

Poteri pubblici ed emergenza sanitaria: i dislivelli di statalità

di Giacinto della Cananea

Abstract: Public powers and health emergency: the statehood gaps – The article addresses the different approaches of the main continental administrative systems (Italy, France and Germany) to the recent Covid-19 health emergency by highlighting the different measures and sources resorted to tackle the crisis. The analysis of the actions undertaken by policy-makers to ensure the timely supply of personal protective equipment and the guarantees that governmental authorities had to weigh against healthcare concerns offer instructive examples of those gaps of statehood that exist among the legal systems taken into consideration.

Keywords: administrative State; state of emergency; rule of law; public powers; statehood.

1. Il problema

Dall'inizio del 2020, l'emergenza epidemiologica ha coinvolto tutte le regioni del mondo, tanto da essere riconosciuta dall'Organizzazione mondiale della sanità come pandemia¹. Ma lo ha fatto in tempi diversi, anche all'interno di aree fortemente integrate, come l'Europa. Ha avuto, quindi, conseguenze asimmetriche. Le ha avute anche perché l'emergenza epidemiologica è stata fronteggiata diversamente. Al di fuori degli schemi oltremodo astratti di cui spesso giuristi e politologi si avvalgono, fondati su modelli o "tipi" - le democrazie liberali, i governi ben amministrati pur se non liberali², i regimi autoritari - teorici, le modalità con cui i pubblici poteri hanno affrontato l'emergenza epidemiologica e la crisi economica che ne è scaturita variano in misura notevolissima anche all'interno di ciascuno di essi. Variano, segnatamente, all'interno di unioni di Stati ascrivibili alla composita specie delle democrazie liberali, come l'Unione europea; all'interno di Stati federali, come gli Stati Uniti d'America; all'interno di Stati con una consolidata struttura regionale, come l'Italia. Può essere di qualche interesse non solo per i giuristi, quindi, valutare l'azione dello Stato amministrativo in chiave comparata.

¹ OMS, comunicato dell'11 marzo 2020, in www.who.int.

² Per questa locuzione, J. Rawls, *The Law of Peoples*, Cambridge (MA), 1999, 4.

Ciò solleva una prima questione, sul piano del metodo. La questione è se, per comprendere i tratti comuni e distintivi tra gli ordinamenti considerati, si debba fare riferimento alla cornice giuridica o al modo in cui nella realtà effettuale essa conforma l'azione dei pubblici poteri. Nella fase meno recente della riflessione attorno alle forme di governo, a tratti è prevalsa l'opinione che si dovesse mettere in primo l'intrinseca qualità delle regole del diritto. In alternativa a questa opinione, ha riscosso adesioni l'orientamento compendiato nel noto aforisma di Alexander Pope, secondo cui "*for forms of government, let fools contend. Whatever is best administered is best*". Entrambe le scuole di pensiero presentano vantaggi e inconvenienti. Porre a raffronto il disegno degli istituti giuridici può tornare utile per delineare modelli generali o ideali, ma è di minor ausilio per chi cerchi di comprendere le ragioni dei successi e degli insuccessi delle nazioni e deve, quindi, interrogare i fatti.

La seconda questione concerne la scelta dei fatti. Nella consapevolezza che ogni scelta è opinabile, può essere di qualche utilità motivare quella effettuata. L'analisi verterà, anzitutto, su due volti dello Stato amministrativo, a seconda che esso ordini o vieti determinate condotte dei consociati nel loro interesse oppure li protegga dai rischi cui sono esposti, nonché dalle conseguenze non intenzionali delle misure prese per fornire tale protezione. Alla misura di tale distinzione, che da noi emerge nelle varie prescrizioni dell'articolo 32 e più in generale nell'intera prima parte della Costituzione, può farsi utilmente risalire un principio di specializzazione per categorie istituzionali, per vocazione operativa e attrezzatura tecnica degli apparati pubblici. Verrà fatto riferimento, inoltre, a un valore condiviso dalle democrazie liberali dell'Europa unita, lo Stato di diritto. È in relazione a questi aspetti che saranno considerati i "dislivelli di statalità"³ emersi nella gestione della crisi, in Italia e negli altri due principali sistemi amministrativi europei, la Francia, la Germania, pur se non mancheranno richiami ad altri Paesi. Non è superfluo sottolineare fin da ora che sui profili esaminati occorreranno ulteriori, accurate verifiche, che tengano conto, oltre che degli atti giuridici dei pubblici poteri, delle prassi seguite e della cultura.

2. Stato amministrativo ed emergenza

È opportuna un'avvertenza riguardante la locuzione "emergenza". Essa designa una circostanza imprevista nel suo particolare modo di manifestarsi, cioè al momento e all'intensità, ma non come *genus*. Anzi, gli ordinamenti dei pubblici poteri da molto tempo si attrezzano proprio per prevenire una varietà di emergenze, indotte dalle forze della natura o dall'insorgere di nuovi morbi

³ Degli indicatori o "tratti caratteristici" utilizzati da S. Cassese, *Lo Stato introvabile*, Roma, 1998, 89, verranno qui considerati soprattutto il ruolo dello Stato rispetto al cittadino, la distribuzione del potere di stabilire prescrizioni e il rapporto dello Stato con la società e l'economia.

oppure dall'intrecciarsi di azioni umane più o meno intenzionali. Un buon esempio è fornito dalla clausola di solidarietà stabilita dall'articolo 222 TFUE. Essa ribadisce la vocazione delle istituzioni dell'Unione ad agire congiuntamente agli Stati per fare fronte alle catastrofi naturali o agli attacchi terroristici. Non vale, perciò, come esimente l'affermazione ricorrente dell'imprevedibilità di un determinato evento, naturale o umano. Non a caso, gli Stati ordinati si dotano di appositi istituti volti ad assicurare la protezione della società dai rischi derivanti da tali eventi, istituti che da noi si vorrebbero congegnati in un apposito 'sistema' della protezione civile.

