

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

2 / 2020

APRILE - GIUGNO

DIRETTORE RESPONSABILE: Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Iscritta con delibera 16.06.2020 nell'Elenco Speciale dei direttori responsabili di periodici o riviste a carattere scientifico annesso all'Albo dei Giornalisti della Lombardia

RESPONSABILE DEL COMITATO EDITORIALE: Prof. Gabriele Bottino

COMITATO EDITORIALE: Prof.ssa Roberta Lombardi, Prof.ssa Monica Bonini, Prof. Gabriele Bottino, Dr. Gherardo Carullo, Dr. Stefano D'Ancona, Dr. Paolo Provenzano

CERIDAP è una rivista ad accesso libero sul sito ceridap.eu, aggiornata on-line quotidianamente e fascicolata trimestralmente. Alla fine di ogni trimestre gli articoli riprodotti nel sito sono tutti pubblicati nel fascicolo del trimestre di riferimento.

La Rivista nasce, nel 2020, nell'ambito dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università degli Studi di Milano. La Rivista ed il Centro di Ricerca sono realizzati con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano, in particolare dei Dipartimenti di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale – dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale – e del Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito, e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committee on Publication Ethics (COPE), e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su CERIDAP sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.0 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Per la citazione dei contributi presenti in questo fascicolo di CERIDAP, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, *Titolo del contributo*, in *CERIDAP*, 2020, 2, p. 35 ss.

Per l'invio di contributi destinati alla pubblicazione: ceridap.eu/rivista/invio-contributi

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

- BENEDETTA CAPIELLO, GHERARDO CARULLO, MARCO PAGANI E
 MARIAELENA ATTARDO, *Il finanziamento delle opere pubbliche con
 la tecnologia blockchain: nuove forme di collaborazione pubblico-privato
 per una più efficace raccolta fondi bottom-up ed una più effettiva
 partecipazione della popolazione* 1
- JUAN G. CORVALÁN E ENZO MARIA LE FEVRE CERVINI, *Prometea
 experience. Using AI to optimize public institutions* 27
- JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, *O acórdão do tribunal constitucional alemão
 e o tribunal de justiça – cooperação judicial ou diálogo de surdos?* 38
- DIANA URANIA GALETTA, *Karlsruhe über alles? The reasoning on the
 principle of proportionality in the judgment of 5 May 2020 of the
 German BVerfG and its consequences* 52
- ALESSIA MONICA, *Stessa spiaggia, stesso mare? Scadenze dei titoli concessori
 e indicazioni della “scienza” per un’estate in “emergenza”* 61
- CLARA NAPOLITANO, *Covid-19 e biodiversità: termini di un legame
 difficile* 75
- JACQUES ZILLER, *The unbearable heaviness of the German constitutional
 judge. On the judgment of the Second Chamber of the German Federal
 Constitutional Court of 5 May 2020 concerning the European Central
 Bank’s PSPP programme* 87

RASSEGNE E COMMENTI

- EMANUELA FURIOSI, *L’accesso civico generalizzato alla prova
 dell’emergenza da Covid-19* 100
- FRANCESCA RONCAROLO, *Monitoraggio dell’epidemia e test diagnostici: le
 recenti pronunce dei Tribunali Amministrativi Regionali* 107

CERIDAP

MARCO SALINA, <i>Emergenza Covid-19: lockdown del procedimento amministrativo?</i>	116
ELEONORA VAILATI, <i>Emergenza Covid-19 e smart working: la Pubblica Amministrazione diventa (più) agile</i>	123

NOTE

MONICA BONINI, <i>Pandemia e libertà fondamentali, o dell'esercizio della discrezionalità amministrativa nel nome dei diritti</i>	132
GIANLUIGI DELLE CAVE, <i>L'art. 84 del d.l. n. 18/2020 al cospetto degli artt. 24 e 111 Cost.: va accolta l'istanza di differimento nel rispetto del principio della ragionevole durata del processo</i>	137
FEDERICO FINAZZI, <i>Il Consiglio di Stato ribadisce che l'interesse generale alla rigorosa prevenzione anti-Covid19 consente l'ulteriore compressione dei diritti fondamentali da parte di ordinanze sindacali contingibili e urgenti</i>	142
EMANUELA FURIOSI, <i>Emergenza Covid e dati pubblici: l'accesso civico e il rito processuale in materia di accesso non vanno alla velocità della pandemia</i>	149
GIULIA PINOTTI, <i>Emergenza Covid-19 e porti italiani non più "luoghi sicuri": la decisione – in via cautelare – del Tar Lazio</i>	158
MARCO VELLISCIG, <i>Anche il T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia respinge la richiesta di tutela cautelare monocratica avverso le ordinanze più restrittive rispetto alla normativa nazionale</i>	164
FEDERICO VOTTA, <i>Il rapporto tra l'accesso agli atti ex artt. 22 e ss. della l. 241/1990 e gli istituti processualcivilistici di acquisizione dei documenti amministrativi al processo. L'ordinanza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato di rimessione all'Adunanza Plenaria n. 888 del 4 febbraio 2020</i>	171
– <i>Il T.A.R. Lombardia decreta la provvisoria sospensione dell'Ordinanza della regione Lombardia n. 528 dell'11 aprile 2020, laddove consente la consegna a domicilio di qualsiasi merce relativa al commercio al dettaglio</i>	177

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

MARIAELENA ATTARDO, Consulente bancario nel Banco BPM

MONICA BONINI, Professore Associato nell'Università degli Studi di Milano Bicocca

BENEDETTA CAPPIELLO, Assegnista di ricerca di Diritto Internazionale nell'Università degli Studi di Milano e Avvocato nel Foro di Milano

GHERARDO CARULLO, Ricercatore (RTDB) di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano (abilitato come professore di II fascia). Avvocato nel foro di Bologna

JUAN G. CORVALÁN, PhD. Codirector del Laboratorio de Inteligencia Artificial, Universidad de Buenos Aires

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, Managing Partner di Cruz Vilaça Advogados, ex Avvocato Generale e Giudice della Corte di giustizia dell'Unione europea

GIANLUIGI DELLE CAVE, Dottorando di Ricerca e Cultore della materia in Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Brescia

FEDERICO FINAZZI, Dottore in Giurisprudenza

EMANUELA FURIOSI, Avvocato, Dottore di Ricerca e Cultrice della materia in Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano

DIANA URANIA GALETTA, Professore ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano e Direttore CERIDAP

ENZO MARIA LE FEVRE CERVINI, Project Manager nella Direzione Generale

dell'Informatica (DG DIGIT) della Commissione europea

ALESSIA MONICA, Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea e Diritto amministrativo europeo nell'Università degli Studi di Pavia

CLARA NAPOLITANO, Ricercatore (RTDB) di Diritto Amministrativo nel Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università del Salento

MARCO PAGANI, Fondatore e CEO di WizKey.io

GIULIA PINOTTI, Dottore di Ricerca e Cultrice della materia di Diritto amministrativo e Diritto amministrativo europeo nell'Università degli Studi di Milano

FRANCESCA RONCAROLO, Magistrato Ordinario e cultrice della materia in Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano

MARCO SALINA, Avvocato del foro di Milano, docente a contratto nell'Università degli Studi di Milano nell'ambito del Corso di perfezionamento e specializzazione in Diritto Amministrativo

ELEONORA VAILATI, Cultrice della materia in Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano e praticante nell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Milano

MARCO VELLISCIG, Avvocato nel foro di Udine

FEDERICO VOTTA, Dottore in giurisprudenza e Cultore della materia in Diritto amministrativo e Diritto amministrativo europeo nell'Università degli Studi di Milano

JACQUES ZILLER, Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea all'Università di Pavia

Il finanziamento delle opere pubbliche con la tecnologia blockchain: nuove forme di collaborazione pubblico-privato per una più efficace raccolta fondi bottom-up ed una più effettiva partecipazione della popolazione

Benedetta Cappiello, Gherardo Carullo, Marco Pagani e Mariaelena Attardo

L'articolo propone nuove forme partecipative e di finanziamento delle opere pubbliche che assicurino il coinvolgimento della popolazione interessata grazie alle soluzioni rese possibili dalla blockchain, onde realizzare un'amministrazione innovativa e sostenibile motore di nuove opportunità finanziarie. Il contributo parte dalla considerazione che il finanziamento delle iniziative pubbliche interessa da vicino amministrazioni e cittadini, sia nella loro veste di fruitori delle stesse, sia quali contribuenti. La città è così intesa quale laboratorio di innovazione, ove soluzioni virtuose possono essere sperimentate ed implementate mantenendo un collegamento stretto e vicino alla popolazione. A tal fine vengono proposte soluzioni concrete per un finanziamento delle infrastrutture pubbliche innovativo, tracciabile e sostenibile, poiché attivato con i nuovi strumenti sviluppati su blockchain.

[Financing public works with blockchain technology: new forms of public-private collaboration for a more effective bottom-up fundraising and a more effective participation of the population] The article proposes new forms of participation and financing of public works that ensure the involvement of the population thanks to the solutions made possible by blockchain. The contribution starts from the consideration that the financing of public initiatives affects administrations and citizens closely, both as users and as taxpayers. The city is thus understood as an innovation laboratory, where virtuous solutions can be experimented and implemented while maintaining a close connection to the population. To this end, concrete solutions are proposed for innovative, traceable and sustainable financing of public

infrastructures, activated with the new tools developed on blockchain technology.

1. La città come laboratorio per nuove forme di finanziamento delle opere pubbliche.^[1]

Il finanziamento delle opere pubbliche è una questione che interessa da vicino le amministrazioni e i cittadini, sia nella loro veste di fruitori delle stesse, sia quali contribuenti.

Si tratta peraltro di un tema che è fortemente influenzato dalle diverse culture e situazioni nell'ambito del quale lo stesso si sviluppa, essendo legato a scelte intimamente connesse all'assetto sociale ed al modello economico in essere. Un denominatore comune che può essere cionondimeno individuato ai nostri fini è la necessità per le autorità pubbliche di garantire un adeguato ritorno sugli investimenti pubblici in termini di soddisfazione della popolazione. Quale sia il contesto sociale ed economico in essere, in altri termini, è necessario che la realizzazione di nuove opere sia in linea con le attese della popolazione in quanto, a latere di ogni considerazione circa il consenso pubblico e la destinazione delle risorse pubbliche, sarà questa (la popolazione) a fruire in ultima analisi delle infrastrutture.

Per tale motivo intendiamo indagare le nuove forme di partecipazione che possano garantire, meglio degli attuali strumenti, un adeguato ritorno sugli investimenti pubblici nei termini suddetti, al contempo offrendo nuove opportunità per finanziare le opere pubbliche, specie in tempi di particolare complessità – quali quello attuale – per le finanze pubbliche.

Le menzionate differenti prospettive da cui è possibile osservare il tema qui affrontato possono essere colte a partire dalla definizione stessa di “opera pubblica”, la cui nozione può variare sensibilmente a seconda del significato che si voglia attribuire al termine “opera” e, soprattutto, all'aggettivo “pubblica”. In ragione della prospettiva sovranazionale ed internazionale qui adottata, può essere utile fare riferimento alla definizione di cui all'articolo 2, paragrafo 1, n. 7), della Direttiva 2014/24/UE, ai sensi della quale si intende per «*opera*» «*il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichi una*

funzione economica o tecnica». Per quanto riguarda il carattere pubblico, collegandolo a tale ultima definizione, si può ritenere ai nostri fini che tale elemento sia integrato laddove la «*funzione economica o tecnica*» sia, a qualsiasi titolo, posta al servizio della collettività in quanto ritenuta soddisfacente di un interesse pubblico, come individuato da un'autorità pubblica.

Avendo così descritto la nozione di opera pubblica, il tema risulta particolarmente ampio anche per la varietà dei soggetti pubblici che possono essere coinvolti nei relativi processi decisionali. Si pensi ad esempio alle grandi opere di interesse nazionale, od addirittura alle infrastrutture transnazionali, ove il coinvolgimento di più amministrazioni territoriali, od anche di diverse nazioni, può introdurre significativi elementi di complessità. Onde più facilmente collocare le proposte qui formulate in un contesto decisionale relativamente snello, il discorso verrà condotto in relazione alle iniziative cittadine. Ciò naturalmente non significa che le proposte qui avanzate non possano essere realizzate anche in altri contesti. Viceversa, è auspicabile proprio l'opposto, ossia che anche a livello regionale, nazionale e sovranazionale si adottino le soluzioni qui descritte.

La città viene perciò intesa in questa sede quale laboratorio di innovazione, nel quale nuove soluzioni virtuose possono essere sperimentate ed implementate mantenendo un collegamento stretto e vicino alla popolazione, capace perciò di offrire un riscontro relativamente rapido ed esaustivo dell'effettività delle nuove soluzioni e tecnologie implementate al servizio dei cittadini. La *smart city* può in tal senso essere intesa quale servizio di servizi, ossia quale insieme di sistemi e sottosistemi coordinati ed integrati tra loro per massimizzare l'utilità dei cittadini⁽²⁾. Questi ultimi sono infatti quelli più da vicino interessati dalle iniziative portate avanti sul territorio cittadino, specie nella loro qualità di fruitori dei servizi. Il contesto urbano appare perciò particolarmente adeguato per valutare nuove forme di partecipazione ai processi di decisione e di finanziamento di nuove opere pubbliche, in quanto è il livello di governo in cui gli amministratori e gli amministrati diventano, non solo metaforicamente, più vicini tra loro.

La scelta della blockchain quale base tecnologica per lo studio di nuove forme di partecipazione, anche economica, alle scelte infrastrutturali è volta inoltre a favorire lo sviluppo di innovativi modelli di collaborazione tra i soggetti pubblici ed i privati: grazie ai meccanismi crittografici su cui si basano le più recenti

tecnologie a registro distribuito (note anche come *Distributed Ledger Technologies*, DTL), la partecipazione può generare una rinnovata fiducia verso le istituzioni, in quanto i cittadini stessi possono assumere non solo il ruolo di finanziatori, ma anche quelli di co-decisor e/o controllori, a seconda del livello di inclusione che si voglia implementare in un dato progetto.

In tal senso, dunque, quanto si andrà qui a proporre può risultare di interesse anche in ragione del fatto che la tecnologia può diventare un veicolo per consolidare il rapporto tra governati e governanti. E ciò in un periodo storico in cui, da un lato, le finanze pubbliche sono messe a dura prova dal moltiplicarsi dei fattori incidenti sulle economie nazionali^[5] e, dall'altro, i meccanismi su cui si basa il modello fiduciario tra istituzioni e popolazione subisce anch'esso una forte erosione^[6].

Il *medium* tecnologico svolge così un doppio ruolo: è strumento per finanziare ed è al contempo strumento per garantire la trasparenza, la legittimità e la legittimazione dei procedimenti pubblici.

2. I partenariati pubblici privati tradizionali e limiti al loro utilizzo.

Nel trattare delle forme di interazione tra settore pubblico e privato, specie in vista dello svolgimento di attività imprenditoriali, quali la costruzione di opere pubbliche, può anzitutto rilevarsi che tradizionalmente si è fatto ricorso al c.d. partenariato pubblico privato (PPP). Secondo la definizione offerta dall'OECD, con PPP si intendono «*long term contractual arrangements between the government and a private partner whereby the latter delivers and funds public services using a capital asset, sharing the associated risks*»^[5].

Secondo l'analisi della Commissione europea, il PPP può essere realizzato attraverso due diverse modalità di cooperazione: l'una di tipo puramente contrattuale, fondata su legami esclusivamente convenzionali, l'altra di tipo istituzionalizzata^[6], fondata sulla creazione di un'entità distinta^[7]. Nella prima categoria possono annoverarsi le ipotesi di partenariato fondate su un accordo di tipo pattizio^[8], anche al di là dei tradizionali settori delle opere e dei servizi^[9]. Il secondo tipo di PPP, che peraltro rappresenta una delle fattispecie di maggior applicazione^[10], determina la nascita di un nuovo soggetto giuridico in cui

vengono a convergere interessi pubblici e privati^[11].

Generalmente il PPP è considerato uno strumento volto ad acquisire, al contempo, le risorse finanziarie ed il *know-how* per l'esecuzione di un'opera pubblica. Grazie al ricorso al mercato, quindi, sia con PPP contrattuale che PPP istituzionalizzato, l'amministrazione può acquisire sul mercato le competenze o i fondi, o entrambe le cose, per portare a termine la realizzazione delle infrastrutture ritenute necessarie a rispondere alle esigenze della collettività amministrata. Ciò può avvenire, ad esempio, con l'affidamento di una c.d. concessione di costruzione e gestione, ovvero mediante la costituzione di una società mista. Nel primo caso viene solitamente lasciata al privato la realizzazione dell'opera, ivi inclusa la successiva gestione, grazie alla quale il privato remunera il proprio investimento attraverso i proventi della stessa, eventualmente integrati da quei contributi pubblici ritenuti necessari dall'amministrazione onde conseguire un obiettivo di interesse pubblico^[12]. Nel secondo caso, ossia nell'ipotesi della creazione di società mista, la collaborazione passa attraverso la costituzione di un nuovo soggetto giuridico, partecipato da una o più amministrazioni e da uno o più soggetti privati. Posta l'esigenza di garantire la trasparenza e non discriminazione nella scelta del socio privato^[13], in questo caso di norma la realizzazione e la gestione dell'opera restano in capo alla società mista.

Per quanto tali strumenti possano apparire astrattamente potenzialmente efficaci, nella pratica il ricorso al PPP è viceversa risultato piuttosto scarso. La Corte dei Conti Europea, nella relazione speciale «*Partenariati pubblico-privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati*» nel periodo 2000-2014 ha rilevato solo 84 progetti di PPP a finanziamento misto, con un costo totale per progetto di 29,2 miliardi di euro, ossia circa 2 miliardi all'anno^[14].

Alla luce di tali dati il PPP risulta perciò, quantomeno sotto un profilo strettamente finanziario, poco incisivo^[15]. Le ragioni possono essere individuate in molteplici fattori, tra cui non va esclusa la diffidenza del privato a stringere rapporti economici con il pubblico là dove ciò comporti la riduzione del potere di gestione e di controllo del primo, a favore del secondo. All'origine dello scarso utilizzo dei PPP, quantomeno nel nostro paese, potrebbe peraltro esservi anche l'elevata frammentazione delle amministrazioni aggiudicatrici e la conseguente ridotta dimensione della maggior parte delle imprese^[16], che non hanno perciò la forza di candidarsi come possibili interlocutori della controparte pubblica.

Occorre dunque capire se e quali strumenti giuridici possano essere introdotti grazie alle nuove tecnologie per incentivare lo sviluppo di opere pubbliche a partecipazione privata. A tal fine, appare opportuno guardare a soluzioni che possano dare concreti benefici sia sotto profili di *governance*, ad esempio garantendo un effettivo coinvolgimento della popolazione interessata, sia per quanto riguarda l'aspetto finanziario. Si tratta dunque di comprendere se, e in quale misura, la c.d. tecnologia a registro distribuito, di cui la tecnologia blockchain è una delle possibili declinazioni, possa essere impiegata per favorire un più largo impiego di nuove forme di PPP.

Ci riferiamo, in particolare, alle c.d. *Distributed Autonomous Organizations* (DAO) ossia modalità di partecipazione collettiva, sviluppate e gestite grazie all'impiego della tecnologia blockchain. Come meglio si dirà a breve, i predetti strumenti potrebbero essere impiegati in vista della realizzazione di un'opera, a partire dalla fase di ideazione della stessa, e nelle successive fasi di esecuzione, ivi inclusa la raccolta dei fondi e la successiva gestione degli stessi. Lo strumento tecnologico alla base, ossia la tecnologia a registro distribuito, potrebbe in tal senso garantire sia operazioni trasparenti e tracciabili, in grado quindi di offrire un elevato livello di sicurezza contro falsificazioni e/o manomissioni, sia coordinare i molteplici attori coinvolti nella *value chain*, dalla formazione dei processi decisionali alla fase di finanziamento sino a quella di implementazione e gestione dell'opera pubblica.

Per quanto riguarda la partecipazione dei cittadini a tali fasi – inclusa la selezione dei progetti ed il finanziamento degli stessi –, la fattibilità di quanto qui proposto è già dimostrato in concreto dall'esperienza del Comune di Milano, della quale è dunque utile passare brevemente a parlare.

3. Esperienze di collaborazione tra pubblico e privati oltre i partenariati: il bilancio partecipativo ed il *crowdfunding* del Comune di Milano.

Al fine di inquadrare le possibili interazioni tra amministrazione ed amministrati nei processi decisionali e di finanziamento volti alla realizzazione di opere pubbliche, può essere utile esaminare alcune iniziative virtuose già adottate a livello locale dal Comune di Milano. Il proposito è comprendere se, e in quale

misura, le nuove forme di “partecipazione” possano fungere da criterio guida nel definire in che termini le nuove tecnologie possano innovare i PPP tradizionali.

L'esempio del Comune di Milano appare in tal senso significativo in quanto, già dal 2012, tale ente si è posto «*l'obiettivo di trasformare Milano e la sua area metropolitana secondo il modello della Smart City quale priorità politica e obiettivo strategico dell'amministrazione con ulteriore finalità di rafforzare il ruolo della città nella rete delle grandi città europee*»^[17].

In tale contesto il Comune si è impegnato sia con azioni *top-down*, si pensi al servizio di *bike sharing* BikeMi^[18], sia con azioni *bottom up*. Tra queste ultime appaiono particolarmente interessanti in questa sede il bilancio partecipativo ed il *crowdfunding* civico^[19].

Per quanto riguarda l'allocazione delle risorse pubbliche, Milano è stata la prima città italiana che ha deciso di gestire 9 milioni di euro del suo budget attraverso il coinvolgimento dei cittadini. Il progetto è stato avviato a luglio del 2015 e in pochi mesi ha suscitato un ampio interesse in tutti i quartieri della città, testimoniati dai numerosi suggerimenti e proposte dei cittadini. Già dal primo anno di avvio dell'iniziativa, sono state raccolte centinaia di esigenze, che sono state poi elaborate dai Laboratori di coprogettazione del Comune, gruppi di lavoro a cui hanno partecipato i cittadini stessi per analizzare, con il supporto dei tecnici comunali, le varie proposte. Nell'edizione 2017/2018 sono stati individuati 47 progetti, il cui finanziamento è stato deciso sulla base dei voti ricevuti da ciascuno, per cui nove si sono assicurati la realizzazione fino al raggiungimento del budget aggiudicato, ed altri tre nei limiti del budget residuale disponibile^[20].

Per quanto riguarda invece il *crowdfunding* civico, si tratta di un'iniziativa sperimentale durata 18 mesi, conclusasi nel 2017, che ha permesso ai cittadini di finanziare progetti di utilità sociale^[21].

Come annunciato dall'Amministrazione stessa, Milano è stata tra le prime città ad aver creduto in questa forma di finanziamento condiviso, volto a creare un reale beneficio per tutta la collettività^[22]. In particolare, l'Amministrazione comunale ha ideato un programma di raccolta fondi dal basso per il finanziamento di progetti nel territorio cittadino, legati all'innovazione sociale. In questo caso le iniziative sono state raccolte attraverso un bando pubblico e sono state quindi inserite su una piattaforma *online* per la raccolta dei finanziamenti

attraverso la quale tutti i soggetti interessati a dare un contributo hanno potuto scegliere quale iniziativa sostenere con una donazione in denaro. I progetti che hanno ottenuto un finanziamento almeno pari alla metà dell'importo complessivo previsto per la realizzazione hanno potuto beneficiare di un contributo da parte dell'Amministrazione per la restante parte non coperta.

Si tratta di un'iniziativa particolarmente interessante nell'ottica del presente contributo in quanto costituisce un valido esempio in cui sono stati gli stessi cittadini a premiare le idee ritenute più innovative e valide, contribuendo concretamente, in termini economici, alla loro realizzazione.

Il ricorso al *crowdfunding* si è peraltro dimostrato un fattore importante anche per sostenere l'impatto sociale delle iniziative messe in campo dagli attori dell'ecosistema locale, stimolando l'incontro tra pubblico e privato sulle progettualità sociali. In tal modo è infatti possibile rafforzare la connessione tra pubblico e privato sia per reperire risorse, sia soprattutto per generare un interesse costruttivo e positivo verso le iniziative di pubblico interesse che possa facilitare l'inserimento di nuove opere nel tessuto urbano.

4. Cenni sulla tecnologia blockchain quale strumento per la rappresentazione digitale di valore.

Le iniziative virtuose descritte nel paragrafo precedente, unitamente alle soluzioni rese oggi possibili dalle nuove tecnologie a registro distribuito, possono ispirare nuovi strumenti che favoriscano la costituzione di nuove forme di PPP, unendo l'esperienza maturata nel mondo della blockchain a quella delle iniziative di coinvolgimento della popolazione, così da portare all'emersione di nuovi mezzi di finanziamento dal basso delle opere pubbliche.

La tecnologia blockchain si basa sulla formazione di un registro condiviso tra tutti i partecipanti di un dato network (o rete). Il tratto del tutto peculiare di tale sistema risiede nel fatto che detto registro viene conservato da ciascun partecipante alla rete – anche detto perciò *nodo* (della rete) –, che lo condivide con il resto dei partecipanti.

Altro tratto del tutto peculiare della blockchain è che la condivisione del registro distribuito avviene direttamente tra i vari nodi, senza necessità di un punto centrale di raccolta. Detto sistema si basa infatti su protocolli di comunicazione

c.d. *peer-to-peer*, che iniziarono a diffondersi già nell'ultima decade del millennio scorso^[23], ma che restarono in tale epoca confinati ad usi particolari, mentre la generalità delle comunicazioni si sviluppò come noto sul protocollo di comunicazione proprio di Internet^[24]. Nel corso degli ultimi decenni, tuttavia, la tecnologia a registro distribuito ha generato un nuovo interesse verso le reti *peer-to-peer* in quanto sono stati ideati meccanismi crittografici in grado di garantire l'unicità delle informazioni memorizzate su di un dato registro attraverso un controllo, appunto, distribuito.

La tecnologia blockchain ha inoltre introdotto il concetto di scarsità dei beni digitali, che sarebbero viceversa normalmente riproducibili infinite volte^[25]. Gli strumenti digitali permettono infatti la riproduzione del medesimo file – c.d. duplicato informatico^[26] – tra una molteplicità di utenti, rendendone difficile la valorizzazione in quanto non è possibile assicurarne la scarsità. Al più possono essere implementati sistemi di gestione dei diritti digitali controllati da un dato fornitore volti a limitare la libera circolazione di determinati materiali. Senonché, come dimostra l'incessante lotta contro la pirateria informatica^[27], nemmeno tali strumenti sono in grado di eliminare la riproducibilità dei contenuti così protetti. La tecnologia a registro distribuito rende invece possibile regolare la circolazione dei beni digitali limitandone la riproducibilità e assicurandone quindi la valorizzazione attraverso la scarsità senza dover ricorrere ad un'autorità centrale; la proprietà viene qui garantita dai trasferimenti *peer-to-peer* certificati dagli algoritmi crittografici sui quali il network stesso si fonda. La tecnologia blockchain riesce quindi a impedire il fenomeno del c.d. *double spending* e a garantire la proprietà dei beni digitali^[28] senza dover ricorrere ad un'autorità centrale – un intermediario – che controlli e gestisca il registro delle transazioni (si pensi, ad esempio ai sistemi borsistici contemporanei).

La ricerca di soluzioni a registro distribuito trova ragione anche, e soprattutto, nella necessità da parte degli sviluppatori di offrire uno strumento in grado di operare indipendentemente dall'intervento dello Stato e/o delle Istituzioni e delle banche. Proprio la mancanza di fiducia verso il settore pubblico favorì inizialmente l'impressionante sviluppo della blockchain, quale strumento di trasferimento della ricchezza in modalità *peer-to-peer*, ossia secondo modalità del tutto indipendenti da terze parti, quali un istituto bancario.

Nel dettaglio la tecnologia blockchain garantisce il trasferimento di bit,

rappresentativi di informazioni o di beni, materiali e/o immateriali in modo: decentralizzato, immutabile, trasparente e pseudo-anonimo^[29]. Il registro distribuito è costituito dall'insieme di transazioni che occorrono tra i partecipanti: ogni transazione corrisponde quindi a una voce del registro che è aggiunta solo qualora detta transazione venga validata dalle regole sancite dal codice informatico che regola il network, senza necessità di ricorrere alla validazione da parte di un'autorità centrale. Detta validazione delle transazioni, *rectius* delle informazioni da inserire nel registro condiviso, è confermata dal c.d. meccanismo di consenso tra i nodi. I nodi partecipanti ad un determinato network distribuito infatti dialogano tra di loro e aggiornano il registro distribuito tramite regole stabilite *ex ante* e sancite dal protocollo di comunicazione.

Tra i meccanismi di consenso ad oggi più diffusi possiamo ricordare la c.d. *Proof of Work* (meccanismo nel quale ciascun nodo può aggiornare il registro provando di aver eseguito determinati calcoli crittografici), la *Proof of Stake* (meccanismo nel quale è possibile aggiornare il registro mettendo a garanzia dei *token*^[30], che vengono persi qualora si dimostri che il nodo ha operato in maniera malevola rispetto al network), od anche la *Proof of Authority*^[31] (meccanismo nel quale solo determinati nodi hanno il diritto di aggiornare il registro). È bene tuttavia precisare che tale breve elenco non solo non è esaustivo dell'esistente, ma è anche ragionevole pensare che nel tempo verrà ampliato da nuovi e diversi meccanismi di consenso. Ciò che è invece importante qui sottolineare è che tali meccanismi permettono alla tecnologia blockchain di funzionare prescindendo da un centro-garante, e quindi da un *single point of failure*, ed al contempo impedendo, come detto, il c.d. *double spending*, ossia la replica della medesima transazione. Oggetto di scambio sono i c.d. *token*, ossia rappresentazioni digitali di valore, che possono corrispondere a beni materiali o immateriali, a titoli di credito/debito ovvero a strumenti finanziari.

A livello nazionale e sovranazionale è stata proposta la suddivisione dei *token* in categorie, diverse in ragione dei diritti e degli obblighi che quel determinato *token* pone in capo al proprietario^[32]. Pur mancando ancora in dottrina una suddivisione unanimemente accolta, ad ogni modo, anche se con qualche differenza, tutte le qualificazioni sino a oggi proposte sembrano suddividere i *token* in tre categorie^[33]: *utility token*, *security token* e *payment token* (detti anche *crypto monete*)^[34].

Nell'arco dell'ultimo lustro si sono sviluppate numerose tipologie di blockchain, così come numerosi sono i possibili utilizzi. Una delle applicazioni più comuni dei *token* è la loro emissione nel contesto del finanziamento di un dato progetto e il loro successivo utilizzo quale strumento di pagamento e di partecipazione all'interno del progetto stesso. Il che dunque richiede qualche ulteriore precisazione.

Ciascuna categoria di *token* conferisce diritti e può imporre obblighi diversi in capo al proprietario che possono far ricadere il *token* sotto una disciplina "tradizionale" in quanto, in tutto o in parte, assimilabile ad un bene giuridico già normato. Si pensi ad esempio al recente fenomeno dei c.d. *security token*, strumenti finanziari "tokenizzati," in relazione ai quali si comprende agevolmente la possibilità di applicare le normative già esistenti in quanto il prodotto finanziario, in effetti, è un prodotto già normato ed è semplicemente "arricchito" dal medium usato per il suo trasferimento (la blockchain); non si vedono problemi, ad esempio, ad applicare la normativa tipica della circolazione delle partecipazioni societarie ad azioni "tokenizzate". L'emissione di un *security token*, in quanto strumento del mercato finanziario, dovrà ad esempio avvenire conformemente alla normativa di settore, vincolante nel Paese in cui il *token* stesso è messo in vendita. A livello europeo si farà in tal caso riferimento alla disciplina di diritto UE contenuta nelle direttive relative ai mercati degli strumenti finanziari (MIFID, MIFID II et MiFIR)^[35]. Parallelamente, gli *utility token*, che sono rappresentativi di diritti connessi alla possibilità di utilizzare il prodotto o il servizio tipicamente offerto dall'emittente, saranno oggetto della disciplina che si applica al tipo di diritto conferito.

In proposito, è interessante menzionare la recente normativa introdotta in Francia con legge 2019-486^[36]. La novella dispone, tra l'altro, che l'emittente di (*utility*) *token* deve assumere la forma di persona giuridica, stabilita in Francia mediante la diretta costituzione dell'entità giuridica in Francia o mediante la registrazione di una succursale sul suolo francese. Per parte nostra, aggiungiamo che l'entità giuridica ben potrebbe essere sviluppata e operare come DAO, inevitabilmente "stabilita" nel territorio francese. Il legislatore francese ha introdotto una disciplina *opting-in* nel senso che le imprese interessate potranno decidere se allinearsi oppure no. Ovviamente, la decisione di una data società di allinearsi alla predetta fonte dovrebbe conferire più sicurezza agli interlocutori-

investitori.

Anche l'autorità italiana dei mercati regolamentati, la CONSOB, sembra essersi orientata nel senso di voler predisporre una disciplina *opting-in*, che è più agevole da definire rispetto a una vincolante per tutti e non rischia di precludere eccessivamente eventuali ulteriori innovazioni tecnologiche^[37]. Si tratta di un orientamento condivisibile tenuto conto che l'assenza di un corretto inquadramento giuridico impedisce l'introduzione di una rigida e vincolante disciplina di utilizzo.

Per completezza, ricordiamo che nel febbraio 2020 negli Stati Uniti è stato proposto il *Cryptocurrency Act*, che intende suddividere i *crypto assets* in tre diverse categorie, assegnando ciascuna alla disciplina dell'Agenzia federale di volta in volta competente^[38].

Gli approcci su riferiti sembrano confermare il processo di integrazione del fenomeno *crypto asset* con il quadro disciplinare in vigore nell'ordinamento di interesse. Si tratta di un'integrazione timida, nel senso che non intende stravolgere, per sostituire, il vecchio sistema, e gli istituti tradizionali. Piuttosto, si tratta di un'ulteriore conferma del principio di neutralità tecnologica: il quadro normativo si adatta al *medium tecnologico*^[39]. La sostanza prevale dunque sulla forma.

5. L'emissione di *token* quale strumenti di raccolta fondi.

Tra i più noti strumenti di raccolta fondi tramite emissione di *token* possiamo certamente ricordare le c.d. *Initial Coin Offerings* (ICO). Si tratta di un fenomeno che negli ultimi anni ha suscitato molto interesse per l'enorme valore di fondi raccolto da una vastissima platea di sottoscrittori^[40].

Un aspetto particolarmente interessante delle emissioni di *token* è dunque che le stesse permettono di raccogliere ingenti somme da parte di una vasta gamma di soggetti non necessariamente istituzionali, così consentendo la partecipazione anche da parte di singoli individui, secondo le capacità finanziarie di ciascuno. Ciò appare particolarmente importante in quanto permette di instaurare partenariati pubblico-privati con una vasta gamma di soggetti che gli strumenti tradizionali non permettevano di coinvolgere nelle iniziative pubbliche, soprattutto per la difficoltà di coordinare un alto numero di partecipanti nel

contesto di tali operazioni – difficoltà che vengono superate grazie all'utilizzo di registri distribuiti impersonali –. La possibilità di coordinare diritti finanziari con diritti partecipativi può rivoluzionare in maniera sostanziale la realizzazione di progetti pubblici, coinvolgendo la comunità amministrata sia da un punto di vista finanziario che operativo.

In concreto tale offerta può avvenire secondo molteplici modalità. Ad oggi abbiamo assistito a numerose tipologie di emissione di *token*, e, soprattutto, dalla prima^[41] ad oggi, sono anche aumentate le modalità per procedere alla raccolta fondi, sempre sfruttando la tecnologia blockchain. Oltre alle *Initial Coin Offerings* (ICO), volte all'immissione sul mercato di una nuova criptovaluta, si sono ad esempio realizzate le c.d. *Initial Exchange Offering* (IEO) in cui vi è un terzo, il c.d. *Exchange*, a garantire la serietà del progetto e del proponente. Od ancora si possono menzionare le *Security Token Offering* (STO) che incorporano i diritti di strumenti finanziari tipizzati, come ad esempio azioni od obbligazioni o strumenti finanziari garantiti da un qualche tipo di asset (c.d. *asset backed*) e che, per questo, devono essere ritenuti soggetti alla relativa disciplina in vigore nel Paese dove la STO è condotta in relazione allo strumento finanziario offerto.

Ai fini della nostra indagine non è tanto rilevante qualificare la tipologia di offerta, quanto piuttosto preme evidenziare le caratteristiche che il *token* offerto potrebbe assumere, in particolare in relazione ai diritti ad esso associati. I *token* possono infatti di norma essere venduti ed acquistati conformemente al diritto nazionale in essere per lo scambio del bene ovvero la prestazione del servizio di cui il *token* è la rappresentazione digitale. Nel caso delle opere pubbliche qui in esame, ciò significa che il *token* potrebbe ad esempio dare titolo, analogamente a un voucher, a usufruire dei servizi resi possibili dall'infrastruttura stessa, come ad esempio una struttura sportiva. Del pari, il *token* potrebbe essere utilizzato sul mercato secondario quale strumento di pagamento per acquistare beni o servizi, ovvero conferire particolari diritti di *governance* sull'opera finanziata od ancora essere utilizzato come garanzia per ulteriori operazioni finanziarie.

Inoltre, i fondi versati a fronte dell'acquisto di *token* potrebbero essere strettamente funzionalizzati alla realizzazione dell'opera, ossia vincolati al progetto in relazione al quale il *token* stesso è stato emesso. A tal riguardo vale sottolineare che le caratteristiche intrinseche della blockchain di trasparenza, immutabilità nonché resilienza a manomissioni dei dati memorizzati sul registro

pubblico potrebbero garantire che i fondi raccolti siano effettivamente utilizzati per il fine dichiarato. Implementando gli opportuni strumenti tecnologici all'uopo esistenti, si potrebbe perciò evitare che l'amministrazione, o altri, sottraggano fondi all'opera per destinarli ad un fine diverso.

Per quel che riguarda l'Italia, ricordiamo che in due pronunce l'Agenzia delle entrate ha analizzato la natura del *token* emesso in sede di ICO. L'approfondimento dell'Agenzia era finalizzato all'individuazione del trattamento fiscale ma, ai fini della nostra indagine, è comunque utile per evidenziare la diversità di soluzioni adottate. In un caso, il *token* è stato equiparato a voucher – la cui vendita è fiscalmente neutrale^[42] – nel secondo caso a un *utility token*, il cui trasferimento equivale a una prestazione di servizi^[43]. L'Agenzia delle Entrate ha raggiunto le citate conclusioni in esito all'esame dell'operatività del progetto in relazione al quale erano stati emessi i *token*, ed in particolare ai diritti che sarebbero stati attribuiti al titolare del *token*. La natura di quest'ultimo deve dunque essere individuata in ragione del singolo caso, avendo altresì riguardo al luogo in cui l'emissione si è compiuta. Nelle more di una qualificazione europea, ciascun ordinamento si sta orientando in autonomia^[44].

Avendo così chiarito che l'emissione di *token* può rappresentare un valido strumento per la raccolta di fondi, occorre ulteriormente indagare come la blockchain possa consentire un'effettiva realizzazione di nuove forme di collaborazione pubblico-privato. Se pur infatti il dato finanziario è indubbiamente rilevante, l'utilità della blockchain può andare oltre, consentendo anche di realizzare nuove forme di aggregazione sociale. In tale prospettiva, ai fini della presente indagine, ci soffermiamo sull'opportunità di sfruttare la tecnologia distribuita in commento per sviluppare le c.d. *Decentralised Autonomous Organizations* (DAOs).

6. L'esempio delle *Decentralized Autonomous Organizations* (DAOs): natura, possibili impieghi e rischi tecnici e legali collegati.

Si può ricondurre alla categoria delle organizzazioni autonome decentralizzate (dall'inglese *Decentralized Autonomous Organizations*, DAOs) ogni forma di organizzazione sociale che si unisce per raggiungere il medesimo fine, economico

e non solo. In senso atecnico, la DAO equivale a una partnership tra individui, collocati ovunque nel mondo, che decidono di entrare a fare parte di una medesima comunità poiché ne condividono lo scopo (di lucro e non) e ne accettano le regole di funzionamento^[45] sancite da *smart contract* implementati sulla blockchain. Nel prosieguo dell'analisi ci riferiamo a DAO che abbiano una riferibilità in un luogo geograficamente delimitato.

Dette regole di funzionamento sono definite su un duplice livello: interno nel codice sorgente della piattaforma, così come dalla tecnologia impiegata, ed esterno, ossia la normativa, nazionale e non solo, che viene in rilievo per l'operatività medesima della DAO.

Si tratta dunque di organizzazioni che, in quanto realizzate sulla base della blockchain, possono godere di tutti i vantaggi che detta tecnologia può offrire, quali la garanzia di trasparenza, pubblicità ed immutabilità delle transazioni e coordinamento dei vari attori tramite l'utilizzo di registri distribuiti.

Operativamente, si accede ad una DAO, ossia, si entra a far parte della relativa comunità, acquistando uno o più *token* venduti dalla piattaforma medesima per raggiungere il fine della DAO (ovvero acquistandoli sul mercato secondario). L'emissione dei *token* di una DAO è tipicamente finalizzata al finanziamento di un progetto, e tali *token* conferiscono tipicamente ai titolari diritti di *governance* e di remunerazione a valere sul progetto stesso. In tal senso, ci pare utile evidenziare che ad oggi vi sono molteplici esempi di DAO che operano, o hanno operato, come piattaforme per raccogliere fondi da destinare a un determinato progetto.

Un esempio concreto può essere di supporto per inquadrare la questione in termini esaustivi. Nel 2016 è stato pubblicato il White Paper della prima DAO che si proponeva come piattaforma di raccolta fondi da distribuire tra i progetti, proposti e sponsorizzati attraverso la piattaforma medesima^[46]. Tecnicamente, il funzionamento della DAO dipendeva da tre passaggi: emissione sul mercato^[47] dei DAO *token* e raccolta fondi, selezione e pubblicizzazioni dei progetti da finanziare e decisione della comunità in ordine all'utilizzo dei fondi a valere sui progetti. I soggetti partecipanti a questa DAO avevano quindi acquistato i *token*, con le valute accettate a tal fine^[48], per finanziare un vero e proprio fondo di investimento nei confronti del quale avrebbero potuto esercitare diritti di *governance* in ordine alle decisioni di investimento.

Per come inizialmente immaginata, la DAO *de qua* avrebbe dovuto operare alla

stregua di una vera e propria piattaforma di raccolta fondi, con il valore aggiunto di garantire agli investitori una partecipazione vera e propria. A pochi mesi dall'inizio, però, una falla del sistema informatico permise a un hacker di accedere alla piattaforma trasferendo sul proprio conto personale la maggior parte dei fondi fino a quel momento raccolti^[49]. Il furto minò alle origini la credibilità del progetto, e i nodi validatori del network decisero di cancellare le transazioni con le quali era stato posto in essere il furto. Tale riscrittura delle transazioni comportò la necessità di modificare parte del codice sorgente del network, cosa che tuttavia non vide partecipi tutti i nodi portando quindi all'esecuzione di una c.d. *hard fork*, ossia lo sdoppiamento del network dovuto ad una mancanza di consenso tra i nodi in ordine al protocollo da utilizzare. Parte dei nodi non accettarono infatti di utilizzare il nuovo protocollo che aveva eliminato la frode e continuarono ad utilizzare il precedente protocollo, creando, di fatto, due network separati.

Non solo. Gli sviluppatori della DAO avevano anche omesso di verificare la compatibilità delle operazioni condotte sulla piattaforma con la disciplina nazionale e non vigente dove i DAO *token* furono messi in vendita. In particolare, la *Securities and Exchange Commission* degli Stati Uniti (SEC) aprì un'indagine in ragione del fatto che i DAO *token* furono messi in vendita anche attraverso piattaforme localizzate in territorio statunitense^[50]. Con l'occasione la SEC, dopo aver qualificato i *token* messi in vendita alla stregua di strumenti finanziari, chiarì che l'attività della piattaforma, ossia la vendita dei DAO *token* avrebbe dovuto essere allineata alla normativa interna, che disciplina lo scambio di strumenti di investimento. In altre parole, la SEC ha qualificato la tipologia di *token* come strumenti di investimento, sottoponendoli alla relativa disciplina. Il medesimo trattamento sarebbe dunque stato riservato anche ad attività analoghe condotte sul territorio statunitense.

Tale esempio è dunque particolarmente significativo in quanto permette di sottolineare come un elemento fondamentale di un sistema di questo tipo sia la verifica della correttezza non solo formale dello stesso. Sotto un profilo tecnico è assolutamente necessario assicurare la massima affidabilità degli strumenti utilizzati. Ciò, grazie alla diffusione ed evoluzione della blockchain, può oggi essere conseguito affidandosi a quegli strumenti tecnici già maturi e consolidati, e disponibili in *open source* per il riuso^[51], senza dover rischiare di incorrere nei

problemi di sicurezza che avevano colpito tale primo tentativo.

Analogo discorso deve essere del pari condotto per quanto riguarda gli aspetti legali. Proprio lo stesso esempio, difatti, induce anche ad evidenziare che prima di avviare un progetto di tal fatta è assolutamente essenziale garantire la compatibilità dello stesso con il contesto normativo di riferimento. Il che dunque richiederà di valutare, caso per caso, le implicazioni legali delle scelte di *design* della piattaforma DAO da implementare, onde valutare quale sia il regime applicabile in base alla disciplina pattizia che si intende automatizzare.

7. La “tokenizzazione” delle opere pubbliche e la partecipazione dei privati, persone fisiche o giuridiche.

Come si è detto, l'emissione di *token* in funzione della realizzazione di un'opera pubblica, specie se nell'ambito di una DAO, può consentire forme di partecipazione particolarmente efficaci, nel più ampio senso del termine.

Anzitutto il coinvolgimento della popolazione, ove lo si ritenga utile od opportuno, può avvenire sin dalla fase di iniziativa stessa, e poi in tutte le successive fasi, ivi incluse quelle progettuali. Si potrebbero ad esempio sottoporre a votazione anche diverse soluzioni progettuali. Le votazioni stesse, ove lo si voglia, possono peraltro essere promosse dalla comunità stessa, quindi l'intero ciclo di scrutinio potrebbe essere caratterizzato da un approccio *bottom-up*, nei limiti e secondo le modalità che si ritenga opportuno e possibile consentire. Preme infatti sottolineare che le possibilità partecipative qui evidenziate, come tutte le altre scelte in ordine alle caratteristiche del sistema, sono del tutto opzionali e possono essere stabilite nel momento di attivazione dell'iniziativa fissando le regole di funzionamento della DAO. Ciò significa che, fintanto che l'amministrazione conservi il potere di iniziativa, resta in capo a questa, nei limiti consentiti dall'ordinamento, il potere di definire le modalità di utilizzo degli strumenti qui proposti.

Tra le opzioni attivabili dall'amministrazione vi è peraltro anche la possibilità di anonimizzare, integralmente o parzialmente, le votazioni. La blockchain, come si è detto, si basa su modelli di crittografia che permettono di anonimizzare i dati. Il che, dunque, permette di far sì che, ove lo si voglia, i partecipanti ignorino la reciproca identità.

A tale ultimo riguardo si può altresì aggiungere che la partecipazione può essere consentita tanto alle persone fisiche quanto alle persone giuridiche: la tecnologia è del tutto agnostica rispetto a tale elemento. Ne deriva che anche questa scelta è lasciata liberamente al promotore dell'iniziativa e dipende semplicemente dalle modalità attraverso le quali il sistema DAO è progettato e, soprattutto, dalle finalità che con il medesimo si vogliono raggiungere.

La partecipazione già dalla fase del finanziamento rende inevitabile considerare in che modo suddividere i diritti riconosciuti in capo ai partecipanti, anche in ragione della provvista versata. Si può in tal senso parametrare gli stessi in relazione alla partecipazione di ciascuno, ovvero si può prediligere il principio "una testa un voto", ovvero ancora è possibile prevedere l'una o l'altra opzione a seconda del tipo di votazione. In considerazione del fatto che i *token* sono trasferibili, si potrebbe anche immaginare una diversa ripartizione dei voti basata sulla partecipazione iniziale. Per impedire discriminazioni all'ingresso, specie che siano conseguenza di diverse disponibilità economiche, si potrebbe poi pensare di definire le categorie di sottoscrittori, persone fisiche e/o giuridiche, in ragione del progetto che con quella determinata DAO si intenda realizzare.

