

Diritto dell'emergenza e pluralismo territoriale nel contesto europeo*

di *Francisco Balaguer Callejón*

Abstract: Emergency law and territorial pluralism in the european contest – This work analyzes the relationship between emergency law and territorial pluralism in the European context. It realizes the difficulty in drawing conclusions in relation to the effectiveness of the response to the health crisis considering the variable of territorial pluralism. The difficulty in harmonizing an emergency law culturally configured in the national State with the new global crises, such as the health crisis, is then analyzed. Considering the incidence of emergency law in the legal system and in relation to the rules on legal production (including those that regulate emergency law itself), the flexibility and anti-formalism of emergency law is especially valued, as well as the collaboration between the different institutions and levels (European, state, and regional).

Keywords: Emergency law; Territorial pluralism; European Union; Health crisis; Rules on legal production.

1. La crisi sanitaria e il pluralismo territoriale

Sono passati più di due anni da quando il virus è apparso a pieno regime in Europa, proprio in Italia. Forse il compito di ricostruire quanto accaduto in questi anni spetterà agli storici, che hanno una vocazione e una funzione diretti a dare vita a narrazioni proprio partendo dalla confusione generale dei fatti. Noi giuristi siamo invece abituati a confrontarci con parametri. Non tanto per ricostruire i fatti e descriverne il significato, ma per utilizzarli come materiale che permetta di trarre conclusioni giuridiche.

Infatti, se vogliamo trarre qualche lezione dalla pandemia e dal suo impatto sul rapporto tra diritto di emergenza e pluralismo territoriale nel contesto europeo, dobbiamo prima definire il campo e le condizioni dell'analisi, cosa per nulla facile. Quale dovrebbe essere il parametro? In altre materie e in altre occasioni abbiamo fatto confronti tra Stati regionali e federali (Italia, Spagna, Germania, Austria, per esempio) per determinare quale formula di decentramento sia stata più efficace o per trarre insegnamenti che potessero aiutarci ad affrontare un problema specifico.

* Traduzione dal castigliano di Giacomo Palombino.

Abbiamo anche messo a confronto le risposte del pluralismo territoriale con gli Stati unitari (Francia, Portogallo, per esempio) con lo stesso scopo di fare luce sulle questioni che ci sono state presentate.

Come ci poniamo, allora, in relazione alla gestione della cosa pubblica di fronte alla crisi sanitaria? Nel caso della pandemia, sembra che la valutazione dell'efficacia della risposta al controllo della morbilità e della mortalità debba essere un riferimento fondamentale da tenere in considerazione. Ora, sembra che non ci sia una logica per introdurre qui la variabile del pluralismo territoriale al fine di realizzare un confronto che vada, considerato che c'è stato di tutto¹, dagli Stati federali che hanno operato in modo catastrofico, come nel caso degli Stati Uniti di Trump² o del Brasile di Bolsonaro, agli Stati unitari che neanche hanno operato particolarmente bene, come Francia³ o Portogallo, i cui dati sono comparabili in termini generali (se si tiene conto non solo della letalità, ma anche della mortalità) a quelli di Spagna⁴, Italia⁵ o Germania⁶.

Per quanto riguarda le classificazioni che potremmo effettuare sulla base del pluralismo territoriale come variabile, dobbiamo ricordare le carenze che Borges⁷ ha segnalato in qualsiasi sistema di classificazione, indicando come esempio quello contenuto in una certa enciclopedia cinese intitolata *Emporio celestial de conocimientos benévolos*: "En sus remotas páginas está

¹ Non è possibile esprimere un giudizio conclusivo in questo senso, come fa notare E. Ceccherini, *I rapporti fra centro e periferia alla prova delle emergenze sanitarie*, in corso di stampa in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 38.

² Senza dimenticare che anche altri fattori hanno influito, al di là della caotica personalità dell'allora Presidente. Cfr., sul punto, E. Mostacci, *COVID vs. Trump, presente il primo violino, si attende il direttore d'orchestra*, in Lorenzo Cuocolo (cur.), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, federalismi.it, 2020.

³ F. Gallarati, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. La gestione dell'emergenza sanitaria in Francia e Spagna*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, cit.

⁴ Cfr. F. Balaguer Callejón, *La pandemia y el Estado Autónomico*, in J. Tudela Aranda (cur.), *Estado Autónomico y covid-19*, Colección Obras colectivas, Zaragoza, 2021. Sugli effetti generali della pandemia sul sistema costituzionale, cfr. P. Biglino Campos, J.F. Durán Alba (cur.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional. Estudios sobre la primera oleada*, Zaragoza, 2021. In particolare, sul diritto emergenziale in pandemia, cfr. C. Garrido López (cur.) *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Zaragoza, 2021.

⁵ Cfr. S. Gambino, *Costituzionalismo sociale e (contrasto della) pandemia fra Stato, regioni e integrazione europea*, in corso di stampa in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 38; Cfr. anche G. D'Ignazio, *L'impatto del Covid-19 sullo Stato regionale in Italia: alcune riflessioni*, in *Pluralismo nel diritto costituzionale comparato. Blog per i 70 anni di Roberto Toniatti*. Cfr., allo stesso modo, L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, cit. Cfr., infine, G. Marchetti, *Le conflittualità tra governo e regioni nella gestione dell'emergenza covid-19, i limiti del regionalismo italiano e le prospettive di riforma*, in *Centro Studi sul Federalismo*, 2021.

⁶ Cfr., sul punto, G. Taccogna, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, cit.

⁷ J.L. Borges, *El Idioma Analítico de John Wilkins*, in *Otras inquisiciones*, 1952, ora in *Obras completas 1923-1972*, Buenos Aires, 1974, 708.

escrito que los animales se dividen en (a) pertenecientes al Emperador, (b) embalsamados, (c) amaestrados, (d) lechones, (e) sirenas, (f) fabulosos, (g) perros sueltos, (h) incluidos en esta clasificación, (i) que se agitan como locos, (j) innumerables, (k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, (l) etcétera, (m) que acaban de romper el jarrón, (n) que de lejos parecen moscas”. La conclusión que extrae Borges es que “no hay clasificación del universo que no sea arbitraria y conjetural. La razón es muy simple: no sabemos qué cosa es el universo”.

Se proviamo a stabilire una classifica dei paesi in cui combiniamo la variabile del pluralismo territoriale con l'efficacia della risposta al virus, forse otterremo una classificazione simile a quella di quell'enciclopedia cinese. Il motivo è che ci mancano molti riferimenti che dovrebbero essere incorporati nell'analisi in modo da poter avere un quadro davvero accurato. Ad esempio, il legame tra il grado di trasmissibilità e le caratteristiche della popolazione, soprattutto con l'invecchiamento (fattore che ha influenzato sia l'Italia che la Spagna), o la letalità con l'apertura dei paesi all'esterno (ugualmente importante nelle aree turistiche come Spagna o Italia). Allo stesso modo, vanno tenute in considerazione le condizioni del sistema sanitario (fortemente danneggiato sia in Italia che in Spagna e in altri paesi europei a causa delle restrizioni imposte a seguito della crisi finanziaria del 2008).