Il rapido diffondersi di altri morbi, di rado classificati come pandemie, nell'ultimo secolo e segnatamente nell'ultimo quindicennio, doveva indurre quanti assumevano responsabilità di governo ad adottare per tempo opportuni accorgimenti. La Corea del Sud - appartenente all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, al pari della Francia, della Germania e dell'Italia - vi ha provveduto. Ha potuto, quindi, mettere a regime appropriati metodi telematici di rilevazione dei movimenti di persone, così da evitare il *lockdown* e da essere in grado di tenere regolarmente un'elezione presidenziale, mentre in Francia si è svolto soltanto il primo turno delle elezioni locali e in Italia le elezioni regionali sono state rinviate all'autunno.

Infine, per comprendere le reazioni all'emergenza, non basta fare riferimento all'esistenza di specifiche disposizioni costituzionali, occorre considerare l'ordinamento giuridico nel suo complesso. Ciò richiede di tenere conto sia delle norme di grado inferiore, come la legislazione sulla profilassi, che da noi ha una precisa rilevanza costituzionale (articolo 117, secondo comma, lettera q), sia dei principi costituzionali non scritti, nella loro declinazione attuale. Segnatamente, nessuno può negare il rilievo del principio riassunto nella massima *salus rei publicae suprema lex esto*, ma una coscienza giuridica almeno consapevole dei mutamenti intervenuti dopo il 1945 non può certamente interpretarlo alla stregua di un Vattel⁴.

3. Lo Stato “di polizia”

Il primo versante su cui confrontare le misure prese per fronteggiare l'emergenza sanitaria è quello delle funzioni di ordine. La loro importanza è evidente in una fase in cui i governi sono stati indotti ad assumere misure urgenti e significative, senza precedenti in tempi di pace. Lo è anche per il riemergere, a tratti, d'una visione paternalistica dei bisogni degli individui e delle varie formazioni sociali in cui essi agiscono, una visione coerente con l'impostazione di Vattel⁵, ma valutata criticamente dai maestri del diritto amministrativo pubblico tra Otto e Novecento, i quali segnarono i limiti di

⁴ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains* (1758), § 61.

⁵ E. de Vattel, *Le droit des gens*, cit., capitolo VI (sulla “saggia amministrazione”).

quel che, con espressione polemica, fu detto il *Polizeistaat*⁶. Tali funzioni sono considerate in modo comparativo ed empirico, distinguendo il profilo macro dal profilo micro. Il primo concerne l'indirizzo politico-amministrativo generale determinato dagli organi costituzionali. Il secondo riguarda i poteri esercitati, segnatamente gli ordini rivolti alla generalità (i divieti di circolazione, anche sui trasporti pubblici, e di assembramento, nonché la chiusura di tutti gli esercizi commerciali, tranne specifiche categorie) e i provvedimenti individuali (il divieto di circolazione per le persone contagiate, le sanzioni amministrative).

Allorché nel 2020 l'emergenza epidemiologica si è manifestata in Europa, non vi è stata una visione condivisa. Per un verso, alcuni Stati (Regno Unito, all'inizio, e Svezia) hanno temuto che dall'adozione di ordini aventi portata generale potessero derivare conseguenze eccessive, sproporzionate; hanno ritenuto che, malgrado la gravità dell'infezione, gli interessi della collettività potessero essere meglio tutelati da ordini rivolti a soggetti determinati, accompagnati da raccomandazioni rivolte alla generalità dei consociati, per scongiurare determinate condotte. Per un altro verso, gli Stati presi in considerazione in questa sede (Francia, Germania e Italia) e altri (Spagna) hanno adottato ordini generali volti a inibire l'esercizio d'una serie di diritti costituzionalmente garantiti. Per un altro verso, ancora, non è mancato chi ha ritenuto insufficiente questo pur ampio armamentario e ha chiesto a gran voce e ottenuto i "pieni poteri" (Ungheria).

Tuttavia, non appena si considerano più da vicino le misure prese all'interno del secondo gruppo di Stati, ci si rende conto che essi hanno proceduto in modo diverso in rapporto al tempo, al dosaggio tra vari tipi di misure volte a proteggere la salute di tutti, all'intensità degli effetti per gli altri interessi costituzionalmente protetti. L'Italia è stato il primo Paese europeo a dichiarare lo stato di emergenza in conseguenza dell'accertamento del rischio sanitario connesso con la nuova infezione (delibera del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020), ad adottare divieti generalizzati di utilizzare i trasporti aerei, a disporre molte altre e ben più stringenti limitazioni alla libertà di circolazione e di riunione e al diritto alla *privacy*. Lo ha fatto, per di più, non senza incertezze e contraddizioni. Lo stato di emergenza è stato dichiarato in base alla disciplina della protezione civile, invece che alla disciplina sanitaria. La confusione è stata accresciuta da una normazione di fonte governativa, complessa e stratificata, a partire dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6. Le autorità francesi all'inizio hanno ritenuto necessari e sufficienti tre tipi di misure: le raccomandazioni rivolte ai cittadini affinché limitassero i propri movimenti; le misure restrittive delle libertà di circolazione prese nei confronti di singoli e gruppi (quanti erano arrivati da Wuhan; quanti si trovavano su alcune navi di crociera); gli ordini di chiusura di vari tipi di luoghi pubblici o aperti al pubblico. Solo in un momento