A tale ultimo riguardo, un criterio di scelta per definire la tipologia dei soggetti legittimati a partecipare, nonché dei diritti da riconoscere e secondo quali modalità, potrebbe ad esempio essere il costo dell'opera da realizzare. Per progetti economicamente importanti potrebbe essere preferibile l'intervento (anche) di investitori qualificati, oltre che delle persone fisiche. Viceversa, per iniziative di più semplice realizzazione – come nuovi spazi verdi, luoghi di aggregazione per l'infanzia ecc. –, si potrebbe prevedere la sola partecipazione delle persone fisiche, ossia dei cittadini, rendendoli così direttamente partecipi delle fasi di evoluzione del progetto. In tale ultimo caso si potrebbe addirittura restringere il bacino dei potenziali partecipanti alle sole persone aventi un interesse diretto, quale la residenza, rispetto all'opera da realizzare, in modo da creare una DAO altamente finalizzata.

Inoltre, l'amministrazione potrebbe sancire l'utilizzo dei *token* emessi dalla DAO quali strumenti di pagamento per servizi offerti dall'amministrazione stessa, sia nel contesto del progetto finanziato sia nel contesto di altre iniziative, data la possibilità tecnica di utilizzare i *token* quali strumenti di pagamento multifunzionali in seno a diversi ambiti di applicazione.

8. La DAO quale strumento innovativo di partenariato pubblico-privato.

Ai fini della nostra indagine, ci pare che lo strumento delle DAO si presti per definire nuove forme di partenariato tra cittadini ed amministrazioni. In particolare, ci pare possibile prospettare lo sviluppo di DAO a partecipazione pubblica e privata, volte a perseguire un interesse comune e condiviso a livello cittadino o, comunque, a livello della comunità territoriale di volta in volta coinvolta.

La logica sottesa ad una simile iniziativa non è del resto nuova, ed è già stata da tempo implementata nella forma, ad esempio, dei PPP, di cui si è detto prima. Ciò che cambia grazie agli strumenti offerti dalle nuove tecnologie qui analizzate sono le modalità attraverso le quali è possibile conseguire il risultato di una maggiore inclusione dei privati, permettendo la partecipazione anche ai singoli individui, anche quali meri finanziatori, al contempo garantendo una maggiore trasparenza dei processi decisionali, nonché la tracciabilità degli stessi. Si tratta perciò di una profonda innovazione delle dinamiche classiche dei PPP, i quali, essendo stati basati sino ad oggi su più tradizionali strumenti giuridici, sono stati frenati nelle modalità attuative dai limiti delle forme di raccolta delle adesioni insite negli strumenti contrattuali classici.

Non si tratta dunque di disconoscere, né delegittimare le forme di governo attualmente in vigore e/o le istituzioni; diversamente, si propone di fare affidamento su un nuovo strumento tecnologico per rinnovare la fiducia nella collaborazione pubblico-privato, al contempo offrendo una maggiore ed effettiva partecipazione.

Ciò peraltro potrebbe avvenire senza necessariamente mutare gli attuali meccanismi attraverso cui vengono individuate le opere da realizzare. A seconda della scelta (politica e non solo) che si preferisca, l'iniziativa può restare in capo alle pubbliche amministrazioni, così come può essere spostata in capo alla comunità che partecipa alla DAO. In tale secondo caso, ossia nell'approccio *bottom-up*, si avrebbe anche una nuova modalità di individuazione delle infrastrutture che la comunità intenda realizzare.

Per quanto qui interessa, ad ogni modo, lo strumento appare particolarmente innovativo anche laddove si mantenga l'iniziativa in capo all'amministrazione, la

quale, almeno in una fase iniziale di sperimentazione di questa nuova soluzione, potrebbe restare il soggetto competente ad individuare l'interesse pubblico da curare, a partire dalla costituzione stessa della DAO. Questa opzione relativamente più conservativa potrebbe più agevolmente inserirsi nel quadro normativo esistente, senza naturalmente escludere che, se il tutto dimostrasse di funzionare adeguatamente, potrebbe estendersi l'operatività dell'istituto anche al fine di implementare meccanismi *bottom up*.

Riteniamo infatti essenziale che il funzionamento di tali sistemi sia sviluppato garantendo il rispetto della normativa di settore in vigore. Per operare con successo e offrire alternative concrete di partenariato pubblico-privato occorre affrontare e risolvere i quesiti giuridici che sorgono in sede di sviluppo di una DAO. È ancora dubbio, ad esempio, se e in quale misura le transazioni operate su una DAO – così come in generale su blockchain – siano oggetto di tassazione^[52]. Urge poi fare chiarezza circa il quadro normativo all'interno del quale sottoporre la DAO; a questo proposito riteniamo che si debba far riferimento alle norme dell'ordinamento giuridico all'interno del quale il progetto è collegato. Ciò, indipendentemente dal fatto che la tecnologia blockchain sia per sua natura transnazionale quindi slegata da un determinato territorio. Da ultimo, urge fare chiarezza circa l'oggetto offerto in scambio sulla piattaforma e così disciplinare il rapporto quale compravendita, prestazione di servizi, contratto di investimento.

9. Conclusioni.

Alla luce della predetta analisi, ci pare ragionevole affermare che per l'implementazione di un progetto a partecipazione pubblica e privata, si possa prospettare la costituzione di una DAO con contestuale raccolta di fondi attraverso l'emissione di *token* di investimento che conferiscano in capo ai partecipanti diritti legali all'opera pubblica da costruire.

Tali *token*, come detto, possono comportare diritti di natura economica così come benefici in ordine all'utilizzo dell'infrastruttura, e possono altresì conferire il diritto di voto, proporzionale o meno rispetto la numero di *token* posseduti, rispetto a scelte sull'opera stessa, a partire dal momento di realizzazione sino a quello di gestione e sfruttamento. La partecipazione si sostanzia dunque nella titolarità di un credito rappresentato da un *asset* digitale che conferisce

alternativamente o cumulativamente diritti di credito e/o diritti di *governance* e/o diritti di utilizzo sul progetto finanziato.

In considerazione dei diritti riconosciuti dal *token*, il valore degli stessi potrebbe poi mutare considerevolmente nel tempo, offrendo quindi la possibilità di realizzare, oltre che un'opportunità di partecipazione, anche nuovi strumenti di investimento in beni pubblici alternativi a quelli oggi più diffusi. I privati potrebbero in tal modo acquistare *token* con l'obiettivo di trarre un profitto, ad esempio attendendo la realizzazione dell'opera e vendendo quindi il *token* rivalutato in base al nuovo valore di mercato dallo stesso conseguito grazie al raggiungimento dell'operatività, e quindi eventuale redditività, dell'infrastruttura.

L'istituto qui proposto può quindi avere l'ulteriore vantaggio di consentire la realizzazione di una nuova forma di investimento. A differenza degli strumenti oggi già esistenti per la raccolta di fondi da parte degli enti pubblici, tale forma di finanziamento avrebbe il vantaggio di essere direttamente ed unicamente connessa ad una precisa opera, sarebbe facilmente liquidabile senza la necessità di una terza parte certificatrice e, soprattutto, sarebbe accessibile a tutta la popolazione, così garantendo la piena democraticità dello strumento. Dal punto di vista delle pubbliche amministrazioni si avrebbe poi l'enorme vantaggio di non generare nuovo debito pubblico qualora i diritti incorporati nel *token* fossero paragonabili a diritti di equity o quasi equity.

In questo caso, difatti, la remunerazione dell'investimento dei privati deriverebbe dal vantaggio economico realizzabile grazie al/ai *token*, sicché vi sarebbe un trasferimento del rischio economico in capo ai privati proporzionalmente alla quota parte di progetto finanziato da questi. Per converso i privati sarebbero tutelati grazie ai diritti di *governance* incorporati nel *token*, che potrebbero garantire diritti di voto sin dalla fase di progettazione dell'opera volti a consentire ai soggetti aderenti di tutelare il proprio investimento o, per lo meno, di sopportare rischi parametrati alle proprie decisioni in ordine all'utilizzo delle risorse economiche da loro stanziate. In tale ottica, dunque, un fondamentale elemento dell'operazione sarebbe la definizione da parte dei promotori di ciascuna iniziativa di un giusto equilibrio tra rischio sopportato dai sottoscrittori di *token* e diritti riconosciuti agli stessi.

In ultima analisi, si è inteso qui prospettare soluzioni concrete ed efficaci per

raggiungere un duplice obiettivo: incrementare i fondi pubblici, garantendo al contempo una maggiore ed efficace partecipazione del tessuto sociale alle attività ed alle scelte istituzionali.

Il tutto senza che sia necessario ripensare le forme di *governance* attuali. Tutt'altro. Le soluzioni in questa sede prospettate tengono conto del quadro giuridico attuale e dei modelli di finanziamento pubblico-privato. Alla luce del quadro su rappresentato, le forme di finanziamento pubblico-privato realizzate con l'impiego della tecnologia blockchain possono così rilanciare le collaborazioni tra il settore pubblico e quello privato ed aprire a nuove possibilità per il miglioramento delle opere pubbliche.

Per tutto quanto precede, riteniamo che la definizione di progetti cittadini, e non solo, attraverso l'impiego di uno strumento a partecipazione pubblica-privata sviluppata con tecnologia blockchain sia oggi quanto mai possibile e, soprattutto, necessaria.

1. Il presente articolo nasce da un'idea condivisa dagli amici e colleghi Benedetta Capiello, Gherardo Carullo e Marco Pagani, e le riflessioni ivi esposte sono da intendersi come il frutto di una loro comune visione. I paragrafi sono stati così suddivisi: Benedetta Capiello paragrafi 4 e 6; Gherardo Carullo paragrafo 2. Benedetta, Gherardo e Marco hanno d'intesa redatto i paragrafi 1, 5, 7, 8 e 9. Si ringrazia infine Mariaelena Attardo la quale, grazie anche alla sua esperienza lavorativa nel Comune di Milano, ha potuto arricchire il testo portando gli esempi di cui al paragrafo 3, da lei redatto.
2. Sul tema *smart city*, cfr. J.-B. Auby, *Droit de la ville*: *Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, II Ed., Lexis Nexis, Paris, 2016.
3. Ne è da ultimo un esempio la crisi economica generata dalla pandemia da COVID-19.
4. Cfr. K. Werbach, *The Blockchain and the New Architecture of Trust*, MIT Press, London, 2018. Un esempio paradigmatico di tale fenomeno è dato dal caso della Polonia, sul che v. W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
5. V. OECD Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships, 2012, <https://www.oecd.org/gov/budgeting/oecd-principles-for-public-governance-of-public-private-partnerships.htm>.
6. V. la Comunicazione interpretativa della Commissione, vertente sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPP), 2008/C 91/02, pag. 4.
7. In proposito, oltre alle istituzioni europee, anche la giurisprudenza nazionale ha ripetutamente affermato l'ammissibilità della compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente, non determinando detta situazione alcuna automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di

CERIDAP

- trattamento (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3499; *Ibid.*, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325; Cons. Giust. Amm., 24 dicembre 2002, n. 692).
8. Come rilevato da N. Lugaresi, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 546.
 9. In tal senso F. Cortese, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato alla luce delle recenti riforme*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 44.
 10. Così G. Grüner, *Compiti e ruolo del socio pubblico: direzione (società miste) e dominio (società in house)*, in *Dir. Ec.*, 2, 2012, p. 5
 11. In tal senso cfr. T.A.R., Sez. I Lecce, Puglia, 01 luglio 2008, n. 2017; in termini Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603. In dottrina per tutti, cfr. F.G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in Atti del Convegno «*Le società pubbliche*», Editoriale Veneta, Venezia, 2004, p. 37.
 12. Sul tema delle compensazioni per oneri di servizio pubblico, v. D. Gallo, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2007.
 13. Sull'obbligo di gara per la selezione del socio privato v. la pronuncia della Corte di giustizia, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*.
 14. Corte dei Conti Europea, Relazione speciale n. 09, Partenariati Pubblico-Privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati, 2018, <https://www.eca.europa.eu/it/Pages/DocItem.aspx?did=45153>.
 15. Si pensi che nel 2018 il Comune di Milano ha chiuso il bilancio con 3,1 miliardi di euro per la sola parte corrente. Per Londra il sindaco supervisiona un budget totale di £ 17 miliardi all'anno.
 16. V. il report prodotto dal Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica, *Partenariato Pubblico Privato in Italia. Stato dell'arte, futuro e proposte*, Febbraio 2010, http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Stud/Studio-PPP_DIPE_UTFP_02_10.pdf.
 17. Comune di Milano, Deliberazione della giunta comunale n. 838 del 30/04/2015.
 18. V. <https://www.comune.milano.it/servizi/bike-sharing>.
 19. Si veda il Libro Bianco di Milano sull'innovazione sociale, 2017, pp.13-15.
 20. V. la graduatoria all'indirizzo <https://bilanciopartecipativo.comune.milano.it/content/view/60>.
 21. Per maggiori informazioni si veda <https://economielavoro.comune.milano.it/progetti/crowdfunding-civico>.
 22. V. le dichiarazioni rese da Tajani e Majorino, <https://economielavoro.comune.milano.it/news/crowdfunding-civico-16-progetti-diven>

- tano-realta.
23. Si pensi, ad esempio, al protocollo di comunicazione *peer-to-peer* denominato BitTorrent, sul che cfr. <https://en.wikipedia.org/wiki/BitTorrent>.
 24. Lambda, *P2P Network Systems- A Go-To Guide for Understanding How They Work*, in *Medium*, 2018, <https://medium.com/@Lambdaim/p2p-network-systems-a-go-to-guide-for-understanding-how-they-work-cd534d981161>.
 25. Per quanto concerne il quadro normativo, cfr. Direttiva 2001/29/EC del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione; in seno agli Stati Uniti di America cfr. U.S. Copyright Act (2016) paras 17 et 109.
 26. Ai sensi dell'art. 1, c. 1, lett. *i-quater*), si intende per «*duplicato informatico*» «*il documento informatico ottenuto mediante la memorizzazione, sullo stesso dispositivo o su dispositivi diversi, della medesima sequenza di valori binari del documento originario*».
 27. V. ad es. S. Al-Rafee, K. Rouibah, *The fight against digital piracy: An experiment*, in *Telematics and Informatics*, vol. 27, 3, 2010.
 28. Ryadel, *DRM - when it's legit to remove it and how to do that*, in *Medium*, 2019, <https://medium.com/ryadel/drm-when-its-legit-to-remove-it-and-how-to-do-that-9aeb82f70c51>; A. Morales, *Thinking Too Small: When Digital Scarcity Hurts The Future of Blockchain Games*, in *Medium*, 2018, <https://medium.com/@mentapurpura/thinking-too-small-when-digital-scarcity-hurts-the-future-of-blockchain-games-850be208417e>. S. Ammous, *The Bitcoin Standard: The Decentralized Alternative to Central Banking*, John Wiley & Sons, Hoboken, New Jersey, 2018; M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, Oxford, 2002. Rivaro, *L'applicazione del principio di esaurimento alla distribuzione digitale di contenuti protetti*, in *Giur. comm.*, 2014, pp. 1149–1164; C. Heath, *Parallel imports and international trade*, in *IIC*, vol. 28, 5, 1997.
 29. X. Xu, I. Weber, M. Staples, *Architecture for Blockchain Applications*, Springer International Publishing, Cham, 2019.
 30. *Token* potrebbe essere tradotto in “gettone”, tuttavia nel settore blockchain anche in lingua italiana è comunemente utilizzato il termine inglese, che viene per ciò utilizzato anche in questa sede.
 31. K.F. Low, E. Mik, *Pause the Blockchain Legal Revolution*, in *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 69, 1, 2020, Cambridge University Press; J. Bonneau e altri, *Sok: Research perspectives and challenges for bitcoin and cryptocurrencies*, in *2015 IEEE Symposium on Security and Privacy*, IEEE, San Jose, CA, 2015
 32. Per l'Italia, si rinvia alle risposte di interpello predisposte dall'Agenzia delle entrate. Cfr. in particolare, Agenzia delle Entrate, Risposta n. 110, Articolo 11, comma 1, lett. a), legge 27 giugno 2000, n. 212 - emissione *token* (*Initial Coin Offering* - ICO) - Trattamento IVA; Agenzia delle Entrate, Risposta n. 14, *Regime fiscale (IRES, IRAP ed IVA) relativo*

- all'offerta di Token digitali. ART.11 comma 1 lettera a, legge 27 luglio 2000, n. 212; Direttiva UE 2016/1065 del 27 giugno 2016 che emenda la direttiva 2006/112/EC sul trattamento fiscale dei voucher.*
33. ESMA, *Crypto-assets need common EU-wide approach to ensure investor protection*, 2019, pp. 157-1391, <https://www.esma.europa.eu/document/crypto-assets-need-common-eu-wide-approach-ensure-investor-protection>; UK Cryptoassets Task Force, final report, ottobre 2018, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/752070/cryptoassets_taskforce_final_report_final_web.pdf; v. anche UK Jurisdiction Task Force, *Report Legal statement on cryptoassets and smart contracts*, 2019, <https://www.lawsociety.org.uk/news/stories/cryptoassets-dlt-and-smart-contracts-ukjt-consultation/>; FATF, *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, 2014, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf>. V. M.T. Henderson, M. Raskin, *A Regulatory Classification of Digital Assets: Toward an Operational Howey Test for Cryptocurrencies, ICOs, and Other Digital Assets*, in *SSRN*, 2018, <https://papers.ssrn.com/abstract=3265295>.
 34. S. Pierro, *La qualificazione giuridica e il trattamento fiscale delle criptovalute*, in *Rivista del Diritto Tributario*, 2, 2020; F. Annunziata, *La disciplina delle trading venues nell'era delle rivoluzioni tecnologiche: dalle criptovalute alla distributed ledger technology*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 3, 2018.
 35. Direttiva UE 2004/39/EC, relativa ai mercati degli strumenti finanziari; Direttiva 2014/65/UE relativa ai mercati degli strumenti finanziari; Regolamento 600/2014/UE sui mercati degli strumenti finanziari.
 36. Cfr. Legge 2019-486 del 22 maggio 2019, nota come legge PACTE che introduce una disciplina facoltativa per le ICOs che si terranno sul territorio.
 37. CONSOB, *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività, rapporto finale*, 2 gennaio 2020, http://www.consob.it/documents/46180/46181/ICOs_rapp_fin_20200102.pdf/70466207-edb2-4b0f-ac35-dd8449a4baf1. Cfr. M. Tambucci, *Blockchain-based financial instruments and the role of regulatory authorities: the Italian perspective*, in B. Cappiello; G. Carullo (a cura di), *Blockchain, Law and Governance*, Springer, Berlin, 2020.
 38. Cfr. <https://news.bitcoin.com/cryptocurrency-act-of-2020>
 39. UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records. https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/MLETR_ebook.pdf; per la dottrina, cfr. T. Wu, *Network neutrality, broadband discrimination*, in *Journal on Telecomm. & High Tech. L.*, 2, 2003, pp. 141-176; J.R. Kresse, *Privacy of Conversations over Cordless and Cellular Telephones: Federal Protection under the Electronic Communications Privacy Act of 1986*, in *George Mason University Law Review*, 9, 1986; C. Reed, *Taking sides on technology neutrality*, in *SCRIPTed*, vol. 4, 2007; R. Ali,

CERIDAP

- Technological neutrality*, in *Lex Electronica*, 2, 2009.
40. Per una definizione di ICO, cfr. la Comunicazione della Commissione relativa al *Piano d'azione per le tecnologie finanziarie: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo*, 8.3.2018; COM(2018) 109 final.
 41. ESMA *Advice on Initial Coin Offerings and Cryptoasset* (ESMA50-157-1391), 9 January 2019, <https://www.esma.europa.eu/document/advice-initial-coin-offerings-and-crypto-assets>.
 42. Cfr. in particolare, Agenzia delle Entrate, Risposta n. 110, Articolo 11, comma 1, lett. a), legge 27 giugno 2000, n. 212 - emissione *token* (*Initial Coin Offering* - ICO) - Trattamento IVA.
 43. cfr. Agenzia delle Entrate, Risposta n. 14, *Regime fiscale (IRES, IRAP ed IVA) relativo all'offerta di Token digitali. ART.11 comma 1 lettera a, legge 27 luglio 2000, n. 212*
 44. CONSOB, *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto attività*, Report finale, 2 gennaio 2020, http://www.consob.it/documents/46180/46181/ICOs_rapp_fin_20200102.pdf/70466207-edb2-4b0f-ac35-dd8449a4baf1.
 45. W.A. Kaal, *Blockchain-Based Corporate Governance*, in *SSRN*, 2019, <https://papers.ssrn.com/abstract=3441904>. Per un inquadramento del concetto, cfr. <https://ethereum.stackexchange.com/questions/383/what-is-a-dapp>.
 46. C. Calcaterra, *On-Chain Governance of Decentralized Autonomous Organizations: Blockchain Organization Using Semada*, in *SSRN*, 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3188374; C.L. Reyes, N. Geslevich Packin, B.P. Edwards, *Distributed Governance*, in *Wm. & Mary L. Rev. Online*, 59, 2017.
 47. In tal caso si trattava del sito internet della piattaforma stessa, così come presso piattaforme di Exchange.
 48. Solitamente vengono accettati pagamenti sia in moneta corrente (ad es. dollari od euro), sia in criptovalute (ad es. Bitcoin).
 49. Circa \$168 milioni, suddivisi tra circa 10.000 mila investitori.
 50. Cfr. Securities and Exchange Commission (SEC). Securities exchange act of 1934. Release No. 81207 25 luglio 2017: Report of investigation pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934 Report, - pp .7-8.
 51. Si veda, ad esempio, il progetto *open source* denominato *Hyperledger* (<https://www.hyperledger.org/>), sviluppato da *The Linux Foundation*, il quale offre una serie di strumenti per lo sviluppo di soluzioni blockchain sicure e scalabili.
 52. Cfr. M. Ferrari, *Are VAT rules really inadequate for Distributed Ledger Technology's transactions?*, in B. Cappiello; G. Carullo (a cura di), *Blockchain, Law and Governance*, Springer, Berlin, 2020.

Prometea experience. Using AI to optimize public institutions

Juan G. Corvalán e Enzo Maria Le Fevre Cervini

Prometea is an artificial intelligence created in Argentina within the scope of the Innovation and Artificial Intelligence Laboratory of the School of Law of the University of Buenos Aires and the Public Prosecutor's Office of Buenos Aires, with the main goal of accelerate bureaucratic processes and free up time for the analysis of complex cases. Its biggest milestone is to predict a solution to a court case in less than 20 seconds, with a 96% success rate. Furthermore, it is able to identify urgent cases –within large volumes of files– in just 2 minutes, which would normally take a human being 96 days. Taking advantage of this AI, while working to consolidate Digital Governments and universal ICT access, we aspire to promote a transition towards a new archetype of public organizations that will make them exponential.

[L'esperienza di Prometea. Rendere le pubbliche amministrazioni più efficienti grazie all'intelligenza artificiale] Prometea è un sistema di intelligenza artificiale creata in Argentina nell'ambito del Laboratorio di innovazione e intelligenza artificiale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Buenos Aires e della Procura della Repubblica di Buenos Aires, con l'obiettivo principale di accelerare i processi burocratici e liberare tempo per l'analisi di casi complessi. Il suo più grande successo è prevedere una soluzione a un caso giudiziario in meno di 20 secondi, con un tasso di successo del 96%. Inoltre, è in grado di identificare casi urgenti, in presenza di grandi volumi di file, in soli 2 minuti, il che richiederebbe normalmente ad un essere umano 96 giorni. Approfittando di questa IA, mentre lavoriamo per consolidare i governi digitali e l'accesso universale alle TIC, aspiriamo a promuovere una transizione verso un nuovo archetipo di organizzazioni pubbliche che le renderà più efficienti.

1. Introduction to Prometea

Prometea is a predictive artificial intelligence system created in Argentina, developed by the Public Prosecutor's Office of the City of Buenos Aires. Under the technique "supervised learning," Prometea is an exponential optimizer of bureaucratic processes. The system, at first, was created and implemented so as to optimize the justice service, aiming to exponentially fasten the judicial processes to benefit the citizen. Later, it was also realized that the benefits generated by the system could be used and applied within any public organization.

From different layers of innovation, its development constitutes a highly disruptive technological advance, whose implementation arises from the State's necessity of being in charge of providing effective and innovative means, which are suitable for generating an impact on society as a whole.

Prometea is being applied in the judicial scope since October 2017. From that date onwards, we have interacted with more than 100 Organizations and National or International Institutions, and Prometea has collaborated in the automation of a series of tasks for these organizations^[1].

1.1. Fourth Industrial Revolution and the SDGs. Prometea development context

Humanity is currently going through the Fourth Industrial Revolution which is fundamentally transforming the human beings and its environment. New technologies have an impact on almost every aspect of human development and, in fact, they are an invaluable tool that can help the implementation of the 2030 Agenda for sustainable development under the principle of "leaving no one behind."

The Resolution A/RES/73/17 adopted by the United Nations General Assembly, "encourages Member States to continue to consider the impact of key rapid technological changes on the achievement of the Sustainable Development Goals and targets in order to benefit from opportunities and address challenges, promote the development of national strategies and public policies, science, technology and innovation road maps, capacity-building and scientific engagement, and share best practices."^[2] In this context and in view of these

objectives, Prometea is born.

Disruptive innovations like artificial intelligence (AI), big data, blockchain and neural networks, are powerful tools to increase government efficiency, effectiveness, accountability and inclusiveness in providing service delivery. The use of these technologies may create new opportunities for development and economic growth in different areas of government such as health care, law enforcement, food security, crisis mitigation. While governments can use the advantages offered by AI to provide a wide range of services, at the same time they are adapting to the specific needs of each citizen on a 24/7 basis.

Despite the benefits and the opportunities that the use of AI and other emerging technologies provide, they also create new challenges for public institutions to transform their structures. The extensive and successful use of AI requires that public administrations redefine strategies based on the use of new technologies. They must ensure a sustainable and inclusive development of AI that does not create inequality gaps in society but rather reduces the existing ones. Such transformation must be managed from a “social technology” approach.

AI-based systems, such as Prometea, have expanded policy options that did not exist in recent decades. These technologies have remarkable potential to reduce bureaucracy and increase efficiency of public sector, as well as putting the focus on the citizenship. They can detect information patterns from a large amount of data and, therefore, help us make better evidence-based decisions to achieve the Sustainable Development Goals and, in particular, Objective 16: access to justice for all and, building effective, accountable institutions at all levels.

1.2. Prometea characteristics and functionalities

Prometea is characterized by three major aspects:

It has an intuitive and friendly interface that allows "talking" to the system or chatting from a natural language recognizer. It uses the integrated screen approach, eliminate clicks and open multiple windows on the computer. On a single screen, the user has all the resources available to do his work;

It operates as an expert system with a multiplicity of functions, which allow to automate data and documents as well as perform intelligent assistance;

It uses supervised machine learning and clustering techniques, based on manual

labelling and in machine dataset training.

Prometea's functionalities can be described in four main groups:

Intelligent Assistance: the assistance involves the transmission of knowledge and processes for algorithm development that simplify, fasten and reduce their mistakes. Prometea guides users with his voice or through a chatbot^[3], in obtaining a result, the same way in which Apple's Siri works. In this way, the AI automates tasks related to the deadline control of judicial appeals filed and self-sufficiency controls; this implies analysing the documentation accompanied by the file, which is essential for its resolution. For example, from 5 questions, you are able to complete a legal opinion by which you must reject an appeal by extemporaneous.

Automation: the concept of automation presents several nuances according to multiple variables. Mainly, there are two big groups:

Complete Automation: the algorithms connect data and information with documents automatically. The document is generated without human intervention.

Automation with Reduced Human Intervention: in many cases, it is necessary that the persons interact with an automated system, in order to complete or add value to the creation of a document.

Prometea is able to operate with both types of automation.

Intelligent Classification and Detection: this complex task is performed using supervised machine learning techniques. The detection comes from the reading and analysis of a large volume of information, in which Prometea can identify documents within the multiple combinations of criteria used, even if the documents do not have a homogeneous language. Then, Prometea segments information based on shared patterns (keywords) in the documents. The more precise the keywords, the highest the number of documents that can be covered with a certain criteria.

Prediction: is the most sophisticated function that Prometea presents. It consist in one or several algorithms which reveal a lot of data in order to establish patterns that are translated into predictions, based on some statistical criteria. It is training based on patterns identified in previous cases. When a data is introduced, that data will be identified and compared with similar ones analysing the answers that were given in each case. As a result, a prediction based on

historical responses will be obtained. When Prometea matches the current document with a previous one, it tracks the solution given in previous cases and proposes the same solution by understanding that the circumstances are analogous. For example, in 20 seconds on average, you can obtain the applicable solution from entering only the case number to solve. This task is developed from the reading and recognition of patterns of judicial decisions of the previous instances that are available on the web. Once Prometea detects the solution, it allows the user to complete the legal opinion based on a few questions and then, it shows a preview of the final document, which can be edited online. In short, the first draft document is automatically generated by the AI.

2. Benefits of Prometea. Ethical use

It is exponential in terms of effectiveness and efficiency. It has an average success rate of 96% in relation to proposing legal solutions in the Public Prosecutor's Office of the City of Buenos Aires. In other words, it matches 96 out of 100 responses that a human expert provides. In addition, it allows radically increasing the response times of justice.

Auditable and traceable. Prometea works through traceable, auditable and reversible machine learning. This means that it is not a "black box", and that it is perfectly possible to establish what is the underlying reasoning that makes the prediction.

In continuous development. The team that develops Prometea constantly works to improve and keep updated the prediction rates. AI enhances human intelligence, based on a constant interaction about changes in jurisprudence, which in turn allows more time to analyze and improve the arguments behind decisions.

Automation that humanizes. By taking over the simplest, routine and mechanical tasks, Prometea allows judicial operators to add value to the most complex cases. From the team that works with Prometea, we understand that these benefits can only be achieved if a set of ethical principles are met both in its design and in its implementation^[4].

Respect for human rights. Prometea is compatible with the fundamental rights recognized in the Argentinian Constitution and the international human rights instruments, of which Argentina is a State Party.

Non-discrimination. Prometea is designed in order to prevent the development or intensification of any type of discrimination based in stereotypes. The methods used by this AI do not reproduce expressions or discourses of discrimination.

Safety and quality. Prometea is a project that is expanding rapidly, so every time we contact organizations and / or people to design an intelligent system according to their needs, one of the first steps is to obtain the corresponding permissions to comply with security protocols.

Transparency and impartiality. AI algorithms must be completely transparent in their decisions. This means that it must be possible to infer or deduce an "understandable explanation" about the criteria they use to arrive at a particular conclusion, suggestion or result. As a rule, all the methodology used to design Prometea is accessible, traceable and understandable, in a clear and familiar language to describe how results are reached.

Strict human control. Human control is present at all stages of Prometea implementation in order to train the system to constantly improve itself. This is achieved through trial and error, so human control is essential in an intelligent system that impacts or has a strong impact on people's fundamental rights.

2.1. Prometea in numbers

This innovation has brought immense benefits in its application and the development of several proofs of concepts within Justice and Public Administration:

It predicts the solution to a judicial case in less than 20 seconds with a 96% success rate. It allows the drafting of 1000 judicial sentences related to housing rights in only 45 days; in the traditional way this would take 174 days.

In minor offenses, it allows the creation of 1000 resolutions to suspend trials for driving under the influence of alcohol in 26 days, which manually would take 110 days.

In the Constitutional Court of Colombia, which received thousands of files daily, the time destined to select urgent cases was reduced from 96 days to up to 2 minutes since the application of machine learning. Prometea reads, analyses, detects and in a few seconds suggests which the priority cases within health

related matters are. All this, under human supervision. Moreover, 14 documents can currently be created in 16 minutes, when before it would take a person 2 hours and 40 minutes of work. The efficiency in this case is increased by a 937%. In the Civil Registry of the City of Buenos Aires, the rectification of 6000 administrative records which enter during one year, are done in 2 months using Prometea, when the normal procedure took 8 months.

In relation to all the implementations, it was concluded that Prometea reduces the amount of typing mistakes by 99%; and allows an exhaustive control of formal aspects of the documents involved.

2.2. Other contexts in which Prometea is applied

One of the most relevant sectors that civil courts are called to assist to is trials invoked by traffic accidents.

The Province of Buenos Aires is the largest jurisdiction with the largest number of inhabitants in Argentina. It is also the province in which the greatest number of traffic accidents occurs. During the last decade, the province increased the road accident rate by 50%, a percentage that represents 34% of the total country.

In this context, the team working on the development of Prometea established a link with the Court of Moron, a jurisdiction of the aforementioned province, in order to put Prometea into operation so that it could collaborate in the bureaucratic processing of civil procedures around traffic accidents, with the aim of reducing judicial response times.

A great number of the traffic accidents trials is affected by the determination of a causal link (or chain of causation). The causal link is a cause-effect relationship that allows establishing the facts that could be considered determinants of the damage and which of them caused the tangible damage. This causal relationship is essential to claim damages caused to the author or responsible. Determining whether the trial is affected or not by causal link requires the justice system a lot of time, resulting in a delay in resolving the case.

According to the data-collection done by the research team, out of 400 files from different Argentinian jurisdictions, in 84.8% there was a causal link and in 15.2% of the cases, there was a rupture of the causal link. Doing the same analysis in the Province of Buenos Aires demonstrated that there was a causal link in 70.9% of

the files, while the rupture of the link occurred in 29.1% of the cases.

Prometea here works as a predictive assistant that allows to analyse in a few seconds, that projected document. This means that the Artificial Intelligence performs the task of control and contrast with the story described in the file, in a few seconds, which allows the judge to increase the knowledge base to make a better decision.

2.3. Task-based approach. Automation that humanizes

From the moment we started designing Prometea, we understood that the perspective had to focus on the distinction between jobs and the tasks that form them. In general, professions are made up of multiple and diverse tasks, which in turn require distinctions in relation to the cognitive abilities behind each one. We insist on separating jobs and tasks, because in the short term there are few occupations that can be completely automated with the existing technologies. However, when those tasks are automated, work profiles must be transformed^[5]. Based on this analysis, we classify the tasks into three large segments: automatable, semi-automatable and non-automatable. In the Deputy Attorney General Prosecutor's Office in the Contentious Administrative and Tax Matters of Buenos Aires, we segmented tasks and detected that of 169 activities that are carried out, 54 can be completely automated, whereas there are 74 tasks that cannot be and 41 that can only be partially automated^[6].

Figure 1: task according to automation grade

ACTIVITY	Automatable	Non-automatable	Semi-automatable	Total
Legal-Systematization	16	26	13	55
Legal-Ruling	1	5	6	12
Legal-AI	1	8	3	12
Planning and management	9	7	3	19

CERIDAP

Administrative-Ruling	14	-	-	14
Training and promotion	13	28	16	57
Total as for automation grade	54	74	41	169

During the development of Prometea, workers had to learn concepts and logics linked to intelligent systems. At the same time, they had to unlearn techniques and approaches that they have acquired to develop within the "industrial" paradigm, based on a succession of linear steps to reach a certain result.

Working with AI makes the search for solutions and the way to reach them, more clear and precise. Training algorithms into routine, repetitive and mechanical tasks, give employees the possibility to be more productive in postponed or complex tasks.

When a worker has an AI system such as Prometea, which for example, in a few seconds detects and compares prices of the latest purchases in the public sector, it increases its capacity to improve the efficiency of public spending. It is evident that the combination of human workforce and AI systems, under an inclusive approach, produces the phenomenon we have called "automation that humanizes".

The reduction of biases, mistakes and time, allows redirecting biological cognitive abilities to more sophisticated tasks or to those that require empathy and creativity. For example, it is estimated that by 2030 digital workers will dedicate two hours less per week to routine tasks which can be automated, being able to focus on more complex activities^[7].

In conclusion, far from unemploying people, Prometea hierarchized the work, simplified bureaucracy, optimized the process, accelerated the response times of justice, incorporated new operators and also allowed the development of delayed tasks or complex activities.

3. Conclusions

During the 20th century, the bureaucratic structures were based on a logic that

migrates from paper, typewriter and printing press, to computers, text processors and printers. This “printing bureaucracy” does not focus on the citizens, but on the public organization. With the advance of ICT –Internet, social networks, mobile apps– “digital bureaucracy” began to consolidate, that results in clicks, window opening and copying and pasting data into computer programs.

The incorporation of new technologies should be approached from the perspective of people and their rights. In order to do that, it is no longer enough to “apply” new technologies to existing problems, or to improve computer systems to “do the same” but with more technology. On the contrary, it is about rethinking or redefining new strategies and ways of understanding the relationship between society and technology.

We strongly believe that public institutions must move to a different paradigm, what we called “intelligent bureaucracy”. In this context, AI systems simplify and exponentially accelerate interactions and tasks based on automation and predictive activity. We have already verified that this is possible thanks to Prometea. This AI impacts on the effectiveness of rights in general and, specifically, the principles of equality and legal security. In turn, it humanizes public workers as it allows them to be freed from mechanical tasks, which makes it possible to allocate more human capital to more complex activities.

We aspire to promote a transition towards a new archetype of public organizations that will make them exponential. Although we do not ignore the many challenges that we have to face, we propose to move forward in this path in order to achieve more accessibility, acceleration, precision, simplification, knowledge base, and in the end, more rights for more people.

1. To consult the implemented projects, the projects in progress and the Prometea concept tests: <https://ialab.com.ar/proyectos-de-impacto/>.
2. Resolution No. 73/17 of the UN General Assembly, “Impact of rapid technological change on the achievement of the Sustainable Development Goals and targets” A/RES/73/17 (December 3, 2018), item 1.
3. A chatbot is a conversation agent that interacts with users in a certain domain or in a certain topic with natural language. See, Jizhou Huang, Ming Zhou, Dan Yang. 2007. Extracting Chatbot Knowledge from Online Discussion Forums. *International Joint Conference on Artificial Intelligence*, Hyderabad, India, 423-428.
4. These principles are inspired by the European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment.

CERIDAP

5. International Labor Organization. 2018. *The economics of artificial intelligence: Implications for the future of work*, Research Paper 5, ILO Future of Work Research Paper Series, p. 9.
6. In this case, the AI system Prometea was used. For the preparation of this study on tasks that is carried out in the Office of the Deputy Attorney General for Administrative and Tax Matters of Buenos Aires, we are based on the research: Kate Pounder and Geoffrey Liu. 2018. “New Jobs. Latin America and Australia”, in BID-INTAL, *Planet Algorithm. Artificial Intelligence for a Predictive and Inclusive Form of Integration in Latin America*, 273-289.
7. *Ibid.*, p. 279.

O acórdão do tribunal constitucional alemão e o tribunal de justiça – cooperação judicial ou diálogo de surdos?

José Luís da Cruz Vilaça

This article analyses the recent decision of the German Constitutional Court, where it considered that the PSPP (Public Sector Purchase Programme) adopted by the ECB (European Central Bank) was ultra vires. The author undertakes an in-depth analysis of the relationship between the European Court of Justice (ECJ) and the constitutional courts of the Member States, also touching upon the fundamental principles of EU law underpinning such judicial cooperation, which is one of the main features of the Union's judicial architecture. Such analysis leads to the conclusion that the German Constitutional Court misconstrued, inter alia, the principles of conferral and proportionality and threatened the very foundations of the EU legal order, of its integrity and autonomy, by replacing judicial cooperation with judicial confrontation and by ignoring the principle of equality of Member States before the Treaties and the principle of sincere cooperation between the Union and its Member States. Moreover, the decision of the German Constitutional Court defies the exclusive competences conferred to the ECJ by the Treaties, thus undermining the rule of law at the heart of the European Union. It also seriously endangers the independence of the ECB and the ESCB, including the Bundesbank, in performing their tasks in the field of monetary policy. Some final words are devoted to an assessment of the immediate consequences of the judgment, as well as possible ways to overcome it [The judgment of the German Constitutional Court and the Court of justice - judicial cooperation or dialogue of the deaf?]

1. O que está em causa

O acórdão do 2º Senado ^[1] do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

(adiante “TC alemão” ou “TC” ou ainda “*Bundesverfassungsgericht*” ou “*BverfG*”), de 5 de maio, sobre o programa PSPP – *Public Sector Purchase Programme* (programa de compra de ativos do setor público em mercados secundários) do Banco Central Europeu (BCE), provocou ondas de choque em toda a Europa – e não apenas nos meios jurídicos habitualmente atentos e interessados – e tem suscitado, além de reações institucionais diversas, um vivo debate nos meios de comunicação social e numa opinião pública preocupada com o futuro da União Europeia.

Não é caso para menos: o debate jurisdicional entre o TC alemão e o Tribunal de Justiça da UE (adiante também designado “Tribunal de Justiça”, “TJUE” ou “TJ”) suscita, inevitavelmente, a questão essencial de saber se é possível evitar o risco de desagregação constitucional na UE.

Como antigo juiz do Tribunal de Justiça, tenho pelo TC alemão o maior respeito institucional - o mesmo respeito que me merece qualquer outro tribunal constitucional de qualquer outro Estado-membro da União Europeia.

Convém, porém, que nos entendamos sobre o papel e a missão de cada um num mundo em mudança permanente, no qual, se queremos preservar o essencial, há linhas que não podem ser ultrapassadas.

Seria um erro tratar este episódio como um mero incidente de percurso, rapidamente absorvível e que não deixará sequelas. Do que estamos a falar é do projeto europeu, não exatamente como foi concebido e posto em prática a seguir à II Grande Guerra, mas com a forma, o espírito e o desígnio de que se foi dotando ao longo dos anos, para responder aos desafios de cada tempo.

2. O papel dinâmico do diálogo constitucional na União e o passo em frente do TC alemão

O TC alemão desempenhou, no passado, um papel de relevo como motor de desenvolvimentos jurisprudenciais do Tribunal de Justiça que, na ausência de um catálogo escrito de direitos fundamentais nos Tratados comunitários, conduziram ao reforço dos fundamentos da ordem jurídica da União. Com efeito, foi por pressão da jurisprudência do *BverfG*^[2] – mas também da *Corte Costituzionale* italiana^[3] – que, entre finais dos anos 50 e finais dos anos 70 do século passado, o Tribunal de Justiça foi desenvolvendo e sedimentando a sua

“jurisprudência direitos fundamentais”^[4], a partir da ideia de que estes direitos, consagrados na generalidade das constituições dos Estados-membros^[5], constituem princípios gerais do direito comunitário, cujo respeito lhe compete assegurar.

A evolução culminou com a proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia^[6] e a sua equiparação ao direito primário pelo Tratado de Lisboa^[7]. O fim feliz dessa história foi o resultado de uma tensão criadora no quadro de um processo virtuoso de “fertilização cruzada” entre tribunais constitucionais e o Tribunal de Justiça. Mas a tensão pode tornar-se destrutiva quando deixa de respeitar as missões respetivas e os limites dos poderes e competências de cada um, no âmbito da respetiva ordem jurídica.

Neste plano, o TC alemão deu agora, com o seu acórdão de 5 de maio, um perigoso passo em frente - relativamente, mesmo, à sua anterior jurisprudência Maastricht^[8] e Tratado de Lisboa^[9] - na medida em que não se tratou, *desta vez*, de analisar, a título preventivo, a compatibilidade com a sua Constituição de um decreto de ratificação ou aprovação de quaisquer alterações aos Tratados.

O que agora está em causa é, a meu ver, bem mais do que isso: o TC alemão agiu *ultra vires*, chamando a si competências atribuídas em exclusivo pelos Tratados (e, portanto, por todos os Estados-membros que os assinaram) ao órgão judicial criado por estes para dizer o direito neste espaço jurídico e político, pondo em risco os fundamentos de uma ordem jurídica de integração que foi sendo criada ao longo de 70 anos.

Neste domínio da respeitabilidade constitucional, há algumas linhas vermelhas a não ultrapassar, sob pena de não nos respeitarmos uns aos outros. Senão, vejamos.

3. As linhas vermelhas e os seus problemas

3.1. As competências exclusivas do TJUE e o carácter vinculativo das suas decisões – o Tribunal não dá pareceres

Para o exercício da missão de garantir “o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados” (artigo 19.º, nº 1), os Estados-membros instituíram um sistema jurisdicional adaptado às características da ordem jurídica da União (na

altura, a “ordem jurídica comunitária”), cujo eixo é o mecanismo de cooperação judicial do *reenvio prejudicial*, previsto e regulado, em termos gerais, no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Um tal sistema só pode funcionar com base no respeito escrupuloso pelas competências e o papel respetivo de cada um.

Neste quadro, a competência do TJUE para interpretar, em última instância, o direito da União e declarar, sendo caso disso, a invalidade das suas disposições é, e não pode deixar de ser, uma competência exclusiva, indelegável e impartilhável, sem o que não seria possível assegurar a autonomia do direito da União e a sua *aplicação efetiva e uniforme* em todo o território desta, sob pena de infligir um tratamento discriminatório aos seus nacionais ou residentes consoante o tribunal chamado a decidir sobre os direitos ou obrigações decorrentes do direito da União.

Esta competência exclusiva do Tribunal de Justiça constitui a primeira linha vermelha que não pode ser ultrapassada por qualquer autoridade ou órgão judicial de um Estado-membro sem colocar frontalmente em causa o cumprimento da missão que foi conferida ao TJ - pela totalidade dos Estados-membros, lembro - de salvaguardar a integridade da ordem jurídica da União e a estrutura própria do seu sistema jurisdicional – que, de resto, o Tribunal já considerou como fazendo parte dos próprios fundamentos da União, que não podem sequer ser postos em causa por via de uma revisão dos Tratados.

O corolário imediato deste entendimento é o de que o Tribunal de Justiça não dá pareceres: as suas decisões prejudiciais impõem-se a todos os destinatários, a começar pelo órgão de reenvio, ao qual compete assegurar a aplicação, no litígio pendente, das normas da União, com o sentido que lhe deu o TJ.

Tudo isto foi sublinhado, em substância, pelo Tribunal na única resposta que deu publicamente ao *BVerfG*, em comunicado de imprensa de 8 de maio.

3.2. O problema – a fronteira de competências constitucionais entre a UE e os Estados-membros e a necessidade de um árbitro imparcial, independente e

equidistante

Claro que pode surgir um problema quando se tornar necessário determinar, num caso concreto, qual é a extensão dos poderes da União e das suas instituições em confronto com as competências reivindicadas por um órgão constitucional de um Estado-membro.

O TC alemão não descobriu a pólvora quando recordou que a delimitação das competências da União se rege pelo princípio da atribuição – noção constante do Tratado (artigo 5.º, nº 1, TUE) e que o TJ interpreta e aplica na sua jurisprudência de forma regular e consistente.

Por outro lado, como manda o artigo 4.º, nº 2, TUE, a União respeita a identidade política e constitucional fundamental de cada Estado-membro, nos termos ali preconizados.

Há que não esquecer, porém, que, a partir do momento em que esta noção de identidade nacional ou constitucional foi integrada no Tratado, a sua interpretação passou a ficar confiada ao único árbitro constitucional imparcial, independente e equidistante, o Tribunal de Justiça da UE, capaz de o fazer com ressalva da *autonomia da ordem jurídica da União*.

Não podia ser de outra maneira nem admira que assim seja, uma vez que o TJ é o único órgão jurisdicional cujo ADN assegura que, nas decisões de natureza constitucional, estejam representadas a maioria, senão a totalidade, das tradições e ordens jurídicas nacionais dos Estados-membros e as sensibilidades a elas associadas e cujo modo de funcionamento assenta num diálogo permanente – no quadro do reenvio prejudicial ou fora dele – com os tribunais de todos os Estados-membros, num esforço contínuo de construção de uma “comunidade de cultura constitucional”⁽¹⁰⁾.

Esta mensagem dirige-se, portanto, a ambos os lados. Num problema de fronteira não há solução possível se nenhuma das partes for capaz de ouvir e considerar as razões da outra.

Um exemplo flagrante – e recente – de uma atitude de espírito pronta à escuta é a sequência de acórdãos do TJ, que ficou conhecida como a “saga Taricco”⁽¹¹⁾, em que o Tribunal infletiu a sua anterior orientação jurisprudencial – não necessariamente errada – com o objetivo de acomodar o facto de se ter verificado (no que foi o primeiro reenvio prejudicial da *Corte Costituzionale*, onde esta, diga-

se, se absteve de tirar qualquer ameaça “nuclear” da sua doutrina dos *controlimiti*) que as regras sobre prescrição no âmbito penal tinham, em direito italiano, uma natureza substantiva e não meramente processual, com incidência sobre a proteção dos particulares contra a aplicação retroativa de normas incriminatórias em matéria de violação grave das regras sobre o IVA e, portanto, de fraude contra os interesses financeiros da União em matéria de recursos próprios.

