da un certo grado di permanenza nel tempo tende, tuttavia, ad allargare il contesto, ragion per cui la valutazione delle priorità dovrà tenere conto di una scala più ampia; e lo stesso criterio di valutazione non potrà più essere diretto esclusivamente sul singolo soggetto, ma sarà rivolto anche alla salvaguardia della collettività.

Si può assumere come esempio la meritoria opera svolta dalla «Centrale Remota Operazioni Soccorso Sanitario» (CROSS) del Dipartimento della protezione civile nel costante reperimento di risorse per il trasferimento di pazienti Covid-19 in più Regioni: laddove nella direttiva 24 giugno 2016, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 194 del 20 agosto 2016, che regola l'attività di questa struttura di protezione civile citata, si faceva riferimento a eventi emergenziali tradizionali, necessitanti di un sistema di coordinamento dei soccorsi sanitari «almeno nelle prime 72 ore».

Queste specificità vanno coordinate con il quadro penalistico sopra sinteticamente descritto anche in relazione alle scelte normative compiute dapprima con dl 13 settembre 2012, n. 158 (l. 8 novembre 2012, n. 189) e in seguito con la l. 8 marzo 2017, n. 24, che ha introdotto nel codice penale, nell'articolo 590-*sexies*, i parametri di valutazione della condotta del sanitario costituiti dalle linee-guida e dalle buone pratiche clinico-assistenziali. Parametri che, in quanto attinenti al profilo tecnico-scientifico dell'attività sanitaria, regolano, ai sensi dell'art. 590-*sexies*, la sola colpa per imperizia.

Si è già sopra richiamato il significato del riferimento normativo a linee-guida e a buone pratiche clinico-assistenziali.

Una delle novità che caratterizzano la risposta all'emergenza epidemiologica da Covid-19 è, come pure si è visto, l'uso, per conseguire l'obiettivo di massimo possibile di cura di pazienti, dei criteri scientifici specifici della medicina di emergenza e delle catastrofi, e in particolare le metodologie di *triage*: che, sinora, non risultano "codificate" come linee-guida ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 24/2017.

Esse si rinvengono, invece, in due tipi di fonti: da un lato un'elaborazione di molti decenni della comunità scientifica, che ha prodotto un sapere tecnico del tutto consolidato; dall'altro, la traduzione in atti giuridici di natura diversa, dalla normazione secondaria a provvedimenti amministrativi che hanno regolato nel corso del tempo l'attività sanitaria in emergenza.

Entrambe queste tipologie di fonte sono per loro natura soggette a un forte dinamismo, determinato, anche in tempi ordinari, dalla parallela crescita delle conoscenze gestionali sulle cure e delle esigenze

---

esito di una valutazione clinica); e le linee-guida sul *triage* intraospedaliero pubblicate sulla Gazzetta ufficiale n. 285 del 7 dicembre 2001, emanate dal Ministero della salute, frutto di un accordo Stato-Regioni, che individuano i codici di gravità. La materia è stata rivista nel 2019 con le nuove linee di indirizzo nazionali sul *triage* intraospedaliero del Ministero della salute (www.salute.gov.it/imgs/C_17_notizie_3849_listaFile_itemName_1_file.pdf).

Un riferimento specifico all'emergenza territoriale è contenuto nel dm 2 aprile 2015, n. 70 («Regolamento recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera») in cui, al punto 9, si specifica che la centrale operativa (del sistema di risposta all'emergenza sanitaria, 118, ora NUE 112) effettua la valutazione del grado di complessità dell'intervento necessario, definendo il grado di criticità dell'evento e, conseguentemente, attiva l'intervento più idoneo, utilizzando codici di gravità.

organizzative di una realtà complessa quale è il sistema di risposta all'emergenza sanitaria.

L'emergenza epidemiologica in corso rende questo processo accelerato e non suscettibile di codificazione ai sensi dell'art. 5 l. n. 24/2017: tanto più laddove si consideri che scoperte e innovazioni si sono collocate al confine tra scelta scientifica delle migliori cure e scelte politiche in materia sanitaria.

Ma se si passa dalla ricerca di *criteri* di responsabilità alla definizione di *confini* di responsabilità, essi si possono rinvenire nell'applicazione corretta da parte dei sanitari impegnati nella risposta all'emergenza di linee-guida non codificate, ma che rappresentano la cristallizzazione di conoscenze scientifiche, di buone pratiche assistenziali declinate nello specifico delle conoscenze scientifiche sulla gestione dell'emergenza; del rispetto di norme organizzative a loro volta fondate su principi scientifici, che, quandanche non abbiano veste di "leggi" o "regolamenti", si qualificheranno come "ordini o discipline".

Nel contempo si richiede, proprio per il dinamismo delle conoscenze nella condizione di epidemia, la discussione e la revisione continua delle condizioni di partenza che hanno portato a eventi lesivi come strumenti di riduzione dell'imprevedibilità e imprevenibilità di successivi eventi avversi.

La risposta all'emergenza con l'applicazione di criteri scientifici di priorità negli interventi assume rilievo ai fini di considerare adeguata la condotta dei singoli sanitari intervenuti, ma rimangono fuori da quest'ambito di valutazione, rispetto a ciascuno di essi, la corretta pratica sanitaria nelle condizioni date, da valutare secondo i criteri ordinari; e rispetto ai titolari di poteri decisionali nella sanità, la corretta predisposizione della risposta all'emergenza.

È evidente che i criteri giuridici di valutazione dovranno essere organizzati intorno ai principi in materia di addebito sotto il profilo soggettivo e causale e alle norme che regolano la materia, considerando un triplice livello:

- la predisposizione di piani per affrontare le epidemie;
- la predisposizione della risposta territoriale all'emergenza[73];
- la predisposizione di piani per il massiccio afflusso di pazienti in ciascun presidio ospedaliero.

I criteri di valutazione del singolo evento avverso, poste le premesse qui sinteticamente esaminate, potranno dunque essere applicati senza deviazioni "emergenziali", e senza necessità di invocare – come in contesti anche non strettamente tecnici è stato fatto – esimenti quali lo stato di necessità (art. 54 cp) o l'adempimento del dovere (art. 51 cp): poiché non si deve pensare di essere in presenza di condotte costituenti reato da scriminare – in forza di una "tolleranza giustificata dell'illecito" –, bensì di un'attività socialmente indispensabile – e tale rivelatasi più che mai con l'opera di medici e infermieri – governata da regole cautelari per le singole condotte di cui verificare la conformità a quelle regole, nella loro concreta declinazione in condizione di epidemia.

5. Un diritto penale della condizione di epidemia?

Alla fase più acuta dell'emergenza, pure contrassegnata da interventi giuridici di rilievo, deve fare seguito un momento di riflessione sul portato della crisi e della condizione di epidemia.

In questa sede, nell'ambito di un contributo che ha inteso tracciare delle linee generali su alcune *questioni di diritto penale nella condizione di epidemia*, ci si può chiedere se sia venuto formandosi un "diritto penale della condizione di epidemia".

In questo senso, ai campi dell'apparato sanzionatorio a tutela delle misure di contenimento, dei nuovi problemi ricostruttivi del reato di epidemia, dei criteri di accertamento delle responsabilità penali sanitarie si potrebbero aggiungere gli effetti processuali penali di provvedimenti andati a incidere su diversi istituti (sospensione dei termini di custodia, dei termini di prescrizione[74], dei termini per proporre querela; problemi delle attività processuali da remoto[75]);

73. Le fonti normative indicate nella nota 72 non esauriscono il complesso quadro dell'organizzazione della risposta all'emergenza territoriale: che in sede di valutazione giudiziaria dovrà essere considerato razionalmente, nei suoi presupposti e nelle sue applicazioni; certamente senza adesione all'emotività palesata in dichiarazioni come quelle del coordinatore di un comitato di familiari di persone decedute, che nell'articolo di un quotidiano che parla di "una valanga di esposti" (Corriere della Sera, *I familiari delle vittime: pronte le prime 50 denunce*, 8 giugno 2020) dichiara: «il problema è complessivo e consiste nel fatto, tra i tanti, che di ambulanze ce ne fossero cento quando ne servivano cinquecento», obliterando in tal modo non solo le norme che regolano la materia, ma anche il semplice fatto che il numero di mezzi di soccorso – che necessitano di equipaggi, collocazione territoriale, complessi sistemi di coordinamento tra centrali operative e presidi ospedalieri – non è moltiplicabile *ad libitum*.

74. Il Tribunale di Siena ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, comma 4, dl n. 18/2020, convertito con l. n. 27/2020, che introduce una sospensione del corso della prescrizione per ritenuto contrasto con il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole (www.questionegiustizia.it/articolo/la-sospensione-del-corso-della-prescrizione-al-vaglio-della-consulta_26-05-2020.php).

75. A. Natale e L. Fidelio, *Emergenza Covid-19 e giudizio penale di merito: un catalogo (incompleto) dei problemi*, in questa *Rivista online*, 16 aprile 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/emergenza-covid-19-e-giudizio-penale-di-merito-un-catalogo-incom-

i temi di diritto penitenziario evidenziatisi nella fase del contenimento; e ancora, nel campo del diritto penale sostanziale, senza interventi normativi diretti di tipo sanzionatorio ma in un ambito di riflessi dell'emergenza epidemiologica, gli interventi in settori sensibili al tema del diritto penale dell'economia e al diritto penale ambientale della crisi[76].

L'intervento, sinora non di rilievo, della giurisprudenza, consentirà di riempire di contenuti queste voci, sin qui solo enunciate.

Si rendono tuttavia necessarie riflessioni immediate sul potenziale impatto giudiziario successivo alle fasi dell'emergenza; già vi sono segnali di derive panpenalistiche e attese messianiche delle vittime o dichiaratesi tali.

I riferimenti al contesto normativo e giurisprudenziale vanno considerati con attenzione per determinare i confini di responsabilità degli attori dell'emergenza epidemiologica, secondo i percorsi valutativi di cui si è dato schematico conto.

In particolare, nel momento di massimo impegno collettivo, ma anche successivamente ad esso, è ragionevole prevenire i paralizzanti – e storicamente noti – timori prodotti nell'attività sanitaria da una "società contenziosa", scarsamente educata all'uso delle risorse collettive, che ancor più le compromette a scapito dei bisognosi gravando sulle strutture sanitarie con miti di sanabilità assoluta e di giustiziabilità assoluta del mancato risultato atteso.

Rispetto a questo potenziale serio problema vale l'applicazione dei principi: come abbiamo visto, l'applicazione di quelli elaborati dalla giurisprudenza di legittimità può essere necessaria e sufficiente a un giudizio di non colpevolezza, ma è la previsione dell'esito finale del processo e non la *compliance* verso le possibili persone offese a dover guidare le scelte nel corso del procedimento penale sin dalla fase delle indagini; un'introduzione di conoscenze scientifiche nel procedimento penale che valorizzi sin dalla fase d'indagine – anche in ossequio alla l. n. 24/2017 – l'opera di consulenti specialisti in emergenza sanitaria, virologia, epidemiologia, in funzione della diversa caratura delle notizie di reato; il rifiuto di commistioni mediatiche nelle indagini, nella consapevolezza che ogni singola parola pronunciata da un pubblico ministero verrà forzata entro schemi pregiudiziali e pregiudizievoli ben più delle parole contenute nei provvedimenti giudiziari; una visione di diritto penale minimo "pratico" che orienti alla rigorosa applicazione dell'articolo 125 disp. att. cpp anche in vista della rapida risoluzione dei procedimenti.

È razionalmente possibile contrastare l'irrazionale "apertura della forbice" tra azione eroica e condotta illecita; con un salto pericoloso ma possibile, che si annida nella nostra "società contenziosa", tra l'esaltazione da sagra del "tutti eroi" e l'esaltazione da *tricoteuses* del "tutti omicidi seriali".

Evitando la devoluzione a invocati "scudi giudiziari"[77] della risposta alle esigenze degli operatori della sanità, da affidare invece a un razionale dialogo tra scienza e diritto e, soprattutto, per l'immediato futuro, a una lungimirante organizzazione, pianificazione di mezzi e destinazione di risorse.

---

pleto-dei-problemi_16-04-2020.php; una sintesi e la citazione di articoli dedicati al tema in M. Guglielmi e R. De Vito, *Lontano dagli occhi, lontano dal cuore? Il remoto e la giustizia*, *ivi*, 24 aprile 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/lontano-dagli-occhi-lontano-dal-cuore-il-remoto-e-la-giustizia_24-04-2020.php.

76. Agli articoli sin qui citati si aggiungano: N. Rossi, *L'emergenza economica e sociale. Le prime risposte del diritto penale*, in questa *Rivista online*, 15 aprile 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/l-emergenza-economica-e-sociale-le-prime-risposte-del-diritto-penale_15-04-2020.php; R. De Vito, *Il* vecchio *carcere ai tempi del* nuovo *colera*, *ivi*, 11 marzo 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/il-vecchio-carcere-ai-tempi-del-nuovo-colera_11-03-2020.php.

77. E. Scoditti e G. Battarino, *Decreto legge n. 18/2020: l'inserimento di norme sulla responsabilità sanitaria*, in questa *Rivista online*, 3 aprile 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/decreto-legge-n-182020-l-inserimento-di-norme-sulla-responsabilita-sanitaria_03-04-2020.php; E. Scoditti, *Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione Covid-19*, *ivi*, 10 aprile 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/un-ipotesi-di-inserimento-di-norme-sulla-responsabilita-civile-sanitaria-nella-legislazione-covid-19_10-04-2020.php.

Covid-19 come causa di morte: una nozione tra fatti e valori

di *Maria Cristina Amoretti* ed *Elisabetta Lalumera*

Il presente contributo mostra come la certificazione di morte per Covid-19 sia un processo complesso che mette in gioco componenti convenzionali (tra cui le regole dell'Organizzazione mondiale della sanità), fattuali (lo stato effettivo del paziente e la capacità diagnostica del medico), nonché scelte di valore. Quest'ultima componente emerge dalla nostra analisi filosofica del concetto di causalità in uso nella scheda di morte, che è meccanicistico ma con un criterio di selezione di tipo manipolazionistico, in cui si privilegia la condizione di più facile, efficace o urgente prevenzione.

1. Introduzione / 2. La definizione di "causa di morte" dell'Oms / 3. Considerazioni sui concetti di causa e causalità / 4. Covid-19 come la causa di morte / 5. Conclusione

1. Introduzione

La comunicazione istituzionale, scientifica e dei *media* durante la pandemia è dominata dai bollettini sui contagi e sulle morti causate dal Covid-19. In particolare, il numero delle morti causate dal Covid-19 influenza l'opinione pubblica, fa parte dell'*evidence* utilizzata dagli esperti per formulare le loro raccomandazioni e, di conseguenza, ha un ruolo centrale tra i fattori che orientano l'azione dei governi. Ma quando si afferma che un paziente è morto *a causa del* Covid-19, che cosa s'intende dire esattamente? A prima vista, l'espressione sembrerebbe trasparente al suo significato; tuttavia, come mostreremo in quanto segue, essa contiene nozioni tecniche e presuppone definizioni che occorre disambiguare per poterne comprendere appieno tutte le implicazioni. Vedremo infatti che le espressioni "Covid-19 come *causa* di morte" e "morte *a causa del* Covid-19" coinvolgono scelte concettuali e valoriali, che le collocano a un livello che non può essere considerato puramente fattuale.

L'articolo è strutturato come segue. In primo luogo, prendiamo in considerazione la definizione generale di "causa di morte" che è stata sviluppata dell'Organizzazione mondiale della sanità (Oms) mettendone in evidenza le caratteristiche principali. In seguito, partendo dal dibattito filosofico contemporaneo, cerchiamo di chiarire alcune possibili ambiguità relative alle nozioni di causa e causalità che sono contenute nella definizione di cui sopra. Ci soffermiamo infine sul caso specifico del Covid-19, cercando di precisare che cosa significhi effettivamente morire *a causa del* Covid-19.

2. La definizione di "causa di morte" dell'Oms

Il punto di partenza della nostra analisi è il documento dell'Oms che ha introdotto una definizione esplicita di «causa iniziale di morte» (indicata come «*underlying cause*») nei termini dei due seguenti disgiunti:

(a) «la malattia o la ferita che ha iniziato la sequenza di eventi morbosi che hanno portato direttamente alla morte», oppure

(b) «le circostanze dell'incidente o dell'atto violento che hanno prodotto la ferita fatale»[1].

Il documento e la definizione dell'Oms hanno la funzione di fornire istruzioni per compilare la scheda di morte, ovvero il modulo che contiene i dati del defunto e la specificazione delle cause del decesso, e viene compilato da un medico e da un ufficiale di stato civile entro 24 ore dall'evento, restando poi a disposizione per la ricerca epidemiologica e statistica nonché, quando occorre, a fini giudiziari. Questa è, appunto, anche l'origine dei dati sui decessi causati da Covid-19 su cui si basano poi le *policies* sanitarie dei vari governi nonché la comunicazione giornalistica e istituzionale.

La scheda di morte, pur avendo piccole differenze da Paese a Paese, ha un formato standardizzato che si rifà appunto ai documenti normativi dell'Oms e, per la specificazione delle cause di morte, alla codifica delle malattie contenuta nell'*International Classification of Diseases* (ICD), strumento anch'esso redatto dalla stessa Oms e giunto ormai alla sua undicesima edizione[2].

Nel formato internazionale dell'Oms, la scheda ha due parti. La prima, che deve essere compilata dal medico che certifica il decesso, deve essere riempita con l'indicazione di una sequenza di malattie o condizioni, a iniziare da quella che ha portato direttamente al decesso, vale a dire la cd. causa precipitante, continuando poi nella riga sottostante con la malattia o condizione che ha causato la prima (espressa dalla dicitura «*due to*», vale a dire «dovuta a»), poi sotto ancora con la condizione che ha causato la seconda, e così via, fino ad arrivare alla *underlying cause*. Una sequenza potrebbe, per esempio, essere la seguente: 1) ipertensione portale (causa precipitante), 2) cirrosi epatica, 3) epatite B (*underlying cause*). Nella scheda di morte in uso in Italia (modello Istat D4, o D4*bis* per i bambini entro un anno di vita) la sequenza delle cause è invertita rispetto al modello proposto dall'Oms, cioè la *underlying cause* è la prima della lista numerata; per questo motivo, la traduzione "causa iniziale di morte" viene preferita al più letterale "causa sottostante"[3]. Riprendendo l'esempio precedente, si avrebbe dunque la seguente sequenza: 1) epatite B, 2) cirrosi epatica, 3) ipertensione portale, laddove la causa sottostante, o appunto la causa iniziale di morte, sarebbe la prima condizione, mentre la causa precipitante la terza.

Nella seconda parte della scheda di morte devono invece essere riportate le condizioni che si ritiene abbiano aumentato il rischio o la gravità della causa iniziale – nel caso precedente, per esempio, potrebbe essere riportata l'eventuale dipendenza da alcolici, che in generale rappresenta un fattore aggravante dell'Epatite B. Le malattie o condizioni riportate dal medico nella scheda di morte vengono poi codificate manualmente o tramite procedure automatiche attribuendo a ciascuna di esse un codice dell'ICD.

Astraendo dal dettaglio, dunque, compilare una scheda di morte è un processo che comprende diagnosi, certificazione e codifica: dal punto di vista cognitivo ed epistemico si tratta di un processo complesso, che può dar luogo a diversi tipi di errore, sia sistematico che accidentale. Escludendo gli errori di codifica manuale e automatica, sia la diagnosi che l'individuazione e la descrizione della sequenza di malattie o condizioni dipendono dall'esperienza del medico e possono essere influenzate da vari fattori, come l'età e il sesso del paziente o il contesto del decesso[4].

Una delle questioni più rilevanti nella compilazione della scheda riguarda poi l'unicità della causa iniziale di morte. Nel documento Oms si legge infatti che individuare un'unica causa iniziale di morte è fondamentale a fini epidemiologici e statistici, ma d'altra parte è sempre più frequente che il decesso avvenga in presenza di diverse malattie o condizioni, ponendo così un problema di selezione. La selezione *della* causa iniziale di morte, spiega il documento, viene quindi effettuata «con questo in mente»: «se si vogliono impedire le morti premature, occorre a un certo punto interrompere la catena di eventi o intraprendere una cura. L'obiettivo più efficace per la salute pubblica è impedire che la causa precipitante agisca»[5]. In altri termini, la nozione di causa iniziale di morte, che vale a fini epidemiologici e statistici, è pensata in un'ottica di azione di cura e prevenzione dei decessi: è la condizione su cui si potrebbe *intervenire* a livello di popolazione, perché non si verifichi

1. Oms, *Medical certification of cause of death: instructions for physicians on use of international form of medical certificate of cause of death*, Ginevra, 1979, p. 6, https://apps.who.int/iris/handle/10665/40557.

2. Oms, *International Statistical Classification of Diseases And Related Health Problems – 11th revision* (ICD-11), https://icd.who.int/browse11/l-m/en (accesso *online* il 14 agosto 2020).

3. Istat, *L'indagine sulle cause di morte. Nuovo piano di controllo e correzione dei dati per mortalità per causa e fasi procedurali*, Roma, 2013, www.istat.it/it/files//2013/03/Lindagine-sulle-cause-di-morte.pdf.

4. Vds. L. McGivern - L. Shulman - J.K. Carney - S. Shapiro - E. Bundock, *Death certification errors and the effect on mortality statistics*, in *Public Health Reports*, vol. 132, n. 6/2017, pp. 669-675.

5. Oms, *Medical certification*, *op. cit.*, p. 5.

poi la causa precipitante. Torneremo sulla selezione della causa iniziale di morte analizzando in modo più specifico il caso relativo al Covid-19. Prima occorre tuttavia soffermarsi a disambiguare le nozioni di causa e causalità qui impiegate, fornendo una rapida panoramica delle alternative concettuali a disposizione nel dibattito filosofico contemporaneo.

3. Considerazioni sui concetti di causa e causalità

Parlando di causalità medica, è in primo luogo opportuno distinguere il concetto di "eziologia" da quello di "patologia"[6]. Perlomeno dal secolo scorso, in ambito medico è stato ampiamente riconosciuto come le malattie siano perlopiù caratterizzate da una causalità multifattoriale, che tiene assieme determinanti tra loro molto diversi, non solo di natura genetica e biomolecolare, ma anche economica e sociale, e che si debba pertanto parlare di vere e proprie "reti causali", collocate a livelli diversi. Per comprendere la natura di una malattia è in effetti importante riuscire a scoprire tutti gli elementi che, a vari livelli, contribuiscono a causarla, elementi che includono non solo virus, batteri, geni, etc., ma anche luogo di nascita, ambiente, educazione, occupazione, stato economico e sociale, eccetera. In questo caso, tuttavia, con la nozione di causa ci si riferisce all'eziologia di una malattia, che è appunto perlopiù multifattoriale e multilivello. La patologia, invece, identifica la malattia in se stessa, intesa come alterazione del funzionamento normale di una o più parti dell'organismo.

Se consideriamo il criterio (a) della definizione dell'Oms, appare evidente come *la causa* iniziale di morte si riferisca alla patologia, che ha scatenato una specifica sequenza di eventi ed è appunto culminata con la morte dell'individuo, non all'eziologia, che può invece comprendere un numero variabile di diversi determinanti. Supponiamo, come nell'esempio della sezione precedente, di dover valutare la morte di un forte bevitore con dipendenza da alcol che abbia sviluppato l'epatite B, condizione che ha a sua volta portato alla cirrosi epatica e infine alla morte. In questo caso, sostenere che l'abuso di alcol sia stato *la causa* iniziale di morte non sarebbe corretto, poiché l'abuso di alcol è solo un fattore aggravante dell'epatite B, ovvero uno dei vari determinanti che, a livello eziologico, hanno portato alla morte; l'epatite B è, invece, la patologia che ha effettivamente causato la morte attraverso una specifica sequenza di eventi morbosi. In questo caso, dunque, come abbiamo visto, *la causa* iniziale di morte riportata nella prima parte della scheda è la patologia, non uno dei vari determinanti eziologici, che vanno eventualmente riportati nella seconda parte della scheda (tra i fattori che aumentano il rischio o la gravità della causa iniziale). Diverso è invece il discorso che attiene al criterio (b) della definizione dell'Oms, che riguarda traumi e incidenti. In questo caso, infatti, *la causa* iniziale di morte non è identificata con la patologia, che sarebbe rappresentata, ad esempio, da una ferita mortale, bensì con le circostanze che l'hanno prodotta, circostanze che, in un certo senso, possono rappresentare l'eziologia.

Anche se la distinzione tra patologia ed eziologia potrebbe sembrare riconducibile a quella tra cause, riportate nella prima parte della scheda di morte, e condizioni che aumentano il rischio o la gravità della causa, riportate invece nella seconda parte della scheda, la questione non è così semplice. Nel documento Oms leggiamo infatti che «le espressioni "dovuta a" (o "come conseguenza di") stampate tra le righe della parte prima della scheda si applicano non solo a sequenze con base patologica o eziologica, ma anche a sequenze in cui una condizione antecedente è ritenuta responsabile di aver *preparato la strada* alla causa più diretta»[7]. Si riconosce inoltre che non sia facile per il medico decidere quando una certa condizione vada elencata nella sequenza causale che porta alla morte (e dunque nella prima parte della scheda) e non, piuttosto, tra le condizioni che aumentano il rischio o la gravità della causa (vale a dire nella seconda parte della scheda): il suggerimento è quello di inserire nella seconda parte della scheda le condizioni pertinenti al decesso che non sembrano però poter rientrare coerentemente nella sequenza causale riportata nella prima parte[8]. Appare comunque evidente come la selezione delle cause, e in particolare della causa iniziale di morte, non sia affatto un processo semplice e lineare.

Riassumendo, dunque, la causa iniziale di morte può essere sia di natura eziologica che patologica, e così le condizioni aggravanti. In altre parole, la nozione di causa iniziale di morte copre in modo non trasparente entrambi i concetti di patologia ed eziologia. Oltre alla distinzione nel lessico medico tra eziologia

6. Vds. E. Kraepelin, *Psychiatry. A textbook for students and physicians*, Science History Publications, Canton (MA), 1990 (ed. or.: 1899); D. Murphy, *The medical model and the philosophy of science*, in K.W.M. Fulford *et al.* (a cura di), *The Oxford handbook of philosophy and psychiatry*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 966-986.

7. Oms, *Medical certification*, *op. cit.*, p. 8 (traduzione e corsivo nostri).

8. Oms, *Medical certification*, *op. cit.*, p. 9.

e patologia, occorre tuttavia distinguere anche due modi diversi in cui la causalità può essere concettualizzata da un punto di vista filosofico, vale a dire quello meccanicistico e quello manipolazionistico.

In termini molto generali, secondo un approccio meccanicistico due eventi A e B sono causalmente concatenati se e solo se esiste un meccanismo appropriato che li connette effettivamente[9], laddove per meccanismo si intende un insieme complesso di parti organizzate che interagiscono tra loro[10]. Ovviamente, nel caso di una malattia che causi la morte di un paziente, descrivere il meccanismo che connette causa ed effetto significa solo fornire un *exemplar*, vale a dire delineare una sorta di paziente ideale che possa rappresentare quelle che sono le caratteristiche tipiche di una certa condizione patologica, *exemplar* al quale ogni paziente reale si avvicinerà poi in modo più o meno marcato.

Le teorie manipolazionistiche della causalità sostengono invece che due eventi A e B sono causalmente concatenati se e solo se un cambiamento appropriato dell'evento causa, ottenuto attraverso una manipolazione sperimentale, è in grado di apportare una qualche modifica nell'evento effetto, posto ovviamente che tutte le altre variabili del sistema restino immutate[11]. Le teorie manipolazionistiche hanno il vantaggio di catturare un aspetto intuitivo dell'idea preteorica di causa, soprattutto nell'ambito delle scienze naturali e in medicina. Nei termini di Collingwood:

«Supponiamo che qualcuno sostenga di aver scoperto la causa del cancro, ma aggiunga che questa scoperta, sebbene genuina, non possa essere di alcun uso pratico perché la causa che ha scoperto non è qualcosa che si può inibire o produrre volontariamente. Costui sarebbe universalmente schernito e disprezzato. Nessuno sarebbe disposto ad ammettere che abbia davvero scoperto la causa del cancro. Si direbbe piuttosto che egli non conosceva il significato della parola "causa" (nel contesto della medicina)»[12].

A prima vista, la definizione dell'Oms sembra sottendere una nozione meccanicistica di causalità, soprattutto se ci si focalizza sul criterio (a), in cui si parla di «sequenza di eventi morbosi che hanno portato direttamente alla morte». Le sequenze in questione, infatti, sono riconducibili ai meccanismi patogenetici emersi dalle ricerche biomediche e attestati dal consenso scientifico, come per esempio il meccanismo che descrive come il virus dell'epatite B si lega agli epatociti replicandosi poi al loro interno. Una prova indiretta del fatto che la definizione dell'Oms sottenda una causalità di tipo meccanicistico può essere anche rappresentata dalle cosiddette sequenze causali inaccettabili o illogiche, sequenze che sono contenute nell'ICD nella parte riservata alle istruzioni per la compilazione della scheda di morte e che rappresentano casi di meccanismi inesistenti dal punto di vista medico. Ad esempio, malattie infettive come il colera o la SARS non possono essere dovute a nessun'altra condizione, salvo alcune eccezioni, e così un tumore[13]. O ancora, le istruzioni fornite dall'Istat indicano chiaramente che riportare la broncopneumopatia cronica ostruttiva come causa del Covid-19 costituirebbe una sequenza causale illogica poiché tale condizione non può produrre un'infezione[14].

Se la sequenza delle cause elencate nella prima parte della scheda di morte impiega plausibilmente una nozione meccanicistica di causalità, diverso è invece il discorso per quanto riguarda l'individuazione della causa iniziale di morte, quella che figura poi come vera e propria causa di morte. Perché – nell'esempio iniziale – l'epatite B e non l'ipertensione portale o la cirrosi epatica è identificata come *la causa* di morte? E com'è possibile scegliere in modo non arbitrario la causa di morte nel caso in cui vi siano due o

9. A. Ney, *Physical Causation and Difference-Making*, in *British Journal for the Philosophy of Science*, vol. 60, n. 4/2009, pp. 737-764.

10. P.K. Machamer - L. Darden - C.F. Craver, *Thinking about Mechanisms*, in *Philosophy of Science*, vol. 67, n. 1/2000, pp. 1-25; S.S. Glennan, *Rethinking Mechanistic Explanation*, *ivi*, vol. 69, n. 3/2002, S342-S353; W. Bechtel e A. Abrahamsen, *Explanation: A Mechanistic Alternative*, in *Studies in History and Philosophy of the Biological and Biomedical Sciences*, vol. 36, n. 2/2005, pp. 421-441.

11. R.G. Collingwood, *On the So-Called Idea of Causation*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 38, n. 1/1938, pp. 85-112; J. Woodward, *Law and Explanation in Biology: Invariance Is the Kind of Stability that Matters*, in *Philosophy of Science*, vol. 68, n. 1/2001, pp. 1-20; *Id.*, *Making Things Happen: A Theory of Causal Explanation*, Oxford University Press, New York/Oxford, 2003.

12. R.G. Collingwood, *On the So-Called Idea of Causation*, *op. cit.*, ripreso da B.I.B. Lindahl, *On the selection of causes of death: an analysis of WHO's rules for selection of the underlying cause of death*, in L. Nordenfelt e B.I.B. Lindahl (a cura di), *Health, Disease, and Causal Explanations in Medicine*, Springer, Dordrecht, 1984, p. 148.

13. Oms, *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems – 10th revision* (ICD-10), volume 2, *Instruction Manual* (5th edition), Ginevra, 2016, pp. 59-60.

14. Istat, *Covid-19: istruzioni per la compilazione della scheda di morte*, www.istat.it/ws/fascicoloSidi/924/Indicazioni%20per%20la%20compliazione%20della%20scheda%20di%20morte%20da%20Covid-19.pdf (accesso *online* il 14 agosto 2020).

più sequenze causali plausibili (vale a dire, due o più "meccanismi" convergenti) che abbiano come esito la morte?

Come si è detto in precedenza, la scelta *della causa* iniziale di morte è da compiere con "in mente" l'obiettivo primario della prevenzione e della cura: occorre dunque identificare la causa iniziale di morte con la circostanza che si può meglio manipolare con azioni di salute pubblica. In questo senso, si potrebbe allora dire che la nozione di causalità impiegata nella definizione dell'Oms è sì quella meccanicistica, ma con un criterio di selezione di stampo manipolazionistico per scegliere, tra i vari possibili meccanismi che portano al decesso, quello che rappresenta la causa iniziale di morte, vale a dire il meccanismo su cui si può agire – plausibilmente a livello di popolazione. Esplicitando meglio la nozione di causalità adottata dall'Oms, si potrebbe allora dire che se due condizioni (o due sequenze causali di condizioni) A e B che portano al decesso fossero ugualmente possibili da prevenire, ma bloccare A dovesse risultare più efficace per impedire la morte, A sarà identificata come *la causa* (o la catena causale) da scegliere, e se la prevenzione di A e B fosse ugualmente efficace rispetto al decesso, ma dovesse essere più facile impedire A, la scelta sarà nuovamente su A[15]. Come vedremo nella sezione successiva, queste ultime considerazioni hanno un peso anche maggiore nel caso della morte a causa del Covid-19.

4. Covid-19 come la causa di morte

Focalizzandoci sull'infezione da Covid-19, vediamo che l'Oms definisce nel modo seguente la morte causata dal Covid-19:

«Una morte dovuta a Covid-19 è definita a fini di sorveglianza come una morte derivante da una malattia clinicamente compatibile [a livello sintomatico], in un caso probabile o confermato di infezione da Covid-19, a meno che non esista una causa di morte chiaramente alternativa, che non possa essere correlata al Covid-19 (ad esempio, un trauma). Non dovrebbe esserci un periodo di completa guarigione dal Covid-19 che intercorra tra la malattia e la morte. Una morte dovuta a Covid-19 potrebbe non essere attribuita a un'altra malattia (ad esempio, un cancro) e dovrebbe essere considerata tale indipendentemente dalle condizioni preesistenti che si sospetta abbiano innescato un decorso grave di Covid-19»[16].

In buona sostanza, l'Oms intende considerare il Covid-19 come *la causa* iniziale di morte in tutti quei casi in cui esso abbia effettivamente causato, o si suppone abbia causato, o abbia contribuito a causare la morte dell'individuo[17]. In altre parole, il Covid-19 può essere considerato *la causa* di morte vera e propria solo nel momento in cui abbia scatenato tutte le altre cause o condizioni, così come sono state registrate dal medico, che siano poi culminate direttamente nella morte del paziente. Un esempio molto semplice potrebbe essere la seguente sequenza causale riportata nella prima parte della scheda di morte: 1) sindrome da *distress* respiratorio acuto (causa precipitante), 2) polmonite, 3) Covid-19 con test positivo (causa iniziale di morte). In buona sostanza, come si è visto sopra, il Covid-19 è considerato *la causa* di morte quando è parte di una sequenza causale che produce il decesso dell'individuo, conformemente alla concezione meccanicista di causalità.

Com'è noto, l'infezione da Covid-19 può però accompagnarsi a condizioni croniche preesistenti (ad esempio, diabete, coronaropatia, malattie circolatorie o tumori) o condizioni che provocano una riduzione della capacità polmonare (come l'asma o la broncopneumopatia cronica ostruttiva) in grado di aggravare il quadro clinico della malattia e aumentare il rischio di morte. Come abbiamo visto, tuttavia, tali condizioni dovrebbero essere riportate nella seconda parte della scheda di morte poiché rappresentano dei fattori aggravanti ma non fanno parte della catena causale che ha effettivamente portato alla morte. In tutti questi casi il Covid-19 sarebbe pertanto considerato correttamente *la causa* iniziale di morte. D'altra parte, l'infezione da Covid-19 può anche presentarsi contestualmente ad altre malattie o condizioni che di fatto provocano direttamente la morte. In casi simili, non facendo parte della catena causale che porta direttamente alla morte, il Covid-19 non dovrebbe però essere indicato nella prima parte della scheda, bensì (eventualmente) nella seconda parte, tra le condizioni che aumentato il rischio o la gravità della causa iniziale. Potrebbe essere questo il caso di un individuo affetto da Covid-19 che ha un incidente d'auto o

15. B.I.B. Lindahl, *On the selection of causes of death*, *op. cit.*, *ibid.* Secondo l'Autore, la definizione di causa di morte dell'Oms fa uso di un concetto manipolazionistico di causalità. Qui abbiamo suggerito invece che si tratti di un approccio meccanicistico, con un criterio manipolazionistico di selezione della causa unica.

16. Oms, *International guidelines for certification and classification (coding) of Covid-19 as cause of death*, 2020, p. 3, www.who.int/classifications/icd/Guidelines_Cause_of_Death_Covid-19.pdf?ua=1 (accesso *online* il 14 agosto 2020, traduzione nostra).

17. Oms, *op. ult. cit.*, *ibid.*

un infarto miocardico. In entrambi i casi, nonostante l'infezione da Covid-19 venga anche appurata tramite test positivo, il Covid-19 non può essere considerato *la causa* iniziale di morte.

Riportare correttamente l'infezione da Covid-19 sulla scheda di morte risulta allora fondamentale per capire quanti individui siano effettivamente morti *a causa* del Covid-19. Come abbiamo già avuto modo di vedere, tuttavia, scegliere tra più sequenze causali alternative e indipendenti (o tra meccanismi convergenti) che abbiano come esito il decesso non è sempre semplice e immediato. Nel caso del Covid-19 la situazione è ulteriormente complicata dal fatto che si potrebbe registrare correttamente una morte causata dal Covid-19 anche in casi in cui l'infezione sia solo sospetta o probabile. Non solo la definizione di morte causata dal Covid-19 ammette "un caso probabile" di infezione, ma anche le istruzioni esplicite fornite dall'Oms e dall'Istat raccomandano che perfino in caso di mero sospetto di Covid-19, cioè in assenza di tampone o test sierologico o altra procedura diagnostica per immagini che confermi in modo affidabile l'infezione, la malattia debba essere comunque indicata come causa iniziale di morte o in ogni caso nella prima sezione della scheda[18]. Se una simile raccomandazione è a prima vista piuttosto sorprendente – la nozione di "sospetto" legata alla diagnosi è infatti molto vaga e passibile di interpretazioni contrastanti –, essa è però conforme a un'altra indicazione che troviamo segnalata direttamente nell'ICD:

«l'accettabilità o meno di una sequenza causale per la codifica della mortalità dipende non solo da valutazioni mediche, ma anche da considerazioni epidemiologiche e di salute pubblica. Per questo motivo, una relazione causale accettabile dal punto di vista medico potrebbe invece essere giudicata inaccettabile nelle istruzioni di codifica poiché *un elemento successivo della catena causale è ritenuto più importante dal punto di vista della salute pubblica*»[19].

Ragioni soverchianti di carattere epidemiologico e di salute pubblica permettono, dunque, di indicare il Covid-19 come *la causa* iniziale di morte anche nel caso di un mero sospetto non confermato, e di identificare così il Covid-19 come *la causa* iniziale di morte anche in presenza di altre e indipendenti catene causali letali. Una simile regola è conforme al principio manipolazionistico di selezione della causa iniziale di cui abbiamo discusso sopra: la causa iniziale deve essere selezionata avendo in mente azioni di prevenzione e di salute pubblica.

Nel nostro caso, dunque, affermare che il Covid-19 (A) è causa di morte (B) significa poter sostenere che esiste un meccanismo fisiologico in cui l'infezione da Covid-19 (A) agisce in modo tale da produrre la morte dell'individuo (B). Tuttavia, se la presenza del Covid-19 non è accertata o se esistono altre sequenze causali plausibili che portano ugualmente al decesso, affermare che il Covid-19 (A) è causa di morte (B) significa sostenere che, potendo agire in modo opportuno sull'infezione da Covid-19 (A), è possibile far sì che la morte (B) avvenga più lentamente, o che le altre condizioni patogenetiche dell'individuo erano di più difficile controllo, oppure ancora che, a livello di popolazione, il Covid-19 è la condizione su cui è più importante intervenire.

5. Conclusione

La certificazione della morte per Covid-19 è un processo complesso che mette in gioco componenti convenzionali (le regole dell'Oms e i codici ICD), fattuali (lo stato effettivo del paziente e la capacità diagnostica del medico), nonché scelte di valore. Quest'ultima componente è emersa dalla nostra analisi del concetto di causalità in uso nella scheda di morte, concetto di causalità che è meccanicistico ma con un criterio di selezione di tipo manipolazionistico, in cui si privilegia la condizione di più facile, efficace o urgente prevenzione. In questo tempo di pandemia come anche nella normalità, che si spera prossima, è dunque importante avere chiara la nozione di causa che sottende la definizione di "causa di morte" al fine di poter comprendere appieno il significato dei dati epidemiologici che vengono regolarmente forniti dal Governo e dai *media*, traendo così conseguenze corrette per il proprio rischio individuale, la propria responsabilità sociale ed eventualmente per valutare le scelte intraprese dalle istituzioni.

18. Oms, *op. ult. cit.*; Istat, *Covid-19: istruzioni*, *op. cit.*

19. Oms, *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems – 10th revision*, *op. cit.*, p. 33 (traduzione e corsivo nostri).

Legalità e lavoro nel diritto "dopo" la pandemia

di *Laura Calafà*

A partire da una ricognizione delle diverse risposte fornite dal legislatore alle questioni di regolarità/irregolarità del rapporto di lavoro emerse nella fase dell'emergenza, l'Autrice si propone di introdurre il più ampio e complesso rapporto tra legalità e lavoro nella prospettiva del diritto che se ne occupa con il supporto di alcune riflessioni di metodo elaborate in recenti ricerche dedicate al lavoro e alla salute e sicurezza della salute dei migranti. Tali questioni sono relative al sostegno al reddito, all'emersione di rapporti di lavoro irregolari, soprattutto degli stranieri, e alla gestione del mercato del lavoro, ivi compreso il caporalato.

1. Premessa: le ragioni di un titolo e la "variante pandemica" / 2. Tra cronaca e retorica: l'irregolarità del lavoro durante la pandemia / 3. Dopo la pandemia: non solo questione di merito

1. Premessa: le ragioni di un titolo e la "variante pandemica"

Per concludere un progetto PRIN dedicato al complesso *framework* in cui si colloca il legame tra legalità e lavoro[1], nel 2015 si era ricorsi a una sorta di artificio retorico da riproporre anche in questa occasione, per spiegare le ragioni del titolo prescelto. «Se parole come quelle del titolo rappresentassero un patrimonio comune, non contestato né contestabile, non ci sarebbe bisogno di parlarne. Come diceva Wittgenstein, "Ciò che è ovvio non merita di essere trattato", quindi il solo fatto che ne stiamo discutendo è sintomo di un problema»[2].

La citazione utilizzata – inserita in apertura di un *pamphlet* sulla relazione tra legalità, politica e società in un sistema democratico – ha consentito di riflettere sugli esiti di un progetto di ricerca costruito su un termine, "legalità", sviluppato in termini dialettici con "lavoro", e del diritto che se ne occupa, a partire da una serie di intuizioni di numerosi ricercatori[3] delle cui potenzialità di ricerca, in diverse prospettive, sia privatistiche che pubblicistiche, ancora si continua a elaborare[4].

1. L. Calafà e M. Ortino, intervento conclusivo alla conferenza internazionale «Legal Work and Social Inclusion in Horizon 2020», Verona, 11 ottobre 2013, https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=9707:8-conferenza-internazionale-legal-work-and-social-inclusion-in-horizon-2020-verona-11-ottobre&catid=162:nazionale&Itemid=92.

2. G. Zagrebelsky, *Rispetto, legalità, equità*, Asmepa Edizioni, Bologna, 2012.

3. Il volume *Legal Frame Work. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, curato da D. Gottardi (Giappichelli, Torino, 2016) contiene una parte dei risultati della ricerca; un'altra parte dei risultati è pubblicata in *Lavoro e diritto*, n. 3/2016 – contributi di M. Giaconi, *Le politiche europee di contrasto al lavoro sommerso, Tra (molto) soft law e (poco) hard lavoro*, p. 439, e S. Varva, *Undeclared work e Unione europea, ultimo atto: una "piattaforma europea" per contrastare il lavoro sommerso*, p. 461.

4. Chi scrive coordina, nel biennio 2019-2021, una ricerca-intervento finanziata dal titolo "FARm", «Filera dell'Agricoltura Responsabile» (Avviso 1/19, Fondo FAMI – Fondo Asilo Migrazione Integrazione 2014-2020), dedicata alla prevenzione dello sfruttamento lavorativo e del caporalato in agricoltura.

La citazione riproposta in questa sede assolve a una duplice funzione.

Ora come allora, consente di ribadire che il legame tra legalità e lavoro ha pari ambizioni sistematiche per una disciplina che è chiamata sempre più spesso a coniugare termini di tale peso e portata evocativa, prima ancora che giuridica o giuslavoristica in senso stretto, che rinviano alla rilevanza "politica" del tema: da una parte, la legittimazione "politica" del lavoro; dall'altra la valenza di politica del diritto di rivedere la disciplina, il diritto del lavoro, guardandola da una diversa, non ancora usuale, prospettiva. Ora più di allora, il richiamo alla valorizzazione della logica dell'autoevidenza (o della "tautologica", come scrive qualcuno) consente di non enfatizzare oltre il dovuto l'impatto della variante tragica e inattesa della pandemia sulle dinamiche complesse tra legalità e lavoro. Perché Covid-19, in questa prospettiva, non ha fatto altro che enfatizzare, svelare – se ve ne fosse bisogno –, portando alle estreme conseguenze limiti e "convenienze di sistema" di numerosi operatori, ampiamente conosciute e descritte in letteratura e certificate dalla statistica.

La questione dell'irregolarità del lavoro è solo una parte di una più ampia riflessione che coinvolge l'economia informale e i suoi numeri. I dati ai quali riferirsi per impostare una riflessione realistica in materia sono i seguenti. In Italia, come ci ricorda il *report* Istat del 15 ottobre 2019[5], l'economia non osservata (l'economia che sfugge all'osservazione statistica diretta) vale circa 211 miliardi di euro, il 12,1% del Pil. L'economia sommersa (ovvero le attività che sono volontariamente celate alle autorità fiscali) ammonta a circa 192 miliardi, mentre l'economia strettamente illegale (economia che ha ad oggetto beni e servizi illegali) vale circa 19 miliardi. L'incidenza sul Pil è ridotta rispetto al 2014, anno in cui si registra un picco (13%)[6]. Le unità di lavoro irregolari censite nel 2017 sono 3.700.000, in crescita di 25.000 unità rispetto al 2016. Non c'è bisogno di ricordare che la risposta integrata non può essere limitata alla questione dei rapporti di lavoro irregolari; essa rinvia, tra i tanti aspetti, alle politiche fiscali e all'uso del denaro contante, su cui si sofferma ampiamente anche la recente ricerca sul lavoro non dichiarato commissionata dalla Commissione Ue[7].

Dato che in questo fascicolo della Rivista vengono tracciate riflessioni collettanee sul diritto dopo la pandemia, occorre ricordare che il sintomo del problema a cui si riferisce la citazione di apertura è chiaramente la stessa risposta in termini di politica del diritto offerta dal legislatore e non certo l'analisi che la precede, ampiamente consolidata[8]. Non si vuole negare che esista la "variante pandemica". Ma esiste un legame tra tutela dei diritti dei lavoratori e pandemia che merita di essere enfatizzato. I focolai censiti in Italia con i casi dei corrieri TNT e Bartolini (Bologna), ma anche all'estero, come ci segnala il focolaio nel mattatoio della Tönnies, nel Land tedesco del Nord Reno-Vestfalia, non fanno che rendere evidente al legislatore, anche dell'Ue, l'ovvio.

La pandemia ha confermato che ci sono settori e filiere produttive prive di un livello decente di protezione delle persone che lavorano (agricoltura, come segnala il caso di Mondragone; logistica e macellazione della carne, come appena ricordato), luoghi di lavoro che diventano la rappresentazione simbolica dell'assenza di ogni tutela dei diritti, senza dimenticare il settore della prestazione dei servizi alla persona da parte delle famiglie, da sempre e in tutta l'Ue, in cui si registra la più alta presenza di lavoratori irregolari[9].

Sarebbe davvero fuorviante affermare che la questione della regolarizzazione della posizione dei migranti irregolari che lavorano in Italia si è resa evidente solo con la pandemia[10]. In fondo, le questioni da trattare sono sempre le stesse, almeno dal 2002, anno di approvazione della legge Bossi-Fini: la regolazione e la gestione degli afflussi per ragioni di lavoro, anche di carattere stagionale, che tendono a

5. www.istat.it/it/files/2019/10/Economia-non-osservata-nei-conti-nazionali-2017.pdf.

6. Si legga il contributo di G. Tria, *Lavoro irregolare, lavoro transnazionale e immigrazione. Un'analisi quantitativa*, in F. Di Marzio (a cura di), *Agricoltura senza caporalato*, Donzelli, Roma, p. 87.

7. Si legga *Special Eurobarometer 498: Undeclared Work in the European Union*, *report* del settembre 2019, pubblicato in febbraio 2020, ma circolato nei primi giorni della pandemia, nel mese di marzo: https://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2250_92_1_498_ENG.

8. Si rinvia a A. Viscomi, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in *Diritti, lavori, mercati*, n. 2/2000, p. 379; *Id.*, *Questioni sul lavoro sommerso e lo sviluppo locale*, Rubbettino, Catanzaro, 2008, e, più di recente, *Lavoro e legalità: "settori a rischio" o "rischio di settore"? Brevi note sulle strategie di contrasto al lavoro illegale (e non solo) nella recente legislazione*, Centre for the Study of European Labour Law (CSDLE) "Massimo D'Antona", *working paper* n. 253/2015; V. Pinto (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Cacucci, Bari, 2007.

9. Si rinvia al *report Special Eurobarometer 498: Undeclared Work in the European Union*, *op. cit.*

10. Vds., per una sintesi recente, W. Chiaromonte - M.D. Ferrara - M. Ranieri (a cura di), *Migranti e lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2020.

confondersi con gli arrivi per ragioni diverse, di carattere umanitario; il perdurante utilizzo del contratto di soggiorno per lavoro, con le distorsioni che lo accompagnano (art. 5-*bis* testo unico immigrazione); il rapporto tra regolarità di *status* e rilevanza penale dell'irregolarità stessa, con l'art. 10-*bis* del testo unico immigrazione ancora in vigore; l'approccio burocratico alla gestione delle procedure.

Non è questa la sede per tornare sulle numerose precisazioni terminologiche relative alle diverse formule di irregolarità ampiamente chiarite in letteratura[11]. Si torna a usare nel titolo il termine di legalità affiancato a quello del lavoro perché si intende impostare una riflessione più ampia di carattere sistemico o strutturale che dir si voglia, perché i confini della riflessione dipendono dagli obiettivi della stessa e questi obiettivi risultano fortemente condizionati dall'orizzonte valoriale in cui si colloca e dall'approccio metodologico che presuppone.

La "variante pandemica" impone di articolare una risposta adeguata in termini di politica del diritto perché la protezione della salute pubblica rende rilevante per l'intera comunità la questione della tutela e delle condizioni del lavoro. Come anticipato, per impostare un ragionamento di prospettiva, occorre prima verificare se le scelte effettuate dal legislatore nel 2020 in fase di emergenza siano adeguate rispetto ai bisogni (non solo transitori) che devono soddisfare, amplificando o riducendo i difetti del sistema regolativo in cui si innestano e che sono ampiamente conosciuti dalla letteratura scientifica in materia.

2. Tra cronaca e retorica: l'irregolarità del lavoro durante la pandemia

Come è stato scritto di recente, dalla «pandemia non discende una crisi di settore o territoriale, ma una crisi intersettoriale e del paese intero che non è controllabile, anzi si amplifica in ragione di condizioni di vario genere, anche esse non del tutto controllabili, sino a divenire europea, poi occidentale, infine globale. Questo è il problema vero con cui si confronta la decretazione di urgenza in materia di sostegno al reddito per Covid-19. Il resto è fatto di dettagli, in alcuni casi di errori, in altri di prove»[12]. Dal punto di vista generale, non si può che segnalare che la pandemia ha imposto un cambio di metodo di lavoro alle istituzioni Ue che merita di essere enfatizzato in questa sede, su cui è già stata pubblicata letteratura *ad hoc*[13]. In attesa di un cambio di metodo di lavoro anche a livello nazionale, anche in vista dell'utilizzo del cd. "*Recovery Fund*" su cui si è impegnato lo scorso Consiglio europeo del mese di luglio, non si può che ammettere che il dl n. 18/2020 (convertito in l. n. 27/2020, la quale ha assorbito anche parti di disciplina del dl n. 9/2020), seguito dal dl n. 34/2020 (convertito in l. n. 77/2020), ha dato una risposta in continuità, sicuramente parziale al tema di cui ci si occupa, con riguardo ai lavoratori irregolari residenti ufficialmente in Italia, mentre ha fornito una risposta contradditoria per quanto riguarda i lavoratori stranieri privi dello *status* di regolarmente soggiornante. Come segnala, in effetti, la dottrina, la tutela pensata per i lavoratori irregolari durante la pandemia è «una tutela che muove dalla negazione della condizione di lavoratore»[14].

È da questo assunto che si è scelto di trattare il tema dell'irregolarità e del lavoro durante la pandemia perché a queste persone è stata offerta soltanto una sorta di soccorso alimentare finanziato con il dpcm del 28 marzo 2020. Per i migranti, alla negazione della condizione di lavoratore si aggiunge la questione dello *status* che condiziona l'accesso allo stesso soccorso alimentare. Entrambi questi profili sono trattati dal legislatore nel dl n. 34/2020.

A fronte di questa consapevolezza, sono due i passaggi normativi chiave che il legislatore ha tracciato e che collegano la vicenda della pandemia con la tutela del reddito, la prevenzione del contagio al reale funzionamento dell'economia non osservata mediante regolarizzazione della posizione di irregolarità lavoratori, anche stranieri. Senza dimenticare, in premessa, che il legislatore ha sentito il bisogno di coordinare le conoscenze e le competenze in materia di rapporto tra Covid-19 e lavoro, anche irregolare, progettando un Osservatorio del mercato del lavoro per monitorare tempestivamente gli effetti sul mercato del lavoro dell'emergenza epidemiologica (art. 99 dl n. 34/2020). Tra le competenze assegnate all'Osservatorio vi è anche l'individuazione di «aree prioritarie verso cui indirizzare azioni e interventi per il

11. M. Peruzzi, *Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell'Unione europea*, in *Diritti, lavori, mercati*, n. 1/2015, p. 115.

12. M. Faioli, *Covid-19 e istituti speciali di sostegno al reddito*, in O. Bonardi - U. Carabelli - M. D'Onghia - L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, p. 168.

13. S. Russack e D. Fenner, *Crisis decision-making. How Covid-19 has changed the working methods of the EU institution*, Centro per gli studi politici europei (CEPS), luglio 2020, www.ceps.eu/wp-content/uploads/2020/07/PI2020-17_Crisis-decision-making.pdf.

14. U. Gargiulo e V. Luciani, *Emergenza Covid-19*, *op. cit.*, p. 207.

superamento degli squilibri tra domanda ed offerta di lavoro e prevenzione e contrasto al lavoro irregolare». L'Osservatorio, che deve garantire il tempestivo collegamento con forme equivalenti di intervento a livello decentrato, non risulta ancora attivo e operativo.

Il primo passaggio dell'intervento è contenuto nell'art. 82 ed è relativo all'introduzione di un istituto speciale di sostegno del reddito per chi ne è privo e non può essere titolare dell'intervento dell'integrazione salariale. Il reddito di emergenza (Rem) ha un ammontare da 400 a 800 euro e spetta ai nuclei familiari in condizioni di necessità economica in conseguenza dell'emergenza epidemiologica Covid-19. Come scrive la disposizione normativa, il Rem è «riconosciuto ai nuclei familiari in possesso cumulativamente, al momento della domanda, dei seguenti requisiti: a) residenza in Italia, verificata con riferimento al componente richiedente il beneficio; b) un valore del reddito familiare, nel mese di aprile 2020, inferiore ad una soglia pari all'ammontare di cui al comma 5; c) un valore del patrimonio mobiliare familiare con riferimento all'anno 2019 inferiore a una soglia di euro 10.000, accresciuta di euro 5.000 per ogni componente successivo al primo e fino ad un massimo di euro 20.000. Il predetto massimale è incrementato di 5.000 euro in caso di presenza nel nucleo familiare di un componente in condizione di disabilità grave o di non autosufficienza come definite ai fini dell'Indicatore della Situazione Economica Equivalente (ISEE), di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 5 dicembre 2013, n. 159; d) un valore dell'ISEE inferiore ad euro 15.000».

L'ordinamento italiano dà, quindi, una risposta indiretta alla tutela del reddito degli irregolari: la condizione di necessità economica legittima un intervento dedicato a sostegno del reddito che arriva a comprenderli se e in quanto "poveri". La questione dell'irregolarità della posizione lavorativa viene semplicemente rimossa. Al supporto alimentare, gestito tra molte difficoltà dai Comuni nella prima fase dell'emergenza e seguito dal cd. "*bonus* spesa", è stato aggiunto un reddito dedicato. Tra le varie ragioni per la proroga del termine finale di presentazione della domanda (31 luglio 2020 da parte del dl n. 52/2020) vi è il numero di domande al di sotto delle attese anche a causa della procedura gravosa che sembra pesare sui richiedenti, non sempre in grado di gestirla. Stessa sorte pare riservata anche alla procedura di emersione di rapporti di lavoro sommerso contenuta nel terzo passaggio chiave dell'intervento del legislatore (art. 103 dl n. 34/2020). Prima di verificare gli esiti (vds. *infra*, par. 3), conviene tracciare i contenuti di una disposizione complessa, composta da 26 commi.

Come spiegano le numerose disposizioni di attuazione e interpretative che accompagnano il disposto[15], si tratta di tre diverse forme di procedure amministrative che consentono la regolarizzazione dello *status* giuridico e/o lavorativo di una persona straniera presente in Italia e/o di convertire il proprio permesso di soggiorno in un diverso permesso (di soggiorno per attesa occupazione o per motivo di lavoro subordinato). Nella prima ipotesi si conclude un contratto di lavoro completamente nuovo nei settori previsti (agricoltura, allevamento, zootecnia, pesca e acquacoltura e attività connesse; assistenza alle persone per se stessi o per componenti della propria famiglia; lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare) da parte di cittadini extra-Ue, presenti in Italia prima dell'8 marzo 2020 e che non se ne siano allontanati successivamente. La seconda ipotesi è relativa all'emersione di un rapporto di lavoro irregolare in corso, sempre negli stessi settori lavorativi, con cittadini italiani o stranieri presenti sul territorio nazionale da prima dell'8 marzo 2020 e che non se ne siano allontanati successivamente. La terza ipotesi è relativa alla richiesta da parte di cittadini stranieri di un permesso di soggiorno temporaneo della durata di sei mesi dalla presentazione dell'istanza, allorché si trovino in determinate condizioni previste dal comma 2 dello stesso art. 103[16]. Tolti i limiti, gli elenchi di reati che possono rendere inammissibile l'istanza o il rigetto della stessa, nel disposto rimane davvero poco di interesse da segnalare. Come per le procedenti sanatorie, anche la procedura di regolarizzazione del 2020 si conclude con la stipula del contratto di soggiorno (comma 15) e con l'istanza di rilascio al questore del permesso di soggiorno temporaneo. Chi ha presentato l'istanza, come in passato, può soggiornare legittimamente nel territorio dello Stato e

15. Si devono ricordare, in particolare, le seguenti disposizioni attuative e interpretative: Ministero dell'interno, dm 27 maggio 2020; Ministero dell'interno, Dipartimento libertà civili e immigrazione, circolare del 30 maggio 2020; Ministero dell'interno, Dipartimento pubblica sicurezza, circolare del 30 maggio 2020; Ministero dell'interno, Dipartimento libertà civili e immigrazione, circolare del 5 giugno 2020; la più recente circolare è quella congiunta dei Ministeri dell'interno e del lavoro, del 27 luglio 2020, dedicata in particolare alla continuazione dell'attività lavorativa nelle more della definizione della procedura.

16. Il comma 2 si riferisce a coloro i quali: a) abbiano un permesso di soggiorno scaduto dal 31 ottobre 2019, che non sia stato rinnovato né convertito; b) siano presenti in Italia da prima dell'8 marzo 2020, senza essersi allontanati successivamente; c) abbiano svolto attività lavorativa, in particolar modo se debitamente comprovata, prima del 31 ottobre 2019, purché in determinati settori lavorativi. In caso di reperimento di un contratto di lavoro nei settori lavorativi previsti dal dl, vi è la possibilità di convertire il permesso di soggiorno temporaneo semestrale così acquisito in un permesso di soggiorno per lavoro subordinato.

svolgere lavoro subordinato solo nei settori previsti dall'art. 103 dl n. 34/2020.

Tra limiti reddituali, cause ostative e definizione del procedimento, quasi scompare il comma 20, che ricorda che in Italia è stato approvato in Piano nazionale triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato: «Al fine di contrastare efficacemente i fenomeni di concentrazione dei cittadini stranieri (...) in condizioni inadeguate a garantire il rispetto delle condizioni igienico-sanitarie necessarie al fine di prevenire la diffusione del contagio da Covid-19, le Amministrazioni dello Stato competenti e le Regioni, anche mediante l'implementazione delle misure previste dal Piano triennale», adottano «soluzioni e misure urgenti idonee a garantire la salubrità e la sicurezza delle condizioni alloggiative, nonché ulteriori interventi di contrasto del lavoro irregolare e del fenomeno del caporalato».

Riflettendo di politiche e strategie di contrasto al lavoro sommerso, non si può non costruire un collegamento tra il dl n. 34/2020 e la precedente l. n. 199/2016 intitolata «*Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo*». In effetti, il legislatore del dl n. 34/2020, che dovrebbe essere già consapevole dei limiti e delle convenienze del sistema degli operatori economici coinvolti nella filiera dell'agricoltura, interviene anche durante la pandemia per tentare di tracciare connessioni tra irregolarità e sistema economico, solo che questo intervento più ampio appare già dalle fondamenta alquanto debole. L'intervento normativo del 2020 può essere qualificato come un altro esempio di "approccio strategico residuale".

Nel senso che, nel 2016, la legge 199 si è concentrata sugli strumenti penali di contrasto al caporalato e allo sfruttamento con le modifiche all'art. 603-*bis* del codice penale, reso di più facile applicazione, ma sosteneva anche un approccio promozionale al complesso tema evocato e trattato in modo puntuale solo in forma repressiva. Ricordiamo che l'intervento è stato motivato e sostenuto politicamente dalla morte di una bracciante in Puglia vittima di caporalato e gravemente sfruttata. Come è stato scritto all'indomani della pubblicazione della legge, «per quanto importanti, queste norme lasciano aperta una questione: è possibile ed efficace utilizzare il diritto penale per regolare il mercato del lavoro? (...) nelle campagne del Sud e del Nord operano centinaia di caporali (o pseudocooperative): da un lato, è impensabile arrestarli e processarli tutti; dall'altro lato, la loro presenza mostra che queste modalità di intermediazione e organizzazione della manodopera sono estremamente radicate nel sistema di produzione agricolo ed è quindi necessario uno sforzo tutto politico per costruire alternative "legali" praticabili»[17]. Come a dire che la parte di legge dedicata all'incentivazione al miglioramento del sistema economico-produttivo anche mediante valorizzazione della Rete del lavoro agricolo di qualità risultava recessiva perché tutta da costruire con faticosi interventi di attuazione e di supporto politico a livello nazionale e locale che, fino ad oggi, sono mancati.

Il richiamo al Piano triennale di prevenzione del caporalato effettuato nell'art. 103 dl n. 34/2020 è, d'altronde, destinato a subire la stessa sorte. Documento di natura politico-strategica se non imposto, quanto meno caldamente raccomandato dagli esiti negativi delle recenti visite ispettive effettuate in Italia da osservatori internazionali[18]; composto di numerosi interventi tracciati solo nell'obiettivo (la repressione dello sfruttamento e del caporalato), ma concretamente e specificamente tutti da definire, a volte addirittura ancora da pensare, interventi che comprendono anche la valorizzazione della stessa Rete del lavoro agricolo di qualità, ancora da perfezionare a livello nazionale e pressoché inesistente a livello locale. Tra gli aspetti ancora da chiarire, in particolare, i rapporti tra centro e periferia (Regioni) con riguardo alla gestione del mercato del lavoro in agricoltura richiamato nel suo funzionamento informatico e digitale su cui si sta attivando, non senza contraddizioni, Anpal a livello nazionale.

Oltre che sulla gestione burocratica delle procedure, sul futuro del Piano triennale e dell'intero funzionamento della filiera dell'agricoltura pesa il rapporto – tutto da migliorare – tra Stato e Regioni anche in questo ambito: senza la consapevolezza di questi limiti, che ogni operatore deve conoscere, è destinato a rimanere un inserimento retorico, una formula di stile in un disposto dedicato a regolare minuziose procedure di regolarizzazione (tra l'altro mancata). Una verifica del reale funzionamento del dl n. 34/2020 con riguardo alle disposizioni trattate in questa sede si rende ora necessaria.

---

17. Vds. D. Perrotta, *Questa legge non basta*, in *Il Mulino*, 25 novembre 2016, www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:3650.

18. Per una sintesi della visita della Relatrice speciale Onu sulle nuove schiavitù, L. Calafà, *Focus Europa. La lotta al lavoro forzato e obbligatorio. Riflessioni sul lavoro indecente dopo la pronuncia Chowdury*, in *Lavoro e diritto*, n. 3/2019, p. 499; a questa visita del 2018 occorre aggiungere anche la successiva, del 2019, sul funzionamento del complessivo sistema alimentare – vds. www.repubblica.it/cronaca/2020/01/31/news/l_onu_accusa_in_italia_l_industria_alimentare_sfrutta_i_braccianti-247280663/.

3. Dopo la pandemia: non solo questione di merito

Per introdurre il tema specifico trattato – la risposta normativa alle questioni di legalità del lavoro poste durante la pandemia – si sceglie la strada che rinvia al metodo, all'analisi sul reale funzionamento dell'approccio prescelto dal legislatore[19]. Riccardo Guastini ha scritto, nel contributo offerto al progetto PRIN del 2015, che «legalità significa genericamente conformità alla legge, osservanza alla legge»[20]. Il piano in questa sede, ora come allora, cambia. Si estende. Il tema posto induce a chiedersi non solo se la legge è rispettata e quale ordinamento è chiamato a farla rispettare. La questione del *framework* in cui si colloca il rapporto tra legalità e lavoro, anche in periodo di pandemia, richiede l'ulteriore verifica di effettività della disciplina/normativa di riferimento. Occorre soffermarsi, in particolare, sugli esiti delle due procedure attivate dal mese di giugno e richiamate nel par. 2: assegnazione del Rem ed emersione dei rapporti di lavoro.

Dai dati ufficiali del Governo gestiti dall'Inps, sia le procedure di richiesta del Rem che le procedure di regolarizzazione si registrano in un numero decisamente al di sotto delle aspettative maturate. Alla data del 31 luglio 2020 (15 giorni prima di entrambe le scadenze):

- le domande di riconoscimento del Rem sono circa 460.000;
- le domande di regolarizzazione inviate sono 148.594.

Le domande che tali dati inducono a porsi sono molteplici. Il bisogno economico alla base dell'intervento con il Rem non era realmente esistente? La ricerca Censis-Confcooperative fornisce dati allarmanti di segno decisamente contrario: circa 1.059.000 famiglie vive di solo lavoro irregolare con un reddito ovviamente calato in seguito al *lockdown*[21]. Il fatto che la metà delle domande Rem risultino rifiutate per assenza di requisiti o perché incomplete induce a credere che la ragione del fallimento dell'intervento sia da ricondurre non all'assenza di bisogno, ma alle procedure a supporto dell'intervento, come successo per la prima fase di gestione dell'intervento di integrazione salariale per i lavoratori[22].

Anche con riguardo alle domande di regolarizzazione, il basso tasso di domande non può collegarsi alla mancanza di persone da regolarizzare presenti nel nostro Paese, ma piuttosto ai limiti ontologici della stessa disposizione (in particolare, la limitazione dei settori produttivi e i requisiti sostanziali per accedere alla procedura). La difficoltà di raggiungere un accordo politico ha trasformato un intervento doveroso, una scelta necessaria ai fini della tutela della salute e della dignità delle persone, in una disposizione non adeguata all'obiettivo perseguito qualificato. Infatti, solo il 13% di esse (19.875) è relativo al lavoro subordinato in agricoltura e l'87% è relativo al lavoro domestico[23].

