

Miriam Allena

(Professore Associato di Diritto amministrativo, Università L. Bocconi di Milano)

Appunti

Per l'Audizione innanzi alla 1^a Commissione - Affari costituzionali del Senato della Repubblica - 21 ottobre 2020

Onorevole Presidente, onorevoli Senatori, desidero innanzitutto porgere il mio sentito ringraziamento per essere stata invitata a questa audizione informale.

Il disegno di legge del quale oggi si discute (XVIII Legislatura - AS 1970) ha per oggetto la conversione in legge del decreto-legge 7 ottobre 2020, n. 125, pubblicato in G.U. 7 ottobre 2020, n. 248, recante "Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione della Direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020".

Mi concentrerò essenzialmente sull'art. 1 del d.l. che, prorogando al 31 gennaio 2021 lo stato di emergenza, contestualmente proroga diverse misure già adottate da precedenti decreti-legge e, in taluni casi, ne inserisce di nuove.

La prospettiva di mia competenza è quella del diritto amministrativo. Analizzerò dunque alcune previsioni del decreto sotto tre profili: quello del principio di legalità, quello della sussidiarietà, quello della giustizia amministrativa.

I. Principio di legalità

Dal punto di vista del principio della legalità dell'attività amministrativa, il discorso varia a seconda delle diverse "matrici" della legalità che si assumano a riferimento.

Se si guarda al principio di legalità inteso come preferenza della legge (o come non contraddittorietà), il nuovo decreto legge certamente si pone nel solco della previa determinazione tramite fonti primarie dei fini e degli scopi dell'attività amministrativa.

È già stato ampiamente discusso (a livello politico, dottrinale e anche in questa sede), il tema dell'assetto costituzionale delle fonti del diritto nel periodo emergenziale e, in particolare, il rapporto tra fonti di rango primario (il Codice della protezione civile e i vari decreti-legge che si sono succeduti dall'inizio dell'emergenza) e fonti di rango secondario (in particolare, i vari decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri).

È stato evidenziato che, quantomeno sul piano dei rapporti formali tra le fonti, la Costituzione può dirsi rispettata (il potere del Governo di intervenire e adottare d.p.c.m. è radicato in una fonte di rango primario) e che, d'altro canto, il modo di procedere utilizzato (decretazione d'urgenza più d.p.c.m. adottati sentiti i Presidenti di Regione o il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome) ha consentito di "tenere insieme" le esigenze scaturenti dalla prima e dalla seconda parte della Costituzione, quest'ultima come modificata a seguito della riforma del titolo V (a opera della legge n. 3/2001). Infatti, la prima parte della Costituzione sancisce che le limitazioni delle libertà fondamentali avvengano con atti aventi forza di legge, mentre la seconda parte della stessa, per come rivista nel 2001, assegna alla competenza regionale numerosi ambiti che interferiscono, specie nell'attuale contesto pandemico, con le suddette

limitazioni. Detto altrimenti, solo la legge o gli atti aventi forza di legge possono limitare le libertà fondamentali (per es., la libertà di circolazione), ma tali limitazioni sono funzionali alla protezione di interessi che sono anche di competenza regionale: sicché, la competenza regionale concorrente in ambiti quali la tutela della salute o la protezione civile richiede un coinvolgimento delle Regioni nella disciplina delle limitazioni di alcune situazioni giuridiche fondamentali introdotte ai fini del contenimento della pandemia.

Ciò detto, nell'ottica di creare una sempre più ampia condivisione degli obiettivi e delle misure adottate dal Governo in una situazione di grande difficoltà quale quella che il Paese sta vivendo, si potrebbe pensare, per es., a una comunicazione preventiva dei futuri d.p.c.m. al Parlamento o a qualcuna delle sue articolazioni interne, anche nell'ottica di ottenerne, in tempi strettissimi, un parere preventivo, sia pure di carattere non vincolante.

In questo modo, specie nella percezione generale - che in questo momento più che mai assume un rilievo fondamentale - e, verrebbe da dire, su un piano non meramente formale dei rapporti tra le fonti, ma anche sostanziale, il Parlamento riacquisterebbe quel ruolo di controllo e di indirizzo sull'operato del Governo che è proprio delle moderne democrazie parlamentari.

Se però si cambia la prospettiva di analisi e si assume a punto di riferimento non il principio di legalità in senso formale, ma il principio di legalità in senso sostanziale, inteso cioè come chiara predeterminazione normativa dei presupposti e dei limiti dell'esercizio del potere, il decreto in conversione non risolve i problemi che già erano emersi in passato, ma anzi li ripropone.