O *BverfG*, quanto a ele, ao anunciar nos seus reenvios prejudiciais que, qualquer que fosse a decisão do TJ, se reservava o direito de submeter a ação do BCE à sua fiscalização constitucional, parece, porém, ter-se esquecido que o respeito só pode ser mútuo, sem o que se transforma, inevitavelmente, em arrogância, de um lado, ou em subserviência, do outro – se não em autismo institucional capaz de secar toda a vida, por dentro e à sua volta.

3.3. Efeito direto e primado do direito da UE; os princípios da cooperação leal e da igualdade entre os Estados-membros

Mas, se os apriorismos e os dogmatismos têm limites, o relativismo institucional também tem. E o maior limite está no respeito dos princípios e valores fundamentais sobre que assenta uma construção institucional, sobretudo quando esta envolve 27 Estados soberanos e 450 milhões de habitantes.

Neste contexto, há uma segunda linha vermelha, que não pode ser ultrapassada: é que a autonomia da ordem jurídica da União não pode ser posta em causa, unilateralmente, por qualquer dos seus criadores, eventualmente zangado consigo próprio.

Os princípios do efeito direto e do primado são os instrumentos jurídicos que garantem esse resultado. É pacífico, desde há 60 anos (*Van Gend en Loos*, 26/62, 5.2.1963, *Costa/ENEL*, 6/64, 15.7.1964, *Simmmenthal*, 106/77, 9.3.1978), que tais princípios constituem os pilares da ordem jurídica comunitária e condição da sua própria existência.

Numa estrutura complexa como a da União Europeia – espécie de constitucionalismo plural a vários níveis – não pode aceitar-se a existência de tribunais “constitucionais” concorrentes no mesmo espaço, sob pena de criar uma União de geometria variável e, no limite, o caos institucional generalizado.

Nem é possível selecionar quais as “identidades nacionais a salvaguardar” ou

conceder um estatuto privilegiado a qualquer tribunal constitucional nacional – ou atribuir-lhe sequer o papel de representante de todos os outros. Do que se trata é de encontrar, no quadro da legalidade “constitucional” instituída na União, as vias de acomodação legítima das várias identidades em presença, no respeito pelo princípio da igualdade dos Estados-membros perante os Tratados, também consagrado no artigo 4.º, nº 2, TUE, e tendo presente outro princípio, ele também constitucional, o da cooperação leal entre a União e os Estados-membros para a realização dos objetivos comuns, expresso no artigo 4.º, nº 3, TUE.

4. As questões de fundo

As considerações que acabo de fazer dizem respeito ao *hardware* do problema, a meu ver, o núcleo essencial do que está em causa neste processo.

As questões de fundo levantadas pelo TC alemão constituíram, por sua vez, apenas o ensejo para a afirmação de certas posições de princípio: mas são muito importantes para a sobrevivência da própria União – e não apenas da sua ordem jurídica.

Duas palavras apenas sobre essas questões.

O TJ respondeu a todas elas no conjunto dos dois processos relativos aos programas de compra de títulos de dívida soberana pelo SEBC no mercado secundário (*Gauweiler* – programa OMT^[12], e *Weiss - PSPP*^[13]) em termos idênticos ou complementares.

Limito-me a meia-dúzia de pontos.

4.4. As fronteiras da política monetária e o seu impacto na política económica

Em *primeiro lugar*, a relação entre a política monetária (competência exclusiva da União Europeia) e a política económica (competência, em princípio, dos Estados-membros, que estes devem, como determinam os artigos 120.º e 121.º TFUE, conduzir no sentido de contribuir para a realização dos objetivos da União e considerar como questão de interesse comum, a coordenar no Conselho):

1. Na ausência de uma definição de política monetária no Tratado, é por

- referência aos seus objetivos (*estabilidade dos preços e apoio às políticas económicas gerais na União*) e aos meios previstos que o TJ controla o respeito dos limites de competência;
2. Os objetivos visados com os programas do BCE inscrevem-se neste quadro: preservar a unicidade da política monetária (para toda a zona euro) e assegurar uma adequada transmissão à economia das medidas tomadas;
 3. Uma medida de política monetária não se converte em medida de política económica apenas porque *é suscetível de ter efeitos diretos na estabilidade da área do euro* – não se entende aliás a utilidade de uma política monetária desligada do seu impacto na economia (não são compartimentos estanques!);
 4. Os meios (operações de *open market*) são clássicos e estão previstos no direito primário: qualquer especialista em política monetária poderá explicar que são essenciais à eficácia da intervenção de um banco central nos mercados financeiros, com choques assimétricos, sobretudo quando tem a seu cargo a gestão de uma moeda comum a 19 Estados soberanos, com estruturas, políticas económicas e níveis de desenvolvimento muito diferentes. Não podemos ter uma moeda única gerida por um Banco Central atado de pés e mãos!;
 5. Finalmente, uma vez que as perturbações no mecanismo de transmissão podem resultar da situação específica de certas economias, é impossível não modular a intervenção a essas situações, tendo em conta, sendo caso disso, os programas de ajustamento macro-económico a que estejam submetidos.

4.2. O teste da proporcionalidade

Em *segundo lugar*, o imbróglio do teste de proporcionalidade. Foi a esse teste que o TJ procedeu nos dois acórdãos, para concluir que as medidas tomadas estavam conformes com as suas exigências.

Fê-lo à luz da sua jurisprudência constante segundo a qual, quando uma instituição ou organismo é chamada a fazer opções de natureza técnica, previsões e apreciações complexas, há que reconhecer-lhe um amplo poder de apreciação.

O controlo jurisdicional (focado no dever de fundamentação, na consideração de todas as circunstâncias pertinentes, e na adequação aos objetivos legítimos, sem exceder o necessário) deve então respeitar essa margem de apreciação e ser dirigido a evitar e sancionar erros manifestos.

Especialmente em matéria tão controversa como a política monetária, o TJ sempre se recusou a substituir-se ao órgão competente e dotado dos meios técnicos para melhor graduar a sua intervenção, na ausência de erro evidente. O mandato para decidir é de quem seja competente para isso.

O TC alemão – e, em geral, se não me engano, os constitucionalistas e administrativistas alemães - pendem, contudo, para um controlo mais intenso. Exige, além disso, que seja feito “de acordo com princípios metodológicos reconhecidos” – isto é, os seus, considerados como únicos e universais: como recentemente escreveu Jacques Ziller^[14], isto significa sujeitar os métodos de interpretação jurídica à “*reserva Solange*”!

Seja como for, o TJ concluiu, no termo da sua análise, que os programas estavam rodeados dos condicionalismos e cautelas destinados a assegurar que se limitavam ao indispensável para alcançar os seus objetivos e, além disso, impôs que as suas intervenções se fizessem em condições cujos efeitos não equivalessem, na prática, a um financiamento monetário de défices públicos, proibido pelo artigo 123.º, nº 1, TFUE.

Mas o mais surpreendente ainda é a reivindicação do TC a aplicar o princípio da proporcionalidade à *delimitação de competências* da União, ao passo que ele só se aplica, nos termos do artigo 5.º TUE, ao *exercício das competências atribuídas*...

4.3. A independência do BCE e do SEBC, incluindo o Bundesbank

10. É certo que, e esta é a minha *terceira* observação, o TC alemão teve o cuidado de reconhecer que não era diretamente competente para controlar a validade de um ato de uma instituição da União, mas usou de instrumentos de efeito equivalente para chegar ao mesmo resultado – através de uma injunção enviesada ao BCE para fundamentar, em três meses, a sua decisão em conformidade com as suas próprias exigências em matéria de proporcionalidade, sem o que ela não seria aplicável na República Federal, ordenando, ao mesmo tempo, ao *Bundesbank*

que se abstenha, se isso não acontecer, de participar no programa de compra de títulos do programa PSPP.

Duplo problema: resulta do artigo 130.º TFUE que o SEBC exerce a sua missão no domínio da política monetária de forma independente e que nem o BCE nem os bancos centrais nacionais podem solicitar ou receber instruções das outras instituições ou órgãos da União, dos governos nacionais ou de qualquer outra entidade, e que todas estas entidades e governos se comprometem a respeitar este princípio e a não procurar influenciá-los no exercício das suas funções.

Com efeito, de acordo com os Estatutos do SEBC e do BCE, os bancos centrais nacionais constituem *parte integrante do Sistema* e devem atuar em conformidade com as orientações e instruções do BCE. Significa isso que, enquanto membros do Conselho do BCE, os governadores dos bancos centrais atuam como órgãos da União e não estão sujeitos a qualquer controlo nacional.

Não se percebe como é possível compatibilizar as injunções do TC alemão com estas exigências de independência.

5. Implicações imediatas e sugestões de superação

Juízo conclusivo. Face ao problema criado, há os catastrofistas, que não veem saída, e os otimistas, que acham que as implicações práticas da decisão do 2º Senado não são significativas.

Eu sou otimista – mas só na medida em que, quando tem de haver solução, é preciso encontrar solução. Dito isso, o problema é sério e tem iminentes implicações práticas, a primeira das quais já se manifestou, pela voz do Primeiro Ministro húngaro, ao anunciar que não cumpriria todas as decisões do TJUE que fossem contrárias à Constituição da Hungria.

A segunda está à vista: o recurso constitucional dos Srs. Weiss, Gauweiler e outros responde a uma agenda política de sentido nacionalista, soberanista, ultra-conservador e eurocético, ao qual o TC alemão deu cobertura e alento, mas que não ganhou ainda a sua guerra contra as instituições europeias e que vai, por isso, voltar à carga. Provavelmente, já em relação ao programa do BCE destinado a fazer face à urgência da pandemia da Covid-19 ou às medidas que venham a ser tomadas na sequência das iniciativas da Comissão e do eixo franco-alemão, que envolvam a utilização do orçamento da União e a emissão de dívida comum (ou

de partilha conjunta do risco da dívida), qualquer que seja a modalidade utilizada e mesmo que não envolva risco moral.

A Comissão, pela voz da sua Presidente alemã, fez bem em ameaçar com uma ação por incumprimento, por ato do poder judicial supremo. Não creio que vá cumprir a ameaça, mas não seria a primeira vez que o faria: ainda recentemente o fez contra a França, relativamente a decisões do *Conseil d'État* – e foi bem sucedida ^[15].

Se a questão se mantivesse no âmbito estritamente jurídico, a racionalidade própria do direito permitiria resolver o problema com os seus instrumentos habituais. Atesta-o a reação, por vezes vigorosa, de antigos presidentes do Supremo Tribunal Federal (o *Bundesgerichtshof*) e do próprio TC. Mas o problema é essencialmente político.

Por isso, só vai resolver-se duradouramente a outro nível. Só que o momento é péssimo e alterações dos Tratados nem pensar. Talvez as mudanças na composição do 2º Senado possam contribuir para anestesiar a situação.

Mas deixo, a terminar, uma sugestão, no espírito de diálogo inter-judicial que preside ao funcionamento do sistema dos Tratados.

Talvez valha a pena refletir sobre a oportunidade e utilidade de instituir, no quadro de um Forum a institucionalizar entre o TJUE e os tribunais constitucionais e supremos dos Estados-membros, um sistema de alerta do tipo do que existe para os parlamentos nacionais relativamente ao princípio da subsidiariedade; ou então, na linha de uma proposta feita há alguns anos pelo Prof. Joseph Weiler, de criar um mecanismo arbitral ou de mediação constitucional da União, composto por representantes dos dois níveis, capaz de atenuar, preventivamente, fricções e de substituir, sempre que possível, demonstrações de força unilaterais por um esforço conjunto de compreensão e entendimento.

Mas advirto que esta não é uma sugestão na qual deva pegar-se com a ligeireza de quem destapa a lâmpada de Aladim e, muito menos, com o mesmo espírito de quem cria um comité para resolver um problema insolúvel. Por isso, me pareceria mais sensato dar preferência, na reflexão, à ideia de um sistema de alerta, menos capaz de sobrecarregar uma estrutura institucional já complexa e de aumentar o número e a intensidade de discussões sem saída.

Em todo o caso, faço uma ressalva final que me parece impor-se: considero que

qualquer solução duradoura neste domínio só será viável quando houver um consenso sobre o Estado de Direito na União e, com ele, a possibilidade de uma confiança mútua generalizada entre todos os órgãos jurisdicionais supremos e constitucionais.

1. Em português, diríamos 2ª Secção.
2. Decisão de 18.10.1967, e acórdão de 29.5.1974, *BverfG* 37, para. 271 (conhecido como *Solange I*), in *Europarecht*, 1975, pp 150 e segts., bem como acórdão de 22.10.1986, *Solange II*, *BverfG* 73, para. 339. O essencial da mensagem do *BverfG* era no sentido de que enquanto (“*Solange*”) a ordem jurídica comunitária não dispusesse de um parlamento democraticamente eleito, com poderes legislativos e de controlo político, bem como de um catálogo de direitos fundamentais que concedesse aos cidadãos alemães, no âmbito do direito comunitário, um nível de proteção dos seus direitos equivalente aos que estes recebem no quadro da Lei Fundamental alemã, o TC se reservaria o direito de proceder ao seu próprio controlo de constitucionalidade das normas de direito comunitário. A evolução da jurisprudência do TJUE permitiu ao TC alemão concluir, apaziguado, em *Solange II*, que, enquanto o Tribunal de Justiça continuasse a assegurar o nível adequado de proteção dos direitos, ele renunciaria a exercer o seu próprio controlo de constitucionalidade.
3. Sentença nº 183, *Frontini*, de 27.12.1973, in *Foro Italiano*, 1974, I, col. 8 e segts, e sentença nº 170, *Granital*, in *Foro Italiano*, de 1984, I, col. 2077 e segts. Nestes acórdãos, o TC italiano reservou para si a possibilidade de reexaminar a constitucionalidade da lei de aprovação da participação da Itália nas Comunidades em caso de violação dos direitos fundamentais pela legislação comunitária. Porém, a *Corte Costituzionale* demonstrou não pretender usar, na prática, essa competência de controlo, em homenagem à qualidade da jurisprudência direitos humanos do Tribunal de Justiça e desde que o grau de proteção assegurado correspondesse aos parâmetros da Constituição italiana (sentença de 21.4.1989, nº 232).
4. Os marcos determinantes desta jurisprudência são, no período “negacionista” inicial, os acórdãos *Stork c. Alta Autoridade CECA*, 1/58, 4.2.1959, e *Sgarlata c. Comissão*, 40/64, 1.4.1965, e, no período “de revisão”, os acórdãos *Stauder*, 29/69, 12.11.1969, *Internationales Handelsgesellschaft*, 11/70, 17.11.1970, *Nold*, 4/73, 14.5.1974, e, mais tarde, *Rutili*, 36/75, 28.10.1975, e *Hauer*, 44/79, 13.12.1979.
5. E recolhidos nos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos, em especial a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, do Conselho da Europa.
6. Proclamada pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão, no Conselho Europeu de Nice, em 7.12.2000, e objeto de adaptações em Estrasburgo, em 12.12.2007. A Carta foi precedida pela adoção de vários documentos e declarações da responsabilidade das instituições europeias, como a Declaração Conjunta do Parlamento Europeu, do Conselho

CERIDAP

- e da Comissão, de 5.4.1977 - JO C103/1, a Declaração de Direitos e Liberdades Fundamentais, do Parlamento Europeu - JO C120/51, 12.4.1989, a Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (Carta Social Europeia), adotada pelo Conselho Europeu de Estrasburgo, de Dezembro de 1989.
7. Ver artigo 6.º, nº 1, do Tratado da União Europeia (TUE). O Protocolo nº 30 anexo ao Tratado de Lisboa veio, no entanto, introduzir várias restrições quanto à aplicação da Carta à Polónia e ao Reino Unido.
 8. Ao examinar a constitucionalidade da lei de ratificação do Tratado de Maastricht, de 1992, o TC alemão, embora aceitando a primazia do direito da União, introduziu uma reserva a essa aceitação, tornando-a dependente do respeito pelos limites das disposições do Tratado aprovadas pela lei de ratificação, em conformidade com os princípios dos poderes de atribuição, de subsidiariedade e de proporcionalidade.
 9. Por acórdão de 30.6.2009, o TC apreciou a lei de ratificação do Tratado de Lisboa à luz da Lei Fundamental da República Federal. Exigiu várias modificações quanto aos poderes de fiscalização do Parlamento federal e anunciou que ele próprio continuaria a intervir para impedir, em nome da proibição da atuação “*ultra vires*”, qualquer desrespeito manifesto pelo princípio dos poderes de atribuição conferidos às instituições da UE, mas também qualquer violação do núcleo essencial da “identidade constitucional” da Lei Fundamental. Mais indicou que qualquer futuro avanço na integração europeia teria de ser feito na base de uma União de Estados soberanos e da preservação da identidade essencial da sua vida económica, social e cultural, de tal modo que a eventual transformação da República Federal num mero Estado federado exigiria uma revisão constitucional.
 10. Para usar a expressão do Advogado-geral Pedro Cruz Villalón, nas suas conclusões no processo C-62/14, Gauweiler, parágrafo 61, citando o, até há muito pouco tempo (6 de maio), presidente do *BVerfG*, Andreas Voskuhle.
 11. Acórdãos de 8.9.2015, *Taricco e.a.*, C-105/14, EU:C:2015:555, e de 5.12.2017, *M.A.S e M.B. (Taricco II)*, C-42/17, EU:C:2017:936.
 12. Acórdão de 16.6.2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, C-62/14, EU:C:2015:400.
 13. Acórdão de 11.12.2018, *Heinrich Weiss e.a.*, C-493/17, EU:C:2018:1000.
 14. Jacques Ziller, « L’insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand », disponível em <https://blogdroiteuropeen.com/> (em língua inglesa: <https://ceridap.eu/the-unbearable-heaviness-of-the-german-constitutional-judge-on-the-judgment-of-the-second-chamber-of-the-german-federal-constitutional-court-of-5-may-2020-concerning-the-european-central-banks-pspp/>). Sobre este tema, em geral, ver também: Diana-Urania Galetta, “Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze”, https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?hpsez=Primo_Piano&content=Karlsruhe%2B%C3%BCber%2Balles%3F%2BIl%2Bragionamento%2Bsul%2Bprincipio%2Bdi%2Bproporzionalit%C3%A0%2Bnella%2Bpronunzia%2Bdel%2B5%2Bmaggio%2B20

20%2Bdel%2BBVerfG%2Btedesco%2Be%2Ble%2Bsue%2Bconsequenze&content_auth=%3Cb%3EDiana%2DUrania%2BGaletta%3C%2Fb%3E&Artid=42380, Miguel Poiars Maduro, “Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court”, in <https://verfassungsblog.de/some-preliminary-remarks-on-the-pspp-decision-of-the-german-constitutional-court/>, Daniel Sarmiento, “An Infringement Action against Germany after its Constitutional Court’s ruling in Weiss? The Long Term and the Short Term”, in <https://eulawlive.com/op-ed-an-infringement-action-against-germany-after-its-constitutional-courts-ruling-in-weiss-the-long-term-and-the-short-term-by-daniel-sarmiento/> e Inês Quadros, “O braço de ferro do Tribunal Constitucional alemão”, in jornaleconomico.sapo.pt.

15. Acórdão de 4.10.2018, *Comissão c. França (précompte immobilier)*, C-416/17, EU:C:2018:811.

Karlsruhe über alles? The reasoning on the principle of proportionality in the judgment of 5 May 2020 of the German BVerfG and its consequences

Diana Urania Galetta

The judgment of 5 May 2020 of the Zweiter Senat of the Bundesverfassungsgericht, to the extent that it expresses the German constitutional judge's claim to assess the legality of the ECB's decisions on the basis of the principles of attribution and proportionality, is more than questionable in point of law. Furthermore, it is extremely dangerous: and not only because it implies that the Zweiter Senat ultimately refuses, on the basis of the democratic principle and the control of the Union's competences, the uniformity of application of EU law. But also because it appears as the glaring demonstration of a form of "cultural bullying" many complain about, and which emerges in a crystal clear way in the reasoning carried out on proportionality. This is an attitude which, in the contingency caused by the COVID-19 emergency, could have truly tragic consequences for the future of the European Union.

[Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella sentenza del BVerfG tedesco del 5 maggio 2020 e le sue conseguenze] La sentenza 5 maggio 2020 del Zweiter Senat del Bundesverfassungsgericht, nella misura in cui esprime la pretesa del giudice costituzionale tedesco di valutare la legalità delle decisioni della BCE sulla base dei principi di attribuzione e di proporzionalità è più che discutibile in punto di diritto. Inoltre essa è estremamente pericolosa: e non solo perché implica che il Zweiter Senat, in ultima analisi, rifiuta, sulla base del principio democratico e del controllo delle competenze dell'Unione, l'uniformità di applicazione del diritto dell'Unione. Ma anche perché essa appare come la lampante dimostrazione di una forma di "bullismo culturale" lamentato ormai da più parti; e che emerge in maniera lampante nel ragionamento svolto sulla proporzionalità. È un atteggiamento questo che, nella contingenza causata dall'emergenza COVID-19,

potrebbe avere conseguenze davvero tragiche per il futuro dell'Unione.

1. The decision of the *Zweiter Senat*^[1]

The judgment of the *Zweiter Senat* of the *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*) of May 5, 2020^[2] is the final ruling on the constitutional complaints of a number of natural persons, including the now well-known *Gauweiler*, who, among others, was at the origin of the *BVerfG*'s first reference for a preliminary ruling to the EU Court of Justice. This had happened - as is now also well known - in the context of various constitutional complaints requesting the *BVerfG* to prevent, by means of an injunction, the ratification by Germany of the Treaty establishing the European Stability Mechanism (ESM)^[3].

In the present case, with various constitutional complaints^[4] which were brought together, the *BVerfG* was requested to declare illegitimate the decisions of the European Central Bank (ECB) which establish and implement, from 2015, the Public Sector Purchase Programme (PSPP) on the purchase of government bonds on secondary markets.

On this point, the applicants' complaints were rejected. The *BVerfG* admitted that it is not the judge of the legitimacy of the acts of the EU institutions, bodies, offices and agencies.

However, the *BVerfG* was also asked to condemn the Bundestag (Federal Parliament) and the Federal Government, as well as the Federal Central Bank (Bundesbank) for failing to take all necessary measures to prevent the Governing Council of the European Central Bank (ECB) from taking the decisions in question. The complainants were also seeking an injunction obliging the German federal institutions to take all necessary measures to counteract the action of the ECB. Those applications were only partially admitted^[5]. Finally, the applicants requested the *BVerfG* to issue an injunction to the Bundesbank to refrain from purchasing securities on the secondary markets under the PPSP. The latter request was fully granted and the *BVerfG* therefore prohibited the Bundesbank as an institution of the Federal Republic of Germany from making such purchases if the ECB did not convincingly demonstrate within three months that the

challenged decisions complied with the principle of proportionality^[6]. But not, with the principle of proportionality as a general principle of EU law, as it has been shaped and adapted in its abundant case-law by the EU Courts, but rather the German “*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*”!

2. The principle of proportionality: *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* or EU principle of proportionality? The misunderstanding of the Court of Karlsruhe

The principle of proportionality, to which I have devoted so much “scientific effort” in my academic life^[7], certainly takes the lion's share in this ruling. Suffice it to say that the term *verhältnismäßig/unverhältnismäßig* is used 67 times in the text of the Karlsruhe judges' decision.

On the substance, however, it is an attempt (clumsy and ill-concealed!) to lecture the Court of Justice of the European Union on what the principle of proportionality is and how it should be applied.

A few brief remarks in this regard, at first reading, is therefore a must.

First of all, the lesson is given, albeit from the benches of the *Zweiter Senat*, referring to primarily Anglo-American writings of legal scholars. This shows, on the one hand, that not even the German judges of the *Zweiter Senat* are immune from the recent “English-speaking-mania” that leads many scholars to cite literature mainly in English, even when this is not at all relevant. Of course, this remark is not intended to suggest that the Anglo-American academic literature quoted in the text of this judgment is “not at all” relevant. What is striking, however, is how the reference to this academic literature is to the detriment of the reference to well-known scholars of German public law who wrote fundamental pages on the subject (Fritz Fleiner, but also Ruppert von Krauss, Klaus Stern: and the list would still be long!)[8]. In an attempt, perhaps, to conceal that attitude of “cultural dominance” which clearly transpires (at least in my eyes) from all the reasoning of the *Zweiter Senat* regarding the principle of proportionality, and the necessity that the decisions taken within the PSPP programme respect it.

However (and for this reason this is a clumsy attempt), when the *Zweiter Senat* of the German Federal Constitutional Court applies its own national reasoning

scheme to the application of the principle of proportionality by the EU Court of Justice, it is making a mistake that seems to me frankly unforgivable. It forgets as a matter of fact that, although the EU Court of Justice has certainly been inspired by the German model of judicial review of the principle of proportionality^[9], one thing is to point out that this has happened in practice^[10]. Another thing is to infer (as the *Zweiter Senat* does here) that this implies kind of a “guardian role” on the part of the German Federal Constitutional Court on the way in which the EU Court of Justice applies this principle in its own case-law!

That's not all yet! In acting as a censor of the way in which the EU Court of Justice has applied the principle of proportionality in its case-law up to now, the *Zweiter Senat* seems to ignore the fact - which I have repeatedly pointed out, even recently^[11] - that the Court of Justice also has a style of drafting rulings, that is totally different from the German Federal Constitutional Court's one. Starting with the detail (which it is not a detail, of course!), that the EU Court of Justice is not allowed to refer to the writings of legal scholars in the text of its judgments, in support of the conclusions reached: as the German constitutional judge does, in abundance.

The more concise style of the judgments of the Court of Justice, together with the fact that it is not allowed to refer to the writings of legal scholars, can (and here, it certainly does) give rise to an easy misunderstanding: that the judgments on the proportionality of the *Bundeverfassungsgericht* are by definition 'better', because they are more widely argued and supported by such references (to legal scholars).

However, one has to bear in mind - and perhaps it was never as important as it is today! - that the European Union, and the EU Court of Justice (which is one of its main Institutions), are the result of a mediation between different national traditions: those of the (now 27) Member States, which have each brought something within the EU and its Institutions, thus avoiding the dominance of one (legal) culture over the others. And this is also true, of course, with regard to the aspect (largely linked to the specific national tradition) relating to how judgments are drafted. This it is even more true - and *a fortiori* true - with regard to the content of those general principles of law which, if they are often born in the bedrock of national traditions from which they are “borrowed” from the EU Judges of Luxembourg, once they have entered the jurisprudence of the EU

Court, they necessarily acquire autonomy with respect to the systems of origin and become, precisely, “general principles of EU Law”, as such autonomous and “other” with respect to those of the (national) system of origin^[12].

However, it seems clear to me that it is mostly the difference between the German and the EU judges in writing style - and in the way of drafting their own judgements - that plays a role in this context. I mean that in the rulings on proportionality drafted by the EU Court of Justice (and which the *Zweiter Senat* abundantly recalls in its judgment^[13]) only the essential passages of legal reasoning often emerge. That’s why also the prognostic analysis (and the prognostic evaluation) often do not emerge very clearly in its case-law.

This is also due to the fact that the recapitulation of the factual and legal background already takes a great deal of space in the context of the EUCJ rulings. This is precisely because it is a court that must necessarily interact with different national legal systems, which, from time to time, must be properly combined/intersected with the relevant EU law rules.

For the same reason, it may sometimes appear that the proportionality test carried out by the EUCJ is carried out by altering the sequence of application of its constituent elements. Whereas, on the other hand, it is often only the concise way in which the EU Court of Justice’s legal reasoning is presented that leads legal scholars to sometimes raise doubts about the existence of logical leaps in the Court’s reasoning.

Of all which the *Zweiter Senat* seems not to be at all aware of, as it criticises the case-law of the Court of Luxembourg (and not in a concealed way) for the fact that the latter does not seem to exactly retrace the pattern of reasoning of the principle of proportionality as it is applied (but the use of the conditional form would be necessary here!^[14]) by the German constitutional judge in its case-law^[15]. Moreover, forgetting that, when the EU judge applies the principle of proportionality, it often does so in his capacity as administrative judge and not as the judge of laws!

As a consequence, I am not at all sure that the final criticism/remark on the CJEU’s way of applying the principle of proportionality hits the spot, either. I refer to the critical remark (in § 127 of the judgement) to the way in which the EU Court of Justice has applied the principle of proportionality in its case-law and which would render the the principle of proportionality meaningless and

precisely 'devoid of function' (ungeeignet beziehungsweise funktionslos). The way in which the EU Court of Justice has applied the principle of proportionality in its case-law, in order to delimit the boundaries between monetary policy (which an exclusive competence of the European Union), on the one hand, and economic policy, on the other hand.

The truth is that this is simply a different way (the EU Court of Justice's own way!) of applying and, above all, of stating reasons for its decisions on the application of the principle of proportionality. And this diversity seems all the more acceptable the greater is the emphasis the *Zweiter Senat* places on the aspect of due respect for the Constitutional identity (German Constitutional identity), *Verfassungsidentität*): a term that is used 15 times in the text of the judgment. As well as on the related aspect of defence against the erosion of national competences by the European Union (*Erosion mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten*)^[16].

In conclusion - and in response to the lesson that the *Zweiter Senat* here seeks to impart to the Luxembourg Court (on the principle of proportionality and on how it should be applied) - it should be emphasized that, if the protection of national identity and national competences^[17] is really as important as the ruling of the *Zweiter Senat* seems to imply, so is the defence of the European Union (and of its Supreme Court) and of the autonomy of its own legal order against all the attempts by national courts to state their (cultural) supremacy. No matter which Court tries to do that!

Law as a social science? Attempts at “cultural hegemony” and unforgivable mistakes

The judgment of the *Zweiter Senat* of the German *Bundesverfassungsgericht* hits like a *tsunami* on the European Union, already put to the test by the health emergency caused by the COVID-19 and the economic crisis of immense proportions (although not yet fully quantifiable) that it will almost certainly leave us a tragic legacy^[18].

Apart from the specific contents of the judgement itself - and from the legal errors that it undoubtedly contains from the EU Law point of view^[19] - what is striking about this decision is, first of all, the poor timing of the judgement. The

judgment - allow me the strong *vis polemic* - seems to have been issued by a group of judges^[20] who live on Mars; and who have completely forgotten the characteristic of “social science” of law. As a social science it has one characteristic in common with the other social sciences: to be all “born on the basis of a conscious effort of knowledge of society or, better, of human societies”^[21]. The *Zweiter Senat* seems not only to have not taken the slightest interest in this aspect of the issue. Worse still, the words used by its outgoing President (sigh!) *Andreas Voßkuhle*, as reported in the *Frankfurter Allgemeine*, reveal a very poor awareness of what it implies, in the terrible contingency in which we find ourselves today, the fact that law is a social science^[22].

So, if the claim by the judges of the *Zweiter Senat* to assess the legality of ECB decisions on the basis of the principles of attribution and proportionality is – as it has already been underlined by a distinguished scholar – more than questionable in law, it is, above all, extremely dangerous. Not only because it implies “its rejection of the unity of application of Union law on the basis of the democratic principle and the review of the distribution of competences between the Union and the Member States”^[23]. But also because it appears as the blatant demonstration of a form of “cultural bullying” many complain about, and which is only one of a thousand facets of the unbearable arrogance which is characterising, more generally, the approach of some Member States in the management of the economic emergency linked to the COVID-19 pandemic. This attitude could, alas, have tragic consequences for the future of the European Union.

1. This is the English translation, made by the author herself, of the article already published on May 7, 2020, in <https://www.federalismi.it/>. Its only purpose is to make the paper accessible to a wider audience. For this reason, the paper has not undergone a linguistic revision, and also the syntax is more or less the same as in the Italian (original) version at: https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?hpsez=Primo_Piano&content=Karlsruhe%2B%C3%BCber%2Balles%3F%2BIl%2Bragionamento%2Bsul%2Bprincipio%2Bdi%2Bproporzionalit%C3%A0%2Bnella%2Bpronunzia%2Bdel%2B5%2Bmaggio%2B2020%2Bdel%2BBVerfG%2Btedesco%2Be%2Ble%2Bsue%2Bconseguenze&content_auth=%3Cb%3EDiana%2DUrania%2BGaletta%3C%2Fb%3E&Artid=42380.
2. BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 - 2 BvR 859/15 -, paras. (1-237), http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html.

3. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 16 June 2015, in Case C-62/14, Peter Gauweiler and Others v Deutscher Bundestag, ECLI:EU:C:2015:400.
4. The proceedings 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15 and 2 BvR 980/16 were combined for joint decision.
5. For a more detailed analysis see J. Ziller, *The unbearable heaviness of the German constitutional judge. On the judgment of the Second Chamber of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 concerning the European Central Bank's PSPP programme*, in CERIDAP, 2/2020, <https://ceridap.eu/the-unbearable-heaviness-of-the-german-constitutional-judge-on-the-judgment-of-the-second-chamber-of-the-german-federal-constitutional-court-of-5-may-2020-concerning-the-european-central-banks-pspp/>.
6. § 235 of the BVerfG judgment.
7. S. the last one published: D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019/6, p. 903 ss.
8. In fact, only the 1961 book by P. Lerche is recalled: P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, which, however, is only one of the many „German classics” on the subject. For a non-exclusive list of this scholarly contributions see in the footnotes of my latest paper on the subject, cit. in note nr. 6.
9. And which I myself advocated on various occasions, in different papers on the subject.
10. As I myself did, on several occasions, in various writings on the subject.
11. See also in D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo* cit.
12. See further in D.U. Galetta, *Le fonti (del diritto amministrativo europeo)*, in S. Battini, E. Chiti, D.U. Galetta, B.G. Mattarella, C. Franchini, G. della Cananea, *Diritto amministrativo europeo*, Milan, 2^a edition, 2018, p. 103 ss.
13. § 126 of the BVerfG judgment.
14. In fact, the BVerfG ruling starts from a premise, which does not correspond to the reality of the facts: namely, that there is a consensus among German judges (and German scholars) as to how (and with what depth in the analysis of each of its three steps' test) the principle of proportionality should be applied. In this respect, s. e.g. W. LEISNER, *Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit*, Berlin, 1997; M. ALBERS, *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit*, in *Juristische Schulung*, 2008/11, p. 945 ss.
15. I refer to the passage in § 126 where it is clearly stated (and this is not a positive appreciation!) that “In der Rechtsprechung des Gerichtshofs kennzeichnen die Begriffe „geeignet“, „erforderlich“ oder „notwendig“ oftmals die Anwendung des Grundsatzes, ohne dass damit eine vollständige Übereinstimmung mit der deutschen Terminologie und Dogmatik verbunden wäre”
16. § 156 ss. of the BVerfG judgment.
17. The concept used is “kontinuierliche Erosion mitgliedstaatlicher Zuständigkeiten” (§ 156

CERIDAP

- and Leitsatz nr. 4).
18. On this point, please refer to the editorial by R. Leoncini, *Verso il post emergenza Covid-19: Business as usual o nuove opportunità?*, in *Federalismi.it*, n. 12/2020, p. 1 ss.
 19. See again J. Ziller, *The unbearable heaviness of the German constitutional judge* cit., who underlines that “Their entire reasoning is based on the distinction between monetary policy – an exclusive competence of the Union – and economic policy, a competence of the Member States. One wonders whether the judges have understood that the competence in the field of economic policy, although not included among the shared competences listed in Article 4 TFEU, is also a competence of the Union since, as Article 6 TFEU reminds us, the Council – Institution of the Union – is empowered to adopt measures useful for the cooperation of the economic policies of the Member States”.
 20. There is a dissenting opinion which, however, to date (7th May 2020) has not been published (and may be it never will!).
 21. Chapter of P. Rossi, *Social Sciences*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1997.
 22. R. Müller, *Die Amtszeit von Andreas Voßkuhle endet in Kürze: Durch das Grundsatzurteil zum EZB-Anleihenkaufprogramm beendet der Präsident des Bundesverfassungsgerichts seine Amtszeit genauso spektakulär wie er sie begann*, in *Frankfurter Allgemeine*, May 5, 2020.
 23. J. Ziller, *The unbearable heaviness of the German constitutional judge* cit., cit.

Stessa spiaggia, stesso mare? Scadenze dei titoli concessori e indicazioni della “scienza” per un’estate in “emergenza”

Alessia Monica

Il destino delle spiagge, nell’逼近arsi della piena stagione estiva, può essere un argomento di interesse che ripropone interrogativi insoluti dal punto di vista del rapporto, spesso pieno di contraddizioni, tra diritto amministrativo nazionale e principi dell’ordinamento europeo. Vi è dunque la necessità di dettare disposizioni chiare e precise per permettere lo svolgimento della stagione estiva in tutta sicurezza, sia per gli operatori sia per i turisti, ricordando anche la necessità di superare l’inerzia del legislatore per quanto riguarda il riordino della materia relativamente all’assegnazione dei titoli concessori in scadenza, sulla base dei principi di evidenza pubblica stabiliti dai Trattati europei e dalla Direttiva servizi (123/2006/CE) nel cui campo di applicazione rientrano le concessioni demaniali marittime (lacuali e fluviali). L’emergenza potrebbe dunque rappresentare il momento propizio per adottare misure che tengano conto delle situazioni specifiche al fine di tutelare anche il legittimo affidamento dei titolari delle concessioni, sempre nel rispetto di quanto già affermato dai giudici europei a seguito del un rinvio pregiudiziale in cause riunite C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa e sig. Melis. Altresì, sulla base delle disposizioni suggerite dai comitati di tecnici per quanto riguarda le misure di contenimento del contagio da Covid19 che interessano direttamente anche il settore balneare, si possono operare delle riflessioni sull’ “amministrazione dell’emergenza”. Le decisioni necessarie a fronteggiare la crisi debbono sicuramente essere ispirate dal principio di precauzione, ma debbono anche rispettare il principio di proporzionalità di modo da limitare ricadute inadeguate su altri interessi, tra cui le ripercussioni sulla tenuta del mercato unico europeo (dei servizi).

[“Stessa spiaggia, stesso mare”? Deadlines for coastal authorizations and scientific recommendations for a summer in “emergency”.] Approaching the summer season, the destiny of beach resorts and establishments is a subject of notable interest, because it also raises unresolved questions from the point of view of the relationship, often full of contradictions, between national administrative law and the principles of

European Union law. Therefore, clear rules need to be defined in order to allow the summer season to take place safely both for operators and tourists. It is also of paramount importance to overcome the inertia of the legislator with regard to the reform of this sector, concerning overall the expiry of ongoing concessions on the basis of the principles of public evidence established by the EU Treaties and by the “Services Directive” 123/2006/CE (which includes in its scope of applications maritime, lake and river concessions). In this sense, the emergency could be the right moment to adopt measures that take into account each specific situation as to protect the legitimate expectations of the concession holders (in any case in compliance with what has already been affirmed by the EU Court following a preliminary ruling in joined cases C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa e sig. Melis. In addition this allows to make further reflections on “Emergency Administration” on the bases of the provisions suggested by the technical committees in order to contain contagion from Covid19 and concerning also the seaside businesses. Decisions required to deal with the crisis must certainly be inspired by the precautionary principle, but they must also respect the principle of proportionality as to limit unsuitable effects on other emerging interests, including the impact on the stability of the EU single market (of services).

1. Le concessioni demaniali marittime (lacuali e fluviali): un intreccio di competenze^[1]

Ancora una volta il destino delle spiagge, nell’apprrossimarsi della piena stagione estiva, può risultare un argomento di interesse, non solo dalla prospettiva del diritto pubblico nell’ emergenza che stiamo vivendo, ma poiché ripropone interrogativi insoluti dal punto di vista del rapporto, spesso pieno di contraddizioni, tra diritto amministrativo nazionale e principi dell’ordinamento europeo. Nello specifico la tensione si crea laddove, nella persistenza di «*regimi di autorizzazione*» quali, appunto, le concessioni demaniali marittime (lacuali e fluviali)^[2] con finalità turistico-ricreative, vi siano alcune normative nazionali che necessitano di essere disapplicate poiché in contrasto con il diritto dell’Unione^[3]. Oltremodo, nella contingenza attuale l’insicurezza è strettamente connessa ai vari provvedimenti emergenziali adottati da Stato, regioni e amministrazioni locali, volti a fronteggiare la crisi sanitaria Covid-19 e a permettere la riapertura delle attività balneari il prima possibile^[4].

È necessario ricordare che le concessioni in questione costituiscono una “*tipologia singolare di concessi di servizi*” per molteplici ragioni. Innanzitutto, il diritto amministrativo italiano riconduce queste concessioni alla categoria delle «concessioni traslative» in cui, appunto, la pubblica amministrazione concede un diritto, rimanendo titolare della situazione giuridica concessa e trasferisce, dunque, al privato l’uso di un bene pubblico demaniale (art. 822 cc). Per il diritto europeo, come anticipato, le concessioni rientrano nei c.d. «*regimi di autorizzazione*» (art. 9 direttiva 2006/123/CE) e, allo stesso tempo, esse sono state inquadrare come «*concessioni di servizi*» proprio perché oggetto della concessione sarebbe l’autorizzazione ad esercitare un’attività economica su un’area demaniale^[5]. Nei Trattati europei, «*sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone*» (art. 57 TFUE)^[6]. Ancor di più, sono vietate forme di discriminazioni nello svolgimento e nella fruizione della prestazione^[7]. Ovviamente, il divieto di discriminazioni necessita il rispetto dei principi europei, *in primis* il diritto di stabilimento (art. 49 TFUE) e la libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE), proprio perché la contendibilità economica aumenta laddove la disponibilità delle risorse è limitata, come nel caso delle spiagge^[8].

In aggiunta, per quanto riguarda la materia concessioni demaniali, si rileva un intreccio di competenze e funzioni amministrative complesso. Infatti, analizzando la normativa, il riparto delle competenze può essere brevemente così riassunto: il demanio costiero è affidato alle Regioni, in quanto materia afferente al governo del territorio, mentre le funzioni amministrative e di gestione sono esercitate dai comuni. I comuni, a loro volta, sono titolari di concessioni non affidate ai privati ma che devono provvedere ad affidare in gestione per periodi limitati, sulla base di procedure ad evidenza pubblica, le quali variano tra le diverse amministrazioni^[9]. La complessità evidenziata assume ancor più rilevanza soprattutto nel contesto attuale, ove sono sempre più frequenti i contenziosi relativi alla legittimità delle disposizioni relative ad igiene e sanità adottate dalle singole Regioni, rispetto ai vari Dpcm di gestione dell’emergenza sanitaria nonché di quella economico-sociale che stiamo vivendo^[10]. In aggiunta, vi è necessità di dettare disposizioni chiare e precise per permettere lo svolgimento della stagione estiva in tutta sicurezza sia per gli operatori sia per i turisti.

2. Le concessioni e le proroghe: disapplicazione o temporeggiamento?

L'emergenza sanitaria, dunque, da un lato si ripercuote sul comparto perché le attività ricreative di balneazione e di fruibilità dei servizi offerti dai gestori delle spiagge, attualmente sospese, saranno sottoposte a notevoli restrizioni, con inevitabili effetti a cascata dal punto di vista economico. Dall'altro lato è altamente probabile che la gestione operativa dell'emergenza potrà generare nuovi contenziosi, proprio perché la materia delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative ha già dato luogo a diversi conflitti costituzionali^[11] (laddove alcuni aspetti di regolazione specifici vengano compresi talvolta sotto la materia «tutela della concorrenza» o «turismo»). È doveroso precisare che il contenzioso cui si fa riferimento ha riguardato spesso leggi regionali, le quali hanno tentato più volte di procedere ad un riordino della materia per sottrarre le concessioni demaniali in questione al divieto di prevedere meccanismi automatici di rinnovo, o di vantaggi per il prestatore uscente nel caso di risorse naturali scarse^[12] (ove appunto si prevede che debba esser operata una selezione tra diversi candidati imparziale e trasparente). Tutto ciò contribuisce anche ad aumentare il contenzioso amministrativo tra operatori ed enti locali. Tali tentativi sono stati la risposta ad una perdurante inerzia del legislatore nazionale che, invece di procedere ad un riordino complessivo della materia, sulla base di quanto *già* sollecitato dai giudici europei per quanto riguarda le concessioni in scadenza^[13], continua a disporre estensioni delle concessioni in essere, aumentando vieppiù anche il contenzioso tra operatori e amministrazioni. A tal proposito si segnala la recente pronuncia del Tar Veneto del 03 marzo 2020 in cui, appunto, il giudice riconosce che già la Corte di giustizia «*avrebbe sancito, in via generale, l'incompatibilità rispetto all'ordinamento comunitario di normative nazionali che contemplino proroghe ex lege della data di scadenza delle concessioni (equiparabili ad un rinnovo automatico) senza un preventivo confronto concorrenziale*»^[14]. In termini pratici, disapplicando la norma perché contrastante coi principi del diritto europeo, l'amministrazione soccombente dovrà dar luogo alla procedura compartiva per riaffidare la concessione in scadenza, come, in teoria, dovrebbero fare tutte le amministrazioni a partire dal 31 dicembre 2020 (come previsto dal d.l. n. 179/2012)^[15]. Da segnalare il fatto che il giudice veneto abbia statuito di

rimettere la compensazione delle spese tra le parti «*stante la peculiarità e la novità delle questioni trattate nel presente giudizio*» (!!!)^[16] sulla scorta di quanto già disposto dal Consiglio di Stato nella pronuncia 7874/2019^[17]. Sia brevemente consentito di sottolineare come tale conclusione sia alquanto stridente con la realtà dei fatti: si deve infatti ricordare come nell'ormai lontano gennaio 2009, la Commissione europea aprì una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, dal momento che la preferenza sostanziale accordata al concessionario uscente (nell'ambito delle procedure di rinnovo delle concessioni del demanio pubblico marittimo) era da considerarsi discriminatoria per le imprese provenienti da altri Stati membri (art. 49 TFUE). Ancor di più la disciplina vigente era in contrasto con la Direttiva *Servizi* poiché, oltretutto, accordava il rinnovo automatico di sei anni in sei anni per le concessioni demaniali che giungevano a scadenza^[18]. L'infrazione era stata così chiusa con legge comunitaria del 2010^[19] e, stando a quanto già stabilito fin dal d.lgs. 59/2010 (che recepisce le disposizioni contenute nella c.d. *Direttiva servizi*), si deve procedere all'aggiudicazione della concessione nel rispetto dei principi europei di libera concorrenza. Altro discorso invece va fatto per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione da valutare da parte del legislatore nel contesto attuale, che comunque inquadra la concessione demaniale *sempre* all'interno dell'art. 12 della Direttiva servizi.

Va però evidenziato come sia previsto espressamente che gli Stati membri possano tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d'interesse generale, dunque anche ragioni vincolate alla peculiarità di ogni singola concessione^[20].

3. Le concessioni demaniali e le indicazioni degli “esperti” sul rischio sanitario

Le considerazioni svolte fino ad ora hanno delineato l'incertezza normativa nella quale il comparto balneare si trova in questo momento ma possono fornire, a parere di chi scrive, una chiave di lettura interessante per quanto riguarda gli interventi di emergenza che il legislatore (a vari livelli) sta attuando, sia al fine di trovare un punto di incontro tra le misure necessarie a contenere il contagio da Covid-19, sia per offrire la possibilità agli operatori del comparto di sfruttare a pieno l'economicità del bene in concessione (e di conseguenza permetterne la

fruizione da parte del pubblico). In una settimana si sono succedute diverse bozze di provvedimenti e linee guida relative alle modalità di riapertura degli stabilimenti balneari. Al momento in cui scriviamo il DPCM entrato in vigore il 18 maggio ha recepito le linee guida approvate dalla Conferenza Stato-Regioni sabato 16 maggio le quali, a loro volta, superano quanto suggerito dal documento redatto da un comitato di tecnici di INAIL, ISS, e Ministero della Salute^[21] di qualche giorno prima. La necessità di un accordo congiunto da parte delle Regioni su più fronti ha visto la “questione degli stabilimenti balneari” tra le principali, in quanto le indicazioni dei tecnici sarebbero state davvero difficili da attuare nella pratica per molti stabilimenti. Se anche, in teoria, il documento INAIL *«si limita a fornire elementi tecnici di valutazione al decisore politico circa l'adozione di misure di sistema, organizzative e di prevenzione e protezione, nonché semplici regole per l'utenza ai fini del contenimento della diffusione del contagio.»* esse, fin da una prima lettura superficiale sembravano generare, se contestualizzate nelle varie realtà marittime, diverse problematiche. In primo luogo, si invitavano, ad esempio, gli operatori ad assegnare ombrelloni e attrezzature privilegiando l'assegnazione dello stesso ombrellone ai medesimi occupanti che soggiornano per più giorni^[22]. Tralasciando ogni riferimento pressoché immediato al principio di uguaglianza, tale disposizione nella prassi avrebbe complicato ancor di più la situazione, anche dal punto di vista del destinatario. La tipologia del “destinatario” dei servizi spiaggia varia, infatti, sia all'interno del territorio nazionale, sia nel corso della stagione, oppure a seconda della tipologia di servizi che la struttura offre. Inoltre, benché ora siano in vigore restrizioni della mobilità interna nel territorio dell'Unione (prorogate fino al 15 giugno)^[23], le coste italiane e l'attrattiva turistica delle stesse sono di riconosciuto interesse per molti cittadini provenienti da tutto il territorio europeo. Viene altresì spontaneo chiedersi anche quali siano i provvedimenti adottati negli altri Stati membri per quanto riguarda l'utilizzo delle spiagge attrezzate. A tal proposito bisogna ricordare che i modelli di regolazione adottati da alcuni ordinamenti europei per la gestione del demanio marittimo differiscono tra i vari Stati membri che si affacciano sul mare^[24]. Ogni Stato membro, inoltre, può liberamente adottare disposizioni restrittive alle libertà di circolazione, volte a tutelare la salute sul territorio nazionale dal momento che la sanità pubblica è un settore in cui gli Stati membri hanno attribuito all'Unione una competenza

parallela e, in ragione di ciò, l'intervento europeo rimane di carattere indiretto, vale a dire di coordinamento^[25]. Alla luce di ciò, la contendibilità economica del bene spiaggia laddove vi sia una regolamentazione troppo stringente, si affievolisce, sia per quanto riguarda la sua appetibilità per prestatori e destinatari di altri Stati membri, anche in ragione del fatto che le misure di distanziamento sociale ne impediscono il pieno sfruttamento economico, incidendo sulla libertà di iniziativa economica.

