

Considerazioni sulla scelta delle fonti del diritto per fronteggiare l'emergenza sanitaria del 2020

di Cesare Pinelli

Abstract: Remarks on the suitable sources of law to deal with the 2020 sanitary emergency –The paper inquires how Italian political institutions have coped with the Covid-19 emergency, on the ground of the restrictions of fundamental rights that have been provided on the whole territory of the State during the months of March, April and May 2020, as well as of the management of health care, where the division of competences between the central State and the Regions has engendered a series of troubles both for citizens and for doctors.

Keywords: Sanitary Emergency; Freedoms and Rights Limitations; Urgent and Contingent Measures; Relationship between State and Regions.

Non è ancora tempo di bilanci, ma a tre mesi di distanza dalla sua esplosione in Italia l'epidemia Covid-19 pone in ogni caso un interrogativo preliminare. Si è trattato di una emergenza tale da sconvolgere irreversibilmente il quadro della convivenza costituzionale, o tale da mettere in evidenza lo stato terminale delle malattie che lo contraddistinguono? L'interrogativo, come si vede, non è soltanto preliminare, è anche radicale, perché chi sia convinto della prima risposta dovrà impiegare argomenti e occuparsi di temi diversi da quelli di chi sia convinto della seconda.

Se guardiamo alla scelta delle fonti adoperate per farvi fronte, appare comunque difficile negare che l'emergenza abbia riproposto questioni molto risalenti. Non solo la normativa alluvionale che ne è derivata ha finito col riflettere un antico vizio, ma soprattutto la gestione disordinata e a tratti caotica delle fonti, a livello statale e regionale, ha messo più che mai a nudo l'endemica instabilità delle relazioni fra livelli di governo. E ciò, nonostante l'ampio ventaglio di interventi normativi in ipotesi di emergenza di cui gli organi di governo centrale dispongono da tempo e senza contestazioni di ordine giuridico: dalla normativa sulla protezione civile (d.lgs. n. 1 del 2018, recante "Codice della protezione civile", che riordina la disciplina intervenuta nel settore a partire dalla l.n. 225 del 1992), alla riforma sanitaria del 1978, là dove attribuisce al Ministro della sanità il potere di "emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni" (art. 32, primo comma, l.n. 833 del 1978), e al presidente della giunta o al sindaco il potere di emettere

analoghe ordinanze, ma con efficacia ovviamente limitata ai territori di rispettiva competenza (art. 32, terzo comma), senza contare la competenza esclusiva dello Stato a legiferare sulla “profilassi internazionale” (art. 117, secondo comma, lett. *g*), Cost.), così come il potere del governo di sostituirsi a organi regionali o di enti locali in caso di “pericolo grave per l’incolumità e la sicurezza pubblica” (art. 120, secondo comma).

Per dare conto del disordine accennato e ricercarne le ragioni, sarà bene anzitutto ricostruire l’accaduto. Tutto ha inizio con la delibera del 31 gennaio del Consiglio dei Ministri, la quale, per fronteggiare, come previsto dall’art. 7 del codice della protezione civile, “emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall’attività dell’uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d’intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell’articolo 24.”, dispone che si provveda “con ordinanze, emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico, nei limiti delle risorse di cui al comma 3”. L’intera disciplina risponde fin qui a quanto prevede la normativa sulla protezione civile.

Se però andiamo a leggere gli obiettivi che la protezione civile dovrebbe perseguire con quelle ordinanze – organizzazione dei soccorsi alla popolazione interessata, ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, attività di gestione di rifiuti e macerie, attivazione di misure economiche di immediato sostegno alla popolazione (art. 25 cod. protezione civile) –, ci accorgiamo che essi presuppongono calamità o altri eventi comunque già verificatisi, anziché un’epidemia da prevenire, nonostante la delibera del 31 gennaio si richiami espressamente alla “dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus (PHEIC) dell’Organizzazione mondiale della sanità” del giorno precedente.

Non a caso, quando l’epidemia comincia davvero a dilagare, cambia lo strumento normativo prescelto per provvedervi. Il 21 febbraio il Ministro della Salute adotta due ordinanze, una d’intesa con la Regione Lombardia e con efficacia limitata al territorio dei Comuni coinvolti dal focolaio, recante divieto di entrare e di uscire da tale territorio, l’altra estesa a tutto il territorio nazionale e relativa all’obbligo per le autorità sanitarie competenti di applicare la misura della quarantena. Queste ordinanze si fondano sul potere di ordinanza assegnato al Ministro dall’art. 32 della l.n. 833 del 1978, dunque su un quadro normativo del tutto diverso da quello della protezione civile.