⁶ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1894), tr. fr. dell'A. *Le droit administratif allemand*, Paris, 1904, vol. II, 4 (per la distinzione tra polizia di sicurezza e di prosperità) e 7 (per la contrapposizione tra Stato di polizia e Stato di diritto).

successivo, hanno emanato divieti generalizzati, all'interno d'una nuova cornice giuridica, detta *état d'urgence sanitaire*. Le autorità tedesche hanno inizialmente ritenuto sufficienti gli obblighi d'identificazione nei confronti di determinati soggetti e i controlli. D'altronde, la normativa del 2001 sulla protezione dalle epidemie attribuisce agli organi di governo la potestà di limitare alcune libertà costituzionali, mentre misure a più raggio possono essere prese in base alla legislazione del 1968 sullo stato di emergenza. Non sono mancati, in seguito, ordini e divieti aventi efficacia generale.

Le diversità risultano viepiù evidenti nella prospettiva micro. Quanto alla competenza, la normativa italiana che assegna un ruolo primario al Ministro della salute (legge 23 dicembre 1978, n. 833) è stata di fatto disapplicata. Numerosissime regole sono state stabilite mediante decreti del Presidente del Consiglio dei ministri. Per effetto di quelle regole, lo Stato e gli altri pubblici poteri si sono ingeriti in ogni campo della società e dell'economia. Se lo abbiano fatto riuscendo a proteggere gli interessi che motivano tale ingerenza, è da vedersi. Sull'adeguatezza delle modalità con cui lo hanno fatto, vi sono fondati dubbi. Per carità di Patria, è meglio soprassedere sugli obblighi di attestazione imposti a sessanta milioni di cittadini, che vi hanno dovuto assolvere come se si trovassero ancora nel secolo precedente. Anche in Francia, sono state le autorità centrali ad adottare le misure limitative delle libertà individuali e collettive, con una successiva recezione legislativa, ma con un intervento ben più incisivo, probabilmente grazie anche alla ferma vigilanza esercitata dal Consiglio di Stato, su cui si tornerà più avanti (al § 6). In Germania, invece, la competenza legislativa e amministrativa è dei *Länder*, ed essi l'hanno esercitata, non senza richiami del governo centrale alla necessità di assumersi responsabilità, raccomandazioni riguardanti questioni specifiche e azioni volte ad assicurare il coordinamento.

Quanto all'ampiezza dei poteri esercitati, giova confrontare il decreto-legge francese del 16 marzo 2020, con il primo decreto-legge italiano (n. 6/2020). Il decreto francese ha vietato del tutto gli assembramenti di persone; ha disposto un divieto non assoluto rispetto alla libertà di circolazione, consentendone l'esercizio per effettuare acquisti di prima necessità e per recarsi al luogo di lavoro, per le attività indifferibili; ha delimitato i propri effetti ai successivi due mesi. Il decreto italiano ha attribuito poteri amplissimi (divieto di allontanamento o d'ingresso relativamente ai territori comunali, sospensione di viaggi, di servizi, chiusura di esercizi commerciali) a non meglio precisate "autorità competenti"; ha dimezzato i termini per i controlli preventivi di legittimità che la Costituzione attribuisce alla Corte dei conti, dichiarando nel tempo i provvedimenti sottoposti al controllo "provvisoriamente efficaci, esecutori ed esecutivi" (articolo 3, sesto comma); ha comminato, in caso d'inosservanza, la sanzione penale prevista dall'articolo 650 del codice penale. Quest'ultima scelta è tra le più controverse e tra le più divergenti rispetto ai principali partner europei. Infatti, in Francia sono state previste sanzioni di tipo

pecuniario e altrettanto si è disposto in Germania, dove peraltro i vari *Länder* le hanno diversamente configurate nell'ammontare. Forse non a caso, l'intero decreto – tranne alcune disposizioni – è stato abrogato dal successivo decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19.

