

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

Fulvio Cortese

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. *Per e dopo la ripartenza*

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

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

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

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

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