Infatti, l'art. 1, c. 2, lett. b), del d.l. in esame (prorogando il termine di cui all'art. 3 del d.l. 16 maggio 2020, n. 33 - ossia, il decreto che aveva avviato la cd. "fase due" dell'emergenza -) estende al 31 gennaio 2021 il termine di applicazione delle misure di contenimento della diffusione del COVID-19, delle sanzioni e dei controlli colà previsti. Sicché, viene estesa anche la durata temporale della previsione di cui all'art. 1, c. 14, del d.l. 33/2020 concernente l'adozione di protocolli o linee guida da parte dalle Regioni (o della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome), nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali, onde prevenire o ridurre il rischio di contagio nello svolgimento di attività economiche, produttive, sociali.

Ora, è ben noto che l'insieme di queste linee guida, protocolli, atti non normativi di carattere generale ha creato non pochi problemi interpretativi, contraddizioni, incertezze circa la disciplina in concreto applicabile (già solo il d.p.c.m. del 17 maggio 2020, adottato in esecuzione del d.l. 33/2020, conteneva più di 120 pagine di allegati). E questo, a tutto discapito proprio dell'esercizio di quelle attività produttive ed economiche che, viceversa, in un momento come questo dovrebbero essere massimamente sostenute ed agevolate.

Tutto ciò si è poi tradotto altresì in una assoluta indeterminatezza dei presupposti per l'esercizio della funzione sanzionatoria amministrativa (da 400 a 1000 Euro) prevista dall'art. 2 del d.l. 33/2020: questione, questa, che è già stata affrontata proprio in sede di conversione di tale decreto che oggi viene prorogato.

È evidente che la formale previsione del potere sanzionatorio in una fonte primaria (il d.l. 33/2020) non risolve i problemi di contrasto con il principio di legalità sostanziale quale riaffermato costantemente dalla Corte costituzionale con riferimento alle misure restrittive della sfera giuridica soggettiva (sent. 115/2011) e quale ricavabile oramai con certezza anche dalle fonti sovranazionali (cfr. l'art. 7 CEDU che richiede non solo una

predeterminazione dei profili costitutivi della pretesa sanzionatoria, ma implica una effettiva prevedibilità e conoscibilità della regola da seguire.

II. *Principio di sussidiarietà (verticale e orizzontale)*

L'art. 1, c. 2, lett a), del decreto legge modifica il d.l. 33/2020 limitando fortemente il potere delle Regioni di adottare, nelle more dell'adozione dei Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, misure che derogano in senso ampliativo a quelle introdotte con d.p.c.m. su tutto il territorio nazionale: in particolare, eventuali misure meno restrittive possono essere adottate dalle Regioni solo d'intesa con il Ministro della salute e comunque nel rispetto dei criteri dettati dai d.p.c.m.

La recrudescenza della pandemia porta dunque con sé, e in qualche misura era prevedibile, un accentramento dei poteri in capo al Governo centrale, una attrazione delle funzioni amministrative al centro.

Per valutare la scelta di limitare il potere di intervento delle Regioni al solo versante restrittivo può essere utile riferirsi alla legittimazione di cui sono forniti gli organi politico-rappresentativi, i quali possono limitare i diritti dei soggetti presenti nel loro territorio in virtù del rapporto di rappresentanza che li lega con la comunità di riferimento.

Rispetto a una epidemia a rapida diffusione come quella causata dal COVID-19, l'eventuale possibilità concessa alle Regioni di allentare liberamente i vincoli adottando (sia pure solo in via provvisoria) misure meno restrittive sul proprio territorio rischierebbe di ripercuotersi sui cittadini e sul sistema sanitario di altre Regioni. Sicché, in questa prospettiva, lo Stato deve intervenire per es. per garantire che i cittadini di una data Regione non impattino negativamente sul sistema sanitario di altre Regioni.

La corrispondenza in via di principio tra a) membri della comunità rappresentata e b) soggetti chiamati a sopportare le conseguenze delle deliberazioni degli organi rappresentativi è infatti un principio comune alla generalità delle democrazie costituzionali, di particolare rilievo nelle dinamiche degli ordinamenti multilivello e spesso attestato anche dalla giurisprudenza delle Corti costituzionali e supreme. Lo afferma con grande chiarezza – lo si dice a mero titolo di esemplificazione – la Corte suprema degli Stati Uniti, laddove si trovi a valutare le normative degli Stati federati che dispieghino effetti sui cittadini di altri Stati della Federazione, per definizione esclusi dal processo politico che ha portato all'adozione della legge scrutinata¹.