4. Lo Stato come dispensatore di beni

Ci si può chiedere se le analogie e le differenze concernenti le funzioni di ordine trovino riscontro relativamente all'insieme di funzioni ascrivibili allo Stato che dispensa beni, come i dispositivi di protezione e le sovvenzioni individui e imprese⁷. Al di là delle differenze di stile e di qualche eccesso di tono (il “*nous sommes en guerre*” del Presidente francese), vi sono evidenti analogie tra gli indirizzi enunciati nei discorsi ufficiali. Tutti hanno richiamato l'interesse della nazione e il principio di solidarietà, prendendo impegni a tutela dei meno abbienti. Anche la necessità di superare i limiti storici di cui l'azione dell'UE soffre è stata condivisa. Due aspetti del discorso pronunciato dalla Cancelliera al *Bundestag* il 23 aprile 2020 meritano di essere richiamati. Il primo rivela un modo almeno aggiornato di concepire l'interesse nazionale: “per la Germania riconoscersi nell'Unione europea è parte della nostra ragione di Stato”. Il secondo conferma l'*Europafreundlichkeit* sancita dalla *Grundgesetz*: “l'Europa non è l'Europa se non si è pronti a sostenersi gli uni con gli altri”. All'enunciazione delle buone intenzioni sono seguite iniziative concrete. Misure unilaterali aventi l'effetto d'impedire la libera circolazione di dispositivi sanitari (schermi facciali, indumenti di protezione) e macchinari sono state revocate. Pazienti in gravi condizioni sono stati trasferiti negli ospedali di altri Paesi. Iniziative multilaterali sono state proposte, pur se non ancora all'altezza di quanto è necessario⁸.

Avendo presente questa fondamentale unità d'intenti, l'insieme delle misure prese per dare nerbo alla solidarietà all'interno dei vari ordinamenti può essere riguardato alla luce di due semplici proposizioni: a) man mano che l'emergenza epidemiologica diviene più grave, si fa più sentito il bisogno di procurarsi i mezzi indispensabili per la protezione dei consociati, come i dispositivi sanitari di base, ma agisce in senso opposto la pressione competitiva esterna, per via dell'inevitabile rincorsa alle forniture; b) man mano che le misure, generali e individuali, limitative delle libertà producono i propri effetti, si fa più sentito il bisogno che lo Stato – a guisa di *deus ex machina* – dia il proprio supporto a strati sempre più ampi della società, proprio nel momento in cui la contrazione delle entrate fiscali conseguente a quelle misure lo priverà dei mezzi ordinari.

⁷ G. Corso, *Lo Stato come dispensatore di beni. Criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Sociologia del diritto*, 1990, 109.

⁸ M. Draghi, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, in *Financial Times*, 25 marzo 2020.

Ovunque, tanto nei Paesi qui considerati quanto in altri, la fornitura dei dispositivi sanitari di base (guanti, mascherine, visiere, camici, disinfettanti) ha incontrato difficoltà. Basta scorrere i quotidiani tradizionali e i siti internet per accorgersi che le medesime difficoltà sono sorte dappertutto, pur se in momenti diversi e con variabile intensità. Esaminando le soluzioni escogitate per farvi fronte, trova conferma l'ipotesi di lavoro che, nella gestione della crisi, siano emersi i dislivelli di statalità riguardanti, oltre all'assetto istituzionale, la cultura amministrativa, l'atteggiamento complessivo dello Stato verso i cittadini e le imprese. In Italia, i *policy makers* avrebbero potuto servirsi della base legale fornita dalla Costituzione in ordine alla profilassi internazionale, ma non lo hanno fatto. Hanno però imposto un regime di vincoli univoci ad aree in sé diverse e diversamente coinvolte dall'emergenza epidemiologica. All'opposto, in Germania il governo federale ha svolto un'opera di stimolo e di coordinamento. Le diversità tra i *Länder* si sono manifestate in rapporto sia alla portata degli obblighi d'indossare dispositivi di protezione individuale (sui mezzi di trasporto pubblico, negli studi medici, all'interno degli uffici postali e delle banche) e all'età in rapporto alla quale tali obblighi producono effetti, sia alla fornitura dei dispositivi, che solo nel *Saarland* è stata effettuata presso il domicilio dei cittadini.

Le diversità sono evidenti anche rispetto alla Francia. Basti considerare due atti ordinati alle medesime finalità, perseguite con diversi mezzi: l'ordinanza del Ministro della coesione territoriale francese del 6 maggio e l'ordinanza del "Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19" del 26 aprile. L'ordinanza francese è stata adottata da un organo ordinario dello Stato; si è prefissa lo scopo di coordinare l'azione dello Stato e degli enti locali; ha fornito a queste ultime un sostegno finanziario, nella misura del 50 per cento del costo degli acquisti effettuati o da effettuare nell'arco di un mese e nel limite di un prezzo di riferimento; ha definito indicazioni dettagliate sulla *mise en oeuvre*⁹. L'ordinanza italiana ha preso le mosse dal presupposto che all'autorità sia attribuito un ampio potere, di "attuare e sovrintendere a *ogni* intervento utile a fronteggiare l'emergenza sanitaria"¹⁰, e da un assunto, ossia che il prevedibile incremento della domanda delle "mascherine chirurgiche", divenute beni di primaria necessità, poteva comportarne un incremento del prezzo, ossia una "lievitazione ingiustificabile", tale da pregiudicare il più ampio accesso dei cittadini a tali beni. Per evitare che ciò accadesse, l'ordinanza ha disposto un intervento volto a calmierare i prezzi al consumo, stabilendo un "prezzo massimo raccomandato di vendita al consumo", pari a 50 centesimi, al netto

⁹ L'ordinanza è pubblicata sul sito https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/home/20006149-Contribution_de_l'Etat_aux_achats_de_masques_par_les_collectivites_.pdf.