Ci sono altri dati che non possono più essere incorporati nell'analisi perché non li conosciamo e non potremo mai conoscerli. Le statistiche che ci vengono proposte sul numero dei contagi, ad esempio, non sono comparabili, perché sono sempre dipese dal numero di test per abitante, che è una cifra dove le oscillazioni sono enormi. Se in un paese vengono effettuati dieci volte più test che in un altro, è normale che le statistiche mostrino dieci volte più contagi, ma quei dati non sono reali. Lo stesso si può dire dei dati sulla mortalità, anch'essi non confrontabili perché ogni Paese ha deciso in base a propri criteri se i decessi fossero dovuti o meno al Covid⁸.

Anche qualora avessimo tutti i dati, questi fossero affidabili e avessimo progettato algoritmi utili per poterli elaborare e interpretare correttamente, il risultato non ci direbbe comunque nulla di rilevante sull'incidenza dell'organizzazione politica e, nello specifico, del pluralismo territoriale, nella lotta alla pandemia. In realtà, per parlare di reale efficacia nella lotta alla pandemia, dobbiamo spostarci in altre aree geografiche. Ad esempio, Taiwan⁹, che con un totale di 9 morti dall'inizio della pandemia fino alla fine del febbraio 2021 (su una popolazione di 23 milioni), o la Corea del Sud, con meno di 1.600 (su una popolazione di 51 milioni). Si potrebbe dire che si tratta di una questione di natura culturale (per alcune peculiarità della cultura orientale) e c'è chi ha cercato di basarsi su questi criteri per spiegarlo, ma nel

⁸ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Crisis sanitaria y derecho constitucional en el contexto global*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 46, 2020.

⁹ I dati che seguono sono stati estratti in diversi periodi di tempo da www.worldometers.info/coronavirus/#countries.

caso dell'Australia non funziona, per esempio, con meno di 1.000 morti da quando è iniziata la pandemia (su una popolazione di 25 milioni) in quelle stesse date.

Anche in questi paesi i dati sono cambiati nel tempo, pur rimanendo molto buoni fino all'inizio di ottobre 2021. Nel caso di Taiwan, meno di 1.000 morti dall'inizio della pandemia (846 fino all'11 ottobre 2021) o della Corea del Sud, con meno di 3.000 (2.583) e Australia, con meno di 2.000 morti (1.448). Alla fine di maggio 2022, la situazione era ancora ragionevolmente buona a Taiwan il 29 maggio (2.056 morti al 29 maggio), considerevolmente peggiore in Australia (8.460 morti) e purtroppo piuttosto negativa in Corea del Sud (24.158 morti). È altrettanto difficile spiegare che un Paese di 23 milioni di abitanti abbia solo 9 morti nell'anno più difficile della pandemia, o che un altro di 51 milioni di abitanti abbia solo 1.600 morti nel primo anno di pandemia e, tuttavia, un anno dopo ne raggiunga più di 24.000.

I dati sono difficili da gestire e da comprendere. E anche incrociandoli con la variabile del pluralismo territoriale, non potremmo comprenderli meglio. Se analizziamo i dati in relazione ai paesi europei che hanno diversi sistemi di organizzazione territoriale, Francia, Italia, Spagna, Regno Unito e Germania, non possiamo nemmeno trarre conclusioni rilevanti, perché sono abbastanza simili. Nella fase iniziale della pandemia, il Regno Unito ha risposto peggio a causa delle tentazioni populiste di Boris Johnson, ma la situazione è tornata in tempi relativamente brevi ai normali parametri di azione. Se c'è qualcosa che si può evidenziare, è il totale fallimento della lotta alla pandemia negli Stati Uniti, fortemente condizionati dalla deriva erratica dell'amministrazione Trump, e in Brasile, per gli atteggiamenti populistici di Bolsonaro.

Ma anche questi esempi di terribile risposta populista da parte dei poteri federali o centrali ci mostrano quanto il pluralismo territoriale possa contribuire in situazioni di bisogno. Le carenze a livello federale o centrale sono state compensate a livello statale o territoriale, così mitigando notevolmente l'impatto causato dal mancato controllo delle politiche populiste. Negli stati centralizzati ciò non sarebbe stato possibile e le cifre di morbilità o mortalità sarebbero state ancora più elevate. Il pluralismo territoriale ha giocato in questi paesi come un limite al potere irrazionale federale o centrale, rendendo possibile una protezione minima ad altri livelli di governo. Lo stesso si potrebbe dire, in senso inverso, in altri paesi dove si sono sviluppate tentazioni populiste a livello territoriale.

Oltre alle difficoltà nel costruire un parametro operativo che consenta di confrontare il pluralismo territoriale con altri modelli per valutare l'efficacia della risposta alla pandemia e al diritto emergenziale, bisogna considerare altre variabili. Ad esempio, quello del contesto politico: il sistema dei partiti, la frammentazione politica, le condizioni dell'azione di governo (a maggioranza assoluta o relativa) o le condizioni dell'azione pubblica al di là dell'aspetto territoriale: se si tratta di sistemi presidenziali o parlamentari.

Tutte queste variabili rendono difficile la costruzione di un parametro e l'esercizio del confronto giuridico perché può accadere che il fattore che più ha influito sul trattamento della crisi sanitaria non sia stato quello del pluralismo territoriale, bensì la configurazione specifica dei sistemi politici centrali e territoriali¹⁰.

Molte sono le problematiche che rendono difficile una valutazione puntuale della crisi sanitaria e della normativa emergenziale in relazione al pluralismo territoriale. Ci muoviamo su un terreno molto instabile in cui alcune variabili circostanziali potrebbero essere state determinanti e in cui, inoltre, è difficile fare una valutazione con la piena conoscenza di tutti i dati e con la prospettiva che il tempo ci offre. Tuttavia, questa riflessione provvisoria è necessaria, anche se resta a metà strada e con il peso di questi fattori condizionanti. Può sempre essere utile capire cosa stia succedendo e offrire futuri orientamenti che consentano di migliorare le dinamiche politiche e costituzionali in una nuova situazione di crisi della portata di quella che stiamo vivendo.

Al di là del tema dell'efficacia, così legato a variabili incontrollabili o sconosciute che potrebbero portarci a una valutazione tanto sfocata come quella dell'*Emporio celestial de conocimientos benévolos* di cui sopra, abbiamo molti altri aspetti su cui focalizzare il rapporto tra pluralismo territoriale e diritto dell'emergenza. Uno dei principali è, senza dubbio, la questione di come conciliare l'alto grado di formalizzazione insito nel pluralismo territoriale, come garanzia di autonomia politica, e la flessibilità che richiede la risposta a una situazione di emergenza. Ma prima di entrare in quel punto dobbiamo fermarci alla precedente caratterizzazione del diritto dell'emergenza.