Tuttavia, il principio di sussidiarietà - che opera, come è noto, come un "ascensore" - va altresì coniugato con i principi di adeguatezza e di differenziazione. Con riferimento al primo, cioè all'adeguatezza, occorre ricordare che l'attribuzione di funzioni amministrative ai livelli inferiori di governo (dunque, alle Regioni quando adottano misure più restrittive, ma anche ai Comuni) deve andare di pari passo con la sussistenza di strutture adeguate (per es., per esercitare i controlli sull'attuazione delle misure restrittive imposte).

Al di là dei "rapporti verticali" tra livelli di governo, la recrudescenza della pandemia solleva però altresì un problema di "rapporti orizzontali" tra cittadini e Istituzioni: è evidente che in una situazione quale quella attuale il diritto è importante ed è essenziale che gli strumenti giuridici siano resi il più possibile efficaci (per es., come dicevo,

¹ Per es., in materia di rapporti economici e di regolazione ad opera dello Stato federato dei prodotti venduti nel proprio territorio, cfr. *Hunt v. Washington State Apple Advertising Comm'n*, 432 U.S. 333 (1977).

potenziando la legalità complessiva dell'azione amministrativa volta a contrastare e a gestire l'emergenza).

Tuttavia, anche i comportamenti individuali di chi sta al governo e di chi sta all'opposizione possono incentivare ciascun cittadino a dare il proprio contributo nell'ottica di una piena attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale che veda i cittadini operare non "al posto" delle Istituzioni, ma insieme a queste ultime.

Si pensi, per es., all'app Immuni, la cui installazione è prevista su base volontaria e che appunto richiede, per funzionare, la collaborazione di ogni cittadino.

A questo riguardo, il d.l. in discussione, all'art. 2, proroga di un anno il termine finale per l'utilizzo di tale piattaforma, prevede che la stessa divenga operativa anche a livello transfrontaliero e stanziando nuovi fondi per la gestione, la manutenzione e il funzionamento della stessa. Si tratta di misure senz'altro importanti, ma occorre probabilmente fare uno sforzo maggiore, sia sul piano della informazione dei cittadini per incentivarli all'installazione della app, sia affinché gli strumenti tecnologici messi a disposizione dalla Repubblica siano il più possibile fruibili e non discriminino cittadini che non dispongono di apparecchi telefonici di ultima generazione.

III. Giustizia amministrativa e altri giudici speciali

L'art. 1, c. 3 del decreto-legge in esame prevede la proroga al 31 dicembre 2020 di una serie di disposizioni legislative già contenute nell'All. 1 al d.l. 30 luglio 2020, n. 83 (che aveva prorogato al 15 ottobre la vigenza di alcune misure connesse con lo stato di emergenza), e inserisce alcune nuove voci nel suddetto Allegato onde prorogarne la vigenza.

In particolare, viene inserito un nuovo numero *33-bis*, con il quale è disposta la proroga al 31 dicembre dei commi da 3 a 10 dell'art. 221 del d.l. 34/2020 (cd. Decreto Rilancio che aveva modificato l'art. 83 del d.l. 18/2020, cd. Cura Italia) concernenti, tra l'altro, *(i)* il processo telematico e le udienze da remoto nel processo civile e *(ii)* la partecipazione con collegamenti da remoto alle udienze penali da parte degli imputati in custodia cautelare o detenuti in carcere.

Segnalo, a questo riguardo, la mancanza di qualsiasi riferimento al processo amministrativo e tributario. Ferma restando l'importanza del principio di oralità, ciò non appare giustificato: è evidente, infatti, che se vi sono rischi sul piano sanitario per lo svolgimento in presenza delle udienze civili e penali, rischi analoghi sussistono con riguardo alle udienze delle suddette giurisdizioni speciali. Si suggerisce dunque di inserire in sede di conversione un riferimento alla possibilità di svolgere le udienze da remoto fino al 31 dicembre (o fino al termine dello stato di emergenza) anche con riguardo a queste ultime.

Per quanto concerne nello specifico le modalità di svolgimento delle udienze davanti al giudice amministrativo basterebbe prevedere che le stesse siano disciplinate dall'art. 4, c. 1, del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, come modificato dalla legge di conversione 25 giugno 2020, n. 70.

Vi ringrazio per l'attenzione.

Miriam Allena