¹⁰ L'ordinanza è pubblicata sul sito http://www.governo.it/sites/new.governo.it/files/CSCovid19_Ord_11-2020-txt.pdf.

dell'imposta sul valore aggiunto. Una volta allineate le disposizioni amministrative, è palese il divario. Di fronte al medesimo problema, nella patria di Jean-Baptiste Colbert il governo centrale ha fornito un sostegno finanziario agli enti locali per gli acquisti sul mercato, nella patria di Ferdinando Galiani l'autorità di governo, non ritenendo di sostituirsi al mercato nella produzione e distribuzione dei beni, ha fatto ricorso alla vecchia tecnica dell'inserzione automatica delle clausole nei contratti. Vi è stata, quindi, l'ablazione parziale della libertà d'iniziativa economica, in rapporto al prezzo. Ma, nella realtà effettuale, vi è stata anche un'immediata rarefazione dei beni assoggettati alla determinazione autoritativa. Non è una sorpresa, ovviamente: proprio l'abate Galiani – un “liberista da salotto”, *ante litteram* - aveva ammonito i legislatori a tenere conto delle leggi del commercio, al pari delle leggi della fisica¹¹. Nell'epoca attuale, i legislatori e quanti da essi traggono i propri poteri dovrebbero altresì tenere nel massimo conto l'articolo 3 A del Trattato sull'Unione europea, che invita a operare “conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza”.

I limiti di questo scritto non consentono di svolgere un'analisi altrettanto puntuale delle regole volte ad assicurare il sostegno finanziario dello Stato a quanti – imprenditori, professionisti, commercianti, artigiani, impiegati – hanno subito le ripercussioni negative delle misure prese per fronteggiare l'emergenza epidemiologica. I programmi economici predisposti dai tre governi nazionali concordano su alcuni obiettivi: difendere le attività economiche, di grandi e piccole dimensioni; utilizzare, a tal fine, i bilanci pubblici; incentivare le forme di lavoro a distanza; disincentivare e reprimere le condotte anticoncorrenziali e speculative. Quei programmi si differenziano però su tre punti cruciali: l'enfasi posta sugli interventi volti a sostenere le attività economiche rispetto all'erogazione di sussidi a favore di singoli e gruppi; le dimensioni finanziarie di tali interventi, considerate nel loro complesso; il momento a partire da cui gli interventi divengono operativi e, quindi, sono in grado di raggiungere gli obiettivi prestabiliti. Ovviamente, il *mix* degli interventi risente inevitabilmente delle diverse visioni sul ruolo dello Stato. È altrettanto ovvio che l'entità delle risorse destinate al rilancio dell'economia risente dello stato dei conti pubblici. Un Paese che aveva prima della crisi un più elevato debito pubblico dispone di minori margini di manovra, specie qualora si registrassero, rispetto ai piani e alle previsioni dell'anno precedente, minori avanzi primari di bilancio e più alti tassi d'interesse, oltre alle minori entrate fiscali. L'auspicio è che l'Unione europea possa destinare risorse finanziarie aggiuntive, esercitando la sua influenza affinché l'Italia le utilizzi per effettuare gli investimenti di cui vi è gran bisogno, anziché disperderli in mille rivoli¹². Quanto alla variabile temporale,

¹¹ F. Galiani, *Della moneta* (1751), Libro I, capo 2.

¹² Per una prima disamina, di segno prevalentemente critico, del decreto – legge 19 maggio 2020, n. 34, S. Cassese, *Di rilancio, le ombre sui tempi (e sui modi)*, in *Corriere della sera*, 13 maggio 2020; C. Cottarelli, *Manovra con misure difensive e a scadenza*, in *La Stampa*, 15

conta, e molto, la cultura amministrativa, la capacità di gestire i procedimenti in modo efficiente, senza che oneri ingiustificati gravino sugli interessati. Un'indagine comparata a questo riguardo è da compiere. Essa sarebbe di estremo interesse, aggiungerebbe una robusta dose di dati a un dibattito troppo focalizzato sugli stanziamenti delle risorse pubbliche, anziché su ciò che permette di farne buon uso.

5. Lo Stato di diritto

Forse fortunatamente non disponiamo di modelli pronti, che pretendano di indicare come debba intendersi lo Stato di diritto (*Etat de droit*, *Rechtsstaat*) in ciascun assetto istituzionale, per ciascuna fase del suo sviluppo storico. Pure, la riflessione giuridica, sistematizzando gli apporti della giurisprudenza nazionale ed europea, e meritevoli organismi transnazionali come la Commissione di Venezia offrono criteri di riferimento, indicatori, *best practices*, da non ignorare¹³. Può essere di qualche utilità richiamarne alcuni, per orientare la comprensione di talune vicende, per ricercare accostamenti e confronti. Le istanze dello Stato di diritto, qui enunciate in uno stile assertivo – di cui ci si scusa con il lettore – giustificato dall'esigenza di sintesi, includono almeno la previa determinazione legislativa dei poteri suscettibili d'incidere negativamente sui diritti riconosciuti e garantiti a livello costituzionale, la proporzionalità delle misure limitative di quei diritti, la possibilità che esse siano sottoposte al controllo giurisdizionale.