In secondo luogo, non va sottaciuto come allo sfruttamento economico del bene e alla sua remunerabilità sia anche legato il canone che il concessionario deve versare al demanio, dal momento che il rischio di impresa rimane a carico del concessionario stesso^[26] e, che, proprio sulla differenziazione della proposta posta in essere dai vari stabilimenti balneari sulle aree pertinenti, si realizzano i veri guadagni dell'impresa balneare. Tra tali servizi, a titolo esemplificativo, si ricordano *in primis* i servizi di ristorazione (pure questi oggetto di disposizioni specifiche se svolti in spiaggia)^[27], ma anche le attività sportive e ricreative svolte in piscine o campi da gioco ubicati all'interno dello stabilimento, servizi ricreativi per gruppi di bambini e ragazzi (le categorie più dimenticate da questa crisi). Nonostante sia necessario che «*le regioni e le province autonome abbiano preventivamente accertato la compatibilità dello svolgimento delle suddette attività con l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori e che individuino i protocolli o le linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in settori analoghi*» le indicazioni recepite dal governo sembrano tenere conto di quella che era la preoccupazione primaria dei vari governatori regionali (ove il comparto balneare è fondamentale per l'economia locale), vale a dire la necessità di garantire la reale realizzazione di un profitto economico per i concessionari, sulla base del quale si presume che possano pagare non solo i lavoratori stagionali, ma anche il canone (la cui misura è determinata dall'atto di concessione)^[28].

Come esempio chiarificatore delle restrizioni inizialmente ipotizzate, si può rimandare alle indicazioni dettate dal comitato tecnico INAIL-INPS riguardante le distanze tra ombrelloni: il quale prevedeva «*la distanza minima tra le file degli ombrelloni pari a 5 metri*» «*e la distanza minima tra gli ombrelloni della stessa fila pari a 4,5 metri*». Posto che, a logica, in spiaggia si sta all'aperto (e non al chiuso dove le distanze- ad esempio nei supermercati sono invece pari ad 1

metro), il rispetto di tali distanze, avrebbe decisamente compreso il numero di ombrelloni disponibili in tante spiagge italiane, ripercuotendosi sul profitto del concessionario. L'accordo raggiunto e recepito nel DPCM prevede invece l'obbligo di «*assicurare un distanziamento tra gli ombrelloni (o altri sistemi di ombreggio) in modo da garantire una superficie di almeno 10 m² per ogni ombrellone, indipendentemente dalla modalità di allestimento della spiaggia (per file orizzontali o a rombo). Tra le attrezzature di spiaggia (lettini, sedie a sdraio), quando non posizionate nel posto ombrellone, deve essere garantita una distanza di almeno 1,5 m*» A partire da tale obbligo ci si muoverà, dunque, a livello locale per assicurare il corretto distanziamento sociale, permettendo anche agli operatori di sfruttare appieno la concessione. Sono poi state disposte rigorose procedure di sanificazione degli spazi e delle attrezzature^[29]

In astratto va ricordato che, con tali limitazioni, molti operatori potrebbero operare un'analisi costi/benefici dell'utilità dell'apertura dello stabilimento; va altresì ricordato come la revoca della concessione possa essere disposta «*per non uso continuato*», «*cattivo uso*», «*inadempienza*» degli obblighi previsti dall'atto di concessione^[30] e, ovviamente, «*omesso pagamento del canone*». Inutile dire che, per il comparto, ciò potrebbe equivalere a parlare di “*nuovi affidamenti*” secondo le procedure ad evidenza pubblica che le amministrazioni dovranno stabilire. In aggiunta, una situazione di emergenza che non consentisse di realizzare pienamente il rapporto concessorio, inevitabilmente porta a chiedersi se le spiagge siano ancora da considerarsi, allo stato attuale, beni/servizi^[31] caratterizzati dall'alta contendibilità, e potrebbe essere prospettabile una proroga *da quantificare* caso per caso dei titoli concessori giustificata dall'emergenza^[32]. Tale possibilità aiuterebbe il settore in difficoltà poiché, come detto, giustificati motivi di interesse pubblico possono essere adottati per restringere le libertà di circolazione (art. 36 TFUE), in cui rientrano anche i servizi. Inoltre, tale deroga non può prescindere dall'essere negoziata con la Commissione europea, laddove, durante l'emergenza sanitaria, essa diventa necessaria proprio al fine di tutelare anche il legittimo affidamento dei titolari di tali autorizzazioni, permettendo ad alcuni di ammortizzare gli investimenti effettuati^[33]. Sulla base di quanto disposto dall'art. 182 del d.l. c.d. *Rilancio*, «*in riferimento ai beni del demanio marittimo in concessione, tenuto conto degli effetti derivanti nel settore dall'emergenza da COVID-19 nonché dell'esigenza di assicurare la certezza dei rapporti giuridici e la*

parità di trattamento tra gli operatori, in conformità a quanto stabilito dall'articolo 1, commi 682 e 683 della legge 30 dicembre 2018, n. 145, per le aree e le relative pertinenze oggetto di riacquisizione già disposta o comunque avviata o da avviare, oppure di procedimenti di nuova assegnazione, gli operatori proseguono l'attività nel rispetto degli obblighi inerenti al rapporto concessorio già in atto, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 34 del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8, e gli enti concedenti procedono alla ricognizione delle relative attività, ferma restando l'efficacia dei titoli già rilasciati. Le disposizioni del presente comma non si applicano in riferimento ai beni che non hanno formato oggetto di titolo concessorio, né quando la riacquisizione dell'area e delle relative pertinenze è conseguenza dell'annullamento o della revoca della concessione oppure della decadenza del titolo per fatto del concessionario.». Con tale dettato pare che il legislatore abbracci una nozione alquanto “singolare” di «parità di trattamento», sicuramente molto lontana dall'interpretazione conforme all'art.12 della Direttiva servizi. Sembra infatti che, pur riconducendo la proroga a ragioni legate alla tutela della salute pubblica, il legislatore nazionale tenti nuovamente di sottrarsi ad un riordino organico della materia, confermando l'attitudine a procedere sul terreno scivoloso del “doppio binario”^[34], vale a dire proroga per le concessioni in essere, e ricorso a procedura di evidenza pubblica per quanto riguarda ulteriori concessioni demaniali marittime non ancora assegnate. Oltremodo, il testo rappresenta solo una conferma normativa dell'estensione al 2033, senza alcuna indicazione esplicita per le amministrazioni comunali che dovranno applicarla. Anche rispetto al principio di proporzionalità, le indicazioni relative alle «riacquisizioni già disposte o avviate o comunque da avviare» lasciano aperti numerosi interrogativi.

4. Conclusioni: la necessità del bilanciamento degli interessi, tra precauzione e proporzionalità

Sulla scorta del quadro delineato, si possono operare alcune riflessioni sull'“amministrazione dell'emergenza”. In particolare, ci si riferisce a ciò che sarà chiamato a fare il decisore politico, soprattutto a livello locale, nei prossimi mesi: si tratterà di bilanciare i diversi interessi in gioco (non solo la tutela della salute)

affidandosi sia agli orientamenti offerte dai vari comitati tecnici ed esperti (nazionali e locali), sia tenendo in considerazione le ripercussioni sempre più forti sulla tenuta del sistema economico e sociale. Se è vero che, nella «*società del rischio*»^[35] in cui viviamo l'emergenza nasce sempre fuori dal diritto (il quale sempre più spesso è chiamato ad inseguire il rischio stesso in un mondo di crescente complessità, progresso tecnologico e interconnessioni), è anche vero che in questa emergenza il diritto è chiamato a confrontarsi, in un rapporto spesso impari, con le conoscenze tecnico-scientifiche. La politica infatti si è affidata *in primis* alla scienza (e alle sue valutazioni) per provare a giustificare i vari interventi adottati proprio nell'intento di contrastare l'emergenza sanitaria. La necessità di affidarsi alla scienza ingenera poi nuove tensioni. Seppure il sapere specialistico possa fornire risposte autonome fondate su argomenti logici e scientifici in relazione alla problematica trattata, la soluzione "politica" deve tenere in conto diversi interessi e operare le sue scelte, sulla base del principio di precauzione^[36], il quale a sua volta presuppone la possibilità di revisione dei dati scientifici a disposizione volti a motivare la necessità di privilegiare la tutela della salute rispetto ad altre libertà^[37].

Il principio di precauzione risulta perciò operare come un «*principio procedurale*»^[38], sicché non si può prescindere dal considerare il contesto di riferimento in un'ottica pluralistica, la quale non tralasci di coinvolgere tutti gli interessati potenziali che potrebbero veder lesa la propria posizione in seguito a determinati provvedimenti^[39]. L'approvazione delle varie linee guida in seno al Comitato Stato regioni è sembrata andare appunto nella direzione di tenere conto della prospettiva delle associazioni di categoria e dei consumatori.

Limitando poi il campo agli stabilimenti balneari in quanto attività economiche, la possibilità di valutare la realtà dei fatti sulla base del contesto reale, anche tenuto conto delle indicazioni degli esperti, permette di estendere tali considerazioni anche al contesto europeo e alla diversità di gestione operativa delle «autorizzazioni» tra gli Stati membri. Il principio di precauzione si caratterizza, infatti, per avere una sua vincolatività, e, in virtù di ciò, non può essere considerato solo come un criterio interpretativo che orienta l'azione amministrativa sulla base del quale il singolo Stato membro può adottare disposizioni specifiche volte a tutelare la salute. Ciò implica che, essendo l'epidemia un fenomeno globale, le misure precauzionali che si sceglie di adottare,

per quanto volte a tutelare il diritto prevalente alla salute, non possono in qualche modo prescindere dal volgere uno sguardo alla realtà che ci circonda, anche oltre al confine nazionale. Non solo, ma proprio in virtù del contesto ultranazionale, debbono tenere conto di un altro principio amministrativo importante quale il “principio di proporzionalità”^[40]. Il principio di proporzionalità dovrebbe perciò svolgere un ruolo di garanzia rispetto alla decisione precauzionale^[41]. Di conseguenza, soprattutto in emergenza, tale principio impone di considerare l’incertezza e il rischio da contagio da Covid-19, non come se questi potessero non esistere, ma imponendo di valutare il grado di tollerabilità dell’incertezza, nonché di verificare se la misura specifica per limitare il rischio non abbia ricadute inadeguate su altri interessi. Tra queste figurano anche le ripercussioni sulla tenuta del mercato unico europeo dei servizi^[42]. L’Unione sta perciò mobilitando tutte le risorse disponibili per rispondere rapidamente, con determinazione e in modo coordinato alla pandemia, soprattutto sul fronte economico^[43]. Dal momento che la crisi attuale trascende la sola emergenza a livello sanitario e nello spirito di integrazione economica in cui l’Unione «*promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri*» (art. 3 TUE), è dunque nell’interesse comune degli Stati membri stabilire un approccio il più possibile solidale e proporzionale tra i diversi settori.

1. Il contributo è aggiornato alla data del 28 maggio 2020.
2. D.l. del 18 ottobre 2012, n. 179, recante: «Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese.», Art. 34 *duodecies*
3. A. Monica, *I regimi di autorizzazione e la libertà di circolazione dei servizi nel mercato unico*, in D.U. Galetta, *Diritto amministrativo nell’Unione europea*, II Ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 231.
4. Secondo il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sarebbero 52.619 le concessioni demaniali marittime. Divise in stabilimenti balneari (11.104); campeggi circoli sportivi e complessi turistici (1231), mentre le restanti sono distribuite su vari utilizzi, da pesca e acquacoltura a diporto e produttivo. <http://dati.mit.gov.it/catalog/dataset/concessioni-demaniali-marittime> (consultato in data 13 maggio 2020)
5. Corte giust., sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 14 luglio 2016, Cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e Sig. Melis*, ECLI:EU:C:2016:558, p.to 47
6. art. 57 TFUE
7. Direttiva 123/12006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, art. 90

8. Cons. Stato, sez. V, sentenza 31 maggio 2011, n. 3250
9. M. D'Alberti, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, in U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 286 ss.
10. TAR Calabria, sez. I, sentenza 9 maggio 2020, n. 841, ove il giudice amministrativo ha sindacato la legittimità di un'ordinanza regionale in contrasto con il dpcm del 26 aprile 2020, evidenziando anche un evidente difetto di coordinamento tra i due diversi livelli amministrativi, p.to 23 diritto
11. In ultimo si fa riferimento alla sentenza Corte cost., 9 gennaio 2019, n.1. Cfr. A. Lucarelli. *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regola della concorrenza ed insorgere della nuova categoria "giuridica" dei beni comuni* (Nota a C. cost., sentenza n. 1/2019), in *Diritti fondamentali*, 2019, 1, 14 maggio 2019
12. Direttiva 123/12006/CE cit., art. 12, par. 2E
13. Cfr., G. Dezio, *Le concessioni demaniali alla luce delle recenti prospettive di riforma.*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2018, <https://www.ildirittoamministrativo.it/pdf/ted/356/Le-concesioni-demaniali-alla-luce-delle-recenti-prospettive-di-riforma.pdf>
14. TAR Veneto, sez. I, sentenza 3 marzo 2020, n. 218, p.to 6, "fatto".
15. Tale decreto-legge, invero, dispone un'estensione automatica delle concessioni in essere dichiarata già illegittima dal giudice europeo già nel 2016 nella sentenza cause riunite C-458/14 e C-67/15 -*Promoimpresa e Melis*, cit.
16. TAR Veneto, sez. I, sentenza 3 marzo 2020, n. 218.
17. Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2019, n. 7874. In tale pronuncia, il Consiglio di Stato pur riconoscendo l'inammissibilità della proroga al 2033 prevista dall'art. 1 L. 145/2018, non ha inciso sugli atti concessori di proroga rilasciati dal Comune di Santa Margherita Ligure operando per la disapplicazione della norma nazionale su cui si basavano, dal momento che la sentenza TAR Liguria 525/2013 ivi appellata si era limitata ad annullare due atti comunali con i quali l'amministrazione si manifestava l'avviso contrario alla necessità di indire una selezione pubblica per l'affidamento della concessione.
18. Nello specifico, nella lettera di messa in mora, la Commissione UE aveva contestato la compatibilità con l'ordinamento UE dell'art. 37, c. 2 del Codice della navigazione e dell'art. 9, c. 4 della l.r. del Friuli Venezia Giulia del 13 novembre 2006 con i principi di cui all'art. 49 TFUE e dell'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE e la compatibilità del rinnovo automatico della concessione alla scadenza biennale di cui all'art. 1, c. 2, d.l. n. 400/1993 (16), convertito con L. 494/1994, e successivamente modificato dall'art. 10 l. 88/2001. Per approfondimenti si rimanda ad A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2013, n. 2, pp. 437 ss., e relativa bibliografia ivi elencata.
19. Art. 11 l. 217/2011 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - *Legge comunitaria 2010*)
20. Art. 12, c.3 Direttiva 123/2006/CE e Cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*,

cit., p.ti 53-54

21. Documento tecnico sull'analisi di rischio e le misure di contenimento del contagio da Sars-CoV-2 nelle attività ricreative di balneazione e in spiaggia. <https://www.inail.it/cs/internet/docs/alg-pubbl-doc-tencico-att-ricr-balenzione-spiaggia-covid-2.pdf> (visitato il 13 maggio 2020)
22. Nel nuovo testo si indica l'obbligo di privilegiare l'accesso agli stabilimenti tramite prenotazione e mantenere l'elenco delle presenze per un periodo di 14 giorni.
23. *EC Communication on the second assessment of the application of the temporary restriction on non-essential travel to the EU*, COM (2020) 222 final https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/assessment-application-temporary-restriction-travel_en.pdf
24. Per approfondimenti sulle discipline vigenti negli altri paesi europei si rimanda a F. Di Lascio, *La concessione di spiaggia in altri ordinamenti*, in M. De Benedetto (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio sulla regolazione delle concessioni balneari*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 103 ss.
25. A. Monica, *Unione europea e tutela della salute. Gestione di emergenze epidemiologiche a carattere transfrontaliero*, in M. Campagna, S. F. Manzin, *Riflessioni sulla sanità in emergenza*, Aracne, Roma, 2020, p. 75 ss.
26. Sulle criticità del settore balneare e sua peculiarità, A. Monica, *L'Odissea delle concessioni demaniali marittime tra principi di libera circolazione, proroghe e interessi di categoria*, 3 agosto 2016, in Eurojus.it; C. Benetazzo, *Concessioni balneari e direttiva "Bolkestein" tra obblighi di trasparenza ed autonomia degli stati*, in GiustAmm.it, 2018, 2, pp. 5.
27. DPCM 17 maggio 2020, «Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»: art. 1, c.1, lettera mm), p.to 3.
28. Art. 39, r.d. 30 marzo 1942, n. 327 - *Codice della navigazione*. Sulla necessità di agganciare i canoni demaniali al valore di mercato cfr., Cons. Stato, sez. VI, sentenza 1° febbraio 2013, n. 626.
29. L'art. 125 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 recante «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19» - c.d. *Rilancio* stanZIA 200 milioni di euro per la concessione di contributi in favore delle imprese turistico-ricettive, delle aziende termali e degli stabilimenti balneari, in relazione alle spese per la sanificazione degli ambienti e delle attrezzature nonché per l'acquisto di dispositivi di protezione individuale.
30. Art. 47 r.d. 30 marzo 1942, n. 327 - *Codice della navigazione*
31. La contrapposizione è voluta per tutte le ragioni spiegate nel par. 1 e 2.
32. Nel breve termine, allo stato attuale, è stata stabilita l'abolizione della prima rata dell'IMU. La prima rata Imu non è dovuta solo a condizione che i possessori siano anche gestori delle attività. (art. 177 d.l. 19 maggio 2020, n. 34)
33. Cfr. Cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e Sig. Melis* p.to 52 che rimanda a

- sua volta all'art. 12, c.3 della Direttiva 2006/123/CE, in cui si prevede che gli Stati membri possano tenere conto nello stabilire le varie regole di selezione dei motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.
34. A. Monica, *L'Odissea delle concessioni demaniali marittime tra principi di libera circolazione, proroghe e interessi di categoria*, cit.
 35. U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità* (1986), Carocci editore, Roma 2000.
 36. Tra la vasta letteratura sul punto, cfr. A. Alemanno, *Le principe de précaution en droit communautaire: stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au marché intérieur?*, in *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2001 ; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005. In prospettiva comparata, relativamente all'approccio precauzionale, cfr., D. Vogel, *The Politics of Precaution, Regulating Health, Safety, and Environmental Risks in Europe and the United States*, Princeton University Press, Princeton, 2012.
 37. Sul punto M. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p.52 ss.
 38. Corte Giust., sentenza della Corte (Grande Sezione), 25 luglio 2018, C-528/16 - *Confédération paysanne e a*, ECLI:EU:C:2018:583 p.ti 48-50
 39. Sul ruolo dei "possibili terzi" di cui l'amministrazione deve tenere conto già nel momento di costruzione di norme procedurali si rimanda a J. Ziller, "*Protecting Third Parties to Eu Administrative Procedures: Rules in Adjudication and Institutional Design*", in R. L. Weaver, D. Fairgrieve e S. I. Friedland (eds.) *Administrative Law, Administrative Structures and Administrative Decisionmaking: Comparative Perspectives*, Carolina Academic Press, USA, 2018, p.47 ss.
 40. D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019, n. 6, p. 903 ss.
 41. M. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, p. 59
 42. Il principio di proporzionalità va dunque applicato «*nell'ottica di operare una valutazione comparativa fra le esigenze poste dalle situazioni interne ai singoli Stati membri (e che possano in astratto giustificare l'adozione di misure in deroga) e l'esigenza di garantire, invece, quelle libertà, quei diritti e quei principi che sono la ragione stessa di esistenza dell'Unione europea*», D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, cit.
 43. Esempio che può essere significativo, per analogia, inerisce la materia degli appalti pubblici attraverso deroghe specifiche per consentire un sistema degli approvvigionamenti più rapido ed efficiente. Cfr., *Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19* - C(2020/C 108 I/01.

Covid-19 e biodiversità: termini di un legame difficile

Clara Napolitano

La crisi pandemica globale ha scoperto i nervi più vulnerabili della nostra rete socio-economica, rendendo manifesta la necessità di inquadrare il rapporto tra la diffusione del coronavirus e la frattura ecosistemica. Ogni ecosistema ha un equilibrio che gli consente di fornire risorse e rinnovarsi fino a che non giunge a un punto di rottura (c.d. tipping point). Il coronavirus, assieme alla perdita progressiva di biodiversità e di risorse per reagire, rischia di costituire il nostro tipping point.

[Covid-19 and biodiversity: poles of a difficult connection]: The global pandemic crisis has uncovered the most vulnerable nerves in our socio-economic network, making it clear that there is a need to frame the relationship between the spread of the coronavirus and the ecosystem fracture. Each ecosystem has a balance that allows it to provide resources and renew itself until it reaches a sort of breaking point (the so-called "tipping point"). The Coronavirus, together with the progressive loss of biodiversity and resources to react, risks becoming our tipping point.

1. Ma che colpa abbiamo noi

Circa un paio di settimane fa un quotidiano nazionale riportava un articolo^[1] – dal quale è stato mutuato il titolo di questo paragrafo – che scandiva con forza e precisione le ultime, allarmanti tappe di un percorso di studi scientifici sulla perdita di biodiversità nel pianeta, inquadrandola come una tra le cause principali della diffusione del Covid-19.

La biodiversità – la varietà biologica presente nell’ecosistema – è fondamentale per la sopravvivenza delle specie, non ultima quella umana. Il mantenimento di un equilibrio ecologico è la chiave non solo per erigere una forte cortina difensiva

dal dilagare di virus, pandemie, ma anche per conferire maggiore equità ai rapporti economici. La perdita della varietà biologica è la diretta causa dell'estinzione delle specie e dell'esaurimento delle risorse naturali: più in generale, del disequilibrio ecosistemico.

L'errore centrale quando si parla di ecosistemi e di biodiversità è quello per cui, in fondo, questi pericoli di estinzione delle specie riguarderebbero solo piante e animali, mai l'uomo: il quale si cura purtroppo, nella veste di decisore pubblico e in quella di soggetto privato, della mera salvaguardia dei rapporti economico-sociali^[2].

È quanto sta accadendo col *lockdown*: tentativi incessanti, cadenzati a colpi di d.p.c.m. e di d.l. quindicinali, di contemperare interessi pubblici (e privati) l'un contro l'altro rissosi e armati, come nell'Olimpo gianniniano. Un legislatore che incide fortemente sulle esistenze dei singoli, limitando diritti costituzionalmente tutelati e libertà fondamentali^[3], e che frena le attività economiche e commerciali. I nostri conti pubblici risentiranno di una perdita *post-crisi* che, se possibile, spaventa finanche più della crisi stessa^[4]. Un prezzo che pare inevitabile pagare pur di conservare intatta la salute della popolazione e garantire ancora le prestazioni sanitarie, saggiando la tenuta della rete del SSN, fortemente pressata e quasi al collasso: fattore, quest'ultimo, particolarmente pericoloso se si pensa che, oltre all'ondata incontrollabile dei malati Covid-19, quel sistema deve anche garantire le ordinarie prestazioni sanitarie pubbliche.

Primum vivere, insomma: la primazia del diritto alla vita è *in re ipsa*, si afferma prima ancora dei diritti e delle libertà sociali ed economiche^[5]. Ma quanto costa una vita? Quant'è caro il prezzo da pagare, in termini economici e sociali, per salvaguardare la vita umana?

2. Perdita di biodiversità: i riscontri scientifici

Siamo ancora disposti a pagare un prezzo elevato, *oborto collo*: le trattative sul Mes proseguono su più tavoli di lavoro, tra richieste di aiuti all'Europa e il rifiuto d'indebitarsi a condizioni i cui strascichi condizionerebbero la nostra economia per lunghi anni.

Resta l'errore di prospettiva: ancora una volta antropocentrica, e che ci impedisce così di guardare al fenomeno Covid-19 nella sua globalità.

Il problema, in realtà, trascende l'uomo. Non soltanto il Covid-19 ha impatti importanti sulla biodiversità dell'ecosistema; ma la perdita di biodiversità è stata identificata *anche* tra le cause della pandemia. Il pericolo per la specie umana costituisce, insomma, una tessera di un mosaico decisamente più esteso.

Vediamo qualche dato.

L'estinzione delle specie è un fenomeno naturale, ma la sua velocità è oggi aumentata: *«i tassi attuali e previsti della perdita di biodiversità costituiscono il sesto più grande evento di estinzione nella storia della vita sulla Terra, il primo a essere determinato in particolare dagli impatti antropici sul pianeta»*^[6]. Dallo studio dei precedenti eventi di estinzione sono stati rilevati massicci e permanenti cambiamenti nella composizione biotica e nel funzionamento degli ecosistemi globali; l'elevatissimo tasso di estinzione attuale suggerisce però conseguenze non lineari e in gran parte irreversibili di perdita di biodiversità su vasta scala. *«Ormai il tasso di estinzione globale supera di gran lunga il tasso di speciazione; gli esseri umani, con l'avvento dell'era dell'Antropocene, hanno aumentato il tasso di estinzione delle specie di circa 100-1000 volte rispetto ai tassi storicamente registrabili nell'era precedente (Olocene). Attualmente circa il 25% delle specie appartenenti ai più noti gruppi tassonomici sono a rischio di estinzione»*^[7]. Già nel 1998 uno studio della Duke University^[8] prevedeva che se l'estinzione delle specie fosse progredita a ritmo costante, il pianeta avrebbe subito la perdita di due terzi delle specie viventi nell'arco del XXI secolo. Un altro noto studio sui cc.dd. *Planetary Boundaries*^[9] – ovvero i “limiti” del pianeta, superati i quali la frattura ecosistemica sarà irrimediabile e la sopravvivenza impossibile – ha proposto di misurare la perdita di biodiversità proprio tramite il tasso di estinzione, *«ossia il numero di specie estinte per milione di anni (E/MSY). Dai reperti fossili si ricava che la biodiversità ha potuto storicamente mantenersi nell'Olocene grazie a un tasso di estinzione stimabile, in media, in 1 E/MSY. Nello studio, assunta come limite planetario la soglia di 10 E/MSY, si è dimostrato che il tasso attuale di estinzione è ben superiore a 100 E/MSY, dunque esorbita di dieci volte il confine planetario; non solo, ma le proiezioni dimostrano che, senza radicali interventi correttivi, il tasso di estinzione supererà i 1000 E/MSY entro la fine del secolo (una trasgressione pari a cento volte il confine planetario)»*^[10]. Da qui il monito a una radicale riduzione della perdita di biodiversità perché il pianeta non può sostenere a lungo questo ritmo di perdita specifica senza collassare.

3. Covid-19 e biodiversità: la relazione interpolare

Questi i dati. Né l'uomo è al riparo dal collasso ecologico.

Lo testimonia anzitutto il rapporto causa-effetto nella prima declinazione: quella che vede nella progressiva perdita della biodiversità una *concausa* della pandemia. Il diffondersi di alcuni virus come il Sars-Cov-2 – all'origine del Covid-19 – è alla base di zoonosi (malattie trasmesse dagli animali all'uomo) e di alcune “malattie emergenti” (Ebola, Aids, Sars, influenza aviaria o suina) che hanno colpito gli esseri umani: la diffusione è tuttavia conseguenza di comportamenti non rispettosi degli *habitat* e delle risorse naturali, tra cui il commercio illegale o non controllato di specie selvatiche e, più in generale, dell'aggressione antropica sugli ecosistemi naturali^[11].

È illuminante il report di Wwf Italia^[12], che mette in evidenza i collegamenti fra le azioni dell'uomo e alcune malattie dal massiccio impatto non solo sulla salute delle persone, ma anche sui rapporti socio-economici.

Il Covid-19 è solo l'ultima delle c.d. malattie emergenti.

Questo, in breve, il percorso più accreditato che il virus avrebbe fatto: l'agente patogeno vive in simbiosi con un ospite, cioè – secondo i dati diffusi dai *media* – un pipistrello selvatico; inadatto a sopravvivere nell'uomo, l'agente patogeno è transitato poi in animali la cui struttura genetica era più ospitale; così mutato e adattato^[13], si è poi trasmesso all'essere umano.

È lo *spillover*^[14]: una trascinazione del virus dal suo habitat naturale all'ambiente antropico; avvenuta, si badi, *non* per una casualità o per l'invasione, da parte della creatura animale, dell'*habitat* dell'uomo. È l'esatto contrario: l'uomo invade gli ambienti più selvatici, spesso con pratiche aggressive di deforestazione e consumo di suolo volto all'urbanizzazione e alla speculazione; ma in quegli ambienti vivono specie animali ancora sconosciute, non classificate, nonché gli agenti patogeni, i virus e i batteri che da esse sono ospitati. Virus che, in assenza di barriere naturali – quali, per esempio, clima, vegetazione tipica, tasso di umidità, corsi d'acqua, catene montuose: in genere, l'orografia del territorio – si diffondono: «*si trovano a volare in giro come polvere che si alza dalle macerie*», dice Quammen.

L'Antropocene è proprio questo: l'era segnata dalla pressione antropica sul pianeta, che sta esaurendo le sue risorse naturali, asservite ai bisogni umani ma

ormai non più sufficienti neanche a proteggerlo.

A questo si aggiunge – riporta il dossier del Wwf – la spregiudicata diffusione dei mercati clandestini di fauna selvatica: le pandemie degli ultimi decenni hanno avuto origine proprio nei mercati di metropoli asiatiche o africane dove prospera il commercio illegale o incontrollato di animali selvatici vivi, di scimmie, di pipistrelli, di carne di serpente, scaglie di pangolini, e tanti altri rettili, mammiferi e uccelli. Commercio che distrugge la fauna e favorisce il contatto tra l'uomo e le malattie di queste creature: si sviluppano, così, vecchie e nuove zoonosi. Lo stesso Covid-19 pare esser nato in uno dei mercati clandestini e densissimi della provincia di Wuhan, dove le carni selvatiche – specie quelle di pipistrello e pangolino – sono macellate, frollate e vendute – per intero o in tranci – in spregio a qualunque *standard* igienico-sanitario.

Qual è allora il legame tra biodiversità e Covid-19?

Nel dossier Wwf sono illustrati due vantaggi della varietà biologica nel contrasto alle zoonosi.

Il primo: l'effetto di diluizione. In un ecosistema con una ricca comunità di potenziali ospiti (animali in cui un virus o un altro organismo si possono riprodurre), un agente patogeno ha una minore probabilità di trovare un ospite in cui possa facilmente moltiplicarsi (*highly-competent host*) e da cui possa diffondersi utilizzando un altro animale vettore. In uno scenario ricco di creature diverse è più probabile che l'organismo patogeno “si colleghi” a una specie non adatta, che funzionerà da “trappola ecologica” per l'organismo patogeno o per il suo vettore: i “*dead-end hosts*”, ovvero ospiti “a vicolo cieco”.

Ma in condizioni di bassa biodiversità prevalgono poche specie viventi in abbondanza: perciò le probabilità che il virus si colleghi a un “*dead-end host*” calano pertanto in modo considerevole; le specie residue saranno quindi facile veicolo di infezioni, perché più esposte a contrarle e farle prosperare.

Secondo vantaggio della biodiversità: l'effetto coevoluzione. La nascita e lo sviluppo di agenti patogeni – ma più in generale delle specie viventi – è fenomeno naturale che proviene dal contatto prolungato tra le forme di vita di un determinato *habitat* e consente a tutte di evolversi “mutuando” ciascuna dall'altra segmenti di patrimonio genetico. Quando tuttavia l'uomo distrugge progressivamente gli *habitat* naturali, limitandone l'estensione, il frantumamento di natura che ne rimane agisce come un'isola nella quale i microbi e gli animali che li

ospitano subiscono una rapida diversificazione ed evoluzione, aumentando in questo modo la probabilità che uno o più di questi microbi possano riuscire a infettare l'uomo, diffondendosi e creando epidemie.

È evidente che la minaccia antropica alla biodiversità è talmente forte che, se prosegue incontrastata, condurrà l'ecosistema al punto di rottura, al c.d. *tipping point*: non si tornerà più indietro, e non sarà più solo un problema di salvare specie in estinzione come se queste fossero “altro” da noi.

La relazione tra Covid-19 e biodiversità è tuttavia problematica anche quando i due poli si rovesciano: quando si guarda agli effetti della pandemia sull'ecosistema.

Qui il risultato si fa paradossale: il virus e i seguenti *lockdown* negli oltre cento Paesi colpiti dal contagio hanno neutralizzato l'impatto antropico. Mesi di fermo stanno – seppur in modo estremamente lento e però visibile – mutando di nuovo il volto del nostro ecosistema^[15].

Anzitutto le aree protette, i parchi naturali, restano ancora sotto vigilanza: pare, però, che le ridotte pressioni umane sulle specie selvatiche – a causa delle restrizioni di viaggio e della chiusura dei parchi – abbiano conseguentemente diminuito l'impatto delle fonti di stress sugli animali più sensibili e svuotato i percorsi più commerciali e battuti, con conseguente ripristino della condizione naturale *quo ante*. Le immagini satellitari hanno mostrato notevoli miglioramenti nella qualità dell'aria in tutti i Paesi colpiti dalla pandemia, con l'arresto dell'industria e dei trasporti. Il trasporto marittimo è diminuito in tutto il mondo e si possono prevedere impatti ridotti sui sistemi marini. Si prevede una diminuzione globale delle emissioni di gas a effetto serra, nonché grandi riduzioni di altri fattori di riscaldamento globale, come i cirri di scia di aeromobili ad alta quota. Tutti miglioramenti a breve termine, i quali però sottolineano drammaticamente la pervasività e la gravità degli impatti antropici sul pianeta^[16].

4. Qualche riflessione conclusiva

Una prima conclusione. Il rapporto tra coronavirus e biodiversità è biunivoco: se la perdita della varietà biologica è tra le cause della diffusione dell'agente patogeno, è altresì vero che questo agente sta paradossalmente restituendo all'ecosistema un suo equilibrio.

Sulla linea di questo rapporto c'è l'uomo. Donde il titolo giornalistico di queste note: «ma che colpa abbiamo noi». Sembra plausibile che sia l'uomo stesso la causa del male che lo sta affliggendo.

Fisicamente, nella sua vita e nella sua salute; ma anche negli aspetti socio-economici. Basti pensare che la precedente zoonosi più nota, la Sars del 2003, anch'essa generata nei mercati clandestini asiatici, è costata all'economia globale miliardi di dollari^[17].

Sono ingenti i costi per il sistema sanitario, per la ricerca di vaccini e farmaci: il cui prezzo – una volta brevettati – sarà oggetto di trattativa con i governi. Vaccini e farmaci che potrebbero anche sviluppare, a lungo andare, la resistenza del virus, se le pratiche di violenza sull'ecosistema non saranno frenate.

Incalcolabili i danni per le imprese: il settore turistico copre fino al 15% del PIL nel nostro Paese.

Qual è il contributo che il diritto può dare in questo contesto? Le riflessioni dei giuristi sono ampie e articolate^[18] e confermano la necessità d'un approccio globale volto alla riconsiderazione generale del ruolo dell'uomo nelle azioni ad alto impatto sugli interessi pubblici a rilievo *anzitutto* ecosistemico.

Si è accennato, in apertura, alla necessaria primazialità della difesa della vita nel senso bio-fisico: occorre riconsiderare il ruolo del decisore pubblico nella gestione d'interessi confliggenti che vedono, troppo spesso ancora, in posizione recessiva quelli la cui tutela ha effetti benefici nel lungo termine (e che, dunque, non sono immediatamente visibili).

Il principio dello sviluppo sostenibile^[19] - pur incisivamente positivizzato – pare peraltro aver perso traenza nella lettura datane dal diritto giurisprudenziale.

Nella vicenda che più ha colpito, di recente, il territorio pugliese (il caso ILVA), e che ha visto il contrasto durissimo tra diritti economico-sociali e diritto alla salute, la Consulta – adita dal Giudice ordinario di Taranto – si è pronunciata in modo rinunciatorio, senza mai nominare nella sua sentenza il sintagma “sviluppo sostenibile”^[20].

Da più parti, però, si fa strada l'idea di un necessario rapporto olistico^[21] tra discipline scientifiche: la tutela ambientale e della biodiversità sono strettamente connesse con la protezione della salute umana e della vita^[22]. Interessi da tutelare in sinergia^[23] tra loro e con quelli di contenuto socio-economico^[24].

Ripartire dunque – non sembri una *parenesi vacua* e retorica – nel rispetto

dell'ecosistema, degli *habitat* naturali, delle creature non umane. Tornano le parole di Lombardi Vallauri e del *plèroma* laico da lui auspicato^[25], interno a una visione finalmente *biocentrica* dell'esistenza^[26].

Alcuni ordinamenti ci hanno già pensato: la Francia, con la sua recente legge sulla tutela della biodiversità^[27]. Non mancano gli strumenti per una *governance* orizzontale dell'ambiente in cooperazione tra Stato e cittadini; e il panorama internazionale è costellato di intenti, programmi, trattati, dichiarazioni^[28]. Che devono essere, ora, tradotti in azione tangibile.

La resistenza di un sistema reticolare si misura dal suo legame più vulnerabile: è compito *anche* del diritto scongiurarne la rottura. L'ecosistema ha oggi il punto più debole nell'uomo, il Predatore d'apice.

1. *La Repubblica*, 15 aprile 2020, *Ma che colpa abbiamo noi. La biodiversità alterata dall'uomo favorisce le pandemie*, di Stefano Mancuso, p. 28.
2. L'integrazione dell'uomo nella natura che lo circonda è ancora pensiero difficile da raggiungere, specie per i giuristi: il diritto risente di stratificazioni antropocentriche che hanno legittimato l'essere umano a guardare alla natura e alle altre creature (non antropomorfe, chiaramente) come un secondario "altro da sé" e non, invece, come componenti essenziali per la sua stessa esistenza. Ne traccia un affresco P.L. Portaluri, *Lupus lupus non homo. Diritto umano per l'ethos degli "animali"?*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, Napoli, 2018 e, con ancor maggior energia, Id., *Dal diritto delle costruzioni nelle città al governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 19/2019.
3. V. in proposito, tra gli altri, L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 31 marzo 2020, e in particolare la sua riflessione sulla reazione italiana al virus. L'A. analizza i diritti e le libertà oggetto di limitazione e rileva i dubbi profili di legittimazione del Governo, vagliandoli alla luce degli artt. 77 e 120 Cost.: i d.p.c.m., infatti, «non sono soggetti né al controllo preventivo del Presidente della Repubblica, né al controllo successivo del Parlamento, che per i decreti-legge si concretizza nella procedura di conversione in legge, garantita dalla Costituzione. Residua, come unico controllo, quello preventivo di legittimità, esercitato dalla Corte dei conti. Il punto appare estremamente delicato e di incerta compatibilità costituzionale, soprattutto – come detto – per il rinvio sostanzialmente "in bianco" operato dal decreto-legge n. 6. Nell'adozione dei Dpcm, cioè, il Governo appariva sostanzialmente libero di adottare qualsiasi misura ritenga utile, senza alcun vincolo sotto il profilo della legalità sostanziale. In considerazione di ciò è da considerare con particolare favore l'adozione del nuovo decreto-legge n. 19, del 25 marzo 2020. Il nuovo testo, infatti, non contiene più una clausola "in bianco", ma solo un elenco (molto articolato) di misure restrittive che potranno essere adottate con Dpcm. La correzione di rotta appare maggiormente in linea con le esigenze di rispetto del principio di legalità» (pp. 32-33).

4. J. Ziller, *Europa, coronavirus e Italia*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19*, 24 marzo 2020, e in *Ceridap.eu*, rileva che lo scenario è assimilabile a quello *post*-bellico del '45: sarà centrale il ruolo dell'Unione europea come «*meta comune delle istituzioni*» di Francia e Italia, i primi Paesi europei colpiti dal contagio. L'A. auspica pertanto una iniziativa congiunta dei due Stati nel preparare il "Trattato del Quirinale".
5. Questo perché – come afferma M. Monteduro, *Principi del diritto dell'ambiente e conformazione della discrezionalità amministrativa: sviluppo sostenibile e non regressione*, in *Quad. dir. proc. amm.*, 2017, pp. 149 ss., spec. p. 160 – l'interesse alla difesa della vita nella dimensione ecologica ha un ruolo logicamente prioritario rispetto agli interessi pubblici di rango socio-economico: «*il collasso delle condizioni ecologiche che garantiscono la vita umana in senso bio-fisico determinerebbe, inesorabilmente, il collasso di qualsiasi società ed economia, privando di esistenza e quindi di senso ogni discorso riferito ai relativi ordini di interessi*». Rileva lo stesso A. che questa priorità logica, tuttavia, incontra difficoltà a tradursi in giuridica preminenza gerarchica dell'interesse alla tutela dell'ecosistema nelle decisioni amministrative: ne è prova l'interpretazione spesso ambivalente da parte di dottrina e giurisprudenza del principio dello sviluppo sostenibile di cui all'art. 3-*quater*, d.lgs. n. 152/2006. Se per un verso a quel principio è assegnata priorità nell'assunzione di decisioni pubbliche, per altro verso questa priorità non è assoluta rispetto agli altri interessi di matrice economica, sociale, finanziaria, che non sempre (anzi, nella prassi, quasi mai) sono recessivi. V. in proposito anche M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *RQDA*, 1-2/2012, pp. 62 ss., per il quale anche se le disposizioni interne ed europee prescrivono il mantenimento di un «elevato livello» di tutela ambientale, è altresì vero che questo livello non è «massimo»: l'aggettivo «elevato» si presta pur sempre, dunque, a bilanciamenti con gli altri interessi.
6. Dati riportati da M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, p. 21, nota 43.
7. Ancora M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, cit., nota 43.
8. L.D. Guruswamy, J.A. McNeely (eds.), *Protection of Global Diversity. Converging Strategies*, Duke University Press, 1998. L'opera collettanea vede anche il contributo di Elinor Ostrom, Nobel per l'economia nel 2009 e fondatrice della moderna linea di pensiero sui beni comuni, la cui gestione dev'essere collettiva per garantire l'attuazione della solidarietà interspecifica e intergenerazionale.
9. J. Rockström, M. Klum with P. Miller, *Big world, small planet. Abundance within Planetary Boundaries*, Maxström eds., 2015, in <http://media.bonnieforlagen.se/bladderexpdf/9789171263346.pdf>; v. anche l'edizione italiana, Id., *Grande mondo, piccolo pianeta. La prosperità entro i confini planetari*, Milano, Edizioni Ambiente, 2015.
10. Sempre M. Monteduro, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, cit.
11. *Lancet Commission on Planetary Health*, 2015: v. nella specie il fascicolo monografico dal titolo *Safeguarding human health in the Anthropocene epoch: report of The Rockefeller*

- Foundation - Lancet Commission on planetary health*, in *TheLancet.com*; v. anche la sezione appositamente dedicata al *Covid-19 Resource Centre*, in cui sono presenti contributi scientifici relativi all'attuale pandemia.
12. Wwf Italia, *Pandemie, l'effetto boomerang della distruzione degli ecosistemi. Tutelare la salute umana conservando la biodiversità*, Wwf Italia Onlus, 2020, in *Wwf.it*.
 13. Come bene spiega il report del Wwf, «ogni volta che il virus infetta un ospite, mescola il proprio patrimonio genetico con quello di altri virus presenti nell'ospite, si riproduce a spese della cellula che infetta e poi abbandona l'ospite, ma con un corredo genetico diverso. In questo modo analizzando il DNA o RNA del virus si può "tracciare" il suo passaggio attraverso diverse specie» (p. 8).
 14. D. Quammen, *Spillover. L'evoluzione delle pandemie*, Adelphi, Milano, 2012.
 15. Ne riferiscono R.T. Corlett et al., *Impacts of the Coronavirus on Biodiversity Conservation*, in *Biological Conservation*, 246 (2020), in <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7139249/>.
 16. Sempre R.T. Corlett et al., *Impacts*, cit.
 17. Gli studi economici sugli effetti della Sars sono molto ampi e diffusi: tra tutti, specie quelli sull'economia asiatica, v. I. Noy e S. Shields, *The 2003 Severe Acute Respiratory Syndrome Epidemic: A Retroactive Examination of Economic Costs*, in *ADB Working Paper Series*, no. 591, oct. 2019, in <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/530216/eup-591-sars-epidemic-2003-economic-costs.pdf>, pp. 4 ss.: «*The SARS outbreak generated substantial attention and panic internationally. One reflection of this panic was the early economic projections on the impact of SARS, which generally predicted losses to be greater than what eventually transpired [...]. The most significant economic losses occurred in: (i) the People's Republic of China; (ii) Hong Kong, China; (iii) Singapore; and (iv) Taipei, China [...]. During the height of the epidemic, international visitor arrivals fell dramatically in these four economies that had the most SARS cases and resulted in an estimated gross domestic product (GDP) loss amounting to \$13 billion [...]. Overall, the economic cost of SARS has been estimated in the range of 0.5%–1% of annual GDP across the affected economies in the Asia-Pacific Economic Cooperation region, though this might be inaccurate [...]. The observed effects were unequal across sectors [...]; disproportionately affecting tourism, leisure, and transport, and equating to estimated losses of \$8.5 billion in the PRC; \$1.4 billion in Malaysia; and \$1.3 billion in Hong Kong, China*». V. anche il Report di S. Knobler et al. (eds.), *Learning from Sars. Preparing for the Next Disease Outbreak*, Workshop Summary of the Institute of Medicine (US) Forum on Microbial Threats, National Academic Press, Washington DC, 2004, soprattutto J.W. Lee e W.J. McKibbin, *Estimating the Global Economic Costs of Sars*, in <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK92473/>.
 18. Per indicare solo alcune delle riflessioni sul web, v. www.federalismi.it, che ospita una sezione *Osservatorio Covid-19*; o il sito del Centro di ricerca CERIDAP, www.ceridap.eu, anch'esso focalizzato sul Covid-19; adde gli interventi su www.lacostituzione.info.
 19. Parte della dottrina (M. Renna, *op. cit.*), nonostante la discussa portata della norma, ha

ritenuto che l'ambiente possa avere un "peso specifico" maggiore rispetto agli interessi – per esempio – economici nelle decisioni pubbliche, ma comunque non necessariamente predominante nel bilanciamento. Di avviso simile è F. Fracchia, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in P. Dell'Anno ed E. Picozza (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I. *Principi generali*, Padova, 2012, pp. 559 ss., in particolare p. 602.

20. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, spec. punto 9 in diritto: «*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. Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo "fondamentale", contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un "carattere preminente" del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come "valori primari" (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assoluta certezza per nessuno di essi. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».*
21. Sono molti gli Autori che fanno appello a questo tipo di approccio e in diverse aree tematiche del diritto pubblico. Tra gli altri, M. Ramajoli, *Dalla food safety alla food security e ritorno*, in *Amministrare*, n. 2-3/2015, pp. 271 ss., per la quale esso è volto alla tutela non solo della salute, ma anche dell'agricoltura, dell'uso dei suoli, dell'ambiente, degli scambi commerciali, del consumatore e della sicurezza dei lavoratori; F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, n. 1/2017, pp. 163 ss., per il quale la legislazione sulla c.d. *blue economy*, orientata al riutilizzo dei residui e degli scarti come fonti produttive, richiama la necessità di una gestione integrale della catena produttiva tramite modelli organizzativi nuovi; la stessa legislazione «*evidenzia che occorre creare "valore dalla biodiversità locale e dalla circolarità": partire da ciò che si ha, valorizzarlo (rifiuti biologici, terreni agricoli, aree industriali abbandonate) invece di cercare ciò che non si ha o che non c'è. Occorre passare ad un'economia sostenibile "a chilometri zero" e ciò si ottiene spostandosi dall'utilizzo delle*

- risorse non-rinnovabili a quelle rinnovabili in loco e evitando il sovrasfruttamento delle risorse rinnovabili (tassi di raccolta non superiori ai tassi di rigenerazione naturale)».*
22. La tutela ambientale investe soprattutto il diritto urbanistico: ne sono prova le recenti legislazioni regionali in materia di uso e governo del territorio volte alla c.d. rigenerazione urbana e alla riduzione drastica del consumo di suolo, le quali si prefiggono di incarnare il principio dello sviluppo sostenibile - anche urbano - e un miglioramento delle condizioni di vita del tessuto sociale ivi insediato. V. anche R. Rota, *Principi e istituti ecogiuridici per il governo "rigenerativo" del territorio. Verso un green new deal*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, 2019, spec. p. 1478: «*Il territorio e la città sono visti, infatti, come sistemi complessi in continuo mutamento, costituiti da sistemi sociali e sistemi ecologici strettamente interdipendenti e inseparabili, soggetti a cicli di continuo cambiamento e adattamento che li rendono dinamici per definizione. Secondo questo approccio la resilienza diventa uno degli strumenti per garantire la sostenibilità dell'ecosistema urbano nel lungo periodo*».
 23. Di sinergia tra interessi apparentemente conflittuali – nello specifico, tutela dell'ambiente e alimentazione – parla G. Rossi, *L'evoluzione del diritto dell'ambiente*, in *RQDA*, n. 2/2015, p. 2 ss.
 24. I quali possono anche trarre benefici dalla sostenibilità, per esempio sotto il profilo finanziario. Sono allo studio iniziative di collaborazione pubblico-private per garantire un nuovo sviluppo del *welfare* sociale: v. in proposito C. Mignone, *Investimento a impatto sociale: etica, tecnica e rischio finanziario*, in *Rass. dir. civ.*, n. 3/2016, pp. 924 ss.
 25. S. Castiglione, L. Lombardi Vallauri, *Trattato di biodiritto. La questione animale*, Milano, 2012.
 26. Ne ha dato dimostrazione una recente pronuncia della Corte costituzionale, sent. 16 luglio 2019, n. 179, per la quale «il consumo di suolo rappresenta una delle variabili più gravi del problema della pressione antropica sulle risorse naturali». Ne parla, da ultimo, sostenendo l'approccio biocentrico, P.L. Portaluri, *Spunti su diritto di ricorso e interessi superindividuali: quid noctis, custos?*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, 2019, pp. 1243 ss.
 27. *Loi n. 2016-1087 pour la reconquête de la biodiversité de la nature et des paysages*: ne parla M. Monteduro, *op. ult. cit.*
 28. Da ultimo, la strategia ONU sulla sostenibilità, consolidata nell'*Agenda 2030 sullo Sviluppo sostenibile*, in <https://unric.org/it/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/Agenda-2030-Onu-italia.pdf>.

The unbearable heaviness of the German constitutional judge. On the judgment of the Second Chamber of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 concerning the European Central Bank's PSPP programme

Jacques Ziller

The reasoning of the German Constitutional Court judges to prohibit the Bundesbank from buying State securities on the secondary market if the ECB does not demonstrate within three months the proportionality of its decisions under the PSPP programme is not sustainable. Instead, the judges, who demonstrate unfounded intellectual arrogance in their claim to interpret EU law, make manifest errors in applying the principle of proportionality to the delimitation of competences between the Union and the Member States. They also make methodological errors in their application of the principle of proportionality to ECB decisions, while highlighting their prejudices in the field of monetary and economic policy.

[L'insostenibile pesantezza del giudice costituzionale tedesco] Sulla sentenza della Seconda Sezione della Corte costituzionale federale tedesca, del 5 maggio 2020, relativa al programma PSPP della Banca centrale europea] Il ragionamento dei giudici della Corte Costituzionale tedesca per proibire alla Bundesbank di comprare titoli di Stato sul mercato secondario se la BCE non dimostra entro tre mesi la proporzionalità delle sue decisioni nell'ambito del programma PSPP non è sostenibile. I giudici, che dimostrano un'arroganza intellettuale infondata nella loro pretesa ad interpretare il diritto dell'Unione europea, fanno invece errori evidenti nell'applicare il principio di proporzionalità alla delimitazione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri. Essi sbagliano anche dal punto di vista metodologico nella loro applicazione del principio di proporzionalità alle decisioni della BCE, mettendo invece in evidenza i loro pregiudizi in materia di politica monetaria ed economica.

1. Foreword

The present note is an immediate reaction, based on the sole reading of the judgment of the Second Chamber (*Zweiter Senat*) of the German Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*) of 5 May 2020 concerning the PSPP programme of the European Central Bank (ECB).^[1] That reaction refers to the German language version, the only authentic one, which shows also better the choice of often heavy and peremptory formulations. The *BVerfG* is composed of two chambers (*Senat*) of eight judges each; the first chamber is in principle in charge of reviewing the constitutionality of laws and of the protection of fundamental rights on the basis of a complaint of unconstitutionality (*Verfassungsbeschwerde*), the second chamber is in charge of disputes between federal institutions, between the Federation and the *Länder*, and a series of other matters, including those particularly involving international law. There is no plenary assembly of all the judges. The judgment was adopted by a majority of seven out of eight votes, and at the time of writing the separate opinion, which I assume to be dissenting, is not yet available.

As I am by no means an expert in financial economics, I will obviously not comment on the substance of the *BVerfG* judges' reasoning on the PSPP programme, and indeed I doubt that they themselves have any specific expertise in this area. The judgment is based on economic doctrine and grey literature, as well as on statements made by experts during the hearing; the judges quote only arguments against the ECB, although these are still widely debated issues, as far as a lawyer who often works with economists can perceive.

The text has a quite usual length for a *BVerfG* judgment: 110 pages, more than half of which is dedicated to the presentation of the arguments of the plaintiffs and interveners as well as to the complete citation of passages from the judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in *Weiss*,^[2] which is the subject of the German judgment. The English-language version does not highlight the *BVerfG*'s cumbersome style, which is due on the one hand to the syntax of the German language, which pushes the verb back at the end of the sentence, and on the other hand to the fact that in the authentic version, the very numerous references to doctrine and case law are introduced in brackets - as is unfortunately also the case with the judgments of the ECJ - and not with

footnotes - as in the conclusions of the Advocates General at the Court of justice. This obliges the reader, even an expert lawyer, to reread the long sentences - almost all of them - more than once in order to understand them.

The judgment of 5 May rules on the applications of a number of natural persons, including the "serial claimant" *Gauweiler*, who together with others had been at the origin of the first reference for a preliminary ruling by the *BverfG* to the ECJ in the context of the examination of appeals requesting the *BverfG* to prevent by injunction the ratification by Germany of the Treaty establishing the European Stability Mechanism (ESM).^[3] The various applications, which have been joined by the court, asked the *BverfG* to declare illegal the ECB decisions establishing and implementing since 2015 the *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) on the acquisition of sovereign bonds in secondary markets. On this point the applications were rejected, as the *BverfG* duly admitted that it is not a judge of the legality of acts of EU institutions, bodies, offices and agencies. They also requested the *BverfG* to condemn the *Bundestag* (Federal Parliament) and the Federal Government as well as the Federal Central Bank (*Bundesbank*) for failing to take all necessary action to prevent the Governing Council of the ECB from adopting the incriminated decisions, and to issue injunctions against them to take the necessary measures to counter the ECB's action - applications which were only partially admitted. Finally, the applicants requested the *BverfG* to issue an injunction to the *Bundesbank* to refrain from purchasing securities on the secondary markets under the PSPP. The latter request was fully granted and the *BverfG* therefore prohibited the *Bundesbank* as an institution of the Federal Republic of Germany from making such purchases if the ECB did not convincingly demonstrate within three months that the challenged decisions complied with the principle of proportionality.

The main criticism that can be made to this judgment from the point of view of EU law - beyond its specific effect on the CSPP and on the actions of the ECB and the European System of Central Banks (ESCB) - is that the *BverfG* is for the first time giving effect to its more or less explicit threat not to implement rulings of the ECJ, which was already expressed in several of its earlier judgments, in particular the judgment on the Treaty of Lisbon, and in the text of its references for preliminary rulings in the *Gauweiler* and *Weiss* cases: the *BverfG* arrogates to itself the power to make a final assessment of the legality of an act of the

European Union and thus threatens to dismantle the unity of application of Union law. The constitutional judges are not restraining themselves to reasoning on the basis of German constitutional law - the Basic Law of 1949 as interpreted by its own case law - which would be in line with the institutional mandate of the *BverfG*; they claim to impose, not without arrogance, their own way of reasoning in European Union law.

At first sight and on the basis of a thorough but quick reading, the *BverfG*'s judgment is more than questionable in its claim to assess the legality of ECB decisions on the basis of the principles of conferral and proportionality; and it is extremely dangerous in its rejection of the unity of application of Union law on the basis of the democratic principle and the review of the distribution of competences between the Union and the Member States. From the point of view of appropriateness rather than strict law, the judgment demonstrates the complete lack of relevance of the *BverfG*'s jurisprudential policy on European integration.

2. Assessment of the legality of ECB decisions in the light of the principles of conferral and proportionality

The judgment of May 5 bears the mark of two typical obsessions of German public law doctrine, i.e. *Dogmatik* and the German conception of the principle of conferral. *Dogmatik* is generally understood as the exegetical examination of the applicable legal norms on the basis of which legal scholarship - and its followers the supreme courts - develop legal principles recognised by the majority scholarship, with the primary aim of guaranteeing legal security and the predictability of court decisions.

The word *Dogmatik* does not have the pejorative charge of the adjective dogmatic, which nevertheless applies well to the majority of judges in the Second *Senat*. In other words, pragmatism has a bad press in traditional German public law culture, whereas it is a positive value in the public law culture of countries as different as France or the United Kingdom, for example. Traditional *Dogmatik* is also hardly compatible with the functional interpretation that the Court of Justice took over from the French *Conseil d'Etat* as early as the 1950s, particularly under the influence of Advocate General Lagrange. In my view, this has long

been one of the main sources of friction between the case law of the Court of Justice and EC law scholarship (including German EC lawyers) on the one hand and the German public law scholarship and the *BVerfG* on the other.

As for the principle of conferral, known in German as *Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung*, which can be rendered literally by the "principle of restricted individual delegation", saying that it is a German obsession is clearly an understatement. While the authors of the Treaties of Paris and Rome and of Maastricht, like EC scholarship of all countries, have always known that the European Communities and the EU were governed by the principle of conferral, immanent to the multilateral treaties establishing organizations, it was first the governments of the German *Länder*, followed first by constitutional scholarship and then by the federal government, which have insisted, particularly since the preparations for the Maastricht Treaty, on the need to include in the Treaties an exhaustive and precise list of the competences of the Communities and the Union, in order to counter the so-called phenomenon of the creeping enlargement of competences (*schleichende Kompetenzerweiterungen*)^[4] of which EU institutions are deemed to be for long guilty; the reality of this phenomenon has never in my opinion been convincingly demonstrated.^[5]

The combined effect of these two obsessions leads the constitutional judges to a series of reasoning that is particularly open to criticism in the judgment of 5 May. This reasoning is hardly surprising for those who are familiar with the way in which German constitutional judges have proceeded in European matters, particularly since the famous judgment on the ratification of the Maastricht Treaty of 1993^[6] and the judgment on the ratification of the Lisbon Treaty of 2009.^[7] In the order for a preliminary ruling in the *Gauweiler* case, the judges of the Second *Senat* had already threatened the ECJ in heavy terms that it would not apply a future rule if the EU judges were not to follow the reasoning set out by the German constitutional judges.^[8] As is well known, in an incidental addition to their application against the ratification of the ESM Treaty, the applicants had asked the *BVerfG* to declare illegal the announcement by ECB President Mario Draghi and the publication on the Internet of the general framework of the OTM programme (*Outright Monetary Transactions*), which was intended, if necessary, to support Greece in order to prevent the euro zone from being undermined. The *BVerfG* eventually accepted the Luxembourg ruling of 16 June

2015.

In the meantime, Mario Draghi had become the pet peeve of many German politicians while he was considered a hero in Italy, and the ECB Governing Council had adopted the first decisions of his PSPP. Hence a new application, and a new order for a preliminary ruling in Weiss on 18 July 2017: the judges of the Second *Senat* stick to their guns. The CJEU answers in its judgment of 11 December 2018 that the ECB did not commit a manifest error of appreciation of the norms and principles of Union law governing its action and therefore refrains from declaring that action unlawful. The appellants then turned again to the *BverfG*, which, while rejecting part of their applications as inadmissible, found in their favour on the merits.

The reasoning of the judges of the Second *Senat* can be summarized as follows. The judges admit that, on the basis of Article 19 TEU, the CJEU has a monopoly on the authentic interpretation and assessment of the legality of acts of the institutions, bodies, offices and agencies of the Union, such as the ECB. The *BverfG*, for its part, is responsible for the authentic interpretation and assessment of the constitutionality of acts of the institutions of the Federal Republic. On the basis of Article 23 of the Basic Law of 1949, the *BverfG* checks, when applying Union law, that the German institutions do not violate fundamental rights or fundamental principles of the German constitutional order or its constitutional identity and that they do not apply acts of the Union institutions which are not based on a clearly conferred competence (*ultra vires*). And this is where the problem lies. For the first time, the judges of the Second *Senat* have taken action and declared *ultra vires* the judgment of 11 December 2018 in response to their reference for a preliminary ruling. To do so, they follow a three-step reasoning.

First of all, the Judges accept that the Court of Justice is empowered to rule on its own jurisdiction, which is conferred on it by Article 19 TFEU, but only “in so far as the Court’s judgment can be linked to recognised methodological principles and does not appear to be objectively arbitrary” (*solange sie sich auf anerkannte methodische Grundsätze zurückführen lässt und nicht objektiv willkürlich erscheint*) - an extension to the *Solange* principle applied by the *BverfG* since 1974 to the recognition of the primacy of Community law. Until the Maastricht judgment, *Solange* meant retaining the possibility not to apply acts of Community law which would be contrary to the fundamental rights and

essential principles guaranteed by the Basic Law of 1949 - in particular those of parliamentary democracy and federalism. The *BverfG* then gradually extended the *Solange* reservation to the constitutional identity of Federal Germany - as did several other constitutional courts, including the Italian one with its doctrine of *controlimiti*. What is new is the extension of the *Solange* reservation to methods of legal interpretation.

In the present case, the judges state that the examination of compliance with the principle of conferral must be carried out on the basis of the principle of proportionality, as a principle of interpretation which supposedly constitutes a common constitutional tradition of the Member States. The reasoning of the judges of the Second *Senat* does not hold water. Assuming that the notion of "common constitutional tradition", as recognized by the EU Charter of Fundamental Rights and Article 6 TEU, does indeed include principles of interpretation - which is neither obvious nor demonstrated by the judges of the Second *Senat* - the way in which they proceed is absolutely questionable in comparative law. The assertion that the principle of proportionality "has its roots in the *common law*" (point 124) is far from being unanimously supported common law scholarship and is not confirmed by the case law of *common law* courts, which on the contrary persisted for a long time in the sole application of the *Wednesbury reasonableness* test before gradually agreeing to apply the proportionality test. In fact, the reference to the *common law* is clearly intended to avoid the accusation that the judges of the Second *Senat* wanted to impose their approach to this principle - which is quite different, for example, from the way in which the French administrative judge applied the proportionality test in police matters after the First World War.

This discussion of comparative law would rather trivial if the judges of the Second *Senat* did not use this concept as they do in the judgment of 5 May, i.e. to affirm that the control of proportionality is an indispensable tool for the review of the limits of competences. The problem is that the *BverfG* refers to Article 5(1) and (4) TEU and refers also to points 66 et seq. of the Court's judgment in *Gauweiler*. However, the ECJ never says that the principle of proportionality applies to the delimitation of competences, contrary to the assertions of the judges of the Second *Senat*. And for good reason: it seems that the judges of the Second *Senat*, in their zeal to demonstrate the *ultra vires* nature of the ECB

decisions and the judgment of the CJEU, forgot to read the first sentence of Art. 5 par. 1 TEU: " The limits of Union competences are governed by the principle of conferral. The use of Union competences is governed by the principles of subsidiarity and proportionality." One could not be clearer. The premise of the reasoning which follows in the judgment is therefore unfounded. A beginner student of European Union law would deserve a zero score.

Even supposing that the premise is well-founded, and that the principle of proportionality is indeed relevant to the review of the delimitation of the Union's competences - which it is not, by virtue of the Treaties themselves - the question would arise whether the criticisms which the judges of the Second *Senat* make of the Court's judgment in *Weiss* are well-founded. The judges of the Second *Senat* themselves admit that methods of interpretation may differ from one Member State to another - and, it should be noted in passing, their comparative law references tending to show that the German method of interpretation is genuinely shared by the others are surprisingly superficial. They also state that only a manifest error of methodology in the use of the principle of proportionality could lead to *ultra vires*. Here too, however, there is a problem.

One only has to read the rather long and sometimes confuse developments of the judges of the majority of the Second *Senat* on the proportionality of the ECB measures to be convinced. Their entire reasoning is based on the distinction between monetary policy - an exclusive competence of the Union - and economic policy, a competence of the Member States. One wonders whether the judges have understood that the competence in the field of economic policy, although not included among the shared competences listed in Article 4 TFEU, is also a competence of the Union since, as Article 5 TFEU reminds us, the Council - institution of the Union - is empowered to adopt measures useful for the cooperation of the economic policies of the Member States. However, the whole discussion in *Gauweiler*, as in *Weiss*, and already before in *Pringle*,^[9] has shown how difficult it is to distinguish between monetary and economic policy: although the distinction appears in the Treaties, in particular in Article 119 TFEU, it is not based on clear and shared definitions in economic terms.

When the judges of the majority of the Second *Senat* claim that the CJEU is not entitled to limit itself to a review of the manifest error of assessment in the examination of the decisions of the ECB, that assertion is at first sight completely

at odds with the idea that only a manifest error of methodology on the part of the CJEU could be censured by the *BverfG*. What the judges of the majority of the Second *Senat* do is what the administrative judge or the constitutional judge in the other Member States do: they decide themselves what is a manifest error, and do not apply a transcendental legal methodology to do so.

A more in-depth study of the *May 5* judgment would undoubtedly reveal other methodological failures on the part of the judges of the majority of the Second *Senat*, particularly when they control proportionality. The judges in Karlsruhe are no more infallible than those in Luxembourg. The central point to be stressed is that the method used by the majority of the Second *Senat* to assert that the ECB acts outside its sphere of competence (*ultra vires*) is not founded in Union law, given the content of Article 5 TFEU, contrary to what they assert without demonstrating it.

The present discussion would be solely relevant as didactic exercise if the *BverfG*'s judgment had only minimal consequences, which is not the case. In contrast to the precedents of the rulings of the Czech Constitutional Court of 31 January 2012, *Pl. ÚS 5/12*^[10] and of the Danish Supreme Court in *15/2014, Ajos*,^[11] which had effect only in cases of limited scope (the pensions of Slovak citizens in the Czech Republic and the application of a general principle of Union law to specific relations between private persons), the judgment of 5 May has very serious systemic consequences for Union law and for the Union itself.

3. The rejection of the application of Union law on the grounds of the principle of democracy and review of distribution of competences

In its judgment of 5 May 2020, the *BverfG* orders the *Bundesbank* an institution of the Federal Republic of Germany, to cease secondary market purchases of sovereign securities under the PPSP if the ECB does not demonstrate within a maximum period of three months that its decisions comply with the principle of proportionality. The judgement also declares that the Federal Government and the Parliament (*Bundestag*) have failed to fulfil their obligations under Article 23 of the Basic Law, which recognises that the FRG "shall contribute to the development of the European Union", by failing to take all appropriate measures

to prevent the Governing Council of the ECB from adopting the contested measures. Need it be recalled that, although the *Bundesbank* is an institution of the FRG, it is independent both under the German law that establishes it and under primary Union law, which makes it a member of the European System of Central Banks?

Assuming that the judicial review exercised by the *BverfG* over federal institutions enables it to issue injunctions against the *Bundesbank* without limitation, it seems clear that attempts by the Federal Government and Parliament to influence the organs of the ECB and the members of the ESCB would be contrary to the independence of the latter as guaranteed by primary Union law. By relying on questionable reasoning to issue its injunction and by claiming that the ECB is not competent to adopt decisions on the PSPP programme, the judges of the Second *Senat* are inciting the *Bundesbank* and indeed also the Federal Government and Parliament to infringe European Union law. The fact that the judges of the Second *Senat* assert by means of an equally questionable demonstration that the PSPP prevents the realisation of the principle of democracy by restricting the powers of the Federal Parliament does not change anything in the case: there is a violation of Union law.

Apparently in order to clear themselves vis-à-vis the other Member States of the Union, the judges of the Second *Senat* declare that, in the absence of convincing reasons on the part of the ECB that its decisions are sticking to proportionality, those decisions are not applicable, at least in the territory of the Federal Republic of Germany. The judges of the Second *Senat* do not appear to take into account the fact that they thus infringe a fundamental principle of Union law, that of uniform application. Unless there is an explicit exemption, acts of secondary legislation apply in all Member States and must be applied in the same way - unless again primary law explicitly provides for a possibility of differentiation, as in Article 355 TFEU on the outermost regions. Ignoring the principle of uniform application contributes to the fragmentation of the Union into as many different legal regimes as there are Member States. This is an extremely serious matter.

The judges of the *Second Senat* justify their judgment not only by a poorly demonstrated supposed violation of the division of competences between the Union and the Member States by the ECB and the ECJ. They also justify it by

the fact that the incriminated decisions would be contrary to the principle of democracy as they would excessively limit the power of the German Parliament in matters of economic and budgetary policy. A reading of the judgment of 5 May shows how convoluted the reasoning of the judges of the Second *Senat* is, and that, far from being based on an indisputable legal *Dogmatik*, it is based on unproven economic policy presumptions that are contrary to the cohesion of the European Union. It suffices to quote a passage: according to the judges (point 171 of the judgment) " At the time Decision (EU) 2015/774 was adopted, it was already foreseeable that several Member States of the euro area would increase new borrowing in order to boost the economy with investment programmes" – the judges there refer to a Commission document without any legal significance. Not only do the judges fail to show that financing investment programmes would be contrary to the Treaty - on the contrary, in the medium term one can hope for the opposite, as many economists who are not quoted in the 5 May judgement claim. But what is more, the judges of the Second *Senat* spread their prejudices in matters of economic policy without taking the slightest account of the possibility that such investments might on the contrary contribute to achieving the objective of economic, social and territorial cohesion affirmed in Article 3 TEU. Moreover, if the principle of democracy really requires that the German Parliament should continue to be able to determine its economic policy, does not the same apply to the parliaments of Spain, Greece, Ireland, Italy, Portugal etc.? Such an objection is, of course, not taken into account by the judges of the Second *Senat*.

Assuming that the argument on the principle of democracy is well-founded, it has an immediate effect which the judges of the Second *Senat* obviously did not want to take into account. This argument would in fact justify the refusal of governments such as that of Hungary or Poland, which have a comfortable majority in Parliament, to apply the judgments of the Court of Justice condemning them for violation of Article 19 TEU by their actions that call into question the independence of the judiciary. This would be a further factor in the fragmentation of Union law and of the Union itself.

4. Conclusion: the sense of timeliness as a principle of jurisprudential policy

According to the *Frankfurter Allgemeine Zeitung* of 5 May 2020, "The president of the Federal Constitutional Court, Andreas Voßkuhle, admitted when presenting the ruling that the decision could have an "irritating" effect in times of the coronavirus crisis, but that the decision was supported by the overwhelming majority of the Senat. Only one judge had ruled against the decision".^[12] Reading this statement, more than one European citizen will have thought, as I did, of the words of Portuguese Prime Minister Costa the day after the Eurogroup videoconference meeting of 7-9 April, referring to the "repugnant" behaviour of Dutch Finance Minister Hoekstra, who had asked the Commission to open an inquiry to understand why certain Member States had not provided a "budgetary cushion" in anticipation of crises. It was clear that the minister, who later admitted that he had not shown enough empathy, had the upcoming elections in his country in mind and had been trying to win the favour of a section of the electorate that had been prejudiced against the "PIGS" (Portugal, Italy, Greece and Spain) since the beginning of the sovereign debt crisis in 2010. While such an attitude is not acceptable for politicians, is it acceptable for judges whose independence is guaranteed in principle by the absence of a search for a political mandate?

Although many commentators have been quick to point out that the 5 May judgment concerned the PSPP and not the ECB's action during the covid-19 pandemic emergency, it is clear that the reasoning of the Second *Senat* judges would also apply to any secondary market purchase programme for government securities, which may "finance investment programmes to stimulate the economy". Beyond the rigidity of *Dogmatik*, a jurisprudential policy should characterise the action of Constitutional Courts and Supreme Courts aware of their social role in a pluralist democracy. What will be the jurisprudential policy of the new President of the German Federal Constitutional Court, as Professor Voßkuhle's term of office expires without possibility of renewal on 6 May 2020?

1. BVerfG, 05. May 2020 - 2 BvR 859/15

2. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 11 December 2018, *Proceedings brought by*

CERIDAP

- Heinrich Weiss and Others*, Case C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000
3. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 16 June 2015 in Case C-62/14 *Peter Gauweiler and Others v Deutscher Bundestag*, ECLI:EU:C:2015:400
 4. See paragraph 156 of the judgment.
 5. See the various national reports and my general report to the XVIIth Congress of the International Federation of European Law in 2016 in Budapest in J. Czuczai, P. Darák, P. Lánkos, M. Szabó, A. Zs. Varga (eds.), *Division of Competences and Regulatory Powers between the EU and the Member States - FIDE Congress Proceedings*, Wolters Kluwer, Budapest, 2016, vol; 3, pp. 97-146.
 6. Judgment of 12 October 1993, BVERFGE 89, 155; see in particular among many others: Grewe, Constance, *L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 12 octobre 1993 sur le traité de Maastricht: l'Union européenne et les droits fondamentaux*, in *Revue universelle des droits de l'homme* 1993, p. 286 - 292.
 7. Jugement du 30 juin 2009 (affaires liées 2 BvE 2/08). Voir notamment Müller-Graff, Peter-Christian, *L'arrêt de Karlsruhe sur le Traité de Lisbonne*, in *Regards sur l'économie allemande* 2009/3 (n° 92), pp. 5 à 12 ; Ziller, Jacques, *Zur Europarechtsfreundlichkeit des deutschen Bundesverfassungsgerichts. A foreign evaluation of the Federal Constitutional Court's ruling on the ratification of the Lisbon Treaty* in *Zeitschrift für öffentliches Recht*: Volume 65, Issue 1 (2010), p. 157-176; idem, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 5/2009; idem, *The German Constitutional Courts Friendliness towards European Law*, in *European Public Law Journal*, 16/1,2010, p. 53-73.
 8. See note 3.
 9. Judgment of the Court (Full Court) of 27 November 2012, *Thomas Pringle v Government of Ireland and Others*, Case- C370/12, ECLI:EU:C:2012:756.
 10. See Komárek, J., *Czech Constitutional Court Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, Slovak Pensions XVII*. In *European Constitutional Law Review*, 8(2), 323-337.
 11. See Šadl, U., & Mair, S., *Mutual Disempowerment: Case C-441/14 Dansk Industri, acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen and Case no. 15/2014 Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S v The estate left by A*. in *European Constitutional Law Review*, 13(2), 347-368
 12. Author's translation.

L'accesso civico generalizzato alla prova dell'emergenza da Covid-19

Emanuela Furiosi

Nel presente contributo sono svolte alcune riflessioni in merito all'idoneità dell'accesso civico generalizzato a garantire la trasparenza amministrativa nel contesto dell'emergenza sanitaria da Covid-19, commentando l'evoluzione delle vicende processuali relative alla richiesta di accesso ai dati del contagio avanzata da Codacons.

[Generalized civic access and COVID-19 health emergency] This paper deals with the suitability of the generalized civic access to guarantee administrative transparency during the COVID 19 health emergency, considering also the Codacons' civic access request related to COVID 19 health emergency data.

1. I fatti in causa.

Fin dalle prime fasi della pandemia, nel contesto delle note conferenze stampa della Protezione Civile, Codacons ha richiesto al Dipartimento della Protezione Civile, al Ministero della Salute, all'Istituto Superiore di Sanità e alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, la pubblicazione di dati ulteriori rispetto a quelli che erano oggetto degli allora quotidiani aggiornamenti, atti ad informare i cittadini sull'evoluzione dell'emergenza pandemica da Covid-19^[1].

In particolare, Codacons ha chiesto di scindere il dato aggregato dei deceduti affetti da Covid-19, che viene quotidianamente pubblicato sull'apposita pagina della Protezione Civile, distinguendo tra quanti di tali soggetti fossero deceduti in ospedale e quanti fossero, invece, deceduti nel proprio domicilio con sintomi gravi. Unitamente a tali dati era stata avanzata la richiesta di conoscere anche i posti disponibili in terapia intensiva, localizzandoli sul territorio nazionale, e la

relativa possibilità concreta di trasferimento attraverso la Cross^[2], unitamente alla percentuale calcolata tra tamponi fatti e esiti dell'aumento o diminuzione percentuale.

Codacons, tuttavia, non ha avuto da parte dell'Amministrazione una tempestiva *disclosure* dei dati richiesti, nonostante l'esigenza di tali ulteriori dati sia ancora oggi richiesta, a più voci, per il tramite dei media nazionali.

2. Le azioni giudiziarie instaurate da Codacons.

Codacons, come accennato, non avendo ottenuto una tempestiva risposta da parte della Pubblica Amministrazione in merito ai dati richiesti, si è scontrata con l'assenza - nel nostro ordinamento giuridico - di uno strumento che le consentisse di ottenere i medesimi dati in tempi utili^[3]. Difatti, com'è noto, gli ordinari strumenti di accesso, sia documentale ex l. n. 241/1990 che civico generalizzato ex d.lgs. 33/2013, prevedono che la P.A. abbia a disposizione 30 giorni per dare riscontro all'istanza di accesso.

Preso atto dell'assenza di strumenti idonei allo scopo, Codacons, interpretando i due bollettini informativi successivi all'istanza di accesso (che, al pari dei primi, non contemplavano i dati aggiuntivi richiesti) come impliciti provvedimenti di diniego, li ha impugnati davanti al TAR Lazio con un primo ricorso principale, e con un successivo ricorso per motivi aggiunti, azionando davanti al Giudice amministrativo una pretesa annullatoria, munita di domanda cautelare presidenziale ex art 56 c.p.a., anziché servirsi del rito speciale in materia d'accesso previsto dall'art. 116 c.p.a.

3. I decreti presidenziali cautelari del TAR Lazio, e del Consiglio di Stato.

Il Giudice amministrativo, tempestivamente interessatosi della vicenda a fronte delle domande cautelari presidenziali^[4], ha respinto le richiamate istanze cautelari con due decreti presidenziali^[5] emanati dal TAR Lazio, poi sostanzialmente confermati in sede di appello cautelare dal Consiglio di Stato^[6], che ha dichiarato inammissibile l'appello cautelare.

In tali decreti il Giudice, da un lato, ha evidenziato che gli atti impugnati hanno la natura di atti non provvedimentali, considerato che «*la raccolta di dati regionali*

per la informazione ai cittadini non esprime, né potrebbe farlo, alcun potere autoritativo pubblico» (cfr. Consiglio di Stato, decreto presidenziale 8 aprile 2020, n. 1841). E neppure potrebbe trattarsi di un diniego implicito, non essendosi perfezionata la rituale sequenza procedimentale^[7].

D'altro lato, ha altresì chiarito che non può essere tollerato il tentativo di "piegare" lo strumento processuale dell'azione di annullamento *«ad una finalità certamente meritevole ma estranea a detto strumento, cioè quella di disporre in tempo reale di un quadro informativo più completo rispetto a quello quotidianamente offerto dai comunicati stampa della Protezione Civile»* (cfr. decreto Cons. Stato, 8 aprile 2020, n. 1841). Difatti, poiché l'azione proposta è tesa all'accertamento del diritto ad avere determinate informazioni, ed è altresì connessa all'asserito inadempimento di obblighi di trasparenza, al più avrebbe dovuto essere proposta l'azione del rito speciale in materia d'accesso, previsto dall'art. 116 c.p.a.

Il giudice, respinte le istanze e fatte le precisazioni sopra richiamate, ha fissato per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 16 aprile 2020.

Nonostante il mancato accoglimento delle istanze avanzate da Codacons, deve essere sottolineato che il Giudice amministrativo ha preso una chiara posizione a sostegno dell'interesse alla pubblicazione dei dati richiesti, dichiarando di "auspicare fortemente" *«che la Protezione Civile avrà certamente modo di considerare, con ogni mezzo possibile compatibile con modalità e tempi dell'emergenza, anche tali auspicati elementi conoscitivi, al fine di valutarli per ciò che è il reale, primario interesse generale odierno: il contrasto e la riduzione del contagio e l'adozione delle terapie necessarie»* (cfr. Cons. Stato, decreto 8 aprile 2020, n. 1841).

4. L'istanza d'accesso ex art. 116, comma 2, e l'ordinanza n. 2835/2020 del TAR Lazio.

Tuttavia, l'auspicio espresso del Giudice amministrativo, sia in primo che in secondo grado, in ordine all'interesse alla diffusione degli elementi conoscitivi relativi all'emergenza da Covid-19, non è stato colto dalla Protezione Civile. Ad oggi, infatti, i dati richiesti non sono ancora stati pubblicati.

Codacons, preso atto della inamovibile posizione assunta dall'Amministrazione, e

altresì consapevole dell'ormai scritto esito delle azioni proposte, in data 14 aprile 2020, ha presentato un'istanza di accesso incidentale *ex art.* 116 c.p.a., notificandola ritualmente alle Amministrazioni convenute in giudizio.

Due giorni dopo la presentazione della predetta istanza, come previsto, si è riunito il TAR Lazio in Camera di Consiglio e, decidendo limitatamente all'istanza cautelare proposta con il ricorso introduttivo e con i primi motivi aggiunti, ha emanato il 17 aprile 2020 l'ordinanza n. 2835/2020.

Il TAR Lazio, con detta ordinanza, confermando quanto già espresso nei richiamati decreti, ha respinto l'istanza cautelare *«per difetto del presupposto processuale di ammissibilità del ricorso cui la cautela è strumentale»* (cfr. TAR Lazio, Roma, ordinanza 17 aprile 2020 n. 2835). In particolare, alla data di proposizione del ricorso e dei primi motivi aggiunti *«appare inesistente ... l'oggetto dell'impugnazione»*, non essendo impugnabili i bollettini quotidiani pubblicati dalla Protezione Civile, contenenti la raccolta di elementi acquisiti presso le Regioni su una pluralità di dati relativi alla situazione Covid-19. E così, sulla scia di quanto già statuito sul punto, ha ulteriormente specificato che *«l'informazione ai cittadini non risulta espressione di potere autoritativo pubblico, bensì attività sindacabile dal giudice amministrativo in quanto conforme ai parametri di legittimità recati dalla disciplina sulla trasparenza amministrativa e sul corrispondente diritto all'accesso documentale, civico e generalizzato»* (cfr. TAR Lazio, Roma, ordinanza 17 aprile 2020 n. 2835).

Infatti, continua il TAR, *«come peraltro già osservato, "i dati aggiuntivi richiesti sarebbero sicuramente utili ai fini di un quadro conoscitivo per i cittadini ancora più dettagliato, ma la possibilità o meno che essi siano raccolti e poi pubblicati costituisce l'oggetto di una tipica azione di accertamento basata sul principio di trasparenza, e non può formare oggetto di una pretesa annullatoria, non essendovi alcun atto da annullare" (così, Cds, III Sezione, decreto n. 1841/2020)»* (cfr. TAR Lazio, Roma, ordinanza 17 aprile 2020 n. 2835).

Nonostante la fase cautelare si sia conclusa definitivamente (a spese compensate, nonostante le conclamate "forzature" processuali, contenute nei ricorsi principale e per motivi aggiunti) il Giudice amministrativo non ha perso questa (quarta) occasione di prendere posizione in merito all'utilità dei dati richiesti.

Ad ogni buon conto, è ancora pendente l'istanza di accesso incidentale *ex art.* 116, c. 2, c.p.a., che verrà trattata dal TAR Lazio nell'apposita Camera di Consiglio,

fissata per il 22 giugno 2020, «*dove potranno essere adeguatamente valutate le esigenze di massima trasparenza rappresentate dalla parte ricorrente al fine di consentire ai cittadini di conseguire ogni informazione utile ad assumere gli atteggiamenti più corretti per affrontare la gravissima emergenza sanitaria in corso.*» (cfr. TAR Lazio, Roma, ordinanza 17 aprile 2020 n. 2835).

5. Istituti giuridici “ordinari”, alla prova di tempi straordinari.

Della vicenda processuale appena richiamata ciò che maggiormente colpisce, a fronte dei richiamati tre decreti presidenziali e dell’ordinanza da ultimo commentata, non sono le molteplici “forzature” processuali e interpretative approntate dalla parte attrice. E neppure l’esplicita presa di posizione del Giudice amministrativo che, pur nel rispetto del principio di separazione dei poteri, non ha perso occasione per sottolineare, più volte, l’importanza di una *disclosure* relativa ai dati della pandemia.

Sono due i profili che maggiormente emergono dalla vicenda: l’inadeguatezza di uno strumento ordinario in tempi straordinari, e la necessità di fornire una lettura ragionata dei dati che vengono resi pubblici.

Per quanto concerne il primo profilo, è emersa l’inadeguatezza dell’accesso civico generalizzato, strumento pensato per tempi ordinari, a garantire il principio di trasparenza amministrativa in tempi straordinari, ed emergenziali, quali quelli che stiamo vivendo.

Difatti, l’accesso civico generalizzato è strumento atto a garantire la trasparenza amministrativa, che è «*condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino.*»^[8] Sicché è peculiare che in un momento in cui è stata chiesta - ed imposta - ai cittadini una fortissima compressione e limitazione delle libertà fondamentali, costituzionalmente garantite, non sia stato fornito loro un quadro chiaro e comprensibile dell’evoluzione del contagio.

Pare altresì necessario sottolineare che, la mera pubblicazione di alcuni dati, non si è affatto rivelata sufficiente a garantire la trasparenza a cui la pubblicazione è finalizzata. Si è palesata, infatti, la necessità di uno sforzo ulteriore: i dati rilasciati

devono essere resi comprensibili attraverso chiavi di lettura che interpretino e contestualizzino i dati resi pubblici. Ma così non è stato^[9].

Infine, per quanto concerne le tempistiche, è necessaria una riflessione condivisa in merito all'opportunità della sopraggiunta normativa statale, che non solo non facilita ed accelera la diffusione dei dati del contagio, ma addirittura consente alle Amministrazioni di rallentare ulteriormente le tempistiche previste per l'ordinaria *disclosure*.

L'art. 37 del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, infatti, ha prolungato dal 15 aprile al 15 maggio 2020 il termine del periodo di sospensione dei termini riguardanti, in via generale, i procedimenti amministrativi. Sospensione che interessa anche i procedimenti in materia di accesso, incluso l'accesso civico generalizzato, e che fa sì che le Amministrazioni interessate da richieste di accesso, presentate nel periodo compreso tra il 23 febbraio e il 15 maggio 2020, possano avvalersi della sospensione del termine di conclusione dei relativi procedimenti.

Se tale disposizione può apparire per un verso ragionevole^[10], d'altro lato sarebbe stato opportuno sottrarre all'applicabilità di tale disposizione le richieste d'accesso aventi ad oggetto i dati relativi all'emergenza sanitaria da Covid-19.

In sintesi, non solo non è stato accelerato il rilascio dei dati sul contagio, decisione che sarebbe stata auspicabile, ma è stata data all'Amministrazione la possibilità di temporeggiare ulteriormente. Eppure è palese che una ostensione tardiva dei dati relativi al contagio privi gli stessi della loro utilità principale. Vale a dire, come bene ha evidenziato il Giudice amministrativo, la possibilità per i cittadini «*di ottenere ogni informazione che possa essere utile ad assumere gli atteggiamenti più corretti per affrontare la gravissima emergenza sanitaria in corso*» (cfr. TAR Lazio, Roma, ordinanza 17 aprile 2020 n. 2835).

La scelta dell'Amministrazione, di non pubblicare tempestivamente i dati richiesti, e relativi all'emergenza da Covid-19, ha di fatto eroso l'utilità di questi ultimi: utilità che si è così risolta in una mera valutazione *ex post*, in merito all'opportunità delle misure assunte dalla Protezione Civile, ed alle eventuali responsabilità dei soggetti in esse coinvolti.

1. Per un approfondimento sui precedenti decreti presidenziali emessi dal TAR Lazio e dal Consiglio di Stato, sia consentito il rinvio a E. Furiosi, *Emergenza Covid e dati pubblici: l'accesso civico e il rito processuale in materia di accesso non vanno alla velocità della*

CERIDAP

pandemia, in *Ceridap*, 2/2020.

2. CROSS sta per “Centrale Remota Operazioni Soccorso Sanitario per il coordinamento dei soccorsi sanitari urgenti nonché dei Referenti Sanitari Regionali in caso di emergenza nazionale”, che è stata attivata dalla Protezione civile al fine di coordinare disponibilità e utilizzo dei posti letto in ospedale per l'emergenza COVID-19.
3. Appare *ictu oculi* che in tempi straordinari, quali gli odierni, tali istituti giuridici, pensati per tempi ordinari, non garantiscono la celerità necessaria affinché la pubblicazione dei dati richiesti conservi una qualche utilità; una utilità che vada oltre eventuali valutazioni *ex post*, concernenti le responsabilità derivanti dalla mancata pubblicazione dei medesimi dati.
4. Domande cautelari che, secondo il TAR Lazio, non sarebbero state esperibili se si fosse attivato il corretto rito in materia di accesso ex art. 116 c.p.a.
5. TAR Lazio, decreti presidenziali n. 2299 del 28 marzo 2020 e n. n. 2346 del 1° aprile 2020.
6. Cfr. decreto presidenziale del Consiglio di Stato dell'8 aprile 2020, n. 1841
7. L'accesso documentale, ex art. 25, c. 4 l. 241/1990 e l'accesso civico generalizzato, ex art. 5, c. 6, d.lgs. 33/2013, prevedono il termine di trenta giorni per dare riscontro alle istanze di accesso.
8. Art. 1, c. 4, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.
9. Abbiamo infatti assistito alla pubblicazione quotidiana del numero di contagiati, senza però evidenziare sufficientemente che il numero di tamponi effettuati quotidianamente non era il medesimo, rendendo in questo modo tali numeri non solo inutili, ma financo fuorvianti e affatto significativi.
10. È stato, infatti, preso atto della possibilità di un rallentamento dell'attività amministrativa a fronte della radicale modifica delle condizioni di lavoro della macchina pubblica, che ha adottato il c. d. “smart working”.

Monitoraggio dell'epidemia e test diagnostici: le recenti pronunce dei Tribunali Amministrativi Regionali

Francesca Roncarolo

Il contributo illustra la disciplina adottata in materia di test diagnostici per accertare e contenere il contagio da SARS-CoV-2, analizzandone le conseguenze applicative e prendendo in rassegna le decisioni assunte sul punto, in sede cautelare monocratica, dai Tribunali Amministrativi Regionali.

[Epidemic monitoring and diagnostic tests: the recent rulings of Regional Administrative Courts]: This paper sets out the legal framework adopted in Italy for performing diagnostic tests for SARS-CoV-2 and for containing SARS-CoV-2 contagion, by analysing the consequences of their application and reviewing the decisions taken on this point by the Regional Administrative Courts in the framework of monocratic precautionary procedures.

1. Premessa

I Tribunali amministrativi sono intervenuti con pronunce cautelari significative in tema di esecuzione e sperimentazione dei test diagnostici per rilevare la positività al SARS-CoV-2.

L'approntare strumentazioni medico-sanitarie adeguate a tale scopo è esigenza che diviene sempre più urgente con il progressivo avvicinarsi della c.d. seconda fase di gestione della emergenza sanitaria, la quale avrà avvio dal 4 maggio 2020 ai sensi degli artt. 1 e 10 del D.P.C.M. 26 aprile 2020^[1]: questo al fine di garantire un miglior monitoraggio globale della capacità diffusiva del virus, nel momento in cui il contenimento pandemico non sia più assicurato mediante i divieti di

spostamento e di circolazione attualmente in vigore.

2. I test molecolari e il contesto normativo

La Circolare del Ministero della Salute sui test diagnostici n. 11715, adottata il 3 aprile 2020 seguendo le raccomandazioni pubblicate a livello internazionale dalla Commissione europea^[3] e dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS)^[3], disciplina le modalità di esecuzione dei test diagnostici e i casi da sottoporre ad esame in via d'urgenza, fermo restando che l'esecuzione di essi deve in ogni caso essere riservata prioritariamente ai pazienti sintomatici e ai soggetti a rischio in quanto entrati in contatto con un caso confermato o probabile di COVID-19^[4].

Tali indicazioni organizzative sono rivolte all'effettuazione dei test c.d. molecolari, i quali, secondo l'OMS, rimangono le modalità diagnostiche al momento tecnicamente più vantaggiose.

Tali esami sono basati sul rilevamento dei geni virali nelle secrezioni respiratorie attraverso il tampone, sul quale viene effettuato un esame mediante metodi di RT-PCR per amplificazione di geni virali espressi durante l'infezione da SARS-CoV-2^[5]. Il Ministero della Salute, nella circolare suindicata, precisa che attualmente in Italia, sono in uso test molecolari rapidi del tipo CE-IVD e/o EUA/FDA (Point of Care tests, POCT).

Tale diagnosi molecolare viene eseguita presso i laboratori di riferimento regionali e i laboratori aggiuntivi individuati secondo modalità concordate con il Laboratorio di Riferimento Nazionale dell'Istituto Superiore di Sanità e procedure indicate nella circolare del Ministero della Salute n. 9774 del 20 marzo 2020. Qualora, in aree con diffusa trasmissione di SARS-CoV-2, la capacità di laboratorio non consenta di effettuare le analisi diagnostiche previste, è stabilita la possibilità di ampliare ulteriormente il numero di laboratori aggiuntivi mediante intervento Regionale e/o di utilizzare laboratori mobili o c.d. drive-in clinics (attraverso il finestrino aperto dell'automobile nella quale si trova il paziente, senza che costui esca dall'abitacolo e mantenendo così le distanze di sicurezza).

3. Le pronunce del T.A.R. Sicilia, sezione staccata di Catania

(sezione IV), decreto del 27 marzo 2020, n. 235 e del T.A.R. Molise (sezione I), decreto del 30 marzo 2020, n. 62

Si osserva che le Circolari del Ministero della Salute individuano le categorie di soggetti che, in via preferenziale o addirittura con urgenza, possono o devono essere sottoposti ai test molecolari a disposizione.

Per contro, non vi sono divieti all'utilizzo di tale esame su particolari individui e dunque tutti, secondo la normativa statale, potrebbero astrattamente essere destinatari di tale test.

La possibilità di esecuzione di esso anche su soggetti non appartenenti alle categorie privilegiate suindicate, ad esempio su individui asintomatici, risulterebbe quindi consentita.

Unica condizione per l'effettuazione del test a chiunque, ricavabile direttamente dalle indicazioni ministeriali, sembrerebbe l'onere di garantirne comunque la sua disponibilità ed esecuzione alle categorie di soggetti prioritari per legge: detta esigenza deve altresì essere contemperata con le circostanze del caso concreto, ossia il limitato numero di tamponi in possesso delle strutture sanitarie.

Ciò premesso, il T.A.R. per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, è stato chiamato a pronunciarsi sul provvedimento adottato dalla Azienda Sanitaria Provinciale di Catania, Dipartimento di Prevenzione Igiene Ambienti di Vita, con il quale è stato inibito alla Medisan di Mirisciotti F.M. & C. S.a.s., struttura sanitaria privata accreditata, l'esecuzione di test diagnostici di rilevazione del COVID-19 da costei avviati su soggetti asintomatici. Contro tale determinazione ha presentato ricorso la Medisan, lamentandone l'illegittimità.

Il T.A.R. Catania ha, innanzitutto, rigettato la richiesta di sospensione cautelare in via d'urgenza del provvedimento della ASP, con decreto presidenziale del 27 marzo 2020, n. 235.

