

Decisori ed emergenze. Brevi considerazioni introduttive

di Michele Graziadei e Arianna Vedaschi

Nel primo quarto del XXI secolo, la tenuta delle democrazie occidentali è stata messa alla prova da continue emergenze di diversa natura. Il nuovo secolo è stato tragicamente inaugurato dall'attacco dell'11 settembre 2001 alle Twin Towers e la c.d. *war on terror* è stata la reazione degli Stati Uniti alla minaccia sferrata dal terrorismo internazionale di matrice jihadista. Con l'aggressione della Federazione Russa all'Ucraina anche la guerra in senso classico è tornata a colpire l'Europa nel febbraio del 2022, aggiungendo un nuovo scenario bellico ai vari già aperti alle diverse latitudini del globo. Due anni prima, nel 2020, la pandemia da Covid-19 si affiancava alle ricorrenti crisi economico-finanziarie attraversando in modo devastante il globo, mentre la crisi climatica, energetica e migratoria appaiono oramai cronicizzate.

Questa evidente proliferazione di situazioni emergenziali si è altresì intrecciata ad un ulteriore elemento di complessità: l'inarrestabile progresso tecnologico-digitale abbinato alla progressiva de-territorializzazione del diritto nazionale.

Dalla combinazione di tutti questi fattori sono derivate non marginali conseguenze sul piano della forma di Stato e di quella di governo. I diritti e le libertà personali, messe a dura prova nel frangente pandemico, hanno subito limitazioni di prim'ordine, come è avvenuto anche per effetto della "normalizzazione" dell'emergenza terroristica. Il mutato rapporto autorità-libertà va poi collegato a inedite dinamiche decisionali, che sottendono nuovi soggetti (o attori), chiamati ad affiancare il tradizionale decisore politico e ad "interloquire" con quello giudiziario. Da questa prospettiva, è di cruciale importanza studiare i processi decisionali che si sono sviluppati nei momenti di crisi, i loro attori e i metodi cui si affidano, così da valutarne la resa.

Gli articoli di questa sezione monografica tendono a questo scopo, vale a dire ad analizzare i "decisori" nei periodi emergenziali. In questa prospettiva, la scelta di utilizzare il termine "decisori" tra virgolette in apertura del discorso non è puramente stilistica, ma intende segnalare una riflessione critica sull'estensione del concetto stesso. Con esso non si fa riferimento unicamente ai soggetti istituzionalmente investiti del potere decisionale - governi, parlamenti, pubbliche amministrazioni - ma si includono anche attori meno tradizionali che, nei contesti emergenziali, influenzano in modo sostanziale i processi decisionali. Si manifesta l'esigenza

di problematizzare chi decide, come e con quali legittimazioni, soprattutto quando l’eccezione diventa regola e l’emergenza si stabilizza come categoria ordinaria di governo.

I contributi qui raccolti si focalizzano sulle trasformazioni dei processi decisionali durante le emergenze, con l’intento di individuare inediti paradigmi nella salvaguardia dei diritti.

In tale quadro, alcuni autori si sono concentrati sul ruolo svolto dalle corti durante la recente crisi sanitaria dovuta al Covid-19, allo scopo di valutare la capacità del decisore giudiziario di assicurare la tenuta dello Stato di diritto, bilanciando le esigenze della salute pubblica con quelle delle libertà e, dunque, sottoponendo a scrutinio le delicate scelte del decisore politico.

Il lavoro di Andrea Butelli è dedicato a un contesto poco esplorato. Nello studiare le dinamiche del controllo di costituzionalità dei Paesi del nord Europa, l’autore propone risultanze contro-intuitive. Contrariamente alle ipotesi teoriche, la ricerca di Butelli ha dimostrato che la più “attivista” tra le corti nordiche, cioè la Corte Suprema norvegese, è marcatamente deferente nella valutazione delle misure emergenziali, limitando il proprio scrutinio alla verifica formale della proporzionalità, senza spingersi a un sindacato sostanziale delle scelte dell’esecutivo e del legislativo. Invece, la Commissione costituzionale finlandese ha esercitato un controllo piuttosto rigoroso sulle misure adottate dal decisore politico, così da presidiare i limiti costituzionali. Su un piano generale, l’analisi di Butelli ha altresì dimostrato che il carattere non giurisdizionale dell’organo di controllo non comporta necessariamente una minore incisività nel preservare la legalità costituzionale. Anzi, su questa linea, l’indagine comparata si inserisce nel più ampio dibattito sulla tenuta dei modelli di *judicial review* e fa emergere come la distinzione tra controllo diffuso e quello accentrato si dissolva nella dimensione concreta dell’implementazione, così da delineare scenari più sfumati e dinamici rispetto alle classiche tassonomie teoriche di riferimento. In definitiva, l’effettività del controllo non deriva esclusivamente dalla struttura dell’organo preposto, ma dipende dall’interazione tra il contesto politico-istituzionale, le prassi interpretative e soprattutto dalla cultura giuridica. L’esperienza emergenziale ha quindi offerto un significativo banco di prova per rivalutare le categorie analitiche utilizzate per lo studio del controllo di costituzionalità, almeno nei sistemi nordici, rivelando una fluidità funzionale che fa premio sulle rigidità classificatorie tradizionali.

