

# Il potere degli stati per la tutela della salute pubblica

di Giuseppina Carboni

**Abstract: The power of the states to protect public health** - All States broadly accept that public health is a public responsibility. Law plays crucial roles in the field of public health, from defining the power and jurisdiction of health agencies, to influencing the social norms that shape individual behavior. Despite its importance, public health law has been neglected. The novel coronavirus pandemic has revealed deep underlying problems in the public health systems of the States. The Article examines the current state of public health law in 5 different States and the ability of public health authorities to implement basic disease-control measures.

**Keywords:** Public health; Coronavirus; Police power; Health systems.

## 1. Introduzione

La diffusione del Covid-19 ha innescato un'emergenza che è al contempo sanitaria e democratica. La pandemia esige non solo una terapia adeguata per coloro che hanno contratto il virus, ma anche e soprattutto un intervento di contenimento dei contagi che può essere attuato solo attraverso l'alleanza tra sistema sanitario e autorità pubblica.

Il contrasto delle pandemie è stato un elemento fondante degli Stati moderni, che hanno posto la tutela della salute della popolazione tra i loro compiti fondamentali<sup>1</sup>. Per perseguire questo obiettivo le organizzazioni statuali si sono dotate di poteri autoritativi più o meno specifici, e di sistemi sanitari complessi, al cui interno sono presenti la funzione di tutela della salute pubblica e la funzione di assistenza sanitaria.

Gli ambiti della sanità pubblica e dell'assistenza sanitaria sono cambiati nel tempo, sia al loro interno e sia nei reciproci rapporti.

Nello Stato contemporaneo<sup>2</sup>, l'espressione sanità pubblica si riferisce a quella parte del sistema sanitario che ha il compito di prevenire le malattie, migliorare le condizioni di vita e promuovere la salute dei cittadini attraverso un'azione collettiva<sup>3</sup>. Nei compiti della sanità pubblica moderna rientrano, tra

---

<sup>1</sup>G. Rosen, *The History of Public Health*, New York, 1958, 17.

<sup>2</sup> La sanità pubblica si è esteso in modo considerevole a partire dalla prima industrializzazione e per tutto il XIX Secolo. Per una sintetica periodizzazione dello sviluppo della sanità pubblica N. Awofeso, *What's New About the "New Public Health"?* in *American Journal of Public Health*, May 2004, Vol 94, No. 5.

<sup>3</sup> R. Detels and C. Chuan Tan, *The scope and concerns of public health*, in R. Detels, M. Gulliford, Q. Abdool Karim, C. Chuab Tan (eds.), *Oxford Textbook of Global Public*

gli altri, il monitoraggio e il contrasto delle malattie infettive, delle emergenze sanitarie causate da fattori ambientali, delle malattie non trasmissibili come obesità e diabete, lo screening della popolazione a fini di prevenzione.

Nell'assistenza sanitaria, rientrano invece i servizi primari, di emergenza e ospedalieri, con i quali si intende principalmente diagnosticare e curare le persone che si ammalano<sup>4</sup>.

Gli interventi di sanità pubblica si compongono di regole giuridiche e misure sanitarie, ma i caratteri e l'interazione tra norme giuridiche e norme sanitarie variano da Stato a Stato. Le differenze tra ordinamenti sono riconducibili a una serie di fattori: istituzionali, economici, sociopolitici, religiosi, che nel tempo hanno fatto aumentare le differenze. I poteri che oggi gli Stati esercitano per la tutela della salute pubblica sono il risultato dei progressi che la medicina e il diritto hanno compiuto insieme, entro specifici contesti costituzionali.

L'obiettivo di questo lavoro è individuare le direttrici di questo sviluppo, tentare di ordinarle in uno schema che tenga conto dell'analisi diacronica e sincronica, al fine di definire il ruolo dello Stato e del suo diritto nella tutela della salute pubblica. La scelta degli ordinamenti da esaminare deriva quindi dalla loro storia, o meglio dal contributo che storicamente hanno dato alla costruzione della sanità pubblica<sup>5</sup>.

## 2. La state medicine nel Regno Unito

In un ordinamento come quello britannico, privo di una Costituzione scritta ma ricco di principi e regole in continuo aggiornamento per mezzo di atti e fatti di rilevanza costituzionale, i compiti dello Stato per la tutela della salute pubblica, e le conseguenti garanzie a difesa dei diritti dei cittadini, sono il frutto della stratificazione storica.

Le origini della sanità pubblica moderna vengono fatte risalire all'Inghilterra del XIX Secolo, quando la prima industrializzazione investì i governi e l'opinione pubblica dei problemi legati all'urbanizzazione e alle condizioni di vita delle città<sup>6</sup>. L'Inghilterra vittoriana fu la prima nazione ad affrontare le conseguenze sanitarie dei mutamenti sociali ed economici. Il Paese, pervaso dal pensiero liberista, guardava con diffidenza agli interventi dello Stato sulla salute della popolazione, preferendogli gli interventi locali, e tuttavia diede vita alla prima legislazione statale moderna per la tutela della salute pubblica. L'individualismo liberale, dominante nel periodo, dovette cedere alla necessità di garantire le condizioni di sicurezza indispensabili allo

---

*Health*, Oxford, 2015, 3.

<sup>4</sup> In questo ambito il soggetto che si assume la responsabilità dei compiti di cura può essere privato o pubblico. G. Cerrina Feroni, M. Livi Bacci, A. Petretto (a cura di), *Pubblico e privato nel sistema di welfare*, Firenze, 2017.

<sup>5</sup> R. Sand, *The Advance to Social Medicine*, London, 1952; G. Rosen, *The History of Public Health*, cit.

<sup>6</sup> Occorre tenere a mente che in Inghilterra e Galles venne istituita una forma di assistenza alle fasce più povere della popolazione a partire dalla fine del XVI secolo, con l'approvazione della Poor Law, che prevedeva l'assistenza medica.

svolgimento delle attività economiche e commerciali della ricca società borghese, le cui élites erano sensibili alle filosofie utilitaristiche del tempo<sup>7</sup> e ai risultati delle nuove conoscenze scientifiche<sup>8</sup>. Inoltre, la crescita della povertà e la nascita del movimento sanitario spingevano per l'adozione di misure di politica sociale.

In questo clima il Governo inglese chiese a un avvocato sostenitore delle riforme sociali, Edwin Chadwich, di elaborare un piano per proteggere la salute della comunità nazionale e garantire il massimo benessere della società industrializzata britannica<sup>9</sup>.

L'idea di Chadwich era quella di usare il diritto come strumento per proteggere la popolazione dalle malattie e di costituire una struttura nazionale di coordinamento. L'impianto della prima legge sanitaria nazionale, il *Public Health Act* 1848, riformato nel 1875, recepisce il progetto dell'avvocato riformista e concentra sulle autorità locali poteri di *order and law*<sup>10</sup>.

La legge del 1875 obbligava le autorità locali ad assumere un *medical officer* e un *sanitary inspector*, prevedeva una serie di doveri delle autorità locali in relazione alle malattie individuate come pericolose, la possibilità per i pubblici ufficiali di esercitare poteri di coercizione (ispezioni, limitazioni di movimento e simili), il divieto per le persone colpite da malattie contagiose di recare pericolo ad altri<sup>11</sup>.

Quasi un secolo più tardi il *Public Health Control of Diseases Act* 1984 riprenderà l'impianto essenziale della legge del 1875, basato su un potere reattivo (e non preventivo) dello Stato di esercitare il controllo sociale e sui poteri delle autorità locali di intervenire in caso di necessità<sup>12</sup>.

Nel frattempo, il rapporto tra sanità e cittadini è cambiato radicalmente e l'attenzione del sistema sanitario si è spostato sul versante dell'assistenza sanitaria. La nascita del *National Health Service* (NHS)<sup>13</sup>, avvenuta nel dopoguerra sotto la spinta dell'associazione dei medici e delle forze riformiste, causò mutamenti organizzativi e di politica sanitaria. Lord Beveridge ideò, su incarico di Churchill, un sistema sanitario destinato a coprire i bisogni di tutta la popolazione, finanziato interamente dallo Stato, in grado di erogare i servizi di assistenza nell'intero territorio nazionale.

L'introduzione del NHS non modificò la struttura della sanità

---

<sup>7</sup> J. Coggon, K. Syrett, A. M. Viens, *Public Health Law*, London and New York, 2017, 37 ss.

<sup>8</sup> Le teorie che attribuivano al contatto la diffusione delle malattie furono contestate dal movimento sanitario, che scoprì gli effetti negative delle condizioni insalubri di aria, acqua, abitazioni.

<sup>9</sup> Il pensiero di Chadwick venne espresso in un documento, *The Sanitary Condition of the Labouring Population of Great Britain*, pubblicato nel 1842 e basato su dati statistici raccolti in tre anni.

<sup>10</sup> Il termine *public health* comparve per la prima volta in un atto legislativo.

<sup>11</sup> La s. 84 introdusse la prima forma di *notification disease*, relativa a certe malattie espressamente indicate, riprodotta nella legislazione successiva fino ai nostri giorni. Inizialmente facoltativa, secondo l'*Infectious Disease (Notification) Act 1889*, la *notification* divenne obbligatoria con legge del 1899.

<sup>12</sup> R. Martin, *The limits of law in the protection of public health and the role of public health ethics*, in *Public Health*, 2006, 120, 71–80.

<sup>13</sup> National Health Service Act 1946.

pubblica, articolata in enti e agenzie tanto a livello centrale quanto in quello locale, e neppure l'impianto della legislazione, che derivava come detto dall'epoca vittoriana. Tuttavia, il passaggio dalla medicina preventiva a quella curativa, l'emergere della dimensione individuale dell'assistenza e del concetto di benessere, il calo delle malattie infettive e l'aumento di quelle croniche, contribuirono a marginalizzare il ruolo della *public health* e del diritto come strumento per difendere la salute della popolazione. La sanità pubblica venne assorbita dal sistema sanitario che assunse su di sé la responsabilità per l'assistenza medica, inclusa quella primaria, ospedaliera e di urgenza, e per i *community services*, ovvero i servizi erogati a livello locale per la maternità, l'educazione sanitaria, le vaccinazioni e le ambulanze.

Le istituzioni e la legislazione si adeguarono rapidamente ai nuovi obiettivi. A livello istituzionale si delineò una rete di *practitioners* e ospedali posta sotto il controllo del Ministro e amministrata da *Regional Boards*, i cui vertici vennero nominati a livello centrale tra medici non appartenenti alla struttura di *public health*<sup>14</sup>. Quanto alla legislazione, la materia della prevenzione è diventata oggetto di limitati e settoriali interventi, che vanno dalla legislazione ambientale a quella sul lavoro, passando per l'applicazione della disciplina del danno.

Il diritto pubblico rimane però centrale nella definizione degli organi che hanno compiti di *public health* e nella disciplina del rapporto tra lo Stato e i cittadini. In continuità col passato, la *public health law* conserva tra i suoi principi la condivisione delle responsabilità tra Governo centrale e *Local Government*<sup>15</sup> e la difesa delle libertà individuali dagli interventi delle autorità pubbliche che non siano strettamente necessari e proporzionati alla gravità del pericolo<sup>16</sup>.

In questa cornice la legislazione sulle malattie contagiose, ovvero il già menzionato *Public Health (Control of Disease) Act* del 1984 (PHCDA) e il *Public Health Act (Northern Ireland)* del 1967 (che detta previsioni analoghe e vigente per l'Irlanda del Nord.) prevede provvedimenti mirati, i cui limiti vengono precisati per tutelare i cittadini da possibili abusi di potere. Una legge con uno spirito garantista, che riproduce il potere autoritativo vittoriano ma anche la necessità di porvi limiti stringenti.

La legge del 1984 prevede poteri, doveri e divieti specifici, legati a una concezione ormai superata di *communicable disease*. Valga per tutti l'esempio della s. 10 che indica come soggette a *notification cholera, plague, relapsing*

<sup>14</sup> J. Coggon, K. Syrett, and A. M. Viens, *Public Health Law*, cit., 47 s. La legge del 1946 prevedeva compiti di controllo e verifica del buon funzionamento dei vari livelli, da parte del Segretario di Stato.