La decisione si fonda sulla enunciata necessità di dare prevalenza al perseguimento delle esigenze di pubblico interesse illustrate da parte resistente, e fondanti l'adozione del provvedimento impugnato, attraverso un esame comparativo degli interessi coinvolti.

Le motivazioni di pubblico interesse dedotte non risiederebbero - come ci si aspetterebbe - nel contingentamento all'utilizzo di tale test per garantire la sua disponibilità ai soggetti prioritari, bensì nel fatto che, secondo quanto dedotto da

parte resistente «*in assenza di sintomi, pertanto, il test non appare sostenuto da un razionale (...) scientifico, in quanto non fornisce un'informazione indicativa ai fini clinici e potrebbe essere fuorviante per la popolazione*», e «*la negatività non è in grado di escludere l'infezione, pertanto questo dato porterebbe a far abbassare la guardia in un soggetto negativo, non facendo rispettare dallo stesso le disposizioni ministeriali con grave danno per la tutela della salute pubblica*». Questo potrebbe causare un grave danno alla tutela della salute pubblica.

Il bilanciamento di interessi in gioco così delineato è dunque espressione non tanto dell'assenza di *fumus boni iuris* in capo alla pretesa vantata dal ricorrente, quanto più della mancanza di un danno qualificabile come di estrema gravità ed urgenza, per essere lo stesso «*anche suscettibil [e] di tutela in via risarcitoria*» in un secondo tempo.

Al contempo, si può osservare come in tale sede venga resa, seppur in via sommaria, una valutazione sull'affidabilità del test molecolare mediante tampone non del tutto coincidente con quella invece condivisa dal Ministero della Salute.

In altra decisione del T.A.R. Molise, invece, assunta con decreto del 30 marzo 2020, n. 62, è stata accolta la richiesta di sospensione cautelare *ante causam* della determinazione emessa dall'Azienda Sanitaria Regionale del Molise. L'efficacia del provvedimento è stata sospesa parzialmente, ossia nella parte in cui, immotivatamente, con esso viene disposto il ricovero, presso strutture private accreditate residenziali, di soggetti anziani provenienti a loro volta da strutture sanitarie aziendali del Molise, senza che a costoro venga effettuato preventivamente il tampone di controllo per verificare che non siano affetti da SARS-CoV-2, rimettendo al contrario l'effettuazione del test alla valutazione discrezionale dei medici ospedalieri interessati caso per caso.

Si premette che, secondo Circolare del Ministero della Salute del 18 aprile 2020, n. 3468^[6], è fatto obbligo di impedire l'accesso in struttura residenziale sociosanitaria a persone che presentino sintomi di infezione respiratoria acuta, anche di lieve entità, o che abbiano avuto un contatto stretto con casi di COVID-19 sospetti/probabili/confermati negli ultimi 14 giorni.

Ciò detto, la domanda cautelare *ante causam* è stata accolta per le seguenti ragioni.

Innanzitutto, sembra emergere un chiaro *fumus* di illegittimità dell'atto impugnato per ingiustificata disparità di trattamento, dal momento che questo

prevede, per il trasferimento di pazienti provenienti da altre Regioni, che – al contrario – le strutture d’origine garantiscano l’assenza di contagio da SARS-CoV-2 mediante accertamento con tampone che abbia fornito risultato negativo. In ordine al *periculum in mora*, si individua un grave danno irreparabile nel fatto che la struttura di destinazione possa accogliere un paziente senza aver prima escluso, mediante test molecolare, che questo sia affetto da COVID-19.

La logica decisionale adottata dal T.A.R. Molise in ordine alla sussistenza di un pericolo di pregiudizio sottende una valutazione circa la attendibilità del tampone diversa da quella effettuata dal T.A.R. Campania. Esso è considerato strumento idoneo ad escludere il contagio e pertanto da applicarsi obbligatoriamente a tutti i soggetti interessati dal trasferimento, anche qualora asintomatici.

Al contempo, non può però negarsi come gli interessi in gioco sottesi e implicitamente dedotti, in questo caso, fossero in parte diversi: i destinatari del test sono infatti persone anziane, già ospiti di altre strutture residenziali, e pertanto da considerarsi soggetti a rischio, tali da dover beneficiare delle più ampie tutele diagnostiche atte a escludere, per quanto possibile, ogni possibilità di contagio.

4. I test sierologici e la nuova sperimentazione

Alternativa diagnostica all’esame con tampone è offerta dai test sierologici, effettuati mediante verifica ematica e ricerca degli anticorpi (immunoglobuline) IgM e IgG, funzionali a capire se il soggetto sia entrato in contatto con il virus.

Sebbene i test sierologici siano descritti nella Circolare del Ministero della Salute del 3 aprile 2020 quali «*molto importanti nella ricerca e nella valutazione epidemiologica della circolazione virale*», tuttavia, come anche indicato dall’OMS^[7], il loro utilizzo non appare sufficiente ai fini di una precisa diagnosi dell’infezione da SARS-CoV-2, e perciò ad oggi non è loro riconosciuta valenza diagnostica.

Il Ministero della Salute precisa che essi non appaiono ancora in grado, allo stato attuale, di sostituire il test molecolare basato sull’identificazione di RNA virale; trattasi infatti di esami non sufficientemente attendibili e che presentano il rischio di fornire risultati imprecisi, in particolare dei risultati c.d. falsi positivi^[8].

D’altro canto detti test, molto rapidi nell’elaborazione del risultato e disponibili

in kit con potenziale diffusione su larga scala, appaiono utili per monitorare il numero di soggetti entrati in contatto con il virus, e si prestano in particolare ad una indagine epidemiologica collettiva nella c.d. seconda fase di lockdown.

In forza del potere di legislazione concorrente in materia di tutela della salute di cui all'art. 117 c. 3 Cost., la Regione Lombardia ha avviato l'utilizzo sperimentale di tali diversi dispositivi, mediante prelievo endovenoso.

In particolare, la Regione ha disposto a partire dal 23 aprile 2020 l'esecuzione di essi presso i centri più colpiti dal virus, ossia le Province di Lodi, Bergamo, Brescia e Cremona, per poi estenderne l'utilizzo a tutta la Lombardia dal 29 aprile 2020.

Tali primi test sono indirizzati ai cittadini che sono stati messi in quarantena ovvero in condizione di isolamento fiduciario su indicazione del Medico di medicina Generale, dell'ATS a seguito di indagine epidemiologica, o da struttura ospedaliera. Esclusi dall'esame sierologico sono coloro che, già sottoposti a test molecolare, sono a questo risultati positivi o negativi a seguito di doppio tampone.

5. La pronuncia del T.A.R. Lombardia (sezione I), decreto del 22 aprile 2020, n. 596, seguita dal decreto del Consiglio di Stato (sezione III), 23 aprile 2020, n. 2129

In tale contesto di sperimentazione dei test sierologici, la Regione Lombardia ha proceduto all'affidamento diretto ex art. 36, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 dell'appalto di fornitura dei kit di esame alla società Diasorin S.p.a., i cui test sierologici presentano marcatura di conformità CE e sono oggetto di sperimentazione e miglioramento presso la Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia.

Quest'ultima, mediante determinazione del 23 marzo 2020, ha infatti concluso un accordo quadro di ricerca finalizzata all'elaborazione di nuovi test, sierologici ma anche molecolari, per la diagnosi di infezione da SARS-CoV-2 con la suddetta società Diasorin S.p.a.

Contro la decisione assunta dall'Ente pubblico ospedaliero pavese ha presentato ricorso innanzi al T.A.R. Lombardia la società Tecnogenetics S.r.l., operatore economico anch'egli produttore di kit per diagnosi da SARS-Cov-2, lamentando

la illegittimità del provvedimento con il quale il Policlinico San Matteo ha scelto di rivolgersi in via esclusiva alla Diasorin S.p.a. per lo studio e la sperimentazione di nuovi test.

La ricorrente ha chiesto l'annullamento della determinazione dell'Ente, previa sospensione cautelare dell'efficacia, in quanto lesivo dei principi di libera concorrenza e non discriminazione e tale da determinare una ingiustificata posizione privilegiata della Diasorin S.p.a. sul mercato.

Per analoghe ragioni, la TecnoGenetics S.r.l. ha altresì presentato esposto alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Pavia, nonché alla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB) e all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

In sede di pronuncia cautelare monocratica, il T.A.R. Lombardia, con decreto del 22 aprile 2020, n. 596 ha rigettato la richiesta di sospensione in via d'urgenza della determina del Direttore Generale del Policlinico San Matteo, con la quale è stato concluso l'accordo quadro.

La decisione è stata assunta a motivo del fatto che la parte ricorrente non avrebbe dedotto circostanze indicative dell' "estrema gravità e urgenza", ai sensi dell'art. 56 c.p.a., del rischio di subire un grave danno irreparabile, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data di trattazione collegiale della domanda in camera di consiglio.

Al contempo, in punto di *fumus boni iuris*, il Presidente della Sezione I del T.A.R. ha dato atto di come la domanda cautelare sembri presentare profili sostanziali meritevoli di approfondimento.

In particolare il T.A.R. ha rilevato che tale partenariato pubblico-privato non sembra esaurirsi in un puro accordo di collaborazione scientifica, ma presenta «*contenuti sinallagmatici con precisi vantaggi economici e conseguente valore di mercato sottratto al confronto concorrenziale*». A tale conclusione si perverrebbe altresì analizzando il contenuto della prestazione ad oggetto: non si tratta della semplice valutazione clinica di un dispositivo diagnostico già pronto, bensì dell'elaborazione di nuovi test molecolari e sierologici «*sulla base di un prototipo Diasorin di imprecisata consistenza*», da sottoporre a sviluppo e da migliorare, con contestuale «*riconoscimento dei diritti economici riguardanti la titolarità dell'invenzione per i ricercatori che hanno preso parte al progetto da cui è derivata l'invenzione medesima*»^[9].

Ciò premesso si è affermato che, anche a voler ricondurre l'accordo di cui trattasi nel novero delle ipotesi di collaborazione di ricerca di cui all'art. 8, comma 5, d.lgs. n. 288/2003 (finalizzati a trasferire i risultati ottenuti in ambito industriale e salvaguardando al contempo la finalità pubblica della ricerca), detta qualificazione non sottrae comunque l'accordo tra il Policlinico San Matteo e la Diasorin S.p.a. al rispetto dei principi di diritto interno e di diritto europeo in materia di contratti pubblici, tra cui spicca evidentemente quello di libera concorrenza.

La pronuncia del T.A.R. Lombardia, con la quale è stata respinta l'istanza cautelare, è stata impugnata dalla ricorrente Tecnogenetics S.r.l. innanzi al Consiglio di Stato. Quest'ultimo, con decreto n. 2129 emesso il 23 aprile 2020, ha dichiarato inammissibile il ricorso in appello, in quanto nel caso di specie difetterebbe la dimostrazione di un «*pericolo concreto di irreversibile perdita di un "bene della vita" tutelato da norme costituzionali*», unica condizione che consenta l'appello avverso un decreto presidenziale del T.A.R., secondo prevalente orientamento giurisprudenziale^[10].

6. Riflessioni conclusive

Nelle pronunce cautelari monocratiche analizzate la valutazione della estrema gravità ed urgenza del pericolo di danno, che il ricorrente possa subire con la mancata sospensione dell'atto impugnato, avviene attraverso la "lente di ingrandimento" dell'interesse pubblico alla protezione della salute.

La decisione di concedere o no la tutela cautelare d'urgenza al ricorrente sembra, almeno in parte, dipendere dalla maggiore o minore capacità, di tale misura, di contenere il contagio da SARS-CoV-2.

Sarà interessante verificare se i Tribunali amministrativi citati perverranno alle stesse conclusioni anche in sede di pronuncia cautelare a seguito di trattazione collegiale.

Da ultimo, dubbi di legittimità, resi alquanto evidenti dalla pronuncia cautelare del T.A.R. Lombardia, si profilano in relazione alle modalità di utilizzo e di sviluppo di nuovi strumenti diagnostici approntati sinora in Lombardia, la quale ha scelto di impiegare i soli test della società Diasorin S.p.a.

CERIDAP

1. «*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*», il quale integra e in parte sostituisce le disposizioni del D.P.C.M. 10 aprile 2020 («*Ulteriori disposizioni attuative del D.L. 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*»), salvo misure di contenimento più restrittive adottate dalle Regioni, anche d'intesa con il Ministro della Salute, relativamente a specifiche aree del territorio regionale.
2. *COVID-19 EU recommendations for testing strategies*, 18 marzo 2020, reperibile al seguente [link](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/latest-documents_it):
https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/latest-documents_it
3. *Laboratory testing strategy recommendations for COVID-19*, 21 marzo 2020, reperibile al seguente [link](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331509/WHO-COVID-19-lab_testing-2020.1-eng.pdf):
https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331509/WHO-COVID-19-lab_testing-2020.1-eng.pdf
4. Focalizzando l'identificazione del rischio in coloro che hanno avuto dei contatti con certi o probabili casi COVID-19 nelle quarantotto ore precedenti l'insorgenza dei sintomi e fino al momento della diagnosi e dell'isolamento di costoro, così come indicato nella Circolare del Ministero della Salute 20 marzo 2020, n. 9774.
5. Così, sempre Circolare del Ministero del 3 aprile 2020, n. 11715 («*Aggiornamento delle indicazioni sui test diagnostici e sui criteri da adottare nella determinazione delle priorità. Aggiornamento delle indicazioni relative alla diagnosi di laboratorio*»), reperibile al seguente [link](http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/archivioNormativaNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&iPageNo=1):
<http://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/archivioNormativaNuovoCoronavirus.jsp?lingua=italiano&iPageNo=1>
6. «*Indicazioni ad interim per la prevenzione ed il controllo dell'infezione da SARS-CoV-2 in strutture residenziali e socio-sanitarie*».
7. Cfr. nota 3.
8. Il Ministero della Salute nella circolare n. 11715/2020 precisa che «*la rilevazione della presenza degli anticorpi, infatti, non sarebbe comunque indicativa di un'infezione acuta in atto, e quindi della presenza di virus nel paziente e rischio associato a una sua diffusione nella comunità. Inoltre detto test presenta il rischio di fornire risultati non precisi per ragioni di possibile cross-reattività con altri patogeni affini come altri coronavirus*».
9. Così il decreto del T.A.R. Lombardia oggetto di analisi.
10. Sul punto cfr. anche di recente Cons. St., 11 gennaio 2019, n. 39, in *Foro it.*, 2019, 3, III, p. 117, che precisa come «*nel processo amministrativo, il Consiglio di Stato è incompetente a confermare o revocare la misura cautelare concessa con decreto del presidente del Tar, in quanto, ai sensi dell'art. 62 cod. proc. amm., la pronuncia cautelare collegiale del Consiglio di Stato non può precedere quella del Tar, essendo configurata esclusivamente quale decisione avente ad oggetto una decisione cautelare assunta in primo grado nella sede collegiale*».

Emergenza Covid-19: lockdown del procedimento amministrativo?

Marco Salina

*Il contributo analizza la disciplina sulla sospensione dei termini procedurali prevista dal decreto Cura Italia, ponendone in luce alcuni aspetti critici
[Covid-19 emergency: lockdown of the administrative procedure?] The contribution analyzes the discipline on the suspension of procedural terms provided for by the "Cura Italia" decree, highlighting some of its critical aspects*

1. Premessa

La normativa introdotta a seguito dell'emergenza Covid-19 non si è limitata a dettare la sospensione dei termini processuali^[1], ma ha disposto, altresì, la sospensione dei termini dei procedimenti amministrativi e degli effetti degli atti amministrativi in scadenza. Pur essendo comprensibili le ragioni di tale intervento normativo, occorre che la sospensione resti circoscritta al tempo strettamente necessario, per evitare effetti pregiudizievoli sull'impulso economico che appare indispensabile per fronteggiare a dovere il prossimo futuro.

2. La sospensione dei termini procedurali nel decreto «Cura Italia» e nel decreto «Liquidità»: ambito di applicazione

L'art.10 del d.l. n. 18/20 (c.d. decreto Cura Italia^[2]), sotto il titolo «Sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi ed effetti degli atti amministrativi in scadenza», ha disposto che «ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo

svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati [a decorrere, n.d.r.] successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020... Sono prorogati o differiti, per il tempo corrispondente, i termini di formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio significativo previste dall'ordinamento».

Successivamente l'art.37 del d.l. 23/20 (c.d. decreto Liquidità^[3]) ha previsto che «1. Il termine del 15 aprile 2020 previsto dai commi 1 e 5 dell'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, è prorogato al 15 maggio 2020».

L'ambito di applicazione di tali norme è molto ampio e riguarda tutti i procedimenti amministrativi, tanto quelli a istanza di parte, quanto quelli ad iniziativa d'ufficio. In questo senso la sospensione si applica ai termini sia perentori (stabiliti dalla legge a pena di decadenza) che ordinatori (il cui mancato rispetto non caduca il potere di provvedere), nonché ai termini finali ed esecutivi, come a quelli endoprocedimentali e preparatori: dunque non solo ai termini stabiliti per la conclusione del procedimento (per i quali la legge n. 241 del 1990 stabilisce una disciplina generale), ma altresì a quelli relativi ad adempimenti posti a carico di soggetti privati o di altre amministrazioni il cui intervento è necessario nel corso del procedimento ai fini dell'adozione del provvedimento finale^[4].

Non si rinvencono nel testo della norma eccezioni riferibili a tipologie di amministrazioni o a particolari categorie di enti pubblici. In effetti le uniche eccezioni sono quelle stabilite dallo stesso art.103 d.l. 18/20 con riguardo ai termini previsti da specifiche disposizioni dei decreti-legge sull'emergenza epidemiologica in corso e dei relativi decreti di attuazione (comma 3^[5]) e per i termini relativi a pagamenti di stipendi, pensioni, retribuzioni, emolumenti per prestazioni a qualsiasi titolo, indennità da prestazioni assistenziali o sociali comunque denominate nonché di contributi, sovvenzioni e agevolazioni alle imprese (comma 4^[6]).

La sospensione riguarda anche tutti i termini inerenti alle procedure di appalto o di concessione disciplinate dal decreto legislativo 30 aprile 2016, n. 50, ivi compresi quelli stabiliti dalle singole disposizioni della *lex specialis* (esemplificativamente: termini per la presentazione delle domande di partecipazione e/o delle offerte; termini previsti dai bandi per l'effettuazione di

sopralluoghi; termini concessi ai sensi dell'articolo 83, comma 9, del codice per il c.d. «*soccorso istruttorio*», nonché a quelli eventualmente stabiliti dalle commissioni di gara relativamente alle loro attività^[7]).

3. Sospensione dei termini procedurali: esigenze (contrastanti) a confronto

La *ratio* sottesa alla sospensione dei termini procedurali è chiara a tutti.

In parte, come si legge nella Relazione illustrativa del decreto Cura Italia, si tratta di «*evitare che la PA, nel periodo di riorganizzazione dell'attività lavorativa in ragione dello stato emergenziale, incorra in eventuali ritardi o nel formarsi del silenzio significativo*». In altra parte -considerato che la norma prevede la sospensione di tutti i termini procedurali, dunque non solo di quelli a carico dell'Amministrazione- vi è da ritenere che l'intenzione sia stata anche quella di salvaguardare la partecipazione dei privati al procedimento amministrativo, potenzialmente pregiudicata dalle limitazioni imposte dalla situazione emergenziale in atto. Si pensi, ad esempio, ai termini per la presentazione delle integrazioni documentali a seguito di soccorso istruttorio, ovvero dei giustificativi in caso di verifica di congruità: si tratta in tutti i casi di adempimenti del privato che potrebbero richiedere complesse attività di ricerca e collazione, incompatibili con il periodo di forzata chiusura delle aziende.

Pur trattandosi di esigenze comprensibili e meritevoli di tutela, nondimeno occorre evidenziare l'esistenza di un rischio contrapposto. E cioè quello, tutt'altro che remoto, che la sospensione dei termini procedurali, soprattutto se eccessivamente prolungata, finisca col pregiudicare quella ripresa economica che a detta di tutti è indispensabile ed urgente, per reagire al blocco che il Sistema Paese ha subito a causa dell'emergenza sanitaria (quella che ormai è convenzionalmente nota come c.d. «*Fase 2*»).

Proprio mentre la politica nazionale e comunitaria è impegnata a definire le misure necessarie per finanziare su larga scala il rilancio delle attività, non va dimenticato che l'economia -quella reale- è strettamente condizionata dalle tempistiche del procedimento amministrativo ed inevitabilmente risente di ogni ritardo dello stesso.

Solo per fare alcuni esempi, la sospensione dei termini delle procedure di gara

genera un ritardo nell'esecuzione dell'appalto, con immediate ripercussioni su tutta la filiera economica ad esso correlata (fornitori, subappaltatori, subcontraenti e tutti i lavoratori coinvolti ai vari livelli nella filiera). Analogamente la sospensione dei termini delle procedure edilizie (si pensi a quelli per il rilascio di un permesso di costruire) provoca il differimento dell'avvio dei lavori e così, ancora una volta, dei vari flussi economici messi in moto dall'edilizia privata. Inoltre, come si è visto, l'art.103 d.l. 18/20 ha prorogato o differito anche i termini di formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio significativo, ossia le ipotesi di silenzio-assenso e silenzio-diniego disciplinate dalla l. n. 241/1990 e da numerose leggi di settore. E si tratta di un ambito vastissimo, che interessa ancora una volta l'edilizia, ma anche buona parte delle attività commerciali, oltre poi a numerosi altri settori.

4. Sospensione dei termini procedurali: obbligo o facoltà?

Per trovare un punto di equilibrio fra le due contrapposte esigenze, di cui si è riferito, occorre dunque che la sospensione dei termini del procedimento perduri per il tempo strettamente indispensabile ad operare quella «*riorganizzazione dell'attività lavorativa*» della P.A. di cui riferiva la Relazione illustrativa del decreto Cura Italia.

Va riconosciuto che la possibilità di gestire i procedimenti «*da remoto*»^[8] varia in funzione di molteplici elementi, che vanno dalla tipologia del procedimento (si pensi ad esempio all'oggettiva difficoltà, in questo periodo, di svolgere ispezioni o sopralluoghi, talvolta assolutamente indispensabili nella fase istruttoria) fino alle caratteristiche dell'Ente procedente (si pensi alle piccole Amministrazioni locali ed alle difficoltà di porre a disposizione dei propri dipendenti gli strumenti adeguati per la gestione delle pratiche in modalità di c.d. *smart working*).

Nel caleidoscopio di situazioni -e nella conseguente difficoltà di imporre una disciplina generale, valevole per ogni situazione- va dunque accolta con favore la previsione di cui al secondo capoverso del primo comma dell'art.103 cit., per cui «*Le pubbliche amministrazioni adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze*

degli interessati».

Su questa linea, per la materia degli appalti pubblici il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha evidenziato che *«poiché la sospensione del termine è stata stabilita in favore del soggetto onerato di osservarlo, nulla vieta che quest'ultimo possa comunque validamente porre in essere l'attività prevista entro il termine originario ovvero in un termine inferiore rispetto a quello risultante dalla sospensione»*, aggiungendo l'invito alle Amministrazioni interessate di *«valutare l'opportunità di rispettare, anche in pendenza della disposta sospensione e limitatamente alle attività di esclusiva pertinenza dell'amministrazione aggiudicatrice, i termini endoprocedimentali, finali ed esecutivi originariamente previsti, nei limiti in cui ciò, al pari delle altre iniziative di carattere organizzativo ed amministrativo, sia compatibile con le misure di contenimento della diffusione del COVID-19, adottate in attuazione del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e con le modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni come individuate dall'articolo 87 del decreto – legge n. 18/2020»* ^[9].

Similmente L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), con la delibera n.268 del 19 marzo scorso, recante *«sospensione dei termini nei procedimenti di competenza dell'Autorità e modifica dei termini per l'adempimento degli obblighi di comunicazione nei confronti dell'Autorità»*, sempre nell'ottica proattiva, sopra illustrata, ha stabilito che *«L'Autorità si riserva di concludere il procedimento anche prima della scadenza del periodo di sospensione, in tutti i casi in cui, avendo già acquisiti tutti gli elementi istruttori nella piena garanzia del contraddittorio, ritenga che esistano particolari motivi di urgenza per l'adozione del provvedimento finale»*. Dunque per quanto possibile l'ANAC si riserva di concludere il procedimento in corso anche durante il periodo di sospensione, assicurandone, per tale via, la ragionevole durata e la celere conclusione.

5. Conclusioni

L'art.103 del decreto Cura Italia dispone in via generale la sospensione dei termini procedurali per un lungo lasso temporale, che decorre dal 23 febbraio e la cui scadenza è fissata, attualmente, per il 15 maggio.

Nel complesso si tratta di una sospensione di oltre 80 giorni, che non tarderà a mostrare i propri effetti negativi anche sulla ripresa economica, che da ogni parte si indica come indispensabile per fronteggiare i prossimi difficili mesi.

La speranza è che le singole Amministrazioni, responsabilmente, siano in grado di organizzarsi al meglio per proseguire o, comunque, riprendere al più presto le proprie attività, anche rinunciando alla sospensione dei termini procedurali cui avrebbero diritto. Il tutto, ovviamente, senza conculcare le prerogative dei privati che della sospensione intendessero avvalersi, in relazione agli adempimenti eventualmente posti a proprio carico.

La conclusione in tempi certi e celeri dei procedimenti amministrativi rappresenta, infatti, un'esigenza ineludibile per l'intera economia nazionale, dopo il lockdown imposto dall'emergenza Covid-19.

1. Sul punto N. Paolantonio, *Il processo amministrativo dell'emergenza: sempre più speciale* e M.A Sandulli, *Il d.l. credito proroga la sospensione dei termini del procedimento amministrativo e, un po', anche quelli dei giudizi amministrativi*, entrambi in www.lamministrativista.it.
2. «*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (Decreto Cura Italia)*».
3. «*Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali (Decreto Liquidità)*».
4. Si veda in termini il Dossier del Servizio Studi parlamentare del 21 marzo 2020, reperibile al seguente link:
<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01145872.pdf>
5. «*Le disposizioni di cui ai commi precedenti non si applicano ai termini stabiliti da specifiche disposizioni del presente decreto e dei decreti-legge 23 febbraio 2020, n. 6, 2 marzo 2020, n. 9 e 8 marzo 2020, n. 11, nonché dei relativi decreti di attuazione*». Per un commento alle disposizioni speciali volte a semplificare ed accelerare l'acquisizione di forniture e servizi correlati alla gestione dell'emergenza sanitaria di vedano S. D'Ancona, *Appalti pubblici e Corona virus: tra norme e buona prassi*, in questa Rivista e U. Frangipane, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, in federalismi.it.

CERIDAP

6. *«Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano ai pagamenti di stipendi, pensioni, retribuzioni per lavoro autonomo, emolumenti per prestazioni di lavoro o di opere, servizi e forniture a qualsiasi titolo, indennità di disoccupazione e altre indennità da ammortizzatori sociali o da prestazioni assistenziali o sociali, comunque denominate nonché di contributi, sovvenzioni e agevolazioni alle imprese comunque denominati».*
7. In tal senso si veda la nota del Ministero Infrastrutture e Trasporti del 23 marzo scorso, recante *«Applicazione dell'articolo 103 del decreto – legge 17 marzo 2020 alle procedure disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50»*, il cui testo integrale è reperibile al seguente [link: https://www.asaps.it/69555-_ministro_delle_infrastrutture_e_dei_trasporti_applicazione_dell_articolo_103_d.html](https://www.asaps.it/69555-_ministro_delle_infrastrutture_e_dei_trasporti_applicazione_dell_articolo_103_d.html).
8. Sulla necessità della progressiva digitalizzazione dei procedimenti si rinvia su tutti a D.U. Galetta, *Attività e procedimento amministrativo europeo anche alla luce della risoluzione del Parlamento europeo sulla disciplina del procedimento per Istituzioni, Organi e Organismi dell'Unione Europea (il contributo in materia della Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario nei suoi primi 25 anni di attività)*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2017, pp.391 e ss., ove si definisce quella odierna quale *«epoca della c.d. amministrazione digitale»*.
9. Si veda la comunicazione del MIT richiamata alla precedente nota.

Emergenza Covid-19 e smart working: la Pubblica Amministrazione diventa (più) agile

Eleonora Vailati

Il contributo analizza le recenti disposizioni in materia di lavoro agile adottate dal Governo per far fronte all'emergenza Covid-19, in relazione al preesistente quadro normativo, in conformità agli obiettivi di digitalizzazione della Pubblica Amministrazione.

[Covid-19 emergency and smart working: Public Administration becomes (more) agile]: The paper analyses the recent provisions on agile work adopted by the Italian Government to address the Covid-19 emergency, according to the existing regulatory framework and in accordance with the goal of digitalizing Public Administration.

1. Lavoro agile: questo “conosciuto”

Molte delle misure legate all'emergenza coronavirus rappresentano una chiave di volta nell'organizzazione delle risorse pubbliche così come la conosciamo; al fine di limitare la diffusione del virus Covid-19, infatti, le Pubbliche Amministrazioni, ove possibile, stanno sempre più ricorrendo al c.d. *smart-working*^[1], ossia la possibilità di svolgere le proprie mansioni lavorative da remoto, senza vincoli orari o spaziali, organizzato secondo obiettivi e fasi stabiliti mediante accordi tra lavoratore e datore di lavoro.

Già dal 2017, la L. 81/2017 «*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*», agli artt. 18 e ss., regola la disciplina del lavoro agile^[2], ponendo l'attenzione sugli obiettivi di tale modalità, primo dei quali l'incremento della competitività, correlato a una miglior distribuzione delle risorse economiche e umane; basti pensare al taglio di costi fissi legati alla

presenza dei lavoratori negli uffici e alla possibilità di utilizzare i tempi di spostamento per dedicarsi all'attività lavorativa. Sul medesimo piano di importanza si colloca il secondo aspetto evidenziato dall'art. 18, ossia l'agevolazione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. Il lavoro agile mira a ridurre gli effetti negativi legati allo stress dei lavoratori e a migliorare il clima lavorativo – con effetti positivi che si riflettono sull'appetibilità dell'azienda sul mercato del lavoro – permettendo di raggiungere un equilibrio nel rapporto tra vita privata e vita lavorativa^[3], con un conseguente incremento della produttività individuale e globalmente considerata^[4]. L'attività lavorativa, eseguita «*anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa*» assume dunque un carattere di “agilità”, fermo restando il contratto di lavoro preesistente tra datore e lavoratore.

Il ricorso al lavoro agile postula la stipulazione tra datore e lavoratore di un accordo, a termine o a tempo indeterminato, i cui requisiti e le finalità sono definiti all'art.19^[5] della l. 81/2017. L'accordo, che deve necessariamente presentare una forma scritta a fini probatori e della regolarità amministrativa, stabilisce le modalità dell'esecuzione dell'attività lavorativa svolta all'esterno dei luoghi di lavoro, tra cui altresì i tempi di riposo e le misure che rendano effettiva la disconnessione dagli strumenti utilizzati per lo svolgimento del lavoro agile; prevede inoltre le modalità di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro e individua gli strumenti utilizzati in concreto dal lavoratore.

La facoltà di ricorrere al lavoro agile, d'accordo con il proprio datore di lavoro, è riconosciuta ai dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni, ai sensi dell'art. 18, comma 3 della citata l. 81/2017^[6].

2. Le Direttive come incentivo per le Amministrazioni al lavoro da remoto

Malgrado la preesistente possibilità di ricorrervi, se fino ad oggi il lavoro agile non veniva ancora considerato come parte integrante delle ordinarie modalità di svolgimento del lavoro subordinato nell'ambito della Pubblica Amministrazione, rappresenta ora invece – in piena emergenza pandemica – un “passo obbligato”, non privo di limiti tecnologici, con cui le Amministrazioni debbono

necessariamente confrontarsi.

Preso atto dei benefici che dal lavoro agile derivano, il Ministero della Giustizia ha emanato la Direttiva 4/3/2020^[7] «*Recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica attraverso l'adozione di modalità lavoro agile*», riferita a quanto previsto dalla Direttiva emanata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri il 1° marzo 2020^[8], la quale già dettava disposizioni temporanee in materia, stante l'emergenza sanitaria – aventi efficacia, salvo successive modifiche, fino al 31 luglio 2020 –.

La Direttiva 4/3/2020, oltre ad incentivare il ricorso al lavoro agile per i dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni di cui al menzionato art. 18 della l. 81/2017, ne prevede la possibilità di utilizzo per tutte le attività e i processi lavorativi almeno in parte “delocalizzabili”, ossia tali da non richiedere la costante presenza fisica del dipendente nella sede di lavoro, senza distinzione di categoria di inquadramento e/o tipologia di lavoro^[9]; all'art. 2 è confermata la flessibilità organizzativa del lavoratore nella scelta del luogo da cui svolgere l'attività lavorativa nonché dell'organizzazione della stessa nel rispetto degli obiettivi assegnatigli.

Il ricorso al lavoro agile resta, ai sensi dell'art. 4, su base volontaria, mediante istanza da presentarsi al direttore dell'Ufficio o del Servizio, allegata la proposta di progetto individuale al lavoro agile che sostituisca il più oneroso accordo di cui all'art. 19 l. 81/2017^[10]; ogni lavoratore, infatti, svolgerà il lavoro agile secondo un progetto individuale che ne definisca il settore di attività, la strumentazione tecnologica cui fare ricorso, le modalità di controllo, gli orari di reperibilità, nonché ogni altro aspetto legato al concreto dispiegarsi delle modalità lavorative.

La Direttiva, all'art. 6, prevede che non sussistano limiti numerici o percentuali alle unità di lavoratori che possano ricorrere allo *smart working*, salva la possibilità, per i datori di lavoro, di favorire l'accesso prioritario in tale modalità, secondo un ordine preciso dettato da circostanze di necessità o urgenza legate ai singoli lavoratori e alle proprie condizioni personali e/o familiari. Ai sensi dell'art. 7 della Direttiva gli obblighi di informativa di cui all'art. 22 della l. 82/2017 sono assolti in via telematica, anche mediante il ricorso alla documentazione disponibile sul sito dell'Istituto Nazionale Assicurazione Infortuni sul Lavoro; infine, l'art. 8 prevede come, in presenza di giustificato motivo, l'Amministrazione possa in qualsiasi momento revocare l'esecutività del progetto

di *smart working*: il lavoratore dovrà dunque rendere la propria prestazione secondo l'orario prestabilito per la presenza fisica, recandosi presso la sede di lavoro.

3. Lo *smart working* nel decreto c.d. Cura Italia

L'art. 87 del decreto legge del 17 marzo 2020, n. 18^[11] (c.d. decreto Cura Italia) è successivamente intervenuto prevedendo che il lavoro agile rappresenterà, per tutto il periodo dell'emergenza, «*la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che, conseguentemente: a) limitano la presenza del personale negli uffici per assicurare esclusivamente le attività che ritengono indifferibili e che richiedono necessariamente la presenza sul luogo di lavoro, anche in ragione della gestione dell'emergenza; b) prescindono dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81*».

Ogni Pubblica Amministrazione dovrà dunque individuare quali in concreto siano le attività indifferibili per cui è richiesta la presenza fisica sul luogo di lavoro e disporre conseguentemente e le misure precauzionali rispetto ai soggetti per i quali la modalità di lavoro da remoto non sia applicabile (ad es. il rilevamento della temperatura corporea).

4. Le indicazioni del Dipartimento per la Funzione Pubblica

Restano trascurati dalla direttiva e dal decreto-legge alcuni aspetti pratici che difficilmente potrebbero essere regolati da questi strumenti normativi; a questo scopo il Dipartimento per la Funzione Pubblica ha pubblicato una «Guida pratica al lavoro agile nella PA»^[12] in cui vengono fornite indicazioni utili per l'attivazione di forme di lavoro da remoto.

Tra le informazioni contenute nel documento si trovano istruzioni sulle condizioni tecnologiche per lavorare da casa – ove scarsi o non sufficienti, i dispositivi mediante i quali svolgere l'attività lavorativa vengono forniti dall'Amministrazione, potendo il lavoratore portare a casa, ad es. il computer dall'ufficio –, le modalità di raggiungibilità delle applicazioni dell'ente da remoto – che avviene attraverso l'accesso al *cloud* o l'attivazione di una *Virtual Private*

Network, che garantisce riservatezza e anonimato, o mediante accessi in *desktop* remoto ai *server* – nonché importanti accorgimenti finalizzati a garantire *privacy* e sicurezza, specie in situazioni in cui il dispositivo con cui il dipendente svolge la propria attività lavorativa è alla portata di altre persone.

Particolare attenzione è posta, infatti, ai rischi che il lavoro da remoto comporta, in termini di sicurezza e di protezione di informazioni sensibili; per questa ragione, la Guida ricorda la fondamentale importanza dell'utilizzo di sistemi operativi e antivirus aggiornati, di password sufficientemente sicure e di accorgimenti che garantiscano la tutela di protezione dei dati.

L'Agenzia per l'Italia Digitale ha inoltre reso disponibile un «vademecum per lavorare in sicurezza»^[13], rivolgendo undici raccomandazioni ai dipendenti pubblici che adottino le modalità di lavoro in *smart working*, al fine di garantire la sicurezza anche da remoto.

Ove messe in atto e rispettate, queste linee guida svolgono la funzione di supportare i dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni nello svolgimento della propria attività lavorativa da remoto.

4. Conclusioni: la P.A. da “agile” a “smart”

L'emergenza sanitaria ha reso necessaria l'adozione prioritaria da parte della PA dello *smart working*, già presente nel nostro ordinamento ma nei confronti del quale sussisteva una certa (e forse anacronistica) diffidenza, con il chiaro obiettivo di ridurre la diffusione del virus Covid-19, grazie all'effetto decongestionante dato dai mancati spostamenti verso i luoghi di lavoro e i relativi assembramenti.

Una breve quanto dovuta riflessione appare opportuna a fronte del così frequente ricorso alla terminologia anglosassone “smart-working”^[14], utilizzata, nella quasi totalità dei casi, come sinonimo del diverso concetto di lavoro agile; il motivo del fraintendimento linguistico assai noto e assai ricorrente^[15] è probabilmente da ricondursi al fascino “esotico” che alcuni termini anglosassoni sortiscono, entrando così a far parte del nostro vocabolario ma con un utilizzo della relativa terminologia, specie nell'ambito giuslavoristico, talora improprio e fuorviante^[16].

Il concetto di “smart-working”, infatti, fa riferimento, più che al luogo o agli orari di lavoro, ad un particolare approccio all'attività lavorativa: ossia al lavoro per

obiettivi, a una impostazione manageriale che permetta ai dirigenti di controllare l'operato dei dipendenti e ad una riorganizzazione delle risorse, economiche e umane, di cui l'azienda dispone.

Il lavoro agile, che pur prevede il realizzarsi di certi obiettivi definibili come "smart", quali una miglior competitività e un più bilanciato rapporto vita-lavoro, non implica che necessariamente sia attivato dalle imprese che se ne avvalgano di quel *modus operandi* proprio dello "smart-working". Esiste in verità, una diversa e più specifica terminologia anglofona per designare la modalità di lavoro agile, ossia l'"agile-working", cui si affiancano ulteriori termini che, a seconda del caso, si avvicinano maggiormente alla modalità organizzativa da remoto concretamente adottata dalle imprese, quali il "remote-working", che designa il c.d. telelavoro^[17], o, ancora, "flexible-working", stante a indicare una maggiore flessibilità da parte del lavoratore nello svolgimento delle proprie mansioni^[18].

Attesa dunque la diversità sostanziale tra il lavoro agile disciplinato dalla l. 81/2017 sopra richiamata – nonché dai successivi interventi normativi dettati dalle criticità dovute alla pandemia in atto – e l'autentico significato del termine "smart-working", occorre chiedersi se la Pubblica Amministrazione, così come oggi generalmente organizzata e con quanto a sua disposizione, sia pronta ad adottare efficacemente la modalità di lavoro agile e a protrarne il ricorso anche al di là dell'auspicato termine dell'emergenza. Vi sono, infatti, molteplici aspetti legati al lavoro agile che ad oggi presentano ancora profili di criticità: particolare attenzione deve essere posta sulla sicurezza informatica e alla protezione dei dati sensibili, che devono essere garantite attraverso solide infrastrutture informatiche, connessioni stabili ed un uso di mezzi tecnologici aziendali e non, invece, personali; ancora, la produttività dei dipendenti, spesse volte appare non monitorabile. La transizione da "agile" a "smart" rappresenterà, dunque, il passo successivo, per cui si renderà necessaria una profonda revisione dei modelli organizzativi e degli approcci gestionali, a partire dallo sviluppo del lavoro per obiettivi, che garantisce un maggior incentivo in termini di responsabilizzazione individuale e di trasparenza rispetto ai controlli. Avvalendosi degli strumenti tecnologici esistenti, la Pubblica Amministrazione sarà così in grado di migliorare la qualità dei servizi, puntando a un sempre maggiore efficientamento delle risorse disponibili.

1. Si rimanda alle conclusioni per una breve riflessione sull'utilizzo del termine "smart-working".
2. Si segnalano alcuni contributi della dottrina sul tema: E. Dagnino, M. Tiraboschi (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, ADAPT University Press, 50, 2016, consultabile al link www.adapt.it; A. Donini, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, p. 77; M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Dir. relaz. ind.*, 4, dicembre 2017, p. 921; L. Taschini, *Smart working: la nuova disciplina del lavoro agile*, in *Mass. giur. lav.*, 6, 2017, p.383; M. Verzaro, *Il lavoro agile o smart working*, *Osservatori online. Contrattazione collettiva*, a cura di G. Galli, S. Cairoli, in *Riv. giur. lav.*, 3, 2017, p. 90; G. Santoro Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 271.
3. È bene sottolineare come l'art. 19 della citata l. 81/2017, v. *infra*, conferisca al lavoratore un «diritto alla disconnessione», al fine di tutelarlo dallo sconfinamento del lavoro nella sfera privata; a questo proposito, si vedano i seguenti contributi: D. Poletti, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2017, p.10; C. Tourres, *Lavoro agile e diritto di disconnessione: una proposta francese*, in E. Dagnino, M. Tiraboschi (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti sul lavoro agile e lavoro autonomo*, p. 64.
4. Sul tema del welfare aziendale, A. Perulli, *La contrattazione collettiva aziendale e il welfare aziendale: caratteristiche e limiti di un modello troppo enfatizzato*, in G. Zilio Grandi (a cura di), *Stato sociale, lavoro e welfare aziendale ai tempi del Jobs Act*, in *Università Ca' Foscari Venezia, Nota di Ricerca*, 1, 2017, p. 22.
5. Art. 19, l. 81/2017: «L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile è stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova, e disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore. L'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro. 2. L'accordo di cui al comma 1 può essere a termine o a tempo indeterminato; in tale ultimo caso, il recesso può avvenire con un preavviso non inferiore a trenta giorni. Nel caso di lavoratori disabili ai sensi dell'articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68, il termine di preavviso del recesso da parte del datore di lavoro non può essere inferiore a novanta giorni, al fine di consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e di cura del lavoratore. In presenza di un giustificato motivo, ciascuno dei contraenti può recedere prima della scadenza del termine nel caso di accordo a tempo determinato, o senza preavviso nel caso di accordo a tempo indeterminato.»
6. Art. 18, comma 3 della l. 81/2017: «Le disposizioni del presente capo si applicano, in quanto

CERIDAP

compatibili, anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, secondo le direttive emanate anche ai sensi dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti».

7. Reperibile al seguente indirizzo:
https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?facetNode_1=0_62&contentId=SD C251036&previousPage=mg_1_8.
8. «Direttiva recante misure temporanee sul lavoro agile» del Segretario generale Presidente del Consiglio dei Ministri, del 1° marzo 2020.
9. Paragrafo 1, Direttiva 4/3/2020: «*Quale misura urgente di contenimento del rischio di contagio da COVID-19, i dipendenti rientranti nel Comparto Funzioni Centrali del Dipartimento dell'Organizzazione giudiziaria, Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità e dell'Amministrazione degli Archivi Notarili, in servizio presso gli Uffici e servizi centrali e territoriali delle citate Amministrazioni, potranno essere autorizzati a svolgere la propria prestazione lavorativa in modalità di "lavoro agile" (c.d. smart working), anche in assenza degli accordi individuali previsti dagli articoli 18 e seguenti della legge 22 maggio 2017, n. 81. L'esecuzione del rapporto di lavoro in modalità di smart working è possibile per tutte le attività e i processi lavorativi almeno in parte delocalizzabili (tali cioè da non postulare la costante presenza fisica nella sede di lavoro del dipendente addetto), senza ulteriore distinzione di categoria di inquadramento e di tipologia di rapporto di lavoro».*
10. La necessità di un accordo individuale in tal senso è stata superata anche dal DPCM 10 aprile 2020 «*Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*», art. 1, lett. gg) e ss).
11. D.l. n. 18/2020 («*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*»), conv., con modifiche, nella l. n. 27/2020 («*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi*»), pubblicata nella Gazz. Uff. 29 aprile 2020, n. 110, Suppl. Ordinario, entrato in vigore in data 30/04/2020.
12. La Guida è consultabile al link:
http://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/SmartWorking_EG.pdf.
13. Il vademecum è consultabile al link:
<https://www.agid.gov.it/index.php/it/agenzia/stampa-e-comunicazione/notizie/2020/03/17/smart-working-vademecum-lavorare-online->

sicurezza.

14. P. Manzella, F. Nespoli, *Le parole del lavoro: agile o smart?* in E. Dagnino, M. Tiraboschi (a cura di), *op. cit.*, p. 23.
15. Talmente ricorrente da non potersi più parlare, talvolta, di fraintendimento; sul punto, M. Tiraboschi, *op. cit.*, p. 6; in particolare, Gruppo Incipit presso l'Accademia della Crusca, *Accogliamo con piacere il "lavoro agile"*, *Comunicato Stampa n.3, Firenze, 1° febbraio 2016*, consultabile in www.bollettinoadapt.it, Indice A-Z, voce "Lavoro agile".
16. Si pensi all'arcinoto esempio del c.d. "Jobs Act"; seppur mai comparso nei testi normativi, il termine è utilizzato per indicare l'insieme degli interventi riformatori in materia di lavoro attuati in Italia a partire dal 2014.
Anche in questo caso, il termine è "migrato" impropriamente in quanto, in verità, il termine "JOBS" è acronimo di "Jumpstart Our Business Startups Act", la legge statunitense adottata nel 2012 per promuovere il finanziamento delle piccole imprese negli Stati Uniti d'America semplificando molte delle normative nazionali in materia di titoli: nulla a che vedere, dunque, con la successiva riforma italiana.
17. Introdotto, per le Pubbliche Amministrazioni, dall'art. 4, l. n. 191/1998 (*"Modifiche ed integrazioni alle L. 15 marzo 1997, n. 59, e L. 15 maggio 1997, n. 127, nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia scolastica"*).
18. Nel campo del lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, il lavoro flessibile è disciplinato dall'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 (*"Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche"*), rubricato «Utilizzo di contratti di lavoro flessibile».

Pandemia e libertà fondamentali, o dell'esercizio della discrezionalità amministrativa nel nome dei diritti

Monica Bonini

Con la sentenza del 15 aprile 2020, 1 BvR 828/20, il Tribunale costituzionale federale tedesco ha stabilito che l'amministrazione comunale della cittadina di Giessen debba valutare nuovamente la richiesta di autorizzazione a svolgere una manifestazione in luogo pubblico, presentata da un cittadino tedesco e già respinta dalla stessa amministrazione, alla luce delle considerazioni sull'esercizio della discrezionalità amministrativa svolte dal Tribunale stesso. Secondo il Giudice costituzionale, in casi quali quello di specie, la discrezionalità amministrativa va infatti esercitata anzitutto allo scopo di proteggere diritti che, altrimenti, un provvedimento amministrativo potrebbe comprimere al punto da renderne impossibile l'esercizio.

[Pandemic and fundamental freedoms, exercise administrative discretion in the name of rights] With the judgment of 15 April 2020, 1 BvR 828/20, the German Federal Constitutional Court ruled that the municipal administration of the town of Giessen must re-evaluate the request of authorization to hold a demonstration in a public place, presented by a German citizen and already rejected by the same administration, in light of the considerations on the exercise of administrative discretion carried out by the Court itself. According to the Constitutional Judge, in cases such as this, administrative discretion must in fact be exercised primarily in order to protect rights which, otherwise, an administrative provision could compress to the point of making it impossible to exercise.