In relazione a ordinamenti ben più arati, Laura Arduini, Federico Falorni e Alessandra De Luca esplorano il ruolo delle corti statunitensi e inglesi. L’intento delle due ricerche è quello di mettere in luce la complessità tecnica delle questioni e, di conseguenza, delle valutazioni sottese alle misure di contrasto alla pandemia. Queste ultime, come è noto, hanno imposto limitazioni assai severe alle libertà e ai diritti individuali, che hanno chiamato le corti a pronunciarsi sulla legittimità delle medesime limitazioni. In questo quadro, i lavori di ricerca si sono focalizzati sul peso attribuito dai giudici alle evidenze scientifiche poste alla base di quelle misure restrittive. Inoltre, le indagini si sono pure confrontate con il tema dei lasciti della crisi sanitaria, giacché hanno verificato se e in quale misura si siano registrati cambiamenti strutturali nel modo di ragionare delle corti, ovvero se hanno cercato di cogliere le costruzioni argomentative destinate a superare il frangente dell’emergenza.

Più nello specifico, con un’attenzione particolare al profilo dell’interazione tra ragionamento giuridico e dato scientifico, Alessandra De Luca ha esaminato la giurisprudenza inglese e sottolineato la rilevanza decisiva del fattore tempo, in una duplice dimensione. L’autrice, da un lato, ha notato che il rimedio giurisdizionale si è rivelato scarsamente efficace in ragione del carattere provvisorio delle misure impugnate, non più in vigore nei pochi casi in cui veniva riscontrata l’illegittimità; dall’altro lato, ha sottolineato l’aumento progressivo dell’intensità del controllo esercitato dai giudici sull’attività del decisore politico. In particolare, dalle decisioni della High Court e dalla Court of Appeal in *Dolan*, il *leading case* in materia deciso nel 2020, emerge la sostanziale continuità con l’approccio di *self-restraint* giudiziario. Nonostante gli sviluppi sopra ricordati, esso aveva continuato a rappresentare la norma anche in tempi recenti con riferimento alle questioni altamente scientifiche e tecniche. Addirittura, la deferenza mostrata dalla Court of Appeal nella sentenza *Dolan* è tale da finire per vanificare di fatto qualunque controllo sulle misure del Governo. Nel caso *Gardner* deciso due anni più tardi dalla High Court, invece, il sindacato dei giudici si è spinto a valutare la coerenza tra i dati scientifici a disposizione e il contenuto della misura adottata, che all’esito di tale giudizio è stata ritenuta illegittima. Questo secondo tipo di sindacato meglio garantisce l’equilibrio tra l’esigenza di preservare la discrezionalità politica e quello di salvaguardare la legittimità dell’azione governativa, perché opera un controllo effettivo senza arrivare a utilizzare il processo per mettere in discussione la correttezza delle prove scientifiche poste a fondamento delle misure.

Sul versante statunitense, Laura Arduini e Federico Falorni indagano l’approccio delle corti distrettuali federali e della Corte Suprema, con riferimento alle prove fattuali e scientifiche. L’analisi svolta ha dimostrato il consueto approccio deferente dei giudici distrettuali verso l’*expertise*, mentre la Corte Suprema si è resa protagonista di un vero e proprio “cambio di rotta”, che si è risolto, almeno nella maggioranza dei casi, in un atteggiamento di discredito nei riguardi della comunità scientifica. Durante la crisi sanitaria, la Corte Suprema, nel disattendere le conclusioni delle corti distrettuali sulle questioni di fatto, ha altresì alterato l’impostazione classica, di regola adesiva, almeno sotto questi profili, alle decisioni dei giudici distrettuali.

Il decisore politico, oltretutto con le decisioni delle corti, si è confrontato con altri decisori, di livello transazionale e sovranazionale.