<sup>15</sup> L'Health Service Act 2006, come modificato dal Health and Social Care Act 2012, s. 2°, prevede che sia il Segretario di Stato per la sanità ad adottare le misure appropriate a tutelare la popolazione dalle malattie o da altri pericoli per la salute, mentre s.2B prevede in capo alla stessa autorità e a quelle locali compiti di promozione della salute. In sostanza, i compiti di protezione sono maggiormente affidati al Centro, altri compiti sono condivisi con le autorità locali.

<sup>16</sup> La parte centrale della legge è costituita dai poteri che possono essere esercitati dai Justice of Peace, l'appropriate Minister, e il Department of Health per difendere la salute dei cittadini, s. 45C (3)(c).

*fever, smallpox, and typhus*. Ciò ha reso necessario, per esempio, approvare una legge apposita per contrastare l'HIV, l'*AIDS (Control) Act* 1987.

La disciplina della *public health* è stata in parte modificata dall'*Health and Social Care Act* 2008, che adegua la normativa interna al Regolamento sanitario internazionale (IHR)<sup>17</sup> e conferisce maggiore flessibilità alle autorità sanitarie che si trovino a contrastare una minaccia alla salute pubblica proveniente da malattie contagiose<sup>18</sup>. La stessa legge riconosce maggiori poteri ai magistrati nel limitare alcune libertà, quando questo sia necessario per contrastare epidemie e contagi, ma limita il tempo di durata di alcune misure.

Inoltre, la riforma del 2008 ha riconosciuto poteri regolamentari al Ministro della salute, in caso di reazione a un pericolo<sup>19</sup>, attribuendo uno spazio alla legislazione secondaria (*section* 45) per provvedimenti sanitari che limitano la libertà delle persone.

Da ultimo, l'*Health and Social Care Act* 2012 ha smantellato le strutture regionali<sup>20</sup> e istituito *Public Health England*<sup>21</sup>, un'agenzia statale che condivide le responsabilità per la sanità pubblica con le autorità locali<sup>22</sup>. In Scozia, Irlanda del Nord e Galles vi sono le corrispondenti Agenzie (*Public Health Scotland, Public Health Wales* e *Public Health Northern Ireland*), che operano con il rispettivo *Department of Health*<sup>23</sup>.

Le agenzie sono responsabili della strategia per combattere epidemie ed emergenze sanitarie in genere, ma si servono poi delle strutture territoriali per sviluppare la loro azione. Poiché a livello locale operano i servizi del NHS, i *Local Governments* e altri gruppi privati, le autorità sanitarie locali dovrebbero essere la cerniera tra servizi di sanità pubblica e servizi sanitari e socioassistenziali, mentre il ruolo di coordinatore locale

---

<sup>17</sup> Il Regolamento Sanitario Internazionale (RSI) è stato adottato dalla 58° Assemblea Mondiale della Sanità (il più importante organo decisionale dell'OMS) nel maggio 2005 ed è entrato in vigore il 15 giugno 2007. Il RSI si prefigge di garantire la massima collaborazione tra Stati contro la diffusione internazionale delle malattie, attraverso un sistema di sorveglianza e comunicazione degli eventi pericolosi. L.O. Gostin & R. Katz, *The International Health Regulations: The Governing Framework for Global Health Security*, in *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2016, consultabile alla pagina <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1770>.

<sup>18</sup> «Any infection or contamination which presents or could present a significant harm to human health», s. 129 Health and Social care Act 2008, che inserisce la s. 45A nel PHCDA 2006.

<sup>19</sup> «For the purpose of preventing, protecting against, controlling or providing a public health response to the incidence or spread of infection or contamination in England and Wales (whether from risks originating there or elsewhere)», sec. 129 HSCA che introduce 45C PHCDA.

<sup>20</sup> L'abolizione dei Regional Offices ha comportato quella dei *Regional Public Health Groups*. G. Scally, *The demise of Public Health England*, in *BMJ* 2020; 370: m3263.

<sup>21</sup> J. Middleton, *Public health in England in 2016—the health of the public and the public health system: a review*, in *British Medical Bulletin*, 2017, 121:31–46.

<sup>22</sup> Nel Regno Unito la sanità pubblica è stata inizialmente affidata alle autorità locali, e poi ricondotta entro il NHS nel periodo 1974–2013, per poi essere nuovamente separata. J. Middleton and G. Williams, *England*, in B. Rechel et al., *Organization and financing of public health services in Europe, Country Reports*, WHO Series, 2018.

<sup>23</sup> In Galles e nelle altre Amministrazione devolute l'organizzazione e gli obiettivi di *public health* vengono decisi dalle rispettive Assemblee, aventi compiti legislativi.

dovrebbe essere svolto dal Comitato locale per la salute (*Health and Wellbeing Board*).

I principali obiettivi del nuovo assetto sono stati individuati nel miglioramento delle condizioni di vita dei cittadini e nella riduzione di alcune patologie, mentre è rimasta in secondo piano la difesa da eventi esterni come la diffusione dei contagi. La riforma della sanità ha creato confusione, sovrapposizione e mancanza di chiarezza sulle responsabilità dei vari livelli, problemi ai quali si è aggiunta la riduzione delle risorse.

Avendo una legislazione di sanità pubblica reattiva e non preventiva, l'Inghilterra ha risposto alla pandemia da Covid-19 con un provvedimento legislativo specifico. Lo stesso hanno fatto Scozia e Irlanda del Nord.

Nel marzo del 2020, il Ministro della salute, dopo aver adottato le prime misure urgenti<sup>24</sup>, ha presentato e fatto approvare in tempi rapidi il *Coronavirus Act*, che ha introdotto disposizioni relative all'organizzazione del NHS, e soprattutto ha delegato al Governo i compiti normativi in materia di contrasto al Coronavirus, da esercitarsi con *Regulations*. Gli interventi approvati dal Governo per affrontare la crisi sono stati di tre tipi: potenziamento del sistema sanitario, controllo delle catene alimentari e di approvvigionamento dei prodotti indispensabili, limitazioni delle libertà individuali a favore di prevenzione e contenimento<sup>25</sup>.

È interessante notare che il *Coronavirus Act* estende a Scozia e Irlanda del Nord le prerogative del Ministro inglese<sup>26</sup> e che la durata della legge è di 2 anni, al termine dei quali per la *cd sunset clause* cesserà i suoi effetti<sup>27</sup>. Dopo il primo intervento, il Governo ha adottato altre *Regulations* per adeguare gli interventi alla gravità della situazione<sup>28</sup>.

Il Regno Unito ha affrontato la pandemia senza una legislazione (e tantomeno una disciplina costituzionale) dell'emergenza. La procedura utilizzata per l'introduzione e la modifica delle misure di Lockdown non è stata esente dalle critiche di chi ha osservato che, attraverso la legislazione sull'emergenza, il Governo ha reso marginale il ruolo del Parlamento<sup>29</sup>. Nel

<sup>24</sup> Il 10 febbraio 2020 il Governo, in applicazione della s. 45 del Public Health (Control of Diseases) Act 1984, ha varato l'Health Protection (Coronavirus) Regulations 2020.

<sup>25</sup> R. Griffith, *Using public health law to contain the spread of COVID-19*, in *British Journal of Nursing*, 2020, Vol 29, No 5

<sup>26</sup> J King, *The Lockdown is Lawful*, in *UK Constitutional Law Blog U.K. Const. L. Blog* (1 April 2020) in <https://ukconstitutionallaw.org/>.

<sup>27</sup> Si tratta di una clausola che predetermina la scadenza di una disposizione o di una legge. In parallelo la Scozia in analogo provvedimento (*Coronavirus Scotland Act 2020*), che ha avuto il *Royal Assent* il 6 aprile, ha previsto una clausola di 6 mesi, prorogabile al massimo per due volte. S. Molloy, *Covid-19, Emergency Legislation and Sunset Clauses*, in *U.K. Const. L. Blog*, 8 aprile 2020, in <https://ukconstitutionallaw.org/2020/04/08/sean-molloy-covid-19-emergency-legislation-and-sunset-clauses/>.

<sup>28</sup> Consultabili alla pagina *Coronavirus legislation* su [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk).

<sup>29</sup> T. Hickman, *Eight ways to reinforce and revise the lockdown law*, in *U.K. Const. L. Blog* (15th April 2020), in <https://ukconstitutionallaw.org/>; J. Hinks: *The Coronavirus Act 2020: An Example of 'Excessive Executive Dominance'*, in <https://ukconstitutionallaw.org/>. Il sito ha ospitato un vivace dibattito sulle risposte normative al Covid-19, al quale si rimanda.

merito le valutazioni negative hanno riguardato l'eccesso di limitazione delle libertà introdotto dal Governo<sup>30</sup>, che ha invece sottoutilizzato la disciplina sull'emergenza del *Civil Contingencies Act* 2004 (CCAA 12004), più garantista dei diritti e dei poteri<sup>31</sup>. Il Governo deve comunque riferire periodicamente dello stato della crisi e il Parlamento è chiamato a rinnovare ogni sei mesi l'autorizzazione alla proroga dei provvedimenti. D'altra parte, se si considera il modo in cui si sono sviluppati i poteri dello Stato per la tutela della salute pubblica, quest'ultima legge appare estranea alla tradizione della *Public Health Law*.

Vista dalla prospettiva della sanità pubblica, la reazione complessiva del sistema britannico è sembrata inadeguata, dettata dall'esigenza di far fronte con le limitazioni degli spostamenti e delle attività a problemi che avrebbero richiesto reazioni mirate di tipo sanitario, ma il sistema sanitario e la parte di esso che si occupa della salute pubblica è in crisi organizzativa e finanziaria, ed è privo di personale e dotazioni adeguate<sup>32</sup>. In piena crisi sanitaria il Governo ha deciso di creare una nuova struttura, il *National Institute for Health Protection*, molto simile all'Health Protection Agency abolita nel 2012, che collaborerà con due strutture create anch'esse nell'emergenza, il *Joint Biosecurity Centre and NHS Test and Trace*. Questa scelta porterà inevitabilmente a perdere ulteriori professionalità nel settore della sanità pubblica. Il 23 aprile 2020 l' *Health and Social Care Committee* ha avviato un'inchiesta per verificare la capacità di risposta alla crisi del HNS e le eventuali carenze che il Coronavirus ha evidenziato<sup>33</sup>.

Vista invece dalla prospettiva del diritto, l'adozione di misure emergenziali, che sottostanno ai principi della legislazione britannica e delle convenzioni internazionali in tema di tutela dei diritti umani, hanno potenziato i poteri dello Stato per la tutela della salute pubblica, confermando la separatezza della legislazione emergenziale sanitaria rispetto alle altre emergenze<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> La giurisprudenza ne ha generalmente difeso le scelte. Si veda ad esempio *England and Wales High Court, Dolan and others v. Secretary of State for Health and Social Care and Secretary of State for Education* [2020] EWHC 1786 (Admin) (6 July 2020), sulla chiusura delle scuole. Critica la dottrina, cfr. J. Pugh, *The United Kingdom's Coronavirus Act, Deprivations of Liberty, and The Right to Liberty and Security of the Person*, Oxford, 2020.

<sup>31</sup> C. Walker, A. Blick, *Coronavirus Legislative Responses in the UK: Regression to Panic and Disdain of Constitutionalism*, in <https://www.justsecurity.org> (12 maggio 2020).

<sup>32</sup> The Health Foundation, *The bigger picture. Learning from two decades of changing NHS care in England*, October 2020, in <https://www.health.org.uk/publications/reports/the-bigger-picture>.

<sup>33</sup> Common Select Committee, *Delivering Core NHS and Care Services inquiry launched*, in [www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/health-and-social-care-committee/news/nhs-care-services-inquiry-launched-19-21/](http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/health-and-social-care-committee/news/nhs-care-services-inquiry-launched-19-21/).