Proprio il *focus* sul lavoro agricolo può aiutare a comprendere la critica appena formulata, ma anche gli esiti al di sotto delle aspettative delle procedure di regolarizzazione (nonostante l'interpretazione estensiva del presupposto settoriale di riferimento)[24].

---

19. Le riflessioni che, nel corso degli anni, sono state dedicate al tema dello sfruttamento lavorativo seguono lo stesso approccio: L. Calafà, *Lo sfruttamento lavorativo oltre le migrazioni: percorsi di ricerca*, in D. Gottardi (a cura di), *Legal Frame Work*, *op. cit.*, p. 155.

20. R. Guastini, *In tema di legalità*, *paper*, 2015, http://olympus.uniurb.it/old/index.php?option=com_content&view=article&id=8524:prin&catid=68:doc&Itemid=61#8.

21. Vds. www.confcooperative.it/LInformazione/Notizie-Quotidiano/censisconfcooperative-covid-baratro-povert224-assoluta-per-altre-21-milioni-di-famiglie.

22. M. Faioli, *Covid-19 e istituti speciali di sostegno al reddito*, *op. cit.*

23. Il rapporto finale pubblicato dopo il 15 agosto conferma il *trend* delle regolarizzazioni: su un totale di 207.542 domande presentate, solo il 15% è relativo all'emersione del lavoro subordinato. L'85% è relativo alle domande di emersione del lavoro domestico. Fonte: www.interno.gov.it/sites/default/files/2020-08/dlci_-_analisi_dati_emersione_15082020_ore_24.pdf.

24. Come segnala l'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (Asgi) in una scheda preparata *ad hoc*, il rinvio al settore agricolo è da intendersi in senso ampio: «L'art. 4, co. 2, DM 27.5.2020 specifica che le attività connesse vanno individuate tra quelle elencate nell'allegato 1 al suddetto decreto ministeriale, che costituisce parte integrante del decreto stesso. Si è così ampliato l'ambito di impiego della manodopera ad una serie di attività funzionali ad assicurare la effettiva operatività dei settori dell'agricoltura, dell'allevamento e zootecnica, della pesca ed acquacoltura. Sono così ricomprese, tra le altre, le attività concernenti gli agriturismi, la produzione di carni, di succhi di frutta, di derivati del latte, di biscotti a paste alimentari e l'industria delle bevande (birra, vino, distillati), fino alle attività di servizi per edifici e paesaggio (cura e manutenzione di parchi, giardini e aiuole) e, dunque, fino a comprendere le attività manifatturiere delle industrie alimentari. Prima della pubblicazione del DM 27.5.2020 (espressamente previsto dall'art. 103, co. 5, D.L. n. 34/20), ci si interrogava in particolare sull'ambito di estensione del concetto di "attività connesse" in ambito agricolo, per verificare la possibilità di giungere ad un ampliamento della categoria e la conclusione poteva essere individuata nel concetto di "attività connesse" definite all'art. 2135, cod. civ. con riferimento all'imprenditore agricolo. Tale norma, unitamente alle interpretazioni amministrative e giurisprudenziali in ordine alle "attività connesse" potrà ancora essere presa in considerazione al fine di ricomprendervi attività non esplicitamente richiamate dal citato decreto ministeriale».

La durata breve e brevissima della prestazione di lavoro difficilmente consente quella fidelizzazione dei lavoratori in agricoltura e spiega, almeno in parte, la percentuale decisamente più elevata delle regolarizzazioni per servizi prestati in famiglia, senza contare che il funzionamento dell'intera filiera dell'agricoltura è governato dalla questione dei prezzi dei prodotti e dal funzionamento delle aste cd. "al doppio ribasso" per la grande distribuzione[25]. Senza dimenticare che, per il lavoro agricolo, è ampiamente praticata una mobilità intra-Ue dai Paesi dell'Est che è penalizzata dalla pandemia e non dal funzionamento delle regole del mercato del lavoro dei cittadini extra-Ue. È proprio la vicenda dell'impiego dei lavoratori migranti in agricoltura durante la pandemia che rende evidenti alcuni fenomeni che meritano di essere attentamente analizzati al fine di costruire strategie e interventi normativi efficaci:

- la gestione dell'intermediazione tra domanda e offerta di lavoro agricolo è passata a passa tutt'ora da enti bilaterali e/o da associazioni dei datori di lavoro, con esclusione delle strutture pubbliche di riferimento (agenzie, centri per l'impiego), che non hanno migliorato i servizi (nemmeno quelli informatici) dedicati o da dedicare al mercato del lavoro, specialmente agricolo; semplicemente, hanno abdicato alla funzione di intermediazione nel mercato del lavoro agricolo. Il caporalato opera laddove non opera né il pubblico né il privato accreditato;

- l'attivazione autonoma di "corridoi verdi" da parte di singoli e/o di associazioni datoriali per far fronte alla carenza di manodopera merita di essere studiata e verificata nel loro concreto funzionamento. Il corridoio verde non è altro che una risposta temporanea a un problema che assume sembianze diverse a seconda dei contesti di riferimento. Dopo l'emergenza Covid-19 rimarrà comunque un problema di gestione del mercato del lavoro agricolo, anche perché le quote annuali previste per il lavoro subordinato, anche stagionale, non sono sufficienti a garantire la copertura regolare della domanda da parte delle imprese. Il lavoro irregolare dipende anche dal sistema di regole per accedere regolarmente al lavoro[26].

In conclusione, il quadro offerto dal mercato del lavoro agricolo intra ed extra-Ue è vario e complesso, e difficilmente una procedura di regolarizzazione di per sé considerata poteva e può essere in grado di risolvere le criticità già esistenti e quelle che si sono aggiunte durante la pandemia. Perché è ineludibile un ripensamento delle tecniche di intervento in generale nel mercato del lavoro degli stranieri (a partire dall'inadeguatezza del sistema e dei numeri delle quote d'accesso), che rinvia al ruolo delle regole e delle politiche Ue sullo specifico punto[27].

Da segnalare – semmai ve ne fosse bisogno – che dal *report* dell'Inps risulta evidente che nessuna delle domande di regolarizzazione è da intendersi come emersione del secondo tipo, cioè quelle che potevano essere presentate anche da cittadini italiani. Non è una sorpresa: il ragionamento sulle convenienze della regolarizzazione meritava sicuramente un'istruttoria più adeguata perché la scelta di emersione non è mai semplice, indolore e difficilmente funziona senza incentivi. Sappiamo che le sanzioni penali colpiscono solo il datore di lavoro e il lavoratore assunto e privo di permesso di soggiorno. Le sanzioni penali non colpiscono il datore di lavoro e il lavoratore irregolare.

È con queste premesse che possono tracciarsi alcune riflessioni conclusive. In particolare, non si può non ricordare quella dottrina che ampiamente ha sondato tali complessità, che provocano al giurista del lavoro una sorta di disagio: «l'incertezza intorno ai frastagliati confini del fenomeno sociale che intende studiare (e disciplinare) – testimoniata dalla stessa policromia lessicale nella definizione delle condizioni di illegalità del lavoro, impossibile da racchiudere in una univoca definizione – suggerisce l'abbandono delle usuali ambizioni monistiche e sistematiche e l'adozione di modelli analitici e rappresentativi in grado di cogliere la specifica diversità microsistemica del fenomeno del lavoro illegale e quindi degli strumenti e delle tecniche di contrasto preventivo o di aggressione repressiva».

Dato che l'illegalità è un termine che può che essere «declinato al plurale (...) sia sul piano delle determinanti causali che su quello delle strategie di intervento», nella fase post-pandemia sarebbe necessario superare la logica emergenziale che accompagna ogni decisione relativa alle questioni del lavoro *illegale* (come categoria inclusiva indifferentemente riconducibile a stranieri o lavoratori locali), mantenendo saldo l'*imprinting* di tutela dei diritti umani necessario ai fini del rispetto delle regole internazionali e altrettanto scontato l'interesse per l'impresa e

25. Il disegno di legge n. 1373 (prima firmataria Susanna Cenni, Pd), già approvato dalla Camera il 29 giugno 2019, è stato trasmesso al Senato, alla commissione Agricoltura di Palazzo Madama, all'inizio del 2020, salvo poi interrompersi per l'emergenza Covid durante la fase delle audizioni.

26. V. Papa, *Il lavoro stagionale dei migranti,* in W. Chiaromonte - M.D. Ferrara - M. Ranieri (a cura di), *Migranti e lavoro*, *op. cit.*, p. 279.

27. Si rinvia a L. Calafà, *Le migrazioni per motivi non economici nel quadro regolativo dell'UE*, in W. Chiaromonte - M.D. Ferrara - M. Ranieri (a cura di), *Migranti e lavoro*, *op. ult. cit.*, p. 69.

il sistema produttivo che deve rappresentare il *focus* delle *policies* (non solo sanzionatorie) del legislatore. "Legalità e Lavoro" dovrebbe essere un capitolo specifico dei progetti da presentare nell'ambito dell'uso del *Recovery Fund*.

A parte le questioni politiche generali, occorre riconoscere che, tra le poche certezze che lascerà il Covid-19 ai giuristi del lavoro, vi è sicuramente da annoverare la difficoltà di trincerarsi nella *comfort zone* delle questioni qualificatorie dell'autonomia e della subordinazione del rapporto di lavoro e delle tecniche di tutela legate al luogo di lavoro, senza riconoscere la questione della regolarità degli *status* e la stessa esistenza del meta-tema della vulnerabilità e povertà delle persone nel lavoro e del lavoro di fronte al diritto[28]. Come scritto di recente[29], non solo il Covid-19 ha indotto a riflettere sul contrasto evidente tra rarefazione e intensificazione del lavoro, ma ha costretto tutti e tutte a ripensare alle fragilità delle persone che lavorano in condizioni di irregolarità, in tutte le variabili conosciute che arrivano fino al grave sfruttamento lavorativo[30]. Perché i contenuti e i termini della riflessione lavorista sono chiamati a riproporre il cd. *labour rights approach* che, per i termini e i contenuti trattati, non è che una necessaria variante dell'*human rights approach*[31].

28. Con riguardo al rapporto tra diritto e vulnerabilità, anche in ragione dei determinanti sociali della salute, si rinvia al contributo di S. Angeleri - L. Calafà - V. Protopapa, *Promoting the health and safety of migrant workers. Different disciplines, a shared objective*, Centre for the Study of European Labour Law (CSDLE) "Massimo D'Antona", *working paper* n. 9/2020 (*Collective Volumes*). La rivista *Lavoro e diritto* ha pubblicato due fascicoli monografici dedicati espressamente al tema della povertà (n. 4/2018: *Lavoratori poveri. Modelli e strumenti di tutela sociale*; n. 1/2019: *La povertà nonostante il lavoro*). Per un primo contributo sistematico sul rapporto tra diritto del lavoro e Covid-19, vds. O. Bonardi - U. Carabelli - M. D'Onghia - L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, *op. cit.*

29. A. Maresca, *Il diritto del lavoro al tempo del COVID-19*, in *Federalismi*, n. 8/2020, p. 10, (www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?eid=550&dpath=editoriale&dfile=EDITORIALE%5F30032020205555%2Epdf&content=Il%2Bdiritto%2Bdel%2Blavoro%2Bal%2Btempo%2Bdel%2BCOVID%2D19&content_auth=%3Cb%3EArturo%2BMaresca%3C%2Fb%3E); le riflessioni sono riprese da U. Gargiulo e V. Luciani, *Emergenza Covid-19 e «blocco» dei licenziamenti: commento all'art. 46 del d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020) 2020*, in O. Bonardi - U. Carabelli - M. D'Onghia - L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, *op. cit.*, p. 207.

30. U. Gargiulo e V. Luciani, *Emergenza Covid-19*, *op. ult. cit.*

31. L. Calafà, *Focus Europa*, *op. cit.*, che richiama C. Costello, *Migrants and Forced Labour: A Labour Law Response*, in A. Bogg - C. Costello - A.C.L. Davies - J. Prassl (a cura di), *The Autonomy of Labour Law*, Hart, Oxford (UK)/Portland (Oregon), p. 226.

Il diritto del lavoro dopo la pandemia: appunti per un'agenda progressista

di *Stefano Giubboni*

La crisi pandemica ci ha costretti a ristabilire un ordine di priorità che avevamo smarrito, rimettendo al centro il valore del lavoro e il ruolo dello Stato nel sistema economico. E nel portare alla luce la insostenibilità dello *status quo* neoliberale, ci invita a cogliere l'opportunità per un radicale cambiamento di prospettiva e di politiche, a partire dal rilancio del progetto europeo.

1. La riscoperta delle priorità / 2. Rilancio italiano / 3. Europa coesa / 4. In cerca di nuovi equilibri globali

1. La riscoperta delle priorità

L'emergenza pandemica ci ha costretti a riordinare in fretta, sotto la spinta della necessità, la scala delle nostre priorità: a distinguere ciò che è essenziale per la nostra comunità da ciò che non lo è. Nel decreto "Cura Italia" – il primo provvedimento organico di risposta all'emergenza sanitaria del Governo italiano[1] – quell'ordine di priorità assomiglia molto a quello che una innovativa proposta teorica e politica di questi anni ha chiamato «economia fondamentale»[2], per designare l'insieme delle attività umane che costituiscono la base stessa del benessere e della coesione sociale di una comunità: servizi sanitari e di cura delle persone accessibili a tutti in condizioni di uguaglianza; quelle infrastrutture essenziali – materiali e immateriali – che determinano le precondizioni di funzionamento di un sistema economico evoluto, dai trasporti pubblici a una pubblica istruzione avanzata e gratuita; un settore primario che assicuri mercati alimentari orientati al benessere dei consumatori e dei produttori di cibo, e così via. Il decreto-legge del Governo italiano ha fatto affidamento su questi settori vitali dell'economia fondamentale per fronteggiare la pandemia. E il più recente decreto "Rilancio"[3] rafforza queste misure, proiettandole oltre l'orizzonte della fase di gestione dell'emergenza sanitaria.

Ciò che accomuna queste misure – non soltanto nel nostro Paese – è una sorta di riscoperta della centralità del valore sociale del lavoro, anzitutto (ma non solo) in questi settori essenziali e, insieme, del ruolo dello Stato nell'economia. Al contempo, di fronte a una caduta senza precedenti del prodotto interno lordo, quelle misure mirano a dare prime ed essenziali risposte sociali – in termini di conservazione del posto di lavoro e del reddito – ai milioni di lavoratori che altrimenti perderebbero l'uno e l'altro, come sta avvenendo soprattutto in quei sistemi che

1. Decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni nella legge 24 aprile 2020, n. 27.

2. Collettivo per l'economia fondamentale, *Economia fondamentale. L'infrastruttura della vita quotidiana*, Einaudi, Torino, 2018. Per una sintesi delle principali proposte vds. J. Froud - A. Salento - K. Williams, *Riprogettare il ruolo dello Stato: l'economia fondamentale*, in E. Mingione (a cura di), *Dieci idee per ripensare il capitalismo*, Feltrinelli, Milano, 2019, pp. 97 ss.

3. Decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, attualmente in fase di conversione.

non conoscono un *Welfare State* ancora solido come quello esistente in buona parte degli Stati membri dell'Unione europea[4].

E anche l'Unione europea, superata una prima fase di pericolosa inerzia, sembra finalmente avviata, pur tra perduranti resistenze e contrasti, a sostenere gli sforzi straordinari degli Stati membri – specialmente di quelli maggiormente colpiti dal coronavirus, come il nostro – in modo commisurato alla gravità della crisi. Anche nell'ambizioso piano di rilancio economico proposto dalla Commissione europea – oggetto in questi giorni di un serrato negoziato tra i governi nazionali – il lavoro sembra, pertanto, ritrovare quella centralità che esso aveva certamente perduto nel rigido predominio delle politiche di austerità con cui è stata invece affrontata la crisi economico-finanziaria deflagrata in Europa – e in Italia con conseguenze durature e particolarmente gravi – all'inizio dello scorso decennio[5].

Sembra così finalmente matura – ed è questa, a ben vedere, l'opportunità che la drammatica crisi pandemica ci chiede ora di cogliere – la consapevolezza che la rinascita (civile, sociale ed economica) della nostra comunità nazionale, in seno a una ritrovata coesione europea, debba avvenire rimettendo al centro la questione del lavoro[6]: di quello che manca, prima di tutto, e che va urgentemente ritrovato con appropriati e lungimiranti investimenti pubblici, che guardino a un orizzonte lungo di sviluppo equo e sostenibile del Paese, senza farsi irretire dalla miopia dei tanti particolarismi alimentati dagli interessi micro-corporativi; e di quello che c'è, e che deve essere tuttavia meglio riconosciuto e garantito (retribuito e protetto, quindi), e anch'esso riqualificato e veramente "modernizzato", ma in una logica del tutto opposta alle politiche di segno neoliberale per troppi anni coltivate – con esiti disastrosi[7] – anche in Italia.

---

4. Naturalmente, anche in Italia si è avuto un incremento della disoccupazione involontaria (oltre che del tasso di inattività), principalmente a causa del mancato rinnovo alla scadenza dei contratti a termine (e in genere temporanei), ma il massiccio intervento della cassa integrazione guadagni per il Covid-19, accompagnato dal parallelo divieto di ricorso ai licenziamenti (individuali e collettivi) per motivi economici, ha sin qui scongiurato conseguenze più gravi sul piano sociale. Si è trattato di un intervento necessario, che il Governo si accinge opportunamente a prorogare – sia pure in modo più selettivo – anche per quanto concerne il blocco temporaneo dei licenziamenti (attualmente in vigore sino al 17 agosto 2020). Una diversa valutazione traspare al riguardo da B. Caruso - R. Del Punta - T. Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, «Centre for the Study of European Labour Law» (CSDLE) "Massimo D'Antona", Catania, 20 maggio 2020, p. 49 (http://csdle.lex.unict.it/Archive/AC/Webliography/Blogs/20200521-032536_Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treupdf.pdf), i quali criticano in particolare la previsione dell'art. 1, comma 2, lett. *l*, del decreto-legge (cd. "Liquidità") 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni nelle legge 5 giugno 2020, n. 40, che – a mio avviso del tutto opportunamente – vincola l'impresa che benefica della garanzia creditizia pubblica ad assumere l'impegno a gestire i livelli occupazionali (e quindi, in primo luogo, gli eventuali esuberi di personale) con accordi sindacali. La norma appare invero sacrosanta, laddove chiede all'impresa, che giustamente si avvale di risorse pubbliche (che sarebbero ordinariamente precluse dalla disciplina europea degli aiuti di Stato) in un momento di crisi eccezionale, un doveroso impegno alla "responsabilità sociale" – come la si potrebbe chiamare per utilizzare una formula in gran voga e persino abusata –, peraltro affidata, nei suoi contenuti concreti, alla negoziazione sindacale. A parere di chi scrive, anzi, non sarebbe stata inopportuna una indicazione persino più vincolistica in tema di disciplina della gestione delle eccedenze di personale, che (salvo naturalmente il blocco temporaneo dei licenziamenti) ad esempio imponesse alle imprese un piano sociale da concordare con il sindacato, in analogia con quanto previsto in altri ordinamenti. Bisogna infatti superare definitivamente la ricorrente tentazione – così spiccata nel capitalismo nostrano (ma non solo, per la verità) – a socializzare le perdite assicurandosi, al contempo, una facile privatizzazione dei profitti, una volta messa alle spalle la situazione critica.

5. Le radici del declino economico e sociale italiano sono profonde (*cfr*. A. Capussela, *Declino. Una storia italiana*, LUISS University Press, Roma, 2019), ma non c'è dubbio che la recessione seguita alla crisi finanziaria diffusasi dall'epicentro nordamericano nel 2008 abbia prodotto conseguenze particolarmente gravi nel nostro Paese, che hanno aumentato le distanze già significative rispetto alle principali economie della eurozona, accentuando la «spirale del sottosviluppo» (S. Allievi, *La spirale del sottosviluppo. Perché (così) l'Italia non ha futuro*, Laterza, Bari-Roma, 2020).

6. *Cfr*. più di recente F. Barca e P. Luongo (a cura di), *Un futuro più giusto. Rabbia, conflitto e giustizia sociale*, il Mulino, Bologna, 2020 (spec. cap. V).

7. Disponiamo di analisi molto accurate sulle cause strutturali della penosa condizione in cui versa il Paese (vds., da ultimo, anche S. Rossi, *La politica economica italiana dal 1968 a oggi*, Laterza, Bari-Roma, 2020, e C. Bastasin e G. Toniolo, *La strada smarrita. Breve storia dell'economia italiana*, Laterza, Bari-Roma, 2020, spec. pp. 82 ss.) e, naturalmente, in nessuna di esse la questione che ha assillato il frusto dibattito nazionale negli ultimi lustri – per farci infine approdare alle cure salvifiche del *Jobs Act* renziano (vds., massime, P. Ichino, *Il lavoro ritrovato. Come la riforma sta abbattendo il muro tra i garantiti, i precari e gli esclusi*, Mondadori, Milano, 2015) – assume una qualche consistenza. Il contro-riformismo unilaterale e ideologico di questi anni, dominato dall'ossessione neoliberale per la flessibilità e per il superamento delle supposte eccessive rigidità della nostra legislazione protettiva, non soltanto, e con ogni evidenza, ha fallito, sviando l'azione di governo dalle autentiche priorità, ma ha contribuito direttamente ad aggravare la spirale regressiva di impoverimento del Paese e certamente a peggiorare la condizione dei lavoratori (il sintomo più significativo di questo fallimento va colto proprio nella stagnazione della produttività del lavoro, e più ancora dei salari, che in Italia si protrae da oltre un ventennio, anche in grazia delle scelte sbagliate del nostro legislatore): vds., ad esempio, le efficaci sintesi divulgative di M. Fana, *Non è lavoro, è sfruttamento*, Laterza, Bari-Roma, 2018, e di M. Fana e S. Fana, *Basta salari da fame!*, Laterza, Bari-Roma, 2020. Onde appare francamente incomprensibile – avulsa com'è dalla situazione data, quasi in un estraniante "fuori contesto" – la riproposizione, sia pure con qualche *nuance*, delle consuete "ricette" da parte di P. Ichino, *L'intelligenza del lavoro. Quando sono i lavoratori a scegliersi l'imprenditore*, Rizzoli, Milano, 2020.

2. Rilancio italiano

Nelle prossime settimane il Governo italiano sarà impegnato, con il coinvolgimento auspicato di tutte le forze politiche e delle parti sociali del Paese, a elaborare un piano strategico per il "rilancio" o la "rinascita", come si è voluto dire, dell'Italia nel quadro di una ritrovata unità di azione europea. Dovrà essere questa la sede per far riemergere la centralità della questione del lavoro e per dare risposte adeguate alle sfide drammatiche cui siamo chiamati dalla crisi in atto. La stessa Unione europea – come diremo meglio più avanti – si trova a un tornante decisivo, dovendo scegliere una volta per tutte se ritrovare la strada della integrazione e dello sviluppo condiviso e realmente inclusivo o abbandonarsi a una altrimenti inevitabile disgregazione, con una separazione tra aree forti e periferie in declino che sarebbe, alla lunga, fatale anche per il blocco egemone (ed è a ben vedere questa consapevolezza ad aver convinto il Governo tedesco a mutare drasticamente strategia, appoggiando la proposta formulata dalla Francia con l'importante sostegno italiano).

Se si potesse esprimere un auspicio a questo riguardo, focalizzando l'attenzione sulle misure che paiono indifferibili, in Italia, sul versante della regolazione del mercato del lavoro in senso ampio, dovrebbero almeno essere affrontate talune priorità, che sono da troppo tempo rimaste inevase.

Serve un sistema finalmente universale e inclusivo di moderni ed efficienti ammortizzatori sociali. Le misure emergenziali assunte dal Governo[8], pur straordinarie e senza precedenti per proporzioni finanziarie, hanno di necessità dovuto far leva sul quadro regolativo esistente, che è però – come tutti ormai riconoscono – inadeguato e farraginoso, oltre che gravato da vuoti di protezione non più sostenibili. Vanno dunque riformati gli ammortizzatori sociali – la cassa integrazione guadagni, in primo luogo, come si è proposto di fare il Ministro del lavoro in carica – in una logica che, pur coinvolgendo le risorse collettive della bilateralità in funzione integrativa, poggi tuttavia su un solido sistema pubblico finalmente universale, organicamente collegato alle politiche attive del lavoro.

Gli sforzi di razionalizzazione compiuti – in sostanziale consonanza tra di loro – tra il 2012 e il 2015 hanno infatti mostrato tutti i limiti di una mancata riforma[9]. Condizionati (specie quello realizzato dalla legge n. 92/2012) da pressanti esigenze di bilancio, non hanno raggiunto l'obiettivo che pure, almeno negli intenti dichiarati, entrambi perseguivano, ovvero quello di una universalizzazione del sistema degli ammortizzatori sociali, tanto in costanza di rapporto quanto per le situazioni di disoccupazione involontaria in senso tecnico. La frammentazione categoriale è persino aumentata – con l'ampia delega in funzione sostitutiva al sistema neo-corporativo della bilateralità – e l'universalismo «alluvionale» e «per sommatoria» all'italiana[10], centrato com'è sulla tecnica e la logica assicurativa (anch'esse persino accentuate sia dalla "legge Fornero" che dal *Jobs Act*), hanno al solito lasciato fuori, o comunque ai margini, il mondo degli inoccupati e quello delle attività discontinue e marginali, oltre che – quasi per definizione (dati i limiti consustanziali al modello regolativo) – l'universo della nuova precarietà e povertà lavorativa che affligge sempre di più i prestatori autonomi, di vecchia e nuova generazione[11].

Oltre a una tendenziale omogeneizzazione delle discipline e a un'universalizzazione del campo soggettivo delle misure, serve una ricalibratura funzionale degli strumenti, in particolare della cassa integrazione guadagni straordinaria, in funzione, come si direbbe, effettivamente proattiva, ovvero dinamicamente orientata a soddisfare quelle esigenze di riqualificazione ed eventualmente di riconversione professionale utili alla eventuale gestione delle transizioni occupazionali da settori in crisi o in declino ad ambiti nuovi o in crescita di produzione e occupazione (si pensi solo alla gigantesca sfida della *green economy*

8. Vds. *supra*, note 1 e 3. Per una prima analisi di tali misure, *cfr*. O. Bonardi - U. Carabelli - M. D'Onghia - L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, 2020 (e, sul tema, in specie gli scritti di M. Faioli e F. Scarpelli alle pp. 167 e 229 ss.) e A. Pileggi (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, Roma, 2020 (ed *ivi*, in particolare, i contributi di D. Mesiti, G. Fiaccavento e C. De Marco, rispettivamente alle pp. 115, 129 e 141 ss.).

9. *Cfr*. G. Orlandini, *La via italiana alla* flexicurity*: la riforma degli ammortizzatori sociali nel Jobs Act*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 3/2015, www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/la-via-italiana-alla-flexicurity_la-riforma-degli-ammortizzatori-sociali-nel-jobs-act_255.php.

10. Per evocare l'icastica espressione di B. Veneziani, *La crisi del Welfare State e i mutamenti del diritto del lavoro in Italia*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, I, pp. 69 ss. L'altro aggettivo è preso, come ovvio, da G. Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1982, pp. 373 ss. (sul punto, p. 383).

11. L'estensione, per quanto parziale e selettiva, di strumenti *ad hoc* di sostegno del reddito a tali aree di precarietà e povertà lavorativa – diffusesi nella sfera, un tempo ritenuta di per sé estranea a tali preoccupazioni, del lavoro autonomo e della piccola impresa – costituisce una delle novità più significative della normativa emergenziale anti-Covid. Occorre ora immaginare una strumentazione a regime in funzione anti-ciclica, con una forte base pubblica e il coinvolgimento della mutualità di categoria.

e del passaggio a una "economia circolare"). Se è vero che la grande trasformazione tecnologica in atto realizza un processo di "distruzione creatrice" senza precedenti per intensità e vastità, occorre attrezzare di conseguenza il sistema degli ammortizzatori sociali, ancora oggi concepito in una prevalente logica assicurativa, statica e passiva. L'utilizzo delle importanti risorse finanziarie messe a disposizione dal SURE[12], di cui il Governo italiano si appresta forse per primo tra i Paesi dell'Unione a chiedere l'attivazione[13], si auspica possa costituire un'occasione preziosa in questa direzione di riforma, che naturalmente deve coinvolgere la grande "incompiuta" italiana: la strutturazione su tutto il territorio nazionale, superando localismi e frammentazioni, di efficienti servizi pubblici per l'impiego, adeguatamente finanziati e dotati delle migliori competenze professionali, integrati in una logica cooperativa e non sottrattiva dagli operatori privati.

D'altro canto, la pandemia ha vieppiù dimostrato quanto sia necessario un reddito minimo garantito, una rete universale (il cd. "universalismo selettivo") di contrasto dell'esclusione sociale e della povertà. Il reddito di cittadinanza – che ancora oggi, e nonostante il contributo dato in poco più di un anno alla riduzione dello scandaloso tasso di povertà assoluta già toccato dall'Italia, rimane il bersaglio polemico privilegiato dei neoliberali di destra e (soprattutto) di sinistra (o presunti tali) – già struttura in modo robusto questa rete[14], che va tuttavia potenziata nei suoi strumenti di azione e ulteriormente estesa per raggiungere quanti ne sono lasciati ancora ai margini (lo stesso Governo ha riconosciuto questa esigenza con la misura temporanea ed eccezionale del reddito di emergenza, prevista come noto dal decreto "Rilancio").

Deve essere affrontata organicamente la "questione salariale"[15], con due misure ormai non procrastinabili e tra di loro complementari, da tempo al centro del dibattito politico-sindacale e sulle quali lo stesso Ministro del lavoro attualmente in carica ha peraltro presentato proposte molto precise[16]: da un lato, un intervento volto a garantire a tutti i lavoratori una retribuzione minima per legge[17], con il rinvio parametrico ai contratti collettivi nazionali di categoria stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative, a sua volta sostenuto dalla individuazione di una base minima esterna alla dinamica contrattuale[18]; dall'altro, una disciplina legislativa di misurazione della rappresentanza, quantomeno a questi fini[19].

---

12. Commissione europea, «Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE) a seguito della pandemia di Covid-19», COM(2020) 139 finale, 2 aprile 2020.

13. Vds. art. 36 dl n. 34/2020.

14. *Cfr*. S. Giubboni (a cura di), *Reddito di cittadinanza e pensioni. Il riordino del* welfare *italiano. Legge 28 marzo 2019, n. 26. Commentario aggiornato ai decreti "Cura Italia" e "Rilancio"*, Giappichelli, Torino, 2020 (ed *ivi*, in particolare, i contributi raccolti nella prima parte del volume, preceduti dalla introduzione di G. Bronzini, *La via italiana alla tutela della dignità essenziale delle persone*, pp. 3 ss.).

15. Vds. *ex plurimis* i contributi raccolti nel n. 1/2019 di *Lav. dir. – La povertà nonostante il lavoro –*, e nel successivo n. 2/2020 – *Minimi retributivi e retribuzioni al minimo –*, nonché P. Pascucci, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?*, Franco Angeli, Milano, 2018, pp. 91 ss., e L. Corazza, *Il diritto del lavoro e la riscoperta della questione redistributiva*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2019, www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-diritto-del-lavoro-e-la-riscoperta-della-questione-redistributiva_702.php.

16. Vds. in particolare il disegno di legge d'iniziativa dei senatori Catalfo *et al.*, *Disposizioni per l'istituzione di un salario minimo orario*, A.S. 658, comunicato alla presidenza il 12 luglio 2018 (e oggetto, come noto, di una laboriosa opera di mediazione politico-sindacale, protrattasi praticamente sino all'esplosione della pandemia, che ha portato a significativi affinamenti della proposta iniziale nella interlocuzione con le parti sociali).

17. Senza naturalmente trascurare la questione della fissazione di un principio di equo compenso per i lavoratori autonomi e i liberi professionisti: questione, questa, deliberatamente elusa dalla l. n. 81/2017 (vds. S. Giubboni, *Il* Jobs act *del lavoro autonomo: commento al capo I della legge n. 81/2017*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 3/2017, pp. 471 ss., spec. pp. 492-493), in sintonia con la scelta di lasciar cadere la delega già prevista dalla lett. *g* del settimo comma dell'art. 1 della l. n. 183/2014 (peraltro mal congegnata e dunque quasi predestinata a restare lettera morta: vds. P. Pascucci, *Giusta retribuzione*, *op. cit.*, pp. 100 ss.), e affrontata successivamente in modo disorganico e frammentato, e come tale scarsamente efficace.

18. Che nella originaria proposta Catalfo (vds. nota 16) avrebbe come noto dovuto essere di 9 euro all'ora, al lordo degli oneri contributivi e previdenziali (art. 2, comma 1, ddl). Quello dell'individuazione di una base minima legale – comunque determinata (ad esempio, con la diversa tecnica del rinvio alle determinazioni di un organismo a partecipazione sindacale o a una certa percentuale del salario mediano annualmente calcolato) – ha costituito come ben noto l'ostacolo principale nella trattativa politico-sindacale. Ma si tratta di un nodo difficilmente aggirabile, considerando che la spirale autodistruttiva del *dumping* salariale – innescata da una frammentazione abnorme e patologica della contrattazione collettiva nazionale di categoria (che, a sua volta, risente della crisi di rappresentatività delle stesse organizzazioni datoriali, a partire da Confindustria) – ha in realtà finito per coinvolgere gli stessi contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, come dimostrano ad esempio inequivocabilmente i recenti casi giurisprudenziali del settore della vigilanza analizzati da C. Ponterio, *Il lavoro per un'esistenza libera e dignitosa: art. 36 e salario minimo legale*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2019, spec. pp. 24-25, www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/669/qg_2019-4_04.pdf. Del resto, la disciplina del reddito di cittadinanza già oggi condiziona indirettamente tale profilo, nella misura in cui fissa una misura minima esistenziale al di sotto della quale non è accettabile alcuna offerta lavorativa.

19. V'è diffuso consenso su una legificazione "leggera" dei due criteri-chiave (riferiti al dato associativo e a quello elettorale) ormai saldamente acquisiti al sistema (vds. da ultimo la convenzione tra Inps, Inl, Confindustria, Cgil, Cisl e Uil per l'attività di raccolta, elaborazione e

Essa va affrontata nell'ambito della più ampia "questione redistributiva", che eccede come tale i confini del diritto del lavoro come anche di quelli delle prestazioni di sicurezza sociale[20], per investire ambiti diversi e più ampi (quale, elettivamente, quello di una riforma fiscale che riduca la pressione sui redditi da lavoro per aumentarla su rendite e patrimoni), tutti connessi al tema del contrasto delle disuguaglianze economiche, cresciute esponenzialmente a livelli intollerabili anche nel nostro Paese[21].

Occorre inoltre rivedere la disciplina della flessibilità contrattuale (o tipologica) – frutto di una stratificazione sotto molti profili incongrua e disfunzionale – e insieme riformare la normativa sui licenziamenti, superando una volta per tutte il contratto a "tutele crescenti", che ha dato pessima prova di sé e sul quale pendono nuove questioni di legittimità dinanzi sia alla Corte costituzionale che alla Corte di giustizia dell'Unione europea[22], e ripristinando una tutela sempre reintegratoria per tutti i casi di licenziamento (disciplinare o economico) ingiustificato nell'area applicativa dell'art. 18 St. lav.[23] (che dovrebbe essere dunque riformato a sua volta, essendo esso stesso fonte di irragionevoli disparità di trattamento, oltre che di problemi interpretativi irrisolti e probabilmente irrisolvibili per genetico difetto di formulazione e impostazione)[24].

Se per la disciplina del lavoro a tempo determinato è condivisibile l'idea, da più parti avanzata, di riaffidare alla contrattazione collettiva (nazionale) la modulazione dei margini di utilizzo flessibile dell'istituto, superando l'eccessiva rigidità delle causali come ridisegnate dalla legge n. 96/2018 (ma, al contempo, superando anche la a-causalità del primo contratto a termine di durata non superiore a 12 mesi), non convincono le proposte di «razionalizzazione della tutela normativa contro il licenziamento» autorevolmente prospettate da Bruno Caruso, Riccardo Del Punta e Tiziano Treu nel loro ambizioso *Manifesto*[25]. Ove mai attuate, infatti, quelle proposte integrerebbero, per molti versi, persino un arretramento rispetto al vigente – e del tutto iniquo e disfunzionale – assetto di tutele contro il licenziamento illegittimo[26], di cui

comunicazione del dato associativo, nonché per l'attività di raccolta del dato elettorale e per la sua ponderazione con il dato associativo, sottoscritta il 19 settembre 2019).

20. Vds. ora i contributi raccolti nel n. 1/2020 di *Pol. soc. – Politiche di welfare e riduzione delle disuguaglianze sociali* – ed *ivi*, in particolare, l'introduzione di U. Ascoli, *Welfare State all'italiana e disuguaglianze sociali*, pp. 3 ss.

21. Vds. per tutti C. Saraceno, *Contrastare le disuguaglianze: condizioni più eque per tutti*, in E. Mingione (a cura di), *Dieci idee*, *op. cit.*, pp. 39 ss. Questo, naturalmente, non deve comportare una diminuzione dell'attenzione per quelle che potremmo chiamare le disuguaglianze nel riconoscimento, o di *status*, alle quali si rivolge elettivamente il diritto antidiscriminatorio, cresciuto in rilevanza (ma non ancora abbastanza in effettività) in questi ultimi anni. Le due dimensioni debbono essere coltivate congiuntamente, in quanto complementari: *cfr*. M. Barbera, *Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in O. Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 2017, pp. 17 ss.

22. Quest'ultima, peraltro, pur essendosi appena dichiarata manifestamente incompetente (ord. 4 giugno 2020 in causa C-32/20, *Romagnuolo*) – con la discutibile motivazione che il tema esulerebbe dalla sfera applicativa della direttiva 98/50/CE (e, quindi, da quello dell'art. 30 della Carta di Nizza) – a decidere sul rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte d'appello di Napoli (ord. 18 settembre 2019), deve ancora pronunciarsi sul merito delle questioni sollevate, sempre sulla disciplina del licenziamento collettivo, dal Tribunale di Milano (ord. 5 agosto 2018), ancorché sotto la diversa angolatura offerta dalla clausola 4 dell'accordo allegato alla direttiva sul contratto a termine. Mentre la Corte costituzionale, che deve ancora pronunciarsi sull'altro corno della doppia pregiudiziale napoletana, ha appena dichiarato l'illegittimità dell'art. 4 d.lgs n. 23/2015 con tecnica identica a quella impiegata nella sentenza n. 194/2018 per il primo comma dell'art. 3 (vds. il comunicato stampa del 25 giugno 2020). Rinvio a S. Giubboni, *I licenziamenti nel crogiolo delle "tutele multilivello"*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 2/2020, pp. 337 ss.

23. Parallelamente, va espunta dal sistema la tossina inoculata dall'art. 8 della legge n. 148/2011. La circostanza che essa abbia sin qui prodotto danni tutto sommato minori, per le note ragioni, non ne riduce la nocività e la urticante lesività dei principi cardine del sistema. Rimane quindi un *vulnus* da riparare.

24. Per una più articolata formulazione di tali proposte, rinvio a S. Giubboni, *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, di prossima uscita per i tipi dell'editore Giappichelli di Torino (di cui vds. in particolare l'introduzione e l'ultimo capitolo).

25. *Op. cit. supra*, nota 4 (http://csdle.lex.unict.it/Archive/AC/Webliography/Blogs/20200521-032536_Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treupdf.pdf).

26. Tale sarebbe certamente il caso della proposta di «chiarimento del regime del licenziamento ingiustificato del lavoratore disabile ritenuto inidoneo a tutte o parte delle mansioni, con previsione della tutela reintegratoria attenuata ma nel contempo senza escludere la valutazione dello stesso in termini di discriminazione, ove ne ricorrano i presupposti, come nel caso di omessa ricerca di accomodamenti ragionevoli» e ancor più quello della «estensione della disciplina sanzionatoria del licenziamento per giustificato motivo oggettivo alle ipotesi di illegittimità del licenziamento collettivo, nei suoi profili sia procedurali che sostanziali, secondo un criterio ispirato all'unicità del regime sanzionatorio indennitario per tutti i licenziamenti economici» (così a p. 51 del *Manifesto*). Anche la previsione, «nei casi di licenziamento economico ingiustificato, di una tutela esclusivamente economica, di massima impostata sull'indennità 12/24 mensilità» (*ivi*, p. 50), realizzerebbe un evidente regresso, anche sul piano semplicemente (ma, se è concesso, non banalmente) "quantitativo" delle tutele attualmente disponibili al lavoratore. Un'armonizzazione al ribasso dei regimi di tutela, dunque, che muove dal non condivisibile assunto di «ritenere quello dei licenziamenti, e in particolare del regime sanzionatorio degli stessi (oggetto di gran lunga prevalente del dibattito in Italia, con vistosi sovraccarichi simbolici), un tema non più centrale» (p. 48), ancorché certo non irrilevante. Assunto singolare

non supererebbero i principali tratti di criticità (e di contrarietà ai principi costituzionali).

Le politiche sociali e di *welfare* in senso ampio debbono – infine, e soprattutto – porre al centro con forza la più urgente delle questioni, quella che più di ogni altra incide negativamente sul declino socio-economico e demografico del Paese. Il lavoro delle donne e dei giovani deve essere la principale priorità nazionale, e ciò esige che esso sia favorito e incentivato con ogni mezzo, non solo di natura fiscale e contributiva, ma anche abbattendo le formidabili barriere che impediscono di conciliare vita professionale e impegni familiari e di cura e che tanto peso hanno – notoriamente – nel perpetuare l'insostenibile *gender gap* italiano[27]. Il tema – cruciale – è nell'agenda anche del Governo in carica, e tuttavia le indicazioni che provengono dal disegno di legge delega appena approvato dal Consiglio dei ministri – il cd. "*Family Act*" – non sembrano tutte all'altezza dei problemi da affrontare, anche in punto di disciplina dei congedi parentali, che pure ha un impatto modesto sulla finanza pubblica e sconta semmai persistenti ostacoli e limiti di carattere "culturale"[28].

Anche le politiche pensionistiche vanno ripensate di conseguenza: da un lato, per correggere le tante disparità prodotte dalla labirintica e iniqua disciplina attualmente in vigore; dall'altro, per progettare un sistema che garantisca in futuro pensioni adeguate anche alle generazioni che entrano oggi nel mercato del lavoro (il Ministro in carica ha affacciato la proposta di una pensione contributiva di garanzia, già allo studio di un tavolo tecnico)[29].

3. Europa coesa

Le istituzioni sovranazionali, a cominciare dalla Bce, e ancor più i governi nazionali, *in primis* quello tedesco, hanno come noto inizialmente reagito alla crisi pandemica nel modo peggiore, spinti quasi da una coazione a ripetere gli errori che ci sono stati fatali nella gestione della grande crisi finanziaria ed economica di dieci anni fa. Anche grazie all'iniziativa discreta e tenace del Governo italiano, quell'atteggiamento è tuttavia mutato in tempo ancora utile: il punto di svolta, assieme al programma di acquisti straordinari deciso dalla Bce[30], è venuto, sul piano politico, dall'accordo franco-tedesco del 18 maggio 2020 per un progetto di rilancio dell'Europa, che ha legittimato la Commissione europea a presentare un'articolata proposta, oggettivamente innovativa e ambiziosa[31].

(oltre che singolarmente distonico rispetto alle teorie micro-economiche *mainstream*, che così tanto hanno influenzato il dibattito italiano di questi ultimi vent'anni), perché smentito, a tacer d'altro, proprio dall'accanimento ri-regolativo di questi infelici anni di contro-riforme a senso unico, che hanno prodotto «la situazione caotica» ora giustamente denunciata dagli stessi Autori. E invece quello dei regimi di tutela contro il licenziamento è, e rimane, un tema assolutamente centrale – beninteso, non solo in Italia (*cfr*. P. Emmenegger, *The Power to Dismiss. Trade Unions and the Regulation of Job Security in Western Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2014) –, perché resta il punto nodale della correzione della asimmetria di potere tipica, ancora oggi e per molti lavoratori specialmente oggi, del contratto di lavoro subordinato (in termini, ad esempio, L. Corazza, *Il diritto del lavoro*, *op. cit*., p. 9; G. De Simone, *La dignità del lavoro e della persona che lavora*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 4/2019, pp. 633 ss., spec. pp. 655-656). Onde, se si vuole aumentare la *voice* dei lavoratori e prendere sul serio la questione redistributiva nel diritto del lavoro, prima che a piuttosto fumose prospettive collaborativo-partecipative, occorre pensare, più classicamente (o, se vogliamo, tradizionalmente), a forme efficaci di riduzione di quella asimmetria di potere, visto che è proprio la crescita incontrollata della "flessibilità numerica", nelle sue varie configurazioni in entrata e in uscita, ad aver indebolito complessivamente la condizione dei lavoratori italiani, con i noti esiti distributivi. Per il dibattito internazionale è caldamente raccomandabile, a tale ultimo riguardo, la lettura di J.E. Stiglitz*, People, Power and Profits. Progressive Capitalism for an Age of Discontent*, Allen Lane, Londra, 2019, spec. pp. 159 ss., e di M. Mazzucato*, The Value of Everything. Making and Taking in the Global Economy*, Allen Lane, Londra, 2018. Sulla disastrosa condizione della *working class* e, più in generale, della classe media americana vds., più approfonditamente, D. Weil, *The Fissured Workplace. Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2014, e K. Andrias e B. Rodgers, *Rebuilding Worker Voice in Today's Economy*, Roosevelt Institute, New York, 2018.

27. Stando ai dati di cui disponiamo, la pandemia ha, anzi, persino aggravato – peraltro non soltanto in Italia – questo *gap*, visto che ha avuto un forte impatto di genere a svantaggio delle donne, le più penalizzate sia per la sovraesposizione nei settori maggiormente colpiti dalla crisi, sia per il sovraccarico di impegni di cura e in genere domestici durante la fase del *lockdown*. Vds. ad esempio, D. Celentano, *Il lavoro diseguale: la lezione del virus*, in *MicroMega*, n. 4/2020, pp. 3 ss.

28. Vds. le considerazioni critiche di S. Scarponi, *Alla gender equality serve più del family act. Congedi di paternità, genitorialità e smart working*, in *inGenere*, 17 giugno 2020, www.ingenere.it/articoli/gender-equality-serve-piu-del-family-act.

29. Per qualche spunto in tema vds. anche B. Caruso - R. Del Punta - T. Treu, *Manifesto*, *op. cit*., pp. 65 ss.

30. Il «Pandemic Emergency Purchase Programme» (PEPP), sulle (innovative) caratteristiche e la (notevole) consistenza del quale vds. A. Viterbo, *The PSPP Judgment of the German Federal Constitutional Court: Throwing the Sand in the Wheels of the ECB*, in *European Papers (European Forum)*, 26 giugno 2020, www.europeanpapers.eu/it/europeanforum/pspp-judgment-of-german-federal-constitutional-court.

31. Per una sintetica formulazione dell'articolato pacchetto di misure proposto, vds. Commissione europea, «Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – *Il momento dell'Europa: riparare e preparare per la prossima generazione*», (COM)2020 456 finale, Bruxelles, 27 maggio 2020.

La novità di fondo – e di principio – è rappresentata dall'accettazione, da parte della Germania, dell'idea, di per sé opposta al rigorismo dogmatico delle politiche di austerità che hanno dominato la scena nell'ultimo decennio, della emissione di debito comune per sostenere – in una logica di parziale (ma già significativa) mutualizzazione dei rischi finanziari – gli ingenti sforzi che gli Stati membri, e soprattutto quelli maggiormente colpiti come l'Italia e la Spagna, dovranno affrontare per rilanciare le loro economie (e, dunque, lo stesso funzionamento del mercato interno). Al momento in cui si scrive è in corso un serrato negoziato tra i governi nazionali, con posizioni ancora distanti tra le parti. Esiste tuttavia una certa fiducia (anche dei "mercati", come dimostra il favorevole andamento dello *spread* tra BTP italiani e *Bund* tedeschi a 10 anni) sul fatto che il Governo tedesco – che ha appena assunto la presidenza di turno dell'Unione – saprà trovare una equilibrata mediazione tra le diverse istanze in gioco[32].

Al di là dell'incertezza presente su quale sarà questo punto di equilibrio, è certo che la proposta della Commissione realizza *in nuce* quello che si direbbe un mutamento del paradigma politico di gestione della crisi, retto finalmente da una logica di razionalità strumentale volta alla efficace soluzione dei problemi e non da un'astratta coerenza dottrinaria agli schemi interpretativi ordoliberali, che tanto peso hanno avuto sino ad oggi nel forgiare la disfunzionale costituzione economica europea. Il mutamento di prospettiva è tangibile soprattutto nel *design* innovativo del cd. "*Recovery Fund*" (che nella proposta della Commissione dovrebbe essere abilitato a erogare sovvenzioni fino a 310 miliardi di euro), ma non è assente neppure nel già evocato SURE[33], che concederà prestiti (sino a un massimo complessivo di 100 miliardi) agli Stati che vi faranno accesso.

La novità è duplice ed è molto rilevante, specialmente per l'Italia: essa sta, oltre che nella entità significativa delle sovvenzioni a fondo perduto ipotizzate, sia nel ricorso ampio all'emissione di debito comune europeo (che, grazie all'elevato *credit rating* della Commissione, sconterà tassi di mercato decisamente più vantaggiosi di quelli che sarebbero consentiti a un Paese come il nostro), sia nella tendenziale riconfigurazione della condizionalità, che da vincolo restrittivo diviene potenzialmente indicazione proattiva di investimento sociale e di rafforzamento delle capacità di intervento e risposta del *Welfare State* nazionale[34]. Per questo non pare improprio scorgervi assonanze con la proposta di una Unione sociale europea (USE), da tempo presente nel dibatto teorico[35]. Infatti, come spiega il suo principale propugnatore, «*A European Social Union is not a European Welfare State: it is a union of national welfare states, with different historical legacies and institutions*»[36].

La filosofia politica che sorregge tale proposta non è quella di un'entità statuale europea di tipo federale, che realizzi una compiuta unificazione delle strutture portanti del *Welfare State* nazionale (a partire dai grandi schemi assicurativo-sociali, che costituiscono ovunque in Europa l'architrave dei sistemi di protezione sociale degli Stati membri). Una tale prospettiva è evidentemente irrealistica sul piano storico-politico (nella misura in cui prefigura uno sviluppo del tutto opposto non solo rispetto alla situazione politica data nel Continente, ma anche rispetto al percorso che ha definito dalla nascita il processo di integrazione), oltre

32. Quella tedesca è una svolta ispirata da cogenti ragioni di pragmatismo politico: senza l'adesione alla proposta francese (e italiana), il rischio di una frattura della zona euro e della stessa tenuta della integrità del mercato unico sarebbe stato, questa volta, molto elevato. E poiché la tenuta della moneta unica e del mercato interno è nel primario interesse tedesco, *Kanzlerin* Merkel ha imboccato l'unica strada realisticamente disponibile al riluttante egemone europeo. Si tratta dunque di una svolta ispirata da una visione (finalmente) lungimirante dell'interesse nazionale (della Germania come potenza economica d'Europa), che ha il vantaggio di potersi perfino ammantare con il richiamo – non del tutto appropriato – alla solidarietà europea. È come al solito molto istruttiva, al riguardo, la lettura di W. Streeck, *L'Allemagne et l'Europe*, in *Le débat*, n. 5/2016, pp. 67 ss.

33. *Supra*, nota 12 e testo corrispondente (e, volendo, S. Giubboni, «*In a spirit of solidarity between Member States*». Noterella a prima lettura sulla proposta della Commissione di una "cassa integrazione guadagni europea", in *Etica ed economia*, *Menabò* n. 122/2020, 6 aprile 2020).

34. Aspetto, questo, che appare invece, allo stato, molto più discutibile per il possibile accesso "agevolato" alla nuova linea di credito del Mes per spese sanitarie direttamente o indirettamente collegate alla crisi pandemica, visto che in quel caso la condizionalità mantiene, nelle disciplina vigente, la decisa curvatura in chiave di stretto controllo sui poteri di bilancio del debitore (e, quindi, sulla relativa "sovranità fiscale") che ben conosciamo: *cfr*. M. Dani e A.J. Menéndez, *The European Stability Mechanism is a False Solution to a Real European Problem*, in *Verfassungsblog*, 4 aprile 2020. Mi limito a questa notazione "tecnica", senza entrare nel merito di un dibattito a quanto risulta solo italiano, sul quale esiste come noto una netta divergenza di posizioni politiche (anche) all'interno della maggioranza che sostiene il Governo in carica.

35. Ne ho dato succintamente conto in S. Giubboni, *Oltre il Pilastro europeo dei diritti sociali. Per un nuovo riformismo sociale in Europa*, in G. Bronzini (a cura di), *Verso un Pilastro sociale europeo*, Key Editore, Milano, 2019, pp. 30 ss., spec. pp. 43-47. E vds. *amplius* M. Ferrera, *Si può costruire una Unione sociale europea?*, in *Quad. cost.*, n. 3/2018, pp. 567 ss.

36. F. Vandenbroucke, *The Idea of a European Social Union. A Normative Introduction*, in F. Vandenbroucke - C. Barnard - G. De Baere (a cura di), *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 4.

che non desiderabile – né adeguatamente giustificabile – sul piano normativo[37]. L'idea di fondo è, piuttosto, quella di costruire un ambiente comune nel quale gli spazi sociali e le unità redistributive nazionali – ancora saldamente ancorati al ruolo di protezione sociale che connota, seppure secondo modelli assai diversificati, l'identità costituzionale dello Stato in Europa – possano convivere in una logica di mutuo riconoscimento e di sostegno reciproco, assicurando al contempo un'indispensabile base di legittimazione democratica allo stesso processo d'integrazione europea.

Attualmente, gli spazi sociali nazionali si trovano invece schiacciati dentro una «morsa»[38], che la nuova *governance* economico-finanziaria dell'Unione – e della UEM in particolare – ha stretto ancora di più (con effetti destabilizzanti visibili soprattutto negli Stati maggiormente esposti alla crisi, ma in realtà registrabili anche nei sistemi più forti)[39], assegnando una netta priorità costituzionale ai principi cardine della *Ordnungspolitik* ordoliberale (apertura del mercato e libertà di concorrenza; pareggio di bilancio e politiche di consolidamento fiscale assicurate da rigidi meccanismi sovranazionali, sia preventivi che sanzionatori; divieto generale di *bail-out* e assistenza finanziaria subordinata al rispetto di criteri di stretta condizionalità; definizione del mandato della Bce, costituzionalmente del tutto indipendente, in funzione dell'obiettivo prioritario della stabilità dei prezzi)[40]. La conseguenza è che gli spazi sociali nazionali sono stati convertiti – come è stato efficacemente osservato – «*into adjustment variables whose main function is to contribute to the pursuit of EMU related objectives. This transformation alters the balance between the economic and the social dimension in the EU legal order, deforming one of the defining traits of its constitutional identity*»[41].

Questa logica va allora ribaltata, costruendo uno spazio accogliente per i modelli sociali nazionali, che completi e renda sostenibile sul piano sistemico il livello di profondità raggiunto dall'integrazione economico-monetaria. In mancanza di questo approfondimento della logica integrativa in funzione di un effettivo e diretto sostegno dei sistemi sociali nazionali, è infatti davvero difficile immaginare che l'esperimento neoliberale di una moneta senza Stato sia sostenibile[42]. Ciò richiede la configurazione di un nuovo modello solidaristico di rapporti tra gli Stati (sociali) membri dell'Unione (e in primo luogo della UEM). Il principio di fondo della USE è infatti quello della solidarietà mutualistica – in una logica che potremmo chiamare meta-assicurativa[43] – tra i sistemi nazionali[44], secondo uno schema che ripartisca in modo equo costi e benefici dell'appartenenza a quella originale comunità di rischio (se non di destino) costituita dall'Unione.

Gli elementi portanti di questo mutuo sostegno tra Stati sociali nazionali, prefigurato dalla USE, appaiono due[45]: da un lato, la fissazione di *standard* minimi comuni in materia di protezione sociale e di regolamentazione dei rapporti di lavoro; dall'altro, la previsione di forme istituzionalizzate di trasferimento fiscale e di (parziale) redistribuzione di risorse tra Stati, volte sia a fronteggiare crisi economico-finanziarie a impatto asimmetrico (con stabilizzatori automatici

37. *Cfr*. già S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 292 ss.

38. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Presses Universitaires de France, Paris, 2007 (seconda ed.), p. XIX.

39. *Cfr*. A. Somma, *Europa a due velocità. Postpolitica dell'Unione europea*, Imprimatur, Reggio Emilia, 2017, spec. pp. 88 ss.

40. *Cfr*. per tutti J. Hien e C. Joerges (a cura di), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Hart Publishing, Oxford-Portland (Oregon), 2017; O. Chessa, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016.

41. F. Costamagna, *National Social Spaces as Adjustment Variables in the EMU: A Critical Legal Appraisal*, in *European Law Journal*, vol. 24, nn. 2-3/2018, p. 164.

42. È ormai maturato, a questo riguardo, un consenso pressoché unanime tra gli economisti: vds. la recente, e vorremo dire "conclusiva", opera di A. Mody, *EuroTragedy. A Drama in Nine Acts*, Oxford University Press, Oxford, 2019, e, in termini maggiormente "propositivi", J.E. Stiglitz, *The Euro. How a Common Currency Threatens the Future of Europe*, W.W. Norton & Company, New York-Londra, 2016, nonché, più di recente, *Id*., *Riscrivere l'economia europea. Le regole per il futuro dell'Unione*, Il Saggiatore, Milano, 2020.

43. *Cfr*. principalmente A. Sangiovanni, *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33, n. 2/2013, pp. 213 ss.

44. In questa logica, ciò che risulta essenziale al livello dell'Unione è l'edificazione di meccanismi di solidarietà *tra* Stati membri, lasciando a questi ultimi la gestione delle forme di redistribuzione intersoggettiva delle risorse, tipica dei rispettivi, diversi sistemi di protezione sociale. Ciò non toglie che – come già avviene embrionalmente con taluni fondi (come ad esempio con quello di adeguamento alla globalizzazione) – l'Unione possa dotarsi di schemi di protezione sociale propri, vale a dire direttamente finanziati con proprie risorse: questo potrebbe essere il caso di una forma di riassicurazione europea contro la disoccupazione, che stabilizzi ed espanda lo schema provvisoriamente introdotto con il SURE per fronteggiare l'emergenza pandemica. *Cfr*. M. Ferrera, *The European Social Union: A Missing but Necessary Political Good*, in F. Vandenbroucke - C. Barnard - G. De Baere (a cura di), *A European Social Union after the Crisis*, *op. cit*., pp. 47 ss., spec. pp. 64-65.

45. *Cfr*. ancora M. Ferrera, *Si può costruire una Unione sociale europea?*, *op. cit*., p. 573.

finanziati da un adeguato bilancio comune), sia ad assicurare in modo strutturale la coesione sociale e territoriale in vista di uno sviluppo equo e sostenibile di tutti i Paesi dell'Unione. Insieme a una funzione di coordinamento (e naturalmente di disciplina) delle politiche economiche e di bilancio degli Stati membri – che rispetti peraltro (come in astratto già esigerebbe l'art. 9 del Tfue) anche parametri e obiettivi di natura sociale –, l'Unione dovrebbe, inoltre, svolgere un ruolo di catalizzatore e di moltiplicatore di investimenti pubblici e privati, parzialmente finanziati con risorse proprie, in infrastrutture materiali e immateriali di interesse comune europeo, anche in tal caso in una prospettiva di equa condivisione di costi e benefici tra tutte le unità nazionali. Solo in una prospettiva di questo genere – di sostegno finanziario in vista del raggiungimento di comuni obiettivi di progresso sociale –, l'Unione sarebbe infatti in grado di guidare e coordinare percorsi virtuosi di vera "modernizzazione" dei sistemi di protezione sociale degli Stati membri (ad esempio nella logica del cd. «*Social Investment Welfare State*»)[46], uscendo dalla spirale regressiva[47] che ha finora improntato le note raccomandazioni di "riforma strutturale" di tali sistemi[48].

Ora, paiono in effetti significative le assonanze tra questa proposta e l'impostazione complessiva di "Next Generation EU". L'iniziativa della Commissione presieduta da Ursula von der Leyen coinvolge del resto anche importanti aspetti relativi alla definizione di *standard* minimi per un "campo di gioco livellato": è stata, come noto, appena avviata la seconda fase delle consultazioni sulla possibile linea di azione europea in materia di salario minimo[49] e si è aperto il dibattito su come affrontare la questione – divenuta ormai ineludibile – del *dumping* fiscale nell'Unione europea[50]. E si è già ricordato del *quantitative easing* straordinario deciso dalla Bce per fronteggiare le conseguenze della crisi pandemica, nel quale pure sono presenti forti elementi innovativi[51].

Il limite di tutto ciò – ed è un limite strutturale che allo stato impedisce di spingere oltre tali assonanze e che deve per contro indurre l'osservatore alla massima cautela – risiede, tuttavia, come ci ha duramente ricordato la notissima decisione del 5 maggio 2020 del *Bundesverfassungsgericht* sul caso *Weiss*[52], nel vigente assetto del diritto europeo o, per essere ancora più evocativi delle dimensioni del problema usando una tipica formula ordoliberale, della costituzione economica dell'eurozona. Senza un mutamento di questo assetto – con una revisione per quanto mirata e selettiva dei Trattati –, la incongrua e disfunzionale costellazione che ha sino a oggi retto le politiche di austerità, innescando la spirale disgregativa che ben conosciamo, continuerà a porre un ostacolo formidabile alla riconfigurazione dell'Unione e a qualunque piano di rilancio improntato a principi di democrazia e giustizia sociale[53].

Quelle regole vanno cambiate – se non si vuole proseguire sulla china di de-legalizzazione su basi puramente funzionali ed emergenziali della *ratio gubernativa* sovranazionale[54], con il vicolo cieco della

46. *Cfr*. N. Morel - B. Palier - J. Palme (a cura di), *Towards a Social Investment Welfare State?*, Bristol University Press, Bristol, 2012. Vds. tendenzialmente in questa prospettiva, Commissione europea, «Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – *Un'Europa sociale forte per transizioni giuste*», COM(2020) 14 finale, Bruxelles, 14 gennaio 2020.

47. W. Streeck, *Progressive Regression*, in *New Left Review*, n. 118, luglio-agosto 2019, pp. 117 ss.

48. Ho discusso diffusamente tali questioni in S. Giubboni, *Europe's Crisis Law and the Welfare State – A Critique*, in *European Labour Law Journal*, n. 6/2015, pp. 4 ss., e in *Id*., *Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XLVI, t. I, 2017, pp. 553 ss.

49. Commissione europea, «Documento di consultazione – Seconda fase della consultazione delle parti sociali ai sensi dell'articolo 154 del Tfue relative a un eventuale intervento volto ad affrontare le sfide legate a un salario minimo equo», C(2020) 3570 finale, Bruxelles, 3 giugno 2020.

50. Per una discussione sul punto, vds. F. Gallo, *Giustizia sociale e giustizia fiscale nell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

51. La Bce si è data spazi di flessibilità molto più ampi che nei programmi precedenti, stabilendo ad esempio (a beneficio principalmente dell'Italia) la possibilità di acquisti "asimmetrici" dei titoli del debito pubblico dei singoli Stati, correlati al fabbisogno effettivo e non strettamente proporzionati alla loro quota capitaria, come anche di allentare (a beneficio principalmente della Grecia) i requisiti di *eligibility* per l'ammissione dei collaterali nelle operazioni di credito dell'Eurosistema.

52. Subito destinata a diventare la sentenza forse più commentata e giustamente criticata di quella Corte: sarebbe quindi del tutto fuori luogo fornire qui riferimenti al vasto dibattito suscitato in tutta Europa; ci limitiamo a richiamare, per la piena consonanza di valutazioni, gli autorevoli commenti di C. Joerges, «*Das Recht hört hier auf!» – Why and How Emergency Generates "Undecidability"*, di prossima pubblicazione in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 4/2020, e di M. Dani *et al.*, *At the End of the Law*, in *Verfassungsblog*, 15 maggio 2020.

53. Vds. la conversazione tra Y. Varoufakis e D. McWilliams nel *Guardian* del 6 maggio 2020: *There is a glimmer of hope: economists on coronavirus and capitalism* (oltre al notissimo intervento di Mario Draghi sul *Financial Times* del 25 marzo).

54. Evoco volutamente un concetto al centro della concezione schmittiana del politico: *cfr*. ad esempio C. Schmitt, *Posizioni e concetti. In lotta con Weimar-Ginevra-Versailles 1923-1939*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 353 ss. E vds. G. Agamben, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 44 ss.

indecidibilità dei conflitti di competenza tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale federale[55] – con un rinnovato patto politico tra i popoli d'Europa, affrontando apertamente tutte le difficoltà e i rischi che ciò comporta. La Conferenza sul futuro dell'Unione soprattutto di questo dovrebbe occuparsi.

4. In cerca di nuovi equilibri globali

La proposta della Commissione è peraltro significativa – e innovativa – anche là dove adombra quella che potremmo chiamare, almeno in embrione, la prospettiva di una diversa politica europea della globalizzazione[56]. Lo fa, in particolare, non tanto dove auspica con la consueta intonazione vagamente cosmopolitica un più forte ruolo dell'Europa nel mondo[57], quanto piuttosto dove sottolinea l'esigenza di ridurre la dipendenza europea dalle catene di valore che hanno i loro terminali nevralgici in Cina e quando invoca la necessità di massicci investimenti dell'Unione in settori strategici (dall'intelligenza artificiale alle nuove frontiere delle tecnologie informatiche)[58], che sono, oggi, saldamente dominati dalle due «potenze del capitalismo politico»[59].

In tale importante passaggio si scorge la consapevolezza delle drammatiche conseguenze di lunga durata che la crisi pandemica è verosimilmente destinata a produrre sul modello insostenibile di globalizzazione neoliberale dominante da almeno un ventennio[60], se vogliamo individuarne lo spartiacque storico nell'ingresso della Cina nell'Organizzazione mondiale del commercio (Omc). La pandemia ha, in particolare, drammaticamente accelerato la dinamica conflittuale tra USA e Cina: le due grandi potenze sono destinate a confrontarsi sempre più apertamente nella lotta per il predominio geopolitico ed economico.

Sono in molti a intravedere in ciò il punto di svolta di un processo di de-globalizzazione, che è ormai da tempo in atto e che negli ultimi anni ha portato al fallimento dei grandi negoziati multilaterali per il libero scambio, a partire da quello più ambizioso di tutti, grazie al *de profundis* intonato dall'amministrazione Trump, appena eletta, per il TTIP[61]. La ristrutturazione dell'ordine economico internazionale è stata già avviata dall'amministrazione americana in una logica di contenimento della potenza cinese. Le misure protezionistiche – dirette prioritariamente a contenere le esportazioni cinesi[62] – si sono peraltro intensificate nel corso del 2019, estendendosi anche verso l'Europa, per colpire principalmente il *surplus* commerciale tedesco. In tale nuovo corso, le grandi agenzie della globalizzazione, e in particolare gli attori del multilateralismo, a partire dalla Omc, stanno già sperimentando un ridimensionamento della loro funzione[63].

La pandemia si è dunque abbattuta su un quadro già in forte sofferenza ed è con ogni probabilità destinata ad accelerare il processo di de-globalizzazione, spingendo gli Stati occidentali a incentivare la re-importazione all'interno dei propri confini di una serie di attività produttive che si rivelano vitali in contingenze critiche della interdipendenza economica internazionale[64]. Nella comunicazione della Commissione europea affiora questa consapevolezza: senza un'U-

55. C. Joerges, «*Das Recht hört hier auf!*», *op. cit.*, p. 6 del dattiloscritto.

56. Per una acuta discussione delle questioni sottese alle sommarie osservazioni conclusive che si stanno per fare nel testo, vds. A. Cantaro, *L'imperialismo del libero scambio. La costituzione economica europea nell'epoca del neomercantilismo "globale"*, in *Federalismi*, n. 16/2018, pp. 2 ss.

57. Vds. la citata comunicazione COM(2020) 456 finale, pp. 11 ss.

58. *Ivi*, pp. 6 ss.

59. Per evocare il titolo dell'illuminante analisi di A. Aresu, *Le potenze del capitalismo politico. Stati Uniti e Cina*, La nave di Teseo, Milano, 2020.

60. La insostenibilità sociale e ambientale – e l'ingiustizia fondamentale – di tale modello sono al centro di un importante dibattito internazionale, nel quale spiccano i lavori anticipatori di Dani Rodrik, di cui vds. più di recente *Straight Talk on Trade. Ideas for a Sane World Economy*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2018.