Come vedremo, sorgono dubbi sull'idoneità di un diritto emergenziale culturalmente sviluppata nel quadro della sovranità statale, in relazione a crisi interne temporanee, per far fronte alle nuove crisi del XXI secolo. Alcune crisi globali e permanenti, generate al di fuori dello Stato e culturalmente estranee al diritto costituzionale. Le caratteristiche essenziali del diritto emergenziale: provvisorietà, proporzionalità e controllo, riferite all'ordinamento statale, sono soggette a specifiche tensioni in nuove situazioni di bisogno derivate da fattori esterni di portata globale.

2. Il diritto emergenziale nazionale dinanzi alle crisi globali

Le misure che sono state adottate per far fronte alla crisi sanitaria prevedono l'attuazione di norme di emergenza che limitano diritti fondamentali di ampi

¹⁰ Come si afferma nel Rapporto della Commissione di Venezia *Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency*, del 26 maggio 2020, p. 3: "It should be said at the outset that identifying best practices in this area is not simple: the current experience shows that even states with very similar constitutional models, such as Sweden and Finland, can have quite different ways of dealing with emergencies. It seems evident that history and cultural factors play an important role in this context".

strati della popolazione, impedendo la loro libertà di movimento, limitando l'accesso ai centri e agli spazi pubblici, stabilendo la sospensione delle attività accademiche, ecc. La preservazione della vita e della salute delle persone ha richiesto quelle misure e poco o nulla si può opporre loro se si guarda al peso costituzionale di quei valori che è necessario attuare in momenti particolarmente drammatici come quelli che abbiamo vissuto con la pandemia. Ma è un ulteriore passo in avanti di un diritto costituzionale sempre più privato dei presupposti di "normalità costituzionale" che furono definiti in un tempo diverso, quello delle costituzioni normative della seconda metà del secolo XX, che regolavano il loro spazio nazionale senza grandi interferenze esterne¹¹.

La crisi sanitaria del 2020 è un passo in più nella progressiva "de-normalizzazione" del diritto costituzionale nel XXI secolo. Lo è, inoltre, perché porta al suo interno molte altre crisi, tra le altre una nuova crisi economica. Come se tutto ciò non bastasse, la guerra in Ucraina ci ha riportato agli equilibri del terrore del XX secolo, incapace in questo caso di funzionare come prima, evitando guerre che potrebbero generare pericolose escalation tra potenze nucleari. La guerra in Ucraina è una guerra del XX secolo, risponde ai parametri geostrategici di un tempo passato, non corrisponde alla globalizzazione del XXI secolo e rischia di finire soffocata in breve tempo dalla pressione della globalizzazione dinamica. Ma, intanto, continua ad essere una battuta d'arresto di una civiltà piena di disumanità e un fallimento del diritto, della ragione e dei valori del costituzionalismo.

Le grandi crisi che si sono finora generate nel XXI secolo hanno un elemento comune: si sono sviluppate tutte al di fuori dello Stato, incidendo in varia misura sulle strutture statali. Quelle di maggiore portata globale sono state la crisi finanziaria del 2008, la crisi democratica del 2016¹² e la crisi sanitaria del 2020. Quest'ultima, di portata globale e con una profondità che ha colpito tutti i settori della società e tutti gli ambiti della vita delle persone, ha costretto a considerare tutti i fattori coinvolti, scientifici, economici e logistici, tra gli altri, rendendo difficili le opzioni politiche e le risposte giuridiche

La crisi sanitaria è una crisi globale, una crisi di durata indefinita e con una dimensione straordinaria, che non permette soluzioni analoghe ad altre crisi costituzionali che storicamente si sono strutturate attorno a grandi

¹¹ Cfr. F. Balaguer Callejón, *El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas*, in F. Balaguer Callejón, E. Guillén López, M. Azpitarte Sánchez e J.F. Sánchez Barrilao (cur.), *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Madrid, 2020.

¹² Cfr. F. Balaguer Callejón, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI*, in *Nomos | Le attualità nel diritto*, 2018: www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Balaguer_Constituzionalismo.pdf. Versione italiana: "Le due grandi crisi del costituzionalismo di fronte alla globalizzazione nel XXI secolo", in F. Lanchester (cur.), *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, Padova, 2019, 59-82.

movimenti sociali e conflitti politici per il controllo del potere dello Stato. Questa è una crisi che riflette le grandi trasformazioni del costituzionalismo nel XXI secolo: prevalenza della scienza, della tecnologia e dell'economia sulla politica e sulla Costituzione, maggiore potere degli agenti globali sullo Stato e incapacità di quest'ultimo di fornire una risposta adeguata ai problemi. Questo non ci impedisce di riconoscere come lo Stato si sia dimostrato l'unico a dare una risposta, ma una risposta insufficiente proprio perché i problemi globali richiedono risposte globali.

La natura globale della crisi è legata a una situazione paradossale perché lo Stato ha apparentemente recuperato gran parte del ruolo di primo piano che aveva perso con la globalizzazione. Ma si tratta di una ripresa ingannevole poiché, in realtà, l'intervento dello Stato si pone come *extrema ratio*, proprio per la sua incapacità di concordare con altri Stati sui meccanismi internazionali per affrontare la crisi, mentre di fronte alla crisi la sua debolezza si è accentuata rispetto ai grandi attori globali¹³.

In realtà, tutte queste crisi hanno come riferimento essenziale la globalizzazione, e in tutte lo Stato ha dovuto intervenire come strumento regolatore anche se in misura diversa. A causa della crisi finanziaria del 2008 si è generata una sorta di "stato di necessità economica" sulla scorta di una narrativa di carattere economico che ha comportato la totale alterazione di alcuni ordinamenti costituzionali, come quelli italiano o spagnolo¹⁴. Un'interpretazione economica della Costituzione che ne ha sostanzialmente alterato il significato¹⁵, soprattutto in termini di pluralismo territoriale, oggetto di fortissimi attacchi nell'ambito di quella narrativa.

La crisi democratica iniziata nel 2016 con l'interferenza delle aziende tecnologiche nel referendum sulla Brexit e nelle elezioni presidenziali statunitensi non ha dato luogo ad alcuna dichiarazione di emergenza, né i suoi effetti hanno configurato una situazione di specifico bisogno. In questo caso è una pioggia sottile che sta impercettibilmente deturpando i processi di comunicazione e le strutture democratiche dei nostri ordinamenti costituzionali. C'è una crescente consapevolezza della necessità di controllare le grandi aziende tecnologiche, ma questa è una crisi latente che non si risolverà in modo visibile come altre, perché non abbiamo indicatori economici o sanitari che ci permettano di identificare in modo così preciso le involuzioni democratiche e l'alterazione silenziosa delle condizioni esistenziali della democrazia pluralista.

La crisi sanitaria è stata finora quella che ha mostrato più chiaramente le condizioni eccezionali, quella che ha costretto a un intervento più intenso

¹³ Cfr. F. Balaguer Callejón, *La gestione della crisi epidemiologica a livello europeo e internazionale*, in L. Chieffi (cur.), *L'emergenza pandemica da Covid-19 nel dibattito bioetico*, Milano, 2021.

¹⁴ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Crisis económica y crisis constitucional en Europa*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 98, maggio-agosto, 2013.