<sup>34</sup> R. Cormacain, *Keeping Covid-19 emergency legislation socially distant from ordinary legislation: principles for the structure of emergency legislation*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 2020, Vol. 8, No. 3, 245–265.

### 3. Public Health e Police Powers negli USA

La Costituzione americana non introduce alcuna disposizione sullo stato d'emergenza, perciò le regole che si applicano per la tutela della salute pubblica e per contrastare il Covid sono quelle che derivano dal sistema federale, dalla separazione orizzontale del potere, dalle garanzie costituzionali dei diritti.

Quanto al primo aspetto, la Carta del 1787 riserva a livello federale un numero limitato di funzioni per la protezione della salute, preferendogli i poteri statali, ma in caso di minaccia alla salute di tutta la popolazione l'intervento federale può essere l'unico appropriato. A legittimarlo soccorrono i poteri derivano dalla *commerce clause*<sup>35</sup>, dalle competenze per i rapporti internazionali, dallo *spending power* per il benessere dei cittadini.

I casi di emergenza sanitaria sono ben noti alla storia costituzionale americana<sup>36</sup>, che ha visto le città e gli Stati agire per primi quando si è trattato di tutelare la popolazione locale contro epidemie e catastrofi, e la Federazione intervenire a supporto (è lo schema del federalismo USA)<sup>37</sup>. La formazione di una struttura federale, che assunse compiti supplementari a quelli delle autorità locali, fu determinata dagli impegni bellici e dalla nascita delle prime associazioni di professionisti medici<sup>38</sup>.

L'intervento degli Stati si basa sul *police power* loro attribuito sulla base del principio della *salus populi suprema lex*. Il principio trae forza dall'idea che la legge e le sue regole debbano guidare la società in caso di rischio per la salute collettiva. Gli Stati possono adottare atti che incidono sulla sfera dei privati cittadini, purché sussista la necessità di intervenire e gli atti in questione siano proporzionati alla minaccia della salute.

Trattandosi di principi di interpretazione costituzionale un ruolo decisivo per la loro elaborazione è stato svolto dalla giurisprudenza, e in

<sup>35</sup> A partire dal caso *Gibbons v. Odgen* (22 U.S., 9 Wheat.), la *clause* è stata letta come elemento fondante il potere federale di regolare non solo il commercio ma tutte le attività che ad esso estensivamente si riconducono, e quindi anche le misure di contrasto alla pandemia adottate per tutelare il commercio interstatale. N. G. Cezzi, *A proposito di Common-Good Constitutionalism*, in *DPCE online*, 2020/2, 1897 ss. Nel 1796 la prima legge federale prevedeva un aiuto agli Stati per combattere le epidemie. Nell'800 l'intervento federale divenne più consistente con l'aumento dei traffici marini e nel 1878 venne istituito il *National Board for Health*, poi divenuto *Public Health Service*, in N.D. Hunter, *The law of emergencies*, Oxford, 2018, 224.

<sup>36</sup> I primi coloni dovettero combattere contro le malattie infettive portate dall'Europa. Boston fu la prima città ad introdurre un'ordinanza che conferiva speciali poteri alle autorità per il controllo delle epidemie nel 1647; New York fece lo stesso nel 1663. E. Fee, *Public Health and the State: The United States*, in D. Porter (ed.), *The History of Public Health and the Modern State*, Amsterdam – Atlanta, 1994, 227 ss.

<sup>37</sup> L. Rutkow, *An Analysis of State Public Health Emergency Declarations*, in *American Journal of Public Health* September 2014, Vol 104, No. 9; C. Nelson, N. Lurie, J. Wasserman, S. Zakowski, *Conceptualizing and defining public health emergency preparedness*, in *American Journal of Public Health*, 2007, 97(suppl 1): S9–S11.

<sup>38</sup> Alla metà del XIX secolo le condizioni di vita e di salute della popolazione divennero oggetto di un Report della *Massachusetts Sanitary Commission*, chiaramente ispirato alla *Poor Law Commission* creata nel 1834 da Chadwick. Iniziative simili vennero attivate nei decenni successivi per conoscere lo stato di salute dei cittadini americani e dei soldati impegnati in guerra.

particolare dalla Corte Suprema nella sentenza *Jacobson v. Commonwealth of Massachusetts*<sup>39</sup>. Il caso scaturì da una legge dello Stato, che esercitando il police power, consentiva alle autorità cittadine di chiedere la vaccinazione obbligatoria prevedendo una sanzione pecuniaria in caso di rifiuto. Il cittadino di Cambridge Jacobson rifiutò di aderire all'obbligo e la Corte Suprema si espresse sul punto, riconoscendo «*the authority of a state to enact quarantine laws and health laws of every description*»<sup>40</sup>. La Corte stabilì che la libertà dell'individuo non è assoluta e che l'autorità dello Stato era giustificata dal *police power* e dal *parens patriae power*<sup>41</sup>.

Da quel caso è derivata la giurisprudenza sui limiti del potere di regolazione statale in materia di salute pubblica, che ha individuato gli standard ai quali deve sottostare l'intervento regolatore: «*public health necessity, reasonable means, proportionality, harm avoidance, fairness*»<sup>42</sup>.

Recentemente, in occasione della crisi da Covid, le posizioni espresse in quella pronuncia sono state richiamate dalla Corte Suprema in *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom* per sostenere la legittimità dell'intervento limitativo delle libertà individuali quando è in gioco la tutela della salute pubblica<sup>43</sup>.

Continuando sulla stessa linea di Jacobson, la Corte Suprema ha convalidato poteri di quarantena, isolamento e in genere le misure coercitive adottate per tutelare la salute, l'ambiente salubre, e le condizioni di benessere. Più difficile è stato applicare il principio a casi di tutela della salute di categorie o piccoli gruppi. La linea di confine tra la decisione legislativa a difesa dell'interesse generale e la tutela giurisdizionale del diritto individuale non è tracciata una volta per tutte, e dipende «*whether it (the question) will be for the good of the community is a legislative, and not a judicial, question*»<sup>44</sup>. Infatti, i limiti al potere derivano dalla protezione dei diritti, che nel contesto statunitense si traduce nella garanzia di astensione delle interferenze, piuttosto che nella pretesa di intervento positivo dello Stato<sup>45</sup>. Tuttavia, una parte della dottrina costituzionalistica si è espressa a favore di un ruolo positivo dei Governi per la tutela dei diritti e della salute, rifacendosi all'intenzione dei padri fondatori<sup>46</sup>.

---

<sup>39</sup> U.S. Supreme Court, *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905), 38–39.

<sup>40</sup> *Id.* 25.

<sup>41</sup> L'applicazione alla *public health* di questi principi è ben illustrata da L.O.Gostin. L.E. Wiley, *Public Health Law. Power, Duty, Restraint*, Oakland, California, 2016, 87.

<sup>42</sup> *Ibidem*, 124 s.

<sup>43</sup> U.S. Supreme Court, *S. Bay United Pentecostal Church*, 140 S. Ct. at 1613, e il commento di W.E. Parmet, *Rediscovering Jacobson in the Era COVID-19*, in *Boston University Law Review Online*, 2020, 100:117.

<sup>44</sup> *Massachusetts High Court*, in *Commonwealth v. Pear*, 66 N.E. 719 (Mass. 1903).

<sup>45</sup> La Corte Suprema ha rifiutato una lettura della Costituzione favorevole ad affermare il dovere del Governo di intervenire positivamente per assicurare un diritto, ed in particolare le cure mediche. Si veda *DeShaney v. Winnebago County*, 489 U.S. 189 (1989), e *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980). L. O. Gostin, L. F. Wiley, *Public Health Law Power, Duty, Restraint*, cit., 83 ss.

<sup>46</sup> Sullo sviluppo dell'interpretazione del testo costituzionale e la giurisprudenza in materia di intervento dello Stato a tutela della salute pubblica, si veda criticamente W. E. Parmet, *Health Care and the Constitution: Public Health and the Role of the State in the*

Nella dottrina americana l'esigenza di precisare i termini del rapporto tra *public health* e *police power* nasce dal fatto che quest'ultimo costituisce la base costituzionale per conferire poteri di adottare le misure di tutela della salute pubblica<sup>47</sup>. Al centro del dibattito si pone la definizione di "*powers, duty, right and responsibility*"<sup>48</sup>, dal momento che sono queste potestà pubbliche la caratterizzazione della *public health* rispetto alla *primary care* o ad altre attività connesse all'accesso alle cure.

La tutela della salute pubblica rappresenta l'area preferenziale di intervento pubblico in un settore, l'organizzazione sanitaria, che vede protagonisti i privati nel campo dell'assistenza sanitaria<sup>49</sup>. Benché non manchino interventi pubblici federali a sostegno dell'assistenza sanitaria (Medicaid per gli ultra 65enni e Medicare per i minori), quest'ultima è affidata in modo prevalente alle assicurazioni volontarie, sottoscritte attraverso i contratti di lavoro o individualmente. Dal lato dell'offerta gli assicuratori operano in regime di concorrenza tra loro, offrendo una molteplicità di contratti. Il risultato è una sanità diversificata per categorie, molto lontana dal concetto universalistico europeo.

Il rapporto tra sanità pubblica e sistema sanitario di assistenza è ulteriormente complicato dalla legislazione statale, che vede gli Stati distinguersi per le politiche sanitarie (possono decidere di estendere il programma Medicaid, o attuare loro programmi di assicurazione pubblica residuale), mentre il coordinamento con la Federazione è affidato al circuito politico, a iniziative degli Stati o all'esercizio dello *spending power* da parte della Federazione. In alcuni casi gli Stati hanno svolto una funzione creativa e innovativa. In altri ancora i diversi livelli concorrono a tutelare la salute e in caso di conflitto la *supremacy clause* consente alla Federazione la *preemption*.

Il principio che domina i rapporti tra *public health* e *health care* è quello della separazione, lo stesso che regola i rapporti tra Federazioni e Stati nella risposta alle crisi sanitarie. In assenza di una esplicita previsione costituzionale, i poteri di emergenza della Federazione sono disciplinati dal *Public Health Service Act* introdotto nel 1944. In base a questa legge lo *U.S. Department of Health and Human Services* può dichiarare lo stato di *public health emergency*. In caso di epidemie il Presidente ha poteri di limitazione delle libertà quando queste riguardino profili internazionali (ad esempio la circolazione da e per gli USA)<sup>50</sup> o gli standard di farmaci e vaccini<sup>51</sup>.

---

*Framing Era*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 20, no. 2 (1993): 268–335; M. Earnest, D. Bowen Matthew, *A Property Right to Medical Care*, in *Journal of Legal Medicine*, 29, no. 1 (2008): 65–80.

<sup>47</sup> Mark A. Rothstein, *Rethinking the Meaning of Public Health*, in *Medicine & Ethics*, 30 (2002): 144–149.

<sup>48</sup> Per usare l'efficace espressione di L. O. Gostin, L. F. Wiley, *Public Health Law Power, Duty, Restraint*, cit.

<sup>49</sup> C. Bassu, *La riforma sanitaria negli Stati Uniti d'America: un modello federale di tutela della salute?* in G.G. Carboni (a cura di), *La salute negli Stati composti. Tutela del diritto e livelli di governo*, Torino, 2012, 29 ss.

<sup>50</sup> Il Presidente ad aprile 2020 ha, tra l'altro, chiuso le frontiere alla minaccia esterna, applicando la sez. 319 del *Public Health Service Act*.

<sup>51</sup> Non vi rientra invece, il potere di ordinare la quarantena all'interno degli Stati. Il 28

La lotta al Covid-19 è stata condotta da organismi e agenzie specializzate, ed in particolare dal *Center for Disease Control and Prevention* (CDC)<sup>52</sup>, che ha assunto da tempo un ruolo di guida scientifica e operativa delle risposte federali, sostituendosi agli Stati nelle decisioni relative alle misure di isolamento, quarantena e testing<sup>53</sup>. Il CDC può trattenere persone che siano o si ritiene ragionevolmente che siano infette<sup>54</sup> e ha anche poteri di quarantena limitatamente alla protezione delle frontiere esterne. Tuttavia, i limiti di giurisdizione che accompagnano un provvedimento del CDC sono tali da essere difficilmente applicabili a milioni di persone senza la collaborazione degli Stati.