61. Sul quale era peraltro fiorita un'assai spensierata e ottimistica pubblicistica: vds. M. Faioli, *Atlantic Transitions for Law and Labor: CETA First and TTIP Second?*, in A. Perulli e T. Treu (a cura di), *Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijin, 2018, pp. 71 ss.

62. Fa il punto B.P. Amicarelli, *L'arte della guerra (commerciale) alla Cina: offensive cinesi e difese occidentali*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2/2019, pp. 219 ss.

63. Vds., ad esempio, le analisi di G. Sacerdoti, *Lo stallo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio davanti alla sfida di Trump: difficoltà passeggere o crisi del multilateralismo?*, in *Dir. pubbl. eur. comp.*, n. 1/2018, pp. V ss.; *Id.*, *Sopravviverà l'Organizzazione Mondiale del Commercio alla sfida di Trump? Riflessioni sulla crisi del multilateralismo, un "global public good" da difendere*, *ivi*, maggio 2019 (Speciale), pp. 685 ss.

64. Sono già molte le analisi in questa direzione: vds. ad esempio G. Tremonti, *Le tre profezie*, Solferino, Milano, 2020 (seconda ed. aggiornata); M. Gervasoni e T. Ocone, *Coronavirus: fine della globalizzazione*, ilGiornale (Società Europea di Edizioni), Milano, 2020.

nione coesa, il Vecchio continente rischia di rimanere semplicemente schiacciato nel confronto tra le grandi potenze del capitalismo politico; deve anzi recuperare – con il coinvolgimento attivo del pubblico potere europeo e nazionale – il terreno perduto sui grandi temi della nuova sfida tecnologica[65].

Questa consapevolezza strategica chiama in causa un più forte ruolo europeo nella riscoperta della necessità di politiche industriali commisurate alla scala della competizione globale, rispetto alla quale i singoli Stati membri – Germania compresa – sarebbero, da soli, destinati a soccombere. E dunque chiama inevitabilmente in causa il ruolo dello Stato, sia pure nel quadro del concerto europeo. È in definitiva alla riscoperta dell'intervento dello Stato in economia – dello Stato che torna a svolgere ovunque in Europa il ruolo di "salvatore" nella impellenza della crisi, e che sarà chiamato a svolgere quello dell'"innovatore"[66] nel guidare la rinascita coordinata delle economie del Continente – che la strategia della Commissione guarda per ridare all'Unione una voce autorevole nella difficile tessitura di nuovi equilibri globali dopo la pandemia.

Al giurista del lavoro – che sappia guardare oltre il fallimento della iper-globalizzazione neoliberale così come l'abbiamo conosciuta fino ad oggi[67] – si preannunciano, di nuovo, tempi difficili, ma per ciò stesso anche interessanti[68].

65. Sono al riguardo davvero impressionanti i dati analizzati in S. Pieranni, *Red Mirror. Il nostro futuro si scrive in Cina*, Laterza, Bari-Roma, 2020.

66. D'obbligo il riferimento a M. Mazzucato, *The Entrepreneurial State. Debunking Public Vs. Private Sector Myths*, Anthem Press, Londra-New York, 2013.

67. Per una valutazione pienamente sintonica con quella qui abbozzata vds. L. Mariucci, *Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberismo*, «Centre for the Study of European Labour Law» (CSDLE) "Massimo D'Antona", *working paper* n. 407/2020 (www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2020/01/20200103-010343_Mariucci_n407-2020itpdf.pdf).

68. È persino ovvio il richiamo alla grande lezione di E.J. Hobsbawm, *Interesting Times. A Twentieth-Century Life*, Pantheon Books, New York, 2003.

Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza

di *Bruno Caruso*

«Il capitale è la linfa vitale che scorre nel corpo politico
di tutte le società che definiamo capitalistiche, diffondendosi,
talvolta a goccia a goccia e talvolta come una inondazione, in ogni recesso del mondo abitato.
È grazie a questo flusso che noi viviamo sotto il capitalismo,
comperiamo il nostro pane quotidiano, così come le nostre case,
le nostre automobili, i telefoni cellulari,
le camicie, le scarpe e tutti i beni di cui
abbiamo bisogno per vivere.
Tassando questo flusso gli Stati accrescono il proprio potere,
la propria forza militare e la propria capacità di garantire
un tenore di vita adeguato ai propri cittadini.
Se il flusso si interrompe,
rallenta o, peggio ancora, viene sospeso,
si va incontro a una crisi del capitalismo
in cui la vita quotidiana non può più proseguire nella maniera
in cui eravamo abituati»

David Harvey, *L'enigma del capitale*

Il saggio analizza la crisi in corso con riguardo alle sue specificità di genesi ed effetti determinati dalla pandemia. Si confronta con i provvedimenti contingenti assunti per fronteggiarla e con le possibili strategie di ripartenza e di più lungo respiro degli attori istituzionali, delle imprese, del lavoro e delle parti sociali. Come sempre avvenuto nella storia del nostro Paese, si confrontano due possibili opzioni: partire dalla crisi per innestare un profondo processo di cambiamento sociale governato dalle istituzioni pubbliche, ma che attraversi l'intero corpo sociale; ovvero l'ennesima occasione perduta, magari all'insegna di un gattopardismo di ritorno. La vicenda si gioca soprattutto sul fronte del lavoro.

1. Distonie e atipicità della crisi in corso: effetti sul mercato del lavoro / 2. Lo Stato e la crisi: rileggendo Weber con gli occhi di Mariana Mazzucato / 3. L'impresa e la crisi: gli imprenditori italiani tra Schumpeter e pulsioni predatorie / *3.1. Finanziamenti alle imprese e garanzia di livelli occupazionali mediante accordi sindacali nel decreto "Liquidità": vincolo alla libertà di impresa o relazioni cooperative per legge. Un inutile dibattito* **/ 4. Il lavoro e la crisi: A) lavoro congelato, B) lavoro incentivato, C) lavoro attivato /** *4.1. Polvere di stelle e polvere vera sullo* smart working **/ 5. Le organizzazioni di interessi e la crisi: tra dialogo – e intelligenza – sociale e vuoto ritualismo / 6. Conclusioni**

1. Distonie e atipicità della crisi in corso: effetti sul mercato del lavoro

Il saggio prende le mosse dalla crisi sistemica generata dalla pandemia. Gli effetti sanitari della crisi incominciano a essere contabilizzati; contemporaneamente, vengono messe a punto proposte di interventi e investimenti sul sistema sanitario mirati a non vanificare l'effetto di *recovery*, in caso di una nuova ondata del virus. L'obiettivo di queste misure sanitarie è di non rendere inutile la ingente immissione di liquidità sul sistema delle imprese e sulle famiglie che gli Stati, la Bce e l'Europa si accingono a fare. Il perdurare, o il riproporsi, delle paure e delle incertezze del *lockdown* farebbero confluire tali risorse su risparmi e non su consumi e investimenti, con ulteriore avvitamento recessivo se non addirittura depressivo[1].

Anche l'analisi dettagliata dei costi economici e soprattutto sociali della crisi, a oggi, è ancora *in itinere*[2]. Allo stato è impossibile fare previsioni di grandezze certe: quel che è sicuro, è l'entità senza precedenti dei danni economici già prodottisi, anche se i primi dati occupazionali dicono di riduzioni meno pesanti del previsto, ma concentrati su segmenti già occupazionalmente a rischio: giovani, precari, donne con ulteriori probabili incidenze demografiche nei Paesi, come l'Italia, già attraversati da tale crisi[3]. Gli effetti occupazionali ancora ritardati possono, tuttavia, produrre il tipico effetto "Fata Morgana", almeno in Italia, in ragione del blocco dei licenziamenti e dell'uso massivo della cassa integrazione.

È possibile, tuttavia, evidenziare la profonda differenza, di dinamiche e di conseguenze, della crisi da Covid-19 rispetto alla crisi scoppiata nel 2008-2009[4].

---

1. Vds. la lucida analisi di L. Bini Smaghi, *Investimenti nella sanità per rilanciare la fiducia*, in *Corriere della sera*, 7 giugno 2020. Vds. pure C. Padoan, *L'uscita dal Covid come motore della modernizzazione italiana*, in *Il Foglio*, 8 agosto 2020, che parla di doppia crisi con impatto sulla salute e sull'economia.

2. Ad agosto 2020 i dati Istat dicono, per l'Italia, di un calo del Pil del 12,4% per il secondo trimestre; di un 23% di caduta del Pil, nel momento più buio del *lockdown*; del 9% di riduzione nel 2020 secondo la stima più ottimistica. Si tratta comunque di dati migliori di quelli previsti da autorità internazionali, che hanno invece stimato la caduta del Pil italiano in -12,8% (Fmi); -11,3% (Ocse); -11,2% (Commissione europea); vds. C. Cottarelli, *La crescita ancora schiacciata dall'incertezza*, in *La Stampa*, 2 agosto 2020. Tali dati col segno meno attraversano tutte le principali economie mondiali con differenze significative tra grandi aree globali e singoli sistemi che gli economisti stanno incominciando a interpretare. Le principali agenzie si mostrano, tuttavia, prudenti nelle stime in ragione degli scenari di incertezza, da cui inedite difficoltà predittive. Secondo l'Ocse (*Economic Outlook – The world economy on a tightrope*, giugno 2020, www.oecd.org/economic-outlook/#:~:text=Global%20economic%20activity%20falls%206,across%20the%20economy%20by%202021.), si tratta, comunque, della peggiore crisi dalla «seconda guerra mondiale capace di portare devastazione per la salute, il benessere e il lavoro delle persone, e di creare una incertezza senza precedenti. Uno sconvolgimento che ha portato a conseguenze economiche "tragiche" ovunque, con una ripresa che "sarà lenta" e una crisi che avrà effetti duraturi». Si vedano pure i seguenti *report*: Oil, *ILO Monitor, Covid-19 and the world of work*, 30 giugno 2020, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_749399.pdf; Eurofound, *Covid-19: Policy responses across Europe,* 24 giugno 2020, www.eurofound.europa.eu/publications/report/2020/covid-19-policy-responses-across-europe; Commissione europea, *JRC Technical Reports – The Covid confinement Measure and EU Labour market*, a cura del Covid & Empl Working Group (M. Fana - S. Tolan - S. Torrejón - C. Urzi Brancati - E. Fernández-Macías), 2020, https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC120578/jrc120578_report_covid_confinement_measures_final_updated_good.pdf; poi T. Müller e T. Schulten, *Ensuring fair short-time work. A European overview*, Istituto sindacale europeo (ETUI), *policy brief* n. 7/2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3604092#. Vds., inoltre, McKinsey & Company, *Covid-19: Briefing Materials, Global Health and Crisis Response*, giugno 2020, www.mckinsey.com/~/media/McKinsey/Business%20Functions/Risk/Our%20Insights/COVID%2019%20Implications%20for%20business/COVID%2019%20May%2027/COVID-19-Facts-and-Insights-June-1-vF.pdf, e la *Briefing Note n. 25*. Infine, Banca d'Italia, *Considerazioni finali del Governatore,* relazione annuale, Roma, 29 maggio 2020, www.bancaditalia.it/media/notizia/considerazioni-finali-del-governatore/ e K. Pouliakas e J. Branka, *Eu Jobs at Highest Risk of Covid-19 Social Distancing. Is the pandemic exacerbating the labour market divide?*, Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale (Cedefop), *Cedefop WP series*, n. 1/2020.

3. Secondo dati Istat, nei primi tre mesi di pandemia, malgrado il blocco dei licenziamenti, i disoccupati ufficiali in Italia sono aumentati di 381.000 unità. I dati riguardanti la disoccupazione sono certamente maggiori negli Usa, dove si sono lasciate libere le imprese di licenziare, incentivandole fortemente alla riassunzione. Se comunque sui valori assoluti ci sono ancora incertezze (*Allarme Bce: per l'autunno spariranno 5 milioni di posti nell'eurozona*, *La Stampa*, 2 luglio 2020), le prime ricerche dicono che gli effetti occupazionali più consistenti hanno riguardato i segmenti occupazionali deboli. La crisi starebbe, quindi, incidendo fortemente sulle ineguaglianze già in atto nel mercato del lavoro. Oltre ai *report* indicati nella nota precedente, vds. il rapporto Istat 2020 – per un resoconto: *Giovani e donne, più colpiti*, *Corriere della sera*, 4 luglio 2020; *Lavoro, il conto del virus lo pagano i più giovani*, *La Repubblica*, 3 luglio 2020. Si aggiunga l'editoriale di T. Boeri, *Salvare il lavoro dei giovani*, in *La Repubblica*, 3 luglio 2020. Con riguardo alle prime analisi internazionali, vds. Eurofound, *Economic downturns expose the vulnerability of a growing number of precarious workers,* 21 aprile 2020; D. Furceri - P. Loungani - J. D. Ostry - P. Pizzuto, *COVID-19 will raise inequality if past pandemics are a guide*, in *Vox*, 8 maggio 2020; G.M. Cortes ed E. Forsythe, *The Heterogeneous Labor Market Impacts of the Covid-19 Pandemic*, Upjohn Institute, *working paper*, 28 maggio 2020 (con riguardo al mercato del lavoro canadese); A. Adams-Prassl - T. Boneva - M. Golin - C. Rauh, *The large and unequal impact of COVID-19 on workers,* in *Vox*, 6 aprile 2020. Sugli scenari possibili, l'Ocse, *Economic Outlook*, *op. cit.*, p. 80, a conferma della assoluta instabilità delle previsioni economiche, si premura di delineare più scenari possibili: «*a prolonged confinement scenario; a single hit scenario, a double hit scenario*», che detterebbero strategie di intervento pubblico e ricadute sui comportamenti delle imprese assolutamente diverse.

4. Come ha scritto il *New York Times* nell'editoriale dell'*Editorial board* del 26 marzo 2020, «*Why Is America Choosing Mass Unemployment*?»: «*this downturn is not an example of the kind of periodic free-market "creative destruction" that those who embrace this*

In quest'ultimo caso, gli effetti della crisi finanziaria sull'economia reale si manifestarono progressivamente colpendo, selettivamente, soprattutto gli Stati con i debiti sovrani più esposti, in ragione delle misure di austerità imposte dalle autorità monetarie; il che ha prodotto un indebolimento dei sistemi di *welfare* e dei diritti sociali nazionali dei Paesi più colpiti perché finanziariamente più fragili, alla fine ripercuotendosi e generando evidenti fibrillazioni dello stesso modello sociale europeo la cui identificazione e affermazione ha subito, in ragione delle dominanti politiche monetarie e di austerità, una stasi se non un regresso[5].

Nel caso della crisi generata dal Covid-19 due sono, almeno, gli elementi che la rendono, quanto a genesi e conseguenze, non paragonabile non solo a quella finanziaria del 2008, ma ad altre epocali: quella del 1929, ma certamente anche la crisi petrolifera dei primi anni settanta del secolo scorso[6]. Si tratta di tratti distintivi di difficile interpretazione unitaria, nella chiave, prospettica, del riassetto degli equilibri non solo nazionali, ma soprattutto globali: è in gioco, se non il futuro, certamente l'assetto della globalizzazione realizzata negli ultimi tre decenni[7].

Il primo tratto distintivo è il suo carattere realmente e intensamente mondiale. Si è parlato di una prima, vera e traumatica, crisi della globalizzazione post-moderna, peraltro non innescata da fattori politici né economici: i risorgenti protezionismi nazionali dell'ultimo decennio, veicolati da politiche e ideologie sovraniste[8], letti come sinistri scricchiolii della *governance* economica globale, costituiscono, al confronto, solo pallidi epifenomeni[9].

Si è di fronte a una recessione globale non soltanto in ragione del suo incedere al passo, e a braccetto quasi, con la pandemia, di cui ha mutuato la violenza virale: si è passati dal ciclo economico ordinario al blocco quasi totale della produzione, e della circolazione di mezzi e della mobilità delle persone a essa servente, in pochi giorni, senza alcun progressivo rallentamento e senza il tempo neppure di metabolizzare la portata di quel che stava avvenendo[10]: un'impennata di processi recessivi – è il caso di dire

theory tend to celebrate – it's a public-health crisis. The nation has taken ill, and it needs to go to bed for a while. But there's no obvious reason to think the economy would benefit from the kinds of big economic shifts facilitated by mass unemployment. This economic contraction was not caused by too much housing construction or too much gambling on Wall Street. It was caused by the arrival of a virus, and preserving ties between companies and workers could help to accelerate the eventual economic recovery once the pandemic passes. Companies could keep trained and experienced employees, averting the need for people to look for jobs and for companies to look for workers».

5. Si rinvia per tutti al volume curato da B. Caruso e G. Fontana, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015, e ai saggi ivi contenuti.

6. Per uno studio comparato della grande depressione del 1929 e della grande recessione del 2008, *cfr*. P. Krugman, *Il ritorno dell'economia della depressione e la crisi del 2008*, Garzanti, Milano, 2009; un'analisi fortemente critica del modello di capitalismo finanziario, a partire dalla ricostruzione della crisi del 2008, è di D. Harvey, *L'enigma del capitale*, Feltrinelli, Milano, 2010.

7. Sugli esiti della crisi in termini di regionalizzazione della globalizzazione insistono molto gli economisti, ma anche le grandi agenzie di analisi: vds. gli interventi di R. Prodi, *Antiche e nuove pestilenze*, in Aa.Vv., *Il mondo che verrà*, in *Quaderni del Cnel*, speciale maggio 2020; di «primato della prossimità» parlano pure G. De Rita, *Verticalizzazione di poteri*, e T. Treu, *La pandemia: un'occasione per pensare al "mondo che verrà"*, nello stesso volume. Vds. P. Khanna, *Dopo il virus nascerà una globalizzazione regionale*, intervista a cura di A. Lombardi, in *La Repubblica*, 20 aprile 2020. Gli studi più efficacemente critici della globalizzazione storicamente realizzatasi, senza alcun cedimento a ideologie e prospettive "anti-*global*", di taglio neo-sovranista, sono quelli di D. Rodrik, *La globalizzazione intelligente*, Laterza, Roma-Bari, 2015, e soprattutto il più recente, *Dirla tutta sul mercato globale*, Einaudi, Torino, 2019.

8. La letteratura su identità, populismi, neo-nazionalismi, sovranismi, concetti politologicamente, storicamente e sociologicamente diversi, ha invaso gli scaffali delle librerie anche private: tra i tanti da segnalare, per l'efficacia dell'analisi e l'uso sapiente di dati multifattoriali, Y. Mounk, *Popolo vs. Democrazia*, Feltrinelli, Milano, 2018. Senza per questo trascurare i lavori sul tema di C. Crouch, *Identità perdute, globalizzazione e nazionalismo*, Laterza, Bari-Roma, 2019; D. Sassoon, *Sintomi morbosi*, Garzanti, Milano, 2019; F. Fukuyama, *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Utet, Milano, 2018; I. Diamanti e M. Lazar, *Popolocrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2018; M. Revelli, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino, per citare il filone di analisi critica dei fenomeni. Sul populismo di cd. di sinistra, vds. l'analisi di C. Mouffe, *Per un populismo di sinistra*, Laterza, Bari-Roma, 2018; T. Piketty utilizza invece una categoria diversa: parla di «social-nativismo» per contrapporre i movimenti populisti emergenti ai blocchi sociali sinora vincenti, all'origine delle attuali asimmetrie nella distribuzione di reddito all'interno delle democrazie occidentali: la «sinistra intellettuale benestante» e la «destra mercantile» – vds. il più recente *Capitale e ideologia*, La nave di Teseo, Milano, 2020. Si tratta di ricerche che si collegano all'altrettanto importante filone di studi sulla crisi della democrazia, tra cui scritti sempre di M. Revelli, *La politica senza politica*, Einaudi, Torino, 2019, ove riprende la sua analisi sul populismo; J. Brennan, *Contro la democrazia*, Luiss University Press, Roma, 2019; G. Orsina, *La democrazia del narcisismo*, Marsilio, Venezia, 2018.

9. Per questo aspetto, basta aver seguito i "*leaders*" e gli approfondimenti del settimanale *The Economist* per avere un quadro non solo dell'evolversi settimanale della pandemia e dei suoi effetti di crisi, ma anche della consapevolezza del suo carattere di crisi umanitaria dell'intero pianeta: vds. per tutti il fondo che ha dato il titolo al numero del 27 giugno 2020 della rivista: *The next catastrophe (and how to survive it)*. Sul versante degli effetti economici e sulle misure di risposta nei vari contesti planetari, è da segnalare *Tapering without the tantrum. A guide to when and how to pare back stimulus*, edizione dell'11 luglio 2020.

10. Per dati *in progress* si rinvia all'analisi delle fonti indicata nella nota 2.

"virulenta" – senza precedenti. Onde l'immagine della "V" o – meno ottimisticamente come nel rapporto Ocse[11] –, della "U" come ipotesi grafica, descrittiva della possibile ripresa, salvo ricadute.

Se gli effetti sui sistemi sanitari sono stati diversificati e a macchia di leopardo, anche all'interno dei singoli Stati nazionali[12], gli effetti economici e occupazionali sono globali con misure omogenee nelle conseguenze ma differenziate negli strumenti di contrasto[13]. Sono state, peraltro, colpite quasi chirurgicamente le connessioni, le filiere e le catene di produzione globale[14], con un peculiare effetto distonico: mentre le catene di produzione e scambio materiali (e i settori dipendenti da esse) venivano destrutturate o paralizzate, si è rafforzata contemporaneamente la rete di connessione virtuale, che non solo ha retto ma si è fortemente potenziata: l'economia della rete, in tutte le sue manifestazioni (produzione e distribuzione di servizi e beni finali e strumentali) si è così definitivamente proposta non solo come integrazione innovativa dei settori tradizionali, ma essa stessa come generatrice autonoma di valore e ricchezza; con accentuazione dei problemi dell'ineguale distribuzione dell'immenso valore da essa, e/o per mezzo di essa, prodotto[15]. Onde il neologismo di «digi-demia»[16].

Accanto a questo fenomeno, si è contemporaneamente rafforzata anche l'economia e la produzione materiale di prossimità, con una riproposizione innovativa, tutta da interpretare nelle sue conseguenze prospettiche, della dialettica locale/globale[17].

Un secondo tratto di peculiarità, altrettanto distonico rispetto ad altre crisi anche non convenzionali, è la asimmetricità degli effetti prodotti. Tutte le analisi di autorevoli enti e agenzie di ricerca segnalano questo dato, fornendo i primi dati aggregati[18]. È quel che è stato descritto come l'«effetto gruviera»[19]: la destrutturazione sociale ed economica da Covid-19 ha colpito, e continua a colpire, molto più selettivamente e differenziatamente di come facevano le crisi del passato, concentrate soprattutto sui settori della manifattura e di produzione di beni di consumo, da dove si irradiava all'intero sistema economico e sociale, manifestandosi tradizionalmente come crisi di domanda o di sovrapproduzione[20].

---

11. L'Ocse, nel suo *Economic Outlook*, *op. cit.*, p. 23, prevede una *slow recovery* già nello scenario più ottimista dell'assenza di una seconda ondata.

12. Analisi empiriche sulla capacità di tenuta e risposta dei sistemi sanitari sono ancora premature; vds., comunque, Ocse, *Beyond containment: Health systems responses to COVID-19 in the OECD*, 16 aprile 2020, www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/beyond-containment-health-systems-responses-to-covid-19-in-the-oecd-6ab740c0/.

13. Vds. la rapida carrellata di misure nazionali riguardanti l'emergenza lavoro contenuta in Aa. Vv., *Covid-19 and Labour Law. A Global Review*, in *Italian Labour Law e-Journal*, n. 1/2020 (speciale). Limitamente ai paesi Europei, l'interessante analisi di T. Müller e T. Schulten, *Ensuring fair short-time work*, *op. cit.*

14. Oil, *Covid-19 and global supply chains: How the jobs crisis propagates across borders*, *policy brief*, 29 giugno 2020, www.ilo.org/global/research/policy-briefs/WCMS_749368/lang--en/index.htm.

15. Il che rende ancor più urgente il tema della redistribuzione e, quindi, dell'utilizzo della leva fiscale. Per proposte in chiave di realismo politico, vds. F. Gallo, *Quali interventi post pandemia attuare in materia fiscale e di riparto di competenze fra stato e regioni?*, in Aa. Vv., *Il mondo che verrà*, *op. cit.*; per proposte più assertive che realistiche, ancorché supportate da un impianto analitico potente – l'attuazione del principio di proprietà temporanea del capitale, per mezzo di un'imposta fortemente progressiva sui grandi patrimoni (oltre che sul reddito e sulle successioni, *ndA*) che permetta di finanziare una dotazione universale di capitale e la circolazione permanente della proprietà –, vds. T. Piketty, *Capitale e ideologia*, *op. cit.*, pp. 22175 e 22241 ss. (ed. Kindle).

16. Il termine «digi-demia» è stato coniato da A. Giddens. Vds. l'intervista rilasciata a *La Repubblica* del 25 maggio 2020: *La mia "quarta via" tra green revolution e giustizia sociale*, sul tema della *green revolution* e del cambiamento climatico. Si rinvia al volume dello stesso Autore, *La politica del cambiamento climatico*, Il Saggiatore, Milano, 2015.

17. Sulla dimensione di prossimità della *recovery* e delle misure di contrasto alla pandemia insistono le periodiche note informative di McKinsey & Company, *COVID-19: Briefing note*, *op. cit.*; vds. pure l'intervento di G. De Rita, *Verticalizzazione di poteri*, *op. cit.*

18. Anche le *Considerazioni finali del Governatore* della Banca d'Italia, *op. cit.*, p. 10, evidenziano questo dato asimmetrico degli effetti della crisi generata dalla pandemia sui diversi settori, alcuni dei quali escono addirittura vincenti, altri a rischio di crisi strutturale e duratura. Vds. J.M. Barrero - N. Bloom - S.J. Davis, *Covid-19 Is Also a Reallocation Shock*, Becker Friedman Institute, *working paper*, maggio 2020. Ocse, *Economic Outlook*, *op. cit.*, p. 11. Del resto, leggendo le cronache economiche dei quotidiani italiani, questo dato risulta di immediata percezione. Per il settore delle mense, vds. l'articolo *Lo smart working mette in crisi il settore delle mense*, *Il Sole 24 ore*, 25 luglio 2020; per quello del turismo, *Turismo: il rischio reale è un'ecatombe d'imprese*, intervista al presidente di Federterme, *Il Sole 24 ore*, 1° agosto 2020; per i settori collegati, vds. *I perdenti del telelavoro. Aeroporti, compagnie aeree, bar, catering, hotel e città*, *Milano finanza*, 27 giugno 2020; per le micro-imprese, *Il conto del lockdown, 4 mini-aziende su dieci a un passo dal crack*, *Il Giornale*, 2 agosto 2020.

19. Tale meccanismo è stato concettualizzato da M. Ferrera, *Dopo l'incertezza: un futuro da ri-costruire,* in Aa. Vv., *Il mondo che verrà*, *op. cit.*

20. Sotto questo profilo, la crisi da Covid-19 non è ricollegabile all'ordinario ciclo economico come descritto da Karl Marx e ripreso nel filone di studi neo-marxisti sulla crisi: vds. T. Rockmore, *Marx e la crisi dell'economia capitalista*, in M. Ponzi (a cura di), *Karl Marx e la crisi*, Quodlibet, Macerata, 2017; vds. pure D. Harvey, *L'enigma del capitale*, *op. cit.*; *Id.*, *Capitalismo*, Einaudi, Torino, 2008, pp. 13 ss.;

Poiché si tratta di crisi in primo luogo sanitaria, poi di offerta durante il *lockdown* e ora di domanda in ragione dell'incertezza dei consumatori, essa ha trasferito la logica di incidenza *random* del contagio (per fasce di età, genere, malattie pregresse, addirittura gruppo sanguigno) al sistema produttivo, modellando frattalmente la morfologia della crisi economica[21]. Si è cioè strutturata come crisi "bio-economica", colpendo di più i settori esposti ai meccanismi di trasmissione biologica del contagio: tutto ciò che produttivamente dipende, direttamente o indirettamente, da trasporti (conduzione) e assembramenti (contagio); in ciò consegnandoci un quadro sinottico di settori di crisi a diversa intensità di rischio finanziario e occupazionale; l'intensità degli effetti prodotti dipende, infatti, dalla variabile difficoltà di riorganizzazione, dal blocco più o meno temporaneo, dal rallentamento della ripresa: tutti elementi dipendenti dalle movenze del veicolo biologico. Con una intersezione tra ambiente ed economia mai così evidente nella storia dell'umanità: la velocità del contagio è direttamente dipendente dalla velocità di comunicazione e di spostamento del suo veicolo (l'essere umano), a sua volta dipendente dal tasso di integrazione globale delle attività economiche, che ben si combina con le caratteristiche biologiche e opportunistiche del virus, anch'esso, a detta dei virologi, vero e proprio campione di velocità trasmissiva. Una tempesta perfetta.

Ne viene fuori, come le migliori analisi della crisi incominciano a descrivere, un quadro fortemente diadico: di luce e di lutti, per mutuare il barocchismo elegante di un grande scrittore siciliano[22], la cui percezione di ambivalenza oppositiva può estendersi oggi dalla sua isola allo sguardo su una intera nazione, se non sul mondo intero.

Una descrizione articolata nelle varie fasi di riapertura viene da un illuminante rapporto di McKinsey: vengono descritti l'evolversi del contagio, la mappatura dei rischi e delle opportunità del post-Covid, i suoi variegati effetti sulle economie nazionali, oltre che le differenziate modalità di contenimento[23]. L'incertezza, legata all'evolversi della pandemia, sarà elemento comune ai vari contesti, e dominante nelle fasi che si succederanno[24].

Alcune evidenze e tendenze di cambiamento, secondo il citato rapporto McKinsey, sono però individuabili:

a) con riguardo alla metamorfosi della struttura della domanda: con un incremento dei consumi *online*, con un orientamento verso i grandi marchi e una maggiore domanda di beni e attività locali (schede nn. 34-35);

b) con riguardo a un'alterazione della morfologia del lavoro, attraverso l'affermazione di un modello ibrido (in sede e a distanza), lascito della pandemia, che non evita, però, l'accentuazione della vulnerabilità (di circa un terzo) delle occupazioni tradizionali concentrate tra le forze lavoro più deboli[25];

c) con riguardo all'accentuazione dell'incertezza regolativa dovuta a un'ulteriore perdita di fiducia – già declinante nella fase pre-Covid – nei meccanismi autoregolatori del mercato e con rinnovata fiducia in strumenti regolatori pubblici e statali in particolare, collegati soprattutto agli *stimulus packages*, differenziati tra gli Stati, mirati ad alleviare l'impatto sociale ed economico del contagio (schede nn. 36-37)[26];

d) con riguardo ai risultati, predittivamente più positivi, laddove le *leadership* e i governi nazionali saranno in grado di agire con vigore decisionale e velocità e non attraverso rituale e lenta pianificazione – «*return is a muscle, not a plan*» – (schede nn. 39-40)[27].

In questo scenario, è possibile evidenziare alcune specificità nazionali riferite alle condizioni di rilancio di una efficace azione dello Stato e della pubblica amministrazione che viene, quasi unanimemente, ritenuta *conditio sine qua non* di ogni plausibile ipotesi di

---

G. Cesarale, *Il capitale, o della critica dell'economia politica*, in S. Petrucciani (a cura di), *Il pensiero di Karl Marx*, Carocci, Roma, 2019, pp. 292 ss. La situazione attuale somiglia a una crisi dettata da eventi fuori dal controllo umano (terremoto o eventi meteorologici che incidono sui raccolti). E tuttavia è abbastanza riscontrabile nella crisi in corso, a detta degli scienziati, la mano dell'uomo con riguardo alla sua genesi e alla sua diffusione, nel suo rapporto con l'ambiente e il suo sfruttamento intensivo.

21. Un grafico molto incisivo dell'effetto gruviera è contenuto nella *Briefing Note* di McKinsey & Company del 25 giugno 2020, *op. cit.*, p. 3, allegato 1.

22. G. Bufalino, *La luce e il lutto*, Sellerio, Palermo, 1996.

23. McKinsey & Company, *Covid-19: Briefing materials*, *op. cit.*, schede nn. 2-31.

24. L'Ocse (*Economic Outlook*, *op. cit.*) collega l'incertezza al doppio scenario: controllo della pandemia o ri-esplosione autunnale con nuove modalità di confinamento di massa.

25. Vds. la tabella riportata alla scheda n. 36 di McKinsey & Company, *Covid-19: Briefing materials*, *op. cit.*

26. Vds. pure Ocse, *Economic Outlook*, 2020, pp. 60 ss.

27. Gli orizzonti dell'azione di una *leadership* adeguata individuati nel rapporto sono le "5 R": *resolve, resilience, return, reimagination, reform* (vds. scheda n. 42). Sui gravi problemi della adeguatezza delle classi dirigenti in Italia, vds. il condivisibile lungo articolo di M. Bentivogli, *La bolla dell'antipopulismo. Un recovery delle competenze*, in *Il Foglio*, 27 luglio 2020.

recovery (vds. *infra*, § 2); alle possibili strategie, vincenti, di impresa, anche in considerazione di vincoli e opportunità contenuti nella legislazione di sostegno all'economia (§ 3); alle diverse opzioni a disposizione di decisori politici, attori sociali e organizzazioni di interessi, in bilico tra neo-assistenzialismo e sviluppo sostenibile (§ 4); e infine alle prospettive, con riguardo all'agenda sociale, del rafforzamento di metodi di democrazia negoziale riflessiva, ma non autoreferenziale o ritualistica (§ 5).

2. Lo Stato e la crisi: rileggendo Weber con gli occhi di Mariana Mazzucato

Il ritorno dello Stato, quale agente centrale delle strategie di *recovery* post-pandemiche, è riconosciuto anche da sponde e settori non certamente sospettabili di ideologie neo-stataliste. Il flusso di denaro pubblico che sarà immesso nell'economia reale e l'esigenza di stabilizzazione di alcuni settori privati particolarmente colpiti, saranno di tale rilievo che è impossibile prescindere da una rinnovata stagione di protagonismo dello Stato rispetto al mercato. Tale tendenza è di piena evidenza. Si tratta di una raffica di provvedimenti, alcuni di emergenza, altri che si proiettano nel futuro come veri e propri cambiamenti di *policy*, ma che hanno tutti un comune denominatore: la rinnovata centralità dell'azione dello Stato[28].

Quel che si discute è se si tratti di un mutamento contingente, emergenziale o se esso preluda a un vero cambio di paradigma nel rapporto Stato-mercato. In tal caso, il riferimento a Kuhn sarebbe quanto mai pertinente e adeguato alla sua teorizzazione.

Che la percezione della relazione tra Stato e mercato stesse cambiando già prima della pandemia era elemento largamente avvertito. E tuttavia non si può sfuggire alla sensazione che, nell'arco di pochi mesi, l'inversione della relazione di gerarchia tra i contermini appare non solo più o meno duratura, ma anche prospettica: i lunghi decenni di egemonia dell'ideologia del *Washington Consensus* sembrano, per ora almeno, accantonati.

Quel che tuttavia appare ancora confutabile riguarda la modalità della rinnovata stagione di intervento pubblico nell'economia, soprattutto con riguardo alla sua caratura. I dubbi non riguardo l'*an* o il *quomodo* dell'intervento pubblico, quanto, soprattutto, la sua qualità.

È ampiamente riconosciuto che tale qualità si correla alle diverse caratteristiche degli Stati nazionali e ai relativi modelli, più o meno funzionali, di amministrazione e organizzazione pubblica.

Non si scopre nulla dicendo che l'effettività e l'efficacia delle innumerevoli *policy* pubbliche di contrasto agli effetti della crisi Covid, in atto o in cantiere, dipendono, per intero, dai terminali operativi delle amministrazioni pubbliche e dai relativi caratteri nazionali; si tratta, a ben vedere, del tormentone del dibattito pubblico italiano sulle iniziative del Governo in carica in bilico tra messaggi di immagine e scarsa effettività delle misure già prese e programmate[29].

Detto altrimenti, la qualità di dispositivi pubblici in grado di canalizzare, sulla creazione di valore pubblico, le ingenti risorse messe a disposizione degli operatori privati, delle famiglie e dei consumatori finali[30] dipende direttamente dalla organizzazione dello Stato nazionale e dall'efficienza finale della sua azione.

Peraltro, il dibattito teorico sulla nuova centralità dello Stato e delle politiche pubbliche si proietta oltre l'emergenza da Covid-19, riguardando le linee strategiche di uno sviluppo equilibrato, equo e ambientalmente sostenibile che deve centrarsi su strategie cooperative degli Stati nazionali attraverso la loro partecipazione in organismi di *governance* necessariamente *multilateral*[31]. Pare evidente in tal

28. Per un quadro sinottico delle varie misure pubbliche di sostegno alla *recovery*, vds. Ocse, *Economic Outlook*, *op. cit.*, p. 47, box 1.2.: «Government responses to the pandemic crisis». È sufficiente scorrere la tipologia di interventi di emergenza e di medio e lungo periodo che i governi nazionali hanno messo a punto: aumento della spesa corrente a favore del sistema sanitario; sussidi salariali per le contrazioni di orario mediamente sull'80%, *short-time work* e politiche di *job retention*; estensioni di sussidi oltre il perimetro dei lavori protetti con un primo abbozzo di misure di *welfare* universale; interventi sulla liquidità delle imprese attraverso prestiti agevolati, garantiti, ricapitalizzazioni e contributi a fondo perduto; misure di agevolazione fiscale per acquisti mirati di beni e servizi; riduzione dell'Iva; moratoria delle scadenze fiscali e contributive; moratoria di pagamenti di affitti e bollette; blocco del decorso degli interessi sui debiti e moratoria dei pagamenti dei mutui; anticipazione dei pagamenti governativi; detassazione e decontribuzione; modifiche dei sistemi fiscali; interventi finanziari mirati ai settori più colpiti (ristorazione, auto, ricezione alberghiera, trasporto aereo, turismo), etc.

29. Le iniziative più sotto i riflettori e criticate sono state quelle della Commissione Colao e della convocazione dei cd. Stati generali per dieci giorni a Villa Pamphilj, nel giugno 2020, da parte del *premier* Giuseppe Conte.

30. Per quel che riguarda i Paesi dell'Ue, le misure finanziarie varate vanno dal congelamento del patto di stabilità alla creazione di liquidità da parte della Bce, dal fondo SURE per la creazione di un ammortizzatore sociale europeo fino al «Next Generation Recovery Fund» varato dopo tribolate trattative con i cd. "Paesi frugali". Sull'accordo e il suo funzionamento, vds. S. Merler, *Next Generation: chi ci guadagna e chi ci perde*, in *Lavoce.info*, 23 luglio 2020, www.lavoce.info/archives/68692/next-generation-chi-ci-guadagna-e-chi-ci-perde/.

31. Vds. ILO, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*; in ottica più nazionale, vds. F. Barca e P. Longo (a cura di), *Un futuro più giusto*, Il Mulino, Bologna, 2020.

senso, con riguardo all'efficacia dell'azione degli Stati dell'Ue, l'esigenza di valorizzare istituzioni, metodo e politiche comunitarie su quelle intergovernative[32].

In questa prospettiva, certamente consolidata dalla crisi Covid-19, lo Stato e le politiche pubbliche riacquistano una funzione strategica non solo nella redistribuzione della ricchezza prodotta attraverso la leva fiscale[33], ma anche e soprattutto nell'attività di creazione di valore pubblico[34].

Si tratta ovviamente di un cambiamento di passo e di prospettiva antitetica al pensiero neoliberale, dominante nell'ultimo trentennio, di riduzione "al minimo" della funzione dello Stato; onde la rivalutazione della cooperazione proattiva e del partenariato pubblico/privato.

Scrive, a tal proposito, Mariana Mazzucato, in un passaggio che appare una tra le critiche più corrosive che sono state di recente proposte alla teoria della subalternità dello Stato nei confronti del mercato:

«Agli impiegati statali viene detto di tirarsi indietro, di minimizzare i costi, di pensare come il settore privato e di aver paura di sbagliare. Ai dipartimenti statali viene ordinato di tagliare i costi, diminuendo anche inevitabilmente le competenze e la capacità delle strutture pubbliche (dipartimenti, agenzie, ecc.). Quando lo stato smette d'investire nella propria capacità, diventa meno sicuro di sé stesso, meno abile, e aumenta la probabilità di un fallimento. Diventa più difficile giustificare l'esistenza di una particolare funzione statale, e si perviene a ulteriori tagli o infine alla privatizzazione. Questa mancanza di fede nello stato diventa quindi una profezia che si autoavvera: quando non crediamo nella capacità dello stato di creare valore, alla fine non può crearlo. E, quando, in effetti, crea valore, viene trattato come un successo del settore privato o passa inosservato»[35].

Una tale proposta mette però al centro non l'azione dello Stato *tout court*, ma una sua caratterizzazione specificamente qualitativa e selettiva, con una chiara percezione di cosa sia il valore pubblico in concreto, e quale sia la strategia di ottimale perseguimento, il metodo e gli attori in grado di interpretare al meglio il *management change* (i *manager* pubblici)[36]. Non può nascondersi il dubbio che l'economista, soprattutto quando descrive le dinamiche effettive dello Stato innovatore[37], abbia come retro-pensiero l'imponente programma di riforma della pubblica amministrazione americana, realizzato dal vicepresidente Al Gore («*National Partnership for Reinventing Government*»)[38] piuttosto che l'inane sequenza delle riforme italiane, quasi tutte ispirate al modello di cambiamento "ordinamentale" e non certamente osmotico o processuale[39].

---

32. Si rinvia all'elaborazione di S. Fabbrini, *Sdoppiamento,* Laterza, Bari-Roma, 2017 e ai suoi editoriali domenicali su *Il Sole 24 ore*.

33. Si rinvia a F. Gallo, *Quali interventi*, *op. cit*.

34. Il riferimento è al volume di M. Mazzucato, *Il valore di tutto*, Laterza, Bari-Roma, 2018; sul rapporto tra Stato e creazione del valore in prospettiva sociologica, vds. D. De Masi, *Lo Stato necessario*, Rizzoli, Milano, 2020; nella prospettiva di scienza dell'amministrazione, il volume di M.H. Moore, *La creazione di valore pubblico*, Guerini & Associati, Milano, 2003, e il suo più recente, *Recognizing Public Value*, Harvard University Press, Harvard (MA), 2013.

35. M. Mazzucato, *Il valore di tutto*, *op. cit*., ed. Kindle (pos. 7283). L'economista italo-britannica, consigliera economica del primo ministro Conte, mette in guardia sul fatto che i limiti delle *policy* pubbliche possono pure derivare non da un depotenziamento dell'attore pubblico dall'esterno per via di riforme; ma anche da fattori endogeni che producono veri e propri errori strategici e gestionali: «Errori che derivano dalla ricerca della rendita possono portare interessi personali a influenzare lo stato. Come sappiamo, vi è una rendita quando viene estratto valore tramite speciali privilegi, per esempio un sussidio o un'esenzione fiscale (...). Imprese che massimizzano i profitti possono cercare di aumentarli sollecitando favori speciali connessi alla politica, e hanno spesso successo perché i politici e i legislatori sono soggetti a influenze e perfino alla corruzione. La possibilità di questa specie di cattura (dello stato da parte d'interessi personali) è un problema, ma diventa ancora più grave quando non c'è una chiara visione del valore dello stato. Se lo stato è visto come irrilevante, col tempo diventerà anche meno fiducioso e più facilmente corrotto dai cosiddetti "creatori di valore" – che possono poi convincere i legislatori a concedere favori per aumentare la loro ricchezza e il loro potere», pos. 7312.

36. Si rinvia alle nitide pagine delle opere di M.H. Moore, *cfr. supra*, nota 34.

37. Vds. soprattutto *Lo stato innovatore*, Laterza, Roma-Bari, 2013, ma anche il saggio *L'innovazione e i capitali pazienti*, in M. Mazzucato e M. Jacobs (a cura di), *Ripensare il capitalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

38. Se ne veda la riconsiderazione in F. Butera, *Organizzazione e società*, Marsilio, Venezia, 2020, p. 315; il riferimento all'esperienza realizzata negli Usa viene ripreso da D. De Masi, *Lo Stato necessario*, *op. cit*., pos. 5350, ed. Kindle. Il dispiegamento di risorse e di idee fu pari alla vastità e alla ricchezza dei risultati: oltre 800 azioni effettivamente realizzate; 137 miliardi di dollari di riduzione dei costi conseguita; 348.000 dipendenti riallocati in funzioni più produttive; 640.000 pagine di regolamenti interni e 16.000 pagine di norme federali abolite. Il tutto con il massimo accordo fra Governo e sindacati.

39. Scrive efficacemente F. Butera, *Organizzazione e società*, *op. cit*., p. 308: «il *modello ordinamentale* si basa sull'idea della riforma: leggi, ordinamenti di servizio, regole, organizzazione istituzionali visti come rivoluzione e come palingenesi (...). È associato all'idea che i processi reali saranno sospinti dalla forza della riforma, insomma che "l'intendenza seguirà"». Sul rapporto, squilibrato, tra necessità della riforma istituzionale come presupposto indefettibile del *change management*, e mancanza della cultura (se non proprio della prassi) del cambiamento osmotico e del modello processuale, oltre alle opere citate di Butera e De Masi, si veda l'ancora attuale lettura del volume di

E la qualità di tale azione dipende, secondo la non dimenticata lezione weberiana, dai caratteri della sua burocrazia e della classe politica professionale che, periodicamente, indirizza e governa. Ed è proprio con riguardo alla peculiarità della situazione italiana che il cerchio proposto da Mariana Mazzucato potrebbe non chiudersi.

Scrive, infatti, Max Weber a proposito dell'importante concetto di "intensità dell'amministrazione":

«Più che l'espansione estensiva e quantitativa, è però motivo della burocratizzazione l'espansione intensiva e qualitativa e lo svolgimento interno dell'ambito dei compiti amministrativi. La direzione nella quale si realizza tale sviluppo e la sua occasione possono essere assai diversi»[40].

Altrettanto importante, oltre che simmetrica a quella del funzionario burocratico, è la concezione weberiana del funzionario politico:

«Il vero funzionario (...) per l'essenza stessa della sua specifica professione non deve fare politica bensì "amministrare" tenendosi soprattutto al di sopra delle parti. Egli deve svolgere le sue funzioni *sine ira et studio* "senza ira né pregiudizi". E infatti lo spirito di parte, la lotta, la passione – *ira et studium* – sono l'elemento del capo politico», ma non dell'amministratore politico[41].

Orbene, già le weberiane precondizioni dell'azione qualitativa dello Stato, sembrano assenti in Italia per ragioni sulle quali non è possibile indugiare in questa sede. Basti solo ricordare che Sabino Cassese definisce addirittura pre-tayloristica, e quindi pre-weberiana, l'amministrazione italiana[42]. Indagini anche recenti[43] ci dicono che l'amministrazione pubblica italiana, storicamente, rappresenta quasi un esperimento *in vitro* della teoria della scelta pubblica e dei fallimenti dello Stato da essa sostenuta[44].

Di fronte al persistere di tale modello negativo, si è tentato di rimediare con le riforme all'insegna della trasparenza e dell'anticorruzione, tra il primo e il secondo decennio del secolo, con impronta moralistica più che di etica pubblica e valoriale[45]; con il grande equivoco giusto il quale quel che è una precondizione della funzionalità dello Stato (il comportamento onesto dei pubblici funzionari e dei *manager*) possa finire per costituire un obiettivo pervasivo e la soluzione di ogni problema di buon

---

M.H. Moore, *La creazione di valore pubblico*, *op. cit*. Sull'ultimo ciclo di riforme dell'amministrazione pubblica in Italia e suoi limiti si rinvia a B. Caruso (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico e oltre*, in *Quaderni della rivista Diritti lavori mercati*, n. 7/2019, e ai saggi ivi contenuti.

40. M. Weber, *Economia e società*, vol. IV, Edizioni di Comunità, Milano, 1981, p. 73. E aggiunge: «Nell'amministrazione burocratica (...) la precisione, la rapidità, l'univocità, la pubblicità degli atti, la continuità, la discrezione, la coesione, la rigida subordinazione, la riduzione dei contrasti, le spese oggettive e personali sono recati nella misura migliore rispetto a tutte le forme collegiali o di uffici onorari o assolti come professione secondaria». Del grande sociologo tedesco ricorre nel 2020 il centenario della morte. Sono apparsi alcuni articoli celebrativi: vds. quello di G.A. Stella, *Max Weber e i buromostri*, in *Corriere della sera*, 14 giugno 2020; il rapporto tra scienza, politica e burocrazia in Weber è ora rivisitato da M. Cacciari, *Il lavoro dello spirito*, Adelphi, Milano, 2020 (vds. cap. III: «Nuovi centauri»).

41. M. Weber, *La politica come professione*, Einaudi, Torino, 2004, p. 73, ma pure pp. 63 ss. Si veda l'articolo di C. Galli, *La politica come vocazione*, in *La Repubblica*, 14 giugno 2020.

42. La mancanza dei caratteri salienti dell'amministrazione weberiana fa dire a Sabino Cassese che, nell'amministrazione italiana, non si è neppure realizzata un'efficiente organizzazione secondo il modello tayloristico: S. Cassese, *Lectio magistralis. Problematiche e rimedi per un'amministrazione orientata al risultato*, in L. Comper e M. Marcantoni (a cura dì), *Un nuovo management pubblico come leva per lo sviluppo. Atti del seminario «Istituzioni norme risultato»*, Franco Angeli, Milano, 2016. Secondo Sabino Cassese, il taylorismo in Occidente avrebbe avuto 15 *step* evolutivi che l'amministrazione pubblica italiana «si è persa *in toto*». Di «primitivismo organizzativo» dell'amministrazione pubblica italiana parla L. Zoppoli, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, Centre for the Study of European Labour Law (CSDLE) "Massimo D'Antona", *working paper* n. 421/2020, p. 16. Il modello burocratico tayloristico è quel che De Masi definisce la «*third party adiministration*», che prefigura un rapporto subordinato della burocrazia alla politica e che avrebbe dovuto in teoria essere superato dal modello del *New Public Management* a cui si ispirava già la riforma D'Antona-Bassanini e, in parte, la riforma Brunetta, e che avrebbe dovuto preludere alle nuove concezioni della *New Public Governance* nelle sue varianti del *New Public Governance* e della *Public Value Theory*, che rivalutano l'azione dello Stato e della sua burocrazia come agenti attivi di creazione di valore pubblico. Il giudizio negativo sull'amministrazione pubblica italiana, reputata inadeguata agli immani compiti prefigurati dalla *recovery*, è ribadito da Sabino Cassese durante la pandemia: intervista di Paolo Bricco, in *Il Sole 24 ore*, 5 luglio 2020: *Nella Pa lo smart working è stato per molti una grande vacanza*; *Id.*, *Odiata burocrazia*, in *Il Foglio*, 20 maggio 2020.

43. D. De Masi, *op. cit*.

44. Come ricorda M. Mazzucato, *Il valore di tutto*, *op. cit.*, secondo questa teoria il fallimento dello Stato è causato da interessi privati che "catturano" i politici tramite il nepotismo, il clientelismo, la corruzione o la ricerca di rendite, l'errata allocazione delle risorse come l'investimento di denaro pubblico in nuove tecnologie senza successo (scegliere i perdenti), o la concorrenza sleale con iniziative private ("spiazzando" quelli che altrimenti sarebbero stati investimenti privati di successo). La teoria della scelta pubblica ha giustificato in qualche modo l'ondata di privatizzazioni a partire degli anni novanta del secolo scorso e l'adozione acritica e burocratica della metodologia aziendalista (il NPM) nelle pubbliche amministrazioni italiane (soprattutto con la riforma Brunetta).

45. B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà*, Il Mulino, Bologna, 2007; G. Pellegrino, *Etica pubblica*, Luiss University Press, Roma, 2015.

andamento; precondizione peraltro realizzata tramite la legge[46].

Quel che rimane di tale produzione normativa alluvionale è un *surplus* di controlli formali e burocratici: una "produzione di carta a mezzo di carta", per mutuare Piero Sraffa, che ha finito per riproporre il modello di amministrazione per processi e non per risultati (il modello "ordinamentale", come lo definisce Butera), che rallenta e distrae dai compiti di gestione reale: un vero e proprio *virus* di inefficienza inoculato dallo stesso legislatore.

Il tutto accompagnato da una capillare rete di controlli giudiziali a vario livello (penale e amministrativo/contabile, per non parlare di quelli *per mimesi* dell'Anac) e di diffusa imputazione di responsabilità; il che ha inibito ogni atteggiamento creativo, coraggioso e intraprendente (il *manager* pubblico come esploratore)[47] e ha prodotto, invece, il fenomeno della cd. amministrazione difensiva all'insegna del motto "meglio fermi che imputati"[48].

È il grande tema della riforma dello Stato e della pubblica amministrazione italiana, funzionale anche al miglior funzionamento del mercato[49], sul quale non occorre tornare in questa sede , ma che certo non può essere affrontato con faciloneria o con l'entusiasmo da neofita di chi vede in uno strumento particolare (il lavoro a distanza sperimentato durante il *lockdown*) la panacea di tutti i suoi mali atavici[50]; ma neppure affidandosi alla metafisica semplificatrice di un ennesimo decreto che di semplificazione sembrerebbe avere solo il nome[51].

Rimane comunque il fatto che ogni plausibile ipo-

---

46. B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico: la "legge Madia" e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell' "eterno ritorno" allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in *Id.* (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico*, *op. cit.*, p. 9.

47. Secondo il modello ideale di *manager* pubblico individuato da M.H. Moore, *La creazione di valore pubblico*, *op. cit.*, p 37: «i manager pubblici sono come esploratori che, con l'aiuto di altri, cercano di individuare, definire e realizzare ciò che ha valore pubblico. Anziché limitarsi a trovare i modi per eseguire il loro mandato, diventano attori imprescindibili nello scoprire e definire cosa sia importante fare. Piuttosto che sentirsi responsabili di garantire solamente una certa continuità, diventano innovatori, cambiando il modo di operare delle organizzazioni pubbliche. In sintesi, in quest'ottica i manager pubblici sono strateghi piuttosto che tecnici». Quel che è avvenuto in Italia, soprattutto negli ultimi anni, sempre seguendo Moore, è che i dirigenti pubblici sono stati scoraggiati dall'intraprendere, in ciò sottraendo «al settore pubblico quel fattore chiave sul quale il settore privato fa affidamento in maniera determinante per restare reattivo, dinamico e innovativo: vale a dire, la capacità di adattamento e l'efficienza che derivano dall'utilizzo della creatività dei manager per combinare la sensibilità nei confronti della domanda, e il controllo sulla capacità operativa con lo scopo di produrre valore».

48. Uno dei fattori che caratterizza l'amministrazione innovativa, secondo M. Mazzucato, è invece proprio la propensione al rischio dell'errore, della strada innovativa intrapresa con coraggio, ma inevitabilmente esposta alla fallacia sperimentale. Oggi, persino licenziare un dipendente davvero sfaticato espone il dirigente al rischio di pagare i danni nel caso di non raggiunta prova dell'inadempimento o della colpa, o di errore procedurale; mentre allo stesso tempo, schizofrenicamente, secondo l'attuale ordinamento, se il dirigente comunque non si attiva per promuovere il procedimento disciplinare di fronte all'evidenza dell'inadempimento, rischia di essere sottoposto, a sua volta, a sanzione.

49. Su questo insiste F. Bernabè, *A conti fatti, quarant'anni di capitalismo italiano*, Feltrinelli, Milano, 2020, ed. Kindle, pos. 6052: «Sono il sistema di regole e le infrastrutture pubbliche a creare le condizioni per l'innovazione. Lo Stato svolge una funzione essenziale nel promuovere gli investimenti, non solo nelle infrastrutture e nei servizi, ma anche nella ricerca, nella scuola e nell'università. In tutto questo l'Italia è carente. La pubblica amministrazione è stata nel tempo impoverita nelle professionalità, gravata di regole che ne ostacolano il funzionamento, umiliata nei suoi compiti. Per creare l'infrastruttura e le regole che consentano all'iniziativa privata di esprimersi al meglio occorre un programma di snellimento dell'amministrazione centrale e locale e di semplificazione delle procedure».

50. Non è chiaro come si sia passati, nel discorso pubblico dominante e nella conseguente regolazione – quasi senza soluzione di continuità di impianto culturale e senza alcuna seria riflessione – dal mettere al centro il mitico furbetto del cartellino (onde il potere disciplinare come strumento principale di regolamentazione e di gestione delle risorse umane), al pubblico dipendente in versione *smart,* autoregolato e autoresponsabile, come nuova frontiera della riforma dell'amministrazione pubblica; e ciò a prescindere da ogni riflessione sull'attuale stato della micro-organizzazione amministrativa delle amministrazioni centrali, autonome, locali e periferiche. Al punto che si discetta, nella versione convertita del decreto "Rilancio", di favolosi contingentamenti di lavoro a distanza e di ancor più favolosi obiettivi affidati a resistibili acronimi programmatici (tipo «Pola»: «Piano organizzativo del lavoro agile», inserito dal comma 4-*bis* all'art. 263 dalla l. di conversione n. 77/2020).

51. Con lucidità S. Cassese, *La cascata di regole per "semplificare"*, in *Corriere della sera*, 6 luglio 2020, individua le linee di una semplificazione reale e possibile che sembrano mancare nel decreto "semplificazione" che il Governo ha appena varato (dl 16 luglio 2020, n. 20). La sua lettura in effetti non risponde in pieno alle aspettative indicate dai commentatori: vds., solo per citare alcuni interventi sulla stampa precedenti al decreto, G. Tria, *L'apriscatole e l'eccesso di burocrazia*, in *Il Sole 24 ore*, 23 maggio 2020; R. Petrini, *Novantuno idee antiburocrazia. La ricetta Cottarelli*, in *La Repubblica*, 27 giugno 2020; M. Panucci, *Creare una burocrazia che decida. L'agenda delle riforme per una burocrazia che decida*, in *Il Sole 24 ore*, 27 giugno 2020. Più in linea con proposte dei commentatori (vds. M. Clarich e S. Micossi, *Ripresa, due proposte per evitare la paralisi da burocrazia*, in *Il Sole 24 ore*, 22 maggio 2020) le norme riguardanti la responsabilità erariale. Con riguardo alla responsabilità del dirigente per dolo, la legge ha introdotto il principio più restrittivo del dolo penalistico *ex* art. 43 cp (volontà dell'evento dannoso, oltre che della volontarietà della condotta illecita o dannosa), correggendo in tal modo l'interpretazione maggioritaria della Corte dei conti, propensa ad applicare la nozione contrattuale o *in adimplendo* del dolo (comportamento che scientemente violi un obbligo, senza che sia necessaria la diretta e cosciente intenzione di nuocere o di procurare il danno: art. 21, comma 1, dl n. 76/2020). Si prevede, poi, una eliminazione soltanto transitoria della colpa grave (e per questo dubbia costituzionalmente) e solo per la responsabilità commissiva e non omissiva: art. 21, comma 2. Si è intervenuti con l'art. 23 sul reato di abuso d'ufficio, previsto dall'art. 323 cp, che, come è noto, ha letteralmente imperversato nelle aule dei tribunali penali in questi anni e con il quale sono stati perseguiti centinaia di

tesi di ripresa post-crisi Covid passa attraverso un rilancio di politiche pubbliche che implichino sia visione strategica (cosa è il valore pubblico)[52], sia capacità implementativa: quest'ultima opzione è affidata non tanto all'ennesima riforma amministrativa, ma a un cambiamento osmotico e culturale dell'amministrazione, qui ed ora, affidato magari a una nuova generazione di *manager* pubblici (non necessariamente tale per età, ma per formazione e spirito), in grado di costituire un corpo organico e coeso, socializzato alla cultura della produzione di valore pubblico; pertanto, in grado di contribuire alla costituzione di quella comunità epistemica della pubblica amministrazione di cui parla Sabino Cassese[53], *conditio sine qua non* di ogni possibile strategia di ripresa e di sviluppo: l'amministrazione motore di sviluppo e cambiamento come substrato materiale e operativo dello Stato innovatore.

Ben più articolate e degne di riflessioni distese, che non possono essere contenute in questa sede, sembrano le proposte della Commissione Colao, proprio perché tali, forse, presto accantonate nel dibattito pubblico[54]; ad esse fa da *pendant* il Piano nazionale di Riforma, che acquisisce nuova centralità e importanza perché ad esso si agganciano gli aiuti europei del *Recovery Plan*[55].

3. L'impresa e la crisi: gli imprenditori italiani tra Schumpeter e pulsioni predatorie

Discorso analogo a quello sulle pubbliche amministrazioni può essere riferito al sistema delle imprese e degli imprenditori italiani. Anche in questo caso la cifra del capitalismo italiano[56], della storia della sua

pubblici amministratori, politici e burocrati; si è radicalmente mutata la fattispecie criminosa per porre rimedio al fenomeno dell'amministrazione difensiva. L'area penalmente rilevante non viene più ricondotta alle violazioni delle «norme di legge o di regolamento», ma viene adesso circoscritta all'inosservanza «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge»; in tal modo si esclude che il reato in questione sia configurabile in caso di trasgressione di norme di rango secondario, regolamentare o sub-primario, ovvero finanche in ipotesi di norme di rango primario, tutte le volte che, da queste ultime, non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse per il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio. In aggiunta, si richiede in ogni caso, sempre ai fini dell'integrazione del delitto in oggetto, che dalla norma violata non debbano residuare «margini di discrezionalità» in capo al soggetto agente; in tal modo si espunge dall'area del penalmente rilevante l'eccesso di potere. Tale intervento si è reso necessario per correggere l'intervento interpretativo correttivo della originaria disposizione, posto in essere dalle sez. unite della Cassazione (Cass. pen., n. 155/2012); secondo questa decisione, la violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 cp, si avrebbe non solo quando la condotta del pubblico ufficiale si sarebbe svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che tale esercizio legittimano (profilo dell'attribuzione): nello specifico, ciò si verifica allorquando la condotta risulta finalizzata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è conferito; onde la giurisprudenza successiva alla pronuncia delle sez. unite ha individuato l'abuso, non solo in casi di violazione di legge in senso stretto, ma anche in tutte le situazioni in cui l'atto dell'agente integra un vizio dell'atto amministrativo (eccesso di potere), purché contrastante con disposizioni di legge o di regolamento a contenuto precettivo, tra cui anche la violazione del principio costituzionale del buon andamento o di imparzialità (art. 97 Cost.) nella parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi, ovvero di intenzionali vessazioni o discriminazioni e di procurare ingiusti danni. Si è finito così con imporre al pubblico ufficiale una regola di comportamento di immediata applicazione. Onde il nuovo disposto, che effettivamente alza notevolmente il paletto della responsabilità penale con l'eliminazione del riferimento ai regolamenti e anche sancendo l'irrilevanza di principi generalissimi come quelli del buon andamento o dell'imparzialità: le norme devono fare riferimento a "regole di condotta specifiche ed espresse" che presidiano all'esercizio dei pubblici poteri. Tali regole di condotta oltretutto non devono lasciare «margini di discrezionalità» all'agente. Laddove c'è discrezionalità non ci può essere abuso di ufficio.

52. M.H. Moore, *La creazione di valore pubblico*, *op. cit.*, cap. II.

53. S. Cassese, *Lectio magistralis*, *op. cit.*, p. 40.

54. Vds. le schede nn. 58 ss., in particolare, per quel che qui interessa: n. 58, *Superamento burocrazia difensiva*; n. 68, *Piano risorse umane della p.a.*; n. 69, *Formazione continua*; n. 70, *Revisione modelli lavoro*; n. 71, *Rafforzare la formazione del middle management pubblico*; n. 72 *Sostenibilità delle p.a.* Si veda pure il rapporto del Comitato di esperti in materia economica e sociale, *Iniziative per il rilancio "Italia 2020-2022"*, 2020, pp. 12 e 30 ss.

55. COM(2020), 20 maggio 2020, 512 *final*, «Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia», p. 8: «L'erogazione delle prestazioni sociali, le misure a sostegno della liquidità, l'anticipazione degli investimenti, ecc. potrebbero non essere efficaci se ostacolate da impedimenti nel settore pubblico. Tra le carenze figurano la lunghezza delle procedure, tra cui quelle della giustizia civile, il basso livello di digitalizzazione e la scarsa capacità amministrativa. Le procedure e i controlli devono essere attuati rapidamente, in un contesto in cui vengono significativamente incrementate le risorse pubbliche a sostegno dell'attività economica». Vds. M. Ferrera, *Efficienza, rapidità, progetti: le richieste dell'Europa*, in *Corriere della sera*, 7 giugno 2020. Sul Pnr, vds. L. Baratta, *Ecco il "Piano nazionale di riforma" per ottenere gli aiuti europei*, in *Linkiesta*, 7 luglio 2020.

56. In generale, sul modello di capitalismo mediterraneo, in cui può essere inserito a pieno titolo il modello italiano, vds. L. Burioni, *Capitalismi a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 173: le principali caratteristiche di questo modello sono la scarsa produttività del lavoro, l'inefficienza della macchina amministrativo burocratica, la scarsa efficienza della spesa pubblica, il *deficit* e la scarsa qualità dell'investimento in sviluppo, istruzione e innovazione tecnologica, il carattere familiare di moltissime imprese e la prevalenza delle piccole e medie imprese, i tassi medi di disoccupazione più alti della media europea e i tassi di attivazione della forza lavoro più bassi, soprattutto per giovani e donne, l'accresciuta insicurezza nel mercato del lavoro senza competitività.

industria e dei suoi capitani[57] è fotografata dalla istantanea bufaliniana: la luce e il lutto. Non sono mancati i grandi pionieri e gli innovatori schumpeteriani, tali da tenere il confronto con gli imprenditori che hanno costituito l'*imprinting* della grande cultura di impresa del capitalismo moderno, europeo e americano[58]; ma non mancano neppure storie imprenditoriali che ci dicono di una forte componente di familismo d'impresa (amorale) e di spirito predatorio ed estrattivo nei confronti dello Stato[59]. Se, inoltre, la cultura del lavoro, o del non lavoro, assistito è ampiamente diffusa in vari settori della società, della politica e del sindacato italiano, anche quella dell'impresa assistita non è da meno. Il rischio è proprio che l'attesa di aiuti pubblici, provenienti dal *Next generation EU Fund*, mediati pur sempre dalle autorità pubbliche statali e regionali, lungi dal promuovere una dinamica e resiliente cultura e pratica della ripartenza, finisca per promuovere un atteggiamento non di anticipo, ma di attesa e di rassegnazione a una sorta di «*Corona socialism*»[60]: tutti fermi ad aspettare il Godot dell'aiuto europeo. Quella del "prendi i soldi e scappa"[61], del resto, anche per l'assenza di adeguata programmazione e progettazione pubblica, è stata spesso diffusa filosofia e pratica di imprese (italiane prima ancora che delle multinazionali straniere) di fronte alle risorse del fondo sociale europeo; il che ha prodotto l'incremento della farraginosità dei controlli imposti dalle autorità europee e il pernicioso circuito: fondi a disposizione, mancanza di progettazione e capacità implementativa e di spesa, fondi congelati e, infine, restituiti. Si tratta di un rischio concreto che, secondo molti osservatori, potrebbe riproporsi nella nuova stagione di gestione degli aiuti nella post-emergenza (la cd. "fase 3" o "4").

Occorre, peraltro, ricordare che le dinamiche dei primi trasferimenti dello Stato italiano alle imprese hanno raccontato di contraddizioni e vischiosità di sistema, più che di soggettivi comportamenti degli attori, che vanno oltre le difficoltà comprensibilmente registratesi anche in altri contesti e giustificate dalla eccezionalità simmetrica, *one shot* e improvvisa, della crisi pandemica. Così come hanno detto pure – ma la prudenza è d'obbligo in attesa di effettivi e analitici riscontri – di veri e propri comportamenti opportunistici da parte di imprese nel ricorso agli ammortizzatori sociali[62].

---

57. Le citazioni sono superflue, ma si può far riferimento alla vasta produzione scientifica di storici dell'industria del calibro di Giuseppe Berta e di Valerio Castronovo; di recente, di taglio più giornalistico e autobiografico, oltre al citato volume di F. Bernabè, *A conti fatti*, *op. cit.*, il dialogo a distanza tra F. De Bortoli e S. Rossi, *La ragione e il buon senso*, Il Mulino, Bologna, 2020.

58. Si rinvia al bel volume di G. Berta, *L'enigma dell'imprenditore*, Il Mulino, Bologna, 2018.

59. La migliore descrizione in chiave storica e geopolitica delle politiche e delle strategie "estrattive" nei confronti degli Stati fino al fallimento delle nazioni è quella, ormai classica, di D. Acemoglu e J.A. Robinson, *Perché le nazioni falliscono*, Il Saggiatore, Milano, 2013.