Quelle istanze si concretizzano, nei tre ordinamenti considerati, in una varietà d'istituti, in parte simili, in parte diversi. Le garanzie giurisdizionali sono simili, lo sono diventate vieppiù nella seconda parte del Novecento. Sia il regolamento (e, da noi, l'atto amministrativo generale) sia il singolo provvedimento sono atti autoritativi. Il giudice amministrativo è investito del compito di sanzionarne l'illegittimità, senza sindacare la valutazione di merito compiuta dall'autorità governativa o amministrativa. La pronuncia di annullamento elimina l'atto illegittimo dalla realtà giuridica, può essere affiancata dall'accertamento della sussistenza d'una responsabilità per il "danno ingiusto"¹⁴. I tratti distintivi attengono al sistema dei controlli e al ruolo del giudice costituzionale. Il sistema dei controlli è divenuto in Italia più ampio e articolato di quanto fosse all'inizio dell'ultimo decennio del Novecento. Ma per varie attività conserva controlli preventivi sulla legalità degli atti del Governo contenenti regole e, in alcuni casi, su atti contenenti decisioni o regolazioni contrattuali. Pochissimi altri Paesi ne dispongono. In Germania, il *Bundesrechnungshof* non ha attribuzioni di tipo giurisdizionale. L'ordinamento tedesco, invece, assegna al giudice delle leggi, il

maggio 2020.

¹³ Venice Commission, *Rule of Law Checklist* (2016), in www.venice.coe.int.

¹⁴ Per un'analisi comparata, G. della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, 2019, capitolo V.

Bundesverfassungsgericht (BVerfG), un controllo di costituzionalità che può essere attivato in via diretta, senza l'intermediazione di un giudice amministrativo, ordinario o tributario, nei confronti degli atti destinati a incidere su diritti fondamentali (*Verfassungsbeschwerde*).

L'intervento delle autorità governative in Italia è stato segnato, fin dall'inizio, da una serie di scelte discutibili. La dichiarazione dello stato di emergenza è stata fondata sulla normativa che disciplina la protezione civile (decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1). La questione principale che sorge è se la scelta di farvi riferimento sia rispettosa della Costituzione, che attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva in ordine alla profilassi internazionale. Anche ammettendo – in via d'ipotesi – che lo sia, resta da chiedersi se la logica di tale normativa sia adeguata. Gli articoli 7 e 24 del decreto legislativo autorizzano l'esercizio di “poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo”. La questione è se e fino a quale punto tali poteri straordinari possano introdurre ampie e pervasive limitazioni rispetto al godimento dei diritti fondamentali. Tale questione è resa più complicata dalla disposizione del decreto-legge n. 6 del 2020, che ha consentito alle autorità competenti di adottare, anche al di fuori dei casi previsti dall'articolo 1, “ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza”, dunque un potere non astretto dal principio di legalità e dai principi di nominatività e tassatività, che ne costituiscono i corollari. I volenterosi sostenitori della vecchia massima *necessitas non habet legem* diranno che non era possibile fare altrimenti. Tuttavia, l'analisi comparata mette in dubbio questo modo di opinare. Consideriamo alcuni interessi più da vicino: la libertà di culto, la libertà di circolazione e l'attività sportiva.

Per la libertà di culto, che da noi gode d'una esplicita garanzia costituzionale quanto all'esercizio in privato e in pubblico (articolo 19), la limitazione è stata disposta dal governo italiano nei termini più generali (articolo 1, secondo comma, lettera c, decreto-legge n. 6/2020). Anche in Francia, l'autorità governativa ha disposto una limitazione siffatta. Ma essa è stata impugnata da singoli cittadini e da associazioni, mediante l'istituto del *référé-liberté*, dinanzi al *Conseil d'État*¹⁵. Il giudice amministrativo, pur riconoscendo che le misure contestate potevano essere efficaci nel concorrere all'interesse generale alla tutela della salute, ha ribadito che esso doveva essere conciliato con gli altri interessi tutelati dall'ordinamento, come la libertà di culto. Ha agito, quindi, nella logica del bilanciamento, applicando il test di proporzionalità. Seguendo questa logica, ha ritenuto che l'interesse generale fosse suscettibile di essere perseguito tramite misure meno restrittive rispetto alla libertà di culto, anche alla luce della circostanza che il decreto governativo ammetteva assembramenti in altri tipi di luoghi aperti al pubblico. È così pervenuto alla conclusione che la limitazione governativa era sproporzionata e

¹⁵ Y. Gaudemet, *Droit administratif*, Paris, 2019, 21 ° ed., 101.

dava luogo a una violazione grave e manifestamente illegale della libertà di culto. L'osservatore esterno non si sorprende per la sensibilità mostrata dal giudice amministrativo d'uno Stato imperniato sul principio di laicità, sapendo che l'opera di tale giudice non è suscettibile di essere rappresentata univocamente come protezione delle prerogative dell'amministrazione¹⁶.

L'importanza che questo orientamento del giudice amministrativo francese riveste, dall'angolo visuale del rispetto della lettera e dello spirito d'una Costituzione correttamente riguardata alla luce dei trattati internazionali e segnatamente della CEDU, è confermata da un'altra pronuncia. Essa concerne la vigilanza mediante l'uso di droni, disposta dal prefetto di Parigi sulla base delle regole governative. Contestata da una serie d'individui e di associazioni finalizzate alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana, questa tecnica di vigilanza è stata sottoposta dal *Conseil d'État* a un rigoroso vaglio sotto i due profili connessi, ma distinti, della legalità e della proporzionalità. L'esito di tale vaglio non ha dato adito a dubbi. Il giudice amministrativo ha rilevato l'esistenza d'una "*atteinte grave et manifestement illégale ... à une liberté fondamentale*", anzi a più d'una, ossia la libertà di movimento e il diritto alla *privacy*. Ha ordinato l'immediata revisione delle regole esistenti e della linea di condotta seguita¹⁷. Si è mostrato consapevole, così, del monito di Tocqueville secondo cui "chi nella libertà cerca qualche altra cosa all'infuori di essa è fatto per servire"¹⁸.