Il Presidente, dopo aver dichiarato lo stato di emergenza (13 marzo 2020)<sup>55</sup>, ha usato le sue risorse per supportare gli Stati, si è impegnato in un imponente piano di aiuto alle agenzie e alle strutture sanitarie, utilizzando tutte le risorse economiche e legislative che consentono alla Federazione di agire a difesa del Paese<sup>56</sup>. In una seconda fase il Presidente ha fatto riferimento al *National Emergency Act*, integrato dal *Social Security Act del 1935*, che conferisce al *Secretary of Health and Human Services* poteri di gestione e coordinamento del servizio sanitario durante l'emergenza, anche in deroga ai requisiti di legge ordinari. Di fatto è stato ampliato il numero di soggetti che possono accedere ai servizi sanitari, per il periodo dell'emergenza e per i territori interessati, senza dunque modificare la struttura generale della stessa<sup>57</sup>.

Un ulteriore intervento federale, di tipo economico e di sostegno agli Stati, alle imprese e alle persone, è derivato dall'applicazione dello *Stafford Act*, che prevede meccanismi di cooperazione ed assistenza come le *major*

---

marzo il Presidente Trump ha prospettato la quarantena per tre Stati, salvo tornare sui suoi passi per mancanza di basi giuridiche. Nat'l Conference of State Legislatures, *State Quarantine and Isolation Statutes*, in [perma.cc/9FFZ-GZJ2](https://perma.cc/9FFZ-GZJ2). Sui poteri di quarantena si è espressa la Corte Suprema in *Compagnie Francaise de Navigation a Vapeur v. Louisiana State Board of Health* 186 U.S. 380 (1902). M. A. Rothstein, *From Sars to Ebola: Legal and Ethical Considerations for Modern Quarantine*, in *Indiana Health Law Review* 2015, Vol. 12:1, 239 ss.

<sup>52</sup> Nel sistema USA il CDC è l'agenzia che si occupa di *nation's premiere health promotion, prevention, and preparedness*, come si legge sulla pagina ufficiale <https://www.cdc.gov/about/organization/mission.htm>.

<sup>53</sup> W.E Parmet, M.S. Sinha, *Covid -19. The Law and Limits of Quarantine*, in *The New England Journal of Medicine*, 9 aprile 2020.

<sup>54</sup> 42 U.S. Code § 264(d).

<sup>55</sup> Previsto dal *National Emergencies Act* del 1976, Pub.L. 94-412, 90 Stat. 1255, 50 U.S.C. ch. 34 § 1601 et seq., Title II, ai sensi del quale il Presidente è legittimato a dichiarare un'emergenza nazionale attraverso una proclamation trasmessa al Congresso.

<sup>56</sup> *Defense Production Act* (DPA).

<sup>57</sup> *Coronavirus Preparedness and Response Supplemental Appropriations Act 2020* (H.R. 6074, Public Law n. 116-123), approvato il 6 marzo, ha fornito 8,3 miliardi di dollari in finanziamenti di emergenza. Il *Families First Coronavirus Response Act* (H.R. 6201, Public Law n. 116-127) ha promosso tra l'altro finanziamenti federali per Medicaid in favore delle famiglie, mentre, invece, il *Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act o CARESACT* (H.R. 748, Public Law n. 116-136), approvato il 27 marzo 2020, ha predisposto un piano di intervento di soccorso economico contro il Coronavirus pari a 2.000 miliardi di dollari.

*disaster declarations*<sup>58</sup> e gli stanziamenti federali nell'ambito della collaborazione fra il CDC e i sistemi sanitari statali.

La legislazione statale di contrasto delle emergenze sanitarie è stata aggiornata, dopo che la dottrina ne aveva evidenziato i limiti di adeguatezza alla fine degli anni '90<sup>59</sup>. Ognuno dei 50 Stati che compongono il Paese, incoraggiato dal Governo federale, ha regolato la dichiarazione di emergenza, ma circa la metà prevede una specifica dichiarazione di emergenza sanitaria. Ogni Stato ha una *Public Health Law* che disciplina i poteri dei Dipartimenti e delle autorità sanitarie, prevedendo le misure di limitazione della circolazione, gli interventi di screening e ogni altra azione necessaria. In molti Stati l'adozione di misure di quarantena, ad esempio, è possibile quando vi è una dichiarazione di emergenza sanitaria dovuta a un'epidemia.

Poste queste premesse, era inevitabile che la risposta alla pandemia da Covid-19 fosse disomogenea negli Stati, che hanno dichiarato l'emergenza e adottato provvedimenti limitativi di diversa intensità, a seconda della gravità della situazione locale. Inoltre, per la prima volta nella storia degli USA si è assistito ad una dichiarazione di emergenza su tutto il territorio federale, attraverso l'emanazione di oltre 50 *declarations* da parte del Presidente, sulla base dello *Stafford Act*.

Approcci diversi dei Governatori hanno condotto a chiusure più o meno radicali delle attività, divieti di spostamenti e assembramenti, sospensione delle lezioni scolastiche in presenza, rinvio delle elezioni. Ogni Stato ha potuto scegliere quali misure approvare a seconda della gravità della pandemia e del proprio orientamento politico<sup>60</sup>.

Il diffondersi del Covid-19 sta mettendo a dura prova la società e l'economia. La fragilità del sistema di welfare e del sistema sanitario è al centro dell'attenzione politica ed è oggetto di proposte riformatrici che spingono per un ampliamento dell'ambito soggettivo e oggettivo dell'intervento pubblico a sostegno della salute della popolazione<sup>61</sup>. L'obiettivo è di potenziare le strutture pubbliche, ridurre i costi a carico degli

<sup>58</sup> *Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act, 44 CFR § 206.36 - Requests for major disaster declarations.* I singoli Stati possono richiedere l'aiuto federale.

<sup>59</sup> Su impulso del CDC e di alcune università e delle associazioni statali, un ampio movimento riformatore ha prodotto il *Model State Emergency Health Powers Act 2001*, per contrastare emergenze sanitarie e da bioterrorismo. Il MSEHPA contiene previsioni che autorizzano gli Stati a eseguire misure di isolamento, quarantena, trattamento durante una emergenza di sanità pubblica.

<sup>60</sup> Si è assistito a iniziative tese ad acquisire attrezzature e presidi, a interventi di sostegno all'assistenza sanitaria, a misure di quarantena applicate in modo sistematico. I limiti dell'assistenza sanitaria non universale sono emersi in tutta la loro gravità, anche per coloro che avevano copertura assicurativa.

<sup>61</sup> L. Grant, Y. Lizeth Garcia-Lopez and C. Bell, *COVID-19 and Health Systems: Responding to Unpredictable Predictability*, in <https://www.justsecurity.org/70115/covid-19-and-health-systems-responding-to-unpredictable-predictability/> (19 maggio 2020).

individui, proteggere le categorie deboli, tutelare il personale sanitario, vigilare sugli ospedali, rafforzare i programmi pubblici esistenti<sup>62</sup>.

Il problema principale che sta affrontando il Paese è quello del coordinamento tra Stati e Federazione, al cui fianco operano agenzie e enti, organizzazioni private e associazioni. Un mosaico di poteri e diritti che rischia di provocare una crisi democratica e sanitaria senza precedenti, coinvolgendo le istituzioni politiche e il potere giudiziario, chiamato sempre più spesso e con esiti diversi a interpretare i limiti delle decisioni assunte<sup>63</sup>. La separazione verticale tra Federazione e Stati, e quella orizzontale tra sanità pubblica e assistenza sanitaria, che da sempre caratterizza l'esperienza statunitense, sembra la meno adatta ad affrontare la pandemia.

#### 4. Santé publique e medicalizzazione del diritto

La Francia è uno dei pochi Paesi europei a possedere una disciplina costituzionale dell'emergenza, che copre potenzialmente tutte le situazioni di pericolo<sup>64</sup>. Tuttavia, il Governo francese ha scelto, in linea con quello britannico, di adottare una disciplina specifica dell'emergenza sanitaria e ha fatto ricorso a un nuovo regime d'eccezione; mediante la legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, che introduce, nell'ambito del *Code de la santé publique* (CSP), lo stato d'emergenza sanitaria. Anche nel caso francese, come in quello britannico, la legislazione in materia di salute pubblica, forte della sua storia e del suo ruolo nello Stato amministrativo, ha esercitato una forte influenza sulla risposta normativa al Covid-19. I provvedimenti limitativi delle libertà e le misure relative al funzionamento delle istituzioni discendono dalla tradizione di *santé publique*, piuttosto che da quella dei poteri di eccezione.

Questa tradizione in Francia si definisce nell'ultima parte del Medioevo e agli inizi dello Stato moderno, quando la disciplina della sanità pubblica era frammentata e rientrava nell'ambito di una pluralità di competenze. L'assistenza sanitaria era affidata alla Chiesa, agli ospedali e ad altre associazioni caritatevoli, mentre i municipi avevano compiti di pubblica assistenza ma erano privi di medici stipendiati. La lotta alle malattie contagiose rientrava nell'area della *police*, ovvero dell'ordine e sicurezza

---

<sup>62</sup> *Health Care Priorities for A COVID-19 Stimulus Bill: Recommendations To The Administration, Congress, And Other Federal, State And Local Leaders From Public Health, Medical, Policy And Legal Experts*, in *Health Affairs blog* (12 marzo 2020).

<sup>63</sup> Per ragioni di spazio non è possibile dar conto dei numerosi casi. Oltre a quelli citati nelle note precedenti si rimanda alla casistica pubblicata su <https://www.comparativecovidlaw.it/ /united-states-of-america/#caselaw>.

<sup>64</sup> La Costituzione del 1958 prevede come regimi d'eccezione lo stato di guerra (art. 35), lo stato di assedio (art. 36) e i poteri eccezionali conferiti al Presidente della Repubblica in caso di gravissima e incombente crisi politico-costituzionale (art. 16). A questi va aggiunto un altro regime d'eccezione, introdotto dalla legge n. 55-385 del 3 aprile 1955 relative à *l'état d'urgence*, lo stato d'emergenza, creato nel quadro della guerra d'Algeria, è stato decretato da ultimo a seguito degli attentati terroristici del novembre 2015 e più volte prorogato. A. Levade, *État d'urgence sanitaire: à nouveau péril, nouveau régime d'exception*, in *La Semaine juridique*, 30 marzo 2020, n. 13, 614.

pubblica, che veniva garantita soprattutto da autorità locali<sup>65</sup>, mentre a livello centrale i compiti di *police* sanitaria venivano condivisi da numerosi Ministeri: dell'Interno, del Commercio, dell'Agricoltura.

Nel XIX secolo la sanità pubblica è stata portata in primo piano da uno dei più importanti movimenti sanitari europei: il movimento della *hygiène publique*<sup>66</sup>, che acquisì una crescente importanza nel dibattito pubblico, grazie alla vicinanza di alcuni tra i suoi più noti esponenti al Governo. Il movimento ebbe un carattere scientifico e interdisciplinare, non determinò imponenti riforme legislative, piuttosto costituì il nucleo dei Consigli sanitari che affiancarono l'azione dei governi locali e dei prefetti<sup>67</sup>. Il carattere medico-professionale di questi organismi è rimasto un tratto essenziale della sanità pubblica francese. Il secolo si chiuse senza una compiuta amministrazione nazionale di sanità pubblica e con gli esordi del primo schema di assicurazione sociale ispirato da principi di solidarietà (legge del 1893)<sup>68</sup>.