¹⁵ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Una interpretación constitucional de la crisis económica*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 10, n. 19, gennaio-giugno, 2013.

dello Stato e quella che ha messo in primo piano il diritto dell'emergenza. Le limitazioni dei diritti sono state massicce per la loro estensione e intensità, nonché per la loro giustificazione e legittimità, poiché sono state prodotte per salvaguardare la vita nonostante non abbiano potuto impedire la morte di oltre sei milioni di persone nel mondo fino alla fine del maggio 2022. Più di un milione di loro si trova nello stato più potente della terra e che avrebbe dovuto godere delle migliori condizioni per combattere l'epidemia¹⁶.

Una seconda caratteristica di queste tre crisi è la loro permanenza nel tempo. La crisi economica è stata lunga e, appena superata, è tornata con la crisi sanitaria. L'epidemia condiziona la vita di tutto il mondo da più di due anni, con molte oscillazioni, e ancora non si può dire che sia stata completamente superata. La crisi democratica era iniziata già prima del 2016, in gran parte a causa delle conseguenze della crisi finanziaria, e sta diventando sempre più preoccupante, non solo per lo sviluppo del populismo, ma anche per la radicalizzazione e la frammentazione dello spazio pubblico che si sta manifestando con i social network e le applicazioni internet sviluppate dalle grandi aziende tecnologiche (per non parlare dell'ingerenza di alcune di esse nei processi elettorali, minando la qualità democratica degli stessi)¹⁷.

La durata insolita delle situazioni di necessità è particolarmente rilevante per il diritto dell'emergenza perché le situazioni imprevedibili che danno origine al diritto di necessità si verificano solitamente in un periodo di tempo limitato. Nel caso della crisi sanitaria, una pandemia che dura già da più di due anni e non si è ancora conclusa mette in discussione la configurazione stessa del diritto emergenziale.

Una terza caratteristica di queste crisi è che hanno origine non solo al di fuori dello Stato, ma anche al di fuori del diritto costituzionale, cioè al di fuori dei riferimenti culturali del costituzionalismo. Questo ha a che fare con la realtà stessa della crisi sanitaria ed è già avvenuto in precedenza con la crisi economica. Il giurista, e in particolare il costituzionalista o comparatista, deve lasciare la sua zona di comfort per entrare in un mondo sconosciuto. Lo abbiamo visto già con la crisi finanziaria: un nuovo vocabolario, proveniente da una scienza economica con l'obiettivo di determinare opzioni politiche e limiti giuridici, che doveva cominciare a essere compreso per adeguarlo a una prospettiva costituzionale.

Lo stesso si può dire ora con la pandemia, ma in modo molto più grave, perché la crisi sanitaria ha tante crisi al suo interno, a cominciare da una nuova crisi economica. Per analizzare la realtà della crisi sanitaria e vedere l'interazione tra diritto emergenziale e pluralismo territoriale, bisogna considerare molte variabili: da quelle mediche, che condizionano le altre, a

¹⁶ Cfr. www.worldometers.info/coronavirus/#countries.

¹⁷ Cfr. F. Balaguer Callejón, *Social network, società tecnologiche e democrazia*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2019: www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/02/Callejon-3-2019-ver.pdf.

quelle sociologiche, politiche, economiche e anche culturali e psicologiche. Nelle grandi crisi ideologiche e politiche del XX secolo non è stato così. Le crisi si muovevano all'interno dei parametri culturali del diritto costituzionale e venivano risolte con procedure eccezionali da parte dello Stato.

Queste tre caratteristiche della crisi incidono sul nucleo stesso del diritto dell'emergenza. In primo luogo, l'insolita durata delle crisi, che si scontra con la caratteristica essenziale del diritto emergenziale: la sua temporalità, la sua natura provvisoria contrapposta alla normalità "permanente". In secondo luogo, la sua condizione tecnica, dipendente dalla scienza ed estranea al diritto costituzionale, che conduce a un terreno sconosciuto in cui il principio di proporzionalità è più difficile da applicare. In terzo luogo, la sua origine e il suo sviluppo al di fuori dello Stato, che rende difficile il controllo dei poteri pubblici perché la crisi interna, in realtà, riflette la crisi globale e non si presta a una soluzione esclusivamente statale.

3. Il diritto dell'emergenza

Il diritto emergenziale è una risposta alla forza normativa dei fatti, ma è una risposta giuridica, non definisce semplicemente situazioni di fatto. Se scegliamo di proteggere la vita delle persone in questo tipo di situazione, lo facciamo per il valore che la vita umana detiene all'interno del sistema giuridico. Se per proteggere la vita dobbiamo mettere da parte altri valori e diritti, lo facciamo attraverso il diritto. Le situazioni di bisogno non sono una sfera vuota del diritto¹⁸.

Tuttavia, per sua stessa natura, il diritto emergenziale regola situazioni imprevedibili e che, pertanto, non si adattano bene alla pretesa dell'ordinamento giuridico di ordinare la vita sociale. Il diritto dell'emergenza è stato tradizionalmente un ambito in cui l'amministrazione e il potere pubblico in generale hanno agito *contra legem*, perché l'imprevedibilità delle circostanze che il potere pubblico deve affrontare rende impossibile stabilire un quadro giuridico completo di regolamentazione di ogni possibile situazione.

I provvedimenti adottati nell'ambito della situazione di emergenza sanitaria si muovono all'interno di quelle che nella teoria delle fonti del diritto sono state tradizionalmente le norme *contra legem*, tipiche delle situazioni di necessità, anche se possono essere oggetto di una specifica norma costituzionale, per quanto limitata e carente questa possa risultare al

¹⁸ "La dicotomía entre la normalidad y la excepción que está en la base de la declaración del estado de emergencia no implica necesariamente, y no tiene por qué implicar, una dicotomía entre la acción eficaz contra la emergencia y el constitucionalismo democrático, o entre la protección de la salud pública y el Estado de derecho", *Rapporto della Commissione di Venezia*, cit., 27.

fine di affrontare una crisi dalle dimensioni storiche come l'attuale crisi sanitaria¹⁹.

Si potrebbero evidenziare tre caratteristiche in relazione alla natura e all'ambito di applicazione di tali norme. La prima di queste è la loro natura intrinsecamente provvisoria: sono valide solo finché permangono le circostanze che le hanno originate²⁰. Ciò significa che tutte queste disposizioni, più o meno tutelate da requisiti costituzionali o legislativi, hanno una portata temporale limitata e sono, in tale prospettiva, incomplete dal punto di vista normativo, non potendo sussistere da sole una volta che il contesto in cui hanno agito si sia normalizzato. Questa è, senza dubbio, una delle caratteristiche che ne riduce la portata potenzialmente lesiva rispetto ai diritti costituzionali che attraverso di esse sono limitati. Il secondo è la sua sottomissione ai principi costituzionali che determinano l'attività dei pubblici poteri: il principio di proporzionalità, in particolare, si configura come strumento di controllo di ogni azione arbitraria²¹. Il terzo è proprio la permanenza dei controlli costituzionali, politici e giurisdizionali di tali provvedimenti²².