Due giorni dopo il governo imbocca una terza strada, quella dei decreti-legge. Il primo e ai nostri fini più importante (d.l. n. 6 del 2020, conv. in l.n. 13 del 2020) attribuisce l’adozione delle “misure di contenimento” dell’epidemia, dettate solo esemplificativamente, a uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente della Regione eventualmente interessata o del Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome nel caso in cui riguardino il territorio nazionale, e solo nelle more dell’adozione di tali decreti

autorizza il ricorso a ordinanze regionali o locali di necessità ed urgenza, da comunicarsi al Ministro della salute entro ventiquattro ore dalla loro adozione a pena di perdita dell'efficacia.

Questo schema non è stato alterato dai numerosi decreti legge che da allora si sono susseguiti. In particolare, il d.l. n. 19/2020, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, si limita ad aggiungere (art. 3) che nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive tra quelle elencate nello stesso decreto legge, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale.

Le scelte del governo sono state talora spiegate col prevalere di una logica di accentramento e di speditezza di fronte a una normativa vigente inadeguata, perché pensata per emergenze di rilievo nazionale, ma non tali da pregiudicare la sicurezza di tutto il territorio nazionale. In effetti è verosimile che, di fronte a un rischio simile, il governo abbia preferito un apparato normativo accentrato, privo di interferenze territoriali. L'ipotesi non basta però a comprendere perché si sia passati dalla normativa sulla protezione civile a quella sull'emergenza sanitaria, e poi da questa ai decreti-legge accompagnati da una devoluzione di interventi puntuali a decreti del Presidente del Consiglio, trattandosi di fonti che riflettono tutte una tendenza all'accentramento di potere normativo.

Una delle ragioni può essere consistita nella percezione dell'inadeguatezza delle normative di settore dettate in riferimento a diversi tipi di emergenza (quella sulla protezione civile come quella sulla sanità) di fronte a un'epidemia che per aggressività e generalità di portata non era mai stata sperimentata in epoca repubblicana. Diventa così in parte plausibile un ricorso alla decretazione d'urgenza quale terza fonte su cui fondare, oltre a una compiuta assunzione di responsabilità politica dell'intero governo di fronte alle Camere e al Paese per le scelte adottate, la *reductio* al Presidente del Consiglio dell'autorità di governo competente all'adozione di decisioni all'altezza della generalità della sfida.

Se però solo di questo si trattasse, non ci spiegheremmo le altre e non meno importanti disposizioni dettate in ordine all'efficacia, "nelle more" dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio, delle ordinanze contingibili e urgenti dettate dalle Regioni anche quando recanti, dice in particolare il d.l. n. 19 del 2020, misure più restrittive di quelle previste a livello nazionale. Disposizioni che nascondono appena la generale sconnessione fra interventi statali e regionali (soprattutto ma non solo settentrionali), l'altissimo livello di conflittualità registrato nella vicenda e soprattutto la debolezza delle reazioni alle autonome decisioni di alcune Regioni. Che disposizioni simili siano state adottate con decreto legge, riflette proprio l'esigenza di fare ricorso a una fonte più elevata e perciò meno controversa delle ordinanze ministeriali d'urgenza. Nello stesso tempo, l'attribuzione di efficacia temporanea a ordinanze regionali adottate talvolta in

aperta ribellione agli indirizzi del potere centrale riflette l'illusione di poter contare su una sorta di sanatoria per spegnere i dissensi.

La debolezza dello Stato si è manifestata in una serie di occasioni nelle quali la trasgressione di norme costituzionali o di regole elementari di convivenza nazionale avrebbe richiesto reazioni ben più ferme, fino all'attivazione del potere sostitutivo in caso di "pericolo grave per la sicurezza o l'incolumità pubblica" (art. 120, secondo comma, Cost.).

E' evidente che se una Regione fa fare i tamponi e un'altra no, e nessuna adotta lo stesso criterio in proposito, il computo nazionale dei contagiati diventa del tutto arbitrario, così come lo diventano le percentuali dei deceduti e dei guariti sul totale dei contagiati. Il che rende erratica ogni definizione dei dati dell'infezione a livello nazionale, al di là delle pur note controversie tecniche sul tema, e con essa la stessa impostazione delle misure di contrasto della pandemia. Su una cosa del genere non c'è autonomia regionale sulla tutela della salute che tenga, mentre vengono messe a repentaglio da un lato la competenza statale esclusiva sul "coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale" (art. 117, secondo comma, lett. r)), e dall'altro e soprattutto sulla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (art. 117, secondo comma, lett. m)). Invece su questo punto preliminare ed essenziale le Regioni sono andate in ordine sparso, senza che nessuno le abbia fermate.