60. La definizione di «*Corona socialism*», riferita addirittura alle imprese tedesche, è degli intervistatori M. Hesse e M. Sauga, a uno dei *top* economisti tedeschi attuali, Clemens Fuest: *The Virus Must Be Contained Before the Economy Can Recover*, in *Der Spiegel* (*International*), 10 luglio 2020. Si riportano alcuni significativi brani che danno il senso politico del concetto: *Der Spiegel*: «Nevertheless, many companies have accumulated gigantic losses and now have to be rescued by the state, through loans or direct equity investments. Are we facing a kind of corona socialism?»; Fuest: «I hope not. It may be right for the state to take a stake in certain companies to save them from bankruptcy. But the government should then also impose conditions – that companies temporarily can't pay out dividends, for example. It would be wrong for the state to interfere in operational business». Interessanti pure le implicazioni di politica industriale che vengono dall'intervista. *Der Spiegel*: «But the state is now the new co-owner. Doesn't it have the duty to press for environmentally friendly production methods, for example?»; Fuest: «No. If the state wants to protect the environment, it must impose conditions that apply to all companies, not just those in which the state holds shares. It is right to limit executive bonuses (*Eds*: As the German government has done in firms it has bailed out in the form of share purchases.) However, setting political guidelines for day-to-day operations isn't the right course of action». Per un approccio ortodosso, da "*Corona sozialismus*", con riguardo soprattutto alle politiche del lavoro (*infra*, § 4), alla crisi pandemica, vds. tra i giuslavoristi italiani S. Giubboni, *Il diritto del lavoro dopo la pandemia: appunti per un'agenda progressista*, in questo fascicolo.

61. Cultura «dell'assalto alla diligenza» è stata definita da T. Boeri e R. Perotti, *Gli ultimi meritano di più*, in *La Repubblica*, 22 maggio 2020, ove si denuncia la logica a pioggia degli interventi, spesso dettati più da spinte lobbistiche canalizzate in Parlamento che da esigenze reali.

62. I fenomeni a cui ci si riferisce confermano l'instabilità, se non addirittura la schizofrenia, del dibattito pubblico in Italia. Con riguardo agli ammortizzatori sociali, dopo la prima fase in cui i censori del neo-statalismo di ritorno hanno messo sotto accusa l'Inps e la burocrazia statale per i ritardi e la farraginosità delle sovvenzioni, il dibattito pubblico ha cambiato registro e ha preso il sopravvento il partito anti-impresa; ciò a partire da alcuni riscontri relativi a utilizzi di ammortizzatori da parte di imprese che non avrebbero subìto pregiudizi economici nella fase dell'emergenza: le denunzie, soprattutto in vari *reportage* del *Fatto quotidiano* del 1° agosto 2020, ove si parla di abusivi della Cig, e anche del 7 agosto 2020. In effetti anche testate meno partigiane citano uno studio Inps-Bankitalia, sull'utilizzo complessivo degli ammortizzatori sociali, da cui si evincerebbe che una percentuale di imprese abbia beneficiato degli ammortizzatori durante il *lockdown* senza significativi cali di fatturato: vds. P. Baroni, *Risparmi per 1100 euro ad addetto. Così nascono i furbetti della Cig*, in *La Stampa*, 30 luglio 2020. Di comportamenti opportunistici delle imprese con riguardo agli ammortizzatori sociali parla pure un giornalista economico serio come F. Fubini, *Il disegno al di là del debito. Siamo il Paese che spende di più*, in *Corriere della sera*, 1° agosto 2020. Al di là delle polemiche da tifo calcistico, occorre riconoscere che i censori dello Stato dimenticano che lo sforzo dell'Inps è stato davvero colossale e i disguidi, benché importanti, sono stati alla fine assorbiti anche se più per buona volontà che per ritrovata efficienza (rimane

Gli aiuti finanziari a breve termine alle imprese, all'insegna della riparazione dei danni da blocco improvviso del ciclo produttivo[63], hanno giustificato, un po' ovunque, il carattere non selettivo e universale (a pioggia) del sostegno, certamente importante nell'immediato, ma che rischia di produrre l'atrofizzazione del sistema economico e imprenditoriale se procrastinato oltre un certo limite[64]. Analisi accreditate dicono di trasferimenti finanziari, nella fase di emergenza, anche a chi non ha avuto effettivo bisogno[65]: sia a imprese (per esempio, in Italia, manovra sull'Irap generalizzata e ammortizzatori che si presumono indebiti), ma anche a lavoratori che hanno visto addirittura incrementare i propri redditi pre-Covid o, nel caso del settore pubblico, con esenzioni lavorative generalizzate a reddito invariato (vds. *infra*, § *4.1.*). Si tratta di una logica che va ovviamente invertita nella fase 3[66], in cui gli aiuti devono essere funzionali a investimenti mirati e coerenti con strategie di sviluppo che la stessa Ue delinea, se non come condizionalità tecniche, come condizionalità politiche[67]: investimenti sul settore sanitario/nuovo

comunque l'irrazionalità del sistema plurimo degli ammortizzatori sociali e di differenziazioni procedurali per l'accesso). Il partito anti-impresa trascura che l'interruzione improvvisa della produzione implica comunque il ricorso all'ammortizzatore a prescindere dal calo di fatturato che può verificarsi, come può anche non verificarsi successivamente in ragione alla dinamica degli ordini e delle commesse, e che situazioni di "approfittamento" hanno comunque riguardato non solo un segmento delle imprese, ma anche di lavoratori che, nel breve periodo, hanno guadagnato in termini di reddito da provvidenze Covid-19 più dello *standard* ordinario: si veda la nota 65. Sui comportamenti opportunistici generalizzati durante la fase 1, si rinvia all'editoriale di T. Boeri e R. Perotti, *Gli ultimi*, *op. cit.*

63. Una delle analisi giornalistiche più interessanti a questo proposito è quella di U. Bertone apparsa su *Il Foglio* del 10 giugno 2020: *Per il mercato c'è tempo, lo stato continui a intervenire nel post pandemia*, dove si citano le posizioni di economisti del calibro di Jean Pisani-Ferry, Thomas Philippon e Olivier Blanchard, non certo sospettabili di ideologie anti-mercato; interessante il riferimento allo "spirito della pizzeria"; la mano pubblica dovrà intervenire per sostenere i costi extra del distanziamento sociale, che ha determinato il calo di produttività dell'azienda. Le norme sulle distanze tra i clienti, così come quelle tra i cuochi, hanno senz'altro un costo rilevante per un ristorante. «In epoca normale la risposta ai problemi non può che stare nelle regole del mercato: nel caso non quadrino i conti si licenzia il personale in eccesso che si sistemerà altrove. Ma questi non sono tempi normali». Il rischio è quello di una disoccupazione di lunga durata, ovvero di un alto "prezzo ombra" a carico della collettività. «Dal punto di vista dell'efficienza sociale – è il ragionamento – le aziende devono perciò essere messe in condizione di prendere decisioni sulla base del confronto tra il margine di valore prodotto dal lavoratore e il prezzo ombra, assai più importante del livello dello stipendio. Insomma, nelle condizioni post pandemia, il criterio del profitto aziendale deve cedere il passo al criterio del benessere sociale. E nel caso dei settori in cui non si possa comprimere i salari "saranno necessari contributi pubblici per prendere le decisioni più efficienti dal punto di vista sociale"». Regole che valgono per una pizzeria così come per una multinazionale. «Per tutti – è la tesi degli economisti – proponiamo due tipi di interventi: contributi a salari e stipendi a carico della mano pubblica per venire incontro ai dipendenti e ai settori più colpiti. E per le imprese regole più flessibili e soft per la ristrutturazione dei debiti». Tale filosofia di intervento attraversa le schede del rapporto Colao.

64. Tale fase dovrebbe cessare quanto prima, secondo l'autorevole opinione dell'*Economist*: *As the economy recovers fiscal policy has to shift. Is it time to wind down emergency stimulus*, 11 luglio 2020. Tale parziale e graduale cambiamento di prospettiva, dalle sovvenzioni a pioggia agli stimoli a selettive ed efficaci politiche industriali di ripresa, si incomincia a intravedere nel decreto "Agosto", dove tuttavia non mancano ancora distribuzioni selettive di *bonus* e provvidenze: dalla proroga della Cassa integrazione (art. 1), ancorché con obblighi di contributi selettivi a carico delle imprese in ragione delle percentuali di perdita di fatturato, ad indennità per lavoratori stagionali del turismo, degli stabilimenti termali, dello spettacolo e ai lavoratori marittimi e sportivi (artt. 9, 10 e 12) e al reddito di ultima istanza (art. 13) e di emergenza, art. 23; agli immancabili aiuti per il trasporto aereo (art. 20), a improbabili fondi per le casalinghe (art. 22).

65. *America's huge stimulus is having surprising effects on the poor*, *The Economist*, 6 luglio 2020; dall'analisi dell'autorevole settimanale sembrerebbe che gli effetti della crisi sulla povertà, negli Usa, siano contradditori: mentre è aumentata la percentuale di americani che dichiarano difficoltà a trovare di che nutrirsi giornalmente e di pagare l'affitto, con un aumento della percentuale di coloro che «*are typing bankrupt into google*», è vero pure che «*these trends, bad as they are, do not appear to be part of a generalised rise in poverty*», il cui *trend* tenderebbe invece a diminuire, ciò in dipendenza delle misure di stimolo; il tasso di povertà, particolarmente alto negli Usa rispetto ad altri Paesi sviluppati, è destinato tuttavia ad aumentare non appena cesseranno le misure.

66. La logica dell'emergenza economica (fase 1) e dell'avvio alla ripresa (fase 2) non può essere trasferita alla fase della *recovery* (fase 3 e oltre), ove i fondi dovrebbero essere canalizzati, fondamentalmente, su ricerca, formazione e innovazione, scuola e cultura, e sui settori ritenuti strategici: infrastrutture (comprensiva della rete digitale) e *green new deal*, riassetto del sistema sanitario: tra i tanti, l'autorevole posizione dell'*Economist*, *As the economy recovers fiscal policy has to shift. Is it time to wind down emergency stimulus*, 11 luglio 2020. Per quel che riguarda la fase del "rilancio" (praticamente la fase 2), si veda l'analisi critica dell'art. 42 del decreto "Rilancio" n. 34/2020 di M. Calderini, *Non basta dare soldi. Quattro domande sull'innovazione*, in *La Repubblica*, 23 maggio 2020. Un'analisi più in chiave di proposte di *policy* che di proposte operative (da cui la critica di inutilità), proiettate anche nella fase 3, proviene dal rapporto Colao e dalle relative schede; vds. pure Banca d'Italia, *Considerazioni finali del Governatore*, *op. cit.*

67. Vds. l'articolo di V. De Romanis, *Le condizionalità dell'Europa sono già nel contratto di governo*, in *Il Foglio*, 10 giugno 2020. Basta leggere le articolate conclusioni del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 (EUCO, Concl. 4, www.consilium.europa.eu/media/45118/210720-euco-final-conclusions-it.pdf), che collegano le misure di sostegno alla presentazione di piani per la ripresa e la resilienza da parte degli Stati approvati dal Consiglio su proposta della Commissione; i pagamenti sono subordinati alla valutazione positiva con riguardo «al soddisfacente conseguimento di pertinenti target intermedi e finali» (A19). I capitoli di spesa riguardano il mercato unico, l'innovazione e l'agenda digitale (punti 25 ss.); coesione, resilienza e valori (punti 34 ss.); risorse naturali e ambiente (punti 84 ss.); migrazioni e gestione delle frontiere (punti 101 ss.); sicurezza e difesa (punti 109 ss.); vicinato e resto del mondo (punti 117 ss.); pubblica amministrazione europea (punti 127 ss.).

Mes; *green economy*, reti digitali e altre grandi infrastrutture/*Recovery Fund*; nuovi armonizzatori finanziati dall'Ue/fondi SURE («Support to mitigate Unemployment Risk in a Emergency»)[68]; oltre al sostegno agli scostamenti di bilancio per la gestione dell'emergenza sociale consentiti e di fatto finanziati dall'acquisto di titoli di stato da parte della Bce[69].

Si tratta non solo di premiare, ma di incentivare le imprese più disponibili a rischiare e a innovarsi, canalizzando in questo settore le ingenti risorse provenienti dal *Next Generation EU*, riprendendo la strada interrotta del «Piano Nazionale Impresa 4.0» del ministro Calenda nel 2018, che ha costituito una vera *best practice* di politica industriale di incentivo all'innovazione[70]. In Italia, la Commissione Colao[71] ha individuato l'*high road* di un possibile piano di ripresa che metta al centro una riscoperta cultura di impresa, magari corroborata da una positiva relazione di partenariato pubblico-privato; essa assume un ruolo particolarmente importante nella misura in cui cresce notevolmente il peso dello Stato nell'economia reale, secondo modalità di cui si discute non solo in Italia, non escludendosi più come un tabù la stessa partecipazione pubblica diretta nel capitale delle imprese private[72]. Molte delle misure proposte dal piano Colao sono transitate e incardinate nel Piano nazionale

68. Proprio nel mese di agosto sono state avviate le procedure formali per utilizzare i fondi SURE nella misura di 28,5 miliardi per l'Italia; per una descrizione del funzionamento del meccanismo SURE a regime, vds. P. Baroni, *ll conto sociale lo paga l'Europa*, in *La Stampa*, 8 agosto 2020: «L'Unione europea finanzia con prestiti a tasso agevolato da concordare paese per paese tutte le spese relative alle iniziative messe in campo dai singoli stati per contrastare la disoccupazione. Funziona come una specie di salvadanaio dal quale i governi possono attingere a fronte del versamento di una quota proporzionata al rispettivo Pil». Il fondo stesso e le modalità di accesso rappresentano quasi il simbolo, più ancora del *Recovery Fund*, della nuova stagione dell'Unione europea determinatasi con la pandemia e varata dalla Commissione diretta da Ursula Von der Leyen, vds. l'intervista di F. Fubini al commissario P. Gentiloni, *Sui fondi Ue no a 100 progetti per dare segnali a tutti. E basta europeismo riluttante*, in *Corriere della sera*, 10 agosto 2020.

69. Il "decreto di agosto" sembrerebbe meno ispirato alla pratica dei *bonus* a pioggia giustificati dall'emergenza, anche se questi non mancano (per una rapida rassegna, vds. A. Orlando, *Nuovo bonus di mille euro agli stagionali senza contratto*, in *Il Sole 24 ore*, 17 agosto 2020), e più a quello degli interventi strutturali: per esempio, con la misura dello sgravio dei contributi del 30% (art. 27; vds. *La Repubblica*, intervista al ministro Gualtieri, *Così taglieremo le tasse*, 9 agosto 2020) per ora sino al 31 dicembre 2020 e, Ue permettendo, proiettati nell'intenzione per 10 anni, per le imprese che investono al Sud – voluti dal ministro per il Mezzogiorno Provenzano: vds. la sua intervista per *La Repubblica*, *Ora basta con i bonus a pioggia. Fare scelte è di sinistra*, 8 agosto 2020. Sulle misure di rilancio produttivo contenute nel decreto "Agosto", vds. un primo intervento, costruttivamente critico, di C. Cottarelli, *Pioggia di bonus inutile senza una strategia. E il taglio delle tasse al Sud non convince*, in *La Stampa*, 8 agosto 2020. Critiche anche da F. De Bortoli, *L'illusione a colpi di bonus*, in *Corriere della sera*, 9 agosto 2020, e più radicali da F. Forte, *Aiuti al Sud? Un "buco" Inps*, in *Il Giornale*, 10 agosto 2020. Per un'analitica presentazione della misura e dei suoi effetti nel caso di stabilizzazione, vds. R. Petrini, *Lavoro meno tasse al sud*, in *La Repubblica*, 7 agosto 2020. Gli aiuti al Sud (capo II del decreto "Agosto", artt. 27 e 28) hanno puntualmente fatto ripartire, come una reazione pavloviana, il dibattito sulla questione settentrionale: vds. i dati forniti da economisti sugli effetti della crisi, più che proporzionali nel breve al Nord e più strutturali al Sud: P. Baroni, *Sos lavoro, paese diviso. Ma il virus ha fermato la corsa del settentrione. Il dossier*, in *La Stampa*, 10 agosto 2020; l'indagine Svimez, i cui dati sono riportati da J. Orsini, *Conto più salato al Sud per l'occupazione, al Nord gli aiuti maggiori*, in *Il Messaggero*, 11 agosto 2020; l'editoriale di M. Giannini sullo stesso quotidiano del 9 agosto 2020: *La doppia questione settentrionale*. Da uno sguardo di insieme al decreto emerge che, su 109 articoli, 28, escluse le misure fiscali, siano destinati al sostegno all'economia e 27 al lavoro. Sugli specifici interventi di politica industriale (fondo "salva-aziende", agevolazioni Invitalia, rifinanziamento nuova Sabatini e grandi progetti nuove tecnologie) vds. C. Fotina, *Crisi e contrati di sviluppo, pacchetto da 700 milioni*, in *Il Sole 24 ore*, 15 agosto 2020. Si veda pure l'analitica rassegna delle misure su *La Stampa* del 9 agosto 2020 di F. Capurso, *Dall'Ue 28 miliardi per l'emergenza lavoro. Il piano per il Mezzogiorno sarà strutturale*. Un intervento che appare, come al solito, equilibrato oltre che informato è quello di D. Di Vico, *L'inutile duello tra Nord e Sud*, in *Corriere della Sera*, 14 agosto 2020. Vds. pure l'intervento dell'ex ministro del Governo Letta: C. Trigilia, *Mezzogiorno, un aiuto poco utile*, in *La Stampa*, 15 agosto 2015.

70. Si vedano le schede, molto chiare, contenute nel *Piano nazionale d'Impresa 4.0* del Ministero dello sviluppo economico (www.mise.gov.it/images/stories/documenti/investimenti_impresa_40_ita.pdf: iper- e super-ammortamento, nuova Sabatini, credito di imposta per R&S, credito di imposta formazione 4.0, contratti di sviluppo, accordi per l'innovazione, *patent box*, etc.). Com'è noto, la linea virtuosa tracciata da quel piano è stata abbandonata dai successivi governi e potrebbe essere ripresa in ragione della disponibilità dei finanziamenti del *Recovery Fund*.

71. Si rinvia soprattutto alle più analitiche e incisive schede predisposte dalla Commissione Colao, più volte citate.

72. Sul modello di intervento dello Stato nell'economia mediante *golden share* in imprese e settori strategici, ha insistito Romano Prodi in molti interventi giornalistici. Nello stesso senso pure l'economista Clemens Fuest nell'intervista citata alla nota 60. Persino Boris Johnson, erede di Margaret Thatcher, ha clamorosamente annunciato un piano di rinazionalizzazione delle ferrovie: vds. R. Palomba, *Nazionalizzazione ai tempi del covid-19 e i suoi precedenti*, Osservatorio CPI, 28 maggio 2020, https://osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-Nazionalizzazione%20OCPI.pdf. Attualmente questa tipologia di intervento sta riguardando principalmente il settore del trasporto aereo, ma fondi sono stati stanziati per interventi anche in altri settori. In Italia, il decreto "Cura Italia" e il successivo decreto "Rilancio" hanno previsto la nazionalizzazione di Alitalia attraverso una società a intera o prevalente partecipazione pubblica e l'istituzione di due fondi con dotazione pari a 350 milioni e 3 miliardi di euro rispettivamente. Inoltre, nel nuovo decreto "Rilancio" è stata affidata a Cassa depositi e prestiti la gestione di un patrimonio destinato a rafforzare il capitale di medie e grandi imprese tramite concessione di prestiti obbligazionari convertibili, aumenti di capitale e acquisto di azioni (https://osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-archivio-studi-e-analisi-nazionalizzazione-ai-tempi-del-covid-19-e-suoi-precedenti). Politiche di nazionalizzazione hanno accompagnato tutte le grandi crisi: per esempio, studi economici hanno messo in evidenza le nazionalizzazioni successive alla crisi del '29, con il TARP e al suo interno l'AIFP, *Automotive Industry Financing Program* americano, con il quale la Presidenza Obama salvò il settore dell'*automotive* nella crisi del 2008, in particolare le

di Riforma 2020. Altre incominciano a fare capolino, anche se in maniera rapsodica e a-sistematica nei decreti meno legati all'emergenza[73].

Pure in tal caso viene, tuttavia, in rilievo una peculiarità storico-culturale, non proprio positiva, del modello di capitalismo italiano: l'assenza di un automatismo fiduciario tra attori pubblici, privati e privati-collettivi o di norme sociali spontaneamente rispettate secondo la costruzione di teorici dell'economia istituzionalista; esso è notoriamente una riconosciuta precondizione di funzionamento di sistema proprio per le prassi virtuose (non regolabili dal diritto) che aiuta a diffondere in termini di senso civico e di accumulo di capitale sociale[74]. In diversi contesti di capitalismo evoluto (europeo continentale[75], per non parlare di esempi culturalmente eccentrici e ibridi anche per la forte e positiva influenza religiosa, come il Giappone)[76] è l'*automatismo fiduciario* che produce, come effetto sociale e istituzionale virtuoso, fluidificazione dei meccanismi relazionali nei rapporti tra Stato e imprese. Sia nella fase dell'ausilio incondizionato, sia in quella delle scelte pubbliche strategiche della *recovery*, moduli virtuosi e fluidi di cooperazione pubblico/privato si realizzano meglio, quasi in automatico, quanto più sono rodati i funzionamenti delle istituzioni dell'economia, e coese e fiduciarie le relazioni interistituzionali e tra le istituzioni e i privati. Del resto, alla base di ogni processo di riforma e cambiamento reale delle società che si definiscono liberali, come spiega Adam Gopnik, si pongono le modifiche incrementali e cumulative, dal basso e quotidiane, basate su «rapporti di fiducia, simpatia, tolleranza e compassione»: è quel che l'autore definisce «il liberalismo di processo»[77].

In Italia lo Stato e i suoi terminali, già nella fase 1 della crisi, non sono stati in grado di erogare direttamente, fluidamente, rapidamente e automaticamente gli aiuti finanziari occorrenti, con tassi minimi di controllo (procedimenti diffusi di autocertificazione)[78]; non solo per una pervasiva cultura del controllo *ex ante*, non solo per inefficienza della sua burocrazia pubblica ma anche privata (quella degli istituti

---

multinazionali americane Chrysler e General Motors, mentre Ford scelse di non prendervi parte. I piani presentati furono considerati non sufficienti e il fallimento non fu evitato, ma il Tesoro accordò lo scambio della sua posizione di creditore per i prestiti erogati con strumenti di partecipazione nelle due compagnie, emergenti dopo che erano state avviate le procedure fallimentari. Tale operazione portò il Governo statunitense a possedere circa il 60% del capitale della GM e il 10% di quello della Chrysler, a fronte di un'iniezione di liquidità complessiva pari a circa 64 miliardi di dollari. Come è noto, il programma di uscita del Governo americano fu molto rapido (già nel 2013, con un notevole margine di guadagno per lo Stato: un profitto complessivo di 16 miliardi di dollari). Nel decreto n. 104/2020, la possibilità di interventi dello Stato nel capitale di imprese, allo scopo di risanamento, è stata estesa anche a imprese con meno di 250 addetti.

73. Una sintesi in *Linkiesta* del 7 luglio 2020 a cura di L. Baratta, *cit.*; critiche sul ritardo e sulla genericità delle proposte del Pnr italiano in T. Boeri e R. Perotti, *All'Italia serve concretezza*, in *La Repubblica*, 24 luglio 2020. Una sintesi delle misure di politica industriale contenute nel decreto "Agosto" n. 104/2020 in C. Fotina, *Stato anche nelle Pmi trategiche. Sud, taglio del 30% ai contributi per 3 milioni di lavoratori*, in *Il Sole 24 ore*, 15 agosto 2020.

74. Sull'esistenza di norme sociali diffuse spontaneamente rispettate come condizione di accumulo di capitale sociale, sulle regole del gioco e sulle relazioni che ne derivano insiste uno dei maggiori esponenti dell'economia istituzionale, il Premio Nobel D. North, *Capire il processo di cambiamento economico*, Il Mulino, Bologna, 2006. Non per caso, nella introduzione al *Piano nazionale industria 4.0* l'allora ministro dello sviluppo economico Carlo Calenda metteva l'accento sull'esigenza di siglare un nuovo patto di fiducia: «quello che il Governo propone, impegnando risorse importanti nei prossimi anni, è un vero patto di fiducia con il mondo delle imprese che vogliono crescere e innovare. Impresa 4.0 investe tutti gli aspetti del ciclo di vita delle imprese che vogliono acquisire competitività, offrendo un supporto negli investimenti, nella digitalizzazione dei processi produttivi, nella valorizzazione della produttività dei lavoratori, nella formazione di competenze adeguate e nello sviluppo di nuovi prodotti e processi. Il successo del Piano Impresa 4.0 dipenderà dall'ampiezza con cui ogni singolo imprenditore utilizzerà le misure messe a disposizione». Secondo il sondaggio Ipsos-Comieco, il contagio avrebbe determinato un incremento del senso civico degli italiani: *Il contagio del civismo*, in *Corriere della sera*, 10 giugno 2020. Come è noto, alla base dell'arretratezza anche economica di alcuni territori italiani e della crescita senza sviluppo del nostro sistema ci sarebbe proprio il *gap* di senso civico, R. Putnam, *La tradizione civica nelle regioni italiane*, Mondadori, Milano, 1993.

75. L. Burioni, *Capitalismi a confronto*, *op. cit.*, in particolare i capitoli sul capitalismo continentale e sul capitalismo del Nord-Europa.

76. Sulla cultura civica e sull'etica religiosa confuciana della società giapponese, e sui suoi riflessi sul modello sociale, giuridico e di sviluppo, vds. l'insuperato volume del più grande studioso occidentale di cultura giapponese, A. MacFarlane, *Enigmatico Giappone*, EDT, Torino, 2007. Nella cultura giapponese, sia il salario sia il contributo fiscale vengono considerati non fredde prestazioni, ma "doni" del datore al proprio lavoratore e del cittadino allo Stato.

77. Scrive A. Gopnik, in quella sorta di manifesto del pensiero liberale moderno che è il volume *Il Manifesto del rinoceronte: l'avventura del liberalismo*, Guanda, Milano, 2020, ed. Kindle, pos. 893: «le tracce sepolte delle emozioni comuni, continuano a essere le vie della riforma liberale. Se i liberali confidano nella possibilità della riforma è perché sanno, istintivamente ed empiricamente, che in larga misura gran parte del lavoro di riforma viene compiuto prima che entri in gioco la politica. In altre parole abbiamo pienamente compreso che l'esistenza di strade invisibili – aree di discussione e dibattito, aree spontanee, private e non pianificate – è una precondizione essenziale per le società liberali. Ancora una volta, l'umanesimo precede il liberalismo».

78. Lo sottolinea il Consiglio dell'Ue, *Raccomandazione del Consiglio*, *cit.*, p. 7, punto 20: «i ritardi nei pagamenti approvati, siano essi da un'amministrazione a un'impresa o da un'impresa a un'altra impresa, dovrebbero essere evitati con ogni mezzo poiché riducono la liquidità di tutte le imprese, in particolare di quelle di piccole dimensioni».

bancari); non solo per la farraginosità dei meccanismi procedurali e per la disorganizzazione dei suoi apparati, fattori che costituiscono, comunque, una componente quasi strutturale del sistema, come la vicenda dell'erogazione degli ammortizzatori sociali e dei comportamenti degli enti erogatori (Inps e Regioni) ha messo in luce[79]. Ma soprattutto perché manca una componente basica di un contratto sociale funzionante, che riguarda molto da vicino il principio di responsabilità e la cultura dei doveri civici: vale a dire la fiducia dei privati nello Stato e nella prevedibilità dei suoi comportamenti e delle obbligazioni che assume e, all'inverso, la fiducia dello Stato e dei suoi apparati nei confronti di comportamenti "normali", e non frodatori o elusivi, degli operatori economici. È notoriamente acclarato che il tasso di pervasività di controlli formali inutili che incidono sulla produttività di sistema è direttamente proporzionale all'assenza di fiducia reciproca degli operatori nel mercato e nei rapporti con lo Stato[80].

Soprattutto il circuito stato-imprese-enti di mediazione (sistema bancario), come dimostra tutta la vicenda dell'attuazione del decreto "Liquidità"[81], è stato costruito all'insegna della reciproca e diffusa diffidenza: le banche nei confronti delle imprese e dello Stato in funzione di garante; le imprese e gli imprenditori, soprattutto minori, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e delle banche; lo Stato nei confronti di tutti i suoi interlocutori.

È il tema del *gap* di fiducia sistemica ("il chi si fida di chi"), appena sfiorato e posto in controluce dalla relazione della Commissione Colao, che rinvia non certo a un momento di terapia psicanalitica collettiva della nazione, delle sue componenti intermedie e della stessa società civile, ma che certamente racconta del bisogno di un *change* di etica pubblica, presupposto di grandi riforme morali dal basso mai realizzate e causa del mancato accumulo di capitale sociale e non certo surrogabili dalla morale pubblica imposta per legge o da pratiche giustizialiste, o dalla ricorrente polemica contro le varie categorie di "furbetti[82].

Anche tenendo conto di questi presupposti di cambiamento politico e culturale, l'idea di "vasto programma" di sostegno alle imprese contenuto nelle articolate proposte del rapporto Colao può costituire una base reale di discussione e operatività, a ogni livello, per la ripartenza[83]. Le proposte e gli obiettivi di breve, medio e lungo periodo della *recovery*, e anche l'indicazione degli strumenti per perseguirli, sono ampiamente e dettagliatamente indicati in quel documento; essi rischiano di essere gravemente sottovalutati e, alla fine, triturati nella *routine* distruttiva e autolesionista del dibattito pubblico italiano e di un'azione di governo più attenta ai propri equilibri interni che all'attuazione di quelle indicazioni[84].

3.1. Finanziamenti alle imprese e garanzia di livelli occupazionali mediante accordi sindacali nel decreto "Liquidità": vincolo alla libertà di impresa o relazioni cooperative per legge. Un inutile dibattito

In questo contesto un circoscritto dibattito è stato sollevato dall'art. 1, comma 2, lett. *l* del dl n. 23/2020[85]. Si tratta di garanzie statali (SACE) per l'accesso a forme di garanzie speciali per crediti bancari alle imprese in crisi di liquidità. Nel lungo elenco

79. Sul punto, oltre ai rilievi della Commissione Colao e delle stesse *Considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia*, *op. cit.*, vds. R. Del Punta, *Note sugli ammortizzatori sociali ai tempi del Covid-19*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2/2020, pp. 251 ss.

80. È sufficiente spulciare i dati del rapporto Eurispes Italia 2020 o l'ultimo rapporto del Censis 2019 (n. 53), da cui si evince che l'aumento della sfiducia è collegato alla crescente incertezza e prevedibilità dei comportamenti anche degli attori istituzionali.

81. Dl n. 23/2020, convertito in l. 3 giugno 2020, n. 40. Vds. il commento analitico di G. Amato e D. Campo, *Le misure a sostegno delle imprese nel Decreto Cura Italia e nel Decreto Liquidità*, in *Diritto bancario*, 8 maggio 2020, www.dirittobancario.it/approfondimenti/credito/le-misure-sostegno-delle-imprese-nel-decreto-cura-italia-e-nel-decreto-liquidita.

82. Nel dibattito pubblico pre- e post-pandemia si annoverano almeno cinque categorie di "furbetti": del cartellino, dello *smart working*, del reddito di cittadinanza o di emergenza, della Cig e, ultima arrivata, i furbetti di Montecitorio, i parlamentari che avrebbero percepito il *bonus* per i lavoratori autonomi. Ovviamente, senza particolari sforzi di fantasia, la declinazione della categoria potrebbe aumentare.

83. Si vedano le dettagliate proposte sintetizzate nelle schede 4.1 ss. (incentivi alla capitalizzazione delle imprese, semplificazione delle procedure di aumento di capitale, etc.), correlate alla parte 4 del rapporto.

84. Al contrario dell'aneddotica giornalistica, non si tratta solo di un documento di *policy*, ma anche di prospettazione di obiettivi molto analitici con indicazione pure di strumentazione; come modularli e realizzarli, nella pratica, non spetta certo a una commissione di esperti ma alla politica, al legislatore e alle amministrazioni, ognuno per la sua parte. La sensazione di astrattezza delle proposte deriva probabilmente da una lettura separata del Piano dalle schede. In queste ultime, per ogni singola problematica, oltre all'obiettivo specifico, sono indicati i dati di contesto (punti di forza e di criticità) e anche le azioni, a volte molto specifiche, suggerite, che possono ulteriormente essere limate e adattate ai contesti, nelle sedi decisorie adeguate.

85. Il dl n. 23/2020 implementa una serie di misure di sostegno creditizio e fiscale in favore delle imprese. La prima forma di ausilio consiste nell'assicurare agli imprenditori la garanzia del credito ottenuto da istituti di credito con contratti di mutuo o di finanziamento da parte di SACE Spa; garanzia che, peraltro, viene richiesta dagli stessi istituti di credito sulla base dell'accertamento dei requisiti di cui al decreto "Liquidità", come specificato dalla circolare Abi del 23 aprile 2020.

di condizioni della disposizione in commento è prevista pure l'assunzione dell'impegno, da parte dell'impresa ammessa al beneficio, di «gestire i livelli occupazionali mediante accordi sindacali».

Come è stato rilevato dai primi commentatori[86], la norma è di tenore generico: non detta alcuna indicazione in merito ai requisiti di rappresentatività dei sindacati ammessi a concludere gli «accordi sindacali»; non precisa quale debba essere l'oggetto degli accordi medesimi; non chiarisce cosa debba intendersi per gestione condivisa dei «livelli occupazionali»; non dà alcuna indicazione circa il *timing* dell'effetto occupazionale (prima o dopo l'agevolazione), né tantomeno specifica la dinamica quantitativa dell'effetto occupazionale conservativo: blocco totale o parziale dei licenziamenti; non chiarisce la natura e la portata del vincolo; si tratta di un "impegno" (onere) a fare accordi per l'impresa ammessa al beneficio, genericamente, con i sindacati. In sintesi, una "norma manifesto" o quasi.

Malgrado si tratti di una disposizione giuridicamente sbiadita, essa ha suscitato una breve fiammata polemica, di taglio giornalistico: da un lato, chi vi ha visto un grave attentato alla libertà di impresa, nella misura in cui la si interpreta come possibile transito, a regime, verso un potere di veto in capo al sindacato sui licenziamenti, senza alcun limite temporale, foriera di possibili interpretazioni estensive e di obblighi aggiuntivi rispetto a quelli informativi e di consultazione già contenuti nella legge n. 223/1991[87]; dall'altro, chi l'ha interpretata, invece, come meramente ricognitiva dello stato dell'arte delle relazioni cooperative tra imprese e sindacati in Italia, e comunque in linea con il metodo riflessivo che segna il diritto da emergenza Covid soprattutto in materia di prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro, ma non solo, con un virtuoso rinvio circolare tra legge e accordi tra le parti sociali[88].

La polemica appare inutile in ragione del fatto che la norma, oltre a essere provvisoria, è difficilmente produttiva di effetti giuridici, certamente meno della ben più efficace e pregnante normativa sul blocco (reale) dei licenziamenti (*infra*, § 4). Anzi, è praticamente assorbita e resa inutile da quella: se, comunque, l'impresa non può licenziare nella fase di emergenza (nel momento in cui si scrive, fino al periodo mobile 15 novembre/31 dicembre), la richiesta di condizionare le garanzie di credito all'impegno a non licenziare è del tutto ridondante. Il vincolo è, infatti, generato *aliunde*, vale a dire è (ben) presente nella partizione di legislazione emergenziale dedicata direttamente al lavoro. È la disposizione sul blocco dei licenziamenti (art. 46 dl n. 18/2020) ribadita, con qualche cambiamento, anche nel decreto "Agosto" (art. 14 dl n. 104/2020), che rende inutile la norma frettolosamente inserita nella partizione di legislazione dedicata agli aiuti all'impresa; essa, se si vuol essere precisi, sino a interventi più strutturali e non solo emergenziali, si limita a derubricare a onere quello che nella legislazione del lavoro è un vero e proprio obbligo di non licenziare.

La polemica serve probabilmente ad affilare le armi ideologiche in vista del "mondo che verrà": da un parte chi non si fida della libertà di impresa e vuole dirigerne e condizionare i comportamenti soprattutto attraverso vincoli normativi; dall'altra le imprese che temono ingerenze non tollerabili rispetto a provvedimenti, più auspicati, di aiuto non condizionato e che non si fidano di un legislatore e di una amministrazione che agiscono per ostacolare, anziché promuovere e affiancare.

Si aggirano, così, i veri nodi di fondo: in mancanza di fiducia sistemica e di meccanismi implementativi automatici, è il legislatore che si accontenta di disposti, in questo caso, inutili, con i quali si premura di colmare, con norme manifesto, il *gap* di capacità e di efficienza operativa nelle relazioni tra gli attori per la gestione dell'emergenza.

4. Il lavoro e la crisi: A) lavoro congelato, B) lavoro incentivato, C) lavoro attivato

Impresa e lavoro costituiscono endiadi indispensabili della *recovery*. Lo Stato può svolgere una funzione di facilitatore e di creatore di valore pubblico in una strategia coerente di sviluppo indirizzato. Il ruolo dell'impresa e, al suo interno, del lavoro produttivo,

86. Vds. Fondazione Studi Consulenti del Lavoro, *Decreto Liquidità: il sostegno alle imprese subordinato all'approvazione dei sindacati*, 27 aprile 2020, www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/amministrazione-del-personale/quotidiano/2020/04/28/decreto-liquidita-sostegno-imprese-subordinato-approvazione-sindacati; A. Sitzia e G. De Luca, *Cosa si intende per "impegno a gestire i livelli occupazionali mediante accordi sindacali" ai fini del "decreto liquidità" (d.l. 23/2020)?*, in *Bollettino Adapt*, 27 aprile 2020, www.bollettinoadapt.it/cosa-si-intende-per-impegno-a-gestire-i-livelli-occupazionali-mediante-accordi-sindacali-ai-fini-del-decreto-liquidita-d-l-23-2020/; *Livelli occupazionali e accordi sindacali: la pesante clausola del Decreto Liquidità*, https://servicematica.com/livelli-occupazionali-e-accordi-sindacali-la-pesante-clausola-del-decreto-liquidita/.

87. L. Gelmi e F. Toffoletto, *L'emergenza non giustifica limiti alla libertà d'impresa*, in *Il Sole 24 ore*, 16 aprile 2020.

88. A. Perulli, *Il dialogo tra imprese e sindacati non frena l'iniziativa economica*, in *Il Sole 24 ore*, 23 aprile 2020; *Id.*, «Diritto riflessivo» e autonomia collettiva al tempo di Covid-19, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2/2020, pp. 299 ss.

rimane tuttavia indeclinabile e centrale in ogni ipotesi di ripresa e di creazione di valore dopo la fase dei sussidi[89]. La scelta, nella fase dell'emergenza e del blocco produttivo, è stata di salvaguardare non solo i redditi, ma soprattutto i posti di lavoro privilegiando, in guise differenziate, strumenti di compensazione monetaria della riduzione di orario; questo non solo in Italia, ma in quasi tutti i Paesi europei, compreso il Regno Unito[90]. Negli Usa, come è noto, l'opzione è stata strutturalmente diversa, ma funzionalmente analoga: non impedire i licenziamenti, ma tutelare comunque i redditi dei lavoratori colpiti dal blocco, incrementando i sussidi diretti a imprenditori e a lavoratori (l'*helicopter money*) e incentivando fortemente le imprese a riassumere nella ripresa, possibilmente gli stessi lavoratori licenziati.

Sono pure note le diverse filosofie di politica del lavoro alla base degli strumenti di sussidio dei posti di lavoro in crisi (politiche passive) e di finanziamento della occupabilità e facilitazione delle transizioni (politiche attive)[91]. Tale linea di separazione di politiche e di strumenti, concettualmente e operativamente chiara in tempi ordinari[92], si è comprensibilmente sbiadita e offuscata nella straordinarietà della crisi pandemica, soprattutto nella fase acuta.

La maggioranza degli Stati europei, come detto, ha fatto ricorso iniziale più a misure di congelamento piuttosto che di facilitazione delle transizioni occupazionali. Il che è comprensibile: dalle vampate dell'incendio ci si difende mettendosi al riparo e salvando il salvabile; nella specie, l'*asset* patrimoniale – costituito dalle professionalità, *know how* cognitivo e relazioni umane fiduciarie – acquisito e consolidato dalle imprese fino allo scoppio improvviso della crisi e comunque necessario per la ripartenza.

Ovviamente, il quadro cambia negli scenari post-Covid, qualunque essi dovessero essere. Tutte le analisi delle autorevoli istituzioni citate, ancorché comprensibilmente caute e provvisorie, convergono sull'opportunità di un profondo e accelerato processo di cambiamento della morfologia produttiva e conseguentemente del lavoro; la crisi implicherà un rivolgimento del tessuto con settori perdenti e settori vincenti, con conseguenti necessari processi di mobilità e riconversione professionale[93]. Il che implica, per riprendere la metafora dell'incendio improvviso, interventi mirati a facilitare la distruzione di ruderi definitivamente compromessi e ad agevolare la ricostruzione di nuovi *asset* in cui la capacità di creazione e redistribuzione capillare di beni pubblici immateriali quali la conoscenza, la formazione e la riqualificazione professionale diventa fondamentale[94]. Il dibattito

89. Interessante, al tal proposito, la prospettiva indicata da M. Ferrera in un recente editoriale del *Corriere della sera* del 7 agosto 2020: *Lavoro, l'eccezione italiana*. Secondo l'Autore, puntare sui sussidi nella fase della ripartenza sarebbe "miope", posto che la ripresa sarà selettiva e non tutte le attività saranno in grado di riprendersi. Gli ammortizzatori sociali dovrebbero pertanto essere utilizzati per accompagnare il cambiamento, non per congelare lo *status quo*: il che non è agevolato dal blocco dei licenziamenti, che l'Autore critica. Sulla base di questa posizione, condivisa da altri (*infra*, note 94 e 95), Ferrera introduce una proposta originale. Gli alti tassi di inattività che caratterizzano, in negativo, il mercato del lavoro italiano, dovrebbero essere contrastati creando lavoro non dove molti pensano che debba farsi, aumentando i consumi o facendo partire gli appalti per le grandi infrastrutture (quindi nell'industria); ma colmando il *gap* occupazionale strutturale nel settore dei servizi pubblici, dell'istruzione, della sanità e nell'assistenza sociale (settore pubblico, privato e *no profit*); e poi nel settore dei servizi finanziari e assicurativi, nel settore dell'informazione e della comunicazione e nelle attività professionali, tecniche e scientifiche, compreso il settore della cultura. Secondo Ferrera, l'atrofia occupazionale italiana (i "colli di bottiglia") riguarderebbe non l'industria e la manifattura, ma proprio i servizi, tradizionali e avanzati, dove mancherebbero all'appello centinaia di migliaia di posizioni di lavoro qualificate, rispetto alle economie più avanzate e attrezzate. Il problema in Italia non sarebbe, quindi, solo di produttività ma anche di produttori. Onde la ricetta suggerita, per il Governo, non sarebbe quella di difendere, come sembra che stia facendo, i posti di lavoro esistenti, ma di promuovere la creazione di lavoro dove tutt'ora manca, nei servizi gestiti dallo Stato o da privati.

90. Riferimenti *supra*, note 2 e 13.

91. Si rinvia all'interessante studio di L. Casano, *Contributo all'analisi giuridica dei mercati transizionali del lavoro*, ADAPT University Press, Modena, specie il cap. III e i riferimenti ivi contenuti agli studi del maggiore teorico di tali mercati, Günther Schmid.

92. Per una riflessione sistematica sulla *flexicurity* si rinvia a B. Caruso - R. Del Punta - T. Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, Centre for the Study of European Labour Law (CSDLE) "Massimo D'Antona", 2020, p. 44 ss., http://csdle.lex.unict.it/Archive/AC/Webliography/Blogs/20200521-032536_Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treupdf.pdf; vds. pure M. Barbera, *La «flexicurity» come politica e come narrazione,* in B. Caruso - R. Del Punta - T. Treu (a cura di), *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2020.

93. Si rinvia al rapporto Colao; agli studi delle agenzie internazionali citati alla nota 2; alle *Considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia*, *op. cit.*; agli interventi ospitati nel volume Aa. Vv., *Il mondo che verrà*, *op. cit.*; vds. pure R. Prodi, *Le riforme per la crescita*, in *La Repubblica*, 24 luglio 2020; A. Illy e K. Schwab, *Un forum per dare vita a un «nuovo rinascimento»*, in *Corriere della sera*, 25 luglio 2020. È proprio di questi giorni la preoccupante notizia del rischio della scomparsa, in Italia, di storiche produzioni di qualità che segnano da secoli l'identità culturale ed estetica del nostro Paese: quella degli artigiani del vetro di Murano; vds. G. Visetti, *Il virus chiude Murano. "Salvate mille anni di arte del vetro"*, in *La Repubblica*, 12 agosto 2020.

94. Ovviamente gli economisti più di tendenza liberale e *pro-market* insistono su questa ricetta; vds. gli interventi di S. Stagnaro, dell'Istituto Bruno Leoni, *Contro l'Italia degli zombie. Liberate l'economia pietrificata*, in *Il Foglio*, 10 agosto 2020, e già durante il *lockdown*, *Il vaccino per l'economia*, *ivi*, 30 marzo 2020.

in corso tra politici, sindacalisti, imprenditori, economisti e giuristi, in Italia, si concentra proprio sul *timing* del passaggio dall'una all'altra fase e sul prevalere delle misure di conversione e di agevolazione alle transizioni su quelle di conservazione del lavoro, anche se improduttivo[95].

Le misure si articolano pertanto, utilizzando una certa dose di schematismo, lungo tre assi descrittivi: *lavoro congelato*, *lavoro incentivato* e *lavoro attivato*.

A) Certamente lungo il primo asse, *il lavoro congelato*, si attestano le proposte, in Italia, mirate a portare più avanti possibile nel tempo il *mix* blocco dei licenziamenti/interventi della Cig, con le dilatazioni universalistiche degli ammortizzatori realizzate prima con il decreto "Cura Italia", poi con il decreto "Rilancio" e infine con l'art. 14 del decreto n. 104/2020. Quest'ultimo provvedimento ha introdotto un blocco selettivo e mobile che può variare tra il 15 novembre e il 31 dicembre del 2020, a seconda delle diverse modalità di utilizzo della Cig e della de-contribuzione usufruita dalle imprese[96].

Tale tipo di proposta è comprensibile, e pure efficace[97], come prima reazione di *policy* pubblica agli effetti occupazionali immediati della crisi: si evita, comunque, il repentino crollo dell'occupazione e i conflitti sociali che ne deriverebbero.

È un modello di risposta che, tuttavia, riflette pure l'esigenza, di più lungo periodo, di indurre e agevolare le scelte aziendali di conservazione/congelamento delle risorse umane utilizzate prima della crisi Covid e su cui le imprese hanno magari fortemente investito in formazione, conoscenza e fidelizzazione[98]. Alternativa interna a questo approccio sono le proposte più selettive e di lenta transizione dalla conservazione alla riorganizzazione: per esempio concentrare gli ammortizzatori speciali con causale Covid-19, e a carico della fiscalità generale, sui settori e imprese più durevolmente colpiti in termini di calo di fatturato, in grado di dimostrare la connessione del calo con la situazione di mercato determinata dalla crisi – ristorazione privata e collettiva, attività legate al turismo internazionale, attività legate all'arte e allo spettacolo etc. –, ma anche incentivare l'attivazione dei lavoratori in Cig, con forte decontribuzione in un arco di tempo successivo

95. Il dibattito si è svolto, comprensibilmente per ora, soprattutto sulle colonne dei giornali: D. Di Vico, *La leva della produttività e quel richiamo di Visco che non piace al palazzo*, in *Corriere della sera*, 16 giugno 2020 (con espliciti riferimenti alle *Considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia*, *op. cit.*); G. Tabellini, *Perché prolungare il blocco dei licenziamenti non aiuterà il mercato del lavoro*, in *Il Foglio*, 13 giugno 2020; G. Galli, *La Cassa non va*, *ivi*, 7 agosto 2020; P. Ichino, *I rischi e gli abusi del sostegno al reddito*, *ivi*, 8 luglio 2020; T. Boeri, *Perché il divieto di licenziamento non è una buona idea (oltre che incostituzionale)*, in *La Repubblica*, 4 agosto 2020; R. Del Punta, *Il blocco dei licenziamenti si allunga da 2 a 5 mesi*, in *Il Sole 24 ore*, 23 maggio 2020; A. Garnero, *Cig trappola d'acciaio*, in *Il Foglio*, 1° luglio 2020. A favore del blocco, invece, la ministra del lavoro N. Catalfo, *Licenziamenti, il blocco non è un rischio*, in *Corriere della sera*, 10 agosto 2020; e le OO. SS.: *Landini: no ai licenziamenti o si rischia lo scontro sociale*, intervista in *La Repubblica*, 4 agosto 2020, alla vigilia del decreto dello stesso mese. Radicalmente contrari al blocco dei licenziamenti invece i Consulenti del Lavoro e Confindustria: *Se non si licenzia il rischio è il default*, in *La Stampa*, 24 luglio del 2020; *Le imprese non vogliono lo scontro sociale. Ma a chi ha perso il 30% serve flessibilità*, intervista a Pietro Ferrari, presidente di Confindustria Emilia-Romagna, in *La Stampa* del 7 agosto 2020; N. Picchio, *I paletti delle imprese tra riforme e misure di emergenza Covid*, in *Il Sole 24 ore*, 28 luglio 2020; E. Carraro (presidente di Confindustria Veneto), *Diamo più spazio ai contratti locali. La cassa integrazione è solo un'aspirina*, in *La Stampa*, 2 giugno 2020. Sulle prospettive di mutamento della morfologia del lavoro nel dopo Covid-19, vds. i *trend* individuati dalla multinazionale Gartner: M. De Medici, *Lavoro: Gartner traccia 9 trend (alla luce anche del Covid-19)*, 22 giugno 2020, www.digital4.biz/hr/lavoro-trend-2020-gartner-covid-19/. Vds. pure M. Bentivogli, È ora di innovare i lavori del futuro. Manifesto per ripartire, in *Il Foglio*, 12 maggio 2020, e l'intervista all'economista industriale P. Bianchi di L. Magna, *Coronavirus ed economia di guerra: l'Italia punti su robotica, automazione e smart working*, in *Industria italiana*, 7 marzo 2020, www.industriaitaliana.it/coronavirus-ed-economia-di-guerra-litalia-punti-su-robotica-automazione-e-smart-working/.

96. Il decreto "Cura ltalia" ha esteso la Cassa integrazione in deroga a tutti i lavoratori non coperti dalla Cig ordinaria e ha introdotto un'indennità per i lavoratori autonomi; il decreto "Rilancio" ha esteso questa indennità ai lavoratori stagionali, a quelli intermittenti e ai lavoratori domestici. Il decreto n. 104/2020 ha confermato, come si diceva, la politica dei *bonus*, selezionando per categorie di soggetti e settori. Il blocco dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo e la sospensione delle procedure di licenziamento collettivo sono stati stabiliti per 60 giorni dall'entrata in vigore del decreto "Cura Italia" n. 18/2020, art. 46, poi portato a 5 mesi dall'art. 80 dl n. 34/2020 (decreto "Rilancio"), convertito dalla l. n. 77/2020 e poi ulteriormente prorogato con delle eccezioni con il decreto "Agosto", art. 14 – vds. *infra*, nota 100.

97. In questo senso, M. Bentivogli, *Il "Teorema Tarzan"*, in *Il Foglio*, 7 agosto 2020. I dati occupazionali forniti dall'Istat dicono di un calo dell'occupazione dei lavoratori stabili sicuramente frenato dagli interventi di congelamento; i saldi occupazionali negativi si sono concentrati sui lavoratori con contratti flessibili, malgrado gli interventi sulla proroga dei contratti a termine di cui si dirà, e sulle partite Iva. Gli economisti dicono comunque di una ciclica sfasatura tra tempi della crisi e suoi effetti occupazionali reali, che arrivano sempre dopo. Vds. l'accurata analisi dei dati di luglio 2020 forniti dall'Istat di A. Brambilla e C. Negro, *La svolta green è un libro dei sogni. Meglio investire sulle infrastrutture*, in *La Stampa*, 1° agosto 2020. Il titolo dell'articolo rende solo parzialmente il contenuto dell'analisi degli autori del Centro Studi Itinerari Previdenziali.

98. È la tesi del segretario della Cgil Landini, *Avanti col blocco dei licenziamenti. E serve un nuovo contratto sociale*, intervista rilasciata a *La Stampa* del 1° giugno 2020, secondo il quale durante il blocco dei licenziamenti le imprese potrebbero dedicarsi alla formazione dei dipendenti. Si è obiettato che tale possibilità teorica riguarda solo le imprese in possesso di ampia liquidità, mentre il tessuto produttivo italiano è costituito soprattutto di piccole imprese non in grado, proprio per ragioni di liquidità, di poter gestire a lungo il blocco dei licenziamenti, ancorché accompagnato dalla Cig: P. Garibaldi, *Non si vive di sussidio*, in *La Stampa*, 24 luglio 2020.

al reinserimento lavorativo, etc. [99]. Con riguardo ai licenziamenti, la mediazione raggiunta con il decreto di agosto è di continuare nel blocco, ma non fino al 31 dicembre come richiesto dalle organizzazioni sindacali, bensì secondo modalità di scadenza "mobili" e inserendo delle deroghe al blocco[100].

Sono di quattro ordini le criticità del blocco dei licenziamenti con intervento di ammortizzatori statici e delle proposte che li sorreggono.

i. Il primo ordine, di tipo *contingente-finanziario*: più dura il congelamento occupazionale statico, più le misure di sussidio al lavoro improduttivo, che non crea valore perché sospeso o ridotto, diventano insostenibili, soprattutto con riguardo alla dimensione del debito italiano[101].

ii. Il secondo, di *efficacia/efficienza economica* e di mercato delle misure economiche di congelamento del mercato interno delle imprese[102]. Analisi economiche tendono a dimostrare l'inefficacia economica degli ammortizzatori tradizionali perché molte imprese rischierebbero di emergere, comunque, in dissesto dalla crisi[103]. Altri studi sull'intervento della Cig nella grande depressione del 2011 dimostrano l'inefficienza dell'ammortizzatore tradizionale: sono stati sussidiati in larga misura rapporti di lavoro a bassa produttività, spingendo i lavoratori a rimanere vincolati a imprese

99. È l'ipotesi di P. Garibaldi, *La ripresa e la minaccia di licenziare*, in *La Stampa*, 13 luglio 2020.

100. Sull'originario blocco dei licenziamenti collettivi e per giustificato motivo oggettivo, di natura generalizzata, e non flessibile e mobile, *ex* art. 46, dl n. 18/2020, e sulle conseguenze in caso di sua violazione, vds. F. Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2/2020, pp. 313 ss.; M. De Luca, *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite (note minime)*, Centre for the Study of European Labour Law (CSDLE) "Massimo D'Antona", *working paper* n. 424/2020. Secondo il Ministero del lavoro e l'Inps, l'eventuale licenziamento, comunque irrogato, in attesa della pronuncia di illegittimità del giudice, non preclude l'accesso alla NASpI. Con il decreto n. 104/2020, all'art. 14, secondo alcuni (A. Maresca, *Il divieto di licenziamento per Covid è diventato flessibile (prime osservazioni sull'art. 14, DL n. 104/2020)*, inedito) si sarebbe operata una discontinuità con il precedente blocco generalista, introducendo un blocco mobile e flessibile. Più nel senso della continuità del nuovo intervento normativo con il precedente, F. Scarpelli, *Proroga del blocco dei licenziamenti. Per favore diamone interpretazioni ragionevoli*, in *Comma 2*, 20 agosto 2020, www.comma2.it/?view=article&id=169:proroga-del-blocco-dei-licenziamenti-per-favore-diamone-interpretazioni-ragionevoli&catid=16. Nell'art. 14, frutto di un evidente e mal riuscito compromesso politico, si ribadisce il blocco per le imprese che possono ancora usufruire della cassa integrazione Covid prorogata (art. 1) o che ne hanno già usufruito nei mesi precedenti del *lockdown* – praticamente quasi tutte – (art. 3), con un meccanismo farraginoso che proroga di fatto il blocco sino al 31 dicembre. Non viene inserito un termine generale eguale per tutte le imprese, ma il divieto di licenziamento varia a seconda del periodo in cui la singola azienda fruisce dell'ammortizzatore sociale o dell'esenzione contributiva; il blocco, flessibilmente, si differenzierebbe, secondo la lettura esegetica di Maresca, anche in ragione del fatto se il licenziamento sia da connettersi a una riduzione di attività o di orario integrabile o esonerabile per causale Covid, ovvero se il licenziamento (in tal caso legittimo) sia determinato da riorganizzazione (per esempio, chiusura di una unità produttiva o di un reparto autonomo). La flessibilità, pertanto, deriverebbe dalla scomposizione tra cause di licenziamento e causale Covid da integrazione o esonero, che non necessariamente coinciderebbero. Nel caso di causale Covid, si prevede l'estensione del divieto di licenziamento per ragioni economiche per tutto il periodo (continuativo o frazionato) in cui il datore di lavoro beneficerà della (ulteriore) cassa integrazione Covid o dell'esonero dal versamento dei contributi. Il dubbio circa la possibilità di intravedere gli elementi di flessibilità sostenuti da A. Maresca deriva dalla difficoltà, invero riconosciuta dallo stesso Autore, di operare simili distinzioni, che le renderebbero oltremodo rischiose. Quel che potrebbe essere possibile in astratto (distinguere la causale della Cig o dell'esonero contributivo, riduzione di attività o di orario, dalle più articolate fattispecie di licenziamento economico) appare di difficile accertamento pratico, anche sotto il profilo degli oneri probatori a carico del datore di lavoro. Oltretutto la dimensione olistica che ha assunto la crisi – non solo la riduzione di attività o di orario è comunemente riconducile al Covid, ma anche qualunque ipotesi di riorganizzazione e di ristrutturazione è comunque in qualche modo ad esso ricollegabile – rende l'ipotesi interpretativa rischiosa. Di fronte al rischio dell'impugnazione e di pronunce demolitive, ove opererebbe con ogni probabilità la sanzione, reintegratoria e non risarcitoria, delle «altre nullità previste dalla legge», molto più prudente sembrerebbe o rinviare la riorganizzazione a dopo il 31 dicembre, confidando nella resipiscenza del legislatore, ovvero procedere ai licenziamenti consensuali tramite accordo sindacale (*infra*), ovvero ancora saturare le possibilità di utilizzo della Cig o della decontribuzione; il che darebbe luogo, secondo una piana interpretazione della norma, alla possibilità di licenziare. La norma esclude, poi, esplicitamente dal blocco le imprese in casi di cessazione definitiva e di fallimento. Secondo una tesi, tale esclusione, che opera dal 18 agosto, era già nel sistema e non occorreva ribadirla con decreto, ma il legislatore ha inteso esplicitarla. È possibile – come si accennava –, con l'art. 14, il licenziamento con il diritto alla NASpI anche in ipotesi di accordi collettivi aziendali (non territoriali o nazionali) stipulati non da Rsa o Rsu, ma direttamente dai sindacati comparativamente più rappresentativi, con adesione dei singoli lavoratori che scelgono di accettare la risoluzione. Sotto il profilo sistemico, appare questa la novità maggiore dell'art. 14. Secondo gli osservatori, tale disposizione segnerebbe un passaggio di *focus* dalla Cig alla NASpI ed eviterebbe *escamotage* elusivi (finto licenziamento con accordo conciliativo successivo) per consentire il ricorso alla NASpI. In effetti la disposizione, che è comunque limitata a ipotesi di adesione volontaria al licenziamento in sede di accordo sindacale (secondo modalità tecniche ben descritte nel contributo di Maresca), non sembra possedere un tale effetto dirompente sul sistema; essa consente, ragionevolmente, di semplificare situazioni al margine e paradossali, dovute al perdurare del blocco, evitando il ricorso a *escamotage* creativi e inserendo la mediazione negoziale attiva del sindacato. Il che certamente non è poco.

101. Le critiche più radicali in tal senso provengono da economisti liberali: vds. gli interventi di Stagnaro, *cit. supra* alla nota 94, ma anche Tabellini e Boeri, *cit.* alla nota 95.

102. Vds. M. Pagano, *Estendere la Cig e il blocco dei licenziamenti per tutto il 2020? Meglio di no*, in *Il Foglio*, 3 luglio 2020.

103. Lo studio E. Carletti - T. Oliviero - M. Pagano - L. Pelizzon - M.G. Subrahmanyam, *The equity shortfall of Italian firms in the COVID crisis: A first assessment*, in *Vox* (Centre for Economic Policy Research), 19 giugno 2020, https://voxeu.org/article/equity-shortfall-italian-firms-covid-crisis, stima che, malgrado cassa e blocco, il 16,7% delle imprese che ne hanno usufruito (con circa 800 mila dipendenti) saranno insolventi a fine anno.

poco produttive[104]; ciò invero anche in ragione del mal funzionamento in Italia del versante delle politiche attive della *flexicurity*, fattore non trascurabile, ma trascurato dagli economisti[105].

iii. Il terzo ordine di criticità, di tipo *giuridico-costituzionale*: se un blocco emergenziale dei licenziamenti è certamente compatibile con una limitazione temporanea di una libertà economica fondamentale (l'art. 41, comma primo, della Costituzione), è proprio il protrarsi nel tempo della misura, come più volte, ad altri scopi, ha stabilito la Corte costituzionale, che ne determina la incostituzionalità sopravvenuta[106]. In tal caso, la tollerabilità del blocco della libertà di impresa, in termini di durata, deve essere rapportata al segmento temporale medio in cui tale libertà, in condizioni normali, viene esercitata. Si consideri che, con riguardo alla sospensione della libertà negoziale collettiva, il parametro di riferimento utilizzato dalla Corte costituzionale, nell'operare il bilanciamento tra interessi generali tutelati dal blocco della contrattazione (le ragioni del bilancio pubblico) e sacrificio della libertà negoziale, si proietta sull'unità temporale dell'anno (Corte cost., n. 178/2015); ciò, verosimilmente, in ragione della durata del ciclo ordinario di rinnovo dei contratti collettivi nel settore pubblico misurato in anni.

Appare, allora, ragionevole ritenere che la eventuale sopravvenuta illegittimità del blocco della libertà di licenziare, in ragione della sproporzione del sacrificio imposto alla libertà di impresa *ex* art. 41 Cost., non potrebbe che essere valutato con l'unità temporale riferita al mese; ciò in ragione del fatto che la stessa legge ordinaria, con riguardo al licenziamento collettivo, pone un vincolo di durata della procedura calcolato in giorni, secondo quanto previsto dai commi 6, 7 e 8 dell'art. 4 l. n. 223/1991 (similmente per la procedura di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, secondo quanto previsto dall'art. 7 l. n. 604/1966 per il lavoratori soggetti al regime Fornero)[107].

iv. Il quarto di ordine di criticità è di tipo *gestionale*: non è del tutto vero che il blocco dei licenziamenti sia pienamente funzionale alla preservazione del bene risorsa umana e degli investimenti, pubblici e privati, in esso incorporati (marxianamente, il capitale variabile di una impresa); soprattutto se questo costituisce una scelta imposta per legge. La funzione di valorizzazione della risorsa umana è riconducibile, prima ancora che alla libertà di impresa di scegliere il proprio modello organizzativo, a scelte strategiche più ampie che coinvolgono la stessa *governance* societaria, come nel caso della *Benefit Corporation*; o anche ai modelli di *corporate social responsibility*, ove i lavoratori e lavoratrici sono considerati sempre più come *stakeholder*s prima ancora che dipendenti. Rileva, in tal caso, non tanto il principio di libertà di impresa, ma le strategie più di fondo, la *mission* e la stessa filosofia aziendale in termini di produttività, di innovazione tecnologica e organizzativa, di rapporto con gli *stakeholders*, di posizionamento nel mercato anche di beni pubblici (per esempio, prodotti e consumi ecocompatibili), di politiche di valorizzazione delle *capability*. Con conseguente adattamento del mercato interno dell'impresa al contesto esterno: non più soltanto, coesianamente, la riduzione dei costi di transazione, ma la gestione ottimale di contratti relazionali e fiduciari. Non è un caso che un importante filone della letteratura organizzativistica sulle *Human Management Resources* si stia orientando a suggerire agli uffici di gestione del personale opzioni non solo *strategic* ma anche *sustainable* di sviluppo delle risorse umane, compatibili con obiettivi di sostenibilità generale e di aumento della produttività aziendale attraverso la partecipazione dal basso dei lavoratori e delle lavoratrici e la valorizzazione delle *capability* diffuse[108]. In tale approccio alle HR, rileva l'elemento soggettivo della persona attiva (*human*), piuttosto che quello oggettivo/utilitarista della risorsa. Orbene, simili strategie di gestione – comprensive

104. G. Giupponi e C. Landais, *Subsidizing Labor Hoarding in Recessions: the Employment & Welfare effects of short time work*, Centre for Economic Performance (LSE), *discussion paper* n. 1585 (2018), 26 maggio 2020, https://econ.lse.ac.uk/staff/clandais/cgi-bin/Articles/STW.pdf.

105. Si rinvia alle considerazioni di M. Bentivogli, *Il "Teorema Tarzan"*, *op. cit.*

106. Si rinvia alle considerazioni di R. Del Punta, *Il blocco dei licenziamenti*, *op. cit.*

107. La procedura di licenziamento collettivo deve concludersi in 45 giorni dalla comunicazione, con riguardo alla procedura in sede sindacale; si aggiungono, in caso di mancato accordo in sede sindacale, altri 30 giorni per la sede amministrativa; termini dimezzati se i lavoratori coinvolti sono meno di 10. La libertà di licenziare, quindi, in regime ordinario, può essere sospesa al più 45 giorni (più eventuali altri 30). Pare evidente la durata eccezionale di un blocco che si protrae ormai, per i licenziamenti collettivi, dal 23 febbraio e, per i licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo, dal 17 marzo 2020 (*cfr.* art. 46 dl n. 18/2020 e successive proroghe). Ogni successiva proroga, oltre quella ultima divisata dal decreto n. 104/2020, all'art. 14, sarebbe allora da considerarsi costituzionalmente illegittima perché la sospensione della libertà di licenziamento, in tal caso, dovrebbe considerarsi, secondo la qualificazione della Corte costituzionale, di natura strutturale.

108. Vds. R. Kramar, *Beyond strategic human resource management: is sustainable human resource management the next approach?*, in *The International Journal of Human Resource Management*, vol. 25, n. 8/2014, pp. 1069-1089.

anche dell'opzione "conservativa" delle risorse umane nella crisi – non possono essere imposte o governate paternalisticamente per legge; al limite, in fasi di crisi come quella attuale, possono solo essere promosse e orientate attraverso provvedimenti normativi non invasivi dell'autonomia del *management* aziendale, ma che si limitino a *incentivare* le politiche pro-occupazionali e conservative delle imprese.

B) Qui si innesta il secondo asse delle misure normative di crisi riguardanti il lavoro: quello del *lavoro incentivato*. Intorno a tale asse si possono aggregare proposte normative di vario contenuto, ma convergenti sull'obiettivo di incentivare la conservazione del lavoro o la sua creazione, anche con contratti flessibili e a tempo determinato.

Con riguardo agli ammortizzatori sociali circolano proposte di una razionalizzazione nel segno della semplificazione burocratica e dell'universalità, che rilancino la funzione di strumenti di politica attiva e non solo passiva; di aggiustamento, dunque, del *Jobs Act* con l'obiettivo di fluidificare le transizioni e con un forte rilancio della "formazione di qualità" in azienda durante la sospensione. Altre proposte indicano la possibilità di un'autorizzazione trasparente di momenti di lavoro attivo extraziendale durante la sospensione del rapporto principale; altre ancora rivalutano le procedure di ricollocazione per garantire transizioni governate[109]; mentre unanime è il consenso su investimenti finanziari per aumentare la qualità dell'azione e la produttività dei centri per l'impiego deputati alle politiche attive. Di segno diverso, le proposte di incentivo a preservare il lavoro in azienda, in attesa del rilancio, con interventi non di riduzione dell'orario di lavoro, ma mirati a una forte riduzione di costo a parità o quasi di orario; ciò agevolerebbe processi di coinvolgimento e di mantenimento dei lavoratori in attività, in attesa del pieno ripristino della normalità produttiva, e renderebbe più fluidi i processi di riorganizzazione e del rilancio aziendale.