Nei termini del Rapporto della Commissione di Venezia sul Rispetto della Democrazia, dei Diritti Umani e dello Stato di Diritto durante gli Stati di Emergenza: "Los poderes de emergencia que respetan el Estado de derecho tienen incorporados importantes garantías contra el abuso: los principios de necesidad, proporcionalidad y temporalidad. El respeto de estos principios debe estar sujeto a un control parlamentario efectivo e imparcial y a un control judicial significativo por parte de tribunales independientes"²³.

Il diritto dell'emergenza può essere o meno espressamente disciplinato dagli ordinamenti costituzionali²⁴. Sia dal punto di vista dell'efficacia delle misure, che dal punto di vista del rispetto dei diritti costituzionali, una previa regolamentazione costituzionale non sta

¹⁹ Cfr. V. Álvarez García, F. Arias Aparicio, E. Hernández Diez, *Lecciones jurídicas para la lucha contra la pandemia*, Madrid, 2020, 25 e ss.

²⁰ "El estado de emergencia debe cesar inmediatamente después de que la emergencia haya pasado y las facultades establecidas por la legislación normal basten para hacer frente a la situación", *Rapporto della Commissione di Venezia*, cit., 5.

²¹ "Los Estados no podrán recurrir a medidas que sean manifiestamente desproporcionadas con respecto al objetivo legítimo (en cuanto a su gravedad o a la zona geográfica abarcada por las medidas de emergencia). Si pueden elegir entre varias medidas, deben elegir las menos radicales", *Ibidem*, 5.

²² "Es esencial que tanto la declaración y posible prolongación del estado de emergencia, por un lado, como la activación y aplicación de los poderes de emergencia, por otro, estén sujetos a un control parlamentario y judicial efectivo", *Ibidem*, 5.

²³ *Ibidem*, 27.

²⁴ L'opzione ha comunque le sue conseguenze perché "la ausencia de una declaración formal puede impedir que los Estados recurran a determinadas medidas (por ejemplo, en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una suspensión de los derechos humanos sólo puede tener lugar "/en tiempo de emergencia pública /.../ cuya existencia se proclame oficialmente", artículo 4.1)", *Ibidem*, 7.

²⁴ *Rapporto della Commissione di Venezia*, cit., 6.

necessariamente a significare che il diritto dell'emergenza sia più efficace o rispettoso dei diritti. D'altra parte, tenuto conto della varietà e complessità delle situazioni di bisogno che possono presentarsi, tale previgente norma pone il problema che il diritto emergenziale possa non solo essere contrario alle precedenti norme sostanziali dell'ordinamento o alle norme sulla produzione giuridica generale, ma può anche essere contrario alle norme sulla produzione giuridica che lo regolano.

3.1. Può il diritto emergenziale contraddire le norme sulla produzione giuridica?

Che il diritto emergenziale possa violare le norme sulla produzione giuridica è alquanto comprensibile: “Una precondition necesaria para declarar el estado de emergencia debería ser que las facultades previstas por la legislación normal no basten para hacer frente a la situación”²⁵. Il diritto dell'emergenza ha una condizione anti-formalista, nel senso che le norme giuridiche non possono essere di ostacolo alla conservazione della vita e della salute delle persone, beni fondamentali che devono orientare l'azione pubblica anche di fronte alle norme giuridiche, quando necessario.

La condizione necessariamente anti-formalista e flessibile del diritto dell'emergenza non lo priva della sua natura giuridica, ma configura quella natura sulla base dei requisiti di provvisorietà e proporzionalità che dovrebbero orientarne il controllo. Non ha senso, ad esempio, valutare se un determinato provvedimento che ha salvato centinaia o migliaia di vite sia stato adottato seguendo tutte le procedure stabilite e dalle autorità competenti, ma piuttosto se sia stato proporzionato dal punto di vista del suo contrasto materiale dinanzi alla realtà della situazione di emergenza.

Per quanto riguarda il pluralismo territoriale, la violazione delle norme sulla produzione giuridica è più complicata che in altri ambiti, proprio per l'alto grado di formalizzazione che tali norme hanno in quanto garantiscono l'autonomia territoriale. Tuttavia, il diritto dell'emergenza può anche entrare in contraddizione con il pluralismo territoriale. Quest'ultimo è garantito attraverso meccanismi formali che consentono di differenziare i poteri delle istituzioni centrali e territoriali. Ma il diritto emergenziale deve affrontare questioni materiali per preservare la vita e la salute delle persone, obbligo costituzionale che spetta a tutti, cittadini e autorità pubbliche. L'azione in caso di emergenza non può essere interrotta in virtù di criteri formali, anche se tale azione può essere successivamente valutata secondo il principio di proporzionalità ed è soggetta al controllo giurisdizionale.

Questo carattere anti-formalista non va inteso come un'autorizzazione in bianco, né per le istituzioni centrali, né per quelle territoriali. Piuttosto, è un appello alla flessibilità dal punto di vista della cooperazione tra queste

²⁵ *Rapporto della Commissione di Venezia*, cit., 6.

istituzioni per soddisfare le esigenze derivanti dalla situazione di emergenza²⁶. Qualcosa che, purtroppo, non è stata una costante nei paesi politicamente decentrati²⁷. In alcuni casi gli enti territoriali hanno avuto una maggiore capacità decisionale e in altri è stato il potere centrale a prevalere, senza che vi sia stata un'effettiva collaborazione. In molte occasioni, le tensioni politiche e di parte hanno distorto l'effettivo funzionamento del pluralismo territoriale.

Le soluzioni che vengono proposte per risolvere le carenze che il diritto emergenziale ha mostrato in alcuni paesi durante la crisi sanitaria si basano su una maggiore regolamentazione, sullo sviluppo e sull'ampliamento del diritto emergenziale. Lo scopo delle soluzioni proposte è quello di adeguare il sistema all'esperienza della crisi sanitaria, con riforme a diversi livelli. Molte di queste riforme sono indubbiamente necessarie e potrebbero forse favorire una migliore risposta alle crisi future. Ma nemmeno possiamo ignorare i limiti del diritto. Ciò che la crisi ha mostrato è la necessità di adottare approcci più flessibili che rendano praticabile una risposta collaborativa tra le varie istanze, dall'Unione Europea agli enti locali, passando per gli Stati membri e le Regioni.

3.2. Può il diritto emergenziale contraddire le norme sulla produzione giuridica relative allo stesso diritto emergenziale?

Esistono anche norme sulla produzione giuridica che regolano lo stesso diritto emergenziale. Storicamente, questa normativa è stata generata per prevenire gli abusi che potrebbero verificarsi, soprattutto da parte del potere esecutivo, utilizzando i poteri di emergenza per scopi diversi dalla risoluzione della situazione di necessità pregressa, dando luogo a processi di involuzione politica basati sulla risposta incontrollata a situazioni eccezionali. È, quindi, una regolamentazione favorevole a rendere compatibile l'azione pubblica eccezionale con le esigenze dello Stato di diritto.