La sentenza pronunciata dal Tribunale costituzionale federale tedesco lo scorso 15 aprile 2020 (1BvR 828/20) giunge in un momento di particolare interesse tanto per i giuristi di ogni formazione, quanto per i cittadini tutti. La pandemia che la comunità internazionale sta affrontando, infatti, solleva un dilemma ben

noto alle democrazie contemporanee. È possibile, negli Stati di democrazia classica, comprimere o addirittura limitare in misura drastica alcuni diritti fondamentali?

Se la domanda incontra, a livello teorico, chiare risposte, i tempi che viviamo dimostrano, al contrario, come anche l'ordinamento costituzionale più saldamente ancorato al patrimonio genetico dello Stato di diritto possa trovarsi in difficoltà. Una risposta alle questioni insidiose sollevate dalla realtà contingente giunge però ora dal Giudice costituzionale tedesco. Queste poche righe, per l'interesse che la pronuncia ricopre, intendono fornire una prima sintetica ricostruzione e valutazione della pronuncia dello scorso 15 aprile 2020 del Tribunale costituzionale federale tedesco.

All'origine del procedimento costituzionale sta la seguente vicenda. Poco tempo addietro, un cittadino tedesco si è rivolto al comune di *Giessen* chiedendo di poter realizzare una manifestazione denominata, in modo eloquente, «*Rafforzare la salute, invece di indebolire i diritti – proteggersi dal virus, non dagli esseri umani*». L'evento avrebbe dovuto svolgersi ogni pomeriggio, dal 14 al 17 aprile scorso, coinvolgendo una trentina di persone e adottando tutte le necessarie misure di distanziamento sociale a protezione della cittadinanza e dei manifestanti. La manifestazione, annunciata e pubblicizzata solo tramite la rete, sarebbe partita da una piazza del comune di *Giessen* per proseguire, poi, nelle vie della stessa cittadina. Per garantire il minor assembramento possibile, e, in ogni caso, il rigido rispetto delle misure di distanziamento sociale, l'organizzatore garantiva che l'evento si sarebbe svolto sotto lo stretto monitoraggio affidato al tracciamento degli spostamenti dei manifestanti (effettuato comunicando tramite i loro cellulari); per impedire ogni eccessiva affluenza di persone interessate all'evento, i discorsi pronunciati nel corso della manifestazione sarebbero stati immediatamente riproposti tramite apposite piattaforme *social*.

Ciò nonostante, e dopo un incontro fra le parti coinvolte, l'amministrazione comunale ha vietato lo svolgimento della manifestazione, motivando la decisione sulla base del §15, 1° comma, della legge federale sulla libertà di riunione. Ad avviso dell'amministrazione comunale, infatti, lo svolgimento di una simile manifestazione avrebbe messo a rischio la sicurezza e l'ordine pubblico. In particolare, una simile riunione avrebbe violato il § 1, 1° comma del regolamento del Governo federato dell'Assia in materia di misure di contrasto del coronavirus

del marzo 2020. L'organizzatore ha impugnato il provvedimento dapprima dinanzi al Giudice amministrativo del comune di *Giessen*, e, poi, la sentenza pronunciata da quest'ultimo dinanzi alla Corte amministrativa del *Land* (rispettivamente, il *Verwaltungsgericht* e il *Verwaltungsgerichtshof* dell'Assia). Entrambi i Giudici hanno ritenuto che, in ragione della normativa sopra ricordata, l'amministrazione comunale potesse non autorizzare lo svolgimento della manifestazione. Dopo il pronunciamento della Corte amministrativa del *Land* l'organizzatore della manifestazione ha presentato ricorso dinanzi al Tribunale costituzionale federale tedesco.

Secondo il § 32, 1° comma della legge federale sul Tribunale costituzionale federale tedesco, spetta al Giudice costituzionale la competenza a adottare una *Anordnung* (lett., ordine) quando questa sia necessaria per impedire il concretizzarsi di serie conseguenze negative, per evitare l'avverarsi di una minaccia impellente oppure per ogni altra esigenza di carattere urgente che riguardi l'interesse della collettività. Il Tribunale può adottare la *Anordnung* con sentenza. Il ricorso relativo non va confuso con quello più noto di costituzionalità (o *Verfassungsbeschwerde*). In estrema sintesi, il ricorso all'origine dell'adozione di una *Anordnung* è l'istituto caratterizzante il procedimento d'urgenza a tutela di diritti (o *Eilrechtsschutzverfahren*) che, per i lunghi tempi ad esso connaturati, il ricorso di costituzionalità non potrebbe invece garantire. In altre parole, la *ratio* dei due ricorsi è simile – la protezione dei diritti fondamentali –, ma solo quello qui in rilievo permette al Giudice costituzionale di decidere in tempi limitati al punto da non rischiare che le conseguenze del provvedimento amministrativo che comprime un diritto fondamentale siano irreversibili. Il procedimento di urgenza consente quindi al Tribunale di intervenire, per così dire, prima che un tale esito negativo si produca, vanificando l'esercizio del diritto fondamentale interessato (nel caso di specie, quello di riunione).

Dopo essersi espresso a favore della ammissibilità del ricorso, il Primo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco ha adottato la sentenza dello scorso 15 aprile 2020, in ragione della quale l'amministrazione comunale di *Giessen* è ora tenuta a rivalutare la richiesta dell'organizzatore della manifestazione nel pieno rispetto delle osservazioni formulate dal Giudice costituzionale.

Secondo il Primo Senato, il provvedimento adottato dall'amministrazione comunale è fondato su una valutazione erronea: l'amministrazione avrebbe

infatti individuato, nel regolamento adottato del Governo federato dell'Assia per fronteggiare la diffusione della pandemia, un divieto di natura generale volto a impedire la riunione di più di due persone non appartenenti allo stesso nucleo abitativo. Così facendo, secondo il Giudice costituzionale, l'amministrazione federale avrebbe violato la libertà di riunione tutelata a livello costituzionale; nello specifico, per una ragione del tutto peculiare. L'amministrazione comunale, nell'adottare il provvedimento contestato nel procedimento principale, non avrebbe esercitato la discrezionalità che le spetta, in casi simili, per perseguire uno scopo preciso: *tutelare* la libertà fondamentale in gioco. In altri termini, *la discrezionalità amministrativa*, nelle parole del Giudice costituzionale, è strumento *anzitutto volto a proteggere i diritti di libertà* in ipotesi quali quella qui in discorso.

Per il Primo Senato, discende di conseguenza dalla valutazione erronea dell'amministrazione comunale la violazione dell'art. 8, 1° comma della costituzione tedesca (o *Grundgesetz*, Legge fondamentale). La disposizione costituzionale stabilisce che ogni cittadino tedesco ha il diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi senza alcuna autorizzazione preventiva. Solo nel caso in cui la riunione si svolga in luogo pubblico, è possibile che il diritto venga limitata in base, però, a quanto stabilito con legge.

Per il Giudice costituzionale, il regolamento adottato dal Governo federato dell'Assia per fronteggiare la pandemia non contempla un divieto generale di riunione in luogo pubblico di gruppi di più di due persone non appartenenti allo stesso nucleo abitativo. Secondo l'amministrazione comunale di *Giessen*, al contrario, il Governo federato avrebbe voluto limitare drasticamente, e proprio nel rispetto di quanto consentito dalla legge sulla libertà di riunione, le manifestazioni quali quella relativa al caso di specie.

Ed è proprio questo il nodo che distanzia, nel caso di specie, il Tribunale costituzionale dall'amministrazione comunale di *Giessen*. Il Giudice costituzionale interpreta infatti la legge sulla libertà di riunione nell'ottica della tutela dei diritti; per questa via, riesce a individuare nella discrezionalità della Pubblica amministrazione uno strumento che la legge le conferisce, come già affermato, anzitutto per proteggere i diritti – non certo per contribuire a comprimerli.

Nel caso di specie, l'amministrazione comunale avrebbe dovuto dunque

inquadrate il § 1 del regolamento federato sulle misure di emergenza sanitaria nella più ampia cornice dettata dalla *ratio* della legge federale sulla libertà di riunione. Una *ratio*, in parole semplici, per la quale la compressione del diritto può soltanto essere l'eccezione, non la regola. Solo così ragionando, il comune di *Giessen* avrebbe potuto comprendere che la discrezionalità amministrativa fondata sul § 15, 1° comma della legge sulla libertà di riunione fornisce, all'amministrazione di volta in volta interessata, lo strumento per proteggere il diritto di riunione, mai quello per comprimerlo.

Questo approccio conduce quindi il Giudice costituzionale a ordinare, con sentenza, all'amministrazione interessata di riconsiderare alla luce di quanto chiarito se autorizzare o meno la manifestazione all'origine del procedimento principale.

L'esempio che viene dal Giudice costituzionale tedesco risponde, fra i tanti, ad almeno un interrogativo che anima questo drammatico momento della storia contemporanea.

L'emergenza, per sua stessa natura, nasce al di fuori del diritto; non per questo, però, è sottratta alle conquiste del costituzionalismo contemporaneo. Dunque, quando nascono casi di specie che riguardano l'emergenza – anzi, meglio, gli atti che la governano – non solo questa azione può, ma “*naturalmente*” deve essere ricondotta a quel patrimonio che sta alla base delle democrazie contemporanee, articolato sul riconoscimento e la piena garanzia dei diritti fondamentali. Forse, quando il dibattito pubblico intorno a questa tematica chiede nuove regole per nuovi problemi, disconosce un dato di realtà giuridica: là dove ci sono Corti costituzionali il cui operato non venga compresso ad arte (ogni riferimento ad alcune esperienze europee è voluto), là anche l'emergenza può solo inchinarsi – a volte prima, più spesso poi – dinanzi ai diritti.

L'art. 84 del d.l. n. 18/2020 al cospetto degli artt. 24 e 111 Cost.: va accolta l'istanza di differimento nel rispetto del principio della ragionevole durata del processo

Gianluigi Delle Cave

Con ordinanza n. 2539 del 21 aprile 2020, il Consiglio di Stato ha chiarito che l'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020, va interpretato nel senso che ciascuna delle parti ha facoltà di chiedere il differimento dell'udienza a data successiva al termine della fase emergenziale per discutere oralmente la controversia, quando il Collegio ritenga che dal differimento richiesto non sia compromesso il diritto della controparte ad una ragionevole durata del processo e quando la causa non sia di tale semplicità da non richiedere alcuna discussione potendosi, nel rito cartolare, con la necessaria prudenza, far prevalere esigenze manifeste di economia processuale.

[Article 84 of Legislative Decree no. 18/2020 in the light of Articles 24 and 111 of the Constitution: the request for a hearing postponement shall be allowed in compliance with the principle of trial's reasonable duration]: By decision no. 2539 of 21 April 2020, the Council of State clarified that Article 84, paragraph 5, of Legislative Decree no. 18/2020 shall be understood as meaning that each of the parties has the right to request a postponement of the hearing to a date subsequent to the end of the emergency phase in order to discuss the dispute orally, when the Court deems that the requested postponement does not compromise the right of the other party to a reasonable duration of the trial and where the dispute is not so simple that it does not require any discussion, since it is possible, in the juridical deed procedure, with the necessary caution, to give priority to procedural economy requirements.

1. Il caso

Comincia a vacillare il principio secondo cui l'odierna situazione emergenziale può legittimare la compressione *tout court* delle libertà costituzionali. La vicenda, nello specifico, trae origine dalla richiesta dell'appellante di rinvio dell'udienza al fine della discussione orale della controversia, sulla scorta di alcuni asseriti aspetti di particolare complessità e delicatezza. Gli appellati, *de contrario*, si opponevano alla suddetta richiesta di rinvio, sul rilievo che l'interesse alla discussione orale, invocato dall'appellante, non sarebbe stato oggetto di previsione legislativa per la fase emergenziale a partire dal 15 aprile 2020, durante la quale il regime processuale prevederebbe il passaggio in decisione delle cause esclusivamente sulla base degli atti, con l'unica eccezione della rimessione in termini per il deposito di memorie e repliche.

2. La soluzione giuridica

Il Consiglio di Stato, nell'accogliere l'istanza di rinvio della trattazione della causa, ha preliminarmente specificato che il rito processuale emergenziale dettato dall'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020, per il periodo che va dal 15 aprile 2020 e fino al 30 giugno 2020, stabilisce che, in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, aggiungendo che le parti hanno facoltà di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione. L'art. 84 cit. dispone altresì che su istanza proposta entro lo stesso termine dalla parte che non si sia avvalsa della facoltà di presentare le note, il giudice dispone la «*rimessione in termini*» in relazione a quelli che, per effetto della sospensione dei termini processuali disposta dal comma 1 dello stesso art. 84, comma 1, «*non sia stato possibile osservare e adotta ogni conseguente provvedimento per l'ulteriore e più sollecito svolgimento del processo*». Orbene, dal tenore letterale delle norme, sembrerebbe che il giudice sia autorizzato a disporre il rinvio della trattazione della causa solo per consentire il compiuto esercizio del contraddittorio scritto di cui all'art. 73 c.p.a. (impedito dalla sospensione dei termini predisposta dal 8 marzo 2020 e fino al 15 aprile 2020), senza accordare alla parte alcuna facoltà di chiedere un differimento al solo fine di potere

discutere oralmente la causa^[1].

I giudici di Palazzo Spada hanno, poi, evidenziato come il processo amministrativo, a differenza del processo penale, «*non è improntato al principio di oralità delle dichiarazioni e del contraddittorio in senso “forte” (ovvero, sia nella formazione della prova, sia come diritto dell'accusato di confrontarsi “de visu” con l'accusatore), ben potendo il confronto tra i litiganti e con il giudice avvenire in forma meramente cartolare e le parti decidere di neppure comparire in udienza*». Cionondimeno, specifica il Consiglio di Stato, «*il contraddittorio cartolare “coatto” – cioè non frutto di una libera opzione difensiva, bensì imposto anche contro la volontà delle parti che invece preferiscano differire la causa a data successiva al termine della fase emergenziale, pur di potersi confrontare direttamente con il proprio giudice – non appare una soluzione ermeneutica compatibile con i canoni della interpretazione conforme a Costituzione, che il giudice comune ha sempre l'onere di esperire con riguardo alla disposizione di cui deve fare applicazione*»^[2]. Premesso ciò, dunque, il contraddittorio cartolare “coatto” costituirebbe esclusivamente una deviazione irragionevole rispetto allo “statuto” di rango costituzionale che si esprime nei principi del giusto processo. Ed infatti, l'art. 111 Cost., nello stabilire che il «*giusto processo*» debba svolgersi «*nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità*», impone, non solo un procedimento nel quale tutti i soggetti potenzialmente incisi dalla funzione giurisdizionale devono esserne necessariamente “parti”, ma anche che queste ultime abbiano la possibilità concreta di esporre puntualmente (e, ove lo ritengano, anche oralmente) le loro ragioni, rispondendo e contestando le quelle degli altri. Inoltre, rileva il giudice amministrativo, anche l'art. 24 Cost. – comprendendo, oltre al diritto di accesso al giudizio, anche il diritto di ottenere dal giudice una tutela adeguata ed effettiva della situazione sostanziale azionata – «*non può che contenere anche la garanzia procedurale dell'interlocuzione diretta con il giudice*». Sotto altro profilo, infine, sarebbe evidente, a detta del Consiglio di Stato, il contrasto anche con il principio della pubblicità dell'udienza. Sul punto, come evidenziato anche dalla giurisprudenza comunitaria^[3], occorre mettere in evidenza come «*alcune situazioni eccezionali, attinenti alla natura delle questioni da trattare (quale, ad esempio, il carattere “altamente tecnico” del contenzioso) possano giustificare che si faccia a meno di un'udienza pubblica, purché l'udienza a porte chiuse, per tutta o parte della durata, deve essere*

“*strettamente imposta dalle circostanze della causa*”». Pertanto, la pubblicità del giudizio non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative, purché, tuttavia, obiettive e razionali^[4].

3. In conclusione

Alla luce di quanto sopra, secondo il Consiglio di Stato, l'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020, va interpretato nel senso che ciascuna delle parti ha facoltà di chiedere il differimento dell'udienza a data successiva al termine della fase emergenziale allo scopo di potere discutere oralmente la controversia, quando il Collegio ritenga che dal differimento richiesto da una parte non sia compromesso il diritto della controparte ad una ragionevole durata del processo e quando la causa non sia di tale semplicità da non richiedere alcuna discussione potendosi pur sempre, nel rito cartolare, con la necessaria prudenza, far prevalere esigenze manifeste di economia processuale^[5]. Pertanto, il Consiglio di Stato ha ritenuto che un rinvio della causa in un arco temporale che non superi l'anno in corso (tenuto conto della durata del rito cartolare fino a fine giugno, della sospensione feriale dei termini e del carico delle udienze già aggravato dall'emergenza pandemica da COVID-19) «*può costituire un giusto contemperamento delle posizioni delle parti ed evitare di ledere il diritto di difesa*».

1.

In tal senso, secondo il giudice amministrativo, un elemento di riscontro sembrerebbe offerto anche dalla differente formulazione della primigenia configurazione del rito emergenziale, come tratteggiato dall'articolo 3, comma 4, del d.l. n. 11/2020 poi abrogato, il quale nello stabilire che «*tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione sulla base degli atti*», faceva comunque salva la possibilità per ognuna delle parti di chiedere «*la discussione in udienza camerale o in udienza pubblica con apposita istanza da notificare alle altre parti costituite e da depositare almeno due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione*».

2.

Secondo il costante insegnamento della Corte costituzionale, «*di una disposizione legislativa non si pronuncia l'illegittimità costituzionale quando se ne potrebbe dare un'interpretazione in violazione della Costituzione, ma quando non se ne può dare un'interpretazione conforme a Costituzione*» (ex plurimis, sent. n. 46 del 2013 e n. 77 del 2007 nonché ord. n. 102 del 2012 e nn. 212, 103 e 101 del 2011).

3.

CERIDAP

Ex plurimis, sent. 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia e sent. 26 luglio 2011, Paleari contro Italia.

4.

Corte cost., sent. nn. n. 212 del 1986 e n. 12 del 1971.

5.

E ciò «in particolare nella fase cautelare, mentre la pretermissione della discussione nel giudizio di merito va valutata anche alla luce di potenziali effetti irreversibili sul diritto di difesa che andrebbero per quanto possibile evitati stante la necessaria temporaneità e proporzionalità delle misure processuali semplificate legate alla situazione pandemica “acuta”».

Il Consiglio di Stato ribadisce che l'interesse generale alla rigorosa prevenzione anti-Covid19 consente l'ulteriore compressione dei diritti fondamentali da parte di ordinanze sindacali contingibili e urgenti

Federico Finazzi

Il Presidente della Terza Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciato con decreto n. 2028 del 17 aprile 2020 dichiarando l'inammissibilità dell'appello cautelare promosso avverso il decreto n. 122/2020, con cui il Presidente della Prima Sezione del T.A.R. per la Sardegna non ha concesso la sospensione degli effetti di due ordinanze contingibili e urgenti emanate dal Sindaco di Pula (Cagliari), che impongono maggiori limitazioni alle libertà fondamentali delle persone rispetto a quanto previsto a livello nazionale e regionale.

[The Council of State reiterates that the general interest in the strict prevention of Covid19 allows the compression of fundamental rights by contingent and urgent orders] The President of the Third Section of the Council of State - by means of the decree no. 2028 of April 17th, 2020 - declared the inadmissibility of the precautionary appeal filed against decree no. 122/2020, according to which the President of the First Section of the Regional Administrative Court of Sardinia did not grant the suspension of the effects of two urgent ordinances issued by the Mayor of Pula (Cagliari) and which impose additional restrictions on the fundamental freedoms of individuals, going beyond those provided for at the national and regional level.

1. Premessa

Con il decreto n. 2028 del 17 aprile 2020 il Presidente della Terza Sezione del Consiglio di Stato ha dichiarato l'inammissibilità dell'appello cautelare promosso avverso il decreto monocratico n. 122/2020 del T.A.R. per la Sardegna, con cui il Presidente della Prima Sezione del T.A.R. non ha concesso – nella forma della tutela cautelare ex art. 56 c.p.a. (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) – la sospensione degli effetti di due ordinanze emanate dal Sindaco del Comune di Pula, con cui sono state imposte limitazioni più restrittive alle libertà dei cittadini rispetto a quanto previsto a livello nazionale e regionale.

Di seguito, dopo aver delineato brevemente il contenuto delle ordinanze impugnate innanzi al giudice di primo grado e la posizione assunta dal Consiglio di Stato circa la possibilità, non espressamente ammessa dal c.p.a., di pronunciarsi quale giudice di appello rispetto ad un decreto cautelare monocratico, si cercherà di esplicitare brevemente la motivazione del decreto n. 2028/2020, facendo altresì qualche riflessione rispetto ad ulteriori decisioni dei giudici amministrativi che stanno vedendo la luce in questi giorni.

2. Il contenuto delle ordinanze impugnate innanzi al T.A.R. per la Sardegna e il decreto cautelare monocratico del giudice di primo grado

Le due ordinanze del Sindaco di Pula impugnate innanzi al T.A.R. per la Sardegna risultano emanate ai sensi dell'art. 50, comma 5 del T.U.E.L. (d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267) ed impongono per ragioni sanitarie legate all'emergenza Covid-19, stringenti limitazioni alle libertà personali nel territorio del Comune di Pula. In particolare, mediante l'ordinanza n. 9 del 31 marzo 2020 (rettificata con la successiva ordinanza n. 10 del 2 aprile 2020) il Sindaco ha imposto che:

- per ogni nucleo familiare un solo componente della famiglia (e per un massimo di due volte a settimana) possa recarsi presso le strutture di vendita a prevalenza alimentare quali Market, Supermarket e Minimarket, presenti nel territorio comunale.

- per ogni nucleo familiare un solo componente del nucleo (e per un massimo di una volta al giorno) possa uscire di casa al fine di acquistare beni alimentari presso

esercizi commerciali diversi dai Market, Supermarket e Minimarket (quindi presso panifici, macellerie, pescherie e fruttivendoli).

- ogni cittadino che si rechi presso gli esercizi commerciali debba compilare un apposito modulo predisposto dall'Amministrazione comunale, denominato "cartella della spesa", che consentirà il controllo degli ingressi negli esercizi commerciali nonché il rispetto dell'ordinanza.

Le suddette limitazioni alle libertà personali, certamente più restrittive di quanto previsto a livello nazionale e regionale^[1], trovano la loro motivazione – espressamente riportata nell'ordinanza sindacale n. 9 del 2020 – nell'urgenza di prevenire i registrati «*comportamenti personali in violazione delle disposizioni riguardanti il precetto di ogni forma di assembramento in particolar modo presso gli enti erogatori di servizi pubblici e presso gli esercizi commerciali di maggiore entità*»^[2].

I ricorrenti, nell'impugnare le sopracitate ordinanze n. 9/2020 e 10/2020, hanno avanzato istanza cautelare anche ai sensi dell'art. 56 c.p.a., evidenziando come il bene della vita a cui aspiravano rischiasse di venir irrimediabilmente compromesso nelle more della trattazione delle istanze cautelari in camera di consiglio. Infatti, nella prospettiva dei ricorrenti, dati gli effetti immediati delle ordinanze nei confronti dell'intera popolazione di Pula, vi sarebbe stato un rischio concreto per l'intera cittadinanza di vedere gravemente compromesso il proprio diritto alla riservatezza, alla libertà di movimento e alla possibilità di approvvigionamento di beni di prima necessità.

Il Presidente della Prima Sezione del T.A.R. Sardegna ha respinto con decreto n. 122 del 7 aprile 2020 la richiesta di misure cautelari *inaudita altera parte*, rinviando la decisione sulla domanda di sospensiva alla camera di consiglio del prossimo 6 maggio. Nella motivazione, il Presidente, riferendosi al requisito del *fumus boni iuris*:

1. ha citato testualmente la motivazione esposta nel decreto del Presidente della III Sezione del Consiglio di Stato, n. 1553 del 30 marzo 2020, secondo cui «*per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla privacy - in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute*

pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo»;

2. ha affermato che risulta possibile ad oggi possibile per i Sindaci emanare delle ordinanze contingibili e urgenti – ai sensi dell'art. 50, comma 5 del T.U.E.L. – purché esse non siano contrastanti con le disposizioni dettate a carattere nazionale e a livello regionale (come è stato chiarito più volte anche dalle stesse norme nazionali emergenziali^[3]).

Nel caso in esame, secondo il Presidente della Prima Sezione del T.A.R. Sardegna, le limitazioni imposte dalle ordinanze impugnate rendono sì più stringenti alcune delle misure restrittive dettate a livello nazionale e regionale ma senza che sussista un contrasto con quest'ultime e perseguendo il solo fine di evitare che il contagio nell'ambito comunale possa diffondersi attraverso rilevati comportamenti inidonei della cittadinanza. Inoltre, viene evidenziato come, per altro verso, le limitazioni ulteriormente imposte risultino temperate dall'impegno degli esercizi commerciali ad effettuare servizi di consegna a domicilio su prenotazione, così da garantire la non compromissione del diritto all'approvvigionamento di beni di prima necessità.

3. L'impugnazione del decreto cautelare monocratico innanzi al Consiglio di Stato

Il disposto presidenziale è stato quindi sottoposto all'esame del Consiglio di Stato attraverso la proposizione di un'impugnazione atipica. Infatti, occorre premettere che le disposizioni relative all'appello cautelare contenute nel c.p.a. non prevedono espressamente la possibilità di impugnare il decreto Presidenziale innanzi al Consiglio di Stato, trattandosi di una decisione provvisoria e destinata ad essere superata (sia in senso confermativo che riformatorio) dalla successiva ordinanza cautelare, emessa all'esito della trattazione delle istanze in camera di consiglio.

Tuttavia, secondo un recente orientamento del Consiglio di Stato^[4], fatto proprio

qualche settimana fa anche dal Presidente della III Sezione del Consiglio di Stato nel citato decreto n. 1553 del 30 marzo 2020, i principi sulla indefettibilità della tutela cautelare nel corso di qualsiasi fase e grado del processo (desumibili dall'articolo 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo^[5]), impongono che anche avverso il decreto cautelare monocratico sia esperibile il ricorso in appello, ammissibile solamente «*quando vi siano eccezionali ragioni d'urgenza, tali da rendere irreversibile – per il caso di mancata emanazione di una misura monocratica in sede d'appello – la situazione di fatto, a causa del tempo che intercorre tra la data di emanazione del decreto appellato e la data nella quale è fissata la camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare, da parte del TAR in sede collegiale*»^[6].

4. Il decisum

Il Presidente della Terza Sezione del Consiglio di Stato, seguendo l'orientamento maggioritario poc'anzi esposto e un'interpretazione costituzionalmente orientata del processo amministrativo, sembrerebbe ammettere – seppur solo in astratto – l'impugnazione del decreto cautelare monocratico.

Tuttavia, esaminando in concreto le posizioni giuridiche esposte (seppur in via sommaria, come tipico della fase cautelare *ante causam*), ha ritenuto che il decreto impugnato non incidesse su posizioni giuridiche degli appellanti che potessero risultare “*irreversibilmente e definitivamente sacrificate nelle more della decisione cautelare collegiale fissata per il 6 maggio p.v.*”. Di conseguenza, il decreto pronunciato ha affermato l'inammissibilità della proposizione di tale impugnazione atipica nel caso in esame^[7].

Orbene, pur avendo già anticipato nella motivazione l'inammissibilità dello strumento azionato, il Presidente della Terza Sezione – richiamando espressamente il decreto del Consiglio di Stato n. 1553/2020 – ha concluso ribadendo che l'interesse generale alla rigorosa prevenzione anti-Covid19, da considerarsi quale attuale priorità nazionale, impedisce di considerare irragionevolmente compressi per il periodo dell'emergenza quei diritti che per quanto rilevanti e fondamentali, possano essere esercitati seguendo un'ideale regolamentazione imposta ai cittadini dai vari livelli di governo^[8].

Pertanto, nel caso in questione, le esigenze dei privati di effettuare

approvvigionamenti alimentari possono essere legittimamente regolate quanto ai tempi e alle modalità nell'ottica del perseguimento dell'interesse collettivo (ad evitare la diffusione del contagio), sicuramente prevalente su quello individuale.

5. Considerazioni conclusive

Con il decreto in commento il Presidente della Terza Sezione del Consiglio di Stato ha quindi dichiarato l'inammissibilità dell'appello proposto, evidenziando come l'attivazione di tale strumento atipico sia riservata a quei casi "estremi" in cui i ricorrenti rischiano di subire una compromissione definitiva e irreversibile della tutela dei propri diritti o interessi legittimi, nell'attesa della trattazione collegiale delle istanze cautelari (successiva all'emanazione di un decreto cautelare monocratico di rigetto da parte del giudice di prima istanza).

Ciononostante, il Presidente della Terza Sezione ha tenuto a ribadire quanto più volte affermato nei decreti presidenziali pronunciati in questi giorni di emergenza⁹¹, secondo cui l'esigenza di tutela della salute alla base delle ordinanze sindacali risulta attualmente prioritaria rispetto a quei diritti, parimenti fondamentali, che possono essere esercitati dai cittadini in maniera (anche strettamente) regolamentata dal livello di governo ad essi più vicino. Ovviamente purché tale regolamentazione non sia in conflitto con quanto disposto a livello nazionale e regionale e venga dettata in modo congruo e proporzionato per il perseguimento dell'interesse pubblico ("super-primario") di limitare la diffusione del contagio.

1. In particolare si veda l'ordinanza n. 11 del 24 marzo 2020 emanata dal Presidente della Regione Autonoma Sardegna (confermata dall'ordinanza n. 17 del 4 aprile 2020 e prorogata dall'ordinanza n. 19 del 13 aprile 2020) che all'articolo 5 dispone: «È consentito ad un solo componente di ciascun nucleo familiare uscire, una sola volta al giorno, dalla propria abitazione per provvedere all'acquisto di beni necessari ed essenziali. La limitazione sul numero delle uscite non si applica all'acquisto di farmaci».
2. Si veda pag. 2 dell'ordinanza n. 9 del 31 marzo 2020, consultabile sul sito internet del Comune di Pula alla pagina dell'Albo Pretorio on-line.
3. Si veda l'art. 3 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19.
4. Si veda Cons. St., Sez. IV, 7 dicembre 2018, decr. n. 5971; Cons. St., Sez. III, 11 dicembre 2014, decr. n. 5650; T.A.R. Lazio – Roma, Sez. Seconda *Quater*, 11 marzo 2019, decr. n. 1620. In senso contrario si era invece pronunciato Cons. St., Sez. V, 19 luglio 2017, decr. n. 3015 che ha affermato che per la misura cautelare ex art. 56 non è previsto *ex lege* (né è

- in alcun modo configurabile) un distinto e autonomo appello, con la conseguenza che ogni questione di revisione rispetto a un decreto cautelare monocratico emesso da un giudice di prima istanza vada trattata nel medesimo grado della misura stessa, o con lo stesso mezzo o in occasione della conseguente trattazione collegiale in camera di consiglio.
5. Rilevanti anche nell'ambito del processo amministrativo come espressamente dichiarato nei decreti del Cons. St., Sez. VI, 1° settembre 2017, n. 3538 e n. 3539; Cons. St., Sez. VI, 30 agosto 2017, n. 3418 e n. 3419; Cons. St., Sez. VI, 25 agosto 2017, n. 3408).
 6. Così Cons. St., Sez. IV, 7 dicembre 2018, decr. n. 5971/2018. Il Presidente della Quarta Sezione del Consiglio di St., si era anche curato di delineare un procedimento da seguire in questi casi peculiari, affermando che se il Presidente ritiene di accogliere l'appello e di riformare il decreto impugnato *«emette una misura [...] che comunque perde effetti quando il TAR esamina la domanda cautelare nella ordinaria sede collegiale [...]»*. Inoltre, *«il decreto cautelare monocratico del Presidente della Sezione del Consiglio di Stato va comunque sottoposto all'esame del Collegio e, nel caso di accoglimento dell'appello rivolto contro il decreto del TAR, egli deve fissare senza indugio la camera di consiglio collegiale del Consiglio di Stato, affinché il Collegio valuti (qualora il TAR non si sia già pronunciato in sede collegiale) se ribadire o meno le statuizioni del Presidente, fermo restando in ogni caso il potere del TAR di decidere anche successivamente la fase cautelare, con le conseguenze sopra indicate [...]»*. Sul tema, si veda anche M.A. Sandulli, *Osservatorio sulla giustizia amministrativa*, in *Il Foro Amministrativo* (XI), 1° novembre 2018, pag. 1825.
 7. Sotto tale profilo strettamente processuale, il decreto in esame sembrerebbe discostarsi dal recente precedente del Cons. St., decr. n. 1553/2020, in cui invece è stata dichiarata l'ammissibilità dell'appello per poi però negare la tutela cautelare richiesta per le motivazioni espone in precedenza.
 8. Testualmente viene affermato che *«considerato, in particolare, che già questo Consiglio di Stato (cfr. decr. n. 1553/2020) ha ritenuto che la valutazione, quale priorità nazionale, dell'interesse generale alla rigorosa prevenzione anti-Covid19, non consenta di ritenere irragionevolmente compressi, per il periodo della emergenza, diritti, pur rilevanti e fondamentali, dei privati istanti in relazione ad esigenze (quali le modalità di approvvigionamento alimentare, come nel caso di specie) che ovviamente possono essere regolate quanto ai tempi e criteri, nell'interesse collettivo sicuramente prevalente su quello individuale»*.
 9. Si segnala che l'argomento è stato oggetto di trattazione anche nel precedente commento di Marco Velliscig, *Anche il T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia respinge la richiesta di tutela cautelare monocratica avverso le ordinanze più restrittive rispetto alla normativa nazionale*», pubblicato in questa *Rivista*, all'indirizzo <https://ceridap.eu/anche-il-t-a-r-per-il-friuli-venezia-giulia-respinge-la-richiesta-di-tutela-cautelare-monocratica-avverso-le-ordinanze-piu-restrittive-rispetto-alla-normativa-nazionale/>.

Emergenza Covid e dati pubblici: l'accesso civico e il rito processuale in materia di accesso non vanno alla velocità della pandemia

Emanuela Furiosi

Durante l'emergenza Covid è emersa con forza l'importanza della raccolta di dati pubblici di qualità, della loro rielaborazione a fini informativi e della loro tempestiva diffusione. In questo contributo si analizzano le peculiari azioni giudiziarie promosse da Codacons al fine di sollecitare il rilascio di dati, e così, in particolare, sono brevemente commentati i decreti presidenziali nn. 2299/2020 e 2346/2020 del T.A.R. Lazio e n. 01841/2020 del Consiglio di Stato.

[Covid emergency and public data: civic access and the process are not going at the speed of the pandemic] During the Covid emergency, the importance of the collection of quality public data, their re-elaboration for information purposes and their timely dissemination emerged. This contribution analyzes the judicial actions promoted by Codacons in order to solicit the release of data, and so, in particular, the presidential decrees nos. 2299/2020 and 2346/2020 of the T.A.R. Lazio and n. 01841/2020 of the Council of State.

1. Una nuova quotidiana attenzione ai dati pubblici relativi all'emergenza Covid-19

Da diverse settimane a questa parte lo stato di emergenza^[1] si è acuito a tal punto da stravolgere la quotidianità di tutti i cittadini italiani, i quali, limitati nei propri spostamenti e spesso costretti a modificare - quando non a sospendere - anche la propria attività lavorativa, hanno fatto propria una nuova routine quotidiana, che in massima parte prevede, alle 18:00 di ogni giorno, l'ascolto del bollettino della Protezione civile.

In tale occasione vengono, infatti, pubblicati i dati aggiornati relativi alla diffusione del contagio da Covid-19. In particolare, viene aggiornato il numero di soggetti risultati positivi al virus (distinguendo tra ricoverati con sintomi, ricoverati in terapia intensiva e soggetti positivi in isolamento domiciliare), di deceduti affetti e di dimessi/guariti sul territorio italiano. Tali dati vengono pubblicati sia in forma di dato aggregato, a livello nazionale, sia distinguendo a livello regionale e provinciale.

L'attenzione che viene ogni giorno serbata sia dalla stampa sia dal cittadino comune ai dati relativi all'emergenza è altissima in quanto è da tali dati che si trae – o quanto meno si dovrebbe trarre – la percezione in merito alla propagazione del virus. E così un riscontro in tempo quasi reale sull'efficacia delle misure approntate.

È in tale contesto che si inseriscono i fatti di causa da cui sono scaturiti i decreti di seguito brevemente commentati.

2. L'istanza d'accesso presentata da Codacons e la proposizione del ricorso munito di domanda cautelare ex art. 56 c.p.a.

Codacons, ente che si occupa del Coordinamento delle Associazioni a tutela dei diritti degli utenti e dei consumatori, ha presentato nel mese di marzo^[2] un'istanza via PEC al Dipartimento della Protezione Civile, alla Ministero della Salute, all'Istituto Superiore di Sanità e alla Presidenza del Consiglio dei ministri chiedendo la pubblicazione di dati ulteriori rispetto a quelli che venivano spontaneamente diffusi.

Il Codacons aveva in particolare richiesto alle predette amministrazioni di «*Indicare il numero dei deceduti che si trovavano in terapia intensiva in ospedale e distintamente il numero di deceduti in casa (...) come si apprende dagli organi di stampa*», nonché «*Indicare, in conseguenza del precedente, quanti posti sono realmente disponibili in terapia intensiva e dove su tutto il territorio nazionale, e la possibilità concreta di trasferimento attraverso la cosiddetta la Cross – Centrale remota per le operazioni di soccorso*» » (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, decreti presidenziali nn. 2346/2020 e 2299/2020).

Codacons pochi giorni dopo, non avendo ricevuto come sperato una tempestiva

risposta alla predetta istanza, ha interessato il T.A.R. Lazio della questione, depositando in data 27 marzo un ricorso con il quale ha chiesto, previa adozione di misure cautelari provvisorie ex art. 56 c.p.a., l'annullamento di un asserto *«provvedimento di diniego comunicato, in data 25 marzo 2020, con il bollettino della protezione civile delle ore 18:00, del 25 marzo 2020, e confermato nel bollettino del 26 marzo, nel quale respingendosi la richiesta formulata dal ricorrente CODACONS si ometteva di fornire ai cittadini la informazione relativa ai deceduti a casa, come richiesto dal Codacons»*, chiedendo, altresì, la condanna ex art. 34, c.1 lett. c) c.p.a. a fornire i dati richiesti con la richiamata istanza.

In altre parole, il Codacons, per sollecitare il rilascio dei dati richiesti, con un'evidente forzatura interpretativa, ha considerato il bollettino informativo del 25 marzo 2020 un provvedimento di diniego della propria istanza e così lo ha immediatamente impugnato, senza attendere il rituale termine di 30 giorni a disposizione dell'amministrazione per dare riscontro alle istanze di accesso^[3].

3. Il decreto presidenziale del TAR Lazio n. 2299 del 28 marzo 2020

Il T.A.R. Lazio, con decreto presidenziale n. 2299/2020 ha respinto l'istanza cautelare, effettuando alcune precisazioni atte a "smontare" la forzata ricostruzione e interpretazione contenute nel ricorso di Codacons.

Innanzitutto, viene precisato che *«anche a ritenere che il bollettino quotidiano della Protezione civile abbia la sostanza "provvedimentale" di un diniego di informazioni, non si rinviene nella specie l'istanza conoscitiva che sarebbe stata denegata con il detto bollettino»* (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I quater, decreto 2299/2020, punto 3). Evidenziando, così, la mancata allegazione in atti dell'istanza a cui il bollettino del 25 marzo 2020 avrebbe opposto un diniego.

Precisa, altresì, il T.A.R., che nel caso di specie, neppure potrebbe ipotizzarsi una fattispecie di diniego implicito in quanto *«non risulta perfezionata la prescritta sequenza procedimentale, essendo per legge previsto un termine per dare riscontro alle istanze»* (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I quater, decreto 2299/2020, punto 4). Infatti, a prescindere dalla tipologia di istanza presentata (d'accesso civico generalizzato ex d.lgs. 33/2013 o d'accesso documentale ex l. 241/1990)

l'Amministrazione destinataria dell'istanza ha a disposizione un termine di 30 giorni^[4] entro il quale dare riscontro all'istanza^[5].

Infine, poiché l'azione proposta è tesa all'accertamento del diritto ad avere determinate informazioni e connessa all'asserito inadempimento di obblighi di trasparenza, il Giudice ha altresì precisato che al più avrebbe dovuto essere proposta l'azione del rito speciale in materia d'accesso previsto dall'art. 116 c.p.a. *«a ciò conseguendo che la domanda cautelare non sia tecnicamente ammissibile^[6], in primis e comunque quella di un provvedimento monocratico, perché l'eventuale accoglimento determinerebbe effetti non già temporanei e provvisori, bensì definitivi e inadeguati ad essere rimossi e sostituiti dalla pronuncia di merito»* (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I quater, decreto 2299/2020, punto 6).

Pur avendo rigettato l'istanza cautelare monocratica, per i motivi di cui s'è detto, pare rilevante che – a prescindere da profili meramente formali e processuali – che il Giudice abbia comunque precisato che la trasparenza *«rimane ovviamente valore centrale anche con riguardo al tema comunicazione, da parte delle autorità competenti, di dati e informazioni relative alla emergenza sanitaria in atto, peraltro ove posseduti e già elaborati e comunque laddove la loro diffusione non pregiudichi o comprometta, a giudizio delle medesime autorità, puntuali interessi pubblici»* (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I quater, decreto 2299/2020, punto 5). Prendendo, così, una prima parziale posizione a sostegno dell'opportunità del rilascio delle informazioni aggiuntive richieste.

Il Giudice ha, quindi, fissato per la trattazione collegiale^[7], la camera di consiglio del 16 aprile 2020.

4. I motivi aggiunti e il decreto presidenziale del TAR Lazio n. 2346 del 1 aprile 2020

Nelle more dell'emanazione del primo decreto presidenziale, il Codacons ha presentato ricorso per motivi aggiunti, munito a sua volta di istanza cautelare provvisoria ex art. 56 c.p.a., con il quale ha impugnato i successivi bollettini di monitoraggio della situazione Covid, pubblicati dalla Protezione civile in data 27 marzo 2020 e in data 28 marzo 2020.

In particolare, Codacons ha chiesto l'annullamento di detti bollettini informativi, qualificati nel ricorso come provvedimenti, nella parte in cui non riportano i dati

«relativi a:- quanti sono deceduti in ospedale;- quanti sono deceduti nel proprio domicilio con sintomi gravi;

- quanti posti sono realmente disponibili in terapia intensiva e presso quali strutture su tutto il territorio nazionale, e indicazioni sulle connesse possibilità CONCRETE di trasferimento attraverso la cosiddetta la Cross, la Centrale remota per le operazioni di soccorso;

- la percentuale calcolata tra tamponi fatti e esiti dell'aumento o diminuzione percentuale.» (TAR Lazio, Roma, sez. I quater, decreto 2495/2020)

Il TAR Lazio, trovatosi solo pochi giorni dopo l'emissione del primo decreto presidenziale n. 2299/2020 a dover nuovamente esprimersi in merito alla medesima questione, seppur con riferimento ai bollettini immediatamente successivi al precedente bollettino impugnato con il ricorso principale, ha sostanzialmente confermato il primo decreto, puntualizzando però alcuni profili. In particolare, il Giudice afferma più chiaramente, in merito alla natura delle schede riepilogative dei dati delle Regioni pubblicate dalla Protezione Civile, oggetto di impugnativa, che le stesse *«non possono essere qualificate come provvedimenti, non avendo del provvedimento amministrativo né la forma né soprattutto la sostanza»* (TAR Lazio, Roma, sez. I quater, decreto 2495/2020). I comunicati e le conferenze stampa, infatti, sono gli atti attraverso i quali si estrinseca l'attività informativa del Dipartimento di protezione civile, attività che *«non ha né può avere alcuna valenza provvedimentoale»*. Sicché, precisa ulteriormente il Giudice, "non appare convincente" la tesi per cui tali atti possano essere oggetto di una domanda di annullamento *ex art. 21-octies l. 241/1990*.

Infine, il TAR Lazio ha ulteriormente ribadito che l'azione proposta nella forma dell'impugnazione più che un'azione impugnatoria sarebbe *«un'azione intesa all'accertamento del diritto ad avere determinate informazioni, connessa all'asserito inadempimento degli oneri di trasparenza» di cui alla disciplina dell'accesso civico ex D. Lgs. n. 33 del 2013, (e non dell'accesso documentale previsto dall'art. 22 della 241/1990) per la quale, tuttavia, si deve ribadire che osta alla richiesta misura cautelare l'omesso perfezionamento della prescritta sequenza procedimentale, di cui all'art. 5, comma 6 del citato D. Lgs. 33/2013, conclusione peraltro confortata dalla considerazione per cui i comunicati stampa e la pubblicazione delle schede riepilogative dei dati non integrano, nella specie, un*

formale (e impugnabile) diniego» (decreto 2495/2020, cit.).

Sicché anche il secondo decreto, al pari del primo, ha respinto l'istanza e ha fissato per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 16 aprile 2020.

5. Il decreto presidenziale del Consiglio di Stato dell'8 aprile 2020, n. 1841

Il Codacons, preso atto del secondo decreto di diniego, n. 2346/2020, lo ha impugnato davanti al Consiglio di Stato.

Il Giudice di secondo grado, con il decreto presidenziale dell'8 aprile 2020, n. 1841, ha dichiarato inammissibile l'appello cautelare proposto, confermando quanto già statuito dal decreto presidenziale del TAR impugnato (e dal precedente decreto presidenziale 2299/2020 in esso richiamato) in merito alla natura non provvedimentale degli atti impugnati. Nel caso di specie, infatti, non v'è né un formale diniego alla pubblicazione degli ulteriori dati richiesti, né un atto provvedimentale, considerato che *«la raccolta di dati regionali per la informazione ai cittadini non esprime, né potrebbe farlo, alcun potere autoritativo pubblico»* (cfr. decreto presidenziale del Consiglio di Stato dell'8 aprile 2020, n. 1841).

Per ciò che maggiormente interessa, il Consiglio di Stato conferma e sottolinea l'utilità degli ulteriori dati richiesti al fine di fornire ai cittadini un quadro conoscitivo più dettagliato, tuttavia, non può essere ignorato che la possibilità di raccogliere e pubblicare tali dati aggiuntivi è oggetto tipico dell'azione di accertamento basata sul principio di trasparenza e non può formare oggetto di una pretesa volta all'annullamento degli atti impugnati, come quella azionata da Codacons.

Ad ogni buon conto, precisa ancora il Giudice, anche a fronte del fatto che *«i dati di cui si chiede la pubblicazione non sono di certo irreversibilmente perduti ai fini dell'azione di accertamento che con lo strumento appropriato l'appellante potrà formulare»*, non può certamente essere tollerato il tentativo di piegare uno strumento del processo amministrativo - vale a dire l'azione di annullamento - *«ad una finalità certamente meritevole ma estranea a detto strumento, cioè quella di disporre in tempo reale di un quadro informativo più completo rispetto a quello quotidianamente offerto dai comunicati stampa della Protezione Civile»* (cfr.

decreto Cons. Stato, 8 aprile 2020, n. 1841).

6. L'accesso civico e il rito speciale in materia di accesso non vanno alla velocità del Coronavirus

Emerge fin dalla prima lettura dei decreti presidenziali oggetto della presente breve disamina che l'azione promossa dal Codacons ha quale fine principale quello di sollecitare il rilascio di dati ulteriori relativi all'emergenza Covid, la cui diffusione "in tempo reale", come ha riconosciuto anche il Consiglio di Stato, è finalità di indubbia rilevanza. Ma estranea allo strumento dell'accesso.

Il Codacons, infatti, non ottenendo risposte immediate alla propria richiesta di integrare i dati forniti durante le conferenze stampa da parte dei portavoce della Protezione civile, del Ministero della Salute e dell'Istituto Superiore di Sanità, ha tentato di accelerare il rilascio di tali dati ulteriori chiamando in giudizio i destinatari dell'istanza e coinvolgendo gli organi di giustizia amministrativi attraverso chiare forzature procedurali e processuali di cui s'è detto^[8].

Tali forzature, pare evidente, non erano tese ad ottenere in via giudiziale l'accertamento del diritto alla pubblicazione "in tempo reale" dei dati aggiuntivi^[9] ma, semmai, a pungolare le amministrazioni destinatarie della richiesta, e ora chiamate in giudizio, a un rilascio tempestivo dei dati, richiamando al contempo l'attenzione e l'intervento anche dei Giudici amministrativi.

Se la tempestività nel rilascio dei dati aggiuntivi richiesti di certo non è imposta dalla normativa in tema di accesso, un pronto riscontro a tale istanza sarebbe certamente auspicabile. Soprattutto considerato il fine ultimo di fornire ai cittadini un quadro più particolareggiato dell'emergenza.