Va pure inserita in quest'ordine di misure di incentivazione del lavoro la riduzione dei vincoli a rinnovi e proroghe dei contratti di lavoro a tempo determinato, con l'eliminazione delle causali introdotte dal decreto "Dignità"[110]. L'alternativa in campo è se considerare l'allentamento di tali vincoli, in quanto foriero di precarietà occupazionale, limitato al periodo di emergenza in senso stretto come già previsto; ovvero se prendere atto del fatto che l'incertezza strutturale determinata dalla crisi debba consentire un ripristino della possibilità delle imprese di programmare, anche a breve, la propria provvista di manodopera in un arco temporale che non coincida necessariamente con l'emergenza. La creazione di occupazione appare prioritaria, soprattutto in una fase in cui è prevedibile un profondo ridisegno della morfologia del lavoro per l'effetto combinato della crisi epidemica e dell'accelerazione ulteriore dell'innovazione tecnologica e della digitalizzazione[111]. Sembrano allora più ragionevoli le proposte mirate a incentivare, contemporaneamente, assunzioni a termine e successive conversioni: puntare, cioè, anziché su vincoli e divieti, su forti incentivi

109. Oltre a R. Del Punta, *Note sugli ammortizzatori*, *op. cit.*, vds. le proposte contenute in Aa.Vv., *Gli ammortizzatori sociali nel post Coronavirus*, in *Astrid* (*Rassegna*), n. 7/2020 (8 maggio). Una sintesi, in C. De Vincenti e T. Treu, *Un nuovo fondo più efficace per gli ammortizzatori sociali*, in *Il Sole 24 ore*, 14 luglio 2020. Il Ministro del lavoro ha costituito una commissione di esperti da cui si attende «un disegno organico di rilancio delle politiche attive»; ne dà conto *Il Sole 24 ore* del 14 agosto, *Lavoro: 20 miliardi fondi UE per riforma Cig, donne e giovani*. Il primo segnale sarebbe il rifinanziamento biennale del fondo nuove competenze previsto dall'art. 4. Su questa disposizione, vds. il commento di S. Ciucciovino ed E. Di Fusco, *Fondo nuove competenze operativo per due anni*, in *Il Sole 24 ore*, 14 agosto 2020. La ministra del lavoro Catalfo punta molto, come rilancio delle politiche attive, sul rifinanziamento di tale fondo; vds. la sua intervista a cura di C. Tucci, *Ora nuove regole per lo smart working in tempi non Covid*, in *Il sole 24 ore*, 18 agosto 2020.

110. Art. 93 l. n. 77/2020 di conversione del dl n. 34, «*Disposizioni in materia di proroga o rinnovo di contratti a termine e di proroga di contratti di apprendistato*»: «in deroga all'articolo 21 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, per far fronte al riavvio delle attività in conseguenza all'emergenza epidemiologica da COVID-19, è possibile rinnovare o prorogare fino al 30 agosto 2020 i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato in essere alla data del 23 febbraio 2020, anche in assenza delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81». Ora, nel decreto "Agosto", all'art. 7 si prevede, sempre per favorire il rinnovo dei contratti a termine, l'esonero dal versamento dei contributi previdenziali per assunzioni a tempo determinato nel settore turistico e degli stabilimenti termali. Grazie all'art. 8, che modifica l'art. 93 dl n. 34/2020, è possibile, per i contratti in essere, sino al 31 dicembre 2020, la proroga o il rinnovo senza causale per un periodo massimo di 12 mesi, per una sola volta e ferma restando la durata massima complessiva del contratto di 24 mesi. In sede di conversione dell'art. 93 era stato inserito l'art. 1-*bis*, che imponeva la proroga automatica dei contratti a termine e di somministrazione per i periodi di sospensione. Tale disposizione di congelamento dei contratti a termine e di somministrazione, al di là di esigenze reali di proseguimento dell'attività dopo la sospensione, aveva suscitato forti critiche dal versante delle imprese: era stata considerata equivalente a una sorta di imponibile di manodopera; vds. A. Maresca, *Allarme delle imprese sui contratti prorogati anche se il lavoro non c'è*, in *Il Sole 24 ore*, 24 luglio 2020; pure G. Falasca e A. Rota Porta, *Rebus sul periodo da recuperare e sulle conseguenze generali*, in *Il Sole 24 ore*, 27 luglio 2020. La norma sembra comunque essere stata eliminata con il decreto "Agosto" con qualche problema residuo di situazioni transitorie: G. Falasca, C*ontratti a termine, rinnovo senza causali fino al 31 dicembre*, in *Il Sole 24 ore*, 14 agosto 2020. Radicalmente contrario a ogni allentamento, anche transitorio e provvisorio, della disciplina del decreto "Dignità", P.G. Alleva, *Decreto dignità. Lavoro precario ultimo assalto*, in *Il Fatto quotidiano*, 1° luglio 2020.

111. Per una completa messa a fuoco dell'innovazione digitale e delle questioni connesse nel post-Covid, il *paper* di A. Fuggetta, *L'innovazione e il digitale per il rilancio del Paese*, in *Astrid* (*Rassegna*), n. 7/2020.

di ordine normativo ed economico alla conversione del contratto originariamente a termine.

C) Molto più strategico è il terzo asse (*il lavoro attivato*), di cui poco si discute in generale in Italia, se non nel limitato circolo delle imprese di industria 4.0 e in quelle che hanno in programmazione, o in via di realizzazione, modelli organizzativi e gestionali ispirati alla prassi e alla filosofia delle risorse umane sostenibili e allo sviluppo dinamico delle *capability*[112]. Va da sé che le politiche industriali di forte incentivazione all'innovazione, di cui si è detto al paragrafo precedente, costituiscano soltanto uno dei due *bright sides* della luna del cambiamento: mai come nella quarta rivoluzione industriale che si sta vivendo, l'innovazione della tecnica si è accompagnata a un incremento del lavoro di qualità, basato sulla conoscenza e sulla valorizzazione di *capability* individuali; talché politiche industriali avanzate e politiche di attivazione del lavoro di qualità (il lavoro appagante e non solo decente) finiscono per costituire una strategia olistica.

Non è questa la sede per descrivere in dettaglio tali modelli di attivazione delle risorse umane; si tratta di strategie di *human management* autonomamente perseguite dalle imprese e solo limitatamente o indirettamente attivabili dai decisori politici e dai legislatori[113] ; esse sono considerate in grado di coniugare alti tassi di produttività e qualità del lavoro, soddisfazione con riguardo alle politiche remunerative e rilevanti *outcome* di benessere organizzativo: aziende, secondo indagini diffuse, fortemente ambite dagli stessi lavoratori[114].

4.1. Polvere di stelle e polvere vera sullo smart working

È probabile che il lavoro da remoto, in modalità più o meno agile, rimanga il lascito più duraturo, ma anche il più conteso della crisi pandemica[115]; ciò proprio per le luci e le ombre che evoca[116]. Qualora si dovessero, anche solo in parte, consolidare i dati di

112. Nella ricognizione dell'ampia letteratura sul tema di R. Kramar, *Beyond strategic human resource management*, *op. cit.* si sostiene: «*This approach seeks to maintain organisational and particularly the HRs of an organisation, so that consumption and reproduction of resources enable the organisation to survive in the future. Once again, this approach is framed in terms of the open-systems framework. Organisations are therefore required to acknowledge the importance of the value and quality of people within the organisation. Institutions external to the organisation, such as education and training institutions, also influence the availability of the quantity and quality of people available to the organisation*», aggiungendo, a p. 1075: «*Although these terms differ in the extent to which they attempt to reconcile the goals of economic competitiveness, positive human/social outcomes and ecological outcomes, they are all concerned with acknowledging either explicitly or implicitly human and social outcomes of the organisation. They all recognise the impact HR outcomes have on the survival and success of the organisation. All of the above terms are subsumed in this paper under the broad term of sustainable HRM. In addition, some of the research which explore the relationship between HRM and broad economic, social and ecological/environmental outcomes, but does not include 'sustainable' as a term, particularly GHRM, will be considered within the examination of sustainable HRM*». Vds. pure T. Garavan - V. Shanahanb - R. Carbery - S. Watson, *Strategic human resource development: towards a conceptual framework to understand its contribution to dynamic capabilities*, in *Human Resource Development International*, vol 19, n. 4/2016, pp. 289 ss.; M. Fortier e M. Albert, *From Resource to Human Being: Toward Persons Management*, in *SAGE Open*, n. 3/2015, pp. 1-13, https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2158244015604347; E. Dagnino, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, ADAPT University Press, Modena, 2019. Tali idee si vanno diffondendo nelle pratiche del *management*; vds. M. Marchesano, *Non c'è fase 2 senza grandi investimenti nel capitale umano*, intervista a Massimo Antonelli, ceo di EY, in *Il Foglio*, 23 maggio 2020. Pure le opinioni di *manager*, centri studi, economisti raccolte da *Il Foglio* del 4 giugno: *L'Italia ce la può fare. Spunti di ottimismo.* Sul fronte delle organizzazioni internazionali, vds. l'importante documento dell'International Labour Office (ILO), *Work for a brighter future. Global Commission on the future of Work*, Ginevra, 2019, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662410.pdf. Lo human-*in-command approach* va inteso come «approccio basato sulla necessità per l'essere umano di conservare un controllo su quanto svolto dalla macchina e di intervenire sulle decisioni che tramite gli algoritmi vengono adottate».

113. Si possono citare, come modello di legislazione di promozione, gli interventi di agevolazione delle politiche di conciliazione e di incentivazione ai modelli di *welfare* aziendale. Si rinvia per tutti a B. Caruso, *"The bright side of the moon": politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2/2016, I, pp. 177 ss.

114. Si rinvia al recente volume di P. Ichino, *L'intelligenza del lavoro*, Rizzoli, Milano, 2020, ed. Kindle, specie cap. II («Quando sono i lavoratori a scegliersi l'imprenditore»).

115. Si rinvia a B. Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2/2020, pp. 215 ss. Per un'analisi comparata del lavoro a distanza nella fase acuta della pandemia, vds. G. Pigni, *Il lavoro da remoto come misura necessaria per affrontare l'emergenza Covid-19. Le scelte dei governi in Europa e negli USA*, in *ADAPT*, *working paper* n. 14/2020.

116. Numerosissimi gli interventi di autorevoli *columnist* sulla stampa quotidiana dislocati su tre sostanziali posizioni: a favore, contro e da usare *cum grano salis*. Tra i più significativi e meglio argomentati, D. Di Vico, *Ragioniamo senza fretta sul lavoro a distanza*, in *Corriere della sera*, 5 luglio 2020; B. Severgnini, *La casa o l'ufficio: le cinque trappole*, in *Corriere della sera*, 5 luglio 2020; INAPP, *Gli effetti indesiderabili dello smart working sulla disuguaglianza dei redditi in Italia*, *policy brief* n. 20/2020 (luglio), e intervista al Presidente S. Fadda (https://inapp.org/it/inapp-comunica/sala-stampa/comunicati-stampa/22072020-lavoro-inapp-lo-smart-working-favorisce-i-redditi-alti-e-gli-uomini), ripreso da R. Amato, *Lo Smart working premia i ricchi e pesa sulle donne*, in *La Repubblica*, 22 luglio 2020. A favore dell'esperienza, A. Bonaccorsi - R. Iaccarino - M. Meda, *I nemici dello smart working sono i nemici della produttività*, in *Il Foglio*, 27 giugno 2020; D. De Masi, intervistato da I. Trovato sul *Corriere della sera* del 6 giugno 2020: *Da casa siamo produttivi tanto*

diffusione incrementale di tale modalità organizzativa della prestazione di lavoro, le ricadute sarebbero ad ampio spettro[117]. Si avrebbe un impatto, innanzitutto, sull'organizzazione del lavoro delle imprese e delle pubbliche amministrazioni; ma pure sul modo di concepire il lavoro nell'esperienza esistenziale dei singoli individui; non sarebbero da escludersi ricadute con riguardo al contenitore giuridico-formale, l'art. 2094 cc, nella nuova dimensione spazio-temporale e nella interconnessione permanente che le tecnologie digitali consentono; posto che andrebbe ripensata anche la qualificazione giuridico-concettuale di tale fattispecie: il lavoro cd. agile, se confermato nell'attuale estensione, potrebbe difficilmente essere considerato *soltanto* una modalità della subordinazione tradizionale.

Gli effetti della diffusione, stabile e strutturale, del lavoro a distanza, nella modalità *smart*, consentita dalle tecnologie digitali e dal consolidamento strutturale della rete (il 5G)[118], si estenderebbero, peraltro, oltre l'organizzazione del lavoro sino a toccare anche l'organizzazione sociale delle città; ciò con riguardo ai tempi di vita e di lavoro, alla possibile separazione residenziale tra luoghi di vita e di lavoro e sede di lavoro, con quel che ne segue in termini di possibile ripensamento degli spazi urbani e con futuribili implicazioni sociali, di mobilità geografica e persino di ripensamento culturale (il *south working* o il *workation*)[119]; con effetti persino sulle architetture interne dei luoghi abitativi privati, che incominciano a essere riprogettati per tener conto anche dell'*home working* stabilizzato[120].

Una pluridimensionalità di effetti, quindi, in grado di interrogare, contemporaneamente, le scienze del lavoro, dell'economia, dell'organizzazione, dell'amministrazione, dell'urbanistica, dell'architettura, della psicologia; un impatto sul paradigma del lavoro sociale, come sinora lo si è conosciuto e studiato.

Si tratterebbe (il condizionale è d'obbligo, a processo aperto e in divenire) di un cambiamento di tipo strutturale che non va né esaltato né demonizzato, ma soltanto osservato e declinato nelle sue conseguenze; per ciò che concerne gli studiosi di diritto del lavoro, anche giuridiche e regolative.

In Italia il dibattito su questa significativa prospettiva di cambiamento organizzativo e culturale, innescato dalla crisi Covid, rischia di essere mortificato e ridotto a polemica politica bagatellare. La polvere sul lavoro agile viene sollevata, ricadendovi, soprattutto, dove c'era da aspettarselo: nell'esperienza della pubblica amministrazione. Qui il cambiamento, potenzialmente sperimentale e innovativo (un vero e proprio *shock* riorganizzativo imposto dai provvedimenti di ordine pubblico e sanitario legati

---

quanto la Germania, e i vari interventi di M. Corso, sempre misurati, dell'Osservatorio del politecnico di Milano, *Sono otto milioni. Ma la vera sfida comincia adesso*, in *La Repubblica*, 25 maggio 2020; F. Amicucci - M. Bentivogli - R. Nacamulli, *Smart working, il futuro passa da nuovi valori e competenze*, in *Il Sole 24 ore*, 27 marzo 2020.

117. I dati di ricorso allo *smart working* in Italia durante il Covid sono "ballerini" e, ovviamente, *in progress* in ragione delle varie fasi di allentamento del *lockdown*; si è in attesa di valutazioni attendibili dei centri di ricerca per serie storico-statistiche verosimili. Gli organi di stampa riportano dati di vari sondaggi: secondo R. Amato si è passati dal 4% dei lavoratori nella fase pre-Covid al 18 % durante il *lockdown*: *Smart working, l'Italia s'è desta ma siamo fra gli ultimi in Europa*, in *La Repubblica*, 20 luglio 2020; L. Mazza, *Smart working in calo ma resiste. Oggi il 5,3% sta lavorando da casa*, in *Avvenire*, 23 giugno 2020. Con riguardo alla pa, circolano dati del Dipartimento della funzione pubblica, anche questi inattendibili data la notoria frammentazione delle amministrazioni in Italia: www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/09-06-2020/statali-uno-su-tre-restera-lavorare-smart-working. Si vedano comunque i dati citati da C. Casadei, *Nella Pa smart working promosso grazie ai dispositivi dei lavoratori*, in *Il Sole 24 ore*, 3 giugno 2020; R. Querzè e L. Salvia, *Statali, a casa 7 su dieci*, in *Corriere della sera*, 20 giugno 2020.

118. Presupposti strutturali della diffusione dello *smart working* sono la banda larga e la rete 5G. Si rinvia ad A. Fuggetta, *L'innovazione e il digitale*, *op. cit*. Onde le diffuse polemiche contro i ricorsi ai Tar e le (poche) ordinanze di sospensione dei posizionamenti dei ripetitori necessari.

119. Non è ancora chiaro se le esperienze cui si dà risalto nella cronaca giornalistica estiva siano sintomi di cambiamento reale o solo "colore": il *south working* fa riferimento a esperienze di organizzazione sistematica di rientro al Sud di giovani cervelli (e non solo), impiegati in imprese o centri di ricerca del Nord o in Europa; onde la possibilità di lavorare a Milano godendosi il sole della Sicilia; ne danno conto seri *reportage*: J. D'Alessandro, *Dallo* smart working *al* south working. *"Per lavorare a Milano vivendo a Palermo"*, in *La Repubblica*, 26 giugno 2020; L. Baratta, *Lavoro vista mare. Cosa serve davvero al centro-sud per non perdere l'occasione del* southworking, in *Linkiesta*, 27 luglio 2020. Il *workation* fa riferimento al fenomeno dell'offerta turistica di case vacanze specificamente attrezzate per operare in *smart working* anche durante le vacanze – vds. *Diversamente ufficio. Questa strana estate in "workation" al lavoro nella seconda casa al mare*, *La Repubblica* (*Affari&finanza*), 27 luglio 2020. Sugli effetti anche demotivazionali (intrinseci) del *blurring time*, tra lavoro, vacanza e tempo libero, vds. la ricerca di L.G. Giurge e K. Woolley, *Don't Work on Vacation. Seriously*, in *Harvard Business Review*, 22 luglio 2020, https://hbr.org/2020/07/dont-work-on-vacation-seriously.

120. Si vedano gli ampi *reportage* sulla situazione dei centri urbani soprattutto delle grandi città nel post-Covid, desertificati a favore delle periferie che, invece, vivono una inusitata vivacità; e ciò per le assenze nei centri dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni remotizzati, con un effetto di crisi maggiore per alcuni settori: ristorazione privata e collettiva; da cui la polemica intervista del sindaco di Milano Sala contro lo *smart working* dei pubblici dipendenti nell'intervista rilasciata a *La Repubblica* del 19 giugno: *"Basta smart working. Torniamo al lavoro"*. Vds. il bell'articolo di M. Molinari, *Home working, nuova frontiera del lavoro*, in *La Repubblica*, 26 luglio 2020, e il *reportage* di G. De Stefani, *I centri svuotati rischiano un buco di 3 miliardi l'anno*, in *La Stampa*, 27 luglio 2020.

all'emergenza)[121], rischia di essere sepolto sotto la coltre di comportamenti di *moral hazard* dei soliti noti: frange minoritarie di dipendenti infedeli e non socializzati all'etica del lavoro, ma a quella del lavoro assistito, che vedono nel lavoro da remoto una grande opportunità di "non lavoro" autorizzato[122]; sindacalisti proni ad assecondare gli interessi micro-corporativi in qualunque modo si manifestino; responsabili degli uffici non in grado di gestire la oggettiva difficoltà di ripensare l'organizzazione dell'ufficio in termini di risultati e obiettivi e non di procedure *standard*, peraltro, solo parzialmente taylorizzate, e che, invece, vi sarebbero obbligati per dare senso al lavoro a distanza; il Governo che, con provvedimenti improvvidi, ha quasi senza volerlo preso atto di tale situazione[123] e che, come sembra pensare la Ministra per la pubblica amministrazione, scambia una norma di contingentamento obbligato del lavoro a distanza (il 50% dei dipendenti) affidato a un acronimo dal vago sapore di piano e di progettualità (il cd. "Pola"), con l'ennesima e decisiva (solo annunciata) rivoluzione organizzativa dell'amministrazione pubblica, che non tiene conto dei vincoli e delle inefficienze micro-organizzative[124].

Nelle imprese private il cambiamento è stato ben più di sostanza: in questo caso, pur in mancanza an-

121. Si rinvia a L. Zoppoli, *Dopo la digi-demia*, *op. cit.*; M.D. Ferrara, *Oltre l'emergenza. Lavoro, conciliazione e agilità in situazione di fragilità*, Centre for the Study of European Labour Law (CSDLE) "Massimo D'Antona", *working paper* n. 426/2020, pp. 16 ss**.** Dal 19 luglio, data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto "Rilancio", n. 77/2020, viene superata, attraverso il meccanismo della deroga, la previsione dell'art. 87, comma 1, lett. *a*, dl n. 18/2020 che, in conseguenza dell'emergenza epidemiologica, ha limitato la presenza, negli uffici pubblici, alle sole attività indifferibili e urgenti. L'art. 263 consente alle amministrazioni di prevedere il rientro in servizio anche del personale fino ad oggi non adibito alle attività indifferibili e urgenti, ferma restando la necessità, per le stesse amministrazioni, di aggiornare e implementare la mappatura di quelle attività che, in base alla dimensione organizzativa e funzionale di ciascun ente, possano essere svolte in modalità agile, con l'individuazione del personale da assegnare alle stesse, anche ai fini del raggiungimento dell'obiettivo indicato nella norma di applicare il lavoro agile al 50% del personale impiegato nelle suddette attività. La stessa norma supera anche la previsione del comma 3 dell'art. 87 e, quindi, non sarà più possibile, a partire dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, esentare dal servizio quei dipendenti pubblici le cui attività non siano organizzabili in modalità agile. Con il decreto "Rilancio" si è quindi inaugurata la fase del graduale rientro dei lavoratori della pubblica amministrazione in *smart working*, le cui direttive attuative sono contenute nella circolare 27 luglio 2020, n. 3, del Ministro per la pubblica amministrazione; direttiva alla quale si sono adeguate nei dettagli operativi le varie amministrazioni dello Stato: per il Ministero della salute vds. la circolare della Direzione del personale del 31 luglio 2020.

122. Il tema dell'abuso dello *smart working* nella pubblica amministrazione costituisce un capitolo a parte. Sull'uso nella pa, già durante *il lockdown*, del lavoro da casa come surrogato funzionale ed economicamente vantaggioso rispetto alla Cig dei lavoratori privati, si rinvia a B. Caruso, *Tra lasciti e rovine*, *op. cit.* La polemica sullo *smart working* come vacanza di fatto per i dipendenti pubblici è stata scatenata da Pietro Ichino in varie interviste; la capofila è sul *Corriere della sera* del 16 giugno 2020: *Smart working? Per gli statali una vacanza*; il tema è poi ripreso su *Milano&finanza* del 27 giugno 2020, dove l'Autore parla di «*letargo del settore pubblico*», e su *La verità* del 28 luglio 2020. Ichino cita esempi di rallentamenti del funzionamento di uffici, in effetti autorizzati, indirettamente, dai primi provvedimenti di emergenza che consentivano spostamenti in avanti di termini di procedimenti amministrativi. Vds. pure C. Cerasa, *La differenza tra divano e smart working. La rivoluzione che manca al lavoro pubblico*, in *Il Foglio*, 13 luglio 2020. A Ichino, a muso duro, ha risposto, su *il Fatto quotidiano* del 23 giugno 2020, D. De Masi: *Con lo smart working ci guadagnano tutti.* A soccorso della tesi di Ichino sarebbero intervenuti i dipendenti della Regione siciliana e i dipendenti del Comune di Napoli: vds. il caso del dirigente della Regione siciliana che ha denunciato il rischio di perdita di fondi da inattività dei dipendenti regionali, *C'è un miliardo UE da usare. Basta ferie, tornate in ufficio*, *Corriere della sera*, 1° agosto 2020; sui dipendenti del Comune di Napoli, invece, vds. *La sfida degli impiegati, Senza smart working ad agosto tutti in ferie*, *Il Mattino*, 30 luglio 2020. Altri casi di ritardo da lavoro a distanza hanno riguardato le sovraintendenze e il PRA: L. Salvia, *Statali a casa sette su dieci*, in *Corriere della sera*, 20 giugno 2020. Vds. pure la seria e realistica analisi "dall'interno" di F. Verbaro, *Così il telelavoro divide la Pa in due: i dipendenti qualificati e gli esuberi di fatto*, in *Il Sole 24 ore*, 22 giugno 2020, secondo il quale il telelavoro avrebbe diviso «la Pa in due: i dipendenti qualificati e gli esuberi di fatto nella distribuzione dei carichi di lavoro che rispecchia la polarizzazione di competenze. Emerge un mondo sommerso di sottoccupati, figli di una strutturale cattiva gestione del personale nella Pa e di una dirigenza immersa nell'attività funzionariale, poco capace di organizzare e programmare il lavoro. Molte attività come quelle di segreteria, ad esempio, presenti in molti processi e uffici, oggi sono scomparse o incorporate in quel processo di semplificazione prodotto dalla digitalizzazione. Data l'età media elevata dei dipendenti e la scarsa o pessima attività di riqualificazione (se non le progressioni di carriera abbondanti degli anni 1999-2009), è naturale che emerga del personale poco utilizzabile o in eccedenza (...). Arduo parlare di un incremento generalizzato della produttività. Dobbiamo infatti ricordare che il governo ha, tra le tante misure, adottato la sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi (...). Pochi inoltre possono lavorare utilizzando piattaforme che consentono di accedere ad archivi, alla documentazione utile, di aggiornarsi, di protocollare o di lavorare in *team*. Con lo Smart Working è emerso anche quello che tutti sanno e che non si dice: nella Pa una parte di personale non è facilmente utilizzabile. Per almeno due motivi: per la pigrizia del datore di lavoro pubblico, per il quale il personale è una risorsa data su cui soffermarsi solo all'atto del concorso e al momento del pensionamento; e perché le attività con basse competenze si sono ridotte, assorbite in altre attività o esternalizzate».

123. I provvedimenti di sospensione dei termini in vari settori della pubblica amministrazione *ex* art. 103 dl n. 18/2020.

124. Vds. l'art. 263 del decreto "Rilancio", la cui conversione ha visto l'approvazione dell'emendamento del Movimento 5 stelle sul cd. Pola, «Piano organizzativo del lavoro agile», secondo il quale le amministrazioni dovranno prevedere che in futuro, per le attività che possono essere svolte in modalità agile, almeno il 60% dei dipendenti possa avvalersene. Il Pola, sezione del piano delle *performance*, si aggiunge allo stesso, secondo la tecnica *add-on*, insieme al Piano per la digitalizzazione, al Piano per la prevenzione della corruzione e la trasparenza, ai piani triennali di fabbisogno di personale, ai piani per la formazione del personale, peraltro cancellati; in ciò consolidando il metodo dell'amministrazione per adempimenti formali. Vds. F. Verbaro, *Dopo il Ptfp e il Pdp arriva il «Pola»: tanti piani, niente strategia*, in *Il Sole 24 ore*, 13 luglio 2020.

cora di oggettive e incontrovertibili rilevazioni di dati e di evidenze empiriche, la sensazione è stata di uno sforzo di cambiamento organizzativo e produttivo reale, innescato dalla crisi, ma con effetti che si tende a rendere sistematici e durevoli.

Si si volesse operare una sintesi concettuale del fenomeno emergente, estrapolando da una realtà ibrida, magmatica e in divenire, è come se si fossero stabilizzati nella prassi tre diversi modelli/sottotipi sociali; in disparte va considerato il lavoro agile emergenziale regolato dalla normativa Covid, di origine unilaterale e semplificato negli adempimenti formali, di cui si è già detto e di cui non si dirà in specifico in questa sede.

I tre sottotipi sociali tendenziali sono così definibili: lo *smart working innovativo*; lo *smart working normalizz*ato e lo *smart working conciliativo* in senso stretto.

Il modello più "luccicante", su cui si è depositata la polvere di stelle, è quello *innovativo*; la sua profilazione *smart* annovera un accordo individuale, geneticamente proposto dall'azienda, o dal lavoratore stesso, e funzionalmente arrangiato-organizzato bilateralmente, sovente nella cornice (non necessaria) di accordi aziendali; esso riguarda soprattutto professionalità medio-alte, con intensità di formazione e *know-how* cognitivo, capacità di apprendimento continuo e di uso e controllo delle nuove tecnologie digitali[125]. È un modello che implica prestazioni con ampia autonomia e forti responsabilità, a prescindere dal ruolo e dall'inquadramento formale. Per le prestazioni di queste figure di *smart workers* (le uniche per cui, in effetti, l'aggettivo *smart* è adeguato) risultano poco funzionali gli istituti tradizionali del rapporto di lavoro subordinato: retribuzione collegata all'orario, assoggettamento al potere direttivo, inquadramento gerarchico, etc.; si tratta, peraltro, di lavoratori generalmente meglio remunerati per la stretta interconnessione della retribuzione, e della prestazione, con obiettivi, progetti, e con coinvolgimento nei risultati e nelle strategie aziendali. È l'idealtipo o, se si vuole, l'archetipo, che in qualche modo si intravede, a mo' di inchiostro simpatico, nel capo II della l. n. 81/2017, già anticipato dalla contrattazione aziendale in imprese con politiche avanzate di HRM. In questo caso, se si volesse problematizzare il quadro normativo, varrebbe la "provocazione della fattispecie": a un simile sottotipo sociale di lavoro agile non sta in qualche modo stretto il contenitore tradizionale del 2094 cc? La risposta non può essere neppure abbozzata in questa sede; vale però accennare all'indubbia resilienza della fattispecie tradizionale che è stata in grado di adattarsi financo alla figura dell'*alter ego* del datore di lavoro: il dirigente anche con ruoli manageriali elevati[126]. In tale ipotesi, come si è avuto modo di sostenere, verrebbe esaltato, da un lato, il profilo collaborativo della fattispecie; dall'altro, come *pendant*, una visione più istituzionale, partecipativa e a-conflittuale dell'impresa[127].

Il secondo modello, che si è definito *normalizzato*, è meno luccicante del primo, ma non per questo opaco; è il socialtipo che probabilmente più si affermerà nella immediata fase post-pandemia, strutturandosi come *standard*, soprattutto nella pubblica amministrazione: una modalità di lavoro ordinariamente subordinata, più diffusa rispetto alla fase pre-Covid, la quale ibrida[128] e alterna la prestazione normale in presenza con la modalità agile a distanza per periodi predeterminati e con modalità (controlli, verifiche, tempi di collegamento, etc.) concordate prevalentemente dalla contrattazione collettiva – meglio quella aziendale, ma pure quella nazionale, come rivendicato dalle organizzazioni sindacali[129]. Su questo sottotipo sociale si annunciano, però, pericolose incursioni legislative di tipo regolativo per bilanciare l'unilateralità gestionale dell'emergenza: accentuazione del diritto alla disconnessione, maggiori limiti alla flessibilità di orario, regolamentazione delle fasce di reperibilità, maggiori controlli, estensione delle misure di sicurezza del lavoro in presenza; si opererebbe, così, un appiattimento regolativo del lavoro agile sul telelavoro, una sussunzione del primo nel secondo[130].

125. Lavoratori, come li definisce l'ILO, «ad alto ingaggio cognitivo»: ILO, *Work for a brighter future*, *op. cit*.

126. Vds., *amplius*, B. Caruso - R. Del Punta - T. Treu, *Per un diritto del lavoro sostenibile*, *op. cit*.

127. Tale impostazione pure in P. Ichino, *L'intelligenza del lavoro*, *op. cit*., ed. Kindle, pos. 1824 ss.

128. La metafora dell'ibrido è ripresa pure dalla stampa economica: U. Torelli, *Metà casa, metà ufficio. Pronti al lavoro ibrido?*, in *Corriere della sera* (*Economia*), 20 luglio 2020.

129. Vds. A. Furlan, *La disconnessione è un diritto. Bisogna ripensare i contratti*, in *La Stampa*, 27 luglio 2020; P. Griseri, *Landini: "Ma ora serve un contratto per il lavoro da casa"*, intervista, in *La Repubblica*, 30 aprile 2020, proposta ribadita successivamente: vds. R. Amato, *Smart working? La Cgil: "Così è lavoro fordista dentro le mura di casa. Va regolato con i contratti"*, in *La Repubblica*, 18 maggio 2020. Il tema è stato subito ripreso da autorevoli esponenti del Governo (*Smart working e contratti: dal Governo sì alle regole*, *La Repubblica*, 3 maggio 2020). Una prima regolamentazione contrattuale proviene dal contratto nazionale del settore del freddo industriale (la notizia è apparsa su *Italia oggi*, 31 luglio 2020).

130. Si fa riferimento al ddl del Movimento 5 stelle, presentatrice la Senatrice Riccardi, di cui dà conto A. Gagliardi, *Orari, reperibilità,*

Sul versante della regolamentazione, soprattutto se dovesse prevalere l'opzione legislativa, si tratterebbe in tal caso di un *déjà vu*: più spazi regolativi alle fonti tradizionali inderogabili, più legge che contratto collettivo, riducendo proporzionalmente, o azzerando, lo spazio che la legge attuale riserva all'autonomia individuale. Si finirebbe, così, per considerare il lavoro agile non tanto una scelta e un progetto organizzativo bilaterale e condiviso, con al centro l'autonomia individuale che regola il traffico del rapporto (l'accordo come fonte e come regolamento contrattuale). Si darebbe luogo, invero, a una soluzione regolativa che richiamerebbe da presso quella del *part-time*: l'autonomia individuale ridotta soltanto, o quasi, al momento genetico; su tale accordo si inserirebbero vincoli e limiti funzionali, di natura inderogabile o quasi, a pretesa garanzia del lavoratore. In effetti, questo modello normalizzato dall'irrigidimento legislativo (che presuppone il conflitto di interessi e non la collaborazione paritaria) non giustificherebbe, in astratto, neppure l'accordo originario: il lavoro agile a distanza, regolato e vincolato per legge, potrebbe considerarsi a quel punto, secondo lo schema ordinario, rientrante nell'ambito del potere direttivo del datore di lavoro, funzionale a una sua scelta organizzativa che il lavoratore dovrebbe solo subire, fatto salvo il rispetto dei vincoli normativi di legge e di contratto collettivo. Le dinamiche concrete, di rilievo giudiziario (non a caso nella pubblica amministrazione), di questo modello normalizzato sono state evidenziate dalla vicenda della rivendicazione dei buoni pasto anche per il lavoro a distanza, già approdata nelle aule dei tribunali[131].

Il terzo modello è quello *conciliativo* in senso stretto[132]; in esso, come avvenuto nella regolamentazione transitoria pandemica[133], si prefigurano "frammenti" di diritto soggettivo al lavoro agile per fasce limitate di lavoratori/lavoratrici fragili[134], ovvero con a carico soggetti fragili o figli minori. Questo socialtipo rinvia a uno schema regolativo anche in tal caso tradizionale e ricorsivo, ancorché di maggiore attualità del precedente, soprattutto nella misura in cui si intravedono "fili" di collegamento con il diritto antidiscriminatorio: una condizione soggettiva che fa scattare il diritto, o la preferenza nella scelta, in caso di offerta datoriale, alla modalità agile conciliativa; non un diritto pieno e assoluto, tuttavia, perché a sua volta da conciliare o, meglio, da mediare con le esigenze organizzative dell'impresa. Si tratta di un modello che può generare, come già avvenuto nella fase della pandemia, contenzioso e fisiologici conflitti di interesse tra impresa e lavoratore[135]. Appare evidente l'autonomia socialtipica di tale modello, che trova certamente più spazio nella legislazione *ad hoc* sulla conciliazione (vds. la direttiva Ue 2019/1158)[136] piuttosto che nella legge sul lavoro agile.

Questi tre modelli sono separabili con chiarezza solo concettualmente: si tratta di socialtipi, nella prassi ibridati e compresenti, in dipendenza di fattori diversi: politiche aziendali pregresse e di ripartenza,

---

riposo: cosa prevede il primo Ddl sullo smart working, in *Il Sole 24 ore*, 31 luglio 2020. Della necessità di un intervento normativo parla la ministra Catalfo nell'intervista del 18 agosto, *cit.*: *Ore nuove regole per lo Smart Working*.

131. Trib. Venezia, 8 luglio 2020, n. 1069, che ha stabilito, con ampia motivazione, che i buoni pasto non sono dovuti al lavoratore in *smart working*. Il caso riguardava i dipendenti del comune di Venezia (per il testo con la motivazione vds. www.studiocerbone.com/tribunale-di-venezia-sentenza-08-luglio-2020-n-1069-i-buoni-pasto-non-sono-dovuti-al-lavoratore-in-smart-working/). Secondo il Tribunale, poiché il buono pasto non è un elemento della retribuzione, né un trattamento comunque necessariamente conseguente alla prestazione di lavoro in quanto tale, ma piuttosto un beneficio conseguente alle modalità concrete di organizzazione dell'orario di lavoro, esso non rientra nella nozione di trattamento economico e normativo che deve essere garantito al lavoratore in *smart working ex* art. 20 l. n. 81/2017. Per un commento a caldo, vds. L. Olivieri, *P.a., smart working senza ticket*, in *Italia oggi*, 10 luglio 2020.

132. Il modello è ben configurato e messo a punto, storicamente e normativamente, da A. Tinti, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, Centre for the Study of European Labour Law (CSDLE) "Massimo D'Antona", *working paper* n. 419/2020 e, *ivi*, ulteriori richiami. Vds. pp. 32 ss., ove il giusto rilievo della intima complessità dei bisogni conciliativi di cui la legge si dovrebbe far carico e che gravano forse eccessivamente sull'impianto della l. n. 81/2017. Nella stampa economica i commentatori dello *smart work* pandemico, in effetti, incominciano espressamente a riferirsi allo *smart work* conciliativo, pur senza particolare consapevolezza dell'autonomia normativa e concettuale: vds. A. Bottini, *Diritto allo smart working dei genitori fino a inizio scuola*, in *Il Sole 24 ore*, 7 agosto 2020, che non a caso si augura un rapido ritorno «allo *smart working* ordinario».

133. A. Tinti, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, *op. cit.*, pp. 40 ss.

134. Vds., con riguardo soprattutto alle fragilità, M.D. Ferrara, *Oltre l'emergenza*, *op. cit.*, pp. 14 ss.

135. La natura di diritto è stata confermata dai primi giudici; *cfr*. le ordinanze *ex* art. 700 cpc di Trib. Bologna, 23 aprile 2020, e Trib. Grosseto, 23 aprile 2020; nel primo caso la lavoratrice disabile, con figlia convivente disabile, era stata messa in cassa integrazione, mentre nel secondo caso il lavoratore, affetto da grave patologia, era stato posto in ferie. Nella fase successiva, la giurisprudenza ha in qualche modo derubricato la natura di diritto potestativo della legislazione di emergenza facendo vale il profilo della compatibilità con le mansioni. Così Trib. Mantova, ord. 26 giugno 2020, n. 1054, ha negato la pretesa del lavoro agile a un genitore di una ragazza minore di 14 anni, dichiarando l'incompatibilità del lavoro agile con le mansioni del ricorrente (un ingegnere con compiti di gestione e manutenzione dei parcheggi, con moglie, dipendente da un'amministrazione regionale, in modalità lavoro agile).

136. A. Tinti, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, *op. cit.*, p. 23.

fattori organizzativi, produttivi e tecnologici, contesto ambientale e sociale, maggiore diffusione della cultura dell'innovazione, etc.

È evidente che l'attuale modello di regolamentazione pre-Covid, di tipo minimale e che promuove l'autonomia privata e favorisce soluzioni flessibili e individualizzate, consentirebbe la convivenza e la copertura integrale dei tre modelli indicati (solo soluzioni di irrigidimento legislativo sarebbero in contrasto con la funzione dell'istituto); soprattutto se il modello conciliativo in senso stretto[137], da transitorio, divenisse normativamente stabile.

Nulla osta, infatti, nell'attuale regolamentazione pre-Covid, a che l'accordo individuale, necessario *ex* art. 19 l. n. 81/2017, possa inserirsi nella cornice (una sorta di rete di protezione) del contratto collettivo anche di livello nazionale, meglio aziendale, ancorché non previsto da espliciti rinvii della legge: specificazione del diritto alla disconnessione, maggiore regolazione della flessibilità in ragione delle diverse professionalità, ibridazione e organizzazione della prestazione a distanza e in presenza, etc. Le due fonti, contratto individuale e contratto collettivo, potrebbero integrarsi, secondo moduli anche innovativi, per soluzioni virtuose di tipo aziendale, addirittura sartoriale per gruppi o singoli lavoratori.

Ben diversa la prospettiva qualora dovesse prevalere, nel post-Covid, la soluzione dell'intervento regolativo forte, vincolante, di stampo paternalistico/garantista; tale modello è caldeggiato dai cultori della regolamentazione statalistica dell'epoca del "*Corona sozialismus*", ampiamente presenti nella compagine governativa, anche nella veste di consulenti, e nel Parlamento attuale. In tal caso, il lavoro agile andrebbe messo nella soffitta degli esperimenti abortiti e si tornerebbe al telelavoro regolato per legge, normalizzato nel settore privato, e adattato nel settore pubblico, generando nel contesto dell'amministrazione pubblica, secondo uno schema consueto, l'ennesima regolazione separata, fonte generatrice di privilegi micro-corporativi.

5. Le organizzazioni di interessi e la crisi: tra dialogo – e intelligenza – sociale e vuoto ritualismo

La crisi sanitaria ed economica in atto ha messo in evidenza un positivo ruolo delle parti sociali, rinsaldando il dialogo proattivo e producendo soluzioni regolative sulla emergenza sanitaria (i protocolli di sicurezza Covid), surrogatorie e integrative della regolamentazione legale, di indubbia qualità[138]. Si è riconosciuto l'impatto e il ruolo positivo dell'azione delle parti sociali e dell'intelligenza sociale da esse espressa e praticata nella drammatica vicenda ancora in atto. Si sono apprestate misure concertate di contrasto all'emergenza epidemiologica, anche minute e adattate alle peculiarità organizzative e di esposizione al contagio nei diversi luoghi di produzione e lavoro. Una prova reale di democrazia negoziale e partecipata dal basso, che ha esitato risposte efficienti e calibrate di contrasto alla diffusione del virus.

Tutto ciò ha finito per costituire la più efficace delle confutazioni possibili dell'ideologia e della pratica della disintermediazione, nella misura in cui si è ribadita la crucialità della funzione di rappresentanza e di intermediazione sociale e politica delle grandi organizzazioni storiche, di rilievo nazionale. Queste ultime sono state in grado di produrre concertazione negoziale diffusa, ma centralmente organizzata, ad alta salienza politica, in un contesto di emergenza sanitaria drammatica[139]: ne sono emersi protocolli sanitari che dal centro, o da alcune realtà che hanno funzionato da modello e da *best practice*, si sono espansi a macchia d'olio sin nelle articolazioni periferiche del sistema produttivo e nelle amministrazioni pubbliche. I protocolli sono stati adattati sinuosamente alle diverse realtà, utilizzando intelligentemente e dinamicamente le acquisizioni che gli scienziati, progressivamente, andavano consolidando; con tutte le inevitabili incertezze di un virus originariamente sconosciuto negli effetti e nella propagazione.

---

137. Dubbi in tal senso da parte di A. Tinti, *op. ult. cit.*, anche con riguardo alla introduzione successiva della disposizione più nel senso della *ratio* conciliativa, l'art. 18, comma 3-*bis*: «I datori di lavoro pubblici e privati che stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile sono tenuti in ogni caso a riconoscere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità previsto dall'articolo 16 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, ovvero dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104».

138. Oltre A. Perulli, *«Diritto riflessivo»*, *op. cit.*, si rinvia a P. Pascucci, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 2/2019, pp. 98-121; M. Marazza, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia (Covid-19)*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2/2020, pp. 267 ss.

139. Onde la necessità di un rapido rilancio della contrattazione collettiva ordinaria, che appare bloccata, anche con la riscoperta e il rilancio del livello territoriale: R. Querzè, *I nuovi contratti? Serve una svolta legata ai territori*, intervista a T. Treu, in *Corriere della sera*, 14 agosto 2020. Vds. la proposta del segretario della Cgil Landini di rilanciare la contrattazione collettiva nazionale con lo strumento della detassazione: portare al 10% la tassazione sui nuovi aumenti – *Maurizio Landini: "Serve un Rinascimento del lavoro. Detassiamo gli aumenti contrattuali"*, in *La Stampa*, 15 agosto 2020.

Si è così istaurato un rapporto dinamico e interattivo con la scienza medica e i suoi chierici che ha ricordato, *mutatis mutandis*, le progressive e, forse irripetute, esperienze di medicina democratica, collegata al movimento sindacale degli anni settanta e ottanta del secolo scorso.

È del resto nel DNA delle grandi organizzazioni di interessi italiane (sin dai tempi di Guido Carli e Luciano Lama, per non dire di Giuseppe Di Vittorio) di farsi carico di interessi pubblici e generali e mettere in disparte, in simili snodi storici, interessi sezionali e di organizzazione.

Si è inoltre confermata l'efficacia e la bontà del metodo e della fonte negoziale perché, per sua natura, flessibile e resiliente, e non tale eccezionalmente e/o artificiosamente, come la fonte legale dell'emergenza. Col metodo negoziale si sono governate financo scelte necessariamente tragiche e interessi in potenziale e reale conflitto (salute pubblica e continuità produttiva), in condizioni di emergenza del tutto nuove e inedite.

Lo stesso prodotto del metodo negoziale o dell'autonomia collettiva, l'accordo collettivo, secondo l'insegnamento giugniano[140], ne è uscito esaltato.

In sintesi: il ruolo basilare delle organizzazioni sindacali per azioni differenziate di innovazione sociale e come contenitori/canalizzatori e diffusori dell'intelligenza del lavoro in differenti *loci*, come sostenuto di recente da Pietro Ichino[141], viene confermato dalla crisi. Così come fondamentale si appalesa il ruolo delle associazioni datoriali nel senso di stimolo e di interlocuzione, anche fortemente critica, nei confronti del Governo; ciò affinché si varino politiche industriali innovative, di rilancio imprenditoriale e di forte incentivo alla riconversione produttiva e non di mero congelamento di lavoro e di stabilizzazione di imprese senza prospettiva produttive e/o di mercato[142].

E tuttavia non è stato tutto oro quello che ha luccicato: la partecipazione ritualistica e la contrattazione notarile sono state pure rivendicate dalle organizzazioni sindacali e hanno trovato supporto nel legislatore, soprattutto della prima fase del *lockdown*.

Non è chiaro, per esempio, a cosa sia servito il passaggio della consultazione sindacale, ridotto a scambio di *mail*, quasi un timbro notarile e burocratico, nella fase in cui l'unico problema era trasferire, con gli ammortizzatori sociali, il più rapidamente possibile, risorse alle imprese o direttamente ai lavoratori in situazione di blocco produttivo e non di crisi (da calo di fatturato o di liquidità).

Non si comprendono, poi, disposizioni come quelle già criticate (vds. *supra*, § *3.1.*), che in maniera peraltro poco chiara e per nulla perspicua collegano alle intese sindacali sull'occupazione i trasferimenti di crediti garantiti SACE alle imprese in crisi di liquidità.

Non si comprende, infine, se non per un formale rispetto della negoziazione come rito e non come esercizio di intelligenza collettiva del lavoro, la norma inserita nella l. n. 77/2020 di conversione del decreto "Rilancio"[143], che ha esteso a 45 giorni il termine della consultazione sindacale nel trasferimento di azienda[144].

Il confine tra concertazione intelligente e coinvolgimento ritualistico e burocratico, nella difficile gestione di interessi pubblici e generali in un contesto di crisi epocale, non è facile da tracciare con precisione, e sicuramente i concitati provvedimenti emergenziali non aiutano a discernere con chiarezza.

La fase dell'emergenza Covid, tra i pochi legati positivi, lascia pure intravedere una prospettiva di coinvolgimento positivo e proattivo degli attori sociali nelle strategie sociali, produttive ed economiche di *recovery* post-pandemico, soprattutto nella dimensione positiva di sforzo solidaristico, sovranazionale e comunitario promosso dall'Unione europea.

Se tale coinvolgimento attivo degli attori sociali non poté realizzarsi nella ricostruzione post-bellica, in un contesto storico-politico di debolezza del dialogo sociale, di divisione ideologica e politica tra

140. Vanno sempre rilette le pagine di Gino Giugni, di recente intelligentemente ri-assemblate da S. Sciarra (a cura di), *Idee per il lavoro*, Laterza, Bari-Roma, 2020, così come di altri due tra i suoi migliori epigoni: Massimo D'Antona e Gaetano Vardaro.

141. P. Ichino, *L'intelligenza del lavoro*, *op. cit.*, soprattutto cap. IV, ma anche V. Si rinvia pure a B. Caruso, *Il sindacato tra funzioni e valori nella 'grande trasformazione'. L'innovazione sociale in sei tappe*, in B. Caruso - R. Del Punta - T. Treu (a cura di), *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, *op. cit.*, già pubblicato per Centre for the Study of European Labour Law (CSDLE) "Massimo D'Antona", *working paper* n. 394/2019.

142. Condivisibile l'articolo di fondo di C. Cerasa, con riferimento al volume di P. Ichino: *Cosa serve ai lavoratori? Un patto diverso tra sindacati e imprese*, in *Il Foglio*, 14 agosto 2020.

143. Comma 1-*bis*, aggiunto in sede di conversione dalla l. n. 77/2020 all'art. 80 del decreto n. 34/2020; così il testo dell'art. 80, comma 1-*bis*: «Fino al 17 agosto 2020 la procedura di cui all'articolo 47, comma 2, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, nel caso in cui non sia stato raggiunto un accordo, non può avere una durata inferiore a quarantacinque giorni».

144. Non è chiaro, peraltro, se complessivamente riferita, come sembrerebbe, alla durata della procedura prevista dall'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, ovvero soltanto ai 10 giorni (che diventerebbero 45) per l'esame congiunto, per tutto il periodo della dichiarazione dello stato di emergenza, anche in caso di esito negativo dell'esame.

le organizzazioni sindacali e con le associazioni datoriali, in ragione della guerra fredda tra i blocchi e per la pregiudiziale anticomunista operante non solo a livello di governo ma anche nei luoghi di lavoro che ne derivava, le condizioni politiche e ideologiche appaiono ben diverse oggi; le prospettive di coinvolgimento attivo e non ritualistico-burocratico sembrano potersi sviluppare nella ricostruzione post-pandemica con maggiore fluidità storica e politica.

Il pericolo anche nei confronti di una tale prospettiva non proviene, oggi, dalla rotta di collisione tra capitalismo e comunismo definitivamente risolta nel 1989; o tra ideologie neoliberiste e ideologie vetero-socialiste e neo-stataliste; ovvero tra globalizzazione intelligente all'insegna dello sviluppo equo sostenibile e di contrasto alle disuguaglianze planetarie che ineluttabilmente dovrà riprendere, da un lato, e seguaci dell'antiglobalizzazione e della decrescita felice, dall'altro.

I pericoli provengono dagli emergenti movimenti e ideologie populiste e neo-sovraniste che ispirano e danno linfa a modelli di democrazia totalitaria e antiliberale in cui non c'è neppure spazio per la concertazione sociale e per il metodo negoziale genuino. Ideologie che dalle prassi della disintermediazione traggono linfa vitale. Tali prassi e tali modelli si collocano agli antipodi di politiche illuminate dal pensiero liberal-riformista entro cui si situa, come insegnava Gino Giugni, il metodo intelligente della concertazione sociale, come avvenne con il protocollo Ciampi.

Pare, tuttavia, chiaro che pratiche virtuose di concertazione istituzionale, nell'implementazione delle strategie di riforma e di rilancio produttivo, alle quali gli aiuti europei hanno dato la stura, impongano un ripensamento organizzativo e ideale del sindacato e della sua azione: se il sindacato, ma anche associazioni datoriali, 2.0[145] costituivano prima della crisi Covid un auspicio, oggi diventano condizione *sine qua non* di ogni effettiva ed efficace strategia di *recovery* per uscire dalla crisi sociale ed economica che si delinea nei mesi e, forse, negli anni a venire.

6. Conclusioni

La struttura aperta di questo contributo, in bilico tra attualità e prospettiva, esime da sistematiche conclusioni. È sufficiente, pertanto, richiamare i passaggi salienti che possono costituire elementi di contesto offerti alla riflessione dei giuslavoristi, ma non solo, e a proposte regolative di campo riformista. La novità della crisi non consente né facili e palingenetici ottimismi né, al contrario, catastrofismi da decrescita più o meno felice ("nulla sarà come prima"); ma neppure l'affidarsi al tranquillizzante *refrain* della capacità di riassorbimento, da parte delle economie di mercato, delle stesse faglie e rotture che esse stesse producono[146].

La novità della crisi rende sfuocate e spiazzate vecchie ricette e impone profondi ripensamenti di metodi, tecniche e obiettivi. La crisi, come si è avuto modo di sostenere, ha avuto effetti trasversali e rizomatici sullo Stato, sull'impresa, sul lavoro e sulle parti sociali; ha già lasciato sul campo, e lascerà ancora, molti vinti se non verranno adottate dalle istituzioni pubbliche, ai diversi livelli, adeguate contro-misure al suo incedere naturale. Tra i possibili vinti certamente la società del «Quinto Stato» per mutuare Maurizio Ferrera[147], ma anche la tradizionale classe media, comprensiva dei *blue collars*[148], già ampiamente "stressata" dalla precedente crisi, ma i cui effetti dell'attuale, ancor più della precedente, vanno estendendosi sul quintile, una volta più agiato: artigiani, liberi professionisti, ristoratori e commercianti dei centri storici, etc.

La crisi sta già lasciando intravedere, naturalmente, anche qualche vincitore: gli ormai soliti noti "giganti del *web*", ma anche chi sull'economia digitale della conoscenza e sulla capacità di anticipare l'innovazione e il cambiamento ha inteso scommettere.

Con questo scenario di complessità, tanto terribile quanto ambizioso da governare, devono vedersela anche quegli speciali ingegneri sociali, costruttori di ponti tra passato, presente e futuro, come amava definirli Massimo D'Antona, che sono i giuristi del lavoro.

---

145. Non costituisce certo un segnale positivo l'abbandono del campo sindacale di un sindacalista, come Marco Bentivogli, che meglio ha teorizzato questa profonda trasformazione del soggetto sindacale.

146. La fiducia nella capacità inesauribile di riassorbimento della sua stessa crisi, da parte del sistema di mercato e della globalizzazione economica, è certamente idea che circola negli ambienti neo-liberali, ma fa il paio con una sorta di inconsapevole, deferente ammirazione da parte dei suoi critici neo-marxisti: vds., per esempio, S. Fiori, *Oltre Marx, la nuova sfida al capitalismo*, intervista a Fausto Bertinotti, in *La Repubblica*, 17 agosto 2020, che definisce il capitalismo «la formidabile bestia vitale». In tale visione, ogni prospettiva di riforma è considerata una strategia del capitale per salvaguardare se stesso e i propugnatori delle riforme le sue «mosche nocchiere». Nella precedente intervista sulla crisi del capitalismo e sulla fase post-Covid, sempre a cura di S. Fiori (*Donald Sassoon: "Marx ha finito le risposte"*, in *La Repubblica*, 11 agosto 2020), lo storico D. Sassoon intravede, invece, nella prospettiva della sostenibilità ambientale e sociale la possibile sfida alla crisi del capitalismo.

147. M. Ferrera, *La società del Quinto Stato*, Laterza, Bari-Roma, 2019.

148. La «classe operaia bianca» di cui parla P. Collier, *Il futuro del capitalismo*, Laterza, Bari-Roma, 2020, pp. 11 ss.

Come si è cercato di mettere altrove in evidenza[149], gli scopi e le tecniche del diritto del lavoro e i contenuti delle stesse politiche sociali si sono tremendamente allargati nell'ultimo trentennio: non solo non lasciare indietro gli ultimi, siano essi segmenti deboli del mercato del lavoro, portatori di vecchie e nuove fragilità, territori; non solo contrastare le diseguaglianze e, quindi, affiancare e governare una società che possa essere coesa socialmente e ambientalmente sostenibile; ma anche coadiuvare innovazione sociale e tecnologica, collocando però al centro di ogni processo politico, sociale, economico e istituzionale, la persona: un soggetto non genericamente inteso, bensì individualizzato con una sua ritrovata libertà, resa concreta e situata mediante processi, pubblicamente orientati, di trasformazione di funzionamenti in capacità personali.

Un vasto programma, certo, avrebbe detto qualcuno, ma da rendere in tal caso davvero politicamente e quotidianamente concreto: è il compito, da sempre, dei riformisti.

149. Si rinvia al più volte citato B. Caruso - R. Del Punta - T. Treu, *Per un diritto del lavoro sostenibile*.

Quale lavoro femminile al tempo del Covid-19? Ritorno al passato

di *Clelia Alleri, Mara Congeduti, Sabrina Pittarello, Francesca Stangherlin*

Le misure adottate dal Governo in risposta alla situazione generata dall'emergenza sanitaria (e dalla grave crisi economica che ne è derivata) hanno imposto modalità di organizzazione del lavoro e forme di gestione della didattica accomunate dal requisito della distanza dai luoghi in cui esse si svolgono tradizionalmente. Tale situazione rischia di impattare in modo determinante sull'occupazione femminile, aggravando disuguaglianze di genere preesistenti. Come in ogni crisi economica che si rispetti, si ripropone alle lavoratrici madri la scelta ancestrale tra la cura dei figli e il lavoro, scelta che evoca il fantasma di un "ritorno al passato" neppure troppo lontano.

1. L'impatto del Covid-19 sullo squilibrio di genere nella composizione della forza lavoro / 2. Le misure poste in essere dal Governo italiano a sostegno dei genitori che lavorano / 3. La progressiva fuoriuscita delle lavoratrici madri dal mondo del lavoro / 4. La rincorsa delle lavoratrici madri tra *smart working* e *smart schooling* / 5. Qualche spunto di riflessione... per possibili soluzioni

1. L'impatto del Covid-19 sullo squilibrio di genere nella composizione della forza lavoro

Nella prospettiva della graduale uscita del Paese dal *lockdown* è stato dato avvio, dapprima dal 4 maggio, poi dal 15 giugno, alle cosiddette "fase 2" e "fase 3" dell'emergenza da Covid-19: la ripresa ha inizialmente riguardato – in aggiunta alle attività essenziali mai interessate dal blocco –, le attività dell'industria manifatturiera, dell'edilizia e del commercio all'ingrosso[1], oltre che alcune attività del commercio al dettaglio ritenute essenziali[2]. A partire dal 18 maggio è stata, poi, disposta la riapertura – scadenzata – delle ulteriori attività economiche nel rispetto dei protocolli e linee-guida, idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nei diversi settori, adottati dalle Regioni (o dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome) sulla base dei principi contenuti nei protocolli e nelle linee-guida nazionali[3]. Mentre dal

1. Quelle di cui all'all. 3 del dpcm 26 aprile 2020.

2. Quelle di cui all'all. 1 del dpcm 26 aprile 2020.

3. Vds., in tal senso, l'art. 1, comma 14, dl n. 33/2020, nonché le «*linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive*» approvate dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome nella riunione del 16 maggio (www.regioni.it/newsletter/n-3844/del-19-05-2020/linee-guida-per-la-riapertura-delle-attivita-economiche-21233), citate nelle premesse e allegate al successivo dpcm del 17 maggio (vds. www.regioni.it).

15 giugno si è avuta la progressiva ripresa, nel rispetto delle norme di distanziamento e di precauzione dettate dal Governo e dalle Regioni, delle attività di sale giochi, centri benessere, centri termali, culturali e sociali, dei centri estivi per tutti i ragazzi e i bambini, anche quelli in età compresa tra 0 e 3 anni, degli spettacoli aperti al pubblico, delle sale teatrali, sale da concerto e sale cinematografiche, anche all'aperto[4].

La progressiva riapertura delle attività produttive e dei servizi ha messo, sin da subito, in evidenza l'esistenza di un importante squilibrio di genere nella composizione della forza lavoro.

Da un lato, infatti, si è assistito a una sovra-rappresentazione del genere femminile nella composizione della forza lavoro sempre rimasta attiva durante il *lockdown*: nell'ambito delle "attività essenziali", in modo particolare nei servizi socio-sanitari e nelle attività intellettuali libero-professionali, le donne non hanno mai smesso di lavorare.

Il dato è confermato dal recente rapporto «*Women at the core of the fight against COVID-19 crisis*», condotto sulla media statistica dei dati provenienti dai Paesi Ocse, tra cui l'Italia. L'Ocse, in particolare, evidenzia che le donne sono in prima linea nella lotta contro la pandemia poiché costituiscono quasi il 70% della forza lavoro nella sanità, pur essendo sottorappresentate nei processi di *leadership* e decisionali nel settore sanitario. In tale settore, infatti, le donne costituiscono circa l'85% della forza lavoro occupata in mansioni infermieristiche e ostetriche, ma solo il 50% di quella occupata nelle attività mediche[5].

Dall'altro lato, per quanto qui di interesse, è stata evidenziata l'esistenza di un rilevante squilibrio di genere nella distribuzione della forza lavoro tornata attiva dopo le riaperture del 4 maggio, composta, in un primo momento, per ben il 72% da uomini: il dato – che non stupisce se si considera che il genere maschile è quello di fatto predominante nell'industria manifatturiera e nel settore edile, tra i primi a ripartire – è convalidato da una recente indagine statistica condotta in ambiente interuniversitario[6], nonché dal *focus* «*Mamme e lavoro al tempo dell'emergenza Covid-19*» della Fondazione dei Consulenti del Lavoro[7].

Tale squilibrio è stato apparentemente ricomposto sulla carta a seguito delle riaperture del 18 maggio e del 15 giugno, che hanno interessato settori produttivi e di attività nei quali statisticamente è preponderante la componente femminile su quella maschile.

Si consideri, infatti, che la condizione occupazionale delle donne, e in particolare delle mamme con almeno un figlio con meno di 15 anni, evidenzia come, tra queste (circa 3 milioni), l'82,8% abbia un lavoro subordinato nel segmento medio-alto della piramide professionale. Nel 22,2% dei casi le madri lavoratrici svolgono professioni intellettuali e scientifiche, nel 18,8% professioni tecniche, nel 18,1% professioni esecutive del lavoro d'ufficio, mentre nel 23,3% professioni qualificate nelle attività commerciali e di vendita. La gran parte è occupata nei servizi (83%), a partire dal commercio (14,4%), servizi sanitari e di assistenza sociale (13,8%), istruzione (11,9%), attività professionali, scientifiche e tecniche (8,6%)[8].

La sovra-rappresentazione del genere femminile in tali settori di attività è confermata nel recente rapporto Ocse, in cui si evidenzia come, a brevissimo termine, la ricaduta economica del Covid-19 potrebbe influenzare alcuni settori dell'economia più di altri, in cui le donne sono potenzialmente sovraesposte. Tra i settori più colpiti vi sono, infatti, quello del turismo, dei viaggi aerei, nonché le attività di vendita al dettaglio, i servizi di alloggio (ad esempio, hotel) e i servizi di ristorazione: ovvero i settori e le attività in cui risultano maggiormente impiegate le donne. In media, nei Paesi Ocse, le donne rappresentano circa il 47% della forza lavoro nel settore del trasporto aereo, il 53% nei servizi di ristorazione e il 60% nei servizi di alloggio. Nel settore del commercio al dettaglio, in media, il 62% della forza lavoro è costituita da donne[9].

Secondo l'Ocse, altro settore con prevalenza di lavoro femminile è l'industria manifatturiera dell'abbigliamento, che rischia ripercussioni sia dal lato dell'offerta (a causa delle misure di confinamento che potrebbero costringere a una nuova chiusura delle fabbriche) sia dal lato della domanda (con la chiusura forzata dei negozi al dettaglio e, più in generale, il calo degli ordini registrato negli scorsi mesi):

4. Si rinvia al dpcm 11 giugno 2020 e relativi allegati.

5. Ocse, *Donne al centro della lotta contro il covid-19*, rapporto 2020, reperibile all'indirizzo: www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/women-at-the-core-of-the-fight-against-covid-19-crisis-553a8269/.

6. Condotta da Alessandra Casarico, docente di Scienza delle Finanze all'Università "Bocconi" di Milano, e Salvatore Lattanzio, ricercatore in economia all'Università di Cambridge, pubblicata su *Lavoce.info* (vds., in particolare, www.lavoce.info/archives/66106/nella-fase-2-a-casa-giovani-e-donne/#autore).

7. Vds. https://friulisera.it/wp-content/uploads/2020/05/Focus-mamme-lavoro.pdf.

8. Si rinvia sempre al *focus* della Fondazione dei Consulenti del Lavoro, *Mamme e lavoro*, *op. cit.*

9. Oil, database OILSTAT (www.oil.org/oilistat/), 2020.

in tale settore, le donne sono fortemente sovra-rappresentate, costituendo i tre quarti della forza lavoro mondiale[10].

È di tutta evidenza come lo squilibrio di genere, già registrato durante le prime fasi della pandemia e immediatamente dopo la fine del *lockdown*, rischi di aggravarsi nei prossimi mesi – nei quali da più parti iniziano a prevedersi gli effetti negativi di una seconda ondata di contagi –, anche avuto riguardo al concreto rischio di fuoriuscita delle lavoratrici, e in particolare delle lavoratrici madri, dal mondo del lavoro.

Tale rischio è risultato sinora prevalentemente connesso alla chiusura delle scuole di ogni ordine e grado sull'intero territorio nazionale, disposta dal Governo italiano a partire dal 2 marzo, e dall'aumento esponenziale dei compiti di cura, accudimento e istruzione della prole che ne è conseguito.

Nel momento in cui si scrive – e, per i prossimi mesi, se risulteranno confermate le previsioni sulla nuova ondata di contagi – l'effettiva partecipazione al mercato del lavoro delle donne (e delle madri, in particolare) è ulteriormente compromessa dall'aggravarsi della crisi economica globale, sviluppatasi in seguito alla pandemia da Covid-19.

Tali fattori ripropongono oggi alle lavoratrici madri la scelta ancestrale tra la cura dei figli e il lavoro, rievocando, come in ogni crisi economica che si rispetti, il fantasma di un "ritorno al passato" neppure troppo lontano.

2. Le misure poste in essere dal Governo italiano a sostegno dei genitori che lavorano

Se è pur vero che le misure adottate dal Governo per fornire sostegno alle famiglie, a fronte della sospensione dei servizi scolastici, sono state riconosciute in favore di entrambi «*i genitori lavoratori*», non sembra che le stesse siano state idonee a garantire una reale parificazione di genere nella gestione delle nuove esigenze familiari, determinate dalla pandemia in atto.

Non è stata, in effetti, prevista alcuna misura che incentivasse i padri, rispetto alle madri, a usufruire del cd. "congedo Covid": si pensi, ad esempio, alle premialità previste da alcuni Paesi europei nel riconoscere un maggior numero di giornate di congedo parentale ai genitori che lo condividono in modo paritario; o, ancora, alla recente raccomandazione rivolta dal Parlamento europeo agli Stati membri di prevedere, nelle legislazioni nazionali, misure volte a stabilire che almeno una parte del congedo parentale debba essere goduta in via esclusiva da ciascun genitore[11].

Né l'indennizzo del "congedo Covid" ha garantito al genitore che se ne avvale la retribuzione piena: per tale motivo, probabilmente – non si dispone tuttavia, ad oggi, di dati statistici elaborati per genere –, a usufruire del congedo sono state in percentuale maggiore le lavoratrici madri, soprattutto in quei contesti lavorativi nei quali già esiste un *gap* retributivo tra uomini e donne a parità di mansioni svolte.

Si consideri, infatti, che il congedo previsto per i lavoratori subordinati del settore privato, genitori di figli minori di anni 12 (limite di età che non opera per i figli disabili/portatori di *handicap*) – la cui durata massima, inizialmente fissata dal decreto "Cura Italia"[12] in 15 giorni (da godere anche in via frazionata), è stata estesa fino a 30 giorni dal decreto "Rilancio"[13] (con conferma della possibilità di frazionamento in tutto il periodo dal 5 marzo al 31 luglio 2020) –, è tuttora compensato con un'indennità pari al 50% della retribuzione di riferimento.

Lo stesso congedo, con la medesima durata massima, è stato previsto per i genitori lavoratori iscritti alla Gestione separata Inps: il congedo risulta, tuttavia, compensato con una diversa indennità calcolata in misura percentuale sui rispettivi redditi.