Come evidenzia Alberto López Basaguren, la regolamentazione di questo diritto emergenziale svolge una funzione essenziale, come quella di evitare la “normalizzazione” dell'emergenza, cosa che può intaccare le

²⁶ “Dado que el estado de emergencia implica derogaciones de las normas ordinarias que regulan la distribución de poderes, es importante, para que la gestión de la crisis sea eficaz y coordinada y en aras de la igualdad y la equidad de trato de todos los ciudadanos, que todas las instituciones y organismos estatales, regionales y locales respeten el principio de cooperación leal y respeto mutuo entre ellos”, *Rapporto della Commissione di Venezia*, cit., 5.

²⁷ Come afferma G. D'Ignazio, relativamente all'Italia, “L'intreccio di competenze in materia sanitaria, di profilassi e di protezione civile ha messo in evidenza che, senza un forte coordinamento delle competenze, si può determinare una diffusa ‘irresponsabilità’ (o non responsabilità) nella gestione della pandemia, ponendo rischi gravissimi per la salute delle persone.” ID., *L'impatto del Covid-19 sullo Stato regionale in Italia: alcune riflessioni*, cit., 2.

garanzie costituzionali²⁸. Ora, il fatto che le situazioni di emergenza siano state costituzionalmente o legislativamente disciplinate in alcuni paesi attraverso le norme sulla produzione giuridica solleva la questione se sia possibile, nell'ambito costituzionale, anche violare la disciplina delle norme sulla produzione giuridica che disciplinano il diritto emergenziale. La risposta è chiara: è possibile e addirittura inevitabile se condizioni eccezionali ci obbligano a optare per soluzioni giuridiche diverse da quelle precedentemente disciplinate dall'ordinamento costituzionale per salvare la vita delle persone. Fermo restando, naturalmente, che il controllo giurisdizionale deve sempre risultare percorribile²⁹.

La questione è stata sollevata in Spagna quando l'applicazione del diritto emergenziale è stata sottoposta a controllo e poi dichiarata incostituzionale per motivi formali. Nella misura in cui tale dichiarazione è intervenuta al cessare della situazione di necessità che aveva dato luogo all'applicazione del diritto emergenziale, la sua efficacia è proiettata solo nel futuro. Ma questa dichiarazione ha i suoi rischi, tuttavia, perché delle due possibili vie, il Tribunale costituzionale ha dichiarato incostituzionale una (che non aveva limiti temporali: lo stato di emergenza) sulla base di una distinzione inconsistente e incoerente nella medesima pronuncia tra “sospendere” e “limitare” i diritti costituzionali, adducendo che fosse intervenuta una sospensione, la quale richiedeva la dichiarazione dello stato di eccezione³⁰.

²⁸ Nel suo commento alla giurisprudenza pronunciata in Spagna su questo tema, A. López Basaguren afferma che “En lo que hace referencia a la jurisprudencia sobre el estado de alarma lo más preocupante me parece el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de la utilización de esa figura para afrontar la gestión de la pandemia. Tengo el temor de que, con la STC 148/2021, el TC ha invalidado la utilidad del estado de alarma; una previsión constitucional que, a pesar de todas las dudas expresadas y las sombras manifestadas, considero un acierto, en mi opinión refrendado en la crisis pandémica. Pero lo que más me preocupa de esta posible inutilización de la figura del estado de alarma es su consecuencia más evidente: la normalización de la emergencia al afrontar crisis “naturales”, para las que está previsto el estado de alarma. Creo que esta jurisprudencia va a imponer, por imperativo de la realidad, la utilización expansiva de la legislación ordinaria –sea la de salud pública o, como recurso último, la legislación de protección civil”. La consecuencia es que “de esta forma, se habrá malogrado definitivamente un acierto de nuestra Constitución, que fue inicialmente envidiado por colegas de otros países que carecían de un instrumento similar”. Cfr. A. López Basaguren, *El Tribunal Constitucional frente a la emergencia pandémica. Profunda controversia sobre elementos fundamentales de una jurisprudencia problemática*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 125, 2022.

²⁹ Come giustamente afferma C. Garrido: “una cosa es ser consciente de las limitaciones de la justicia constitucional cuando concurre la excepción, y otra distinta rechazar el control jurisdiccional de los actos de declaración y prórroga de los estados excepcionales, como históricamente se ha postulado”, C. Garrido López, *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*, Madrid, 2021, 251.

³⁰ Come si evince dai cinque voti particolari avanzati nella sentenza del Tribunale costituzionale 148/2021, del 14 luglio (degli 11 magistrati che hanno partecipato alla deliberazione e alla votazione). In questi voti particolari, tra le tante altre obiezioni alla decisione della maggioranza del Tribunale, si evidenzia l'incongruenza dell'attribuzione ai

Il punto è che il percorso che il Tribunale costituzionale ha ritenuto adeguato dal punto di vista costituzionale (la dichiarazione dello stato di emergenza al posto dello stato di allarme) ha un termine massimo di 60 giorni³¹ che è palesemente insufficiente per rispondere a una situazione come la pandemia, che dura da diversi mesi. Se gli stessi problemi dovessero sorgere in futuro, cosa dovrebbero fare il Governo e il Congresso? Rispettare i limiti stabiliti dalla giurisprudenza costituzionale, determinando così un aumento del numero dei decessi?

Senza dubbio, la cosa migliore sarebbe stata che il Tribunale Costituzionale si fosse dimostrato consapevole delle conseguenze di un percorso forzato che limitava le possibilità di risposta a una situazione di bisogno come quella di una pandemia prolungata nel tempo. Ma, non essendo stato così, un Governo e un Congresso responsabili non potranno smettere di agire se si ripeteranno le condizioni vissute nella fase più dura della pandemia, con migliaia di morti ogni giorno e il rischio di un collasso del sistema sanitario. Anche in questo caso, flessibilità e anti-formalismo devono essere la regola, perché in gioco ci sono vite umane.

Tutto questo ci porta a una conclusione: nonostante le buone intenzioni che stanno dietro a una disciplina il più esaustiva possibile del diritto emergenziale (anziché una regolamentazione flessibile e adattabile alle circostanze della necessità), è evidente che più lo regoliamo, maggiori sono le possibilità che questa disciplina si scontrerà con la realtà delle situazioni di bisogno risultando inefficace. La violazione delle norme sulla produzione giuridica non è qualcosa di positivo per l'ordinamento. Nel caso della Spagna, la dottrina maggioritaria non ha percepito questa contraddizione, ma l'interpretazione data dalla maggioranza del Tribunale Costituzionale delle norme sulla produzione giuridica del diritto dell'emergenza l'ha percepita in tal modo e ha generato un problema

regi decreti dello stato di allarme di un effetto sospensivo sui diritti. Per dirlo con le parole del giudice Xiol Ríos, “en Derecho el concepto de «suspensión» se entiende como la cesación temporal de la eficacia de un acto o norma jurídica. Este concepto es, además, un concepto formal, en el sentido de que el efecto propio de esta institución –la privación temporal de efectos de un acto jurídico– solo puede conseguirse si expresamente acuerda la suspensión la autoridad con competencia para ello y a través del procedimiento establecido. No caben, por tanto, suspensiones de hecho, ni puede atribuirse este efecto a situaciones materiales que puedan considerarse similares a la que se producen con la suspensión”. Per il resto, era evidente che i diritti non erano sospesi, poiché potevano essere esercitati alle condizioni stabilite nella dichiarazione dello stato di allarme, come lo stesso Tribunale finisce per riconoscere implicitamente in maniera incoerente, poiché dopo aver dichiarato che era stata sospesa la libertà di circolazione di cui all'articolo 19 della Costituzione, si riconosce che non erano stati sospesi altri diritti per il cui esercizio era necessaria la libertà di circolazione (diritti di riunione e di manifestazione, libertà di culto).