Il contributo di Giulia Toraldo è dedicato al decisore economico e mira ad analizzare l’evoluzione delle misure adottate dalla Commissione Europea in vari contesti emergenziali. L’applicazione delle deroghe al divieto di aiuti di Stato, previsto dall’art. 107 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), è diventata la prassi consolidata anziché un’eccezione. Toraldo ha esaminato l’evoluzione della disciplina degli aiuti di Stato a partire dalla crisi economico-finanziaria del 2008, per poi passare all’emergenza pandemica del 2020 e infine al conflitto in Ucraina iniziato nel 2022, e ne ha evidenziato la flessibilità. Secondo l’autrice, vi sono non marginali interrogativi sull’effetto di tale flessibilità sul *level playing field* che la limitazione dell’intervento pubblico nell’economia intende preservare. Alla luce di queste considerazioni, Toraldo riflette sia sulla necessità di una revisione della disciplina sugli aiuti di Stato, affinché risponda

adeguatamente alle nuove sfide economiche, sia sull’opportunità di un’unione fiscale europea, indispensabile per garantire una risposta efficace alle crisi future.

Gli altri articoli, benché da prospettive diverse, si muovono all’interno del dominio digitale, sempre affrontando il tema del ruolo dei diversi decisori nelle emergenze. In particolare, il lavoro di Silvia Siciliano ha analizzato l’impatto della pandemia di Covid-19 sull’evoluzione dell’*e-Government* in alcuni Stati membri. Nella sua analisi, la crisi sanitaria si attesta come un catalizzatore decisivo della transizione digitale della Pubblica Amministrazione (PA), imponendo una profonda rivalutazione sia dei modelli tradizionali di erogazione dei servizi pubblici, sia del rapporto tra PA e cittadini. Particolare attenzione è dedicata ai principali atti normativi adottati a livello europeo durante e dopo la pandemia — tra cui il *Digital Markets Act* (DMA), il *Digital Services Act* (DSA), il *Data Governance Act* (DGA), il *Data Act* (DA) e la Direttiva NIS2. Tali novità hanno giocato un ruolo cruciale nel rafforzamento della sovranità digitale europea e nella ridefinizione della *governance* dei dati, ormai riconosciuti come risorsa strategica per l’azione pubblica.

Sempre relativamente al ruolo svolto dal decisore sovranazionale nelle emergenze, lo studio di Andrea Spaziani si è soffermato sul *Digital Services Act* (DSA) e sull’*Artificial Intelligence Act* (AIA), concernenti, tra l’altro, la diffusione della disinformazione *online* e la regolamentazione dello sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale (IA). L’analisi ha analizzato il diritto euro-unitario nell’intento di esaminare la legittimità delle misure previste per fronteggiare la crisi e, in particolare, il rispetto dei diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Nel caso del DSA, Spaziani ha rilevato che, sebbene l’applicazione delle disposizioni relative ai meccanismi di risposta alle crisi risulti circoscritta a eventi straordinari e di carattere emergenziale, la loro implementazione sembrerebbe contenere sfumature censorie, in netto contrasto con alcuni diritti; basti pensare alla libertà di espressione e di informazione. Per quanto riguarda invece l’*AI Act*, l’articolo si è concentrato sull’impiego dei sistemi di identificazione biometrica remota in spazi accessibili al pubblico. Tali sistemi, benché appartenenti alla categoria delle pratiche di IA vietate, risultano utilizzabili per le attività di contrasto esclusivamente in contesti emergenziali quali, ad esempio, la ricerca di persone scomparse o la localizzazione di individui sospettati di aver commesso un reato. Analogamente a quanto osservato in relazione al DSA, l’autore segnala che queste tecnologie destano perplessità in materia di tutela dei diritti fondamentali, giacché incidono sui principi di uguaglianza e non discriminazione. Da questa prospettiva, Spaziani ha sottolineato che la società cd. tecnologica ha creato una nuova dimensione della libertà, definita in dottrina “libertà informatica”. E in parallelo ha evidenziato la difficile sfida lanciata al decisore politico, chiamato a realizzare il migliore allineamento tra l’evoluzione giuridica e lo sviluppo tecnologico.

Ancora sul versante euro-unitario, Micol Ferrario, nell’analizzare il regolamento riguardante i contenuti terroristici *online*, ha sostenuto che, ferma l’importanza del Regolamento (UE) 2021/784 nella lotta contro la diffusione di materiale terroristico sul *web*, la normativa presenta diverse criticità, con specifico riguardo all’uso degli algoritmi. In particolare, nell’imporre la rimozione dei contenuti entro un’ora (al massimo) dalla