La durata massima del congedo parrebbe, invece, essere stata estesa "*sine die*" (ma solo per tutta la durata del periodo di sospensione dell'attività scolastica) per i genitori con figli fino a 16 anni: per tale congedo non è prevista, tuttavia, la corresponsione di alcuna indennità, né la copertura con contribuzione figurativa, pure a fronte della previsione espressa –

10. Ocse, *Affrontare la violenza e le molestie nel settore tessile, dell'abbigliamento, della pelle e delle calzature: implicazioni della nuova Convenzione OIL n. 190*, nota di fondo al *Forum* Ocse sull'abbigliamento 2020, https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Garment-Forum-2020-Session-Note-Tackling-Violence-and-Harassment-in-Textiles-Clothing-Leather-and-Footwear.pdf. L'Ocse, in particolare, evidenzia come, data la distribuzione globale delle catene di approvvigionamento dell'abbigliamento, saranno le donne nelle economie in via di sviluppo ed emergenti a essere colpite più duramente. Ad esempio, in Bangladesh, dove l'industria dell'abbigliamento rappresenta oltre l'80% delle esportazioni annuali, l'85% dei lavoratori dell'industria dell'abbigliamento è costituito da donne. Al momento in cui si scrive, i primi rapporti suggeriscono che gli *shock* della domanda legati alla crisi Covid-19 hanno portato alla cancellazione o alla sospensione delle esportazioni di indumenti per un valore di circa 2,67 miliardi di dollari dal Bangladesh.

11. In tal senso, vds. il *considerando* n. 20 della direttiva Ue n. 1158/2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza.

12. Dl 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27.

13. Dl 19 maggio 2020, n. 34.

come se ce ne fosse davvero bisogno (!) – del divieto di licenziamento e del diritto alla conservazione del posto per i lavoratori che ne fruiscono.

Anche per i genitori lavoratori dipendenti del settore pubblico è stato confermato dal decreto "Rilancio" il congedo già previsto dal "Cura Italia", da fruire per tutta la durata del periodo di sospensione dell'attività scolastica e con compensazione della medesima indennità prevista per il settore privato, con la sostanziale differenza che è stata rimessa all'amministrazione pubblica «*l'indicazione delle modalità di fruizione del congedo*».

Si consideri, poi, che neppure lo strumento previsto in alternativa al "congedo Covid", il cd. "*bonus*" in *voucher* da euro 10 ciascuno erogati tramite il libretto famiglia, è sembrato idoneo a sollevare le famiglie dal rischio di dover sopportare maggiori costi per la cura e l'assistenza dei figli minori, non garantendo la copertura dell'intero orario lavorativo del genitore che ne usufruisce.

Ciò, neppure a seguito delle novità introdotte dal decreto "Rilancio", che ha innalzato l'ammontare massimo del *bonus* – inizialmente previsto in euro 600 per i lavoratori privati e in euro 1.000 per i lavoratori pubblici – rispettivamente fino a euro 1.200 e 2.000, altresì estendendone la possibilità di utilizzo, oltre che per l'acquisto di servizi di *baby sitting*, anche per l'iscrizione ai servizi integrativi per l'infanzia e la prima infanzia (per la cui riapertura sono state emanate dal Governo le relative linee-guida, di cui all'allegato 8 del decreto "Rilancio").

L'inefficacia delle misure sopra riportate si è resa più evidente per le lavoratrici autonome[14] le quali, già in un contesto ordinario, non beneficiano della medesima tutela della maternità prevista per le lavoratrici dipendenti. Tali lavoratrici sono risultate e risultano ancor più penalizzate, se si considera che – a fronte della mancata percezione di un reddito fisso e garantito – le stesse non hanno beneficiato né beneficiano di alcuna misura di sostegno del reddito, in caso di assenza prolungata dall'attività, per dedicarsi alla cura dei figli (se si eccettua il *bonus* autonomi previsto per il mese di aprile dal decreto "Cura Italia" e confermato dal decreto "Rilancio" anche per il mese di maggio).

3. La progressiva fuoriuscita delle lavoratrici madri dal mondo del lavoro

Il consolidarsi del rischio della progressiva fuoriuscita delle lavoratrici madri dal mercato del lavoro sembra trovare una prima conferma nei dati provvisori relativi agli occupati e disoccupati, diffusi dall'Istat nei mesi di aprile e di maggio. I dati confermano che, rispetto al mese di febbraio, nel mese di marzo 2020 l'occupazione è stata in lieve calo (-0,1%, pari a -27mila): il calo, tuttavia, ha coinvolto le donne (-0,2%, pari a -18mila) in misura pari al doppio rispetto agli uomini (-0,1%, pari a -9mila). Anche per il mese di maggio è confermata la diminuzione dell'occupazione su base mensile (-0,4%, pari a -84mila unità), con il prevalente coinvolgimento delle donne (-0,7% contro -0,1% degli uomini, pari rispettivamente a -65mila e -19mila)[15].

In un recente articolo pubblicato dal Cnr-Iriss[16] si dà conto della preoccupazione espressa in tal senso dallo stesso Segretario generale delle Nazioni Unite in occasione della presentazione, in data 9 aprile 2020, del «*policy brief relativo all'impatto del Covid-19 sulle donne. Nel documento sono individuati cinque diversi ambiti in cui la pandemia produrrà un impatto specifico sulle donne, aggravando disuguaglianze di genere preesistenti e generando nuovi problemi. La premessa alla base di questa analisi è che gli effetti della pandemia in corso saranno particolarmente gravi per le donne "simply by virtue of their sex" (v. p. 2 del policy brief). In particolare, l'impatto del Covid-19 sulle donne viene commentato con riferimento all'ambito economico, alla salute, al lavoro di cura non retribuito, alla violenza di genere e a particolari contesti di fragilità, conflitto o altre emergenze*».

E in effetti, tale rischio si inserisce in una situazione già fortemente compromessa dalla crisi che ha colpito il mercato del lavoro negli ultimi anni.

L'ultimo rapporto Istat riferito ai dati dell'occupazione femminile nel 2018, infatti, evidenzia l'esistenza in Italia di un divario di genere nei tassi di occupazione tra i più alti d'Europa (circa 18 punti su una media europea di 10)[17].

In Italia, la partecipazione delle donne al mondo del lavoro risulta ancora molto legata ai carichi familiari: nel 2018, il tasso di occupazione delle madri (da

14. E, comunque, tutte le lavoratrici i cui rapporti di lavoro "parasubordinati" non siano assistiti da tutele equiparabili a quelle del lavoro subordinato: vds. art. 2 d.lgs n. 81/2015.

15. Vds. https://www.istat.it/it/archivio/occupati+e+disoccupati.

16. Vds. Fulvia Staiano, *L'impatto della pandemia da Covid-19 sulle donne: considerazioni sul* policy brief *del Segretario Generale dell'Onu del 9 aprile 2020*, in *SIDIBlog*, 3 maggio 2020, www.sidiblog.org/2020/05/03/limpatto-della-pandemia-da-covid-19-sulle-donne-considerazioni-sul-policy-brief-del-segretario-generale-dellonu-del-9-aprile-2020/.

17. Vds. il testo dell'audizione dell'Istat presso la XI Commissione della Camera dei deputati, al fine di «*fornire materiali utili nella discussione delle proposte di legge AA.C. 522, 615, 1320, 1345, 1675, 1732, 1925 in materia di partecipazione femminile al mercato del lavoro e conciliazione dei tempi di vita*» – Roma, 26 febbraio 2020, www.istat.it/it/archivio/239003.

25 a 49 anni) con figli in età prescolare è più basso del 26% rispetto a quello delle donne senza figli.

La conciliazione dei tempi di lavoro con quelli di vita familiare risulta difficile per più di un terzo degli occupati (entrambi i genitori, 35,1%) che hanno responsabilità di cura nei confronti di figli, in particolare quando i figli sono più di uno (36,8% dei genitori) o in età prescolare (37,8%). Ma sono soprattutto le donne ad aver modificato qualche aspetto della propria attività lavorativa per combinare meglio il lavoro con le esigenze di cura dei figli. Le principali modifiche apportate riguardano la riduzione o il cambiamento dell'orario di lavoro: il 38,3% delle madri occupate ha dichiarato di aver apportato almeno una modifica, contro l'11,9% dei padri occupati. Percentuale che per le madri occupate di bambini tra 0 e 2 anni sale al 44,9%, mentre per i padri con figli nella stessa classe di età è di poco inferiore al 13%.

L'Istat rileva che la disparità di genere riguarda anche la condivisione dei carichi familiari: la percentuale del carico di lavoro familiare svolto dalla donna (25-44 anni) sul totale del carico di lavoro familiare è del 67%, con sovraccarico tra impegni lavorativi e familiari tale per cui più della metà delle donne occupate (54,1%) svolge oltre 60 ore settimanali di lavoro retribuito e/o familiare (46,6% gli uomini).

I nonni, e in particolare le nonne, risultano essere il "pilastro" del supporto alle lavoratrici madri con figli fino a 10 anni. Quando entrambi i genitori sono occupati, se ne prendono cura nel 60,4% dei casi se il bimbo più piccolo ha fino a 2 anni, nel 61,3% se ha da 3 a 5 anni e nel 47,1% se più grande.

I grandi assenti dei mesi appena passati – per essere tra i soggetti esposti al più alto rischio di contagio da Covid-19 – risultano quindi ancora rappresentare, nella fotografia più recente dell'occupazione femminile fatta nel nostro Paese, le fondamenta di quel particolare "*welfare* familiare" all'italiana, completamente messo in crisi dal dilagare della pandemia in atto.

I dati dell'Istat trovano conferma in un recente rapporto di Save the Children sulla maternità in Italia nel 2020, non a caso intitolato «*Le equilibriste*»[18].

Nel rapporto viene, tra l'altro, evidenziato come, anche con riferimento al fenomeno delle dimissioni, «*la situazione è fortemente sbilanciata a sfavore delle madri*». La conclusione è tratta dai dati della relazione annuale 2019 dell'Ispettorato nazionale del lavoro, dalla quale risulta – con riferimento all'anno 2018 – un numero di convalide di dimissioni pari a quasi 50 mila (49.451), di cui almeno 7 su 10 (circa il 72,7%, pari a 35.963) concernono lavoratrici madri. L'Ispettorato riporta che la motivazione più ricorrente fornita da circa il 36% delle lavoratrici dimissionarie è «*l'incompatibilità tra l'occupazione lavorativa e le esigenze di cura della prole*»[19].

4. La rincorsa delle lavoratrici madri tra *smart working* e *smart schooling*

L'emergenza sanitaria, la grave crisi economica che ne è derivata e le misure adottate dal Governo per fronteggiarle entrambe, hanno determinato una extra-ordinaria rimodulazione degli strumenti e delle normative legali in uso. In uno con il distanziamento sociale e la costrizione abitativa nel perimetro delle mura domestiche, si sono imposte modalità di organizzazione del lavoro (lo *smart working*) e forme di gestione della didattica (lo *smart schooling)* accomunate dal requisito della "distanza" dai luoghi in cui tradizionalmente si svolgono l'attività lavorativa e di istruzione, nonché dalla indiscussa finalità di riuscire a prevenire la diffusione del contagio assicurando, al tempo stesso, la tutela della salute pubblica e la parziale continuità della produttività aziendale.

In tale scenario, le lavoratrici madri si sono trovate improvvisamente costrette a districarsi, nell'ambiente domestico, tra il repentino aumento dell'attività di cura, istruzione ed educazione dei figli e una nuova modalità di organizzazione del lavoro, definita "agile" in ossequio alla disciplina legislativa da cui è stata mutuata (la legge n. 81/2017). Essa tuttavia, nella forma deregolamentata introdotta dalla legislazione dell'emergenza, ha di fatto finito col tradire l'originaria *ratio* del lavoro agile, che delinea una modalità di lavoro senza vincoli spazio-temporali, finalizzata a favorire la conciliazione dei tempi di vita con quelli di lavoro, nel contempo elevando la *performance* lavorativa, valutata per fasi/cicli/obiettivi.

18. www.savethechildren.it/cosa-facciamo/pubblicazioni/le-equilibriste-la-maternita-in-italia-2020.

19. www.ispettorato.gov.it/it-it/studiestatistiche/Documents/Relazione-Convalida-Dimissioni-anno-2019.pdf. Nel rapporto si legge che, posta la motivazione più frequente sopra riportata, «*A fare la parte del leone tra le cause addotte, è la voce "assenza di parenti di supporto" (15.585, circa il 27% del totale), a seguire "L'elevata incidenza dei costi di assistenza al neonato (es., asilo nido o baby sitter)" (3.907, circa il 7% del totale) ed "Il mancato accoglimento al nido" (920, circa il 2%), dati che riconfermano la fondamentale importanza, per i genitori (soprattutto di bambini più piccoli) di servizi accessibili e di qualità. Alcune delle motivazioni addotte fanno poi riferimento alla mancanza di politiche di conciliazione da parte delle aziende: (6.317) indicano tra le motivazioni "condizioni di lavoro particolarmente gravose o difficilmente compatibili con la cura della prole"; altre alla modifica (260) o distanza (1.727) della sede di lavoro; (989) la mancata modifica degli orari lavorativi e (744) la mancata concessione del part-time*».

La caratteristica principale della particolare forma di «lavoro agile» prevista sin dal dpcm 23 febbraio 2020 (e, sostanzialmente, ripetuta e rimasta invariata in tutta la normativa emergenziale succedutasi sino ad oggi) sta, infatti, nella possibilità di ricorrere a tale modalità di esecuzione della prestazione lavorativa «*anche in assenza degli accordi individuali*» previsti dalla disciplina legale, ovvero dagli artt. 18 ss. della legge n. 81/2017. L'art. 90 del decreto "Rilancio" ha trasformato tale possibilità in «*diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile anche in assenza degli accordi individuali*», per i lavoratori genitori di figli minori di anni 14.

Eppure gli "accordi individuali" cui è consentito derogare (da redigere per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova) hanno la fondamentale funzione di regolamentare gli aspetti pratici della prestazione agile: dalla disciplina dell'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali (non necessariamente nella sua interezza), anche avuto riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro e alla messa a disposizione/utilizzo degli strumenti informatici da parte del lavoratore; alla previsione delle misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare, *in primis*, la tutela della salute e della sicurezza del lavoratore (attraverso l'individuazione dei tempi di riposo del lavoratore, delle corrette modalità di postura e illuminazione, dei tempi di connessione/disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro); alla individuazione delle modalità di esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 4 Statuto dei lavoratori (artt. 19-20).

La deroga alla disciplina normativa ha determinato, quindi, con tutta evidenza, il venire meno di tutti i principali elementi di agilità previsti dal tipo legale: nei fatti, lo *smart working* introdotto durante la pandemia si è caratterizzato per una evidente "rigidità" su tempi e luoghi della prestazione, funzionale ad assicurare la continuità della prestazione lavorativa. Ciò è risultato tanto più vero per le lavoratrici madri, per le quali lo *smart working* dell'emergenza si è spesso tradotto in una forma di lavoro da casa "arrangiata", attraverso l'utilizzo di strumenti informatici spesso obsoleti e già nella disponibilità delle famiglie, nella maggior parte dei casi pure condivisi con i figli che, contemporaneamente, si sono trovati a dover seguire le video-lezioni da remoto.

Una oramai acclarata situazione stressogena e stressante, dalla quale potrebbero originare, in un futuro prossimo, danni alla salute e all'integrità psico-fisica delle lavoratrici colpite dal "sovraccarico" di una continua rincorsa tra l'essere meritevoli di un avanzamento di carriera e l'essere brave madri, frustrate dal dover garantire elevati *standard* di *performance* individuale, nonostante le aumentate esigenze di cura, assistenza e istruzione dei figli (dato già confermato dall'indagine condotta dalla Cgil nel maggio 2020, «*Quando lavorare da casa è... SMART*?»[20]).

Vi è poi da considerare che un'ampia platea di lavoratrici, circa il 48,9% (stando ai dati della ricerca di cui alla nota 6), continua a restare esclusa dalla possibilità di ricorrere al lavoro agile per svolgere mansioni che non possono prescindere dalla presenza fisica nel luogo di lavoro: così è, ad esempio, per le addette alle vendite, per le artigiane, operaie e, in genere, per le addette a professioni a bassa qualificazione professionale. Tali categorie risultano, quindi, ad alto rischio di fuoriuscita dal mondo del lavoro.

5. Qualche spunto di riflessione... per possibili soluzioni

Riportare tutto all'ordine, anche sistemico, è compito arduo.

Si potrebbe, tuttavia, cominciare dall'inizio, rammentando che il «*Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*» sottoscritto dal Governo e dalle parti sociali il 14 marzo 2020 e rinnovato, con alcune modifiche, il 24 aprile 2020, al punto 8 («*organizzazione aziendale*») prevede che le principali misure organizzative quali turnazioni, trasferte e *smart working*, rimodulazione dei livelli produttivi, utilizzo della banca ore e delle ferie, siano adottate dall'azienda «*mediante intese con le rappresentanze sindacali*».

Sul versante della tutela del lavoro delle lavoratrici madri, l'azione delle rappresentanze sindacali potrebbe essere d'impulso a una regolamentazione del lavoro agile che tenga maggiormente conto delle istanze della componente femminile della forza lavoro connesse, da una parte, al ruolo ancora predominante delle donne e delle madri nelle attività di assistenza e cura dei figli e, dall'altra, alla volontà di superare la visione che vorrebbe riproporre oggi un ritorno al passato nell'imposizione di uno dei più invisi stereotipi di genere: la scelta tra figli e lavoro.

Allo stesso modo dovrebbero essere introdotte misure – anche di premialità – volte a favorire la reale parificazione di genere nella fruizione dei congedi,

20. www.cgil.it/admin_nv47t8g34/wp-content/uploads/2020/05/Indagine_Cgil-Fdv_Smart_working.pdf.

anche straordinari, ma pure investite maggiori risorse economiche per la loro remunerazione, che siano idonee a neutralizzare la riduzione del *gap* retributivo di genere.

Pure a fronte dell'aumento degli importi massimi erogabili, anche le misure dei "*bonus*" sembrano ancora insufficienti a garantire le famiglie dal dover sopportare maggiori rischi economici insiti nella crisi: con probabili ripercussioni sulla scelta delle lavoratrici madri – che guadagnano statisticamente meno dei padri – di abbandonare il mondo del lavoro.

Non può, inoltre, non evidenziarsi che quello dei *bonus* e dei congedi parentali rappresenta un sistema d'emergenza, difficilmente strutturabile in una logica di lungo periodo, nella quale è il tema dei servizi educativi e scolastici – dalla prima infanzia a quelli per l'adolescenza – a rappresentare un fattore decisivo.

Alla medesima logica emergenziale sembra, d'altra parte, rispondere la riapertura dei centri estivi dal 15 giugno (per i bambini di età superiore ai 6 anni) e dal 30 giugno (per i bambini di età compresa tra i 3 e i 6 anni), secondo quanto previsto dalle linee-guida emanate dal Governo[21]: la concreta attuazione dei servizi "estivi" – rimessa all'autonomia regionale – non ha, tuttavia, potuto sopperire al venir meno del sistema scolastico, anche in ragione degli elevati costi dei servizi, non sempre coperti per intero dai *bonus*.

Pur essendo apprezzabile lo sforzo di garantire un sostegno alle famiglie attraverso la ri-attivazione dei servizi educativi integrativi e il potenziamento delle politiche di *welfare*, non può non rilevarsi che, nell'ottica di un confronto serio e onesto sul futuro del Paese, sul ruolo e sul lavoro – in particolare delle madri –, a risultare imprescindibile è la pronta e immediata riattivazione del sistema scolastico, a partire dal prossimo mese di settembre.

Non solo perché il diritto allo studio e all'istruzione è, tra i diritti costituzionali ancora compressi dall'emergenza sanitaria in atto, uno dei più "delicati", custodendo in sé, soprattutto per i bambini in più tenera età – gli stessi che necessitano di uno stabile supporto da parte dei genitori e, in particolare, delle madri – anche altri fondamentali diritti quali quelli alla socialità, al sano sviluppo pedagogico, relazionale ed emotivo e, più in generale, alla salute psico-fisica. Il che costituisce per le famiglie – e, in particolare, per le madri –, ulteriore causa di disagio emotivo e di preoccupazione, anche per le conseguenze che la prolungata interruzione dei servizi scolastici, didattici ed educativi potrebbe determinare sullo sviluppo dei propri figli.

Ma anche perché tale soluzione è la sola in grado di determinare un reale alleggerimento dei carichi di lavoro delle madri all'interno dei nuclei familiari, nell'ottica di una efficace conciliazione dei tempi di vita con quelli di lavoro che impedisca un ritorno al passato sulle tematiche della parità di genere e dei diritti delle donne, al contempo salvaguardandone l'occupazione.

Sul versante della tutela dell'occupazione, anche femminile, non può non farsi un cenno conclusivo alle riflessioni di recente tornate alla ribalta in ordine alla possibile rimodulazione dell'orario di lavoro, a parità di salario, in ossequio al vecchio motto "lavorare meno, lavorare tutti".

L'idea, fortemente rievocativa dei cd. contratti di solidarietà espansiva[22], è quella che una riduzione importante dell'orario lavorativo settimanale a parità di salario possa consentire, da un lato, di fare spazio a nuove assunzioni e, dall'altro, di migliorare le condizioni dei lavoratori già occupati – e in particolare delle lavoratrici madri – sotto il profilo della conciliazione dei "tempi di vita" rispetto ai "tempi di lavoro"[23].

La medesima finalità potrebbe essere perseguita attraverso il cd. "SURE" («*Support to mitigate unemployment risks in an emergency*», anche detto "Cassa integrazione europea")[24], strumento ideato dalla Commissione Ue per combattere la disoccupazione collegata all'emergenza Covid-19 negli Stati membri più colpiti. La sua funzione è quella di fornire un ulteriore sostegno all'occupazione e al reddito – rispetto a quelli già previsti nei singoli Stati membri (quali ad esempio, in Italia, la Cigo, la Cassa in deroga o il Fis) – attraverso la messa a disposizione di circa 100 miliardi di euro, garantiti da tutti gli Stati membri e destinati a salvaguardare i posti di lavoro dal rischio di licenziamento e della perdita di reddito, tramite regimi di riduzione dell'orario lavorativo, secondo la formula dello *short time work*

21. Quale all. 8 al dpcm 17 maggio 2020.

22. Di recente riformati dall'art. 41 d.lgs 14 settembre 2015, n. 148, nell'ambito del riordino nella normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro.

23. Si rinvia, sul tema, a un'interessante proposta di legge della Regione Emilia Romagna: «*Misure per la promozione dei contratti di solidarietà espansiva e utilizzo del reddito di cittadinanza*», presentata alle Camere il 10 ottobre 2019, reperibile al seguente indirizzo: http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.2164.18PDL0078060.pdf.

24. Lo strumento – già sperimentato durante la crisi del 2008 –, definitivamente approvato dall'Ecofin lo scorso 19 maggio, sarà in funzione non appena tutti gli Stati membri avranno espletato i diversi *iter* nazionali e resterà in vigore fino al 31 dicembre 2022.

(riduzione tempo di lavoro/parità di salario/formazione professionale/maggiore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro).

Ciò appare tanto più attuale in considerazione del monito, ancora di recente ribadito a livello comunitario con la direttiva n. 1158/2019, che individua nella «*difficoltà di conciliare l'attività professionale con gli impegni familiari*» il principale motivo della «*sottorappresentazione*» delle donne nel mercato del lavoro: «*quando hanno figli, le donne sono propense a dedicare meno ore al lavoro retribuito e a dedicare più tempo all'adempimento di responsabilità di assistenza non retribuite*», tra cui si inseriscono d'imperio – nell'attuale situazione emergenziale – anche quelle di delega dell'attività didattica da parte del servizio scolastico pubblico.

E tuttavia, la raccomandazione fatta agli Stati membri nel dare attuazione alla direttiva comunitaria appena citata è nel senso che gli stessi «*dovrebbero considerare il fatto che una pari fruizione dei congedi per motivi familiari tra uomini e donne dipende anche da altre misure appropriate, quali l'offerta di servizi accessibili e a prezzi contenuti per la custodia dei bambini e l'assistenza a lungo termine, che sono cruciali per consentire ai genitori e alle altre persone con responsabilità di assistenza di entrare, rimanere o ritornare nel mercato del lavoro. L'eliminazione dei disincentivi economici può anche incoraggiare i percettori di reddito secondario, nella maggior parte dei casi donne, a partecipare pienamente al mercato del lavoro*»[25].

In ogni caso, tutte le soluzioni percorribili non dovrebbero prescindere dal "*gender impact assessment*", ovvero dalla valutazione d'impatto di genere, in occasione di ogni intervento politico-legislativo in ambito economico-sociale.

È l'Ocse a raccomandare, sulla scorta di una consolidata tradizione di utilizzo di tale strumento da parte di alcuni Paesi, quali ad esempio Canada e Spagna, l'istituzione di un osservatorio di genere a livello nazionale che – attraverso il monitoraggio dell'impatto della crisi economico-pandemica sui diversi generi – fornisca agli organi di direzione e governo dati necessari per poter procedere *ex ante* alla valutazione di impatto di genere, così garantendo l'eliminazione/riduzione delle disparità già in fase di legiferazione (si veda il rapporto Ocse citato in nota 5).

L'occasione potrebbe cogliersi nel tempo necessario per tradurre in legge il cd. "*Family Act*", disegno di legge «*recante misure per il sostegno e la valorizzazione della famiglia*», collegato alla legge di bilancio 2020.

Lo schema di disegno di legge da ultimo diffuso risente ad oggi del limite di non tenere in considerazione né il modello del "*work life balance*" di cui alla direttiva europea n. 1158/2019 né, tanto meno, la recente raccomandazione dell'Ocse in merito alla valutazione dell'impatto di genere.

Ciò che ha indotto la più attenta dottrina a rilevare, fin da subito, come da una osservazione preliminare sull'impianto del *Family Act* risulti la «*mancanza di riferimenti a un piano concreto e puntuale per rimediare alla scarsa diffusione dei servizi pubblici di assistenza e degli asili nido in diverse regioni, che pure è stato indicato al punto 17 delle Raccomandazioni del Consiglio dell'UE sul Programma Nazionale di Riforma 2019 dell'Italia, rilevando l'insufficienza degli investimenti nei servizi di assistenza e nella partecipazione delle donne al mercato del lavoro. Non viene preso in considerazione neppure il lavoro di cura degli anziani o altri familiari che viceversa la Direttiva – art. 6 e 7 – riconosce nella figura del "care-giver" – titolare di specifici diritti*» – così Stefania Scarponi, in un recente articolo[26].

L'Autrice evidenzia, in particolare, come «*nell'impianto complessivo del provvedimento approvato dal CdM, inoltre, risulta poco considerata l'esigenza di promuovere non solo la conciliazione ma soprattutto la condivisione del compito di cura genitoriale incentivando il ruolo paterno affinché la madre possa accedere e mantenere il lavoro retribuito, oltre che per i benefici psicologici connessi al legame tra il padre e i/le figli/e*».

In entrambi gli scenari prefigurabili nell'immediato futuro – un nuovo *lockdown* globale per effetto della recrudescenza della pandemia, ovvero l'aggravarsi della crisi economica mondiale – è necessario che le risposte politiche incorporino "*a gender lens*" che tenga conto dell'impatto della crisi sulla occupazione femminile.

Ciò, se si vuole evitare che le prossime fasi della emergenza, riproponendo vecchi schemi, producano un ritorno al passato, piuttosto che un salto verso il futuro.

25. Per un'analisi della tematica, vds. M. Vitaletti, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giustizia civile*, 19 marzo 2020, http://giustiziacivile.com/lavoro/articoli/equilibrio-tra-attivita-lavorativa-e-vita-familiare-nellemergenza-coronavirus.

26. S. Scarponi, *Alla gender equality serve più del family act*, in *In genere*, 17 giugno 2020, www.ingenere.it/articoli/gender-equality-serve-piu-del-family-act.

Camere senza vista: il carcere e l'emergenza sanitaria

di *Riccardo De Vito*

Se il contagio in carcere non è dilagato lo si deve a un mirato processo di alleggerimento della pressione delle presenze, non certo al mito delle prigioni sicure. Il sistema, tuttavia, si è chiuso ancora di più e le impronte che l'emergenza rischia di lasciare sulla penalità penitenziaria non vanno in direzione costituzionale. Con qualche sorpresa.

1. Un'esperienza nuova / 2. Illusioni ottiche / 3. Storie di prigioni e navi: da San Quentin alla Diamond Princess / 4. Isolare il carcere: il ruolo della politica e dell'amministrazione / 5. I giudici, la sorveglianza e il virus / 6. Le impronte del virus sul carcere / 7. Il nuovo sotto il vecchio

1. Un'esperienza nuova

L'irruzione di Sars-CoV-2 nel carcere è tratteggiata nel racconto di una persona che le prigioni italiane le conosce bene per averne gestito settori significativi e analizzato a fondo la dimensione organizzativa. Sentiamolo: «Per quanto mi riguarda questo momento è coinciso con una pausa pranzo che spezzava una giornata di formazione che conducevo a Bologna il 21 febbraio. Subito dopo aver ordinato, una telefonata interrompeva una serena chiacchierata tra commensali. La mia vicina di tavolo, un bravo medico che da sempre lavora nel carcere di Piacenza, iniziò ad interloquire con fare sempre più preoccupato sino a concludere la telefonata. Di fronte al mio sguardo interrogante mi comunicava che uno dei medici del carcere di Piacenza era stato isolato in quanto venuto a contatto, nel suo ambulatorio esterno, con un cittadino risultato infetto. Lì ho capito che stava iniziando un'esperienza nuova»[1].

Sono le parole di Pietro Buffa, attuale provveditore dell'amministrazione penitenziaria in Lombardia. Le antenne dell'esperto hanno funzionato bene: iniziava un'era nuova.

La lunga citazione serve a chiarire che la vulnerabilità del sistema penitenziario di fronte al virus era stata percepita lo stesso giorno nel quale il "paziente uno" di Codogno veniva scoperto positivo[2]. Il virus prendeva ad attaccare il Paese e l'istituzione penitenziaria, allo sguardo degli specialisti, non si presentava sicura e immune dal contagio.

Nel discorso pubblico la questione carceraria esploderà soltanto quindici giorni dopo, tra il 7 e il 10 marzo del 2020. Sono i giorni terribili delle rivolte, durate a lungo e con conseguenze drammatiche: tredici detenuti morti, agenti feriti, sezioni e reparti devastati, evasioni.

Le preoccupazioni del decisore politico, tuttavia, non si sono attardate troppo sulla tutela della salute

1. P. Buffa, *Carcere e pandemia. Tra la ricerca delle responsabilità e l'urgente necessità di apprendere*, in *Diritto penale e uomo*, n. 7/8, 2020, p. 27 (https://dirittopenaleuomo.org/contributi_dpu/carcere-e-pandemia/).

2. Nello stesso periodo di tempo, il virus compare nella prima nota del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, avente ad oggetto «Raccomandazioni organizzative per la prevenzione del contagio del coronavirus» (nota DAP, 22 febbraio 2020, n. 00611554).

delle persone detenute e, tanto meno, sul pericolo che il carcere diventasse una bomba epidemiologica, idonea a moltiplicare il contagio anche tra coloro che negli istituti di pena entrano per lavoro e tra chi abita nei territori limitrofi.

Eppure, gli operatori penitenziari, i garanti e i magistrati di sorveglianza hanno avuto subito la percezione della collisione di una calamità inedita con un penitenziario vecchio, ancora troppo distante dal modello costituzionale propugnato dall'art. 27.

A osservarle da vicino, le istantanee di quei momenti illustrano una tensione drammatica: urgenza e impossibilità di trovare spazio per isolare le persone positive e i casi sospetti (per lungo tempo in carcere, in assenza di tamponi, non è stato possibile distinguere) in istituti che, al 29 febbraio 2020, annoveravano 61.230 presenze su poco più di 47.000 posti effettivi; personale medico e infermieristico privo dei più essenziali dispositivi di protezione come guanti e mascherine chirurgiche, per non parlare dei sofisticati strumenti di medicina intensiva; inattuabilità, tra le mura, di quelle misure di prevenzione salvavita che, a partire dal distanziamento sociale, nella comunità dei liberi venivano prima consigliate e poi imposte.

La gravità della situazione, però, non si è proiettata sull'agenda delle priorità politiche, se non a tratti e in maniera condizionata. Nell'opinione pubblica, del resto, si diffondeva il convincimento che la prigione fosse un luogo chiuso e sicuro e che, per prima cosa, fosse bene pensare alla salute dei cittadini senza macchie sul certificato penale.

Sicurezze che abbiamo rischiato di pagare caro. Se il virus dentro il carcere non ha provocato tragedie è stato grazie al lavoro di tanti – direttori, educatori, agenti, medici, magistrati – che, in un momento di liquefazione organizzativa e sordità politica, hanno provato a fare della prigione un luogo meno pericoloso e più rispettoso del diritto alla salute di tutti.

2. Illusioni ottiche

L'immagine di un carcere protetto dal contagio, pure accreditata da commentatori autorevoli, è un *trompe l'oeil*.

Facile capire da quali ragionamenti scaturisca: i detenuti non escono, non si mischiano, non partecipano all'interazione sociale. L'assetto espellente della sanzione criminale, che i sostenitori di una malintesa "certezza della pena" mirano a incrementare, in tempi di pandemia costituirebbe la fortuna di chi vi incappa.

Come anticipato, tuttavia, si tratta di un vizio prospettico, per almeno un duplice ordine di ragioni.

Esaminiamo la prima. Il propagarsi della metafora della reclusione nel periodo del *lockdown*, alla lunga, invece di favorire una reale comprensione del fenomeno penitenziario, ci ha allontanato da essa. Il paragone tra la condizione dei cittadini confinati nei propri appartamenti e quella dei ristretti in carcere regge sotto alcuni profili, ma non può essere il punto di partenza per una conoscenza approfondita della realtà del penitenziario.

Certamente vi sono alcuni punti di convergenza: la perdita di controllo sulle relazioni personali, l'acuirsi della dipendenza dalle decisioni delle autorità pubbliche e, soprattutto, il risolversi della vita all'interno di un unico spazio. Proprio quest'ultimo aspetto delinea un tratto saliente dell'istituzione totale – di cui il carcere è massimo esempio –, nitidamente descritto da Goffman: mentre nella società moderna l'uomo tende a dormire, divertirsi e lavorare in luoghi diversi, l'istituzione totale determina «la rottura delle barriere che abitualmente separano queste tre sfere di vita», poiché «tutti gli aspetti della vita si svolgono nello stesso luogo»[3].

Non vi è dubbio che questo sia capitato anche ai cittadini liberi durante il *lockdown*, dal momento che lo *smart working* ha relegato il lavoro in una dimensione domestica e il tempo libero è stato consumato per intero nei perimetri delle abitazioni e dei balconi. Questa frantumazione delle barriere tra tempi e spazi della vita, tuttavia, non è sufficiente per assimilare la condizione dei liberi a quella delle persone detenute.

A diversificare in modo netto le due esperienze, per quel che qui interessa, non è soltanto la sottoposizione dei ristretti a un'unica autorità che disciplina ogni fase delle attività quotidiane, ma anche il fatto che queste ultime in carcere si debbano svolgere a stretto contatto con un elevatissimo numero di persone. In altri termini l'internato – da intendersi in senso sociologico e non giuridico – si trova a dover sopportare una durevole «esposizione contaminante»[4], che assume anche le forme della relazione personale coatta e del contatto fisico imposto. In maniera inevitabile, anche durante la fase emergenziale della pandemia ogni detenuto doveva (o non poteva fare a meno di) incontrare persone dello *staff* che dalla prigione entravano e uscivano anche più volte al giorno: direttore, educatori, personale di polizia

3. E. Goffman, *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates*, Vintage Anchor Publishing, New York, 1961, trad. it.: F. Basaglia, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Einaudi, Torino, 1978 (2010), p. 35.

4. *Ivi*, p. 53.

penitenziaria, medici, infermieri. Le porte di casa proteggevano dal rischio di relazioni contagianti, i cancelli del carcere no. Le camere sono senza vista, ma la clausura penitenziaria non è per nulla ermetica. Risiede proprio in questa esposizione forzosa la principale ragione di vulnerabilità del carcere di fronte ai rischi di *spread* del contagio, nonostante le misure di prevenzione man mano messe a punto dall'amministrazione penitenziaria e sanitaria. A ciò si aggiunga che, all'interno della prigione, neppure è possibile vivere a debita distanza dal compagno di detenzione: camere multiple, servizi igienici collettivi, assenza di spazi, condizioni igieniche precarie e, per quel che riguarda il nostro Paese, sovraffollamento strutturale sono tutti fattori che costringono a una quotidianità promiscua.

L'analisi dell'istituzione totale, dunque, spiega con argomenti solidi che il virus non si arresta davanti al portone d'ingresso delle prigioni. E la storia, come spesso capita, si incarica di confermare questa conclusione.

3. Storie di prigioni e navi: da San Quentin alla Diamond Princess

Un ulteriore motivo della distorsione dello sguardo sul carcere ai tempi della pandemia è rappresentato dalla scelta di far soccombere una seria analisi storica dei precedenti in favore di una precisa visione ideologica della pena, nota negli Stati Uniti sotto lo slogan *prison works*. Il carcere funziona, sempre e comunque.

Il mito del carcere come luogo protetto è anche il frutto di questa scelta di far prevalere una concezione delle cose interessata a realizzarsi sui dati di fatto. Che la prigione possa essere luogo del contagio, infatti, lo dimostrano approfondite ricerche sulle epidemie del passato – equiparabili per estensione al Covid-19 – e sulla loro trasmissione all'interno degli istituti penitenziari di tutte le epoche e latitudini.

San Quentin, ad esempio, non va ricordato soltanto per essere il celebre penitenziario californiano nel quale Johnny Cash ha tenuto uno dei suoi indocili *prison concert*. È anche il carcere dove, tra il 1918 e il 1920, la "spagnola" colpì gran parte della popolazione detenuta. Già nel 1919 un medico di quel complesso carcerario – noto anche per non disdegnare di utilizzare i prigionieri per le sue ricerche – dava notizia che, nel corso della prima ondata di epidemia, oltre la metà dei 1900 prigionieri contrasse il virus, con un vorticoso incremento quotidiano delle chiamate per malattia: più di 150 al giorno[5]. I motivi del veloce propagarsi del virus erano ascrivibili alla rapida saturazione dei reparti ospedalieri, all'impossibilità di isolare il malato e all'irrealizzabilità del distanziamento sociale all'interno delle sezioni detentive. L'influenza infettò anche il personale dello *staff* e, per tramite di questo, la comunità sociale attigua al complesso edilizio penitenziario.

Storia maestra di vita, si diceva un tempo, e anche questa volta occorreva ricordarlo. Lo ha fatto un'acuta riflessione epidemiologica sul rapporto tra Covid e carcere, pubblicata sul *Journal of American Medical Association* nel pieno dell'emergenza. Il saggio colpisce nel segno con un paragone tra la vicenda della "spagnola" a San Quentin e un fatto di cronaca contemporaneo, le navi in quarantena: «L'epidemia di Covid-19 sulla nave Diamond Princess fornisce un'analogia contemporanea. Su 3700 individui tra passeggeri ed equipaggio, tenuti a bordo in quartieri separati ma vicini, 700 persone sono state infettate e 12 sono morte in un periodo di quattro settimane. La rapida diffusione è stata attribuita a un piccolo numero di lavoratori della cucina alloggiati insieme sul ponte 3, responsabili dell'alimentazione dei passeggeri in quarantena». Univoche le conclusioni: «L'infrastruttura della maggior parte delle prigioni è altrettanto favorevole alla diffusione delle malattie», con in più il fattore di rischio aggiuntivo correlato alla circostanza che «gli ufficiali penitenziari e il resto del personale spesso lasciano la struttura e poi rientrano»[6].

Articolo profetico, perché a distanza di un secolo, la storia americana si è ripetuta. A metà marzo 2020 è stato registrato il primo caso di nuovo coronavirus a Riker's Island, il principale complesso penitenziario di New York e nel giro di due settimane sono stati riscontrati 200 positivi tra i ristretti. Stessa sorte per la prigione della Contea di Cook, a Chicago: nonostante gli sforzi per porre argine al contagio, 350 persone, tra detenuti e membri del personale, sono risultati positivi al virus Sars-CoV-2 tra marzo e aprile. Le cose sono andate peggio alla

5. L.L. Stanley, *Influenza at San Quentin Prison*, in *Public Health Reports*, vol. 34, n. 19, 1919, pp. 996-1008.

6. L. Hawks - S. Woolander - D. McCormick, *Covid-19 in Prisons and Jails in the United States*, in *JAMA Internal Medicine*, vol. 180, n. 8/2020, p. 141 (anticipato su *jamanetwork.com*, 28 aprile 2020). Con altrettanta chiarezza, la definizione dei fattori di rischio in carcere è in B. Saloner *et al.*, *COVID-19 Cases and Deaths in Federal and State Prisons*, sempre in *JAMA Internal Medicine*, vol. 324, n. 6/2020, p. 602: «La nuova malattia da coronavirus 2019 (Covid-19) rappresenta una sfida per le carceri a causa di un confinamento ravvicinato, dell'accesso limitato alle attrezzature di protezione personale e dell'elevato carico di malattie cardiache e respiratorie che esacerbano il rischio di Covid-19 tra i detenuti».

Marion Correctional Institution, Ohio: 1828 detenuti e 109 dipendenti contagiati ad aprile 2020. Non è un caso che la stessa amministrazione penitenziaria, a livello centrale e periferico, abbia fatto ricorso a una serie mirata di ammissioni alla detenzione domiciliare (anziani, malati, condannati a pene brevi) per decongestionare gli istituti ed evitare una più marcata deflagrazione del contagio al loro interno e nei territori ove questi sono ubicati.

La storia e la cronaca, analizzate con scrupolo, fanno risaltare come i "sistemi chiusi" possano essere trappole per topi, luoghi pericolosi per coloro che sono costretti a stare dentro e focolai critici per i liberi che vivono attorno. La vicenda nostrana delle residenze sanitarie assistenziali, funestate dai lutti nel corso del *lockdown*, comprova la conclusione.

Per il carcere vale lo stesso ragionamento. Lo ha chiarito, in modo definitivo, l'Organizzazione mondiale della sanità: «L'esperienza dimostra che carceri, prigioni e altri ambienti dove le persone sono costrette alla promiscuità possono funzionare da fonte di infezione, amplificazione e diffusione delle malattie all'interno e all'esterno del carcere»[7].

Eppure, nel dibattito politico maggioritario e nell'opinione pubblica italiani si è incuneata l'idea, divenuta inestirpabile, che le porte del carcere fossero invalicabili dal virus. Nessuno, tra i sostenitori di questo argomentare, sarebbe stato disposto a mettere piede su una nave da crociera in quarantena, ma sul sistema chiuso carcere non vi erano dubbi: meglio Opera e San Vittore che Piazza Duomo[8].

Se questa tesi ha ricevuto una parziale conferma dalle statistiche, vale a dire se la tragedia è stata evitata, è soltanto perché il numero complessivo dei detenuti italiani è passato, dai 61.230 del 29 febbraio 2020, ai 52.679 del 15 maggio 2020 (dati del Garante nazionale) e ai 53.387 del 31 maggio 2020 (dati del Ministero). Ancora troppi, indipendentemente dal virus, rispetto ai 47.000 posti di capienza effettiva e ai 50.472 classificati dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria come "capienza regolamentare".

Senza questo processo di deflazione della popolazione penitenziaria – vedremo in che termini si deve intendere l'espressione – oggi ci troveremmo a commentare una realtà diversa e più dolorosa.

4. Isolare il carcere: il ruolo della politica e dell'amministrazione

Si è detto, poco sopra, che la tragedia è stata evitata.

Bene, se un lettore attento volesse approfondire per proprio conto questa affermazione andrebbe subito alla ricerca dei dati sul numero di contagiati in carcere. Con amara sorpresa, tuttavia, scoprirebbe che nessuna statistica del Ministero della giustizia è disponibile, neppure a cercarla col lanternino nelle pieghe dell'apposita sezione del sito ufficiale.

La grave carenza di informazione ufficiale sull'andamento del contagio in carcere ha contraddistinto la fase emergenziale e ha contribuito a impedire una gestione razionale della pandemia.

A colmare la lacuna, per fortuna, sono stati il Garante nazionale, tramite preziosi e costanti bollettini, e le associazioni impegnate nella scrupolosa documentazione dei fatti della penalità penitenziaria.

Gli ultimi dati certi sul contagio in carcere, pertanto, li possiamo trarre dal rapporto di metà anno di Antigone, dedicato a *Il carcere alla prova della fase 2* e pubblicato il 10 agosto 2020[9].

Secondo le ultime informazioni disponibili all'epoca, il numero totale dei positivi al 7 luglio 2020 era di 287 persone nella sola popolazione detenuta, con un picco massimo di 161 positivi nella stessa giornata. Cifre da non sottovalutare, come invita a fare lo stesso rapporto. Sembra un numero contenuto, ma «in rapporto al totale della popolazione detenuta è superiore, sebbene di poco, al tasso di contagio nel resto del Paese».

La trasmissione dell'infezione ha raggiunto più o meno la stessa grandezza tra il personale amministrativo e di polizia del carcere.

Alla data sopra ricordata, inoltre, avevano perso la vita per coronavirus 4 detenuti, 2 agenti di polizia e 2 medici penitenziari.

Le tragedie non sono mai quantificabili, non esiste un'asticella al di sopra della quale collocarle, ma è indubitabile che il consistente calo della popolazione detenuta ha evitato il peggio. È stato decisivo, ad esempio, guadagnare spazio da dedicare anche alla più blanda delle misure di tutela e prevenzione, quale l'isolamento collettivo – non scandalizzi l'ossimoro: la situazione non offriva di meglio – dei positivi e dei sospetti.

7. Oms, *Regional Office for Europe, Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention. Interim Guidance*, 15 marzo 2020, www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf.

8. La comparazione, ripetuta più volte, è del procuratore generale di Catanzaro, Nicola Gratteri. Compare per la prima volta in *La nuova 'ndrangheta, le carceri, il virus*, intervista rilasciata a *Il Fatto quotidiano*, 3 aprile 2020.

9. Il rapporto di metà anno, *Salute, tecnologie, spazi, vita interna. Il carcere alla prova della fase 2*, è reperibile al *link*: www.antigone.it/upload2/uploads/docs/PreRapporto2020.pdf.

Nel multiforme processo deflattivo il legislatore ha giocato un ruolo tutto sommato modesto, prigioniero per l'ennesima volta della paura di apparire *soft on crime* e perdere consenso.

Gli interventi normativi di vera e propria gestione dell'emergenza si contano sulle dita di una mano e, salvo un generico invito alla valutazione di *misure alternative di detenzione domiciliare* (art. 2, lett. *u*, dpcm 8 marzo 2020, n. 11), gli unici interventi mirati all'alleggerimento del sovraffollamento penitenziario sono contenuti negli articoli 123 e 124 del dl 17 marzo 2020, n. 17, meglio noto come "Cura Italia".

L'art. 123 ha previsto una sorta di detenzione domiciliare che ricalca le forme dell'esecuzione presso il domicilio delle pene inferiori a diciotto mesi (l. n. 199/2010), restringendone addirittura la platea dei beneficiari attraverso l'esclusione di coloro che hanno riportato sanzioni per determinati episodi disciplinari e costringendo il fruitore, nel caso di residuo di pena tra sei e diciotto mesi, all'obbligo degli introvabili braccialetti elettronici.

L'unico vantaggio si è manifestato in un minimo di celerità istruttoria, posto che il procedimento di ammissione non necessita di relazione comportamentale e che l'accertamento sul domicilio è svolto dalla stessa polizia penitenziaria.

Il disposto dell'art. 124, che ha esteso la possibilità di concedere licenze illimitate ai detenuti semiliberi sino al 30 giugno 2020, per paradosso ha assunto un rilievo forse maggiore. Lo scopo della norma era di evitare il rientro serale in istituto di quella categoria di detenuti, al fine di interrompere una possibile linea di contagio.

Va osservato, tuttavia, che il provvedimento è servito a tenere lontano dal carcere detenuti sufficientemente rieducati che, nel corso del *lockdown*, hanno perso il lavoro a causa della chiusura di molte imprese e hanno corso il rischio di vedersi sospeso il beneficio della semilibertà, con conseguente affollamento dei reparti a loro destinati. Poca cosa, ma utile a consentire un impiego duttile di quelle sezioni che, collocate fuori dal muro di cinta, si mostravano più sicure dei reparti interni.

Per il resto il decisore politico si è limitato a dare forza normativa a quella che da subito è apparsa la strategia fondamentale dell'amministrazione penitenziaria: isolare il carcere.

L'obiettivo è stato perseguito lungo più direttrici di intervento, tra cui la sospensione dei colloqui dei detenuti con i familiari e loro sostituzione con la corrispondenza telefonica (autorizzata oltre i limiti ordinari di frequenza) e la videocomunicazione consentita attraverso la piattaforma Skype e gli *smartphone*. Sempre in quest'ottica va letta la previsione della sospensione (discrezionale) dei permessi premio.

L'obiettivo di costruire un cordone di sicurezza attorno al carcere – in parte illusorio, in parte necessitato – è stato perseguito dall'amministrazione prima che dalla politica. Oltre alla sospensione dei colloqui, sono stati contemplati l'allontanamento dei volontari, il contenimento delle attività lavorative all'esterno (art. 21 ord. penit.) e, soprattutto, l'interruzione delle attività trattamentali. Di colpo il carcere si è trovato senza scuola, lavoro, attività culturali e ricreative.

Il livello di gravità assunto dalla pandemia, tale da determinare la paralisi dell'intero Paese, ha finito per rendere le precauzioni appena descritte in concreto inevitabili e di fatto prive di alternative.

In proposito, tuttavia, devono essere svolte alcune considerazioni su alcuni aspetti cruciali.

In primo luogo, un rilievo innegabile: vedere gli agenti di polizia penitenziaria circolare nei reparti detentivi (per la prima volta anche di alta sicurezza) con lo *smartphone* dell'amministrazione per far effettuare ai detenuti le videochiamate ai familiari è stato davvero epocale.

In un momento angoscioso, mantenere aperto questo canale di comunicazione con i familiari è stato un fatto di basilare importanza per avvicinare il fuori al dentro. Ben più che una compensazione per i mancati colloqui visivi, la «concessione del telefono» – così l'ha definita un esperto della penalità penitenziaria appoggiandosi al titolo del romanzo di Camilleri[10] – è stata un rivoluzione a costo zero, che si auspica di veder stabilizzata oltre il termine dell'emergenza. Definirebbe, tra l'altro, un'essenza meno arcaica dei luoghi della rieducazione, che tali non possono veramente essere se non introiettando la dimensione tecnologica della contemporaneità.

A fronte di questi rilievi, che si tingono di positivo, deve collocarsi un'osservazione critica, ancora una volta attinente il ruolo giocato dall'informazione o, per dir meglio, dalla disinformazione.

In attesa che le indagini delle procure sulle presunte manovre della criminalità organizzata offrano risultati, va rilevato che gran parte delle rivolte sono scaturite da un difetto di comunicazione e da una mancanza di preparazione. Le persone detenute venivano a conoscenza delle prime positività all'interno delle mura, dei provvedimenti mirati a isolarle

10. P. Gonnella, *La concessione del telefono*, in Aa. Vv., *Il carcere al tempo del coronavirus. XVI Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, maggio 2020, p. 7, www.antigone.it/upload/ANTIGONE_2020_XVIRAPPORTO%202.pdf. Tutti i dati presenti nel rapporto medesimo possono essere consultati al seguente *link*: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1vpBBVlE3lSmj4jbJ90B8t9OZWXk-VaLyeO0W10UkhVxE/edit?usp=sharing.

dai familiari, del dramma del Paese e venivano lasciati soli. Nessun chiarimento, o pochi, sui rimedi sostitutivi in via di attuazione.

Un "di più" di informazione e trasparenza – perseguibile anche attraverso il mantenimento di almeno parte della fondamentale rete dei volontari – avrebbe favorito un atteggiamento più responsabile da parte di quei detenuti (pochi rispetto al totale) che sono saliti sui tetti.

Anche dai tetti, comunque, c'è da imparare. A rivoltarsi, infatti, sono stati in gran parte detenuti collocati nelle sezioni a minor intensità trattamentale; altra dimostrazione del fatto che la sicurezza non si produce soltanto con la sorveglianza e la custodia. E non si produce soltanto con la pena del carcere. Esiste un plurale nell'art. 27 della Costituzione: le *pene* non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del reo. Non mortificarlo è il compito della magistratura e, in particolare, di quella di sorveglianza. Cerchiamo di capire il suo ruolo nelle vicende narrate.

5. I giudici, la sorveglianza e il virus

Quanto sopra argomentato a proposito dell'esiguità delle modifiche normative consente di trarre una conclusione ulteriore: il rapido processo di deflazione della popolazione carceraria, oltre a essere stato decisivo per evitare il dilagare del virus, è stato realizzato dalla magistratura essenzialmente con gli strumenti della legislazione vigente e la Costituzione come faro.

Nulla si sarebbe avverato, inoltre, senza un alto livello di collaborazione con l'amministrazione penitenziaria periferica – direttori, educatori, polizia penitenziaria, funzionari dell'esecuzione esterna –, il personale medico, la rete dei garanti, l'avvocatura.

L'obiettivo non era de-carcerare a tutti i costi – solo un'informazione caricaturale ha potuto farlo credere –, ma prendere sul serio i diritti, a partire da quello alla salute. Dei detenuti, del personale che lavora in carcere e della collettività.

L'alleggerimento della pressione del sovraffollamento ha riguardato sia i condannati non definitivi, mediante la sostituzione delle misure di custodia in carcere con altre meno afflittive, sia i condannati definitivi, i quali non sono stati semplicemente scarcerati, ma sono stati ammessi a fruire di *pene* (ecco il plurale) alternative rispetto a quella da scontare in carcere, a iniziare dalle varie e stringenti tipologie di detenzione domiciliare.

La vicenda della riduzione dei numeri del carcere e delle opzioni utilizzate per realizzarla può essere riguardata anche sotto un ulteriore profilo molto apprezzabile, concernente una certa capacità della cultura giuridica e della prassi giudiziaria di smarcarsi da un formalismo troppo spesso foriero di un appiattimento della giustizia su una legalità immemore dei fatti, dei bisogni e dei diritti.

In questa direzione, un eminente ruolo lo ha assunto la nota del 1° aprile 2020 a cura del procuratore generale della Corte di cassazione, Giovanni Salvi, il cui oggetto era dedicato a «pubblico ministero e riduzione della presenza carceraria durante l'emergenza coronavirus». È sufficiente leggere le prime righe di quella nota, indirizzata ai Procuratori generali presso le corti d'appello, per avere idea di cosa significhi guardare ai fatti ed evitare che, come ripeteva Sciascia, la legge si rispecchi soltanto nella legge: «L'emergenza coronavirus costituisce un elemento valutativo nell'applicazione di tutti gli istituti normativi vigenti e ne rappresenta un presupposto interpretativo necessario».

In poche parole, che dimostrano la capacità dell'accusa (quando lo vuole) di farsi parte imparziale, è ricostruito e descritto il senso di quello che tutti i protagonisti della giurisdizione, in modo prudente e sorvegliato, hanno provato a fare.

Con riferimento allo specifico della magistratura di sorveglianza, si può dire che l'intervento deflattivo si è mosso lungo due piani, che potremmo così sintetizzare:

- ricognizione di tutte le posizioni giuridiche di quei detenuti che erano nei termini per essere ammessi alle misure alternative e che per le ragioni più diverse (rallentamenti burocratici, carenze di risorse, lentezza nella trasmissione delle informazioni) non avevano ottenuto alcuna valutazione da parte del magistrato o del tribunale di sorveglianza; in questa traiettoria, soprattutto ai fini dell'ammissione alla detenzione domiciliare, sono stati presi in considerazione quei detenuti che avevano un'espiazione residua breve e che in carcere avrebbero occupato uno *spazio* prezioso per un *tempo* del tutto irrisorio sotto il profilo trattamentale. Si è trattato, peraltro, di detenuti condannati per reati non gravi e non di criminalità organizzata, dal momento che tutte le tipologie di detenzione domiciliare – ivi compresa quella prevista dall'art. 123 sopra descritto – non sono applicabili a quelle categorie di condannati;

- valutazione di quelle misure alternative al carcere che sono correlate non ai progressi trattamentali, ma al piano dei diritti fondamentali, in primo luogo del diritto alla salute e alla cura; vengono in essere, sotto questo profilo, i tanto criticati provvedimenti di differimento della pena per grave infermità nelle forme della detenzione domiciliare cd. "umanitaria".

Su questo secondo piano di intervento occorre un breve approfondimento. Nessun detenuto è stato scarcerato per il mero rischio di evento infausto in caso di contagio. Non sarebbe stato un obbrobrio giuridico, visto che il diritto alla salute, anche in carcere, ricomprende la prevenzione. Lo ricorda l'art. 1 d.lgs 22 giugno 1999, n. 230, nel prevedere che «i detenuti e gli internati hanno diritto, al pari dei cittadini in stato di libertà, alla erogazione di prestazioni di prevenzione». È, in fondo, applicazione concreta del principio di *equivalence of care* – fatto proprio dalle risoluzioni delle Nazioni Unite –, in base al quale il livello di cura nei confronti delle persone private della libertà deve essere identico a quello rivolto ai pazienti liberi[11].

Quello che è accaduto, tuttavia, è più complesso e più lineare allo stesso tempo. Un numero limitato di detenuti/pazienti – alcuni condannati per reati gravi e di mafia – era affetto da numerose patologie che, sino all'emergenza sanitaria, venivano giudicate compatibili con la permanenza in carcere in ragione di un articolato sistema di cura basato su molteplici e progressivi interventi: assistenza medico/infermieristica in camera detentiva, collocazione in reparti diagnostico-terapeutici interni alle mura e, infine, trasferimento in strutture sanitarie esterne di diagnosi e cura. Questo delicato equilibrio, sempre sul punto di saltare anche per il ridotto finanziamento della quota di servizio sanitario nazionale destinato al mondo del penitenziario, è entrato in completa crisi a causa della pandemia, della saturazione delle strutture di cura esterne e dell'impossibilità per il personale sanitario interno agli istituti di seguire le molteplici chiamate di malattia. In questa condizione la cura di malattie gravi – dalle patologie tumorali a possibile esito infausto ai gravi *handicap* fisici – è divenuta di fatto inattuabile.

A quel punto si ponevano due alternative: dare prevalenza al diritto alla salute e alla cura o scommettere sulla sopravvivenza di quelle persone sino al termine della pandemia. L'informazione *mainstream* avrebbe preferito questa seconda strada, omettendo di dire che è una via percorribile soltanto a condizione di far sparire dalla Costituzione ogni riferimento all'umanità della pena. Senza tener conto del fatto che una tale opzione avrebbe costituito un regalo immenso alla criminalità organizzata in termini di consenso all'interno del carcere e nei territori; l'occultamento dell'art. 27, terzo comma, nelle battaglie dell'antimafia rafforza i clan nella convinzione (e nella prassi) che lo Stato pensa allo Stato e la mafia pensa alla mafia.

Si dovrebbe narrare, inoltre, un'altra storia.

Tutti i condannati per reati gravi scarcerati sono passati attraverso un bilanciamento serio del loro diritto alla salute con le esigenze di sicurezza della collettività. Sembra che gli esiti delle misure, trascorse senza reati ed evasioni, confermino la bontà di quel bilanciamento. Ma il punto è un altro e riguarda la necessità di guardare anche ai numerosi condannati che, grazie a un'oculata gestione degli spazi, sono rimasti in carcere in condizione di sicurezza "pubblica" e sanitaria. Sarebbe opportuno che l'informazione provasse a scrivere e raccontare questo lato in ombra della vicenda, anche a costo di non incamerare il solito sensazionalismo come corrispettivo.

Sia chiaro: stampa e informazione rappresentano comunque il sale della democrazia, ma non occorre sottovalutare la loro responsabilità e il peso nella formazione dell'impronta culturale del Paese.

Di impronte ora si deve parlare.

6. Le impronte del virus sul carcere

Dal complesso di fatti, idee e processi sin qui presi in esame si può trarre un bilancio positivo solo per alcuni aspetti.

La sinergia tra tutti gli operatori che ruotano attorno al penitenziario, il rifiuto dell'inclinazione formalista del sapere giuridico e giudiziario, il dinamismo immesso nel sistema dalla necessità di star dietro alla promessa costituzionale di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. sono tutti elementi che, in prospettiva, consentono una timida esaltazione.

Quest'ultima, tuttavia, rischia di essere frustrata se si guarda con attenzione all'impronta che il virus lascia (o sta lasciando) sulle *politiche* del carcere, ricomprendendo in questo termine anche le scelte dell'amministrazione centrale. Queste tracce si possono leggere attraverso il racconto di ulteriori pezzi della storia del rapporto e istituzione totale, inseguendo tre coppie di sostantivi:

- *Umano/disumano*. L'amministrazione penitenziaria centrale ha subìto critiche feroci per una circolare del 21 marzo 2020, meglio nota come "Protocollo di Belcolle", con la quale si invitavano le direzioni e le aree sanitarie degli istituti a segnalare i casi di quei detenuti che, per età o patologie, erano più esposti al contagio. Un atto di eminente rilievo etico e organizzativo, che non ha inciso sui provvedimenti

11. Riferimenti appropriati al principio di *equivalence of care*, ribadito dalle Nazioni Unite anche in periodo di Covid-19, sono nella *Relazione al Parlamento 2020* a cura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, p. 71. Il testo integrale della *Relazione* è disponibile in questa *Rivista online*, 29 giugno 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/commento-alla-relazione-al-parlamento-2020-del-garante-nazionale-dei-diritti-delle-persone-detenute-o-private-della-liberta-personale.

di dimissione dalle carceri adottati dalla magistratura – la politica può star tranquilla –, ma che è stato utile nel censimento dei soggetti vulnerabili, non solo sotto il profilo della salute, ma anche sotto l'aspetto delle risorse materiali idonee a permettere una difesa tecnica adeguata.

Pochi, al contrario, hanno chiesto conto alla politica e all'amministrazione delle rivolte, dei morti, dei suicidi.

L'umano, inteso in termini giuridici (art. 27, comma 3, Cost. e art. 3 Cedu) e non meramente etici, è divenuto fattore di imputazione di responsabilità, mentre il disumano si è apprestato a diventare normalità. È un ribaltamento pericoloso, in grado di agire a lungo sulle mentalità di chi, da qualsiasi ruolo, si dovrà confrontare con la penalità penitenziaria.

- *Diritti/automatismi*. Prima del diffondersi del Covid avevamo lasciato il carcere ostaggio di una contraddizione. La politica, mediante l'affossamento dei lavori della Commissione Giostra[12], si ritraeva da un tentativo serio di riforma, ma le Corti riaffermavano a tutto tondo il *diritto alla speranza*. Basti pensare alla pronuncia della Corte Edu *Viola c. Italia*, 13 giugno 2019, e alla sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale. Al di là delle differenze, le due pronunce censuravano gli automatismi legislativi che impedivano una valutazione individualizzata dei progressi trattamentali da parte della magistratura di sorveglianza.

La strumentale polemica sulle cd. "scarcerazioni" ha indotto il legislatore a introdurre nuovi automatismi, ma questa volta nell'ambito di un inedito e grave slittamento: dal campo del trattamento a quello dei diritti. Il dl 10 maggio 2020, n. 29, infatti, ha imposto solo ad alcune categorie di detenuti – scelte per titolo di reato o appartenenza al regime differenziato – un complesso procedimento di costante rivalutazione delle detenzioni domiciliari umanitarie, con buona pace dei bilanciamenti effettuati dal giudice. E pensare che neppure la formulazione del 4-*bis* sgorgata dalle stragi ha mai previsto la collaborazione o altro tipo di automatismo quale presupposto inderogabile per l'ammissione a misure volte alla tutela del diritto alla salute.

- *Responsabilizzazione/repressione*. Il carcere italiano (ma il discorso potrebbe essere generalizzato) vive la grande contraddizione tra il *dover essere*, fatto di tensione verso la rieducazione, e la realtà, costituita in gran parte soltanto da custodia e disciplina.

La carenza di programmi trattamentali inasprisce gli animi e l'unico piano sul quale questo problema trova spesso soluzione è quello dell'irrogazione delle sanzioni disciplinari, all'esito di un procedimento che, per lo scarso livello di garanzie dell'incolpato, assume un sapore medievale.

C'è da auspicare che le rivolte non esasperino l'aspetto ulteriormente punitivo e violento dell'istituzione.

Le prime reazioni dell'amministrazione non lasciano ben sperare. La circolare DAP n. 3689/6139 del 22 luglio 2020, che ha ad oggetto le linee di intervento in caso di aggressioni al personale, percorre unicamente l'opzione repressiva quale risposta ai comportamenti *violenti e antidoverosi* delle persone ristrette. Vi si legge di un'*escalation* di sanzioni – comprensiva del trasferimento in altro istituto penitenziario, che torna a colorarsi di un indebito profilo sanzionatorio – che, si teme, finirà per rafforzare il conflitto interno, anziché prevenirlo con attività che intensifichino il benessere di chi in carcere vive e lavora e favoriscano la responsabilizzazione delle persone ristrette.

Il futuro della penalità penitenziaria appare in bilico tra gli opposti sostantivi. Per evitare che la storia pencoli verso il secondo termine della coppia – disumano, automatismi, repressione – occorrono cultura e immaginazione nuove.

Per fortuna, anche durante la pandemia non sono mancate.

7. Il nuovo sotto il vecchio

Come in tutte le fasi storiche di transizione, il nuovo si insinua sempre nella coda del vecchio.

Anche in questo caso, mentre l'emergenza non dava cenno di attenuazione, si è assistito all'accelerazione di un progetto di straordinario rilievo, benché poco conosciuto.

La Direzione generale per l'esecuzione penale esterna e di messa alla prova – afferente al Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità – aveva individuato, tra gli obiettivi operativi del triennio 2020-2022, la «realizzazione di percorsi di fuoriuscita dal carcere in favore di persone detenute prive di risorse familiari, economiche e alloggiative»[13].

12. Un'ampia rassegna di approfondimenti sul fallimento del processo riformatore è in *La riforma spezzata. Come cambia l'ordinamento penitenziario*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 3/2018 (Ob. 2), pp. 113-145, www.questionegiustizia.it/rivista/2018-3.php.

13. Vds. il *Progetto di inclusione sociale per persone senza fissa dimora in misura alternativa*, a cura del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità - Direzione generale per l'esecuzione penale esterna e di messa alla prova, Ufficio II, Roma, 3 aprile 2020, https://giustizia.it/giustizia/it/mg_1_11_1.page?facetNode_1=0_2_25&contentId=SPR264443&previsiousPage=mg_1_11.

Questo programma di inclusione proprio al tempo del Covid-19 ha subìto una spinta propulsiva notevole e ha conseguito risultati incoraggianti.

Gli uffici dell'esecuzione esterna – con il contributo di Casse ammende – sono divenuti veri e propri catalizzatori delle risorse del territorio e, attraverso la costruzione di una rete tra enti locali, privato sociale, terzo settore, mondo del volontariato, istituti di pena e magistratura, hanno consentito l'ammissione alle misure alternative a moltissimi soggetti senza fissa dimora che si trovavano nella fase conclusiva dell'espiazione.

Le misure messe in campo non assumevano significato puramente deflattivo, né si rivelavano tese a guadagnare spazio nel carcere – profilo pure rilevante –, ma erano pensate per favorire l'inserimento di soggetti economicamente vulnerabili in enti e strutture che potessero facilitare l'acquisizione di abilità finalizzate all'autonomo reinserimento nel tessuto sociale.

Bisogna augurarsi (e impegnarsi per) che questo progetto divenga strutturale e organico, dal momento che, oltre a rappresentare un successo di per sé, ma costituisce il concretizzarsi di un pensiero innovativo sul ruolo dell'amministrazione e sulla cultura delle pene. Non pare eccessivo ritenere che da questa filosofia, sottostante la stessa nascita di un dipartimento autonomo affiancato a quello dell'amministrazione penitenziaria, possa contribuire a riplasmare anche il modello della pena carceraria.

La prigione, in larga parte, assolve ancora al compito di esiliare la povertà colpevole, internandola. Un progetto come quello appena raccontato, al momento limitato ai tratti finali dell'espiazione, può costituire le basi di un cambiamento del paradigma funzionale: dall'esclusione all'integrazione. Dalla funzione si potrebbe passare alla struttura dell'organo: un paesaggio di tetre e giganti fortezze serve a poco, se i detenuti in alta sicurezza e 41-*bis* sono poco più di un decimo dell'intera popolazione detenuta; ripensare il carcere a livello edilizio e architettonico è un obiettivo non più rimandabile.

Se si avrà il coraggio politico e culturale per un investimento di questo tipo, allora l'emergenza sanitaria non avrà lasciato soltanto la sua tragica scia luttuosa.