Dal canto suo, il Tribunale costituzionale tedesco è intervenuto in ordine alle limitazioni delle libertà di circolazione e di riunione disposte per fronteggiare l'emergenza epidemiologica. Consapevole che le impugnative proposte avverso le ordinanze emanate dai *Länder* erano state respinte dai giudici ordinari e amministrativi, il *BVerfG* ha ritenuto non inammissibili – nella logica del principio di sussidiarietà – le azioni intentate in via diretta, ma in un primo momento ha ritenute che non si realizzassero i presupposti per dichiarare incostituzionali le ordinanze e le ha respinte¹⁹. In seguito, è pervenuto a una diversa decisione relativamente all'ordinanza dell'Assia che impediva l'esercizio del diritto di riunione malgrado l'impegno degli organizzatori di rispettare le regole sul distanziamento tra le persone²⁰.

Questi richiami essenziali agli orientamenti delle altre corti tornano utili per segnalare due equivoci a cui sono esposti i giuristi italiani. Il primo equivoco

¹⁶ Illuminante la discussione sul libro di A. Mestre, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration*, Paris, 1974.

¹⁷ *Conseil d'Etat*, ordinanza del 18 maggio 2020, n. 440442, *Association La Quadrature du net et Ligue de droits de l'homme*.

¹⁸ A. de Tocqueville, *L'ancien régime et la Révolution* (1856), libro III, capitolo IV, tr. it. *L'antico regime e la Rivoluzione*, Milano, 1996, 204.

¹⁹ *Bundesverfassungsgericht*, ordinanza del 7 aprile 2020, 1 BvR 755/20.

²⁰ *Bundesverfassungsgericht*, decisione del 15 aprile 2020, 1 BvR 828/20. Per una prima analisi, M. Kordeva, *Améliorer la santé au lieu d'affaiblir les droits fondamentaux?*, in *Revue générale du droit*, 2020, in www.revuegeneraledudroit.eu.

consiste nel ritenere che, per il solo fatto che vi è una legislazione che emana precetti aventi efficacia di tipo legittimante nei confronti di successivi atti dell'autorità pubblica, tali atti siano di per sé idonei a limitare l'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti. In un caso il giudice amministrativo è stato chiamato a pronunciarsi, la limitazione era disposta da un'ordinanza regionale e incideva non solo sulla libertà di circolazione, per la quale vi sono pur sempre le garanzie sancite dall'articolo 16 della Costituzione, ma finanche sulla libertà personale, dato che era "fatto obbligo a tutti i cittadini di rimanere nelle proprie abitazioni". Pure, il giudice ha ritenuto che si trattasse di una "limitata compressione della situazione azionata", astenendosi dallo svolgere un rigoroso vaglio di proporzionalità²¹. Il secondo equivoco consiste nel ritenere che l'esistenza d'una normazione primaria limitativa dei diritti fondamentali renda legittime ulteriori compressioni di quei diritti, da parte d'una qualsivoglia autorità locale. In realtà, le norme limitative dei diritti sono di stretta interpretazione. Questo basilare canone ermeneutico ha consentito al giudice amministrativo di mantenere separati, e quindi identificabili, gli interessi fondamentali non astretti dalle limitazioni consentite dalla legge²².

Consideriamo, infine, l'attività sportiva. Dopo che il decreto-legge n. 6 del 2020 ha vietato le manifestazioni sportive, è sorta la questione se nel divieto fossero incluse le attività sportive di tipo individuale. Un successivo decreto-legge non ha sciolto il dubbio, talché si è arrivati al punto che non un'autorità governativa, ma il capo di gabinetto del Ministero dell'interno ha diramato una circolare prendendo una posizione al riguardo. L'osservatore esterno può chiedersi se questo modo di procedere, nel complesso, sia adeguato. Altrove, non sono mancate incertezze, ma vi si è posto rimedio. In Francia, il dubbio sull'esatta portata delle prime misure adottate dall'autorità di governo è stato recepito dal *Conseil d'État*, questa volta nella più abituale sede del contenzioso e su richiesta d'una associazione di medici, preoccupati che le disposizioni non fossero sufficientemente chiare e rigorose. Pur escludendo che il Primo ministro e il Ministro della Salute fossero incorsi in una carenza palese e manifestamente illegale, il *Conseil d'État* ha ritenuto che una lesione dell'interesse generale vi fosse, per via d'una duplice circostanza: la limitazione aveva un tenore ambiguo e non impediva espressamente l'attività sportiva individual²³. Contrariamente alle vicende prima richiamate, il giudice ha applicato la legge con rigore, badando alla sua *ratio* sostanziale, di presidio dell'interesse generale. Ne risulta confermata, insieme alla competenza tecnica del giudice amministrativo francese, la sua funzione di garante del corretto equilibrio tra gli interessi individuali e generali.

²¹ TAR Campania, decreto 18 marzo 2020, n. 416.