segnalazione da parte della competente autorità nazionale, il Regolamento obbliga, di fatto, gli *hosting service providers* ad affidarsi a strumenti automatizzati, quali il *machine learning*, l'*hashing* e il *natural language processing*; sicché la tecnica ha ruolo preponderante e in effetti determina la decisione. Lo studio ha messo in luce i numerosi rischi di natura giuridica, tecnica e finanche etica che derivano dall'applicazione di meccanismi automatici. Al fine di mitigare tali rischi e consapevole della loro utilità nella gestione di enormi volumi di contenuti, Ferrario ritiene necessario migliorare gli algoritmi di moderazione, al fine di ridurre i falsi positivi e negativi. L'autrice auspica una revisione effettuata da un operatore umano nei casi più complessi, affinché la rimozione del contenuto illecito sia basata su una comprensione adeguata del contesto in cui è stato pubblicato. Inoltre, le piattaforme dovrebbero fornire giustificazioni trasparenti per ogni rimozione, a garanzia di eventuali reclami. Infine, Ferrario ha considerato il diverso impatto delle regole sulle varie piattaforme, in ragione della loro capacità economica e tecnica. In definitiva, secondo l'autrice, solo attraverso un sistema di regole più equilibrato si potrà evitare che la lotta al terrorismo *online* comprometta i diritti degli utenti e l'effettiva concorrenza tra le piattaforme digitali.

Sempre con l'attenzione rivolta alla tecnologia e specificamente ai veicoli comandati da remoto, ma con riferimento al contesto bellico ucraino, Lidia Bonifati ha rimarcato l'uso sempre più massiccio dei droni a scopi non solo militari, ma anche civili e umanitari. In particolare, l'analisi sviluppata ha evidenziato la versatilità dei *tools* in parola. La ricerca di Bonifati ne ha poi esplorato l'uso nelle missioni umanitarie, che sembrano trasversali, giacché interessano disastri naturali, si pensi ad Haiti e alle Filippine, ma anche contesti di conflitto, come nella Repubblica Democratica del Congo e appunto in Ucraina. Nel suo lavoro, a fronte delle indubbie potenzialità, l'autrice rileva le principali criticità riguardanti l'uso di droni umanitari. L'enorme quantità di dati raccolti durante le missioni e il partenariato tra i settori pubblico e privato pongono notevoli sfide al decisore politico sia sul piano della compatibilità con i principi del diritto umanitario e della tutela dei dati personali e della *privacy*, sia per il rispetto del principio di trasparenza e di *accountability*. A fronte di ciò, Bonifati ha sottolineato l'estrema frammentazione del quadro giuridico di riferimento e ha suggerito di mutuare l'esperienza europea dell'*AI Act* per garantire il rispetto dei minimi standard di trasparenza e di tutela dei diritti propri del costituzionalismo.

In definitiva, gli otto contributi raccolti in questa sezione offrono uno spaccato articolato e multidimensionale del ruolo assunto dai diversi decisori nei contesti emergenziali. L'eterogeneità delle crisi analizzate - sanitarie, belliche, economiche, tecnologiche - testimonia la crescente complessità del governo dell'emergenza, che ha finito per ridefinire tanto gli equilibri tra i poteri quanto le logiche stesse della decisione pubblica. Le trasformazioni osservate non si esauriscono nella sola dimensione normativa o istituzionale, ma coinvolgono anche piani meno visibili, come quello della cultura giuridica, della fiducia nelle istituzioni e del rapporto tra diritto e scienza.

L'interazione fra decisore politico, giudiziario, tecnico e scientifico impone dunque una riflessione più ampia sul significato stesso della legalità in tempi di crisi. Emergono nuovi attori, sia sul piano interno, sia sul piano internazionale, nuovi strumenti e nuove categorie che mettono in

discussione le tradizionali tassonomie della teoria costituzionale e della *governance* pubblica. Le emergenze, in questo senso, non rappresentano soltanto una parentesi temporanea, ma si configurano sempre più come dispositivi ordinari di gestione, capaci di produrre effetti durevoli oltre il momento eccezionale.

Comprendere tali trasformazioni, così come interrogarsi sulla tenuta dei principi democratici e sul destino dei diritti fondamentali, è necessario perché solo a partire da un’analisi consapevole dei mutamenti intervenuti nei processi decisionali sarà possibile costruire risposte più eque, trasparenti e resilienti, all’altezza delle sfide che il presente e il futuro ci pongono.

Michele Graziadei
Dip.to di Giurisprudenza
Università di Torino
michele.graziadei@unito.it

Arianna Vedaschi
Dip.to di Studi Giuridici
Università Commerciale L. Bocconi
arianna.vedaschi@unibocconi.it

* I contributi raccolti in questo fascicolo si collocano nell’ambito del progetto PRIN2020 - prot. 2020M47T9C “Decision-Making in the Age of Emergencies. New Paradigms in Recognition and Protection of Rights”, finanziato dal Ministero dell’Università e della Ricerca e rappresentano rielaborazioni e approfondimenti sviluppati a partire dalle relazioni presentate dagli autori alla 10^a Conferenza Annuale della International Society of Public Law (ICON-S), svoltasi presso la IE Law School di Madrid nel luglio 2024.