Certamente fuori dal quadro costituzionale e della convivenza nazionale è poi la chiusura del territorio regionale, decisa dalle Regioni Calabria e Basilicata e minacciata da altre. L'art. 120 Cost vieta infatti espressamente a ogni Regione di "adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni". Mentre la scelta dei Presidenti di quelle Regioni obbedisce a squallidi calcoli di popolarità. Anche qui, di nuovo, gli organi centrali non sono intervenuti, o sono intervenuti solo a parole.

In terzo luogo, le stesse limitazioni della libertà di circolazione, ed anche di riunione e di iniziativa economica, sono state oggetto di una specie di guerra delle ordinanze fra centro e periferia. Come abbiamo visto il d. l. n. 19 del 2020 ha alla fine stabilito che, fino alla data di adozione del decreto del Presidente del Consiglio, le limitazioni fissate a livello nazionale segnano un tetto di restrizioni al di sotto del quale non si può andare, mentre le Regioni possono disporre restrizioni maggiori. Il sistema del tetto minimo non è nuovo. Si adopera da tempo per es. in tema di inquinamento atmosferico, quindi in materia di ambiente, che è oggetto di competenza legislativa statale esclusiva, senza che la Corte abbia avuto nulla da obiettare. Ma possiamo accettarlo in riferimento alla libertà di circolazione per quanto riguarda luoghi (si pensi solo alle controversie sui parchi pubblici) o modi di misurare la distanza dall'abitazione di ciascuno? Ancora una volta no. Eppure ogni Regione ha progettato il suo "si salvi chi può" su cui lo Stato ha preferisce chiudere tutti e due gli occhi. Non fa che confermare la regola l'eccezione del

ricorso al giudice amministrativo avverso l'ordinanza del Presidente della Regione Calabria che aveva disposto la riapertura anticipata degli esercizi di ristorazione.

Questo non vuol dire che non possano esserci situazioni specifiche, non solo per quel che riguarda la gestione sanitaria dell'emergenza, ma anche per quanto attiene all'osservanza delle regole di limitazione della circolazione, che siano tali da richiedere risposte altrettanto specifiche. Se i Presidenti di Regione chiedono l'intervento dell'esercito per controllare quanti violano i divieti di circolazione, la loro richiesta può certo avere un senso, e trova un fondamento giuridico nel principio di sussidiarietà. Ma i casi prima riportati evocano un problema simmetricamente opposto, che sta a monte delle possibili trasgressioni anche di massa alla legalità: quello di come evitare una frammentazione di interventi regolatori che in casi di emergenza non determina solo sperequazioni fra cittadini in ragione della loro residenza, ma riduce notevolmente la portata dell'azione di governo.

Se è vero che i sistemi federali frappongono per definizione forti ostacoli all'efficacia di un'azione di governo unica e concentrata per fronteggiare una qualsiasi emergenza, molto dipende dal modo con cui si atteggiavano concretamente i rapporti centro-periferia. Ricordiamo bene, per esempio, che nel marzo scorso il Governatore dello Stato di New York impedì al Presidente degli Stati Uniti di chiudere la città di New York, così come molti altri episodi di conflittualità anche sociale verificatisi in quel Paese. Ricordiamo pure le decisioni prese dal Cancelliere federale tedesco a seguito di un'intensa concertazione coi rappresentanti di governo degli Stati membri. La lunga storia dei modelli di federalismo si è certamente fatta sentire molto nell'occasione, e con effetti tangibili e noti a tutti sulla rispettiva capacità di fronteggiare l'emergenza. Il che consente di cogliere meglio le caratteristiche di un sistema come il nostro, che associa un altissimo livello di conflittualità politica fra centro e periferia un assetto del settore nel quale l'organizzazione e la gestione dei servizi sanitari sono ormai da qualche decennio nelle mani delle Regioni, dove lo Stato può solo legiferare al riguardo e quindi, in presenza di una emergenza simile, non dispone di propri strumenti operativi.

Già la recente vicenda dell'obbligo di vaccinazioni aveva mostrato l'estrema debolezza dello Stato nel far valere le esigenze unitarie su un aspetto della tutela della salute di evidente competenza statale. Lo squilibrio fra lo Stato e le amministrazioni regionali, coperte e protette da Presidenti elettivi, si manifestò allora con la rinuncia a deliberare del primo, salva l'adozione tardiva di un decreto legge volto a fermare un improprio attivismo di talune Regioni, alla fine bloccato dalla Corte costituzionale (sent.n. 5 del 2018).

Di fronte a un'emergenza molto più dirompente, e soprattutto di portata amplissima, quella debolezza si è riproposta in misura corrispondente. Lo dimostra proprio il precario assestamento dell'assetto delle fonti, che ha cercato inutilmente di coprire l'impotenza di fronte a iniziative e pretese di parte regionale eccedenti il costituzionalmente disponibile, proprie più di repubblicette che di autonomie vissute nel quadro dell'unità repubblicana.