²² TAR Puglia, sentenza 22 maggio 2020, n. 733 (in materia di attività di panificazione).

²³ *Conseil d'Etat*, ordinanza del 22 marzo 2020, n. 439674, *Syndicat Jeunes Medecins*, § 12 (con riferimento al "jogging").

L'analisi appena svolta in rapporto ad alcuni interessi protetti dagli ordinamenti nazionali e sovranazionali potrebbe essere ampliata, per includere altri interessi, ma non è detto che aggiungerebbe molto rispetto ai dati normativi e fattuali che emergono. Essi permettono di comparare, nell'adeguatezza, le tecniche di protezione dei diritti e i sistemi delle tutele. Si deve anzitutto riconoscere che questa emergenza ha imposto ai giudici di rendere giustizia in condizioni particolarmente difficili, finanche sul piano operativo. Detto ciò, bisogna pur dire – però – che i giudici italiani hanno mostrato una minore consapevolezza che, secondo la consolidata giurisprudenza delle corti europee, ordinanze e decreti delle autorità amministrative sono sostituiti molto imperfetti della legge. Soprattutto, hanno mostrato una minore consapevolezza della necessità di un corretto uso del test di proporzionalità. È probabilmente su un altro piano, quello culturale, che possono trovarsi gli opportuni accorgimenti. Sul piano istituzionale, il nostro sistema delle tutele, così spesso elogiato dai suoi protagonisti per l'ampiezza delle azioni esperibili, non sembra primeggiare. Pur se il giudice amministrativo francese è ben più imbricato di quello italiano nel potere esecutivo, esso ha dato e continua a dare prova almeno di una più evidente propensione a censurare l'esercizio del potere normativo e para-normativo da parte delle autorità amministrative. Pur se il sistema delle tutele tedesco è stato profondamente rivisto nel dopoguerra al pari del nostro, esso offre a chiunque abbia un interesse da tutelare o una protesta da insinuare un canale di accesso diretto al giudice costituzionale. Esso può essere prezioso, lo è stato sicuramente in questi frangenti.

6. Fatti, interpretazioni

A questo punto dell'analisi, i giudizi di risultato parziale finora esposti possono essere allineati, onde comporre un giudizio di risultato globale. Nei suoi termini essenziali, tale giudizio complessivo ci consegna l'immagine di un Paese in cui, nell'affrontare una crisi epidemiologica d'inusitata gravità, il potere esecutivo non si è servito, se non in parte, delle apposite norme esistenti, ma di altre e se ne è date di nuove, *ad hoc*, senza razionalizzarle con il concorso degli organi di consulenza e delle istituzioni rappresentative, come è accaduto altrove. Nel farlo, esso ha reso più confuso l'equilibrio tra i vari livelli di governo, purtroppo non razionalizzato dall'infelice riforma costituzionale del 2001, e ha inciso più del necessario e del consentito sui diritti fondamentali. Di fronte a problemi di breve periodo che si sono rivelati più gravi del previsto, quanto all'acquisizione e alla distribuzione dei dispositivi di protezione per tutti, ha mostrato sfiducia negli apparati ordinari, ricorrendo a commissari straordinari, senza – però – ottenere i risultati attesi. Di fronte a quei problemi, anche il giudice amministrativo, che nel frattempo era chiamato a risolvere problemi tutt'altro che lievi in ordine al rispetto dei principi basilari del processo, ha talvolta

vacillato, quasi a confermare lo scetticismo di Tocqueville sui giuristi²⁴, ma in seguito ha tenuto conto degli spazi di libertà che pur esistevano e che potrebbero essere meglio valorizzati nella logica della proporzionalità²⁵.

Oltre a ribadire la necessità di ulteriori, approfonditi raffronti, ci si può chiedere se, ove essi siano incentrati su altri temi e problemi, possano scaturirne giudizi di risultato parziale diversi, al limite opposti, rispetto ai risultati qui esposti. È un'evenienza che non è possibile escludere. Essa mostrerebbe che il sistema politico e amministrativo italiano, lungi dall'essere di guida ad altri, si colloca in una posizione all'incirca mediana: non tra i primi, non tra gli ultimi. Per raggiungere questo risultato, bisognerebbe – però - evitare di cedere a due *idées reçues*: una è la tendenza ad asserire che il tale problema è effettivo, ma è di gran lunga meno importante di un altro; l'altra è che ci si possa limitare ad affermare che la questione è “politica”, con ciò sottintendendo che essa è in buona sostanza sottratta a qualsivoglia razionale criterio di giudizio e di verifica *a posteriori*. Che lo faccia un personale politico singolarmente inesperto, in assenza di un adeguato *cursus*, e abituato a non allungare lo sguardo oltre il breve periodo, è un male; che lo facciano quanti, pur muovendo da eterogenei giudizi di valore e agendo con varietà di metodi, sono chiamati a riflettere proprio sui criteri di valutazione e sulle verifiche, sarebbe ancor peggio.

²⁴ A. de Tocqueville, *L'antico regime e la Rivoluzione*, cit., p. 264 (“vicino a un principe che viola le leggi, è rarissimo che non vi sia un giurista il quale assicura non esservi nulla di più legittimo”).

²⁵ Per un'analisi accurata, A. Stone Sweet & J. Mathews, *Constitutionality Balancing and Constitutional Governance*, Oxford, 2019.