L'impresa in difficoltà. La disciplina della crisi di impresa nel quadro delle difficoltà generate dal *lockdown* e da una ripresa dell'attività parziale ed inceppata

di *Renato Rordorf*

L'imprevista pandemia da Covid-19 e l'arresto della quasi totalità delle attività produttive hanno impedito il prossimo compimento della riforma organica del diritto concorsuale. Molte disposizioni sono state emanate per consentire alle imprese di superare col minor danno possibile l'attuale emergenza, con il corollario di una rinnovata presenza della mano pubblica nell'economia nazionale. Nel presente contributo si manifesta l'auspicio che, quando l'emergenza sarà superata, possano recuperarsi le principali direttive cui la riforma si è ispirata, a cominciare da un diverso modo di concepire il rapporto tra debito e colpa.

1. *Habent sua sidera*... / 2. Il contraccolpo / 3. Il diritto dell'emergenza / 4. La ricapitalizzazione delle imprese / 5. Debito e colpa

1. *Habent sua sidera*...

Habent sua sidera leges, si sarebbe tentati di dire parafrasando il noto brocardo latino. L'esplodere della pandemia da Coronavirus, se è consentito indulgere ancora in analogie astrali, ha colpito il diritto dell'impresa (e non solo quello) come la caduta imprevista di un meteorite, e non è tuttora possibile valutare appieno né la portata degli effetti che ha prodotto né quanto questi effetti siano destinati a incidere in modo duraturo sulla futura evoluzione dell'ordinamento in questo come in altri settori.

Gli ordinamenti giuridici prevalentemente fondati sul diritto scritto hanno, inevitabilmente, un tasso di rigidità maggiore e quindi una minore capacità di adattarsi rapidamente ai cambiamenti improvvisi e imprevisti; e questa loro caratteristica tanto più si accentua quanto più strette e anelastiche sono le maglie del tessuto normativo col quale il legislatore ha inteso disciplinare la mutevole realtà sociale. Quello italiano, visto nel suo complesso, pur ovviamente appartenendo alla famiglia degli ordinamenti di *civil law*, si caratterizza per la frequente (ma non sempre ben calibrata) compresenza di un certo numero di norme elastiche e clausole generali, da un lato, e dall'altro lato di ancor più numerose e talvolta alquanto asfissianti disposizioni di dettaglio, spesso distribuite in ordine sparso tra fonti normative di tipo e grado diverso (primarie, secondarie, nazionali, regionali, etc.). Non è forse del tutto estraneo a questo fenomeno anche il problematico rapporto che si è andato sviluppando negli anni tra potere legislativo e potere giudiziario (ovvero, detto in termini più giornalistici, tra i politici e i magistrati), in bilico tra deleghe di responsabilità e tentativi di imbrigliare paventate invasioni di campo da parte di giudici incontrollabili.

Con l'effetto di generare un viluppo non sempre ben districabile tra diritto positivo e regole o principi di stampo giurisprudenziale.

Neanche il diritto dell'impresa fa eccezione. Anzi esso costituisce, in certo senso, uno dei terreni nei quali maggiormente si avverte la contraddizione tra una sempre più enfaticamente enunciata esigenza di certezza e prevedibilità del diritto e la difficoltà di incasellare in regole rigidamente delineate una realtà, quale quella economica e imprenditoriale, che per sua stessa natura è quanto mai multiforme e dinamica.

È fatale che l'irrompere improvviso di un fenomeno epidemico di gigantesca portata, quale è quello cui stiamo assistendo, con effetti devastanti sul tessuto economico e in particolare su quello imprenditoriale, metta ancor più a nudo queste difficoltà strutturali dell'ordinamento e rischi di esaltarne oltre misura le contraddizioni. La vicenda del codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza (in prosieguo vi farò riferimento chiamandolo semplicemente il codice della crisi), emanato con il d.lgs 12 gennaio 2019, n. 14, è da questo punto di vista esemplare.

Quel codice nasce dalla duplice esigenza di riordinare e di modernizzare una normativa concorsuale assai risalente nel tempo, la quale, dopo esser rimasta a lungo quasi del tutto immutata, nell'ultimo quindicennio era stata interessata da una serie di modifiche, di portata ora più ora meno estesa, ma sempre parziali, attuate per lo più con lo strumento della decretazione d'urgenza e che si erano andate infine accavallando con ritmo vieppiù crescente seguendo indirizzi talvolta contraddittori. Occorreva, dunque, cercare di restaurare un quadro normativo divenuto instabile e incoerente; e nel medesimo tempo occorreva metterlo al passo con i tempi e con una concezione del diritto concorsuale che appariva ormai alquanto lontana da quella corrente all'epoca in cui era stata emanata la legge fallimentare, ma che era rimasta ancora imperante per larga parte del secolo scorso. Taluno ha parlato di una riforma epocale. È certamente un'esagerazione, ma è indubbio che l'obiettivo perseguito dal codice della crisi sia alquanto ambizioso, anche per l'originario intento di unificare intorno a un corpo di principi giuridici coerenti non solo la disciplina contenuta nella legge fallimentare del 1942, ma altresì quella del sovraindebitamento e quella (a propria volta alquanto frammentata) dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e insolventi.

Quell'intento è stato solo in parte raggiunto, e non è comunque qui il caso di valutare se, o fino a qual punto, il codice, emanato dopo circa quattro anni di elaborazione, sia rimasto del tutto fedele agli obiettivi dichiarati, né se esso appaia o meno davvero in grado di soddisfare le esigenze cui ho sopra fatto cenno. Altrove io stesso ho avuto occasione di sollevare delle critiche, ma bisogna pur dire che un impianto normativo così ampio e complesso inevitabilmente di critiche ne solleva, e rischia comunque di scontrarsi con un certo naturale conservatorismo dei giuristi, per lo più poco inclini a rimettere in gioco impostazioni e abitudini mentali a lungo sedimentate.

Proprio in considerazione dell'ampiezza e della complessità della nuova normativa, d'altronde, lo stesso codice della crisi aveva previsto una *vacatio legis* di ben diciotto mesi (a eccezione di un piccolo gruppo di articoli, quasi tutti volti a modificare disposizioni del codice civile in materia societaria, entrati in vigore entro il canonico termine di quindici giorni dalla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale). La legge 8 marzo 2019, n. 20, ha poi delegato il Governo a emanare eventuali decreti correttivi del medesimo codice entro due anni dalla sua entrata in vigore e, nel febbraio di quest'anno, un primo schema di decreto correttivo risulta essere stato già approvato dal Consiglio dei ministri. Nel frattempo è anche intervenuta la cd. "direttiva *Insolvency*" (direttiva 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione), che dovrà essere recepita dall'Italia entro il 17 luglio 2021.

Da oltre un paio d'anni, com'era facile immaginare, sono fioriti convegni e seminari di studio e si sono moltiplicati gli scritti di dottrina a commento della nuova normativa. Ma ecco il colpo di scena, l'evento improvviso che ha colto tutti di sorpresa: l'esplosione di una pandemia che nessuno (o quasi) aveva immaginato possibile e che ha sconvolto completamente, in Italia e nel resto del mondo, sia le abitudini e il modo di vivere quotidiano dei cittadini, sia il funzionamento e le prospettive economiche delle imprese.

Forse del tutto imprevedibile non era la pandemia, ma di certo non era stata prevista: almeno non nei tempi e nei modi in cui si è verificata. Abbiamo perciò fatto tutti molta fatica, da principio, a comprendere davvero quel che stava accadendo. Non sapevamo bene neppure come definirla, e all'inizio abbiamo parlato di epidemia – espressione già di per sé carica di implicazioni paurose, evocativa di eventi tragici che con quel nome la storia ci ha tramandato –, ma poi ci hanno detto che si tratta di una vera e propria pandemia, cioè di qualcosa di ancor più grave perché il contagio si espande dappertutto nel mondo. E anche la definizione del temibile virus è rimasta per un po' incerta. Si è inizialmente parlato di Coronavirus, ma poi abbiamo appreso che quel termine è generico, in quanto designa un'intera categoria di virus, e ci siamo allora abituati a chiamarlo Covid-19:

un acronimo che deriva dall'espressione inglese «*Coronavirus Disease*» e dall'anno in cui il virus è stato isolato per la prima volta, il 2019. Di recente, però, l'*International Committee on Taxonomy of Viruses* e l'*European Centre for Disease Prevention* hanno adottato una nuova denominazione del virus: Sars-CoV-2, mentre, a quanto pare, con la parola Covid-19 si dovrebbe designare la malattia provocata da quel virus. Se è vero che *nomina sunt consequentia rerum*, bisogna dire che in questo caso le incertezze terminologiche esprimono appieno le difficoltà di misurarsi con un fenomeno di natura e di portata tale quale gran parte dei contemporanei non aveva finora neppure immaginato.

2. Il contraccolpo

Che un simile evento dovesse riflettersi anche sul diritto delle imprese è assolutamente ovvio. In difetto di rimedi sanitari capaci nell'immediato di arginare il contagio non v'è stata altra scelta se non quella di ridurre al minimo possibile le occasioni di contatto fisico, quello essendo il veicolo attraverso cui il virus si trasmette da persona a persona. E questo ha necessariamente provocato l'arresto di gran parte delle attività produttive e commerciali, con un pesante contraccolpo sulla capacità delle imprese (o almeno di una larga parte di esse) di produrre reddito. Se la crisi d'impresa, quale la definisce lo stesso codice della crisi (art. 2, comma 1, lett. *a*), «*si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*», perciò determinando una situazione di «*probabile insolvenza*», è intuibile che l'arresto totale o parziale dell'attività produttiva o commerciale dell'impresa e il conseguente venir meno dei ricavi preventivati rischia di produrre una situazione di crisi generalizzata: una sorta di pandemia economica, che ha colpito il mercato contemporaneamente sia sul lato dell'offerta sia su quello della domanda. La crisi di ogni singola impresa facilmente si propaga ad altre, soprattutto quando si tratta di filiere imprenditoriali, perché accade che l'incapacità di un'impresa di fornire regolarmente prodotti o servizi paralizzi l'attività delle imprese alle quali quei prodotti o servizi sono destinati, e la temporanea carenza di liquidità genera ritardi nei pagamenti e inadempienze a catena. Né va trascurato l'effetto che tale situazione può produrre sul sistema bancario, aggravando pesantemente il carico dei crediti deteriorati (i cd. "*non performing loans*") delle banche e perciò stesso rendendo più problematica l'erogazione dei finanziamenti bancari proprio nel momento in cui gli imprenditori e i consumatori ne avrebbero maggior bisogno.

È chiaro che di tali conseguenze il legislatore dovesse in qualche modo farsi carico. Infatti, già il 20 marzo 2020 il Comitato esecutivo della CERIL («*Conference of European Restructuring and Insolvency Law*») ha raccomandato a tutti i legislatori europei l'immediata adozione di provvedimenti volti sia a sospendere obblighi e termini di presentazione delle domande di accesso a procedure concorsuali sia a sopperire alla carenza di liquidità delle imprese con interventi diretti e con una moratoria delle azioni esecutive.

Il caso ha voluto che, come s'è visto, questa drammatica situazione si sia manifestata proprio quando, trascorsi ormai oltre due terzi del lungo periodo di *vacatio legis*, il codice della crisi era relativamente vicino al traguardo della completa entrata in vigore. L'impatto di una crisi economica generalizzata, quale quella prodotta dalla pandemia, non avrebbe certamente potuto non riflettersi (e infatti si è riflessa) sulla normativa concorsuale vigente, e quindi non sorprende che abbia subito sollevato interrogativi anche per quel che concerne una normativa ancora futura ma ormai in procinto di diventare operativa. Vi era la necessità di verificare se regole destinate a disciplinare situazioni di crisi e insolvenza generatesi nel quadro del normale svolgimento delle attività imprenditoriali siano adeguate quando quel quadro di normalità risulti sconvolto e ci si trovi a dover fronteggiare una situazione di crisi sistemica, affatto imprevista, che ha investito le imprese nel loro insieme. Dunque è ben comprensibile che una tal verifica abbia riguardato anche il codice della crisi ancora in procinto di entrare in vigore. Nessuno infatti appare oggi in grado di prevedere quando la pandemia cesserà di abitare il nostro Paese (né tanto meno l'intero pianeta) e ancor meno prevedibili sono, allo stato, la portata e la durata dei suoi effetti sul sistema economico. Ma non è certo pensabile che, entro la data stabilita originariamente per l'entrata in vigore del codice della crisi, ossia entro la metà del mese di agosto di quest'anno, quegli effetti si possano esaurire senza lasciare conseguenze e che tutto riprenda come se nulla fosse stato.

Nel clima surriscaldato dei mesi immediatamente successivi alla proclamazione della pandemia, il Governo ha perciò emanato una nutrita serie di disposizioni dirette sia a contenere il più possibile la diffusione del contagio, sia a fronteggiare le conseguenze economiche dell'arresto della maggior parte delle attività imprenditoriali; e, per le ragioni appena sopra indicate, alcune di tali disposizioni hanno interessato il diritto societario e il diritto concorsuale, e anche in particolare l'entrata in vigore codice della crisi. Dopo un primo intervento volto unicamente a differire l'operatività di alcuni degli istituti più importanti introdotti dal codice – l'allerta e la composizione assistita

della crisi – con il dl n. 23 del 2020 (art. 5) si è scelto di rinviare in blocco l'entrata in vigore di detto codice sino al 1° settembre del 2021.

Sull'opportunità di una scelta così radicale e di un rinvio così prolungato nutro qualche perplessità, ma poiché è davvero assai improbabile che vi possano essere ripensamenti del legislatore in proposito mi sembra ora inutile indugiare in sterili recriminazioni. Resta il fatto che, proprio quando si stava cercando di porre le basi per una normativa dotata di maggiore sistematicità e di più ampio respiro, ci ritroviamo invece con una riforma organica, deliberata ma tuttora in lista d'attesa, di cui non è facile prevedere né se effettivamente potrà divenire operativa tra oltre un anno né quali eventuali modifiche nel frattempo potrà subire. Una situazione normativa di forte instabilità, nuovamente caratterizzata da interventi emergenziali concepiti nel breve periodo e con prospettive future tutt'altro che chiare.

3. Il diritto dell'emergenza

Intanto, passando da un decreto legislativo all'altro, si è andato sviluppando, anche e soprattutto nel settore dell'economia, quello che taluno già definisce un diritto dell'emergenza.

Delle tante (forse troppe) disposizioni emanate a questo proposito, molte delle quali espressamente destinate a operare solo per un lasso di tempo limitato, alcune mirano al rifinanziamento delle imprese venutesi a trovare in difficoltà per effetto della pandemia, così da consentire loro di superare la fase di crisi più acuta e, sperabilmente, di riprendere poi una più tranquilla navigazione; altre, invece, sono volte a sospendere talune disposizioni di diritto societario e di diritto concorsuale la cui applicazione, in questa particolare situazione, rischierebbe di essere controproducente, e sono quindi del pari finalizzate a dare maggior respiro a imprese messe in crisi dal blocco delle attività conseguenti alla pandemia (o la cui crisi risulti per tal motivo aggravata) e a far sì che eventuali prospettive di risanamento non siano definitivamente compromesse.

Non è possibile passare qui in rassegna tali disposizioni, del resto ancora in parte suscettibili di ulteriori integrazioni e modifiche. Mi sembra tuttavia di poter dire che, in linea di massima, il temporaneo congelamento di alcuni meccanismi normativi – quale quello che prescrive l'obbligo di ricapitalizzare la società o di porla in liquidazione quando si verifichino perdite superiori a una certa soglia – appare opportuno in un momento nel quale quei meccanismi rischierebbero di avere effetti disgreganti su una larga quantità di imprese trovatesi improvvisamente a operare in perdita. E lo stesso dicasi per la temporanea improponibilità delle istanze di fallimento e per il differimento dei termini di predisposizione dei piani di concordato e di ristrutturazione dei debiti: tutte misure evidentemente funzionali a evitare che si producano nell'immediato conseguenze irreversibili sulla vita delle imprese. Ma, ovviamente, un tal genere di disposizioni può funzionare solo in un'ottica di breve periodo; può servire a permettere al sistema imprenditoriale di varcare con il minor danno possibile questo difficile guado, a patto però che si riseca poi al più presto a riguadagnare l'altra sponda e a rimettere piede su un terreno solido. È insita in ciò la scommessa che ci si possa lasciare alle spalle l'emergenza entro un lasso di tempo relativamente breve e che, quindi, le disposizioni cui si è fatto cenno possano fungere da ponte, ma resta ancora da capire quale scenario si presenterà dopo e se sarà semplicemente possibile ripristinare il quadro normativo preesistente o come eventualmente lo si dovrà ricostruire.

Nell'immediato, peraltro, le disposizioni di maggiore impatto sono quelle intese a fornire alle imprese la liquidità indispensabile per sopravvivere al blocco temporaneo delle attività. Nella fase dell'emergenza ciò che soprattutto rileva, più ancora che paralizzare le prevedibili dichiarazioni di fallimento di imprese ormai divenute insolventi, è riuscire a porre le imprese in difficoltà (o la più parte possibile di esse) in condizione di non divenire irreversibilmente insolventi. Occorre cioè somministrare ossigeno all'ammalato prima che entri in coma, perché poi si rischierebbe solo di indulgere in forme di accanimento terapeutico più dannose che utili.

Fondamentale è perciò il tema dell'accesso al credito e del supporto finanziario alle imprese, che si declina sia chiamando in causa il sistema bancario sia in varie forme di supporto pubblico. A questo proposito, in un succedersi un po' caotico di diversi decreti legge, sono state emanate molteplici disposizioni, non sempre di facile lettura.

Si è scelto, anzitutto, di favorire il finanziamento bancario delle imprese in difficoltà supportandolo con garanzie pubbliche offerte dalla Sace Spa (art. 1 dl n. 23/2020). È quindi soprattutto al sistema bancario che viene affidato, in prima battuta, il delicato compito di verificare la sussistenza delle condizioni per erogare i finanziamenti. Scelta non priva di logica, essendo le banche i soggetti meglio attrezzati a questo scopo, e tuttavia non priva neanche di inconvenienti dal momento che le medesime banche restano libere di concedere o meno il credito richiesto e, pur se garantite (almeno in parte) da Sace, potrebbero essere naturalmente restie a concederlo a imprese che versino in seria difficoltà, stante l'imprevedibile evolversi della situazione generale che non rende facile calcolare

il cd. merito di credito (ossia la probabilità del futuro rimborso) soprattutto se, in epoca di pandemia, questo debba esser vagliato in una logica di più lungo periodo come recentemente suggerito anche dall'Autorità bancaria europea (EBA).

Perciò, per facilitare il compito del sistema bancario chiamato a erogare prestiti alle imprese nell'attuale situazione emergenziale, mentre mi sembra discutibile (e forse anche inutile) coltivare ipotesi di scudi penali di vario genere che rischierebbero di coprire sotto il medesimo impenetrabile manto comportamenti scorretti e comportamenti ragionevolmente prudenti, credo opportuna l'emanazione da parte dell'Abi, con il patrocinio della Banca d'Italia, di chiare linee-guida il cui rispetto consenta agli operatori bancari di operare con maggiore tranquillità e di adoprare parametri omogenei nella valutazione del merito di credito. Valutazione che però – è importante sottolinearlo – non andrebbe compiuta secondo gli usuali criteri, palesemente inadatti alla situazione eccezionale nella quale ci troviamo, bensì alla stregua della realistica previsione che il finanziamento accordato consenta all'impresa di non soccombere nel periodo di tempo entro cui è ragionevole prevedere il superamento dell'attuale crisi sistemica. Mi rendo conto che si tratta di una previsione difficile, per il grande numero di incognite che comporta, ma non se ne può prescindere, giacché non avrebbe davvero senso versare acqua in un recipiente bucato se non si confidasse nella possibilità di ripararlo entro un ragionevole lasso di tempo.

L'intervento pubblico, come ho accennato, si esplica con modalità diverse, anche a seconda della dimensione delle imprese cui è destinato. Accanto alla già menzionata funzione di garante svolta dalla Sace, sono previsti sia contributi a fondo perduto, ove ricorrano le condizioni prescritte dall'art. 25 dl n. 34/2020, sia la possibilità di sottoscrizione, da parte del Fondo PMI, di obbligazioni e altri titoli di debito emessi da medie imprese, anche in deroga ai limiti di cui al primo comma dell'art. 2412 cc (art. 26, comma 12, del citato decreto).

Il carattere sistemico della crisi rende inevitabile che, almeno in un una qualche misura, il supporto finanziario alle imprese debba gravare, direttamente o indirettamente, anche sulle finanze pubbliche. Altrettanto inevitabilmente ciò comporta, però, che non si possa prescindere da strumenti di controllo tanto sull'erogazione del denaro pubblico (o sulla concessione delle pubbliche garanzie) quanto sulla sua corretta utilizzazione. Un controllo destinato, quindi, a investire anzitutto l'esistenza delle condizioni richieste all'impresa per fruire del supporto dello Stato e poi volto ad assicurare che le risorse erogate vengano effettivamente impiegate per il superamento della crisi e non dirottate in altre direzioni. La presenza nel nostro Paese di una criminalità organizzata, che già in passato ha mostrato di saper profittare delle situazioni di emergenza, impone un siffatto tipo di cautela, anche per salvaguardare l'immagine italiana all'estero, tanto più in un contesto nel quale si chiede all'Unione europea di sorreggere il nostro sforzo finanziario.

Molte lamentele già però si sono levate per la lentezza con la quale i finanziamenti alle imprese vengono effettivamente erogati. Si tratta, probabilmente, di lamentele non del tutto prive di fondamento, essendo d'altronde fuor di dubbio che la drammaticità della situazione impone di fare in fretta e di evitare che eccessi di cautela burocratica finiscano per frustrare le finalità della normativa di cui s'è detto, ma neppure è possibile far piovere soldi indiscriminatamente su tutti come se fossero lanciati da un elicottero («*helicopter money*», come spiritosamente disse una volta Milton Friedman).

È chiaro che ci si trova in presenza di esigenze (almeno entro certi limiti) conflittuali e che occorre – benché non sia agevole – ricercare il giusto contemperamento. Per un verso, la situazione sembra richiedere un intervento finanziario molto tempestivo, pena altrimenti il rischio della sua inutilità; ma, per altro verso, gli indispensabili controlli cui ho fatto cenno necessariamente postulano la fissazione di un certo numero di regole e l'instaurazione di alcune procedure che, se non ben calibrate, potrebbero rallentare l'erogazione dei finanziamenti e comprometterne l'efficacia. Anche se qui non è consentito entrare in dettagli, credo si possa senz'altro convenire sul fatto che, per realizzare questo bilanciamento, occorre che i controlli *ex ante* siano il più possibile agili, e quindi affidati essenzialmente a forme di autocertificazione (con relativa assunzione di responsabilità amministrativa/penale) e di produzione documentale minima, anche per quel che riguarda la pregressa situazione economica e finanziaria dell'impresa, senza mettere in campo attestazioni di soggetti terzi difficilmente acquisibili in tempi brevi; ma che debba essere al contempo assicurata la piena tracciabilità del flusso finanziario erogato, in modo da consentire la verifica *ex post* della veridicità di quanto dichiarato e documentato, nonché dell'utilizzo del finanziamento in modo coerente con gli scopi della sua erogazione.

In questo quadro, mentre ha una logica il richiedere che il supporto finanziario sia concesso alle sole imprese che abbiano subito gli effetti negativi provocati dalla pandemia, mi sembra discutibile pretendere che tali imprese non fossero già qualificate dal sistema bancario come "deteriorate" quando quegli effetti si sono verificati. È come si dicesse che chi era già malato quando ha contratto il virus non ha diritto

a esser curato. Di imprese in crisi, ma con prospettive di possibile recupero, in Italia ce ne sono moltissime ed è quanto mai opportuno cercare di impedire che l'attuale emergenza pregiudichi le loro possibilità di ripresa. D'altro canto, non ci si può nascondere che anche la distinzione tra imprese la cui crisi è stata provocata o aggravata dalla situazione pandemica e imprese le cui difficoltà derivano da altri pregressi fattori non si presenta agevole, perché l'attività imprenditoriale, come è ben noto, si sviluppa in un flusso continuo di operazioni i cui effetti si dislocano e protraggono variamente nel tempo. Se allora, come ho già detto, è ragionevole – e inevitabile, anche alla luce dei vincoli europei – che il supporto finanziario sia concesso alle sole imprese che abbiano subito gli effetti negativi provocati dalla pandemia, occorre evitare di porre in essere a tal riguardo distinzioni e meccanismi di controllo che risulterebbero oggettivamente di difficile attuazione, e comunque richiederebbero tempo e probabilmente finirebbero col provocare contenzioso.

4. La ricapitalizzazione delle imprese

Se ci si limitasse a erogare nell'immediato liquidità alle imprese sotto forma di finanziamenti si rischierebbe, però, solo di spostare in avanti il problema, senza risolverlo. Si può ragionevolmente sperare che l'emergenza sanitaria prima o poi abbia termine, e che cessi con essa la normativa emergenziale, ma le imprese si troveranno a quel punto gravate da pesanti oneri di rimborso che potrebbero seriamente pregiudicare la loro effettiva possibilità di recupero della piena efficienza aziendale. La cronica sottocapitalizzazione di molta parte dell'imprenditoria italiana, soprattutto quella di dimensioni medio-piccole, non faciliterebbe certo lo scioglimento di tali nodi.

Si pone perciò, ora più che mai, anche l'esigenza di favorire la ricapitalizzazione delle imprese in un'ottica di più lungo periodo. A tale scopo sono finalizzate alcune ulteriori disposizioni del citato dl n. 34/2020, a cominciare da quelle dell'art. 26, che consentono di beneficiare di crediti d'imposta alle società le quali, trovandosi nelle condizioni previste da detto articolo, abbiano deliberato di aumentare il proprio capitale, e analoghi crediti d'imposta si prevedono in favore di chi abbia sottoscritto tali aumenti di capitale. Ancor più rilevante è però forse il successivo art. 27, che contempla l'istituzione, da parte della Cassa depositi e prestiti, di un apposito patrimonio destinato (denominato "Patrimonio Rilancio"), alimentato con apporti del Ministero dell'economia e delle finanze, cui è consentito anche emettere obbligazioni e altri strumenti finanziari di debito da offrire in sottoscrizione al pubblico. Il legislatore prescrive espressamente che le risorse di questo patrimonio debbano essere impiegate per il sostegno e il rilancio del sistema economico e produttivo italiano, e in particolare che esse debbano servire a sottoscrivere obbligazioni convertibili e azioni di società, rivenienti da aumenti di capitale o acquistate sul mercato secondario.

Si prefigura dunque la possibilità di un massiccio intervento pubblico nel capitale delle imprese italiane di rilevanti dimensioni (l'intervento è consentito, infatti, solo in favore di società con un fatturato annuo superiore a cinquanta milioni di euro) che presentino profili di pubblico interesse: profili sin d'ora individuati nello sviluppo tecnologico, nell'importanza strategica delle infrastrutture, delle filiere produttive e della rete logistica dei rifornimenti, nella sostenibilità ambientale e nel mantenimento dei livelli occupazionali, pur demandando poi a un successivo decreto ministeriale la più specifica determinazione dei requisiti di accesso, delle condizioni, dei criteri e delle modalità degli interventi che il menzionato Patrimonio Rilancio potrà effettuare.

È ancora evidentemente troppo presto per una meditata valutazione del quadro risultante da queste disposizioni, del resto ancora mobile e da completare con importanti strumenti di normativa secondaria; né, probabilmente, una tale valutazione si potrà davvero fare se prima non sarà stato possibile verificare in concreto come saranno stati utilizzati gli strumenti operativi ai quali si è fatto cenno. Non si può però evitare l'impressione che, almeno nell'immediato, il pendolo della storia stia ricominciando a spostarsi di nuovo verso quelle forme d'intervento della mano pubblica nell'economia che, ancora fino a pochi anni addietro, erano viste dai più con forte sospetto, se non addirittura con aperta ostilità. Che nei momenti di maggiore difficoltà anche i più accesi liberisti talvolta non esitino a invocare l'ausilio salvifico dello Stato non è certo un fatto nuovo, ma è difficile predire se e quali prospettive ne possano derivare nel medio o lungo periodo, se si tratta di una tendenza destinata a stabilizzarsi o se il pendolo tornerà ben presto ad oscillare nell'altra direzione. Le passate esperienze hanno ampiamente dimostrato che, indipendentemente dalle contrapposte opzioni ideologiche, l'intervento dello Stato nell'economia può risultare benefico solo a condizione che esso sia sorretto da una ben chiara visione dell'interesse pubblico, profondamente radicata nell'animo e nella cultura dei *decision makers*, e da una lungimirante capacità progettuale che rifugga da logiche di breve respiro, da suggestioni contingenti e da spinte clientelari o corporative. Il livello del dibattito politico in corso a questo riguardo nelle sedi istituzionali e sui *media* non incoraggia a grande ottimismo, ma non è mai vietato sperare.

5. Debito e colpa

Non mi sento in grado di prendere posizione nella discussione tra chi prevede che, superata l'emergenza pandemica, tutto tornerà più o meno come prima e chi, viceversa, sostiene che siamo in presenza di una svolta radicale della storia e che, perciò, niente potrà più essere come in precedenza. Nessuno è oggi in condizione di dire con un minimo di certezza quanto tempo occorrerà perché ci si possa gettare davvero alle spalle la drammatica fase che stiamo attraversando e venga ripristinata una situazione di mercato, per così dire, fisiologica. E già questo basta a rendere azzardato qualsiasi tentativo di prevedere il futuro.

Tornando però al tema dal quale eravamo partiti – la riforma in sospeso del diritto concorsuale – è forse consentito fare, se non una previsione, almeno un auspicio.

Quella riforma al tempo stesso presuppone e intende promuovere alcuni mutamenti di atteggiamento culturale nell'approccio degli operatori economici e dei giuristi al fenomeno della crisi d'impresa, dell'insolvenza e dell'indebitamento. Tali mutamenti, in estrema sintesi, dovrebbero anzitutto investire il modo in cui si guarda all'insolvenza, da considerare come un fenomeno oggettivo, che occorre regolare in funzione dei molteplici interessi da essa coinvolti indipendentemente dalle cause soggettive che la possano aver prodotta, rifuggendo quindi da ogni prospettiva sanzionatoria (da perseguire, se ve n'è ragione, in altro contesto e con altri strumenti). Non meno importante è lo sforzo di mettere al centro dell'attenzione, prima ancora dell'insolvenza vera e propria, la fase della crisi dell'impresa (o quella ad essa ancora precedente), al fine di percepirne i sintomi il più precocemente possibile e, perciò stesso, di favorire soluzioni di risanamento quasi sempre assai più vantaggiose di quanto lo sia lo sbocco liquidatorio: non solo per lo stesso imprenditore in crisi, ma anche per i suoi creditori, per i dipendenti e per il mercato tutto. Il che, per un verso, implica l'abbandono da parte dell'imprenditore del tradizionale atteggiamento volto a negare e nascondere il più a lungo possibile gli indizi di una crisi incipiente e, per altro verso, una sua maggiore responsabilizzazione in ordine ai profili organizzativi dell'impresa, la cui adeguatezza condiziona la possibilità stessa di cogliere tempestivamente quegli indizi e di reagirvi efficacemente, anziché cercare di mascherarli. Tutto ciò, infine, all'interno di un quadro più generale che, ampliando le possibilità di esdebitazione tanto dell'imprenditore divenuto insolvente quanto del cosiddetto debitore civile, che versi in situazione di sovraindebitamento e rischi di rimanere indefinitamente schiacciato dal peso irredimibile dei suoi debiti, tende a offrire loro una *seconda chance* ogni volta che sia possibile, purché non vi siano condizioni soggettive ostative.

Queste linee di tendenza – vorrei ripeterlo – non esprimono soltanto determinate scelte regolatorie di carattere tecnico-giuridico, in parte del resto già anticipate da molteplici modifiche legislative attuate negli ultimi decenni, ma sottintendono dei veri e propri mutamenti di paradigma culturale. E questi mutamenti, che oltre tutto appaiono coerenti con l'impostazione della già ricordata "direttiva *Insolvency*", prossima ad essere recepita nel nostro ordinamento, credo ci si debba in ogni modo sforzare di favorirli nel futuro post-Covid, quale che sia il definitivo assetto normativo cui si approderà.

La lezione che la pandemia ci ha impartito dovrebbe servire a convincerci di quanto le sorti di un'impresa possano dipendere da fattori oggettivi, che il singolo imprenditore spesso non è in grado di governare; di come la sempre più forte interconnessione delle realtà imprenditoriali operanti sul mercato renda necessario incoraggiare soluzioni idonee ad agevolare il risanamento aziendale, piuttosto che la disgregazione delle realtà imprenditoriali, favorendo perciò gli strumenti capaci di far emergere tempestivamente i sintomi della crisi e di prevenire situazioni di insolvenza irreversibile; e soprattutto di quanto sia importante sostenere la condizione di chi, non riuscendo più a reggere la propria posizione debitoria, non deve perciò solo essere definitivamente espulso dal circuito della produzione e del consumo di cui il mercato, nel suo insieme, si alimenta.

Ed è forse proprio la riflessione su quest'ultimo profilo, quello dell'esdebitazione, che potrebbe più d'ogni altra ricevere ulteriore impulso dall'esperienza della pandemia, incoraggiando il definitivo allentamento del tradizionale nesso (evidente anche sotto il profilo semantico in altre lingue quali il tedesco) tra debito e colpa. Un nesso assai antico, non privo persino di ascendenze religiose, che traspaiono in qualche misura anche dalla ben nota formula del Padrenostro in cui si chiede a Dio la remissione dei nostri debiti, evidentemente intesi come colpe; di talché, in ambito giudiziario, la condizione di debitore è stata tradizionalmente ammantata da un'aura negativa, confinante con la colpa. Ma già da gran tempo, lungo l'arco della storia, quel legame tra debito e colpa si è andato man mano affievolendo, o almeno se ne sono attenuati gli effetti sul piano giuridico, ed è venuta meno l'idea che il debitore potesse essere soggetto con la sua stessa persona al soddisfacimento delle ragioni del creditore e che, quando si fosse reso inadempiente, o addirittura insolvente, egli fosse meritevole di punizioni di vario genere. Si tratta di un percorso storico – di storia del diritto ma, al tempo stesso, di storia delle mentalità – non breve,

che ha condotto a un moderno approccio al tema del debito (e dell'insolvenza) suscettibile di trovare il proprio compimento proprio nell'esperienza della crisi da pandemia che stiamo vivendo, in cui risalta pienamente come nell'incapacità di far fronte ai propri debiti non debbano scorgersi né presumersi necessariamente elementi di colpevolezza, ma spesso soltanto gli effetti di una situazione negativa prodotta da un'infinita possibile serie di cause diverse, spesso indipendenti dalla volontà della persona che ne viene coinvolta. Donde la necessità che il debitore insolvente non sia perseguibile dai creditori vita natural durante ma possa, salvo che ne risulti soggettivamente immeritevole, recuperare una condizione di vita respirabile e ritornare ad avere un ruolo attivo nella dinamica del mercato e nella società.

Il contrasto alla penetrazione delle mafie nel sistema economico e gli strumenti di tutela delle imprese

Nei saggi di Piergiorgio Morosini e di Costantino Visconti vengono analizzati, in sequenza, i rischi di penetrazione della criminalità organizzata nella società e nell'economia messe a dura prova dall'emergenza sanitaria ed economica, le forme di contrasto alle possibili infiltrazioni e gli strumenti di tutela delle imprese dal pericolo mafioso.

Emergenza socio-economica e pericolo mafioso

di *Piergiorgio Morosini*

1. Oltre i timori e i pregiudizi / 2. Emergenza sociale e *welfare* mafioso / 3. La "caccia" alle aziende in difficoltà / 4. La difesa del sostegno pubblico all'economia sana

1. Oltre i timori e i pregiudizi

«*Dovrebbe essere chiaro che in Italia – dove la mafia è forte e adesso sta aspettando i nuovi finanziamenti a pioggia di Bruxelles – i fondi dovrebbero essere versati soltanto per il sistema sanitario e non per il sistema sociale e fiscale*». E «*naturalmente gli italiani devono essere controllati da Bruxelles e usare i fondi in modo conforme alle regole*». Così si esprime Christoph B. Schiltz in un editoriale molto controverso, apparso il 9 aprile scorso sulla testata tedesca *Die Welt*.

A livello europeo, il radicamento in Italia di una criminalità mafiosa feroce e finanziariamente molto dinamica ha causato, nel tempo, danni gravissimi alla "reputazione" del nostro Paese. E non vi è dubbio che il blocco di tante attività voluto dalle misure anticontagio, nel determinare una maggiore vulnerabilità di famiglie e aziende, venga a creare condizioni favorevoli per il rilancio di quei *clan* fortemente ridimensionati dalle energiche iniziative giudiziarie degli ultimi anni.

Secondo i primi dati raccolti dalle forze dell'ordine e in base alle analisi di alcuni esperti, sarebbero quattro i versanti su cui il crimine organizzato starebbe per investire l'enorme liquidità derivante soprattutto dal traffico di stupefacenti: il sostegno a giovani bisognosi che hanno perso il lavoro in realtà già depresse, in vista di un loro reclutamento nei ranghi dell'organizzazione; la "caccia", non solo nelle aree a tradizionale presenza mafiosa, alle aziende in "Stato di necessità"; i nuovi investimenti in settori in crescita (come quello del materiale sanitario monouso); l'indebita acquisizione delle somme stanziate dallo Stato per il soccorso alle imprese in crisi.

Ma i pregiudizi e i timori che una parte della stampa europea nutre nei riguardi del nostro Paese scontano analisi lacunose e ataviche sottovalutazioni. L'Italia non è "impreparata" davanti ai suddetti fenomeni, a differenza di altre realtà continentali che pure, in questo momento, corrono rischi molto simili. Infatti, secondo i rapporti di Europol più aggiornati, da

anni, non pochi *boss* investono oltre i confini nazionali (Spagna, Olanda, Romania, Bulgaria, per citare solo alcuni casi) nei settori finanziario e immobiliare[1]. Tuttavia, quei Paesi non dispongono di risorse normative e istituzionali paragonabili a quelle italiane nel contrasto alle associazioni mafiose. Le differenze si spiegano con la biografia del nostro Paese che, segnato negli anni da una miriade di eventi traumatici di matrice criminale, ha costruito un argine investendo nelle sue migliori risorse istituzionali, culturali e professionali.

L'ordinamento italiano è dotato di leggi *ad hoc* per una efficace prevenzione dei meccanismi di infiltrazione mafiosa nell'economia. Il codice penale e la legislazione speciale (in particolare il decreto legislativo n. 159 del 2011, come riformato dalla legge n. 161 del 2017) prevedono disposizioni per la protezione delle imprese in crisi e per porre un freno a usura, intestazioni fittizie, riciclaggio e indebita percezione di finanziamenti pubblici. Quelle risorse normative, da tempo, sono affidate a strutture amministrative e investigative "dedicate", la cui "formazione sul campo" è alla base della difesa dell'economia sana.

La situazione che stiamo vivendo consiglierebbe, quindi, di far funzionare meglio il "tanto" che abbiamo. Semmai, dovremmo approfittare delle nuove circostanze per vagliarne potenzialità inespresse. Possibilmente, senza iniziare la solita "corsa" verso l'ennesima riforma per fronteggiare l'"emergenza", più sull'onda della ricerca di una risposta rassicurante per l'opinione pubblica che all'insegna di meditati disegni politico-criminali.

In ogni caso, è auspicabile che proprio la crisi sia occasione per condividere il nostro *know how* e, se del caso, perfezionarlo, nell'ambito di una cooperazione giudiziaria tra Paesi membri dell'Unione finalizzata a prevenire quegli appetiti criminali suscettibili di condizionare la qualità delle nostre democrazie. In tale prospettiva, non va trascurata l'importanza dell'avvio della operatività a partire dal prossimo anno della Procura europea, ossia di un organo di cooperazione investigativa e giudiziaria di nuovo conio, destinato anche al contrasto dei reati della mafia "mercatista" che attentano agli interessi finanziari dell'Unione[2].

2. Emergenza sociale e *welfare* mafioso

Nei primi giorni di aprile di quest'anno, allo Zen di Palermo, il fratello di un pregiudicato per reati maturati in "contesto mafioso" distribuiva generi alimentari agli abitanti più indigenti del quartiere. Per accreditarsi come benefattore, pubblicizzava la sua iniziativa sui *social network*. A riferirlo è un cronista siciliano di una importante testata giornalistica[3]. Fatti analoghi si sono registrati anche nei rioni popolari di Napoli[4].

Sono vicende che si prestano a diverse chiavi di lettura. La storia di certe realtà della Sicilia, della Campania e della Calabria è ricca di frangenti nei quali i *clan* hanno trasformato periodi di crisi (ad esempio, dopo eventi sismici o bellici, oppure in seguito a crac finanziari di dimensioni planetarie) in grandi opportunità di rafforzamento ed espansione. Come ricorda uno dei massimi esperti delle dinamiche del crimine organizzato nelle diverse regioni italiane, Rocco Sciarrone[5], «*quando c'è una sospensione dell'ordine sociale le mafie sono in grado di inserirsi in queste situazioni e di trarne profitto*». Sono situazioni in cui i gruppi mafiosi cercano di conquistare quel consenso sociale suscettibile di tradursi in nuove forme di reclutamento di "soggetti bisognosi" o nella individuazione di futuri fiancheggiatori.

D'altro canto, sono anni che i *clan*, in zone depresse del Paese, si fanno carico di trovare una occupazione a giovani senza prospettive. In taluni casi anche nel circuito legale dell'economia, imponendo a imprese vittime di estorsione l'assunzione di soggetti indicati dal *boss* di turno, che in questo modo aumenta il suo prestigio agli occhi della popolazione locale.

In realtà, già in epoca precedente all'emergenza sanitaria, diverse pagine giudiziarie hanno ricostruito le forme di manifestazione del *welfare* mafioso.

Si tratta di iniziative in grado di mettere concretamente in campo forme di "assistenza interessata", attraverso una rete collaudata di complici. Ad esempio, in una recente indagine palermitana[6], è emerso come i gestori di un supermercato, fiancheggiatori della famiglia mafiosa del quartiere, si siano prestati

1. Per una ricognizione delle questioni salienti sul piano socio-criminologico e delle misure di contrasto, *cfr*. A.M. Maugeri (a cura di), *Stati generali della lotta alle mafie. Tavolo XV – "Mafie e Europa"* (2016-2017; relazioni conclusive: gennaio 2018), in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2019, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/8056-tavolo-xv-mafie-europa.pdf.

2. Sul tema della "mafia mercatista", vds. R. Scarpinato, *I clan invadono l'Europa*, in *L'Espresso*, 21 luglio 2017.

3. S. Palazzolo, *Palermo, il fratello del boss della droga fa la spesa per lo Zen*, in *La Repubblica*, 8 aprile 2020.

4. V. Del Tufo, *Il falso* welfare *che porta ai clan il vero consenso*, in *Il Mattino*, 1° aprile 2020.

5. Intervista sul tema: *Fase 2, gli interessi delle mafie nella ricostruzione*, in *Unito news*, 12 maggio 2020, http://unitonews.it/index.php/it/news_detail/fase-2-gli-interessi-delle-mafie-nella-ricostruzione.

6. Ordinanza cautelare del Gip presso il Tribunale di Palermo, 27 aprile 2020, procedimento penale n. 3275/2018 RGNR a carico di 105 indagati, inedita.

a sovvenzionare la consorteria attraverso la vendita a credito di prodotti di consumo a persone segnalate dal sodalizio, per poi essere pagati con fondi provenienti da una società cooperativa operante presso i cantieri navali del capoluogo siciliano sotto il pieno controllo dei *boss* (attraverso la rappresentanza legale di un soggetto stabilmente inserito nella cosca), così riversando ai componenti di vertice dell'associazione l'importo dell'Iva relativa alle fittizie fatturazioni.

La situazione attuale è particolarmente propizia per realizzare certi progetti. Le misure di distanziamento sociale e il *lockdown* su tutto il territorio nazionale, imposti nei mesi scorsi dai provvedimenti governativi per il contenimento dell'epidemia, hanno portato alla totale interruzione di moltissime attività produttive. E le aziende e gli esercizi commerciali che ora stanno riaprendo, sono destinati a scontare una modalità di ripresa del lavoro comunque stentata e faticosa, se non altro per le molteplici precauzioni sanitarie da adottare nei luoghi di produzione.

I riflessi di tale situazione, che secondo le cronache quotidiane riguardano naturalmente anche molti centri del meridione d'Italia, hanno eroso ulteriormente i livelli di occupazione. Al Sud alle già consistenti percentuali di giovani disoccupati, ora si aggiungono quelli che hanno perso il lavoro a causa del blocco quasi totale delle attività produttive o che ne avevano uno nell' "economia sommersa" e ora, quindi, non solo sono senza fonti di reddito da mesi ma sono pure difficilmente raggiungibili da ogni forma di sostegno alternativo da parte dello Stato (ad esempio, buoni alimentari)[7].

Su questo segmento della società meridionale rischiano di "fare breccia" i "soccorsi interessati" del crimine organizzato, laddove ancora vanta un capillare controllo del territorio. La stessa "distribuzione di cibo" può essere finanziata da un traffico di sostanze stupefacenti che non si è interrotto neppure con il *lockdown*[8] o da elargizioni di aziende operanti nel settore della distribuzione alimentare, intestate a componenti dell'organizzazione criminale, a loro prestanome o a loro fiancheggiatori[9].

Le persone raggiunte dai "sussidi" dell'organizzazione criminale costituiscono, quindi, il nuovo serbatoio delle future affiliazioni o di collaborazioni di vario tipo che sarebbero il corrispettivo per l'aiuto più rapido e diretto di cui hanno beneficiato.

Tuttavia, in tale prospettiva, lo Stato potrebbe trasformare la crisi sanitaria in una occasione per costruire un nuovo "patto di fiducia" con tanti cittadini attualmente senza un futuro, e in questo modo rispondere in modo efficace ai piani delle organizzazioni mafiose. Come? Lo suggerisce una lucida analisi del sociologo partenopeo Luciano Brancaccio pubblicata recentemente[10]. Lo studioso, infatti, propone l'inserimento, in un piano di misure di sostegno alle imprese e alle famiglie che i mutati vincoli di stabilità consentono di varare, di uno «*strumento universale di tutela dei lavoratori precari con contratti a termine e per i disoccupati (categoria entro cui si cela il lavoro nero di necessità), che non avranno prospettive alla ripresa delle attività*».

3. La "caccia" alle aziende in difficoltà

«*Non bisogna dimenticare che le mafie – e questo è uno degli elementi di maggiore rischio e pericolosità – dispongono di un'enorme liquidità che possono offrire a imprese e operatori economici in difficoltà* (...) *il problema non è quindi soltanto la mafia in sé, quanto il fatto che i confini tra il lecito e l'illecito sono opachi e porosi, e possono diventarlo ancora di più in una situazione di crisi e di emergenza quale quella che stiamo attraversando*»[11].

La considerazione del sociologo Rocco Sciarrone si fonda sull'esame di materiale giudiziario stratificato negli anni, su numerose interviste a operatori economici, su analisi relative all'impatto nel circuito produttivo delle condotte dei *clan* anche con riguardo ad "alleanze nell'ombra" con imprese, professionisti, amministratori pubblici.

Sull'emergenza economico-finanziaria, le agenzie nazionali di *rating* e l'Unione nazionale delle imprese, in questi giorni, hanno pubblicato diversi documenti[12]. In essi si valutano la capacità delle diverse tipologie di aziende e di esercizi commerciali di

7. Sul punto vds. L. Vicinanza, *Tutelare gli sfruttati del lavoro nero*, in *La Repubblica* (Napoli), 30 marzo 2020.

8. In relazione al territorio partenopeo, *cfr*. G. Grimaldi, *I clan non vanno in quarantena,* pusher *padroni della notte*, in *Il Mattino*, 1° aprile 2020.

9. Vds. P. Severino, *Lo Stato aiuti subito le famiglie più povere. La mafia lo sta facendo già in tutta Italia*, in *La Stampa*, 6 aprile 2020; A. Turrisi, *Palermo, la "zona grigia" e le tentazioni della mafia*, in *L'Avvenire*, 31 marzo 2020.

10. L. Brancaccio e V. Mete, *Se nemmeno il covid ferma le mafie*, in *il Mulino* (Rivista), 27 aprile 2020, www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:5194.

11. Intervista a R. Sciarrone, *Fase 2*, *op. cit*.

12. *L'impatto del Covid-19 sui settori: il Cerved Industry Forecast*, in *Cerved know*, maggio 2020, https://know.cerved.com/wp-content/uploads/2020/05/Cerved-Industry-Forecast_reloaded-2-2.pdf.

"resistere" al prolungato blocco delle attività, la loro solvibilità, le *chance* di ottenere prestiti e le condizioni necessarie per la "ripresa". Secondo stime ormai ampiamente condivise, i settori più colpiti dalle misure anti-contagio sarebbero le piccole e medie imprese, gli artigiani, gli esercizi commerciali, in particolare bar, ristoranti, alberghi e altre strutture ricettive. Per queste realtà, la drastica riduzione della redditività, determinata dal blocco dell'attività dei mesi scorsi, sta rendendo assai difficile ai titolari il pagamento di canoni di affitto, degli stipendi dei dipendenti, degli oneri fiscali, dal momento che il ritorno alla normalità non è prevedibile che avvenga in tempi brevi.

Con riferimento a certe realtà economiche, nei territori capillarmente controllati, le organizzazioni mafiose sono in grado di individuare in maniera rapida e selettiva le imprese e gli esercizi commerciali che, in questo frangente, sono più in difficoltà e a cui prestare quel "soccorso interessato" e tempestivo, suscettibile di trasformarsi nel primo passo per diventarne proprietari. La possibilità di disporre sin d'ora di informazioni "utili" deriva da un collaudato sistema estorsivo che ha coperto nel tempo interi quartieri cittadini. Secondo pronunce anche recenti di tribunali del Sud (Calabria, Sicilia e Campania), proprio la richiesta di "pizzo", laddove ha riguardato somme limitate, non solo ha evitato di indurre la vittima a denunciare il reato ma, non di rado, ha consentito di instaurare un "rapporto" in grado di evolvere pure in forme di dialogo e collaborazione reciproca[13].

In altri termini, certe pregresse interlocuzioni ora possono aiutare i *clan* a individuare più agevolmente le potenziali "prede". Dando fondo ai capitali illecitamente accumulati, le organizzazioni criminali potrebbero, attraverso prestiti con interessi usurari, preparare il terreno per poi rilevare beni e aziende (anche in seguito a manovre estorsive), in tal modo alterando ulteriormente la libera concorrenza tra operatori economici sul territorio e indebolendo i meccanismi di protezione dei lavoratori-dipendenti.

Se è vero che le autorità centrali hanno deciso di stanziare ingenti risorse per il salvataggio di imprese ed esercizi commerciali, con un piano che prevede ammortizzatori sociali e forme di soccorso finanziario e fiscale, va tuttavia considerato che l'effettività di quel sostegno passa per procedure amministrative che difficilmente consentono nell'immediato di far fronte alla crisi e che, quindi, potrebbe in molti casi rivelarsi tardivo o, comunque, di complessa attuazione per tante piccole realtà commerciali che già operavano in una situazione di non piena regolarità se non proprio di "circuito sommerso".

Senza contare che la bontà dell'intervento pubblico passa anche per una sintonia tra enti locali, rappresentanze di categoria e istituti di credito che è tutta da sperimentare nei territori maggiormente esposti a forme di illegalità nei circuiti della pubblica amministrazione ed economico finanziario, anche per via di un sicuro fattore di inquinamento rappresentato proprio dalla risalente presenza di gruppi mafiosi.

Dunque, dei ritardi nel soccorso o delle difficoltà tecniche di avvalersi del sostegno dello Stato per tanti piccoli operatori economici, potrebbe approfittare il crimine organizzato, in grado di assicurare interventi rapidi e concreti, suscettibili di tradursi in forme di riciclaggio o reimpiego di capitali illeciti per l'appropriazione delle attività in crisi, ancorché con lo schermo di intestazioni fittizie.

Tuttavia, se in certe realtà dell'Italia meridionale le fragilità del sistema economico-produttivo possono favorire il rilancio dei *clan*, in questa fase emergenziale anche le altre parti del Paese non possono sottovalutare il pericolo del "contagio mafioso".

Secondo gli esperti più accreditati, i riflessi negativi delle misure atte a contenere la pandemia non hanno risparmiato neppure le realtà economiche apparentemente più robuste e attrezzate che operano nell'Italia centro-settentrionale, a loro volta esposte alla penetrazione di logiche e capitali mafiosi, come dimostra anche la cronaca veneta degli ultimi giorni[14].

D'altronde, dalle indagini svolte negli ultimi anni dalle procure del Centro-Nord, è emerso che, laddove i gruppi mafiosi annoverano insediamenti stabili, con la compiacenza di alcuni professionisti, segmenti delle istituzioni e imprenditori indigeni, riescono a investire in realtà aziendali che soffrono i frangenti in cui si manifestano le crisi di liquidità.

In passato i settori tradizionalmente colpiti al Centro-Nord dal "contagio mafioso" sono stati il ciclo dell'edilizia e del cemento, nonché lo smaltimento dei rifiuti e la filiera del turismo. Tuttavia, la crisi determinata dal coronavirus potrebbe portare certi gruppi criminali particolarmente duttili a esplorare anche comparti meno battuti che possono ora diventare molto redditizi, quali ad esempio la sanità, peraltro già interessata in Lombardia da indagini giudiziarie.

Si aggiunga che gli stessi imprenditori del Nord – come già accaduto in altri momenti di crisi – potrebbero essere portati, per puro calcolo di convenienza, ad assumere essi stessi l'iniziativa di mettersi in contatto

13. Sulle forme di manifestazione in alcune aree territoriali del rapporto tra gruppi mafiosi e soggetti estorti, vds. F. Cuttitta, *La finanza mafiosa. Una brutta storia di usura e di estorsione*, Saladino, Palermo, 2020.

14. U. Dinello, *False fatturazioni e minacce. Così i clan "aiutano" le imprese nel Nord-est piegato dall'usura*, in *La Stampa*, 15 giugno 2020.

con gruppi mafiosi in grado di offrire quei servizi che rappresentano l'ultima *chance* per abbattere i costi e rimanere sul mercato, accettando una contaminazione silente, ma non meno insidiosa per il tessuto connettivo dell'economia nazionale.

Così, gli effetti delle misure anti-pandemia potrebbero propiziare la costituzione di quei "comitati d'affari" in cui imprenditori spregiudicati si affiancano a esponenti di gruppi criminali, liberi professionisti a libro paga e amministratori pubblici corrotti, secondo uno "schema" sovente dimostrato negli ultimi anni dalle autorità giudiziarie di diversi distretti del Nord[15]. Si pensi a vicende relative ai settori della produzione manifatturiera e dello smaltimento illegale dei rifiuti, in cui gli imprenditori locali si occupavano della gestione dell'accesso al mercato, i politici gestivano le autorizzazioni amministrative e i mafiosi riciclavano capitali, partecipando all'affare e mettendo a disposizione la forza materiale per rimuovere gli ostacoli che non era possibile rimuovere con metodi legali.

Per impedire che l'economia sana sia inquinata da quella criminale occorre una diffusa consapevolezza circa la possibilità di certi scenari. Sul piano della risposta repressiva, poi, non bastano le illusioni degli *slogan* né gli inasprimenti di pena per certi reati. Questa nuova frontiera del contrasto alle mafie, piuttosto, suggerisce in prima battuta una distribuzione "mirata" delle eccellenze investigative su criminalità economica e nelle pubbliche amministrazioni anche in aree di non tradizionale radicamento mafioso.

4. La difesa del sostegno pubblico all'economia sana

Di fronte agli annunci della maggioranza di governo, è prevedibile che coloro i quali hanno il compito di prevenire e reprimere ogni forma di illegalità propiziata dalla crisi, dovranno confrontarsi anche con un ulteriore scenario che attiene alla scelta di far fronte alle profonde sofferenze dell'economia privata con forme di "*helicopter money*" (che verrebbero ad attingere a fondi europei)[16].

Si tratta della distribuzione veloce e generalizzata di aiuti, sussidi e crediti per imprenditori e operatori del commercio, destinata a caratterizzarsi come stimolo di natura eccezionale per favorire la ripresa economica e che, per essere tale, deve limitare "all'osso" i controlli preventivi delle amministrazioni pubbliche e degli istituti di credito sui potenziali beneficiari.

La velocizzazione dell'accesso alle misure di sostegno creditizio, affidata soprattutto al senso di responsabilità e alla correttezza dei richiedenti, potrebbe invogliare i componenti della organizzazione mafiosa a manovre spregiudicate dando fondo a reti relazionali collaudate, con imprenditori (sovente "prestanome", non solo in aree di tradizionale radicamento), funzionari pubblici e agenti degli istituti di credito compiacenti, per attivare manovre opache e truffaldine in grado di intercettare indebitamente denaro pubblico. Proprio in questa prospettiva, meritano particolare attenzione i suggerimenti dei procuratori della Repubblica di Milano e Napoli[17] sulla necessaria adozione di strumenti di controllo e tracciabilità dei finanziamenti e degli impieghi di capitale. Tali accorgimenti sarebbero pure suscettibili di trasformare una potenziale minaccia in un'occasione per intercettare movimenti anomali e favorire l'intervento repressivo delle agenzie di contrasto.

Sotto questo profilo, sulle somme che lo Stato erogherà per fronteggiare debiti o a ristoro di danni (pagamento fornitori, stipendi, affitti, tasse), dovrebbe risultare più agevole l'applicazione di metodi per "tracciare" l'utilizzo dei fondi ponendo al centro delle operazioni l'intermediatore finanziario (istituto bancario), attraverso "conti dedicati" o deleghe alla stessa banca per effettuare i pagamenti. Mentre più complesso appare il controllo sulle somme erogate per progetti di investimento, in relazione al quale occorrerà valorizzare l'esperienza degli ultimi anni relativa alla segnalazione di operazioni sospette in materia di riciclaggio e di misure interdittive antimafia di competenza dei prefetti. La valutazione sulla "congruità" degli importi richiesti e sulla "affidabilità antimafia" dell'impresa richiedente dovrebbe spettare sempre all'intermediatore finanziario, ma l'istruttoria da svolgere prevedibilmente si mostrerà molto più laboriosa. Certamente non ci si potrà limitare alla presentazione di un certificato penale (o di carichi pendenti) e si dovranno necessariamente attivare meccanismi pubblici che consentano di ottenere, in tempi ragionevolmente brevi, informazioni sulla

15. Per una ricognizione dei materiali giudiziari accompagnata da analisi criminologiche, vds. S. Sciarrone, (a cura di), *Mafie del Nord. Strategie criminali e contesti locali*, Donzelli, Roma, 2019.

16. Sulla "operazione fiduciaria di massa" che si sta aprendo e sui suoi risvolti penalistici, vds. N. Rossi, *L'emergenza economica e sociale. Le prime risposte del diritto penale*, in questa *Rivista online*, 15 aprile 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/l-emergenza-economica-e-sociale-le-prime-risposte-del-diritto-penale_15-04-2020.php.

17. F. Greco e G. Melillo, *Ecco perché il decreto-credito è pericoloso*, in *La Repubblica*, 10 aprile 2020, https://rep.repubblica.it/pwa/generale/2020/04/10/news/coronavirus_decreto_credito_riclaggio_liquidita_imprese_melillo_greco-253701379/.

"storia" dell'impresa richiedente (ad esempio, su caratteristiche dei suoi fornitori, modalità di assunzione dei dipendenti, tipologia di clientela, soggetti con cui si sono fatte associazioni temporanee di impresa) e sull'adozione di formule organizzative per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose.

Tuttavia, anche in questa delicata congiuntura, per combattere il virus mafioso non basta la delega a forze dell'ordine e magistratura. E non sono sufficienti neppure i pur importanti meccanismi di segnalazione delle operazioni sospette che, per legge, già coinvolgono liberi professionisti, rappresentanti di categoria e autorità locali.

La protezione dell'economia legale e, quindi, dell'occupazione di migliaia di lavoratori richiede una reazione compatta delle "comunità" territoriali. Senza dubbio il governo centrale dovrà fare la sua parte. Garantendo ammortizzatori sociali e forme di soccorso finanziario e fiscale alle imprese; possibilmente con una semplificazione delle procedure amministrative che non rinunci alla trasparenza. Ma un ruolo da protagonisti, sul territorio, lo dovranno assumere enti locali, rappresentanze di categoria, sindacati e istituti di credito. In nome di un interesse superiore, sono chiamati a vincere egoismi, autoreferenzialità e diffidenze reciproche. Solo così si potrà avere una ripartizione equa dei sacrifici, fondamentale per la ripresa. Si pensi, ad esempio, alle questioni della rinegoziazione dei contratti di affitto stipulati prima della crisi (che coinvolgono tante aziende), alla costituzione di un fondo per l'abbassamento dell'Imu; o alla disposizione di linee di credito agevolate a chi vuole investire.

Senza un'alleanza tra i diversi attori del circuito produttivo e istituzionale, le tradizioni anche delle nostre comunità più sane sarebbero esposte ai rischi di una trasformazione profonda. Il dilagare di povertà, prepotenze e illegalità finirebbe per erodere la qualità della convivenza civile. Sta nel "senso di comunità", dunque, la vera risorsa per una ripresa improntata alla tutela del lavoro, alla lealtà dei commerci e alla trasparenza della vita pubblica.

La tutela delle imprese dal pericolo mafioso

di *Costantino Visconti*

In ordine alle questioni rappresentate nei precedenti paragrafi, va subito posto un interrogativo ineludibile. Quali sono gli obiettivi di fondo che dovrebbero ispirare l'attività di prevenzione antimafia negli scenari economico-sociali che si prefigurano? Non basta limitarsi ad affermare un generico scopo di "contrasto" all'influenza criminale sulle imprese, in relazione al quale disponiamo di norme penali e processuali *ad hoc* e di strutture investigative "dedicate".

La frontiera principale dovrebbe essere quella che porta a incentivare la trasparenza, i controlli e la responsabilità, nel tentativo di aiutare le imprese sì condizionabili da manovre mafiose, ma ancora in grado di assicurare occupazione e produttività. Tale auspicio è stato, di recente, formulato con dovizia di argomentazioni anche dal magistrato Giuseppe Pignatone, sino a qualche mese fa procuratore della Repubblica nella capitale[1].

E in realtà dallo stesso codice antimafia si desumono linee di intervento diversificate che, dopo l'ultima riforma del 2017, esibiscono con più chiarezza due priorità: "tempestività" e "terapeuticità".

Da un lato, la tempestività è assicurata dalla prevenzione amministrativa. In particolare, i provvedimenti interdittivi emessi dalle autorità prefettizie sono in grado di impedire alle imprese insidiate da pericoli di infiltrazione mafiosa di intrattenere rapporti con la pubblica amministrazione (artt. 84 ss., codice antimafia).

Dall'altro, la terapeuticità è garantita dalla prevenzione giurisdizionale con l'amministrazione e il controllo giudiziario (artt. 34 e 34-*bis* codice antimafia),

1. G. Pignatone, *Così l'Italia del dopo coronavirus potrà salvare le aziende a rischio infiltrazioni mafiose*, in *La Stampa*, 17 aprile 2020, www.lastampa.it/topnews/primo-piano/2020/04/17/news/cosi-l-italia-del-dopo-coronavirus-potra-salvare-le-aziende-a-rischio-infiltrazioni-mafiose-1.38726432.

applicate dal tribunale delle misure di prevenzione ove sussistano sufficienti indizi per ritenere che un'attività economica sia condizionata da interessi mafiosi o li agevoli. Si tratta di misure "a sostegno" delle imprese, in quanto appunto finalizzate alla loro "bonifica".

Anche in questo particolare frangente, dunque, il sistema di prevenzione sarebbe in grado di funzionare a doppio regime: un primo, più rapido e sommario, messo in moto dai prefetti che rilevano, e per dir così "isolano", il contagio mafioso; il secondo, affidato alla magistratura ordinaria, più articolato e finalizzato a "curare e guarire" le imprese coinvolte. Tanto che questi due pilastri della prevenzione antimafia, l'uno amministrativo l'altro giurisdizionale, lungi dal costituire mondi non comunicanti tra loro, risultano piuttosto collegati da due ponti principali, che dovrebbero favorirne una funzionalità integrata.

Per un verso, infatti, i prefetti hanno l'obbligo di comunicare alla magistratura requirente i loro provvedimenti interdittivi (art. 91, comma 7-*bis*) in modo da consentire l'eventuale adozione di adeguate misure patrimoniali nei confronti delle aziende interessate, tra cui appunto quelle diverse dalla confisca, ossia amministrazione o controllo giudiziario. Si badi, la misura interdittiva è emessa, di regola, *inaudita altera parte* e sulla scorta di un *plafond* probatorio alquanto affievolito, comunque imperniato su prognosi di pericolo ispirate al "più probabile che non". Da tale punto di vista, si tratta indubbiamente di un istituto fortemente sbilanciato a favore della tutela dell'ordine pubblico a scapito del diritto alla libertà d'impresa e per questa ragione non certo immune da profili di incostituzionalità, vista la robusta estensione applicativa connessa anche a recenti modifiche legislative[2]. L'entrata in gioco della giurisdizione ordinaria, invece, dovrebbe comportare un maggiore approfondimento probatorio, certamente agganciato a verifiche più rigorose, da compiersi nel contraddittorio tra le parti sugli elementi di fatto da cui desumere i sufficienti indizi di condizionamento o agevolazione mafiosi nei riguardi dell'impresa. Ma, soprattutto, l'eventuale applicazione delle misure giurisdizionali garantisce la prosecuzione dell'attività aziendale e una prospettiva di recupero e protezione dei valori imprenditoriali dal condizionamento mafioso.

Per altro verso, la stessa azienda colpita da un'interdittiva antimafia può chiedere al tribunale delle misure di prevenzione l'applicazione "volontaria" del controllo giudiziario (art. 34-*bis*, comma 6). L'eventuale accoglimento della domanda privata, oltre al varo di un programma prescrizionale volto a rimuovere "terapeuticamente" le condizioni di vulnerabilità emerse, determina la sospensione degli effetti interdittivi del provvedimento prefettizio. Anche in questi casi, ma grazie all'iniziativa della stessa impresa, la giurisdizione è chiamata a svolgere un compito di salvataggio e recupero dell'azienda in qualche modo incappata in forme di contiguità criminale[3].

Nelle prime applicazioni, i tribunali hanno oscillato non poco nell'individuare i presupposti per l'accoglimento della domanda privata, troppo spesso optando per un approccio restrittivo o quantomeno diffidente. Anche se di recente le sezioni unite della Corte di cassazione hanno bene messo in luce la *ratio* dell'istituto, affermando che esso punta «al recupero della realtà aziendale alla libera concorrenza a seguito di un percorso emendativo», sicché nel valutare se accogliere la domanda privata i giudici devono affiancare alla diagnosi sullo «stato di condizionamento e infiltrazione» nel caso di specie, una prognosi sulle «concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano»[4].

È auspicabile che gli operatori (sia sul versante amministrativo sia su quello giudiziario e degli stessi enti imprenditoriali) abbiano chiara una visione d'insieme di tali strumenti di intervento e delle loro finalità. A maggior ragione nei contesti di crisi socio-economica che si vanno delineando, per il cui superamento sarà decisiva la ripresa produttiva del sistema delle imprese, anche al riparo dalle mire espansionistiche della criminalità mafiosa.

Il doppio regime della prevenzione antimafia – che individua "tempestivamente" la minaccia criminale e al contempo sostiene "terapeuticamente" le imprese colpite a liberarsene – ha bisogno certamente di guadagnarsi ancora il dovuto spazio nella cultura diffusa della prassi: un conto, infatti, sono le norme che lo disciplinano, altro è lo spirito che anima gli attori pubblici e privati.

---

2. Per una disamina critica, vds. i contributi raccolti in G. Amarelli e S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019; di recente, tuttavia, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 57 del 2020, non ha accolto ben motivati profili di incostituzionalità.

3. Sull'istituto vds. C. Visconti, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2019, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/9978-visconti2019a.pdf.

4. Cass., sez. unite, 26 settembre 2019, in *Sistema penale*, 28 novembre 2019, e *ivi* il commento di D. Albanese, *Le Sezioni unite ridisegnano il volto del controllo giudiziario "volontario" (art. 34-bis, co. 6, d.lgs. 159/2011) e ne disciplinano i mezzi di impugnazione*, www.sistemapenale.it/it/scheda/sezioni-unite-mezzi-impugnazione-controllo-giudiziario-volontario-34-bis-antimafia.

La criminalità economica nella crisi generata dall'epidemia

di *Gaetano Ruta*

Le iniziative legislative volte a contrastare la crisi economica generata dall'epidemia non sono prive di conseguenze sul piano del diritto penale. Occorre individuare le aree di pericolo e i possibili abusi che si annidano dietro le misure di sostegno economiche, al fine di verificare le deviazioni che interessano la giurisdizione penale e di indicare possibili strumenti di reazione.