In conclusione, pur essendo in presenza di due decreti che non hanno concesso la misura cautelare presidenziale richiesta e di un decreto del Consiglio di Stato che ha dichiarato inammissibile l'appello cautelare, pare che tali irrituali azioni abbiano portato ad un risultato parzialmente positivo e, forse, sperato.

Il TAR Lazio, prima, e il Consiglio di Stato, poi, hanno preso una chiara posizione a sostegno dell'interesse alla pubblicazione dei dati richiesti da Codacons, dichiarando di "auspicare fortemente" *«che la Protezione Civile avrà certamente modo di considerare, con ogni mezzo possibile compatibile con modalità e tempi dell'emergenza, anche tali auspicati elementi conoscitivi, al fine di*

valutarli per ciò che è il reale, primario interesse generale odierno: il contrasto e la riduzione del contagio e l'adozione delle terapie necessarie» (cfr. decreto Cons. Stato, 8 aprile 2020, n. 1841).

Sarà ora interessante verificare se la Protezione civile, con spirito collaborativo, faccia propria la sollecitazione del Consiglio di Stato, valutando e rendendo noti anche gli elementi conoscitivi indicati da Codacons.

E vale altresì la pena di evidenziare che una pronta reazione dell'Amministrazione al rilascio di dati in un contesto straordinario ed emergenziale, quale è quello che stiamo affrontando oggi, sarebbe certamente auspicabile.

1. Cfr. la Delibera del Consiglio dei Ministri in data 31 gennaio 2020 recante "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili."
2. Dai decreti presidenziali cautelari emessi nel procedimento incardinato da Codacons avanti il TAR Lazio non emerge in che data sia stata presentata la prima istanza di accesso. In particolare, il primo decreto presidenziale del 28/03/2020, n. 2299/2020, richiamato anche nel secondo decreto presidenziale cautelare del 1 aprile 2020, n. 2346/2020, afferma che di detta richiesta «non vi è traccia tra gli allegati del proposto ricorso, essendo invece agli atti del giudizio una pec dello stesso Codacons, ma del 27 marzo 2020, lo stesso giorno del deposito del ricorso ora in esame».
3. Non è chiaro nel caso di specie se l'istanza presentata da Codacons sia un'istanza di accesso documentale o di accesso civico generalizzato. In ogni caso, il termine a disposizione dell'Amministrazione per dare riscontro all'istanza è in entrambi i casi di 30 giorni.
4. Cfr. per l'accesso documentale l'art. 25, c. 4 l. 241/1990 e, per l'accesso civico generalizzato, l'art. 5, c. 6, d.lgs. 33/2013
5. Termine che è altresì necessario e per effettuale le comunicazioni che dovessero rendersi necessarie nei confronti degli eventuali soggetti terzi controinteressati.
6. In senso opposto, e quindi favorevole alla esperibilità delle domande cautelari anche all'interno dei procedimenti speciali accelerati in materia di accesso si veda V. Parisio, *La tutela dei diritti di accesso ai documenti amministrativi e alle informazioni nella prospettiva giurisdizionale*, in *Federalismi*, 23 maggio 2018, dove si legge che «Il rito accelerato non preclude la richiesta di misure cautelari monocratiche e di quelle "ante causam", nonostante si svolga già di per sé in tempi contratti, in quanto nei riti di cui al Capo IV del c.p.a., per quanto non espressamente disciplinato, trova applicazione la disciplina del giudizio ordinario.»
7. Non è del tutto chiaro se nella camera di consiglio indicata si tratterà la sola istanza cautelare o il merito, considerato che il rito speciale in materia di accesso prevede la discussione del merito della causa in Camera di consiglio, ex art. 116 c.p.a.
8. E così, da un lato, le comunicazioni informative emanate dalla Protezione civile nelle

CERIDAP

conferenze stampa successive al giorno di presentazione dell'istanza di accesso, per il solo fatto che le stesse non contenevano i dati richiesti sono state considerate da Codacons dei provvedimenti di diniego dell'istanza. Dall'altro lato, sul presupposto di tale prima forzatura, il Codacons ha azionato davanti al Giudice amministrativo una pretesa annullatoria -anziché il rito speciale in materia di accesso previsto dall'art. 116 c.p.a.- munendo altresì tale pretesa di istanza cautelare inaudita altera parte ex art. 56 c.p.a.

9. Tale possibilità è esclusa dalla chiara tempistica individuata dalla normativa che regola sia l'accesso documentale sia l'accesso civico.

Emergenza Covid-19 e porti italiani non più “luoghi sicuri”: la decisione – in via cautelare – del Tar Lazio

Giulia Pinotti

Abstract: Con il decreto n. 3066 del 23 aprile 2020 il Tar Lazio, sez. III, ha respinto in via cautelare la richiesta di sospendere l'efficacia del decreto interministeriale del 7 aprile 2020, con il quale è stato stabilito che, a causa dell'emergenza Covid-19, i porti italiani non rappresentano più un "Place of safety" ai sensi della convenzione SAR.

[Covid-19 emergency and italian ports no longer "safe places": the decision - as a precautionary measure - of the Tar Lazio]: With the decision no. 3066 of 23 April 2020, Tar Lazio rejected the request to suspend (precautionally) the effectiveness of the "Decreto interministeriale" of 7 April 2020, which established that, due to the Covid-19 emergency, Italian ports no longer represent a "Place of safety" under the SAR convention.

1. Premessa

Il 23 aprile 2020 il Tar del Lazio, III sez., con il decreto n. 3066 ha respinto la richiesta di sospendere in via cautelare l'efficacia del Decreto Interministeriale del 7 aprile 2020, con il quale è stato stabilito che i porti italiani non rappresentano più un “luogo sicuro” (Place of Safety) ai fini dello sbarco di migranti soccorsi in mare da unità navali che battono bandiera straniera (al di fuori dall'area SAR italiana).

Si intende qui ricostruire – seppure in maniera non esaustiva – il contesto normativo nel quale è intervenuto il decreto, quanto deciso dal Tar Lazio e

accennare poi qualche osservazione conclusiva (seppur provvisoria, data la sommarietà del giudizio cautelare, per giunta monocratico).

2. Il contesto normativo

Il 7 aprile 2020 il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, della Salute, dell'Interno e degli Affari Esteri ha promulgato un decreto dove, all'art. 1, viene stabilito che *«per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria nazionale derivante dalla diffusione del virus COVID-19, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di Place of Safety (“luogo sicuro”), in virtù di quanto previsto dalla Convenzione di Amburgo, sulla ricerca e salvataggio marittimo, per i casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana»*.^[1]

Per comprendere che cosa si intenda con l'espressione “Place of safety” bisogna far riferimento a quanto previsto dalla Risoluzione dell'Organizzazione Marittima Internazionale, in base alla quale è un “porto sicuro” quel luogo dove si ritiene che le operazioni di salvataggio avranno conclusione, poiché è garantito che le persone soccorse in mare non saranno più a rischio e avranno accesso ai servizi essenziali.^[2]

Di fatto, secondo il presente decreto, per una serie di ragioni richiamate in apertura i porti italiani non sarebbero più in grado di assicurare gli standard richiesti per la qualifica di “Place of Safety”. Fra le varie motivazioni addotte sono diverse, si segnalano soprattutto le seguenti:

1. secondo il decreto, in primo luogo, *«non risulta allo stato possibile assicurare sul territorio italiano la disponibilità di luoghi sicuri, senza compromettere la funzionalità delle strutture nazionali sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento della diffusione del contagio e di assistenza e cura ai pazienti Covid-19»*;
2. si deve poi tener conto del fatto che *«alle persone eventualmente soccorse, tra le quali non può escludersi la presenza di casi di contagio Covid-19, deve essere assicurata l'assenza di minaccia per la propria vita, il soddisfacimento delle necessità primarie e l'accesso a servizi fondamentali sotto il profilo sanitario, logistico e trasportistico»*, requisiti che, a quanto

- pare, l'emergenza dovuta al Covid-19 mette a repentaglio;
3. è necessario, per contrastare il diffondersi dell'emergenza epidemiologica, *«disporre misure straordinarie di prevenzione del rischio di contagio con riferimento ai casi di soccorso effettuati da parte di unità battenti bandiera straniera che abbiano condotto le operazioni al di fuori dall'area SAR italiana»;*
 4. e, infine, che è non meno necessario che *«le attività assistenziali e di soccorso da attuarsi nel “porto sicuro” possano essere assicurate dal paese di cui le unità navali battono bandiera laddove abbiano condotto le operazioni al di fuori dall'area SAR italiana».*

Andrà anzitutto osservato che il decreto si riferisce ai casi in cui il soccorso avvenga fuori dall'area SAR da parte di navi che non battono bandiera italiana: all'interno dell'area, invece, il nostro paese è comunque tenuto a intervenire, benché il rischio dovuto all'emergenza Covid-19, se esistente, non sia diverso in questo secondo scenario.^[3]

Non si può inoltre comprendere appieno il testo del decreto se non lo si legge contestualmente a un'altra fonte, il decreto n. 1287 adottato dalla Protezione Civile il 12 aprile, il quale, integrando il precedente, dispone che è comunque necessario *«provvedere all'assistenza alloggiativa e alla sorveglianza sanitaria delle persone soccorse in mare e per le quali non è possibile indicare il “Place of Safety” (luogo sicuro) ai sensi del decreto interministeriale citato in premessa e di quelle giunte sul territorio nazionale in modo autonomo».* E aggiunge, con riferimento alle persone soccorse in mare e per le quali non è possibile indicare il “Place of Safety” (luogo sicuro), che possono essere utilizzate navi per il periodo di sorveglianza sanitaria necessario.^[4]

Il che del resto è coerente con quanto previsto agli artt. 4 e 6 del d.l. del 17 marzo 2020 n. 18, che consentono alle regioni di attivare aree sanitarie temporanee proprio al fine di *«ospitarvi le persone in sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario o in permanenza domiciliare».*^[5]

3. La decisione

In questo contesto è intervenuta la decisione del Tar del Lazio, che ha respinto l'istanza di misure cautelari monocratiche volte a ottenere la sospensione

dell'efficacia del decreto interministeriale in esame.^[6]

La decisione, per quanto chiaramente sommaria, è interessante per almeno due ordini di motivi. In primo luogo perché sembra non escludere ragioni sanitarie tali da giustificare l'impossibilità di fornire un "luogo sicuro" né a chi viene soccorso in mare. Secondo il giudice, infatti, «in considerazione di un bilanciamento degli interessi contrapposti tipico della presente fase (e riservato l'approfondimento del fumus del ricorso, con particolare riferimento alla dedotta violazione delle normative internazionali sul diritto del mare e il diritto di asilo, in sede di trattazione collegiale), non sussistono i requisiti di estrema gravità ed urgenza previsti dalla norma da ultimo menzionata, poiché l'atto impugnato è motivato mediante argomentazioni non implausibili circa l'attuale situazione di emergenza da COVID-19, e la conseguente impossibilità di fornire un "luogo sicuro", senza compromettere la funzionalità delle strutture nazionali sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento della diffusione del contagio e di assistenza e cura ai pazienti COVID-19».

D'altro canto, ed è essenziale sottolinearlo, la decisione conclude che non sussistono sufficienti elementi per accertare il *periculum in mora* proprio in ragione del fatto che resta fermo un obbligo di prestare assistenza ai soccorsi in mare, e di garantir loro accesso ai servizi essenziali necessari, sanitari e non.^[7]

4. Note conclusive

Con il decreto in esame il Tar Lazio ha quindi sì respinto l'istanza cautelare, rimandando alla trattazione collegiale l'analisi dell'eventuale violazione delle norme di diritto internazionale a cui si è fatto riferimento al par. 2, ma ha altresì sottolineato che non sussistono elementi sufficienti ad accertare il *periculum in mora*, requisito della fase cautelare, proprio in ragione del fatto che vi è un obbligo di garantire comunque assistenza alle persone soccorse in mare.

Ecco allora che una lettura combinata del decreto in esame e di quello adottato il 12 aprile dal Capo Dipartimento della Protezione Civile (tenuto conto anche delle norme introdotte dal d.l. 18/2020) consentono di meglio comprendere i presupposti e i confini dell'obbligo di garantire assistenza a cui il decreto del Tar Lazio, nel negare tutela cautelare, fa riferimento, in attesa naturalmente della trattazione collegiale e della decisione di merito.

CERIDAP

1. Decreto del 7 aprile 2020 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, della Salute, dell'Interno e degli Affari Esteri. Sulla più precisa collocazione di questa norma nel quadro giuridico internazionale si veda quanto osservato da F. Munari, *Il decreto interministeriale per gestire l'emergenza covid-19 nell'ambito degli obblighi dell'Italia ai sensi della convenzione Sar: l'insostenibile "intermittenza" del luogo sicuro per i migranti diretti verso l'Italia*, in *SidiBlog*, 16 aprile 2020; in particolare si rimanda alle perplessità sollevate dall'Autore sulla facoltà di un singolo Stato aderente a una convenzione internazionale di limitarne unilateralmente la portata.
2. «*A location where rescue operations are considered to terminate. It is also a place where the survivors' safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food, shelter and medical needs) can be met. Further, it is a place from which transportation arrangements can be made for the survivors' next or final destination*» Resolution 167(78), IMO Maritime Safety Committee, par. 6.12. Si veda inoltre l'Allegato alla Convenzione Sar: «*Parties shall co-ordinate and co-operate to ensure that masters of ships providing assistance by embarking persons in distress at sea are released from their obligations with minimum further deviation from the ships' intended voyage, provided that releasing the master of the ship from these obligations does not further endanger the safety of life at sea. The Party responsible for the search and rescue region in which such assistance is rendered shall exercise primary responsibility for ensuring such co-ordination and co-operation occurs, so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the [International Maritime] Organization. In these cases, the relevant Parties shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable*». Per una ricostruzione più completa della disciplina in materia si veda I. Papanicolopulu, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, pp. 507 e ss.
3. È stato anche osservato come, in realtà, uno Stato abbia il dovere di fornire un "Place of Safety" fuori dalla zona SAR solo in presenza di tre condizioni: «*i) se c'è un accordo con lo Stato che sarebbe altrimenti competente; (ii) se ha assunto volontariamente la funzione di Rescue Coordinating Centre (RCC) ai sensi della Convenzione e del Manuale IAMSAR; ovvero (iii) se vi sono situazioni emergenziali ai sensi della pag. 3.1 del predetto Manuale IAMSAR*»: F. Munari *Il decreto interministeriale per gestire l'emergenza covid-19 nell'ambito degli obblighi dell'Italia ai sensi della convenzione Sar: l'insostenibile "intermittenza" del luogo sicuro per i migranti diretti verso l'Italia*, op. cit.
4. Decreto del Capo Dipartimento della Protezione Civile n. 1287 del 12 aprile 2020. «*Nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell'ambito dell'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*».
5. Art. 6 co.7 del d.l. del 17 marzo n. 18 «*Misure di potenziamento del Servizio sanitario*

nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19».

6. Si tratta di una richiesta di misure cautelari monocratiche ex art. 56 c.p.a. Si noti comunque che, durante l'emergenza dovuta al Covid-19, la tutela cautelare collegiale ex art. 55 c.p.a è stata sostituita da una tutela cautelare monocratica. Si veda quanto osservato da De Nictolis: *«In concomitanza con l'estensione delle misure più restrittive a tutto il territorio nazionale, è stata prevista una generalizzata sospensione di tutti i termini processuali, dapprima dall'8 al 22 marzo 2020 (art. 3, d.l. n. 11/2020) e poi dall'8 marzo al 15 aprile 2020 (art. 84 d.l. n. 18/2020), combinata con la possibilità della tutela cautelare monocratica, del passaggio delle cause di merito in decisione sull'accordo delle parti a partire dal 6 aprile 2020, e soprattutto con la possibilità di misure più restrittive in sede locale in coordinamento con l'autorità sanitaria regionale, e segnatamente la possibilità di differire le udienze a dopo il 30 giugno 2020. In questa fase la tutela cautelare collegiale, fino al 15 aprile, è stata sostituita da una tutela cautelare monocratica, da confermarsi dal collegio dopo il 15 aprile: una tutela cautelare, dunque, bifasica, con una doppia chance ravvicinata, per le parti processuali».* R. De Nictolis, *Il processo amministrativo ai tempi della pandemia*, in *federalismi.it*.
7. *«Tenuto inoltre presente, per quanto concerne la valutazione del periculum in mora, che resta comunque fermo l'obbligo di garantire assistenza alle persone eventualmente soccorse in mare, assicurando l'assenza di minaccia per le loro vite, il soddisfacimento delle necessità primarie e l'accesso a servizi fondamentali sotto il profilo sanitario, logistico e trasportistico».*

Anche il T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia
respinge la richiesta di tutela cautelare
monocratica avverso le ordinanze più restrittive
rispetto alla normativa nazionale

Marco Velliscig

Con il decreto n. 31 emesso il 10 aprile 2020 il Presidente del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia ha respinto la richiesta tutela cautelare monocratica avverso l'ordinanza contingibile e urgente n.7/PC emessa dal Presidente della Regione il 3 aprile 2020 recante misure di contenimento alla pandemia più rigorose rispetto a quelle nazionali, tra cui la chiusura degli esercizi commerciali nella giornata di domenica

[The Regional Administrative Tribunal for Friuli Venezia Giulia also rejects the request for precautionary protection against the most restrictive ordinances with respect to national legislation] With decree no. 31 issued on 10 April 2020, the President of the Regional Administrative Court for Friuli Venezia Giulia rejected the request for precautionary protection against the contingent and urgent order n.7/PC issued by the President of the Region on 3 April 2020 with pandemic containment measures more stringent than national ones, including the closing of shops on Sunday

1. Premessa

Con il decreto n. 31 emesso il 10 aprile 2020 il Presidente del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia^[1] ha respinto l'istanza di concessione della tutela cautelare monocratica prevista all'art. 56 c.p.a. (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) proposta da un'associazione di categoria (e due soggetti privati) a margine del ricorso promosso avverso l'ordinanza contingibile e urgente n.7/PC emessa dal Presidente della Regione il 3 aprile 2020 («*Misure urgenti in*

materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»).

Di seguito, premessi brevi cenni sul contenuto dell'ordinanza impugnata e sul contesto normativo regionale, si darà contezza del contenuto motivazionale del decreto traendo, infine, qualche sintetica considerazione anche alla luce di analoghe decisioni recentemente adottate dalla giustizia amministrativa.

2. Il contesto normativo regionale

Per comprendere il contesto fattuale del decreto in parola, è anzitutto opportuno brevemente riassumere l'oggetto del provvedimento regionale impugnato innanzi al T.A.R. triestino.

L'ordinanza contingibile e urgente n. 7/PC del 3 aprile 2020, adottata dal Presidente della Regione Friuli Venezia Giulia (anche) sulla base del potere riconosciuto all'art. 3 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19^[2] ed inserita nella sequenza di provvedimenti emergenziali emessi per fronteggiare la contingente situazione di crisi sanitaria^[3], trovava motivazione nell'aggravarsi della situazione sanitaria regionale (*sub specie* l'accertata prosecuzione del contagio nonostante le disposizioni già attuate^[4] e la potenziale situazione di sofferenza delle strutture ospedaliere regionali nel caso di ulteriore incremento del numero dei pazienti^[5], e recava misure *in parte qua* più restrittive rispetto a quelle previste dalla normativa nazionale^[6].

In specie l'ordinanza, per quanto qui d'interesse, prevedeva:

1. il **divieto di svolgere attività motorie all'aperto** finanche in forma individuale (*«in attuazione del divieto di spostamento dal proprio domicilio, dalla propria residenza o dalla propria dimora, ad eccezione delle specifiche necessità normativamente individuate, è fatto divieto di svolgere, all'aperto in luoghi pubblici, attività motorie o sportive e passeggiate, anche in forma individuale»*), sul presupposto che tale attività, di difficile *«controllo e ... disciplina»*, costituisca un potenziale viatico per l'elusione del divieto di spostamento^[7];
2. la facoltà di accesso agli esercizi commerciali limitata ad un solo componente per nucleo familiare (*«a chiunque presente sul territorio della*

Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia, nell'accedere agli esercizi aperti al pubblico per approvvigionarsi del necessario, è fatto obbligo di limitare l'accesso all'interno dei locali ad un solo componente del nucleo familiare, salvo comprovati motivi di assistenza ad altre persone»);

3. la **chiusura**, nella giornata di **domenica**, di tutte le **attività commerciali** ad esclusione delle farmacie (e parafarmacie), edicole e delle attività che servono le vie di comunicazione stradale, aerea e marittima (*«la chiusura, nella giornata di domenica, di tutte le attività commerciali di qualsiasi natura, fatte salve le farmacie, le parafarmacie, le edicole e gli esercizi nelle aree di servizio situati lungo la rete autostradale ed a servizio di porti ed interporti»*), ferma la possibilità di svolgere tutte le attività di consegna a domicilio anche in tale giornata;
4. l'obbligo di utilizzo di guanti e mascherine (ovvero una protezione per le vie respiratorie) all'interno dei negozi di generi alimentari (*«è fatto obbligo, all'interno degli esercizi commerciali di generi alimentari, l'utilizzo di guanti monouso e di mascherine o comunque una protezione a copertura di naso e bocca»*);
5. il **divieto** di esercizio dell'attività commerciale di vendita di prodotti alimentari *«nella forma di **mercato** all'aperto e al chiuso»*, salvo il rispetto delle prescrizioni da adottarsi a livello locale in base alle condizioni minime indicate nell'ordinanza (*«è vietato l'esercizio dell'attività di commercio nella forma di mercato all'aperto e al chiuso di generi alimentari, su area pubblica o privata, se non nei comuni nei quali siano adottate dai Sindaci precise disposizioni comunicate ai commercianti, al fine di prevedere le seguenti condizioni minimali:*
 - *la perimetrazione nel caso di mercato all'aperto;*
 - *presenza del varco d'accesso separato da quello di uscita e contingentamento delle presenze nelle aree del mercato, al fine di evitare assembramenti e garantire la distanza interpersonale minima di sicurezza di almeno 1 metro;*

- *obbligo di confezionamento esclusivamente ad opera del venditore;*
- *uso obbligatorio di guanti monouso e mascherine o comunque una protezione a copertura di naso e bocca per venditori e compratori».*

Con particolare riferimento al divieto di commercio alimentare nella giornata della domenica, si evidenzia l'ampia motivazione laddove il provvedimento impugnato non solo esplicava le ragioni di fatto che hanno condotto l'amministrazione a determinarsi (in specie «*Rilevato, con riguardo alle medie e grandi strutture di vendita anche relative ad alimenti, nel fine settimana e in particolare nella giornata della domenica si sono registrate concentrazioni di persone non strettamente giustificate dall'esigenza di procacciamento di beni alimentari;*») ma specificava, ed ostendeva, la valutazione circa il bilanciamento dei contrapposti interessi effettuata in sede istruttoria («*Ritenuta prevalente, in relazione alla fattispecie di cui al capoverso precedente, l'esigenza della tutela della salute con limitazione dell'accesso a tali strutture, che presentano oggettivo rischio di diffusione del contagio non determinato da esigenze indifferibili e urgenti e di disporre quindi la chiusura degli stessi nella giornata di domenica; Ritenuto che la misura di cui al punto suddetto è del tutto adeguata e proporzionata, posto che le strutture in questione mantengono un periodo settimanale di apertura di sei giorni su sette;*»).

È appena il caso di rilevare, infine, che l'efficacia dell'ordinanza *de qua* è cessata il 13 marzo 2020 ma le disposizioni ivi contenute sono state recepite nella successiva ordinanza contingibile e urgente n. 10/PC del 13 aprile 2020 («*Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-2019*»).

3. Il *decisum*

Nel delineato contesto il Presidente del T.A.R. friulano ha respinto la richiesta misura cautelare monocratica sulla base delle seguenti ragioni.

In primo luogo si evidenzia che il decreto espressamente richiama il recente *dictum* del Consiglio di Stato^[8], che ha sancito la preminenza del diritto alla salute rispetto ai diritti (parimenti di rango costituzionale) temporaneamente compressi dai provvedimenti emergenziali adottati per fronteggiare la crisi sanitaria («*per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente*

compressive di diritti anche fondamentali della persona - dal libero movimento, al lavoro, alla privacy - in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall'Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio, secondo le evidenze scientifiche e le tragiche statistiche del periodo»), e specifica il fatto che «la misure contestate rispondono a valutazione meritoria della competente autorità sanitaria, che si basa sulle attuali conoscenze e sullo stato attuale della ricerca scientifica»^[9].

Muovendo da tale premessa, il Presidente del T.A.R. ha evidenziato come le misure contenute nel provvedimento gravato fossero volte alla tutela della salute pubblica ed ha sottolineato la preminenza di detto interesse rispetto a quelli adombrati dai ricorrenti (*«l'impugnata ordinanza contigibile ed urgente, adottata in presenza degli indubitabili ed evidenti presupposti di necessità e urgenza in materia sanitaria, detti misure rivolte a tutelare un danno infinitamente più grave di quello astrattamente dedotto da parte ricorrente, a prescindere da qualunque valutazione circa la sussistenza dei presupposti dell'azione di cui al presente ricorso»*).

Infine, il decreto rileva come l'ordine di chiusura domenicale delle attività di vendita di generi alimentari rispondesse (anche) all'esigenza di tutelare il personale ivi impiegato (*«anche la contestata chiusura domenicale dei negozi alimentari risponda alla difficile necessità di tener conto anche delle esigenze della salute dei lavoratori interessati»*), il quale è chiamato *«eccezionalmente a svolgere un servizio di pubblica necessità»*.

4. Considerazioni conclusive

Con il decreto in parola il Presidente del T.A.R. triestino ha quindi respinto l'istanza cautelare e, pur nella sommarietà della cognizione propria della fase cautelare (ed, *a fortiori*, della tutela monocratica), giudicato preponderanti le esigenze di tutela della salute sottese al provvedimento gravato rispetto alle posizioni giuridiche invocate dai ricorrenti, come emerge dal (doppio) richiamo all'attuale stato dell'arte e delle conoscenze medico-scientifiche.

Il decreto, infine, si pone in continuità rispetto non solo agli analoghi

provvedimenti giudiziari adottati da altri Tribunali Amministrativi Regionali (si vedano, ad esempio, T.A.R. Sardegna, Sezione I, decreto del 7 aprile 2020, n. 122; T.A.R. Calabria, Sezione I, decreto del 28 marzo 2020, n. 165; T.A.R. Campania, Sezione V, decreto del 24 marzo 2020, n. 471, del 21 marzo 2020, n. 436 e del 18 marzo 2020, n. 416) ma anche rispetto all'orientamento adottato dai Giudici di Palazzo Spada (vedasi il citato decreto del 30 marzo 2020, n. 1553).

1. Si segnala che il provvedimento *de quo* è stato richiamato anche nella sezione “*Focus di giurisprudenza e pareri*” relativa all’ “*Emergenza COVID-19*” del sito internet istituzionale della giustizia amministrativa, all’indirizzo <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/limiti-alla-libera-circolazione-in-friuli-venezia-giulia-per-contenere-i-pericoli-connessi-all-emergenza-covid-19>
2. A mente del quale «*Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale*».
3. Per una sintetica disamina dei provvedimenti emergenziali emessi nella Regione Friuli Venezia Giulia vedasi il contributo, pubblicato su questo Portale, all’indirizzo <https://ceridap.unimi.it/la-legislazione-ed-i-provvedimenti-emergenziali-adottati-dalla-e-nella-regione-friuli-venezia-giulia-per-fronteggiare-lemergenza-sanitaria-da-covid-19-con-particolare-riferimento-alle-prev/>
4. Sul punto l’ordinanza reca la seguente motivazione: «*Considerato che nonostante le misure adottate il numero dei contagi in Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia continuano a presentare una dinamica decisamente preoccupante e pertanto è necessario intraprendere ulteriori e più restrittive azioni finalizzate a limitare ulteriormente gli spostamenti della popolazione al fine di poter conseguire un più efficace contenimento del numero dei contagi; Ritenuto quindi di adottare ulteriori disposizioni per il contenimento del contagio da COVID-19 in ragione della specificità della realtà del territorio della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia oltre a quelle adottate con il DPCM 1 aprile 2020 qui integralmente recepite, anche considerato, in particolare, che le caratteristiche anagrafiche della popolazione regionale, caratterizzata, come è noto, da una componente anziana particolarmente nutrita, rendono estremamente vulnerabile un'ampia fascia di persone;*».
5. Testualmente il provvedimento riporta: «*Rilevata la situazione di possibile sofferenza delle strutture sanitarie conseguente ad un eventuale ulteriore incremento del numero dei contagiati e dei ricoverati, anche per effetto della composizione della popolazione della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia, che impone l'adozione di misure aggiuntive rispetto a quelle già assunte a tutti i livelli decisionali, in modo da operare ancora più*

efficacemente sul fronte della prevenzione dei contatti e quindi dei contagi mediante l'impedimento di assembramenti e contatti non governati tra persone;».

6. In punto di motivazione, infatti, il provvedimento ricorda come in ambito regionale siano già state adottate ordinanze dal contenuto precettivo più restrittivo rispetto alle prescrizioni nazionali («Rilevato che già con le Ordinanze contingibili ed urgenti n. 3 del 19 marzo 2020 e n. 4 del 21 marzo 2020, si sono adottate ulteriori misure di contenimento, volte a specificare le misure dettate dalla citata normativa nazionale e nel rispetto dei provvedimenti sopra citati, al fine di contenere la diffusione dell'epidemia da COVID – 19 nella Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia») e, dopo aver esposto le ragioni fattuali della scelta, chiarisce il fine perseguito: «Ritenuto necessario assumere ancora più rigorose iniziative provvedimentali, in aggiunta a quelle nazionali già adottate e che rimangono efficaci, volte ad impedire quanto più possibile comportamenti potenzialmente contrari al contenimento del contagio» ribadendolo nella parte dispositiva «Le presenti disposizioni sono adottate per specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel territorio regionale, nonché per ragioni di esigenze di sanità pubblica e di igiene, con conseguente applicazione di tutte le norme poste a presidio delle predette esigenze».
7. Sul punto la parte motivazionale specifica infatti: «Ritenuto che l'esercizio dell'attività motoria o sportiva, pur apprezzabile anche sotto il profilo della tutela della salute individuale, e quindi in taluni casi giustificata da tali finalità, si presti, anche per le difficoltà di controllo e di disciplina, a comportamenti contrastanti con l'esigenza di una categorica limitazione delle uscite dall'abitazione e di una prevenzione rigorosa del contagio mediante l'impedimento delle occasioni di contatto tra le persone, esigenza evidentemente prevalente rispetto a quella del legittimo esercizio da parte del singolo di facoltà riconosciute dall'ordinamento;».
8. Ci si riferisce al decreto n. 1553 emesso il 30 marzo 2020 dal Presidente della Terza Sezione del Consiglio di Stato mediante il quale è stata respinta la domanda di riforma del decreto monocratico emesso dal T.A.R. per la Calabria che ha, a sua volta, rigettato l'istanza cautelare promossa avverso un'ordinanza sindacale di «quarantena/isolamento domiciliare» emessa per «violazione della ordinanza n.12 /2020 del Presidente della Regione Calabria».
9. In punto si rileva come anche la motivazione del provvedimento gravato faccia espresso riferimento alle attuali evidenze scientifiche laddove reca: «Rilevato che le indicazioni del mondo scientifico e delle autorità politico-amministrative sono nel senso che l'unico strumento di prevenzione del contagio del virus, assolutamente necessaria a fronte della persistente assenza di mezzi di cura vaccinale, rimane l'eliminazione dei contatti tra persone fisiche non presidiati da idonee misure e dispositivi, avvenendo la trasmissione del virus solo per contatto ravvicinato tra le persone con la conseguenza che vanno il più possibile ridotte le occasioni di aggregazione di persone».

Il rapporto tra l'accesso agli atti ex artt. 22 e ss.
della l. 241/1990 e gli istituti processualcivilistici
di acquisizione dei documenti amministrativi al
processo. L'ordinanza della Quarta Sezione del
Consiglio di Stato di remissione all'Adunanza
Plenaria n. 888 del 4 febbraio 2020

Federico Votta

L'ordinanza di remissione qui in esame evidenzia il contrasto giurisprudenziale esistente con riguardo al rapporto tra il diritto di accesso agli atti, di cui agli artt. 22 e ss. della legge sul procedimento amministrativo, e i mezzi di istruzione probatoria previsti dagli artt. 210-213 c.p.c., nonché, con riferimento ai procedimenti in materia di famiglia, dal combinato disposto degli artt. 492-bis c.p.c. e 155-sexies disp. att. c.p.c. [The relationship between access to the documents pursuant to articles 22 et seq. of the l. 241/1990 and the acquisition of administrative documents in the civil trial. The order of the Fourth Section of the State Council of remission to the Plenary Assembly no. 888 of February 4, 2020] The referral order under consideration highlights the existing jurisprudential contrast with regard to the relationship between the right of access to documents, referred to in Articles 22 et seq. of the law on administrative procedure, and the means of instruction provided for in articles 210-213 of the Italian Code of Civil Procedure, as well as, with reference to family proceedings, by the combined provisions of Articles 492-bis c.p.c. and 155-sexies disp. att. Code of Civil Procedure

Quando si parla di accesso agli atti, come ampiamente noto, ci si riferisce generalmente alla disciplina dettata dalla legge sul procedimento amministrativo^[1]. In particolare, si tratta degli artt. 22 e ss., che regolano il diritto

di colui che sia titolare di un interesse diretto, concreto e attuale – ovvero di un interesse diffuso – di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi^[2].

La ragione giustificatrice di tale diritto si rinviene nell'esigenza di assicurare una concreta attuazione dei principi di imparzialità, di buon andamento e di trasparenza, cui l'operato della Pubblica Amministrazione deve ispirarsi, alla luce dell'art. 97 della Costituzione.

L'istituto in questione, data la sua estrema rilevanza nel diritto amministrativo, è sin dalla sua introduzione al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinale.

Una delle questioni più controverse è quella relativa al rapporto sussistente tra l'accesso agli atti e gli strumenti probatori previsti dal diritto processuale civile. Problematica, quest'ultima, che è oggetto dell'ordinanza che qui si segnala con cui la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha, *ex art. 99 c.p.a.*, posto al vaglio dell'Adunanza Plenaria i due contrapposti e antitetici orientamenti fin qui formati.

La controversia che ha dato luogo al deferimento è sorta a seguito di un ricorso proposto davanti al TAR della Campania, con cui parte ricorrente aveva chiesto l'annullamento dell'implicito rigetto dell'istanza di accesso presentata all'Agenzia delle Entrate volta all'ostensione di alcuni documenti patrimoniali, reddituali e finanziari relativi alla sua *ex* convivente.

Il ricorrente aveva, in particolare, domandato all'Agenzia delle Entrate di accedere a tali documenti al fine di dimostrare nel giudizio pendente dinanzi al Tribunale per i minorenni la possibilità, dal punto di vista economico, dell'*ex* convivente di contribuire in maniera equa al mantenimento del figlio.

Tuttavia, a seguito dell'istanza, il ricorrente era riuscito a prendere contezza della documentazione reddituale, ma non anche di quella finanziaria. La motivazione addotta dall'amministrazione verteva sulla necessità che, in relazione a tali ultimi documenti, l'istanza fosse retta da un'autorizzazione del Tribunale competente, così come previsto dal combinato disposto degli artt. 155-*sexies* disp. att. c.p.c. e 492-*bis* c.p.c.

Il TAR della Campania, giudicando su detto ricorso, aveva statuito che parte ricorrente avrebbe potuto accedere alla documentazione richiesta, potendo altresì estrarne copia.

Contro tale sentenza l'Agenzia delle Entrate ha prontamente proposto appello,

basando le proprie ragioni fondamentalmente sulla necessità, ai fini dell'accesso a simili documenti, di ottenere preventivamente un'autorizzazione da parte del giudice competente.

La Quarta Sezione del Consiglio di Stato, stante il contrasto giurisprudenziale esistente in materia, ha, come detto, rimesso la questione all'Adunanza Plenaria, richiamando puntualmente i due contrapposti orientamenti.

Secondo un primo indirizzo, il diritto di accesso si caratterizza per la sua strumentalità, ossia per il fatto di essere collegato alla situazione giuridicamente rilevante che lo legittima^[3]. Pertanto, non potendo prescindere dalla posizione giuridica soggettiva sottostante, manca in esso quel carattere di autonomia che ne permetterebbe l'indipendente azionamento.

In tal senso, si osserva nell'ordinanza, citando le argomentazioni utilizzate dalla stessa Sezione Quarta in un caso simile, che il diritto alla tutela giurisdizionale – cui l'accesso ai sensi dell'art. 24, comma 7, l. n. 241/1990 può collegarsi – appare già tutelato, relativamente all'acquisizione di documenti amministrativi da utilizzare per fini processuali, dal codice di procedura civile (artt. 210-213 c.p.c.)^[4].

Conseguentemente, per tale prima impostazione il processo civile appare la corretta sede in cui ottenere l'ostensione della predetta documentazione.

Tale ultimo assunto troverebbe conferma nel fatto che «*proprio in quanto i documenti da utilizzare nel processo (e detenuti dalla Pubblica Amministrazione) riguardano una delle due parti private in giudizio – al diritto alla tutela giurisdizionale del soggetto che intende avvalersi dei documenti amministrativi, occorre contrapporre l'altrettanto riconosciuto e tutelato diritto di difesa dell'altra parte*»^[5]. Perciò, anche alla luce del principio del contraddittorio, sembrerebbe ragionevole accordare al Giudice civile la decisione circa l'assunzione della documentazione necessaria. Infatti, «*La possibilità di acquisire extra iudicium i documenti amministrativi dei quali una delle parti intende avvalersi in giudizio si traduce in una forma di singolare "aggiramento" delle norme che governano l'acquisizione delle prove e costituisce un vulnus per il diritto di difesa dell'altra parte, la quale, (...), si troverebbe a dover esporre le proprie ragioni non già dinanzi ad un giudice, bensì innanzi alla pubblica amministrazione, in qualità di controinteressato*»^[6].

Secondo l'opposto orientamento giurisprudenziale, nel processo civile il diritto di

accesso ai documenti amministrativi potrebbe essere esercitato in via del tutto autonoma rispetto agli strumenti probatori di natura processualcivile, e quindi anche in assenza di una statuizione sull'assunzione degli stessi da parte del giudice ordinario^[7].

A sostegno di tale tesi, si evidenzia che l'istituto dell'accesso consente al soggetto che intende esperire un'azione in giudizio di vagliare preventivamente la convenienza o meno della stessa, sulla scorta delle informazioni di cui potenzialmente può entrare in possesso. Per tale impostazione, *«se esercitato ante causam, l'accesso può avere anche esiti di prevenzione della lite: la conoscenza dei documenti rilevanti, infatti, o corroborando la legittimità degli atti amministrativi o comunque ingenerando il convincimento dell'inopportunità dell'impugnazione, può dissuadere l'amministrato dall'azione giurisdizionale»*^[8].

Inoltre, a conferma di questa seconda tesi, il Consiglio di Stato ha sottolineato – sebbene si tratti di un principio già consacrato nella giurisprudenza^[9] – come sia erroneo escludere l'accesso agli atti solo perché sia pendente un processo civile. L'istituto dell'accesso, infatti, si pone a presidio di una situazione giuridica soggettiva autonoma; e l'autonomia può ragionevolmente dedursi dalla presenza di una azione *ad hoc* prevista espressamente dal Legislatore nazionale^[10]. Se l'esperibilità di una simile azione fosse preclusa dalla necessità di dover attivare i meccanismi probatori tipici del processo civile, *«ciò si tradurrebbe in una illegittima limitazione del diritto di difesa delle parti, con conseguente lesione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale»*, di cui all'art. 24 Cost^[11].

A ben vedere, secondo la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, l'Agenzia delle Entrate, consentendo l'accesso ai documenti di natura reddituale ma negandolo con riferimento a quelli di natura finanziaria, sembra avere previsto una distinzione irragionevole, considerato che non avrebbe senso richiedere l'autorizzazione del giudice solamente con riferimento ad alcuni di tali documenti. Invero, pare trattarsi in tutti i casi di documenti amministrativi^[12], la cui mancata ostensione non sembra rispondere ad alcuna rilevante *ratio iuris*, al di fuori delle ipotesi previste espressamente dall'art. 24 della citata legge sul procedimento amministrativo.

Infine, sempre a sostegno del menzionato orientamento giurisprudenziale, la sezione rimettente ha osservato come, se non altro, almeno la visione – senza estrazione – della documentazione finanziaria, economica, patrimoniale e tecnica

di persone fisiche e giuridiche, acquisita al fine dell'attività amministrativa, debba essere garantita ogniqualvolta se ne renda necessaria la conoscenza «*per la cura o la difesa degli interessi giuridicamente rilevanti propri di coloro che ne fanno motivata richiesta*»^[13].

Per le ragioni sopra esposte, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria le questioni legate al rapporto tra l'istituto dell'accesso documentale, di cui alla legge sul procedimento amministrativo, e i mezzi probatori previsti dagli artt. 210-213 c.p.c., oltre che, con riferimento ai procedimenti in materia di famiglia, dal combinato disposto degli artt. 492-*bis* c.p.c. e 155-*sexies* disp. att. c.p.c., affinché sia fatta chiarezza circa l'indirizzo giurisprudenziale da abbracciare.

Spetta ora, dunque, all'Adunanza Plenaria appianare il contrasto, aderendo alla prima impostazione, incline a riconoscere il carattere della strumentalità dell'istituto dell'accesso agli atti in pendenza di un giudizio civile, ovvero sposando l'opposto orientamento, che propende per l'autonomia di tale istituto, anche laddove volto ad acquisire documentazione amministrativa nella causa radicata dinanzi al giudice ordinario.

1. L. n. 241/1990 (“Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”).
2. Per la definizione di documento amministrativo si rinvia a quanto sancito dall'art. 22, comma 1, lett. d), della l. n. 241/90, secondo cui con tale espressione ci si riferisce a «*ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale*».
3. Cons. St., Ad. Plen. 18 aprile 2006, n. 6.
4. Cons. St., 13 luglio 2017, n. 3461.
5. *Ibidem*, punto 5.1, III capoverso.
6. *Ib.*, punto 5.1, V capoverso.
7. Cfr. Cons. St., 27 agosto 2019, n. 5910; Cons. St., 29 luglio 2019, n. 5327; Cons. St., 14 maggio 2014, n. 2472.
8. Cons. St., 18 dicembre 1997, n. 1591.
9. Così, tra gli altri, Cons. St., 15 novembre 2018, n. 6444.
10. Si veda l'art. 25 della l. n. 241/1990.
11. Punto 12, VII capoverso, dell'ordinanza.

CERIDAP

12. A tale proposito, è bene evidenziare che l'art. 1, comma 1, lett. a), del d.P.R. n. 445/2000 ("Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa. Testo A") definisce documento amministrativo *«ogni rappresentazione, comunque formata, del contenuto di atti, anche interni, delle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa»*.
13. Art. 5, comma 1, lett. a), del D.M. n. 603/1996 ("Regolamento per la disciplina delle categorie di documenti sottratti al diritto di accesso in attuazione dell'art. 24, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante: Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi").

Il T.A.R. Lombardia decreta la provvisoria
sospensione dell'Ordinanza della regione
Lombardia n. 528 dell'11 aprile 2020, laddove
consente la consegna a domicilio di qualsiasi
merce relativa al commercio al dettaglio

Federico Votta

Il presente contributo analizza il decreto n. 634/2020, con cui il Presidente della Prima Sezione del T.A.R. Lombardia, ai sensi dell'art. 56 c.p.a., ha sospeso provvisoriamente l'Ordinanza della regione Lombardia n. 528/2020, limitatamente alla parte in cui si autorizzano gli operatori commerciali al dettaglio a consegnare a domicilio qualsiasi merce, in quanto ritenuta lesiva del diritto alla salute dei lavoratori.

[The Regional Administrative Court of Lombardy orders the suspension of the regional Ordinance n. 528 of 11 april 2020 in the part in which it allows the home delivery of any kind of goods]: This paper analyzes the decree n. 634/2020, with which the President of the First Chamber of the Lombardy Regional Administrative Court provisionally suspended the part of the Lombardy regional Ordinance n. 528 in the part in which it authorizes retail trade operators to home delivery any kind of goods, because of its prejudicial effects to workers health.

Il Presidente della Prima Sezione del T.A.R. della Lombardia, con il decreto n. 634/2020, ha disposto la provvisoria sospensione, ai sensi dell'art. 56 c.p.a., dell'ordinanza n. 528 dell'11 aprile 2020 (Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della Legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica e dell'art. 3 del Decreto-Legge 24 marzo 2020, n. 19),

relativamente alla previsione di cui all'art. 1.2, lett. H), secondo cui «È consentita la consegna a domicilio da parte degli operatori commerciali al dettaglio per tutte le categorie merceologiche, anche se non comprese nell'allegato 1 del D.P.C.M. del 10 aprile 2020».

Il ricorso, che ha portato alla pronuncia della misura cautelare da parte del Presidente di sezione, è stato presentato dalla Cgil Lombardia, dalla Uil Lombardia, dalla Filt Cgil Lombardia, dalla Fit Cisl Lombardia, nonché dalla Ultrasporti Lombardia.

Le ricorrenti hanno agito per ottenere l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, *in primis*, della predetta Ordinanza della Regione Lombardia n. 528 dell'11 aprile 2020, nella parte in cui consente agli operatori commerciali al dettaglio di consegnare a domicilio qualsiasi bene, senza alcuna distinzione basata sulla categoria merceologica; in secondo luogo, sono state fatte oggetto di ricorso sia l'Ordinanza della Regione Lombardia n. 521 del 4 aprile 2020 (Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della Legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica e dell'art. 3 del Decreto-Legge 24 marzo 2020, n. 19), sia la successiva Ordinanza n. 522 del 6 aprile 2020 (Modifiche e integrazioni all'Ordinanza n. 521 del 4 aprile 2020 recante ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19).

Le ragioni addotte dal Presidente della Prima Sezione del T.A.R. della Lombardia per sospendere provvisoriamente l'Ordinanza n. 528 sino alla trattazione collegiale della domanda cautelare si poggiano su alcune premesse.

Innanzitutto è bene evidenziare che il d.l. n. 19/2020 (Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19), all'art. 3, comma 1, ha sancito che «Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'art. 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale». In tal modo, la norma ha previsto espressamente la possibilità per le

regioni di emanare provvedimenti maggiormente limitativi, tra quelli individuati al comma secondo dell'art. 1, al fine di far fronte all'eventuale sopravvenienza di situazioni di aggravamento del rischio sanitario.

Successivamente, il D.P.C.M. del 10 aprile 2020 (Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale), in forza degli artt. 1 e 2, comma 1, del D.L. n. 19/2020, ha consentito lo svolgimento dell'attività di commercio al dettaglio esclusivamente con riferimento a determinate categorie merceologiche (come, ad esempio, i prodotti alimentari, le attrezzature per le telecomunicazioni e l'elettronica di consumo audio e video, gli articoli igienico-sanitari, i giornali, tutti i prodotti venduti tramite internet, radio, telefono, corrispondenza, ovvero mediante distributori automatici). Inoltre, per ciò che qui rileva maggiormente, il D.P.C.M., nonostante abbia disposto la sospensione dei servizi di ristorazione, ha comunque permesso l'esercizio dell'attività finalizzata alla consegna a domicilio, purché nel rispetto delle norme igienico-sanitarie.

Ora, l'Ordinanza n. 528, a ben vedere, permettendo la consegna a domicilio di qualsiasi merce da parte degli operatori economici al dettaglio, piuttosto che comportare una restrizione dell'attività, ha portato ad un ampliamento della stessa, così ponendosi in totale contrasto con il precetto dell'art. 3, comma 1, del D.L. n. 19/2020.

Sulla base di tali premesse, il Presidente della Prima Sezione del T.A.R. della Lombardia, rilevando che il provvedimento regionale oggetto di ricorso comporta un pregiudizio al diritto alla salute dei lavoratori, così ledendo uno tra i principali diritti fondamentali costituzionalmente garantiti^[1], ha sospeso provvisoriamente la citata ordinanza regionale n. 528, limitatamente alla disposizione relativa all'ampliamento dell'attività di consegna a domicilio, fissando al 13 maggio 2020 la camera di consiglio per la trattazione della domanda cautelare *ex art. 56, comma 4, c.p.a.*

1. È utile qui di richiamare l'orientamento della Corte Costituzionale in tema di diritto alla salute dei lavoratori, secondo cui la Carta costituzionale impone dei limiti all'attività di impresa, *«la quale, ai sensi dell'art. 41 Cost., si deve esplicare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti condizione*

CERIDAP

minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona». Così, Corte Cost., Sent. n. 58/2018.