Agli inizi del XX secolo venne approvata la prima legge sistematica sulla sanità pubblica (1902), che introdusse un apparato nazionale di prevenzione, esteso a numerosi settori (dalle malattie contagiose alla salubrità delle abitazioni, alla tubercolosi) con la nascita del *Conseil supérieur d'hygiène publique de France*. Gli igienisti furono i sostenitori della riforma, che sfidava i tradizionali poteri dell'autorità politica e introduceva la vaccinazione obbligatoria contro il vaiolo<sup>69</sup>. Il consolidarsi di apparato e misure di sanità pubblica non mise fine alle resistenze contro la tirannia dell'Igiene, così definita dai gruppi sociali più sensibili alla tradizione francese di difesa della sfera individuale<sup>70</sup>.

Nel XX secolo il sistema di sanità pubblica francese consolida il suo carattere dualista: centralista e localista allo stesso tempo, restio al liberalismo e diffidente nei confronti degli interventi sanitari del Governo centrale<sup>71</sup>, ma il fatto più importante è che ad esso si affianca un sistema di

<sup>65</sup> M. Ramsey, *Public Health in France*, in D. Porter (ed.), *The History of Public Health and the Modern State*, cit., 46

<sup>66</sup> A.F. La Berge, *The Early Nineteenth-Century French Public Health Movement: The disciplinary development and institutionalization of Hygiène Publique*, in *Bulletin of the History of Medicine*, Fall 1984; 58, 3; 371.

<sup>67</sup> Nel 1802 venne istituito il primo *Council de Salubrité* a Parigi, e nel 1820 la *Académie royale de médecine*. Finalmente, nel 1822 una legge istituì il *Consiglio Superiore di Sanità*, e prevede misure per combattere la febbre gialla.

<sup>68</sup> La legge sull'assistenza medica del 1893 ha reso obbligatorio per i Dipartimenti e i Comuni fornire assistenza medica agli indigenti.

<sup>69</sup> Nel 1877 nacque la *società française d'hygiène* e la *società de médecine publique et d'hygiène professionnelle*, assieme a riviste specializzate nel settore, come *revue d'hygiène et de police sanitaire*.

<sup>70</sup> In particolare i proprietari di case, colpiti dalla legislazione del 1902 che prevedeva misure d'igiene e di ispezione nelle abitazioni. A.-L. Shapiro, *Private Rights, Public Interest, and Professional Jurisdiction: The French Public Health Law of 1902*, in *Bulletin of the History of Medicine*; Spring 1980; 54, 1; 5.

<sup>71</sup> Nel XX secolo le necessità della guerra imposero un rafforzamento dell'apparato centrale, e il 23 luglio 1920 venne costituito presso il Ministero dell'Interno la *Direction de l'Assistance et de l'Hygiène publique*; poi divenuto *Ministère de l'Hygiène, de l'Assistance et de la Prévoyance sociale* le 13 juillet 1920. La nascita di un *Ministère de la Santé publique et de l'Éducation Physique* con autonoma organizzazione si ebbe

tutela della salute, basato su uno schema mutualistico volontario, che dalla prima è separato quanto a organizzazione e finanziamento. Come in altri Paesi europei l'assistenza sanitaria ai cittadini diventa la priorità del sistema, mentre la sanità pubblica ricopre un ruolo secondario.

Il modello organizzativo e di finanziamento è simile a quello tedesco, e si basa sull'assicurazione obbligatoria dei lavoratori (assicurazione sanitaria pubblica) e sulle imposte, che servono a garantire l'accesso alla sanità a tutti i cittadini<sup>72</sup>. Lo Stato assume su di sé compiti di indirizzo e di controllo e il ruolo di sorveglianza degli ospedali, anche all'interno dei presidi privati, che devono rispettare criteri di qualità certificati ogni quattro anni dalla *Haute Autorité de santé*. A livello regionale sono state attribuiti i compiti di programmazione ed erogazione dei servizi<sup>73</sup>.

Un'altra caratteristica del sistema francese è la presenza di Agenzie specializzate per settori strategici, come la biomedicina, la sicurezza alimentare, la difesa da minacce alla salute. Nel 2016 è stata istituita Eprus (*L'Établissement de préparation et de réponse aux urgences sanitaires*), che ha il compito di preparare la risposta all'emergenza sanitaria nazionale e internazionale<sup>74</sup>. L'agenzia è poi confluita assieme ad altre nella *Agence Nationale de Santé Publique* (ANSP) istituita presso il Ministero della salute.

Nel sistema sanitario francese, la *protection della santé publique* conserva una certa rilevanza, grazie alla giurisprudenza del *Conseil constitutionnelle*, che l'ha definita un principio di valore costituzionale, dalla quale scaturisce un «*objectif de protection de la santé publique*»<sup>75</sup>. In questa cornice, la lotta contro le malattie trasmissibili è stata oggetto della codificazione realizzata a partire dal 2000 dalla *Commission supérieure de codification*<sup>76</sup>, ed è confluita nel *Code de santé publique*, che prevede, in casi di emergenza alcuni poteri amministrativi speciali.

Ad essi ha fatto ricorso in prima battuta il Governo per rispondere alla pandemia, adottando a livello nazionale le prime decisioni, integrate a livello locale del *Code général des collectivités territoriales*<sup>77</sup>. Immediatamente, il

---

finalmente nel 1934.

<sup>72</sup> Il sistema sanitario francese, peraltro, ha recentemente beneficiato di un importante aggiornamento legislativo dato dalla Loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016, con la quale è stata introdotta, a partire dal 1° gennaio 2016, la Protection universelle maladie (puma), in sostituzione della vecchia Couverture maladie universelle (cmu). G. Serges, *Il diritto alla salute nell'ordinamento costituzionale francese*, in *Federalismi, Osservatorio di diritto sanitario*, 25 luglio 2018.

<sup>73</sup> Dal 2009 l'amministrazione per la Salute e gli affari sociali è rappresentata a livello regionale dalle agenzie sanitarie regionali (*Agences régionales de santé* - ARS). Le agenzie sono responsabili della programmazione dell'assistenza sanitaria, dell'erogazione e del finanziamento dei servizi a livello regionale e dipartimentale.

<sup>74</sup> Loi no 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

<sup>75</sup> Conseil const., Déc. n° 80-117, du 21 juillet 1980 e la déc. n° 90-283 du 8 janvier 1991.

<sup>76</sup> Décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification (abrogeant les dispositions de 1948 à 89).

<sup>77</sup> Le limitazioni sono state introdotte tramite arrêtés di polizia amministrativa adottati da parte dei prefetti o dei sindaci, in base all'articolo L. 2212-2 del *Code général des collectivités territoriales*.

Governo ha poi fatto approvare dal Parlamento una legge di emergenza sanitaria, che ha definito un nuovo quadro operativo (la già citata Loi n. 2020-290 del 23 marzo 2020) istitutiva dell'*état d'urgence sanitaire*<sup>78</sup> e sanato le decisioni assunte in precedenza dall'esecutivo<sup>79</sup>. Lo stato di emergenza sanitaria è stato dichiarato inizialmente fino al 23 maggio e poi prorogato al 10 luglio, al 30 ottobre e al 16 febbraio 2021.

Lo stato di emergenza sanitaria copre in realtà una specifica situazione di crisi, e non è assimilabile né allo stato d'assedio che richiede l'assistenza delle forze armate, né allo stato di emergenza istituito il 3 aprile 1955 in risposta ai fatti in Algeria, né a quello stabilito più recentemente in risposta ai disordini in periferia, a rischio attentati, terrorismo.

Si tratta di un'emergenza "sperimentale"<sup>80</sup> dello stato di salute, inserita nel codice della sanità pubblica e finalizzata a far fronte a "un disastro sanitario pericoloso per sua natura e la sua serietà, per la salute della popolazione"<sup>81</sup>. La dichiarazione avviene tramite decreto del Consiglio dei Ministri, sentito il Comitato scientifico, previa consultazione del Ministro per la Salute<sup>82</sup>, ed è prorogabile solo con legge. Tutte le misure deliberate devono però essere «*strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu*», e devono terminare senza alcun ritardo quando lo stato di necessità che ne ha giustificato l'assunzione è cessato<sup>83</sup>.

La legge del 2020 ha posto l'enfasi sul profilo della pubblicità dei dati scientifici. A tal proposito, si è prevista innanzitutto l'introduzione di un Comitato scientifico ad hoc che renda pareri periodici sullo stato della catastrofe sanitaria, sulle conoscenze scientifiche rilevanti e le misure più appropriate da adottare<sup>84</sup>; inoltre, si è disposto che i dati scientifici disponibili sulla situazione sanitaria posti alla base della decisione (di dichiarare lo stato d'urgenza) siano resi pubblici, e che entrambe le camere del Parlamento siano informate senza ritardo delle misure prese dal Governo, potendo

<sup>78</sup> La dichiarazione viene decisa dal Consiglio dei ministri su proposta del Ministro della salute. In base ad essa il Primo Ministro può assumere una serie di decisioni che limitano le libertà, purché motivate e proporzionate. Una delle differenze più importanti rispetto alla LOI 55-385 è la durata della autorizzazione parlamentare alla dichiarazione, un mese invece di 15 giorni. Per l'emergenza Covid-19, la stessa legge ha stabilito la durata di 2 mesi.

<sup>79</sup> Décret n. 2020-293 du 23 mars e Décret no 2020-279 du 19 mars 2020.

<sup>80</sup> Cioè limitato nel tempo, così ha stabilito il Parlamento, mentre il Governo ne aveva sostenuto la permanenza. J. Petit, *L'état d'urgence sanitaire*, in *L'actualité juridique droit administratif*, 2020, 15, 834.

<sup>81</sup> Art. L 3131-15, peraltro, precisa che le misure adottate in questo quadro debbono essere strettamente proporzionate ai rischi sanitari e appropriate alle circostanze di tempo e di spazio. In particolare, l'art. 3131-16 prevede che il Ministro della Sanità è competente a prescrivere, con provvedimento motivato, misure relative all'organizzazione e al funzionamento del sistema sanitario e tutte le misure individuali necessarie all'applicazione delle misure prescritte dal Primo Ministro. Infine va detto che la maggior parte delle misure rimane fino al 1 aprile 2021.

<sup>82</sup> Articoli L. 3131-12 e L.3131-13 del CSP.

<sup>83</sup> L. 3131-15 del CSP.

<sup>84</sup> L. 3131-19 del CSP.

richiedere tutte le informazioni integrative al fine di controllare e valutare le misure adottate.

Ciò che rende lo stato di emergenza sanitaria così unico è che deve trovare un equilibrio non solo tra ordine pubblico e libertà, ma anche tra potere politico e scientifico. La combinazione di questi dati determina la durata e le regole applicabili allo stato di emergenza sanitaria<sup>85</sup>.

Un aspetto della legge che riprende un altro dualismo della sanità pubblica riguarda il rapporto tra autorità centrali e locali. Il Codice, modificato dalla legge del 2020, prevede decreti del Primo ministro<sup>86</sup>, e *arrêts* motivati del Ministro per la Salute<sup>87</sup>; a livello locale, invece, in riferimento a particolari circostanze dipartimentali o municipali che giustificassero misure più rigide, le limitazioni sono state introdotte tramite *arrêts* di polizia amministrativa adottati da parte dei prefetti o dei sindaci<sup>88</sup>, a ciò autorizzati dal punto 5° dell'articolo L. 2212-2 del *Code général des collectivités territoriales*.

Tali provvedimenti hanno suscitato dubbi in merito all'incerta base giuridica, in riferimento al rapporto tra le competenze di polizia amministrativa generale proprie del Primo ministro e quelle di polizia amministrativa speciale spettanti invece al Ministro della Salute, nonché all'articolazione delle competenze di polizia amministrativa tra il livello nazionale e quello locale<sup>89</sup>.

La legge del 2020 prevede, di fatto, tre gradi di intervento che oscillano tra poteri della polizia amministrativa generale e poteri della polizia amministrativa speciale, tutti riconducibili ad un'idea unitaria di ordinamento ove i poteri di gestione della crisi non sono distribuiti fra potere centrale e potere locale, ma sono riservati allo Stato e, a livello locale, ai Prefetti, in qualità di rappresentanti del Governo<sup>90</sup>.