³¹ Come evidenzia il giudice Xiol Ríos nel suo voto particolare, per il quale ricondurre questo tipo di situazioni allo stato di eccezione come fa la maggioranza del Tribunal significa “dejar al Gobierno inerte ante situaciones de emergencia que tuvieran una duración superior a sesenta días y exigieran adoptar medidas que conllevaran intensas limitaciones de derechos fundamentales”.

importante per il futuro, disabilitando in pratica il diritto costituzionale dell'emergenza: il percorso che si può mantenere nel tempo non può essere utilizzato perché attraverso di esso non possono essere adottati i vincoli necessari e quello che consente di adottare tali vincoli non può essere utilizzato perché può allungare il tempo necessario³².

4. Le necessità di cooperazione derivate dal contesto europeo

L'Unione Europea è stata un attore importante nella crisi pandemica, anche avendo riguardo al rapporto tra pluralismo territoriale e diritto dell'emergenza. L'importanza dell'Unione Europea non è dovuta alle sue limitate competenze in materia, quanto piuttosto al fatto che ha intrapreso iniziative decisive, come l'acquisto dei vaccini, che sono stati un fattore essenziale per risolvere la crisi sanitaria. Lo è stata anche sotto l'aspetto economico, un aspetto essenziale per rendere praticabili le misure di isolamento e consentire agli Stati in una situazione economica negativa di adottarle proprio grazie al sostegno economico dell'Unione. L'approvazione del Piano europeo di ripresa e resilienza³³ segnerà una nuova era nel processo di integrazione, con l'inizio di una solidarietà europea³⁴ che sostituirà i rimproveri "moralistici" della crisi finanziaria del 2008.

Nella prospettiva del pluralismo territoriale, va tenuto presente che la valutazione positiva dell'azione dell'UE (dopo un primo periodo di critiche dovute al ritardo nella reazione delle istituzioni europee) è particolarmente importante se si tiene conto di come funzionano i processi politici e gli spazi pubblici europei, statali e regionali. Mentre a livello statale la critica basata sull'efficacia colpisce il governo, ma non il sistema politico nel suo insieme, a livello europeo e regionale la questione dell'efficacia tocca direttamente il sistema. Le scarse prestazioni regionali indeboliscono lo stato regionale e, in misura ancora maggiore, le scarse prestazioni delle istituzioni europee indeboliscono il progetto di integrazione europea. Ciò ha a che fare con la centralità che lo Stato continua ad occupare nella vita pubblica e con la forza dell'identità nazionale, che generalmente annulla le identità regionali e rende difficile la costruzione di un'identità europea.

L'ampia portata delle misure adottate dall'Unione Europea mostra che la crisi sanitaria non è solo un problema di salute pubblica e non può essere affrontata rigorosamente in questa prospettiva. Le sue implicazioni sono

³² Il TC spagnolo ha anche generato futuri problemi di co-governance tra il governo e le Comunità autonome dichiarando incostituzionale con STC 183/2021, del 27 ottobre, la considerazione dei Presidenti delle Comunità autonome come autorità competenti delegate.

³³ Cfr. le Conclusioni del Consiglio Europeo del 17-21 luglio 2020: www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/07/21/european-council-conclusions-17-21-july-2020/.

³⁴ Cfr. G. Cavaggion, *Riflessioni su principio di solidarietà e processo di integrazione europea nella prospettiva della crisi economico-sanitaria*, in *Scritti in onore di Paola Bilancia*, in *federalismi.it*, 2022.

molto ampie nelle diverse aree di competenza e su tutte spicca la sua natura di diritto emergenziale. Questa crisi non può essere affrontata con misure strettamente sanitarie perché ha provocato sconvolgimenti in tutti i settori dell'azione pubblica e in tutti gli ambiti della vita.

In questa prospettiva, anche in previsione di future epidemie, sarebbe necessario rafforzare i poteri dell'Unione Europea in materia sanitaria³⁵ ed anche in relazione alle situazioni di emergenza³⁶ affinché possa avere capacità di gestione delle crisi in questo ambito. Ma, come è avvenuto all'interno degli Stati tra le strutture territoriali e centrali, si è verificata anche una mancanza di coordinamento nel contesto europeo³⁷. Pertanto, anche a livello europeo, in futuro sarà necessario un maggiore coordinamento affinché le crisi possano essere risolte in modo più efficace³⁸.

È significativo che, a tutti i livelli di governo, da quello regionale a quello europeo, ci sia stato un mancato coordinamento tra le varie istanze, ostacolando così un'adeguata risposta alla pandemia. Ancora una volta è necessario insistere sull'idea che queste situazioni si risolvano più attraverso il coordinamento e la cooperazione tra le istituzioni che attraverso disposizioni normative molto dettagliate che verranno sicuramente meno di fronte alle circostanze specifiche della situazione emergenziale.

Nonostante tutto, se dovessimo confrontare la crisi del 2008 con la crisi del 2020, si potrebbe dire che, mentre nella prima l'UE e le regioni hanno subito una grande perdita di legittimità, nella seconda sia l'UE che le regioni sono state rafforzate nella loro capacità di gestire la crisi. Senza che ciò significhi un ritorno alle posizioni precedenti, il segno delle due crisi è stato sostanzialmente diverso. La crisi del 2020 non ha significato perdita di

³⁵ In questa direzione va la proposta del Presidente della Commissione europea di promuovere una "Unione Sanitaria Europea", attribuendo maggiori facoltà alla Commissione e alle Agenzie europee affinché possano meglio affrontare le crisi sanitarie. Cfr. la Comunicazione della Commissione europea del 11/11/2020: *Building a European Health Union: Reinforcing the EU's resilience for cross-border health threats*, in: ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-european-health-union-resilience_en.pdf.

³⁶ In materia di emergenze sanitarie, la proposta dell'"Unione Sanitaria Europea" prevede una maggiore autonomia dell'Unione rispetto all'OMS, che risulta molto positivo. Cfr. la Comunicazione della Commissione europea del 11/11/2020: *Building a European Health Union: Reinforcing the EU's resilience for cross-border health threats*, in: ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-european-health-union-resilience_en.pdf.

³⁷ Per dirlo con le parole della Commissione: "This lack of coherence and coordination continues to be an obstacle to tackling the pandemic". Cfr. la Comunicazione della Commissione europea del 11/11/2020: *Building a European Health Union: Reinforcing the EU's resilience for cross-border health threats*, in: ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-european-health-union-resilience_en.pdf, cit., 4.