1. Il contesto legale di riferimento / 2. Il versante societario: gli effetti sul piano della salvaguardia del capitale sociale e delle comunicazioni sociali / *2.1. Le conseguenze sul piano del diritto penale / 2.1.1. Le comunicazioni sociali / 2.1.2. La tutela del capitale sociale... / 2.1.3. ... e i finanziamenti dei soci* / **3. Il sostegno alla liquidità, presupposti e abusi** / *3.1. Fondo PMI / 3.2. Sace Spa / 3.3. L'autocertificazione: la responsabilità di chi si avvale delle forme di sostegno pubblico / 3.4. La illegittima percezione di contributi pubblici* / **4. Il versante fiscale** / *4.1. Carenza di liquidità e inadempimenti tributari / 4.2. La regolarizzazione della posizione del contribuente e gli effetti estintivi del reato* / **5. Varianti applicative nel diritto dell'emergenza: le misure di prevenzione**

1. Il contesto legale di riferimento

La legislazione dell'emergenza ha soltanto lambito il diritto penale. Poche le fattispecie incriminatrici introdotte o richiamate all'interno di un tessuto normativo, formato nel torno di poche settimane, per il resto imponente.

Mancanza di modifiche dirette non significa assenza di riflessi. Il mondo del diritto vive di tante e tali interrelazioni da essere impensabile astrarre da esse. È dunque impossibile isolare il diritto penale dalla più ampia cornice ordinamentale, alla quale evidentemente non resta insensibile.

Ciò è ancora più vero nel settore dell'economia – in una ideale scala di valori, non semplice da bilanciare, prossimo alla tutela della salute – inciso come non mai dalla pandemia di questi mesi.

Il lavoro che l'interprete è chiamato a svolgere, muovendo dalla ricognizione della legislazione extrapenale elaborata dall'inizio dell'emergenza, è quello di individuare gli spazi che essa ha aperto, soprattutto in funzione di sostegno all'economia, e indagarne le possibili degenerazioni, idonee a trasformarsi in violazioni della legge penale.

In un quadro che si evolve rapidamente, con significative modifiche anche nelle leggi di conversione rispetto ai decreti emanati dal Governo in via d'urgenza, ha senso ragionare solo sul quadro normativo in essere, scontando il rischio di possibili alterazioni.

La linea seguita dal legislatore è stata nel senso di lasciare la legislazione penale fuori dalla legislazione dell'emergenza, almeno in ambito economico. È un fatto di cui l'interprete deve tenere conto e che suggerisce grande cautela guardando al futuro: la previsione di disposizioni incriminatrici, pure da diversi osservatori invocata per irrobustire l'apparato sanzionatorio, avrebbe in questa fase il solo effetto di produrre grande confusione. Si potevano in astratto ipotizzare norme penali contestuali o interne alla

decretazione d'urgenza, secondo una logica unitaria di presidio sanzionatorio alle deviazioni dal nuovo quadro legislativo: certo non successive, dopo l'introduzione di un ampio *corpus* normativo che modifica su aspetti nevralgici fasi rilevanti della vita economica e con l'esigenza impellente di darvi rapida attuazione.

Del resto, norme penali "eccezionali" sono previste nel nostro ordinamento e rilevano per quanto attiene al fenomeno di successione di leggi nel tempo. L'art. 2, comma 5, cp dispone infatti che ad esse non si applicano i principi in tema di *favor rei*, quando una legge successiva presenti un trattamento sanzionatorio più favorevole rispetto a quella preesistente. Le norme penali "eccezionali" tuttavia, come è ovvio, non si sottraggono al principio di irretroattività e certo non possono introdurre disposizioni incriminatrici ora per allora: il che non è privo di conseguenze rispetto a un formante extrapenale in larga misura plasmato attraverso strumenti di immediata attuazione, che non possono evidentemente essere intaccati dalla introduzione di norme a contenuto sanzionatorio, se non a prezzo di estrema confusione concettuale e applicativa.

L'attenzione degli interpreti, nella messe di commenti sviluppata in questi mesi, appare incentrata soprattutto sui pericoli che si annidano dietro il sostegno finanziario che la mano pubblica mira a garantire al tessuto economico. In particolare, sotto osservazione sono gli abusi che possono dare luogo a truffe o malversazioni. La cornice è tuttavia più ampia e richiede una ricognizione dei decreti emanati dal Governo e delle leggi di conversione. Il riferimento è in questo senso ai decreti denominati "Cura Italia" (dl 17 marzo 2020, n. 18, convertito con la legge 24 aprile 2020, n. 27), "Liquidità" (dl 8 aprile 2020, n. 23, convertito con la legge 5 giugno 2020, n. 40), "Rilancio" (dl 19 maggio 2020, n. 34).

Il filo degli interventi legislativi sembra lontano, per usare un'iperbole, da un manifesto fondato sull'imperativo *law and order*. Gli impulsi concessivi che governano le iniziative legislative appaiono sostenuti dall'obiettivo di salvaguardare le esigenze economiche. Controlli preventivi sbiaditi, dietro il ricorso al sistema delle autocertificazioni, appannano il monitoraggio che precede di regola l'erogazione del credito, mentre l'armamentario sanzionatorio resta quello tradizionale. Tutto ciò finisce per disallineare il sistema delle responsabilità dai binari ordinari, lo sposta in avanti ma non lo elide. Si tratta di stabilirne i confini.

2. Il versante societario: gli effetti sul piano della salvaguardia del capitale sociale e delle comunicazioni sociali

Il decreto "Liquidità" contiene tre significative modifiche che interessano il diritto societario[1].

L'art. 6, rubricato «Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale», prevede che «A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 31 dicembre 2020 per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482 *bis*, commi quarto, quinto e sesto, e 2482 *ter* del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545 *duodecies* del codice civile». Si tratta del ventaglio di disposizioni che riguardano le ipotesi di riduzione per perdite del capitale sociale e dei provvedimenti che devono essere assunti in presenza di riduzione di oltre un terzo nelle società per azioni e a responsabilità limitata. È inclusa tra le disposizioni la cui applicazione è sospesa quella di cui all'art. 2484, n. 4, cc, che individua tra le cause di scioglimento la riduzione del capitale sociale sotto il minimo di legge (disposizione analoga, espressamente inserita nella norma, è quella prevista per le società cooperative dall'art. 2545-*duodecies* cc).

L'art. 7, rubricato «Disposizioni temporanee sui principi di redazione del bilancio», prevede che «Nella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci nella prospettiva della continuazione dell'attività di cui all'art. 2423 *bis*, primo comma, n. 1), del codice civile può comunque essere operata se risulta sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020 (...). Il criterio di valutazione è specificamente illustrato nella nota informativa anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati». La norma contiene, rispetto alla valutazione delle voci di bilancio, la presunzione della "continuazione dell'attività" a condizione che tale presupposto fosse presente nell'ultimo bilancio chiuso in data anteriore all'esplosione della pandemia (indicata nel decreto al 23 febbraio 2020).

L'art. 8, rubricato «Disposizioni temporanee in materia di finanziamenti alle società», prevede che «Ai finanziamenti effettuati a favore delle società

1. M. Ventoruzzo, *Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanziamenti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19*, in *Società*, n. 5/2020, p. 525.

dalla data di entrata in vigore del presente decreto e sino alla data del 31 dicembre 2020 non si applicano gli articoli 2467 e 2497 *quinquies* del codice civile». Viene dunque sospesa la previsione della postergazione dei crediti per i finanziamenti dei soci rispetto agli altri creditori sociali: per effetto della legislazione dell'emergenza, e nei limiti di tempo da essa stabiliti, viene meno la sostanziale assimilazione dei finanziamenti soci ai versamenti in conto capitale.

Si comprende come il filo che congiunge queste norme, sotto prospettive diverse, sia la salvaguardia della stabilità societaria e il tentativo di prevenire, sul piano delle comunicazioni sociali come anche della conservazione del patrimonio, effetti dispersivi. Obiettivo che si salda con la disposizione di cui all'art. 10 della legge n. 40/2020, che prevede la improcedibilità, tra il 9 marzo e il 30 giugno 2020, delle istanze per la dichiarazione di fallimento, presentate anche in proprio dagli imprenditori, o per la dichiarazione dello stato di insolvenza per le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa o ad amministrazione straordinaria "comune" (restano fuori, peraltro, le istanze relative a imprese di grandi dimensioni che rientrano nell'ambito di applicazione del decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347, cd. "decreto Marzano"; restano altresì escluse dalla deroga, e dunque sono procedibili, le istanze indicate al comma 2 dell'art. 10, introdotto in sede di conversione: a) ricorso presentato dall'imprenditore in proprio quando l'insolvenza non è conseguenza dell'epidemia Covid-19; b) istanza di fallimento presentata a seguito di dichiarazione di inammissibilità o revoca dell'ammissione al concordato o nel caso sia respinto il concordato nel giudizio di omologazione; c) richiesta del pubblico ministero quando l'insolvenza emerga nell'ambito di un procedimento penale o quando contestualmente alla richiesta di fallimento venga fatta domanda di provvedimenti cautelari)[2]. Sempre in ambito fallimentare questa previsione si congiunge a sua volta con la proroga per sei mesi del termine per l'adempimento dei concordati preventivi, degli accordi di ristrutturazione omologati, degli accordi di composizione della crisi e dei piani del consumatore omologati (art. 9, comma 1); sono poi previsti termini processuali ulteriori a favore del debitore nei procedimenti per l'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione[3].

2.1. Le conseguenze sul piano del diritto penale

Comunicazioni sociali e garanzia della integrità del capitale rivestono un'importanza fondamentale nel tessuto del diritto penale. Occorre quindi verificare la portata derogatoria delle disposizioni sopra riportate.

Si deve certamente prendere atto di una scelta di politica legislativa che mira a salvaguardare le realtà imprenditoriali, in presenza di una causa sopravvenuta imprevedibile e dagli incalcolabili (almeno allo stato) effetti economici.

Va sempre tenuto a mente come il sistema penale sia improntato al principio di stretta legalità, onde la lettura degli effetti derogatori, nella specie destinati ad aprire spazi di non punibilità per condotte altrimenti illecite, deve essere sviluppata con la dovuta attenzione.

Anzitutto, il discorso è comune a tutte le previsioni: la deroga ha efficacia limitata nel tempo. Se ne può discutere la durata, ritenendola più o meno ampia (con effetti che vanno al di là dei termini di durata stabiliti dal legislatore), ma l'esistenza di uno spazio temporale circoscritto è pacifica.

Gli effetti sul piano del diritto penale societario, come anche su quello fallimentare, richiedono un riferimento ai singoli interventi del legislatore.

Ove si versi in presenza di illeciti che rientrano nel novero dei reati presupposto nel sistema 231, alle condizioni di legge resta ferma la responsabilità amministrativa dell'ente.

2.1.1. Le comunicazioni sociali

Attraverso l'art. 7 il legislatore ha introdotto una presunzione: la prospettiva della continuazione dell'attività sociale si ritiene sussistente a condizione che essa sussistesse nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020. Si tratta di una presunzione di impatto significativo ai fini della redazione del bilancio. La continuità è un elemento di fatto che esprime la proiezione in avanti dell'attività di impresa: essa appare così destinata ad estendersi su un orizzonte temporale ampio, superiore comunque all'anno solare e all'esercizio cui si riferisce. Non è un caso che la continuità venga considerata «valutazione di valutazioni»[4] o «asse portante di tutti i criteri di valutazione»: vi è una sicura differenza economica nella

2. F. Lamanna, *Il "blocco" dei procedimenti prefallimentari imposto dal Decreto Liquidità*, in *Il Fallimentarista*, 14 aprile 2020.

3. *Id.*, *Le misure temporanee previste dal Decreto Liquidità per i concordati preventivi e gli accordi di ristrutturazione*, *ivi*, 14 aprile 2020.

4. F. Mucciarelli, *La crisi economica da pandemia e la disciplina della crisi di impresa: gli interventi del legislatore nel d.l. 23/2020*, in *Sistema penale*, 11 aprile 2020.

valutazione delle voci attive e passive del bilancio di una società che si pone nella prospettiva della continuità rispetto a società prossime alla liquidazione. Il dato economico ha un riflesso sul piano normativo attraverso la disposizione di cui all'art. 2423-*bis*, n. 1, cc, che impone la redazione del bilancio nel rispetto del principio di continuità[5].

La portata derogatoria della norma è discussa: è stato osservato come la disposizione di cui all'art. 2423-*bis* cc costituisca *una* delle norme rilevanti sul piano contabile, ma non la sola. Che dire, ad esempio, per le società che nella redazione del bilancio devono uniformarsi ai principi contabili IAS – tra cui le società quotate in Italia o in altro Paese Ue, banche, assicurazioni, altri intermediari –, posto che gli IAS includono la continuità tra i criteri cui deve informarsi la redazione del bilancio? E ancora, può il legislatore nazionale derogare a una disposizione derivante da fonte sovranazionale, posto che gli IAS sono previsti da regolamenti comunitari? Questioni non semplici, che lasciano aperti ampi margini di interpretazione.

Ai fini che qui interessano, occorre verificare l'impatto di questa normativa sul reato di false comunicazioni sociali.

Ammettiamo, solo per ipotesi (e come semplificazione di lavoro), che la deroga abbia portata generale, si riferisca cioè ai bilanci civilistici come anche a quelli disciplinati da altra fonte normativa (i regolamenti Ue, per intenderci, o altra fonte sovranazionale).

La questione deve essere ben circoscritta. Certamente il legislatore, attraverso una presunzione, ha creato una finzione, con un incedere che può riassumersi così: la continuità si presume esistente oggi, se esisteva ieri.

Nella logica delle comunicazioni sociali, sembra ovvio, la finzione non può risolversi in una falsità. Ecco allora che la risposta al problema si rinviene, in realtà, proprio nella legge, laddove precisa che «Il criterio di valutazione è specificamente illustrato nella nota informativa anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente»: la continuità si presume, ancorandosi al dato storico preesistente, ma l'utilizzo di questa presunzione deve essere espressamente enunciato nella nota integrativa. Si tratta, va detto, del precipitato normativo di un principio giurisprudenziale, posto che la necessità di enunciare i criteri di valutazione utilizzati per la classificazione delle voci di bilancio – criteri normativamente fissati o rispondenti a parametri tecnici generalmente accettati – trova fondamento in un consolidato orientamento di legittimità[6].

Non solo. Poiché la presunzione si collega alla sussistenza della continuità aziendale nell'esercizio precedente e il richiamo alle risultanze del bilancio precedente deve essere espressamente contenuto in quello successivo, finisce per esservi una stringente saldatura tra i due bilanci. Se, infatti, il contenuto su cui si fonda la validità della presunzione è la sussistenza della continuità nell'esercizio antecedente, il giudizio sulla "veridicità" del bilancio che di tale presunzione si è avvalso riposa sulla corretta rappresentazione del principio di continuità all'interno del bilancio antecedente. In qualche modo, il bilancio antecedente diviene criterio di validazione di due esercizi, quello a cui si riferisce e quello successivo, per il richiamo ad esso che ne costituisce necessario presupposto.

A uno sguardo più attento e forse più lungimirante, non sfugge tuttavia come la questione, più che sul piano *informativo* (con una durata temporale circoscritta), abbia riflessi su quello *operativo*. La continuità, prima ancora che generale criterio informatore di redazione del bilancio, è un fatto. Se i presupposti economici per garantire la continuità non ci sono, le finzioni normative servono a poco. La legge, va detto, pone in questo senso un argine: lo fa esigendo la sussistenza della continuità nell'esercizio precedente e, come vedremo da qui a poco, lo fa anche rispetto alle immissioni di liquidità, assicurando la garanzia pubblica a favore solo di quei soggetti che non presentano situazioni, variamente modulate, di difficoltà.

Non di meno, il rischio della perdita della continuità per effetto della pandemia, anche rispetto a realtà imprenditoriali in precedenza virtuose, è reale. Da una valutazione previsionale, quale è quella sottesa alla continuità, non si può prescindere. Il bilancio può contenere i suoi correttivi, anche attraverso una *fictio* quale è quella introdotta dall'art. 7, ma non si può artificialmente tenere in vita una realtà imprenditoriale priva di margini di ripresa. Il pensiero corre, in ambito fallimentare, all'art. 217, n. 4, e all'art. 223, comma 2, n. 2, rd 16 marzo 1942, n. 267. Occorre fare attenzione a non sovrapporre concetti tra loro diversi, ma è chiaro che l'estremo patologico opposto della continuità è l'insolvenza e la prosecuzione dell'attività sociale da parte di una società insolvente espone a ben noti rischi penali.

Proprio perché la legge consente (e non obbliga) il ricorso alla presunzione di continuità – la dizione «può comunque essere operata» esprime, anche sul piano letterale, la natura facoltativa e opzionale che vi è sottesa – è inevitabilmente rimesso al prudente apprezzamento degli amministratori decidere

5. M. Ventoruzzo, *Continuità aziendale*, *op. cit.*; P. Balzarini, *Codice commentato delle società*, Ipsoa, Milano, 2007, p. 845.

6. Cass., sez. unite, 31 marzo 2016 - 27 maggio 2016, n. 22474, Passarelli.

se informare o meno la redazione del bilancio a tale criterio e, di conseguenza, stabilire quali iniziative assumere sul piano operativo.

2.1.2. La tutela del capitale sociale...

Attraverso due distinte disposizioni il legislatore è intervenuto a sospendere temporalmente la portata di previsioni che attengono alla patrimonializzazione della società. A decorrere dall'entrata in vigore del decreto, e sino al 31 dicembre 2020, sono infatti sospese le disposizioni che attengono ai provvedimenti da assumere in presenza di riduzione del capitale sociale e quelle relative alla postergazione dei soci che risultino creditori della società.

Che il capitale sia garanzia reale di solvibilità è sempre più discusso. I più recenti interventi normativi hanno ridotto quello minimo delle società per azioni e hanno previsto società a responsabilità limitata semplificate con capitale pari a un euro. Non di meno, nel nostro ordinamento il capitale sociale continua ad assicurare, di fronte ai soci come ai terzi, una funzione di garanzia, e la perdita del capitale può costituire indice di ben maggiori difficoltà finanziarie[7]. La integrità del capitale sociale è oggetto di una pluralità di previsioni sanzionatorie: gli articoli del codice civile 2626 (indebita restituzione dei conferimenti), 2627 (illegale ripartizione degli utili e delle riserve), 2628 (illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante), 2629 (operazioni in pregiudizio dei creditori), 2632 (formazione fittizia del capitale), descrivono un ventaglio di situazioni fraudolente in cui il rischio di annacquamento del capitale sociale si traduce in illecito penale.

La mancata ricapitalizzazione della società in presenza di perdite di per sé non dà luogo a un illecito penale (salvo, ovviamente, che le perdite vengano ripianate attraverso una fittizia formazione del capitale), ma è sintomo di difficoltà finanziarie che possono fare da sfondo alla consumazione di reati. Nel dinamismo della vita sociale, una società sottocapitalizzata corre velocemente lungo il crinale che porta all'insolvenza e dunque la gestione sociale rischia di esporsi ai rischi connessi, secondo le diverse variabili normative, alla bancarotta semplice e a quella fraudolenta.

Le ricadute di questa disciplina derogatoria sono inevitabilmente destinate a essere valutate nel medio-lungo periodo. Una società sottocapitalizzata è come un atleta senza fiato: gode di ristretti margini di manovra. La sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione può giustificarsi, nella logica dell'emergenza, per un circoscritto arco temporale. Non si può infatti perdere di vista il dato di realtà e l'eccezionalità della regola deve restare tale: nella prospettiva degli amministratori è giustificabile un differimento degli obblighi di legge, in attesa di una stabilizzazione della situazione economica e di condizioni più favorevoli per il ripristino del capitale. Il che peraltro non fa venir meno, in un contesto di tale natura, la necessità di una gestione per quanto possibile conservativa della società.

Si potrebbe in astratto porre il problema se la disciplina derogatoria trovi applicazione esclusivamente nelle ipotesi di riduzione del capitale per perdite connesse alla pandemia o abbia una portata oggettiva, che prescinde dall'individuazione delle cause. Nel primo caso, peraltro, dovrebbero escludersi le situazioni patologiche riferibili agli esercizi antecedenti, in cui la formazione delle perdite ha avuto una origine evidentemente diversa dall'emergenza sanitaria. Appare evidente la inattuabilità di questa prospettiva: a prescindere dalla difficoltà di identificare l'origine delle perdite, verrebbe vanificato lo sforzo di tutela apprestato dal legislatore.

2.1.3. ... e i finanziamenti dei soci

La (non) postergazione dei soci per i finanziamenti accordati alla società sembra rispondere all'esigenza di incentivare forme di apporto di risorse, sul presupposto che esse non ricadano nella previsione che relega i soci all'ultimo gradino tra i creditori sociali.

Anche in questo caso, la natura eccezionale della disciplina trova il proprio limite nella temporaneità della norma. Deve trattarsi di finanziamenti erogati tra la data di entrata in vigore del decreto e il 31 dicembre 2020. Il riferimento è ovviamente solo alla effettuazione del finanziamento, non anche al suo rimborso, che può avvenire o essere comunque concordato per un momento successivo. Si discute se la regola possa valere anche rispetto ai casi in cui il socio abbia solo assunto l'impegno a erogare il finanziamento, rinviando la messa a disposizione delle risorse. Sarebbe opportuno propendere per la negativa, considerando che le ragioni della eccezionalità si giustificano con apporti, in denaro o in natura, effettivi. Il dato letterale concorre a legittimare questa interpretazione, espressamente parlando di finanziamenti "effettuati" a favore delle società.

La norma, in ogni caso, ha effetti – per quanto circoscritti nel tempo – in ambito fallimentare. Secondo un consolidato orientamento interpretativo «È configurabile il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione a carico dell'amministratore di

7. F. Di Vizio, *La crisi "nascosta" ai creditori: il mondo all'incontrario*, in *Ars iuris*, 28 aprile 2020.

una società per azioni che procede al rimborso di finanziamenti erogati dai soci in violazione della regola, applicabile nel caso di specie, della postergazione, di cui all'art. 2476 cod. civ., o di versamenti effettuati in conto capitale, in quanto le somme versate devono essere destinate al perseguimento dell'oggetto sociale e possono essere restituite solo quando tutti gli altri creditori sono stati soddisfatti»[8]. La deroga al principio della postergazione esclude, rispetto alle restituzioni dei finanziamenti erogati nella vigenza del decreto, la possibilità di configurare la bancarotta per distrazione. E ciò dovrebbe valere anche nel caso, non infrequente nella prassi giudiziaria, in cui il socio che effettua il finanziamento alla società ne sia al contempo amministratore[9].

3. Il sostegno alla liquidità, presupposti e abusi

Gli interventi governativi a sostegno della liquidità sono incentrati sul rilascio di garanzie volte ad accompagnare l'erogazione del credito e su finanziamenti a fondo perduto.

L'art. 25 dl n. 34/2020, rubricato «Contributo a fondo perduto», disciplina presupposti e modalità di erogazione di contributi a favore di soggetti esercenti attività di impresa e di lavoro autonomo e di reddito agrario, titolari di partita Iva. L'importo del contributo spetta a quei soggetti che abbiano registrato nell'aprile 2020 un calo del fatturato di oltre due terzi rispetto allo stesso periodo del 2019 ed è erogato secondo determinate griglie percentuali sulla differenza tra il fatturato dei due esercizi in considerazione. Le somme così incassate non concorrono alla formazione del reddito.

Per quanto riguarda il rilascio di garanzia a sostegno del credito, i soggetti coinvolti sono il Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese (Fondo PMI) e Sace Spa[10]. Si tratta in entrambi i casi di soggetti con una spiccata impronta pubblicistica. Il Fondo PMI è gestito per conto del Ministero dello sviluppo economico da un raggruppamento temporaneo di imprese costituito da cinque banche e mira, come previsto dalla legge istitutiva, a sostenere una parziale assicurazione ai crediti concessi a favore delle piccole e medie imprese. Sace Spa, nata come istituto avente personalità giuridica di diritto pubblico, è stata successivamente trasformata in società per azioni sotto il controllo del Ministero dell'economia e delle finanze; l'intero ammontare del capitale sociale è stato in seguito trasferito alla Cassa depositi e prestiti, ente a sua volta controllato dal Ministero dell'economia e delle finanze[11].

I termini del sostegno economico da parte di questi enti, sempre sotto forma di garanzia, sono strutturati in base a vari parametri, correlati al soggetto richiedente e all'importo richiesto. La fonte normativa che disciplina la materia è il decreto "Liquidità".

Si tratta di garanzie che accedono al credito in funzione della realizzazione dell'attività di impresa (art. 1-*bis*, comma 1, lett. *c*, legge n. 40/2020, che espressamente richiama tra le finalità del finanziamento i costi del personale, investimenti o capitale circolante impiegati in stabilimenti produttivi, attività imprenditoriali localizzate in Italia).

3.1. Fondo PMI

L'art. 13 l. n. 40/2020 disciplina presupposti e criteri di attribuzione delle forme di sostegno economico.

Al Fondo PMI possono ricorrere imprese di micro, piccole o medie dimensioni iscritte al registro delle imprese; persone fisiche esercenti un'attività di impresa; quelle esercenti un'arte o una professione, con eventuale iscrizione a un albo professionale o a una delle associazioni professionali ricomprese in apposito elenco tenuto dal Ministero dello sviluppo economico.

La garanzia che viene prestata dal Fondo PMI è gratuita, incondizionata, irrevocabile, escutibile a prima richiesta. Il suo ammontare, che può coprire anche il 100% del credito concesso, varia in ragione dell'ammontare richiesto. Non è prevista una valutazione sul merito di credito del richiedente, che per il Fondo PMI si esplica ordinariamente attraverso un modello di valutazione per griglie. Restano invece fermi i controlli antiriciclaggio.

I presupposti per l'accesso al finanziamento devono essere oggetto di un'autocertificazione da parte del richiedente, da presentare ai sensi degli artt. 46 e 47 dPR n. 445/2000. La prestazione della garanzia

8. Cass., sez. V pen., 10 maggio 2017 - 3 novembre 2017, n. 50188, Mascellani.

9. *Ex plurimis*, Cass., sez. V pen., 6 giugno 2014 - 5 agosto 2014, n. 34505, Marchesi.

10. Gli artt. 55 ss. del decreto "Rilancio" hanno previsto forme di sostegno economico anche da parte degli enti territoriali (Regioni, Province autonome, altri enti territoriali) e Camere di commercio a favore delle imprese, secondo le modalità previste dalla comunicazione della Commissione europea (2020) 1863.

11. L. Orsi, *La tutela penale del credito garantito dallo Stato alle imprese colpite dalla pandemia Covid-19*, in *Sistema penale*, n. 6/2020, pp. 57-88.

non è esclusa a causa delle difficoltà economiche del richiedente: la legge la ammette anche rispetto alle posizioni di soggetti che presentano esposizioni classificate come «inadempienze probabili» o «scadute o sconfinanti deteriorate» purché queste classificazioni non siano antecedenti il 31 gennaio 2020. Non sono escluse dalla garanzia le imprese che hanno fatto accesso a procedure concorsuali quali il concordato con continuità aziendale ai sensi dell'art. 186-*bis* l.fall. o che hanno stipulato accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-*bis* l.fall. o ancora che hanno presentato un piano attestato di cui all'art. 67 l.fall. Sono escluse le posizioni di quei soggetti che risultino classificate come sofferenze[12].

3.2. Sace Spa

L'art. 1 l. n. 40/2020 disciplina presupposti e criteri di attribuzione delle forme di sostegno economico.

La garanzia da parte di Sace Spa è accordata alle imprese con sede in Italia, di qualsiasi dimensione, operanti in qualunque settore e con indifferente forma giuridica, purché non in difficoltà già al 31 dicembre 2019. Possono fruire della medesima garanzia le piccole e medie imprese, i lavoratori autonomi, i liberi professionisti (anche sotto forma di associazione e società) che abbiano pienamente utilizzato la capacità di accesso al Fondo PMI.

Gli importi in gioco sono più consistenti e la garanzia, contrariamente a quanto avviene per quelle prestate dal Fondo PMI, non è gratuita ma remunerata. Diverse sono anche le modalità di controllo: anche per i finanziamenti garantiti da Sace Spa è prevista una autocertificazione da parte del richiedente; mentre, tuttavia, per i finanziamenti in favore di imprese aventi non più di 5000 dipendenti e un valore di fatturato inferiore a 1,5 miliardi di euro la garanzia viene rilasciata ricorrendo a una procedura semplificata, con una "presa d'atto" della valutazione espressa dal finanziatore da parte di Sace Spa, diversamente è a dirsi per le operazioni di finanziamento più consistenti. Per esse, infatti, il rilascio della garanzia è subordinato alla decisione assunta con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentito il Ministro dello sviluppo economico, adottato sulla base dell'istruttoria condotta da Sace Spa.

È altresì previsto che i finanziatori forniscano a Sace Spa un rendiconto periodico al fine di riscontrare il rispetto degli impegni e delle condizioni di legge[13].

3.3. L'autocertificazione: la responsabilità di chi si avvale delle forme di sostegno pubblico

Nell'assetto normativo dell'emergenza, l'autocertificazione costituisce la base utilizzata per dare concreto impulso alle iniziative di sostegno economico. Essa riflette una linea di politica legislativa volta a responsabilizzare il percettore di misure di sostegno economico, a fronte dello sforzo di accelerare le contribuzioni pubbliche o a garanzia pubblica.

Intorno all'autocertificazione si è sviluppato, nella cornice del diritto penale, il tessuto normativo elaborato dalla legislazione dell'emergenza. Vi è un sicuro presidio penale intorno al mendacio contenuto nell'autocertificazione; si tratta di indagarne i confini, quando ricorrono elementi di interrelazione con altri reati.

La norma di riferimento è l'art. 76 dPR n. 445/2000, che prevede, per le ipotesi di mendacio correlate alle dichiarazioni e agli atti formati ai sensi del predetto testo unico, la punizione a norma del codice penale. Nello specifico, rispetto alle dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli artt. 46 e 47 (quelle che qui vengono in rilievo), l'art. 76, comma 3, prevede che esse sono considerate come fatte a pubblico ufficiale; con un esplicito richiamo, quindi, alla ipotesi di falsità ideologica disciplinata dall'art. 483 cp.

Molteplici le disposizioni in cui si delinea il ricorso all'autocertificazione.

L'art. 264 dl n. 34/2020 individua l'autocertificazione quale strumento tipico di accesso alle forme di sostegno economico. Reca la disposizione che «al fine di garantire la massima semplificazione, l'accelerazione dei procedimenti amministrativi e la rimozione di ogni ostacolo burocratico (...) dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2020, nei procedimenti avviati su istanza di parte, che hanno ad oggetto l'erogazione di benefici economici comunque denominati, indennità, prestazioni previdenziali e assistenziali, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e sospensioni, da parte di pubbliche amministrazioni, in relazione all'emergenza Covid-19, le dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 sostituiscono ogni tipo di documentazione comprovante tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla normativa di riferimento, anche in deroga ai limiti previsti dagli stessi o dalla normativa di settore, fatto comunque salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione». Il

12. L. Orsi, *op. ult. cit.*, La disciplina sui presupposti per l'accesso alla garanzia del Fondo PMI, particolarmente dettagliata, è contenuta all'art. 13 l. n. 40/2020.

13. L. Orsi, *op. ult. cit.*

medesimo art. 264, comma 2, n. 3, interpolando l'art. 76, comma 1, dPR n. 445/2000, ha previsto un'aggravante a effetto speciale nei termini che seguono: «La sanzione ordinariamente prevista dal codice penale è aumentata da un terzo alla metà».

La disposizione in esame, sebbene introdotta nell'ultimo dei decreti emanati nella legislazione dell'emergenza, si pone quale norma che fa da cornice ai rapporti pubblico/privato. La previsione penale, nella specie sotto forma di circostanza aggravante a effetto speciale, si configura quale «legge eccezionale e temporanea»: partecipa di entrambe le caratteristiche di cui all'art. 2, comma 5, cp, considerata la sua inclusione in un quadro normativo chiamato a fronteggiare l'emergenza sanitaria, e accede a una norma sostanziale di durata predefinita nel tempo (sino al 31 dicembre 2020).

Sempre nel decreto "Rilancio", all'art. 25, che ha ad oggetto il «contributo a fondo perduto», è inserita al comma 9 una autonoma previsione di falso, punita con la reclusione da due a sei anni nei confronti di chi rilascia una mendace autocertificazione di regolarità antimafia. Lo stesso art. 25, comma 14, prevede che «nei casi di percezione del contributo in tutto o in parte non spettante si applica l'art. 316 *ter* del codice penale», con un rimando espresso alla disposizione che nel codice penale fa da presidio a questo tipo di violazioni.

L'art. 1-*bis* l. n. 40/2020 prevede che la richiesta di finanziamenti sia accompagnata dalla presentazione di una dichiarazione sostitutiva di notorietà ai sensi dell'art. 47 dPR n. 445/2000. La dichiarazione riguarda tanto le richieste di finanziamento assistite dalla garanzia di Sace Spa quanto quelle garantite dal Fondo PMI (art. 1-*bis*, comma 5, per il Fondo PMI). È evidente, in applicazione del principio di irretroattività della legge penale, che eventuali ipotesi di falso contenute in autocertificazioni presentate *prima* dell'entrata in vigore del dl n. 34/2020 non potranno essere assoggettate al più rigoroso trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 76 dPR n. 445/2000.

La contestazione del mendacio può presentare problematiche applicative: l'art. 1-*bis* l. n. 40/2020 – che, come sopra evidenziato, delinea il contenuto dell'autocertificazione – include elementi a contenuto spiccatamente valutativo; ad esempio, «che l'attività d'impresa è stata limitata o interrotta dall'emergenza epidemiologica (...) e che prima di tale emergenza sussisteva una situazione di continuità aziendale». Situazione che certamente riguarda i finanziamenti assistiti da garanzia di Sace Spa; non, sembrerebbe, quelli garantiti dal Fondo PMI, per i quali i presupposti sono più labili (l'art. 13, comma 1, lett. *m*, l. n. 40/2020 fa riferimento espresso alla «dichiarazione di danneggiamento dell'impresa dall'emergenza Covid-19», che non pare includere il richiamo alla continuità aziendale).

Si tratta di aspetti non di dettaglio, che richiederebbero una complessa lettura delle norme. I presupposti per l'accesso al credito garantito dal Fondo PMI e da Sace Spa sono diversi e, inevitabilmente, anche il contenuto delle relative autocertificazioni finisce per non essere sovrapponibile.

Un dato, tuttavia, appare comune alle autocertificazioni previste da questa disciplina: avere introdotto elementi a contenuto valutativo (quali certamente sono le ragioni del danneggiamento dell'impresa o la esistenza della continuità aziendale) finisce per riproporre, sul piano del falso ideologico, il tema della rilevanza penale della valutazione. Situazione in sé configurabile, con ovvie ricadute sul piano dell'accertamento del reato, per la indubbia maggiore complessità della fattispecie[14].

3.4. La illegittima percezione di contributi pubblici

Si pone il problema del coordinamento del reato di falso con gli illeciti collegati alla indebita percezione dei finanziamenti garantiti dallo Stato o del contributo a fondo perduto. Nella cornice normativa che fa seguito all'esplodere della epidemia vi è un unico richiamo all'art. 316-*ter* cp, quello contenuto nell'art. 25, sopra evidenziato[15]. La verifica sul rapporto tra le fattispecie incriminatrici – configurabilità dei reati, concorso di norme, concorso di reati – deve seguire quindi le regole generali.

Ancora. I risvolti illeciti non si annidano solo nella fase genetica, di richiesta e attribuzione del sostegno economico. Poiché le risorse che la mano pubblica mette a disposizione, sotto forma di finanziamento o di contributo, sono vincolate all'attività di impresa, vi è anche la necessità di una verifica a posteriori della coerenza degli impieghi, i cui sviamenti potrebbero a loro volta tradursi in ulteriori illeciti penali.

Le violazioni che vengono in rilievo sono quelle previste dagli artt. 316-*bis*, 316-*ter* e 640-*bis* del codice penale.

14. Cass., sez. V pen., 21 novembre 2019 - 3 gennaio 2020, n. 97, Muneghina.

15. G.L. Gatta, *Covid-19: Novità penalistiche nel "Decreto Rilancio" (D.L. 34/2020). Sospensione dei termini per la querela, sanatoria per l'emersione del lavoro irregolare, nuova disciplina in materia di delitti di falso e di indebita percezione di erogazioni pubbliche*, in *Sistema penale*, 22 maggio 2020.

La linea che si è andata affermando tra i primi interpreti è nel senso di riconoscere la configurabilità di questi reati, ciascuno secondo le variabili applicative che gli sono proprie[16].

Appaiono agevolmente superabili i dubbi legati alla natura pubblicistica degli enti che erogano queste forme di sostegno economico: si erano poste difficoltà a incasellare sotto la voce di «contributi» o «erogazioni» dello Stato o di altro ente pubblico delle "garanzie" che assistono finanziamenti, quali sono quelle prestate dal Fondo PMI e da Sace Spa. Secondo un consolidato e ormai risalente indirizzo giurisprudenziale, per «erogazioni pubbliche» – prese in considerazione dalle norme incriminatrici di cui agli artt. 316-*ter* e 640-*bis* cp – devono intendersi le erogazioni di carattere economico-finanziario previste a sostegno delle attività economiche e produttive[17]. E quelle qui in commento, previste per il sostegno economico generato dall'epidemia, vi rientrano certamente per identificazione dei soggetti che prestano la garanzia, presupposti e finalità dei finanziamenti, copertura attraverso risorse pubbliche in caso di inadempimento nella restituzione da parte dei percettori.

Occorre dunque distinguere due fasi: quella propedeutica alla percezione delle risorse finanziarie e quella successiva che attiene all'impiego.

La distinzione nell'ambito di applicazione delle fattispecie di cui agli articoli 316-*bis*, 316-*ter* e 640-*bis* del codice penale trova ormai una pacifica definizione nella giurisprudenza di legittimità[18].

L'art. 316-*bis* è inteso a reprimere la distrazione dei contributi pubblici dalle finalità per le quali erano stati erogati e dunque non può che riferirsi a contributi connotati da un vincolo di destinazione: tali devono ritenersi i finanziamenti assistiti dalle garanzie del Fondo PMI e di Sace Spa, che presentano un vincolo di destinazione, sebbene di ampia portata, a favore dell'impresa (art. 1-*bis*, comma 1, lett. *c*, l. n. 40/2020). Si tratta di una violazione identificabile *a posteriori*, dopo l'erogazione del finanziamento (al limite, anche se il finanziamento fosse illegittimo, ben potendo concorrere con le violazioni di cui agli articoli 316-*ter* e 640-*bis* cp, che investono la fase genetica del rapporto e si collocano quindi in una posizione cronologicamente antecedente).

Gli articoli 316-*ter* e 640-*bis* del codice penale attengono ai presupposti del finanziamento: la struttura del quadro normativo generale, incentrata sull'autocertificazione dei requisiti da parte del richiedente, sembra proiettare la responsabilità in capo a quest'ultimo, collocando l'ente finanziatore nella posizione di chi è tenuto al controllo formale della regolarità della dichiarazione di parte.

La distinzione tra le due disposizioni, secondo un risalente e ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, sta nel fatto che il reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche presenta rispetto al reato di indebita percezione di erogazioni in danno dello Stato un *quid pluris*, rappresentato dal fatto che la truffa deve contenere artifici e raggiri che non si esauriscono nella mera presentazione di una dichiarazione mendace o di una omissione informativa, come nel caso previsto dall'art. 316-*ter* cp (reato la cui consumazione comporta l'assorbimento del falso previsto dall'art. 483 cp, in riferimento per quanto riguarda le autocertificazioni al reato di cui all'art. 76 dPR n. 445/2000).

Non sono queste le fattispecie che esauriscono l'ambito di potenziale applicazione della legge penale.

Un impatto rilevante, come è prevedibile che sia di fronte a una crisi economica di così vasta portata, è rappresentato dai reati fallimentari: nel caso i finanziamenti ricevuti vengano sviati dalle finalità che sono loro proprie e destinati a scopi estranei agli interessi sociali si configurerà la bancarotta per distrazione, reato che ben può concorrere con la violazione di cui all'art. 316-*bis* cp[19]. Discorso analogo può farsi rispetto al reato di autoriciclaggio: il reimpiego in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative di fondi indebitamente percepiti o sviati dal vincolo di destinazione dà luogo alla consumazione di tale violazione; in questo senso tali illeciti si pongono, secondo la regola generale, quali reati presupposto dell'autoriciclaggio.

---

16. N. Rossi, *L'emergenza economica e sociale. Le prime risposte del diritto penale*, in questa *Rivista online*, 15 aprile 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/l-emergenza-economica-e-sociale-le-prime-risposte-del-diritto-penale_15-04-2020.php; L. Orsi, *La tutela*, *op. cit.*; A. Bell e A. Valsecchi, *Finanziamenti garantiti dallo Stato: la disciplina dell'emergenza ridisegna (riducendola) l'area del penalmente rilevante per le imprese e per le banche*, in *Sistema Penale*, n. 6/2020.

17. Cass., sez. VI pen., 2 marzo 2006 - 19 giugno 2006, n. 21112, PG in proc. Pantorno; Cass., sez. I pen., 19 marzo 1999 - 12 maggio 1999, n. 2286, Marrano.

18. Cass., sez. unite, 10 aprile 2007 - 27 aprile 2007, n. 16568, Carchivi.

19. Cass., sez. V pen., 17 luglio 2017 - 31 ottobre 2017, n. 49992, Vanacora: «*Il reato di malversazione a danno dello Stato, di cui all'art. 316-bis cod. pen., concorre con quello di bancarotta impropria distrattiva, di cui all'art. 223, comma 1, legge fall., in quanto l'autore dapprima si appropria delle risorse erariali immettendole nel patrimonio della società, e successivamente le sottrae alla garanzia generica dei creditori, destinando le somme a finalità diverse sia rispetto a quelle per le quali era stato concesso il contributo o il finanziamento, sia rispetto a quelle proprie dell'attività imprenditoriale della società. (In motivazione, la Corte ha individuato un rapporto di progressione criminosa tra le due fattispecie incriminatrici)*».

Si pone, infine, il tema del concorso dell'estraneo. È tema spinosissimo, perché l'intelaiatura normativa, anche al fine di agevolare l'erogazione del credito, spinge sul piano della responsabilizzazione dell'istante più che su quella del concedente. Uno "scudo" a favore delle banche, tuttavia, non c'è.

Bisogna distinguere, anche in questo caso, tra la fase della erogazione e quella del successivo utilizzo dei fondi.

Manca infatti una istruttoria vera e propria da parte del soggetto erogatore, salvo che per i finanziamenti di maggiore importo, garantiti da Sace Spa. Laddove l'istruttoria non sia prevista ma il riscontro dei dati contenuti nell'autocertificazione sia comunque possibile per la banca (ad esempio, si tratta dello stesso istituto di credito ove il richiedente ha i propri conti o siano comunque presenti *alert* significativi nei circuiti bancari), la questione si presenta evidentemente più problematica. Diversamente è a dirsi per le ipotesi in cui l'istruttoria abbia luogo e quindi la capacità di penetrazione sia più significativa. Ovviamente, trattandosi di reati dolosi, per la configurazione del concorso è necessario che sia integrata anche la dimensione soggettiva della fattispecie e non basta la mera negligenza professionale.

Il coinvolgimento degli enti finanziatori non si arresta, peraltro, alla sola fase della erogazione. Trattandosi di fondi con un vincolo di destinazione, se ne deve monitorare l'impiego. Tale circostanza è espressamente disciplinata dalla legge con riguardo ai finanziamenti garantiti da Sace Spa, per i quali è previsto che i finanziatori trasmettano alla stessa Sace Spa, con cadenza periodica, un rendiconto al fine di riscontrare il rispetto degli impegni e delle condizioni di legge. Ma il fatto che sia più in generale previsto il mantenimento degli obblighi antiriciclaggio per tutti gli intermediari in presenza di operazioni di finanziamento garantite dalla mano pubblica fa sì che un monitoraggio a posteriori sussista comunque. E ciò, alle condizioni di legge, può anche tradursi in ipotesi di riciclaggio, quando movimenti finanziari illeciti vengano realizzati grazie all'agevolazione consapevole e volontaria dell'operatore bancario.

4. Il versante fiscale

L'intervento del legislatore si è mosso su un duplice piano: il differimento del termine degli adempimenti tributari e il riconoscimento di crediti di imposta[20]. La legge 24 aprile 2020, n. 27 (di conversione del dl 17 marzo 2020, n. 18) riserva il «Titolo IV» alle misure fiscali a sostegno della liquidità delle famiglie e delle imprese.

Gli artt. 61, 61-*bis* e 62 prevedono a favore dei soggetti che hanno il domicilio fiscale, la sede legale o la sede operativa nel territorio dello Stato (dunque, soggetti passivi di imposta) il differimento di termini dichiarativi e di pagamento, senza applicazione di interessi e sanzioni. Gli artt. 67 e 68 sospendono i termini relativi all'attività degli uffici degli enti impositori e la sospensione dei termini di versamento dei carichi affidati all'agente della riscossione.

Gli artt. 64, 65 e 66 prevedono crediti di imposta connessi alle spese di sanificazione, a quelle per locazione dei locali di esercizio dell'impresa, nonché incentivi fiscali con il riconoscimento di detrazioni per le erogazioni liberali a favore di enti pubblici, fondazioni, onlus, finalizzate a finanziare gli interventi in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica.

Una previsione analoga è contenuta all'art. 18 della legge 8 aprile 2020, n. 23, rubricato «Sospensione di versamenti tributari e contributivi», che sposta ulteriormente in avanti, per enti con determinate caratteristiche di fatturato, i termini dei pagamenti.

Anche il decreto "Rilancio", oltre a prorogare ulteriormente i termini dei versamenti già previsti dal decreto "Cura Italia", contiene diverse disposizioni con importanti effetti fiscali, in particolare riguardanti il riconoscimento di crediti di imposta. Si tratta, solo a titolo esemplificativo (l'articolato è quanto mai complesso), delle seguenti disposizioni: art. 26, sul rafforzamento patrimoniale delle società (credito di imposta del 20% a favore del socio che effettua conferimenti in denaro e del 50% a favore delle società per le perdite eccedenti il 10% del patrimonio netto); art. 28, credito di imposta per i canoni di locazione degli immobili ad uso non abitativo e affitto d'azienda; art. 120, interventi necessari per adeguare gli ambienti di lavoro alle prescrizioni sanitarie e misure di contenimento contro la diffusione del Covid-19 (credito di imposta pari al 60% delle spese sostenute nel 2020 per un ammontare massimo di euro 80.000,00); art. 125, credito di imposta per acquisto dei sistemi di protezione. Ai sensi degli artt. 121 e 122, i crediti di imposta previsti dal decreto "Rilancio" possono essere oggetto di cessione a terzi.

Le misure in esame mirano nell'immediato a salvaguardare la liquidità delle imprese, spostando in

20. In realtà sono previste anche esenzioni rispetto al pagamento dell'imposta (art. 24 dl n. 34/2020 rispetto al saldo Irap 2019 e all'acconto per il 2020, alle condizioni stabilite dalla norma). E sono previsti contributi a fondo perduto a titolari di partita Iva che non concorrono alla formazione del reddito imponibile (art. 25 dl n. 34/2020).

avanti gli adempimenti tributari. Sotto altro profilo, con il riconoscimento di crediti di imposta e detrazioni fiscali, tendono ad alleggerire gli effetti economici della pandemia, derivanti dalle misure sanitarie e dal blocco dell'attività imposto nel periodo di più severo *lockdown*.

È evidente come uno dei rischi maggiori, sul piano dei reati tributari, sia rappresentato da un utilizzo illecito dei crediti di imposta, tanto più che essi possono essere oggetto di commercializzazione, attraverso la cessione a terzi, che potrebbero alimentare forme improprie di intermediazione e lucro. I crediti di imposta, nella logica normativa, traggono origine da impegni economici da parte di chi poi ne può fruire. L'utilizzo di crediti di imposta non spettanti o, peggio, inesistenti (in quanto i presupposti economici su cui si basano non si sono realizzati) dà luogo alla consumazione del reato di cui all'art. 10-*quater* d.lgs n. 74/2000.

4.1. Carenza di liquidità e inadempimenti tributari

Il tema della carenza di liquidità rischia di interferire pesantemente, nei mesi a venire, con le questioni fiscali, in particolare con gli adempimenti che i contribuenti sono chiamati ad assolvere. La legge ha sinora consentito un differimento dei termini di pagamento, non certo un abbattimento degli obblighi tributari (se non limitato a ipotesi circoscritte).

È prevedibile il riproporsi, nella prassi applicativa, delle questioni interpretative sorte in passato rispetto agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs 10 marzo 2000, n. 74. La crisi di liquidità vale a giustificare, sul piano della responsabilità penale, il mancato adempimento degli oneri fiscali e contributivi?

Il problema si è posto in termini di "bilanciamento" tra esigenze per la prosecuzione dell'attività di impresa ritenute incompatibili dall'imprenditore, ad esempio rispetto alla scelta di pagare gli stipendi dei lavoratori, omettendo il versamento dell'Iva e delle ritenute certificate.

Rispetto all'omesso versamento dell'Iva, secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale della Corte di cassazione, la violazione penale non è esclusa, non essendo consentito al debitore stabilire un ordine di preferenza dei crediti, fuori dai casi delle procedure esecutive e concorsuali[21].

Attraverso un percorso argomentativo diverso, si è giunti alle stesse conclusioni rispetto all'omesso versamento delle ritenute certificate: in questo caso si è fatto leva sull'assunto che, al contrario dell'Iva, per la quale potrebbe giustificarsi la carenza di liquidità dovuta al mancato pagamento del debitore nei cui confronti è stata emessa la fattura, le somme da destinare al versamento delle ritenute sono di competenza del datore di lavoro, rappresentando una delle voci di spesa per i dipendenti[22].

Un percorso interpretativo, quello intrapreso dalla Corte di cassazione, con un'impronta fortemente restrittiva nei confronti dell'imprenditore non in regola con gli adempimenti tributari. È dunque prevedibile, anche rispetto agli effetti che questa crisi economica comporterà, che le questioni del passato possano riproporsi. Si dovrà allora saggiare se sia destinata a perdurare la linea sino ad ora seguita dalla giurisprudenza di legittimità o se vi sia disponibilità ad ammettere ammorbidimenti interpretativi. Certo, riconoscere forme di "inesigibilità" di quella che, sul piano penalistico, è una condotta a contenuto omissivo (omesso versamento di...), è operazione che va compiuta con grande prudenza: ammesso che sia possibile, si deve individuare un *discrimen* che non svuoti di contenuto la portata precettiva della norma. L'obbligo di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva è un dovere che trae origine direttamente dalla Costituzione (art. 53) ed è più in generale espressione dei doveri di solidarietà sociale (art. 2). Il presidio sanzionatorio alla violazione di questo dovere non può essere intaccato in via giurisprudenziale, con aperture di credito prive di un preciso fondamento normativo.

La questione è, se possibile, ancora più rigida rispetto ai reati fallimentari, tutte le volte in cui l'omesso versamento di tasse e contributi costituisce un modo improprio di finanziare la continuità aziendale. Il bilanciamento nella scelta dei soggetti da pagare

21. Cass., sez. III pen., 6 luglio 2018 - 26 novembre 2018, n. 52971, Moffa: «*In tema di reati tributari, l'omesso versamento dell'Iva cui all'art. 10-ter del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, non può essere giustificato, ai sensi dell'art. 51 cod. pen., dal pagamento degli stipendi dei lavoratori dipendenti, posto che l'ordine di preferenza in tema di crediti prededucibili, che impone l'adempimento prioritario dei crediti da lavoro dipendente (art. 2777 cod. civ.) rispetto ai crediti erariali (art. 2778 cod civ.), vige nel solo ambito delle procedure esecutive e fallimentari e non può essere richiamato in contesti diversi, ove non opera il principio della "par condicio creditorum", al fine di escludere l'elemento soggettivo del reato*».

22. Cass., sez. III pen., 12 luglio 2017 - 25 gennaio 2018, n. 3647, Botter: «*In tema di reati tributari, il delitto di omesso versamento di ritenute dovute o certificate di cui all'art. 10-bis del d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 differisce da quello previsto dall'art. 10-ter del medesimo d.lgs. per l'oggetto, che solo nel primo caso è costituito da somme già nella disponibilità del debitore; ne consegue che, in caso di carenza di liquidità di impresa, se l'omesso versamento dell'iva può astrattamente derivare dall'inadempimento altrui, l'impossibilità di adempiere all'obbligazione di versamento delle ritenute non può essere giustificata, ai sensi dell'art. 45 cod. pen., dalla insolvenza dei debitori, essendo di pertinenza del sostituto d'imposta la decisione di distrarre a scopi diversi le somme di denaro dovute all'erario*».

non può avvenire in pregiudizio delle ragioni erariali, come se, per assicurare la prosecuzione della vita dell'impresa, sia sufficiente pagare dipendenti e fornitori. La violazione degli obblighi fiscali e previdenziali, traducendosi in un comportamento antidoveroso dell'amministratore, si risolve, quando assume carattere di sistematicità e genera (o concorre a generare) il dissesto della società, in una delle ipotesi di cagionamento del fallimento per effetto di operazioni dolose, di cui all'art. 223, comma 2, n. 2, rd 16 marzo 1942, n. 267[23].

4.2. La regolarizzazione della posizione del contribuente e gli effetti estintivi del reato

Il diritto penale tributario riserva un trattamento favorevole al contribuente che estingue il debito nei confronti dell'Erario.

Esso si esprime sul piano sanzionatorio attraverso il riconoscimento, nell'art. 13-*bis* d.lgs n. 74/2000, di un'attenuante a effetto speciale, che prevede la riduzione della sanzione sino alla metà e l'esclusione delle pene accessorie indicate nell'art. 12 se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie. La stessa disposizione, al comma 2, stabilisce la preclusione per l'accesso al rito del patteggiamento, qualora il debito tributario non sia adempiuto.

L'art. 13 d.lgs n. 74/2000 prevede una causa di non punibilità, che opera diversamente a seconda che le ipotesi di reato siano quelle di cui agli artt. 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater*, comma 1 (compensazione avente ad oggetto crediti di imposta non spettanti), ovvero quelle di cui agli artt. 2, 3, 4 e 5 d.lgs n. 74/2000. Nel primo caso, l'estinzione del debito tributario prima della dichiarazione di apertura del dibattimento costituisce causa di non punibilità. Per i reati a contenuto dichiarativo, invece, la causa di non punibilità scatta solo «a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo di imposta successivo, sempreché il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali» (art. 13, comma 2): l'adempimento fiscale rileva quindi quale causa di non punibilità a condizione che sia preceduto dalla regolarizzazione sul piano dichiarativo della posizione del contribuente e che il contribuente stesso non abbia avuto formale conoscenza dell'avvio di un procedimento, penale o amministrativo, legato alla violazione commessa[24].

L'art. 139 del decreto "Rilancio", rubricato «Rafforzamento delle attività di promozione dell'adempimento spontaneo da parte dei contribuenti», mira a valorizzare sempre di più forme di cooperazione tra l'Agenzia delle entrate e i contribuenti, nella logica di una progressiva attuazione della *tax compliance*. Obiettivo del legislatore è quello di incentivare il superamento delle violazioni tributarie attraverso uno spontaneo adempimento del contribuente, dietro segnalazione dell'Agenzia delle entrate di possibili anomalie, al di fuori dell'avvio di un formale procedimento di controllo.

La questione non è nuova, la cd. *tax compliance* è stata in origine disciplinata dalla legge n. 190/2014.

Sul piano operativo l'attività della Agenzia delle entrate si risolve essenzialmente nell'invio di "lettere"[25]: si tratta di comunicazioni che gli uffici indirizzano ai contribuenti, con cui vengono segnalate possibili anomalie, accompagnate dall'invito a verificare la regolarità della dichiarazione fiscale e degli adempimenti conseguenti. Va evidenziato che la lettera inviata dall'Agenzia delle entrate non è un accertamento, né è ad esso assimilabile. Il che ha delle rilevanti conseguenze pratiche, soprattutto se questo dovesse divenire il modo usuale di avvio delle interlocuzioni tra amministrazione finanziaria dello Stato e contribuente: l'invio della lettera deve essere considerato un atto *estraneo* all'avvio del procedimento amministrativo. Non può essere posto sullo stesso piano di «accessi, ispezioni verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo», atti che ai sensi dell'art. 13, comma 2, d.lgs n. 74/2000 precludono l'operatività della causa di non punibilità per i reati a contenuto dichiarativo. L'invio della lettera, nel gergo tributario "avviso bonario", è un atto

23. *Ex plurimis*, Cass., sez. V pen., 8 novembre 2016 - 28 marzo 2017, n. 15281, Bottiglieri: «*In tema di bancarotta fraudolenta fallimentare, le operazioni dolose di cui all'art. 223, comma secondo, n. 2, l. fall. possono consistere nel mancato versamento dei contributi previdenziali con carattere di sistematicità*».

24. A. Ingrassia, *Circostanze e cause di non punibilità. La* voluntary disclosure, in R. Bricchetti e P. Veneziani (a cura di), *I reati tributari*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 546.

25. Sul sito dell'Agenzia delle entrate sono rinvenibili opuscoli *online* sotto la dicitura «L'Agenzia informa» o «L'Agenzia ti scrive», di cui su questo specifico tema un opuscolo nel marzo 2019.

di impulso rivolto al contribuente, assimilabile a un atto pre-procedimentale, in quanto tale non idoneo a produrre effetti preclusivi rispetto al beneficio della causa di non punibilità, destinato ovviamente a maturare solo quando la posizione tributaria sia stata integralmente regolarizzata.

La *tax compliance*, dunque, è uno strumento che il decreto "Rilancio" non ha istituito, ma di cui intende rafforzare l'uso. L'invio della lettera, nell'intenzione del legislatore, mira a incentivare l'adempimento spontaneo del contribuente, riconoscendogli benefici sul piano sanzionatorio (sia amministrativo che penale), oltre a promuovere una maggiore armonizzazione dei rapporti tra contribuenti e Agenzia delle entrate.

5. Varianti applicative nel diritto dell'emergenza: le misure di prevenzione

Una singolare coincidenza temporale ha collocato nella morsa della crisi dovuta all'epidemia un provvedimento della sezione autonoma «Misure di prevenzione» del Tribunale di Milano, adottato ai sensi dell'art. 34 d.lgs n. 159/2011[26].

Le crisi economiche amplificano le asimmetrie generate dal capitalismo, possono colpire anche ampie fasce della popolazione, ma si abbattono violentemente sui più deboli. Lo stato di bisogno, se da un lato fiacca chi vive in tale condizione, pone dall'altro in una posizione di forza chi detiene le leve del potere economico e finanziario, con deviazioni che colpiscono la vita sociale e chiamano in causa la giurisdizione con interventi di riequilibrio.

Rilevanti ripercussioni possono investire, in questa prospettiva, i rapporti di lavoro, con storture che interessano anche la giurisdizione penale. Ed è proprio partendo da gravi violazioni della disposizione di cui all'art. 603-*bis* cp (intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro) che si innesta la pronuncia sopra richiamata. Essa ha ad oggetto un fenomeno metropolitano ben riconoscibile: il lavoro di consegna dei *riders* nell'ambito di quella che una felice intuizione definisce «*Gig Economy*»[27]. Emergeva dalle indagini il reclutamento di cittadini extracomunitari, provenienti da Paesi territorio di conflitti civili e razziali, richiedenti asilo politico e dimoranti, in alcuni casi, presso centri di accoglienza temporanei. Il reclutamento avveniva in uno stato di sopraffazione economica, con pagamenti in nero per cifre irrisorie (3 euro a consegna) a prescindere dall'orario, dalle condizioni di tempo e luogo, dalle distanze da percorrere, in violazione di ogni regola contrattuale e in assenza di qualsiasi forma di tutela per il lavoratore.

Va detto, ad essere precisi, che la progressione delle indagini cui il provvedimento si riferisce riguarda un periodo antecedente all'esplosione della pandemia; il che dimostra come certi fenomeni degenerativi fossero ben radicati prima e indipendentemente dalla fase emergenziale. La crisi odierna, semmai, rappresenta un ulteriore campanello di allarme, di cui il Tribunale dà atto evidenziando come la crisi sanitaria, con le restrizioni alla libertà di movimento, ha aumentato l'utilizzo dei *riders*, con il rischio di reclutamenti a valanga non controllati.

Del decreto della sezione «Misure di prevenzione» interessano qui presupposti e conseguenze. Vengono in rilievo due strumenti: l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende, prevista dall'art. 34 d.lgs n. 159/2011, e il controllo giudiziario delle aziende, previsto dal successivo art. 34-*bis*. Siamo nell'ambito, come noto, di misure a carattere preventivo, dove fondante è il profilo della "pericolosità"[28].

L'amministrazione giudiziaria ha come presupposto la ricorrenza di sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, abbia carattere ausiliario e agevolatorio rispetto all'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione, ovvero di persone

26. Trib. Milano, 27 maggio 2020, decreto n. 9/2020, Uber Italy Srl.

27. L'espressione «*Gig Economy*» era stata coniata in un editoriale, apparso il 12 gennaio 2009 su *The Daily Beast*, da Tina Brown, alludendo proprio a quelle crescenti forme di lavoro temporaneo che si avvalgono dell'uso di piattaforme informatiche. «*Gigonomics*», il neologismo di Tina Brown, non sembrava all'inizio pensato in una prospettiva necessariamente negativa: l'autrice prendeva atto, già dieci anni fa, della presenza di *freelance* che, per integrare il salario e permettersi maggiori disponibilità finanziarie, svolgevano attività lavorative aggiuntive avvalendosi degli emergenti sistemi di comunicazione. Certo, veniva messo in rilievo, in contrapposizione alle tradizionali forme di lavoro stabile, il rischio della insicurezza economica e sociale dei lavoratori (e dei connessi riflessi psicologici e di ansia), nonché la crescente destrutturazione delle realtà imprenditoriali che poteva derivarne. Rischi che si sono puntualmente avverati. I sistemi di comunicazione a base di piattaforme *online* e *iPhone* si sono andati perfezionando, ma ben poco dell'inventiva e intraprendenza dei *freelance* è rimasto. Gli effetti degenerativi si sono così moltiplicati e la vicenda di Uber Italy ne costituisce, emblematicamente, una tragica rappresentazione.

28. V. Torre, *Destrutturazione del mercato del lavoro e frammentazione decisionale: i nodi problematici del diritto penale*, in questa *Rivista online*, 24 giugno 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/destrutturazione-del-mercato-del-lavoro-e-frammentazione-decisionale-i-nodi-problematici-del-diritto-penale; F. Menditto, *La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011)*, *ivi*, 24 giugno 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/la-nuova-frontiera-della-bonifica-delle-aziende-coinvolte-in-contesti-illeciti-l-amministrazione-giudiziaria-art-34-d-lgs-n-159-2011.

sottoposte a procedimento penale per taluni specifici reati (reati di criminalità organizzata, reati contro la pubblica amministrazione, trasferimento fraudolento di valori e altri gravi delitti contro il patrimonio quale estorsione, riciclaggio e reimpiego, nonché proprio il delitto di cui all'art. 603-*bis* cp). L'applicazione della misura non presuppone né che l'attività agevolata abbia carattere illecito, essendo sufficiente che il soggetto agevolato sia anche solo proposto per una misura di prevenzione o sottoposto a procedimento penale per uno dei reati sopra indicati, né che l'attività economica avente carattere agevolatorio venga esercitata con modalità illecite, richiedendosi solo che tale attività, seppure esercitata con modalità lecite, abbia offerto un contributo agevolatore ai soggetti di cui si è detto. Esiste un "requisito negativo", rappresentato dal fatto che il soggetto destinatario della misura non debba a sua volta essere assoggettato a misure di prevenzione e sia "terzo" rispetto a chi viene agevolato. Sul piano dell'elemento psicologico, il soggetto deve porre in essere una condotta censurabile quantomeno su un piano di rimproverabilità colposa, quindi negligente, imprudente, imperita.

Diversamente è a dirsi per il controllo giudiziario, che si fonda su presupposti di minor gravità, laddove l'occasionalità dell'intervento agevolatorio e il più contenuto livello di compromissione della struttura societaria richiedono misure proporzionalmente meno invasive.

Si è in presenza di iniziative giurisdizionali rilevanti non solo per l'impatto che determinano nella vita delle imprese, con interventi di amministratori esterni, nominati dal Tribunale, che in misura più o meno pervasiva si sostituiscono nella gestione sociale.

Si assiste infatti all'ampliamento della responsabilità di impresa in seno alla giustizia penale: rispetto al modello 231, su cui è incentrata la responsabilità amministrativa degli enti per i reati commessi da dipendenti (in posizione «apicale» o «sottoposti alla altrui direzione e vigilanza»), il passo in avanti è significativo. L'impresa non risponde più solo del fatto proprio, derivante dall'illecito penale di un *intraneo*. Le misure delineate dagli articoli 34 e 34-*bis* d.lgs n. 159/2011 si fondano su responsabilità di *terzi*, rispetto a cui l'impresa si pone in una posizione di agevolazione e indiretto sostegno. Si chiede alle imprese un atto di responsabilità che va oltre il proprio assetto organizzativo interno, attingendo direttamente i rapporti esterni. Espressioni come "esternalizzazione", "dismissione", "riallocazione di risorse", che nel linguaggio comune come in quello commerciale indicano forme di riposizionamento di *asset* o rami di azienda delle società, o anche legittime scelte di fruire di servizi di terzi, non valgono a esentare da responsabilità queste stesse società, neppure dinanzi al giudice penale. "Esternalizzare" non può significare, per intendersi, avvalersi di un terzo per improprie politiche di *saving* (e, specularmente, di *profit*), che si risolvono alla fine in comportamenti illeciti ai danni dei lavoratori, dell'ambiente o più in generale della collettività. Né basta invocare il principio dell'affidamento, quando ci si rivolge a terzi, come forma di schermo da ogni responsabilità.

Il provvedimento in commento parla di (ri)legalizzazione societaria e bonifica aziendale per definire gli effetti che le misure di intervento promosse attraverso l'amministrazione giudiziaria mirano a perseguire. Una finalità non tanto repressiva – per usare le parole del Tribunale – quanto preventiva: volta non a punire l'imprenditore che sia intraneo a una associazione criminale, bensì a contrastare la contaminazione antigiuridica di imprese sane, sottraendole all'infiltrazione criminale e depurandole dagli elementi inquinanti.

Una intersezione della vita delle imprese con quella dei tribunali, dietro cui si pone un imperativo denso di responsabilità per tutti i soggetti coinvolti: per le imprese, chiamate a misurarsi con forme più ampie di responsabilità e controlli più penetranti; per i tribunali, impegnati nel difficile equilibrio tra rigore di fronte alla legge e rispetto del principio di proporzione, come nel bilanciamento tra mezzi e fine.

Gli autori

Clelia Alleri, avvocata giuslavorista del Foro di Bologna

Maria Cristina Amoretti, Università di Genova e PhilHeaD, Center for the Philosophy of Health and Disease

Giuseppe Battarino, magistrato collaboratore della Commissione bicamerale d'inchiesta sulle ecomafie

Marco Bignami, magistrato amministrativo, assistente di studio presso la Corte costituzionale

Carlo Blengino, avvocato del Foro di Torino

Fabrizio Cafaggi, consigliere di Stato

Laura Calafà, ordinario di Diritto del lavoro, Università di Verona

Bruno Caruso, ordinario di Diritto del lavoro, Università di Catania

Mara Congeduti, avvocata giuslavorista del Foro di Bologna

Riccardo De Vito, presidente di Magistratura democratica

Stefano Giubboni, ordinario di Diritto del lavoro, Università di Perugia

Elisabetta Lalumera, Università di Milano-Bicocca e PhilHeaD, Center for the Philosophy of Health and Disease

Massimo Luciani, ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"

Piergiorgio Morosini, giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Palermo

Andrea Natale, giudice del Tribunale di Torino

Sabrina Pittarello, avvocata giuslavorista del Foro di Bologna

Renato Rordorf, già presidente aggiunto della Corte di cassazione, già direttore di *Questione giustizia*

Gaetano Ruta, sostituto procuratore del Tribunale di Milano

Enrico Scoditti, consigliere della Corte di cassazione

Francesca Stangherlin, avvocata giuslavorista del Foro di Bologna

Costantino Visconti, ordinario di diritto penale, Università di Palermo