Nonostante lo stato di emergenza sia di natura sanitaria, il ruolo principale è svolto, sul piano nazionale, dal Presidente del Consiglio e non dal Ministro della Salute e a livello locale dal Prefetto e non dall'agenzia sanitaria regionale. Compiti di *police* e di *medical police* si sovrappongono. Dal punto di vista sanitario, premesso che anche la Francia ha sofferto gli effetti delle politiche di razionalizzazione delle risorse e della filosofia del *patient-centered care*, la scelta di conservare al centro il controllo politico e scientifico

---

<sup>85</sup> J. Petit, *L'état d'urgence sanitaire*, cit., 836.

<sup>86</sup> In base all'articolo L. 3131-9 del *Code de la santé publique*.

<sup>87</sup> In base all'articolo L.3131-1 dello stesso Codice.

<sup>88</sup> Ad esempio Parigi ha ristretto la possibilità di fare attività fisica nel corso della giornata.

<sup>89</sup> Il controllo giurisdizionale delle misure amministrative ha dato adito a pronunce non concordanti. Circa l'obbligo di indossare la mascherina nei luoghi pubblici, ad esempio, i Tribunali amministrativi di Strasburgo e Lione hanno accolto i ricorsi contro le misure adottate dai prefetti. Il Consiglio di stato ha ribaltato le decisioni, e accolto con precisazioni, l'appello del Ministero della sanità. Conseil d'État, ordonnances nn. 443750 e 443751 del 6 settembre 2020, in [www.comparativecovidlaw.it/france/#caselaw](http://www.comparativecovidlaw.it/france/#caselaw).

<sup>90</sup> C. Sartoretti, *La risposta francese all'emergenza sanitaria da Covid-19: Stato di diritto e Costituzione alla prova della pandemia*, in *DPCE online*, 2020, 2.

del sistema sanitario, ancorché strutturato a livello regionale, sembra aver consentito al Paese una risposta più omogenea alla crisi.

## 5. Dalla polizia sanitaria alla sanità pubblica

Nella Costituzione italiana non esiste una disposizione sull'emergenza (in genere o sanitaria), e l'unico riferimento alle limitazioni dei diritti fondamentali per ragioni di sanità pubblica è contenuta nell'art. 16 Cost. che indica l'autorità di pubblica sicurezza quale soggetto che può adottare disposizioni di ordine generale per tutelare la sanità pubblica. Alla dimensione pubblica o collettiva della salute fa riferimento anche l'art. 32 Cost., che affida alla Repubblica il compito di tutelare la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività.

Nell'attuare questa disposizione la legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, ha inteso dare spazio sia all'assistenza sanitaria e ospedaliera, sia ai compiti di prevenzione e promozione della salute.

Fino all'800 accadeva esattamente il contrario, la sanità pubblica si faceva carico dei compiti di polizia medica, restando affidata ai privati e alla Chiesa i compiti di assistenza<sup>91</sup>. Con la costituzione del Regno di Sardegna si pose la necessità di mettere ordine in un'attività di pubblico interesse, come veniva considerata la tutela della salute della popolazione, che aveva come scopo l'ordine pubblico<sup>92</sup>. La costruzione di un sistema nazionale di tutela della sanità pubblica ha avuto inizio con la legge di unificazione amministrativa del 1865, che introduce la prima legge sanitaria del Regno d'Italia (all. C). Ispirandosi al modello francese, la penisola pose l'apparato di Igiene pubblica sotto il controllo del Ministro dell'Interno e dei prefetti, con il supporto di organismi scientifici.

Il rafforzamento delle competenze mediche nella tutela della sanità pubblica venne affidato alla legge 22 dicembre 1888, n. 5849<sup>93</sup>, che tra l'altro ampliava il raggio di competenza della «polizia sanitaria». Parallelamente al sistema di igiene pubblica, nei primi decenni del '900 si sviluppò un sistema previdenziale che si occupava di garantire i lavoratori e le loro famiglie e offrire loro assistenza sanitaria.

L'autonomia della materia sanitaria, e delle funzioni di sanità pubblica rispetto a quelle di polizia sanitaria, avrà inizio con l'istituzione del Ministero apposito, avvenuta nel 1956 dopo un breve passaggio all'Alto Commissario per l'igiene e la sanità pubblica presso la Presidenza del Consiglio<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> Il Regno d'Italia adottò nel 1806, il modello napoleonico di amministrazione sanitaria, con l'approvazione del Regolamento di polizia medica, sanità continentale e sanità marittima.

<sup>92</sup> N. Aicardi, *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Milano, 2000, 633 ss.

<sup>93</sup> La legge istituì l'ufficiale medico provinciale e comunale, prevedendo inoltre l'obbligo dei comuni di stipendiare un uno o più medici condotti e ostetriche.

<sup>94</sup> D. lgs. 12 luglio 1945, n. 417.

La Costituzione repubblicana accoglie nell'art. 32 una sintesi encomiabile delle posizioni soggettive e delle attività emerse nel periodo precedente: l'assistenza, i servizi di cura agli indigenti, la polizia sanitaria; ma lo fa con un diverso tono (e linguaggio) costituzionale, che impegna le istituzioni repubblicane in prima persona a tutelare la salute in tutte le sue dimensioni.

La legge del 1978, che ha introdotto un sistema universale, gestito direttamente dal pubblico, per offrire alla popolazione la globalità dei servizi, ha confermato il passaggio dei compiti di igiene dall'amministrazione di polizia (sanitaria) al sistema sanitario. Per quel che qui interessa, essa prevede all'art. 32 il potere del Ministro della salute, per finalità di igiene e salute pubblica, di emanare ordinanze contingibili e urgenti con efficacia nel territorio nazionale.

La legge istitutiva del SSN ha conosciuto numerose modifiche, che hanno rivisto la dimensione territoriale e organizzativa dei servizi. Negli anni '90 vi è stato un forte impulso alla responsabilizzazione delle Regioni per la programmazione e l'erogazione dei servizi, compresi quelli di sanità pubblica, affidati in ultima analisi alle stesse strutture che erogano l'assistenza<sup>95</sup>. A proposito di emergenze sanitarie, il d.lgs n. 112 del 1998, sul Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, distingue le emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, per cui le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali<sup>96</sup>. In particolare l'art. 112, comma 3 lett. g), assegna alla competenza statale "la sorveglianza e il controllo di epidemie ed epizootie di dimensioni nazionali o internazionali"; l'art. 118, comma 1, lett. e), impone alle regioni obblighi di comunicazione concernenti, tra l'altro, l'insorgenza e la diffusione di malattie umane o animali.

Dopo la modifica del 2001, che ha "costituzionalizzato" il decentramento, il ruolo dello Stato viene meglio definito dall'art. 117, co. 2, lett. q, Cost., che riserva ad esso la competenza esclusiva per "la profilassi internazionale"<sup>97</sup>.

Quindi, in caso si verifichi uno stato di emergenza sanitaria di livello nazionale, il Governo ha, per Costituzione e per legge, i poteri di attrarre a

---

<sup>95</sup> La competenza regionale in materia di assistenza sanitaria e ospedaliera ha attratto quelle relative a igiene e sanità che molte Regioni speciali avevano in Statuto. R. Balduzzi, *Ci voleva l'emergenza Covid-19 per scoprire che cos'è il Servizio sanitario nazionale?* in *Corti Supreme e salute*, 2020, 2.

<sup>96</sup> R. Balduzzi, *Ci voleva l'emergenza Covid-19*, cit., 68 ss.

<sup>97</sup> In materia, la Corte costituzionale ha avuto recentemente modo di precisare (sent. n. 5 del 2018, in tema di vaccini) che «la profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie infettive richiede necessariamente l'adozione di misure omogenee su tutto il territorio nazionale».

sé le decisioni, con l'avallo della Corte costituzionale. D'altra parte le Regioni, in questi casi, vengono coinvolte con procedure di concertazione.

In sintesi, nel nostro ordinamento il compito di contrastare una crisi sanitaria è affidato alla collaborazione tra vari livelli di governo e alle strutture del SSN, che a livello centrale appaiono ulteriormente rafforzate dalla presenza di organi tecnico-scientifici, come l'Istituto superiore di sanità<sup>98</sup>.

Al verificarsi della pandemia da Covid-19 anche l'Italia, come gli altri Paesi esaminati, ha fatto ricorso all'alleanza tra poteri emergenziali di diritto sanitario e poteri emergenziali di portata generale.

Per la crisi da Covid-19 sono state applicate fonti primarie generali, come i decreti legge, e settoriali, come la legge sulla protezione civile<sup>99</sup>, coadiuvata da fonti secondarie come i decreti ministeriali e del Presidente del Consiglio e a poteri di ordinanza espressamente previsti dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18<sup>100</sup>. Analoghi poteri sono stati riconosciuti a Sindaci e Prefetti<sup>101</sup>. La questione più dibattuta è quella dei DPCM<sup>102</sup>, ai quali il Presidente del Consiglio ha fatto ricorso per dettagliare le restrizioni alle libertà, ma preoccupazioni sono state espresse anche per l'esautoramento del Parlamento dai compiti di controllo.

A partire dal decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020, che ha conferito al Presidente del Consiglio e al Governo poteri eccezionali rispetto a quelli ordinari previsti dalla legge si è assistito a un flusso di DPCM, e di decreti del Ministro della Salute che hanno costantemente aggiornato le misure restrittive<sup>103</sup>. Senza entrare nel dettaglio delle singole misure, che hanno interessato le libertà economiche, civili e sociali, meritano di essere segnalate due costanti: la prima riguarda il faticoso rapporto tra Stato e Regioni, con queste ultime che hanno dimostrato di mal sopportare il coordinamento statale, esprimendo in diverse occasioni posizioni contrarie e adottando

---

<sup>98</sup> La Corte costituzionale, a partire dalla sent. n. 185 del 1998, ha riconosciuto il ruolo e le funzioni degli organismi tecnico-scientifici in campo sanitario, per segnalare la necessità che soprattutto a livello nazionale alcune decisioni vengano demandate alla scienza.

<sup>99</sup> La dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria del 31 gennaio 2020 è avvenuta con Delibera del Consiglio dei ministri posta in attuazione del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, «Codice della protezione civile». La dichiarazione autorizza l'adozione di ordinanze di protezione civile da parte del PdC o del Capo del Dipartimento.

<sup>100</sup> L'art. 122 attribuisce tale potere al Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il coordinamento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, scelte molto innovative sono state operate dal decreto-legge n. 6/2020, poi in parte modificate e corrette dai successivi decreti-legge.

<sup>101</sup> Il potere di ordinanza dei Presidenti delle Regioni e dei sindaci in forza del richiamo all'art. 32, c. 3, legge 23 dicembre 1978, n. 833, all'art. 50, c. 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) e all'art. 117, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 112, compiuto dall'art. 3, c. 2, del d.l. n. 6 del 2020.

<sup>102</sup> L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, a cura di L. Cuocolo, in *federalismi.it. Osservatorio emergenza covid-19* aggiornato al 31 marzo 2020.

<sup>103</sup> L'ultimo DPCM, al momento in cui si scrive è del 14 gennaio 2021.

provvedimenti opposti all'indirizzo centrale<sup>104</sup>. La seconda costante riguarda le misure di natura economica, adottate dal Governo e dal Parlamento per limitare i danni conseguenti alla crisi, che hanno acceso la conflittualità tra Governo e opposizione, e persino all'interno della maggioranza, tanto da sfociare nella crisi di governo aperta formalmente il 26 gennaio 2021.

L'Italia non ha una disciplina dell'emergenza sanitaria adeguata, né ha messo in campo una normativa ad hoc per fronteggiare la crisi. Si è preferito usare misure generali di regolazione della necessità, come i decreti legge, e misure di diritto amministrativo speciale come le ordinanze del Ministro della sanità emanati sulla base del preesistente art. 16 Cost.. Il ruolo del diritto nella tutela della salute pubblica è sembrato in alcuni momenti efficace (quando le misure sono state generali e molto restrittive) e in altri confuso e causa di incertezza, quando le misure sono state differenziate e articolate<sup>105</sup>.