Si è soliti accusare il nuovo Titolo V di questo stato di cose. In realtà, più che introdurre un nuovo sistema, la legge costituzionale n. 3 del 2001 legittimò una tendenza a differenziare i modelli organizzativi regionali sulla tutela della salute che era già in una fase abbastanza avanzata, fermo il potere del parlamento di dettare i principi fondamentali in materia e di determinare i livelli essenziali delle prestazioni relative al diritto alla salute.

In effetti, a rileggere i primi commenti, si ha l'impressione che tutti ne fossero consapevoli. Solo che molti, compreso chi scrive, ritenevano che una tale dissociazione non fosse destinata a porre problemi una volta fissato l'obbligo per le regioni di erogare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali fissati con legge statale, o almeno confidavano nella idoneità della disciplina statale di principio a dettare regole sufficientemente uniformi anche in materia di organizzazione del servizio. Invece, mentre il condizionamento esterno sulle regioni è risultato estremamente penetrante per gli aspetti finanziari, nulla del genere si può dire per la scelta dei modelli organizzativi e dei criteri di gestione, avendo lo Stato rinunciato a legiferare in materia. In questo senso, le ricadute della legge costituzionale del 2001 si sono risolte nello stabilizzare lo *status quo* e con esso la differenziazione dei sistemi regionali.

Così stando le cose, occorrerà pensare a soluzioni che consentano allo Stato di intervenire comunque sul fronte amministrativo, senza perciò immaginare un ritorno all'accentramento nel settore della tutela della salute. Né servirebbe l'introduzione in Costituzione di una clausola di supremazia consistente nell'attribuire alla legge dello Stato di intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica o la tutela dell'interesse nazionale. Sarebbe una giustapposizione al quadro di competenze legislative che non toccherebbe gli apparati e i servizi regionali.

Appare in questo senso più congrua una soluzione che, per un verso ricorrendo al principio di sussidiarietà e per l'altro reinterprestando l'individuazione con legge nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni, individuasse funzioni amministrative statali di indirizzo sulla tutela della salute, e facesse poi leva sulla disposizione, lasciata nel testo per mancato coordinamento fra la l.cost.n. 1 del 1999 e la l.cost.n. 3 del 2001, secondo cui il Presidente della Giunta "dirige le funzioni amministrative delegate dallo Stato alle Regioni, conformandosi alle istruzioni del Governo della Repubblica" (art. 121, quarto comma, Cost.).

Una soluzione del genere richiederebbe comunque una contestuale definizione dei congegni, delle sedi e degli ambiti della cooperazione fra Stato e autonomie territoriali. Sono assai eloquenti l'assenza totale delle Conferenze registrata in questi mesi, come il pallido richiamo alla proposta dei decreti del Presidente del Consiglio a rilevanza territoriale nazionale da parte del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (d.l. n. 19 del 2020). Qui si coglie ancor meglio il vuoto istituzionale determinato dalla politica italiana, nazionale e locale. Un vuoto che andrebbe prima denunciato e poi colmato per

raggiungere quel minimo di coesione senza il quale non potrebbe essere recuperata la stessa credibilità delle autorità di governo. Sono proprio le emergenze, infatti, a esigere una chiara divisione di compiti e una interazione ignote ai molti abituati alla dispersione e allo scarico di responsabilità.

Come è stato scritto giustamente, “Gli shock, così come «i dati», non parlano da soli, non ci dicono chiaramente cosa fare, quando farlo e, soprattutto, come farlo. Occorre essere predisposti all'apprendimento che, in circostanze del genere, vuol dire porsi le domande giuste. Domande del tipo «Serve uno Stato più forte o regioni più forti? Meglio un sistema accentrato o decentrato?» predeterminano risposte-stereotipo. Sono quindi domande che ci impediscono di apprendere. Sono, incidentalmente, le domande che piacciono ai partiti politici (o quel che resta di loro), perché semplificano e concedono ai loro leader *pro-tempore* facili catastrofismi: «quella riforma porterà a dei disastri!», improbabili idilli: «quando c'era lo Stato!», atteggiamenti di scherno e autocompiacimento: «se fosse passata la nostra riforma...». Stereotipi, non solo inutili, ma anche dannosi nella misura in cui impediscono a una collettività di apprendere dai propri errori e migliorare le proprie istituzioni. Occorre partire, si è detto, dalle domande giuste. In questo caso a essere cruciale non è tanto se un sistema sia accentrato o decentrato, ma come accentramento e decentramento sono declinati nei numerosi snodi che un sistema istituzionale necessariamente comporta.”¹.

Cesare Pinelli
Dip.to di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Roma la “Sapienza”
cesare.pinelli@uniroma1.it

¹ M.Di Giulio, *Per non sprecare una crisi*, in *Il Mulino*, 23 marzo 2020