³⁸ "The collective effort to fight the ongoing COVID-19 pandemic, as well as other future health emergencies, calls for strengthened coordination at EU level". Cfr. la Comunicazione della Commissione europea del 11/11/2020: *Building a European Health Union: Reinforcing the EU's resilience for cross-border health threats*, in: ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-european-health-union-resilience_en.pdf, cit., 2.

legittimità per il livello sovranazionale e per il livello territoriale di governo come ha fatto la crisi del 2008.

5. Una cultura giuridica del pluralismo territoriale in situazioni di emergenza

Una delle cose più sorprendenti della pandemia in relazione al pluralismo territoriale è che tutto ha funzionato più o meno come al solito: ciascuno dei centri di potere ha cercato, per quanto possibile, di scaricare le proprie responsabilità sugli altri; pluralismo politico e territoriale hanno continuato a mescolarsi indebitamente, dando origine a tensioni di parte; la delegittimazione dei provvedimenti adottati dal potere centrale e dai territori è stata una costante, sia con il rimprovero che non se ne fossero adottati abbastanza, sia con quello che i diritti e l'attività economica fossero stati eccessivamente limitati.

La confusione tra pluralismo politico e territoriale ha la sua ultima origine nel sovradimensionamento dello spazio pubblico statale rispetto a quello regionale ed europeo. Le trasformazioni avvenute a livello sovranazionale e territoriale interno degli Stati non si manifestano sempre, con la corrispondente portata, a livello politico di ciascuno degli spazi pubblici. La dimensione culturale dello Stato nazionale si proietta inevitabilmente sugli altri due spazi (territoriale ed europeo) nonostante i poteri attualmente a disposizione dello Stato non siano più quelli di prima. Il sovradimensionamento dello spazio pubblico statale rispetto allo spazio sovranazionale o territoriale³⁹ si spiega con diverse ragioni legate alla percezione identitaria della cittadinanza rispetto alla sua configurazione di comunità politica⁴⁰.

La cultura politica continua ad essere troppo incentrata sullo spazio politico statale, in modo tale che gli spazi pubblici europei e territoriali (negli Stati membri dove questi ultimi esistono) occupano un posto secondario. Lo Stato è chiamato a sviluppare politiche in ambiti che non sono più soggetti alla competenza statale perché trasferiti a livello territoriale o europeo. Il risultato è che lo Stato continua ad essere il grande mediatore tra lo spazio sovranazionale e quello territoriale. Il sovradimensionamento dello spazio pubblico statale rispetto al sovranazionale e al territoriale è guidato proprio da questa funzione di mediazione.

³⁹ Su tale questione, cfr. F. Balaguer Callejón, *Division of Powers, Distribution of Competences, and Configuration of Public Spheres in the Autonomous State Integrated in Europe*, in A. Lopez Basaguren, L. Escajedo San Epifanio, *The Ways of Federalism and The Horizons of the Spanish State of Autonomies*, Berlin and Heidelberg, 2013.

⁴⁰ Sul punto, cfr. F. Balaguer Callejón, *European Identity, Citizenship and the Model of Integration*, in *Citizenship and Solidarity in the European Union - from the Charter of Fundamental Rights to the crisis, the state of the art*, Bruxelles, 2013.

C'è ancora una debolezza strutturale nel pluralismo politico a livello europeo e una debolezza nel pluralismo territoriale a livello regionale, che non sono altro che una manifestazione dello stesso fenomeno: la forza dello Stato, che si proietta nella politica europea in difesa degli interessi nazionali e che riduce la proiezione degli interessi territoriali nella politica nazionale. Una configurazione più adeguata dei diversi spazi costituzionali sovra- e infra-statali dovrebbe correggere queste debolezze del pluralismo politico a livello europeo e del pluralismo territoriale a livello regionale.

Nel frattempo, questa configurazione inerziale della cultura politica è stata trasferita nella gestione della pandemia, in modo tale che la situazione di emergenza non è stata sempre percepita come tale da alcuni agenti politici. Questa percezione culturale ostacola la collaborazione tra lo stato e il livello territoriale perché sottolinea il conflitto politico nazionale e relativizza le questioni territoriali basate su quel conflitto.

Si vede, quindi, come vi siano fattori culturali (che hanno a che fare anche con le condizioni materiali di configurazione dello spazio pubblico ad ogni livello, ad esempio la configurazione dei media) che hanno contribuito ad ostacolare la collaborazione tra le varie istanze di governo. Una cultura giuridica del pluralismo territoriale nelle situazioni di emergenza dovrebbe essere consapevole di questi fattori al fine di garantire che non siano un ostacolo alla necessaria cooperazione nelle crisi future.

Allo stesso tempo, questa cultura giuridica dovrebbe tenere conto degli altri fattori che abbiamo indicato sopra: la difficoltà di adattare un diritto emergenziale costruito attorno allo Stato nazionale e alla costituzione dello Stato nelle condizioni di crisi globale che si sono generate al di fuori dello Stato. Crisi globali che incidono sulle caratteristiche essenziali del diritto emergenziale. In primo luogo, per l'insolita durata delle crisi, che si scontra con la caratteristica essenziale del diritto dell'emergenza: il suo carattere provvisorio. In secondo luogo, per la sua condizione tecnica, dipendente dalla scienza ed estranea al diritto costituzionale, che conduce su un terreno sconosciuto in cui il principio di proporzionalità è più difficile da applicare. In terzo luogo, la sua origine e lo sviluppo extra-statale rendono difficile il controllo dei poteri pubblici perché la crisi interna, in realtà, riflette la crisi globale e non rischia di essere risolta esclusivamente a livello statale.

Infine, una cultura giuridica del pluralismo territoriale in situazioni di emergenza deve essere consapevole del carattere anti-formalista del diritto emergenziale, che può incidere su elementi ritenuti essenziali al pluralismo territoriale, come la garanzia dell'autonomia politica attraverso la tutela dell'area di competenza dei territori. Se il normale esercizio dei poteri rendesse possibile la soluzione della crisi, non avrebbe senso parlare di situazione di necessità o di diritto emergenziale. Ciò che è caratteristico del diritto dell'emergenza è che esso non solo incide sulle norme sostanziali dell'ordinamento, ma può anche incidere (e contraddire) le norme sulla

produzione legislativa e, quindi, quelle relative alla ripartizione dei poteri a tutti i livelli.

Il diritto emergenziale può anche contraddire le stesse norme sulla produzione giuridica che lo regolano se i beni e i valori in gioco lo richiedono attraverso una risposta proporzionata alla situazione di bisogno. Per questo, conviene che la regolamentazione giuridica dell'emergenza sia tanto flessibile e generica da consentire alle autorità pubbliche di adempiere ai propri obblighi di tutela dei diritti e della vita delle persone in situazione di bisogno. Una disciplina molto dettagliata e rigida non può che contribuire a delegittimare le norme che regolano il diritto dell'emergenza e far sì che queste non trovino applicazione quando le circostanze lo richiedono, in applicazione di principi e valori costituzionali superiori.

Francisco Balaguer Callejón
Dip.to di Derecho Constitucional
Universidad de Granada
balaguer@ugr.es