Sul fronte sanitario, il sistema della prevenzione e la sanità territoriale, e in particolare il Distretto che avrebbero dovuto dare il maggior contributo al contenimento dell'epidemia si sono dimostrati impreparati e sotto finanziati. Il rimedio alle carenze sistemiche dovrebbe essere di tipo scientifico, l'organizzazione di sistemi di tracciamento e monitoraggio adeguati; e di tipo istituzionale, la centralità del Ministero della salute e la formazione omogenea di addetti all'apparato di prevenzione<sup>106</sup>.

Nondimeno la risposta alla crisi ha fatto emergere capacità sommerse. Grazie all'unicità della struttura del SSN (di proprietà pubblica), che si è rivelata una caratteristica essenziale in tempi di crisi, e alla volontà condivisa di tutte le sue componenti, il SSN ha realizzato in poche settimane la più grande riconversione nella storia dell'assistenza ospedaliera<sup>107</sup>. Rimane aperta la questione di come costruire un'efficace azione di protezione degli ospedali ad opera della medicina di base e di prevenzione, per la quale non possono bastare pochi mesi e per cui occorrono investimenti e interventi normativi di opportuna riorganizzazione del SSN.

---

<sup>104</sup> Atteggiamento che ha sortito ripetute reazioni del Governo e risposte dei giudici amministrativi e della Corte costituzionale, la quale, da ultimo ha sospeso con ordinanza n. 4 del 2021 la legge regionale della Valle D'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 (Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza), a seguito di richiesta del Governo, che aveva agito in via principale per contestare la legittimità della stessa per aver ecceduto dalle sue competenze. Lo Stato ha invocato la competenza esclusiva in materia di profilassi internazionale ex art. 117, comma 2, let. q, Cost.

<sup>105</sup> A livello regionale vi sono stati numerosi ricorsi contro le ordinanze che disponevano chiusura di attività commerciali. TAR Friuli Venezia Giulia 10 aprile 2020, relativa all'ordinanza contingibile e urgente n. 7/pc emessa dal presidente della regione Friuli Venezia Giulia il 03/04/2020; TAR Sardegna del 7 aprile 2020, relativa all'ordinanza sindacale n. 9/2020 prot. n. 9203 del 31/03/2020 del Sindaco del Comune di Pula.

<sup>106</sup> F. Faggiano, Intervento alla Tavola rotonda "Come il diritto sanitario può aiutare la prevenzione oggi e nel dopo-pandemia", in *Corti Supreme e salute*, 2020, 3.

<sup>107</sup> C. Giorgi, F. Taroni, *Il Servizio sanitario nazionale di fronte alla pandemia. Passato e futuro delle politiche per la salute*, in *Rivista delle politiche sociali*, 2020.

## 6. La Medical Police in Germania

La Germania possiede una disciplina costituzionale dell'emergenza<sup>108</sup>, ma ha prevalso, qui come altrove, la specialità dell'emergenza sanitaria, regolata dalla legge federale per la prevenzione e il contrasto di infezioni (*Infektionsschutzgesetz* – IfSG, del 20 luglio 2000). La legge disciplina sia le attività che riguardano la sanità pubblica, coordinando Federazione e Länder, sia le misure restrittive delle libertà fondamentali che possono essere adottate al fine della prevenzione e del contenimento di un'epidemia<sup>109</sup>.

Il carattere specialistico della legge rivela la tradizione della sanità pubblica tedesca. In Germania il controllo della salute pubblica venne ereditato dalla Prussia e affidato all'amministrazione e al suo apparato, piuttosto che ai medici e alle loro associazioni. L'efficienza amministrativa prussiana e i progressi della medicina trovarono un punto d'incontro nella creazione della scienza dell'amministrazione sanitaria, chiamata *medical police*. Un altro carattere della sanità pubblica tedesca è il suo legame con un corpo di professionisti medici che fin dal XVII secolo ebbe compiti di difesa della salute collettiva nelle autorità costituite da città e regni. Non a caso il termine *medical police* venne coniato da Johann Peter Frank a cavallo tra 1700 e primi del 1800, un medico igienista che si fece portatore dell'idea di basare la forza dello Stato su quella della sua (numerosa) popolazione<sup>110</sup>. La burocrazia sanitaria dominò la scena fin dopo l'unificazione del 1871, quando i successi della batteriologia riportarono ai vertici della sanità i medici<sup>111</sup>.

Il predominio dei medici nelle strutture e negli interventi di sanità pubblica fu usato per fini aberranti dal regime nazista, ma la fine della guerra determinò lo smantellamento delle politiche razziali e eugenetiche.

Nella Repubblica federale i servizi di sanità pubblica sono parte del sistema sanitario di cui costituiscono il terzo pilastro (oltre a assistenza ospedaliera e territoriale, basate prevalentemente su un sistema universale mutualistico). Sono organizzati dai Länder, che affidano i relativi compiti agli uffici d'igiene pubblica, dislocati sul territorio, a livello comunale o regionale. In questo come in altri campi si realizza un federalismo di esecuzione, nel quale alla Federazione spettano compiti legislativi e ai Länder quelli di dare attuazione alle scelte federali.

<sup>108</sup> Tanto lo stato di tensione (art. 80a GG) quanto lo stato d'assedio (115a-115c GG) sono applicabili solo in caso di attacco militare esterno o di grave minaccia all'ordine liberal-democratico interno. Il cd. *innerer Notstand* (emergenza interna) previsto all'art. 35 GG (aiuto reciproco Bund-Länder in caso di disastro), che pur si adatterebbe al carattere "neutro" della minaccia in corso, si limita a disporre l'impiego della polizia federale o dell'esercito per supportare una catastrofe naturale accorsa in uno dei Länder e dunque non risponde alle esigenze poste dalla pandemia in corso.

<sup>109</sup> L'art. 74 GG disciplina la potestà legislativa concorrente in materia sanitaria, comma 1, n. 12, 19, 19a, 20 e 26. L. Cristanelli, *Il riparto costituzionale delle competenze legislative nel sistema sanitario tedesco*, in R. Balduzzi (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, 2009, 128 ss.

<sup>110</sup> D. Porter, *Health, Civilization and the State*, London and New York, 1999, 51 ss.

<sup>111</sup> P. Weindling, *Public Health in Germany*, in D. Porter (ed.), *The History of Public Health and the Modern State*, cit., 119 ss.

Le principali caratteristiche della sanità pubblica tedesca sono la condivisione delle responsabilità tra Länder e governo locale e il rafforzamento della visione collettiva della tutela della salute della popolazione, contro la prospettiva dominante all'interno dei sistemi sanitari, che vede la sanità orientata al paziente e quindi all'individuo<sup>112</sup>. La complementarietà tra sanità pubblica e assistenza sanitaria è uno dei punti di forza del sistema, assieme al coordinamento tra livelli di governo.

La legge federale per la prevenzione e il contrasto di infezioni riconosce al Ministro della salute la possibilità di costituire una task force, che opera con l'ausilio di altri ministri, dei Länder, e del Koch Institute. Quest'ultimo è specializzato nella vigilanza epidemiologica, nella prevenzione e nella ricerca, ed è investito dalla stessa legge del ruolo di centro di riferimento scientifico (§ 4), in grado di fornire assistenza scientifica alle decisioni<sup>113</sup>. Il Governo federale deve adottare, d'intesa con il Bundestag, un piano di informazione tra Bund e Länder, per monitorare e prevenire il diffondersi delle malattie, assumere i necessari provvedimenti d'accordo con i Länder. Ogni Ministero della Salute può quindi adottare misure per l'intero territorio del rispettivo Land oltre a dare istruzioni alle autorità distrettuali e locali<sup>114</sup>. Nel campo della prevenzione di infezioni la Federazione ha infatti solo una capacità amministrativa limitata.

Quando si presenta un'emergenza causata da una malattia infettiva i Länder possono esercitare poteri investigativi ed ispettivi su luoghi, impianti e mezzi di trasporto, per la prevenzione e la profilassi, da attuarsi con gli uffici di igiene. A questo fine viene espressamente derogata la libertà di domicilio tutelata dalla Costituzione (§16). Limiti alla libertà personale, anche in deroga all'art. 2 GG, sono previsti per prelievi, attività diagnostiche e simili, ma non i trattamenti sanitari obbligatori (§25). La stessa tecnica della limitazione proporzionale e necessaria viene usata per isolamento e quarantena, e misure limitative di libertà di riunione e circolazione, e della libertà economica (§§25 ss). Le ragioni dell'enunciazione specifica dei diritti da limitare e delle misure che possono essere adottate è conseguenza della clausola costituzionale contenuta nel GG, art. 19.1, che consente la limitazione per legge dei diritti solo se espressamente individuati<sup>115</sup>. Il rispetto dei requisiti di necessità, proporzionalità e adeguatezza viene inoltre garantito dal controllo giurisdizionale sugli atti. I giudici ordinari, pur

---

<sup>112</sup> K. D. Plümer, *Germany*, in B. Rechel et al. (eds.), *Organization and financing of public health services in Europe Country Reports*, WHO Series, 2018, 36 ss.

<sup>113</sup> Il Robert Koch Institut (RKI) ha predisposto e rivisto per l'occasione il piano antipandemico.

<sup>114</sup> J Woelk, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das!"*, in *DPCE online*, 2020/2, 1717 ss.

<sup>115</sup> Il Tribunale federale tedesco si è già espresso sulla costituzionalità di provvedimenti che limitano le libertà, ritenendo sempre inammissibili le istanze di sospensione. In un caso ha comunque rilevato la mancanza di giustificazione di una misura limitativa della libertà religiosa per non aver determinato con adeguatezza e proporzionalità l'estensione della stessa. 1 BvR 755/20, Press Release No. 23/2020 of 08 April 2020, *Unsuccessful applications for preliminary injunctions in relation to the COVID-19 pandemic*.

riconoscendo il loro fondamento legale, hanno dimostrato grande attenzione per il modo in cui vengono attuate le misure restrittive<sup>116</sup>.

I Governi dei Länder hanno altresì il potere di emanare regolamenti con le prescrizioni ed i divieti corrispondenti; possono altresì assegnare detto potere regolamentare ad altre autorità pubbliche (§§ 17 e 32).

Tutte le strutture (ospedali, medici, ufficio di igiene, RC Institut, Bund, Lander, Comuni) sono chiamate alla collaborazione, alla corretta comunicazione, al rispetto dei limiti stabiliti per i poteri che si esercitano per la difesa della salute<sup>117</sup>. In effetti con l'aggravarsi della pandemia, Governo federale e Lander hanno concordato linee guida per evitare una eccessiva differenziazione, che non hanno impedito alcune iniziative specifiche e diverse di Länder come la Baviera<sup>118</sup>.

La dialettica tra difensori della ragioni dell'unità e della differenziazione ha trovato una parziale sintesi nella modifica del § 5 IfSG per attribuire maggiori poteri alla Federazione e al Ministro della salute (con il supporto del Koch Institute) nel caso il Bundestag dichiari l'emergenza pandemica.

Se da un lato sono stati i Lander ad adottare le misure restrittive delle libertà, essi hanno tratto legittimità da un atto federale di autorizzazione, sono il frutto di una concertazione verticale e soprattutto della guida scientifica del Robert Koch Institut. La Federazione si è giovata delle linee adottate dall'organo per coordinare la risposta sanitaria e normativa al Covid-19.

La risposta normativa e istituzionale, pur con alcuni momenti di tensione tra centro e periferia, sembra aver trovato le sedi adeguate per la composizione, grazie anche alla forte leadership politica della Merkel.

Più complesso e articolato il discorso sulla risposta sanitaria. È molto difficile avere un quadro chiaro e definito dell'organizzazione e il funzionamento della sanità pubblica, proprio a causa della frammentazione e diversa distribuzione di strutture e personale, delle disposizioni di dettaglio che i Länder possono adottare. Come detto il sistema risulta molto coeso e integrato a livello territoriale, può contare su una rete ospedaliera imponente e su risorse ingenti<sup>119</sup>.

Nella prima fase della pandemia, fino all'autunno del 2020, la Germania è riuscita a contenere infezioni e morti, grande anche a uno sforzo di

---

<sup>116</sup> Si veda ad esempio la sentenza BVerfG, 7.4.2020, 1 BvR 755/20, para. 11, sul divieto di uscire dalla propria abitazione e BVerfG, 10.4.2020, 1 BvQ 28/20, para. 14, sulla libertà di religione. In entrambi i casi la pronuncia attua un bilanciamento tra la salute pubblica e gli altri diritti costituzionali che parte dalla verifica della proporzionalità delle misure.

<sup>117</sup> L. Hering, *Covid-19 and constitutional law: the case of Germany*, in [www.comparativecovidlaw.it](http://www.comparativecovidlaw.it) 20 dicembre 2020.

<sup>118</sup> G. Taccogna, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in *federalismi.it. Osservatorio Covid*, 30 marzo 2020.

<sup>119</sup> Secondo i dati Eurostat del 2019 la Germania investe in sanità l'11,1 del PIL, attestandosi al primo posto in questa speciale classifica. *Healthcare expenditure statistics*. Dati relativi all'anno 2017, in [ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Healthcare\\_expenditure\\_statistics](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Healthcare_expenditure_statistics).

tracciamento imponente<sup>120</sup>. Nonostante ciò, la c.d. seconda ondata della pandemia, che si è abbattuta sul paese tra la fine del 2020 e i primi mesi del 2021, ha costretto il Governo federale a sostenere il sistema sanitario con le misure di Lockdown generalizzato, a testimonianza che nei momenti più difficili della crisi l'alleanza tra sanità pubblica e diritto diventa indispensabile per contrastare le minacce del Coronavirus.

## 7. Riflessioni finali

Dall'analisi degli ordinamenti che vantano una consolidata tradizione di interventi a difesa della salute della popolazione emerge come la tutela della salute pubblica sia sempre rimasta nella sfera pubblica, mentre l'assistenza sanitaria si è sviluppata a cavallo tra pubblico e privato, e ancor oggi si muove tra queste categorie. Sul fronte dell'assistenza sanitaria quasi tutti gli ordinamenti considerati hanno vissuto il passaggio dal privato al pubblico, nel senso che i compiti di assistenza e cura, affidati alla Chiesa, alle associazioni caritatevoli, alle autorità locali, sono stati presi in carico da sistemi sanitari nazionali. L'istituzione di un sistema nazionale è stato in diversi casi un fattore di national building, un elemento su cui costruire il concetto di cittadinanza nel XX secolo.

Fa eccezione il caso degli Stati Uniti, dove a lato della sanità pubblica, il cui governo è condiviso tra Federazione e Stati, opera un sistema di assistenza articolato e composto da soggetti pubblici e privati, ma prevalentemente affidato a questi ultimi. Privati sono la maggior parte degli erogatori, i contratti per l'assistenza, la gestione delle strutture.

Ne viene che mentre nel caso dei Paesi dell'Europa continentale la regola è l'integrazione tra apparato di sanità pubblica e apparato di assistenza sanitaria, negli Stati Uniti la regola è la separazione. Tuttavia, la pandemia da Covid-19 ha evidenziato la necessità dell'alleanza tra i due pilastri della sanità. Prova ne sia che la Federazione è stata costretta a sostenere programmi pubblici di assistenza in deroga alle condizioni ordinarie che richiedono una copertura assicurativa per ricevere le cure.

L'Inghilterra offre l'esempio di una terza via: conservare allo Stato la gestione della sanità pubblica, ma separarla dall'organizzazione del sistema sanitario. Nel percorrere questa strada il Regno Unito, o meglio i suoi quattro sistemi sanitari, ha vissuto non poche difficoltà dovute alla perdita di una secolare tradizione di professionalità e competenze.

Eppure, Stati Uniti e Regno Unito (Inghilterra in primis) si sono dimostrate le più celeri (al momento in cui si scrive) nel produrre e inoculare i vaccini, frutto di un invidiato primato nella ricerca e della disponibilità di risorse.

Il dato sui vaccini evidenzia due fattori decisivi per il confronto tra sistemi di sanità pubblica: il primo fattore riguarda le risorse che ogni Paese decide di destinare alla ricerca e all'innovazione; il secondo fattore riguarda

---

<sup>120</sup> OECD, *Health at Glance: Europe 2020*, Parigi, 2020, 36.

il grado di specializzazione della sanità pubblica. Pur considerando tutti i problemi di accessibilità ed equità che caratterizzano la sanità statunitense, e la crisi delle risorse che affligge la sanità britannica (ma il NHS è ancora la prima industria del Paese per forza lavoro) la cultura della Public Health e della Public Health Law ha dimostrato di possedere ancora grandi potenzialità.

Quest'ultima considerazione ci conduce al ruolo del diritto per la tutela della salute pubblica. Le misure adottate dagli Stati analizzati nel presente studio sono simili, riguardano le libertà individuali e collettive, civili, politiche ed economiche. La differenza è data dalla presenza/assenza di una disciplina specifica per l'emergenza sanitaria, e dal grado di limitazione della sfera privata.

La specializzazione della disciplina dell'emergenza sanitaria rispetto a quella riconducibile a questioni di sicurezza interna e esterna, si è dimostrata un vantaggio per la stabilità del sistema. Nell'ottica di rafforzare la legislazione sanitaria anti-pandemica andrebbe seguito l'esempio dei Paesi che hanno una normativa di settore (Germania e USA ad esempio) attenta a definire poteri, responsabilità e diritti avendo presente che si tratta di un problema di sanità, e non di ordine pubblico. Questo approccio è particolarmente consono al contesto angloamericano, ma non è estraneo ad alcuni ordinamenti europei.

Ogni qual volta si ricorre a misure più generali, e tutti gli Stati esaminati vi hanno fatto ricorso, significa che la risposta sanitaria è stata insufficiente, che il diritto ha colmato uno spazio che doveva essere occupato dalla sanità. Persino in Germania, dove la sanità ha una forte organizzazione territoriale, un apparato di tracciamento e monitoraggio efficiente, e strutture ospedaliere come nessun altro paese europeo, la risposta sanitaria da sola appare insufficiente.

Tanto più se si considera che il ruolo delle misure limitative della libertà (e dunque del diritto) nella lotta alle malattie contagiose ha compiuto pochi progressi negli ultimi decenni. Lo conferma il fatto che essa ha conservato gli iniziali strumenti di controllo delle epidemie: cordoni sanitari (zone rosse); quarantene dei contatti; isolamento degli infetti; investigazioni (*contact tracing*), rinunciando alla ricerca di nuovi strumenti o ad affinare quelli esistenti, della medicina di base e del territorio.

Ciò conduce alla conclusione che gli attuali apparati di sanità pubblica, i piani pandemici, e tutto ciò che anche a livello internazionale è stato pensato per le crisi sanitarie, necessita di adeguamenti rilevanti.

Uno dei punti critici nella risposta sanitaria alla crisi da Covid-19 è stato senza dubbio la distribuzione territoriale dei compiti. Il decentramento dei poteri è stato percepito come una debolezza. È sembrato, nei momenti più acuti della pandemia, che solo lo Stato centrale fosse in grado di controllare la diffusione dei contagi con i compiti di *police* sanitaria.

I problemi di coordinamento verticale sono imputabili in alcuni casi alla cornice normativa, come negli Stati Uniti, e in altri casi, come l'Italia, alla incapacità politica di esercitare le competenze statali. Analoghi problemi

si sono avuti nel Regno Unito<sup>121</sup>, dove la devolution sanitaria è stata usata per contestare le scelte di Londra, e in Francia, dove il conflitto sulle competenze ha interessato il livello locale.

Se da un lato s'invoca il coordinamento unitario dello Stato e dall'altro la c.d. sanità territoriale, si pone il problema di conciliare la dimensione geografica degli interventi. Sembrerebbe che le ragioni dell'unità siano più forti quando s'invoca la forza del diritto per imporre misure restrittive delle libertà, mentre le ragioni della differenziazione debbano prevalere nell'organizzazione e gestione dei servizi sanitari. Vanno dunque tenute distinte le risposte della sanità dalle risposte di pubblica sicurezza adottate a fini sanitari. Ciò che fa la differenza, in meglio, è comunque il buon funzionamento di meccanismi di coordinamento e collaborazione. Dalla sovrapposizione di compiti può scaturire una risposta sproporzionata, che comprime eccessivamente le libertà e i diritti, o crea disequaglianze territoriali tra comunità territoriali o nazionali.

Un altro esempio di quali siano le carenze delle normative in vigore è offerta dalla recente istituzione di comitati scientifici e organismi tecnici. Le risposte all'emergenza sanitaria da Covid-19 hanno ricercato con particolare insistenza l'ausilio della scienza, nell'intento di offrire la migliore protezione possibile alla salute della popolazione, legittimare le scelte e garantire i cittadini nei confronti di decisioni eccessivamente discrezionali della politica.

Da quanto detto emerge chiaramente come la tutela della salute pubblica necessiti di riforme organizzative e normative che aggiornino gli strumenti a disposizione dei sistemi sanitari. Una delle novità più rilevanti degli ultimi decenni è stata l'adozione di misure di contrasto delle pandemie da parte di organismi sovranazionali.

L'Organizzazione mondiale della sanità e l'Unione europea hanno approvato un Regolamento internazionale (IHR 2005) e una Decisione (la n. 1082/13) che istituisce un sistema di allerta e risposta ai rischi pandemici<sup>122</sup>. In quell'occasione è emerso il problema delle differenze tra legislazioni nazionali, e le difficoltà di coordinamento, che hanno acquisito una ancor maggiore evidenza all'esplosione della pandemia da Covid-19.

La pandemia essendo globale, e i poteri di tutela della salute prevalentemente nazionali, è necessario che l'alleanza tra sanità e diritto in questi casi varchi i confini degli Stati. Per contro, si assiste a divieti posti dagli Stati all'ingresso delle persone e competizione per accaparrarsi beni sanitari. Il diritto europeo e quello internazionale hanno tentato di regolare il settore, ma l'effettività delle regole è molto incerta, come dimostra la vicenda dei contratti per l'approvvigionamento dei vaccini.

---

<sup>121</sup> C. Mullan, *No unity in the United Kingdom*, in *Verfassungsblog*, 26 giugno 2020

<sup>122</sup> La gestione di una potenziale pandemia globale da parte dell'OMS è prevista da un documento tecnico, il *WHO Pandemic Influenza Risk Management* (2017) che individua – in una logica di gradualità – due fasi (Alert Phase e Pandemic Phase). I.R. Pavone, *La dichiarazione di pandemia di covid-19 dell'OMS: implicazioni di governance sanitaria globale*, in *BioLaw Journal*, Online First (27 marzo 2020).

Un ostacolo alla convergenza delle risposte nazionali è di ordine terminologico, già in ambito europeo vengono usate espressioni diverse, come *public health*, *medical police*, *igiene*, *santè publique*<sup>123</sup>, che corrispondono a settori della medicina e del diritto non sempre coincidenti. Nelle pagine precedenti sono state espresse le ragioni storiche per le quali sono stati adottati termini diversi, ai quali corrispondono diverse *ratio legis*.

Ancor più rilevante è il problema politico, di visione della crisi, che può essere affrontata sia all'interno degli Stati decentrati sia nei rapporti tra Stati e macroaree del mondo, in un'ottica competitiva o cooperativa. Da questa alternativa discende la scelta degli apparati e dei modelli di intervento per la tutela della salute collettiva, che ci riconducono al punto di partenza, quello dei valori e dei principi costituzionali su cui si basa il rapporto tra Stato e cittadini, nello specifico campo della salute.

*Giuseppina Carboni*

Dip.to di Scienze economiche e aziendali  
Università degli studi di Sassari  
[carboni@uniss.it](mailto:carboni@uniss.it)

---

<sup>123</sup> S. Kaiser, J. P. Mackenbach, *Public health in eight European countries: an international comparison of terminology*, in *Public Health*, 2008, 122, 211–216.