Principio di sistema o intralcio al decisore: l'asimmetria territoriale alla prova dell'emergenza

di Francesco Palermo

Abstract: Foundational principle or a tedious obstacle to decision-making? Emergency as a litmus test for territorial asymmetry – A few significant conclusions can be drawn from the comparative analysis of how asymmetry played out in the way federal/regional systems tackled the pandemic. First, while overall a strong coordination took place across the board, the degree of potential (and often also of practical) asymmetry was not limited. Second, the possibility to adopt different rules when facing different issues is innate in federal systems, including in structurally symmetric ones. Third, asymmetry and federal culture more generally are stabilizing rather than destabilizing factors in dealing with emergencies, as the analysis of the use of emergency powers to combat Covid-19 reveals. Fourth, asymmetry has to be seen in context, meaning that on one hand it cannot be confined to differentiated legislative powers only, and on the other hand that the territorial structure is not among the driving factors for a more or less efficient response to emergencies.

Keywords: Emergency; Federalism; Regionalism; Asymmetry; Constitutional theory.

1. Introduzione: l'emergenza e la costituzione materiale del federero-regionalismo

L'impatto della pandemia sui modelli di organizzazione territoriale è stato oggetto di numerosi studi a partire dal 2020¹, sia in chiave generale, sia in riferimento ai singoli ordinamenti. Se un insegnamento complessivo si può ricavare dalle risposte fornite a livello comparato, è che il costituzionalismo

¹ Per tutti N. Steytler (ed.), *Comparative Federalism and Covid-19*, London, 2021. V. anche D. Cameron, *The Relative Performance of Federal and Non-federal Countries During the Pandemic*, Forum of Federations, Occasional Papers No. 50, 2021; A. Golia et al., *Constitutions and Contagion. European Constitutional Systems and the Covid-19 Pandemic*, MPIL Research Paper Series No. 2020-42; M. J. Rozell, C. Wilcox, *Federalism in a Time of Plague: How Federal Systems Cope With Pandemic*, in *American Review of Public Administration*, 2020, Vol. 50(6-7), 519 ss.; Y. Hegele, J. Schnabel, *Federalism and the management of the COVID-19 crisis: centralisation, decentralisation and (non-)coordination*, in *West European Politics*, Vol. 44(5-6) 2021, 1052 ss. In lingua italiana si veda in particolare la sezione monografica di DPCE online Vol. 43, n. 2/2020, *L'emergenza sanitaria nel diritto comparato: il caso del Covid-19*, www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/issue/view/43 e F. Gallarati, *La reazione alla pandemia di Covid-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata*, in *DPCE online* 2/2021, 1605 ss.

ha tempi lunghi: assoggettare a regole giuridiche processi che finora sono stati lasciati alla forza normativa del fatto (per utilizzare la nota espressione di Georg Jellinek)² o alla sola dinamica politica richiede tempo e fatica, perché necessita di maturazione nelle società, e incontra molte resistenze, soprattutto all’inizio. Come già scriveva Machiavelli ne *Il Principe*: “Non c’è niente di più difficile da condurre né più dannoso da gestire dell’iniziare un nuovo ordine delle cose”.

Queste considerazioni si attagliano bene al tema di questo scritto: una struttura federo-regionale è più o meno adatta di un sistema unitario a gestire con successo situazioni di emergenza, quindi tendenzialmente inclini a sfuggire alla disciplina ordinaria³? Il federo-regionalismo è più o meno adatto dei sistemi unitari a gestire ordinariamente situazioni eccezionali? E quanto la previsione di competenze differenziate e la possibilità di assumere decisioni territorialmente diversificate contribuiscono a fornire risposte che siano più efficienti e più rispettose dei diritti costituzionalmente garantiti⁴?

La risposta alle emergenze non è solo una delle maggiori sfide per il costituzionalismo, essendo noto che l'emergenza è tendenzialmente nemica delle costituzioni, in quanto tende a giustificare regole speciali che spesso non risultano previste né sul piano sostanziale né su quello procedurale⁵, giustificandosi come fonti *extra ordinem*. Perché se è vero che occorre distinguere tra stato di emergenza (come fattispecie disciplinata dal diritto)⁶ e stato di eccezione (come momento di sospensione del diritto che elimina i vincoli normativi al potere)⁷, è anche vero, come ricorda Carl Schmitt, che vi è una strettissima connessione tra i due fenomeni, tanto da doversi ritenere che lo stato di eccezione sia da considerarsi come una forma estrema di emergenza e come conseguenza di un pericolo per l'esistenza dello Stato⁸. Inoltre, e soprattutto, per quanto qui interessa, il modo in cui gli ordinamenti rispondono alle emergenze è una cartina di tornasole della precomprensione che gli ordinamenti hanno di sé, facendo emergere le reazioni istintive e dunque il vero “carattere” di ogni ordinamento, i veri formanti⁹ che ne

² Su cui cfr. ora A. Anter (Hrsg.), *Die normative Kraft des Faktischen: Das Staatsverständnis Georg Jellineks*, Baden Baden, 2020.

³ Sul tema si rinvia per una più diffusa trattazione al contributo di A.M. Russo, *Sistema delle fonti e pluralismo territoriale tra (in) crisi ed (in) emergenza negli Stati composti*, in questa Rivista, numero speciale 2021, 131 ss..

⁴ V. Eboli, *La tutela dei diritti umani negli stati di emergenza*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁵ È noto il brocardo latino attribuito a Publilio Siro “*Necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem*”.

⁶ Così E. Scoditti, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, in *Questione Giustizia*, 2, 2020, 31.

⁷ Cfr. V. Faggiani, *Los estados de excepción ante los nuevos desafíos: hacia una sistematización en perspectiva multinivel*, in *federalismi.it*, 24/2020, 19 ss. V. anche European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports on States of Emergency*, CDL-PI (2020)003.

⁸ C. Schmitt, *Politische Theologie*, Berlin, 1922. Cfr. anche R. Posner, *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford, 2006.

⁹ R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, 125 ss.

determinano il funzionamento concreto. Anche al di là della disciplina formale.

Si pensi, per tutti, all'esperienza italiana. La costituzione presenta un basso grado di razionalizzazione del diritto dell'emergenza, e la pandemia da Covid-19 è stata gestita interamente attraverso strumenti disponibili da maggioranze occasionali (a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza, disciplinato in una legge ordinaria), e spesso di difficile impugnabilità (per la mancanza dello strumento del ricorso costituzionale individuale diretto e per il frequente ricorso ad atti amministrativi come i DPCM)¹⁰. Per quanto qui interessa, oltre al problema delle fonti e agli squilibri che questo ha comportato in termini di garanzia del pluralismo, è emersa in tutta la sua evidenza la concezione che l'ordinamento ha dell'assetto territoriale, cioè quella che potrebbe definirsi la costituzione materiale del federato-regionalismo italiano, culminata con la pronuncia della Corte costituzionale¹¹ che ha riconosciuto la possibilità di travolgere, in base all'emergenza, il riparto di competenze costituzionalmente previsto, dovendosi riportare ogni misura alla materia "profilassi internazionale", di competenza esclusiva dello Stato ex art. 117 c. 2 lett. q Cost. Un approccio non dissimile da quello seguito dalla Corte al tempo dell'emergenza finanziaria, quando l'intervento unilaterale del potere centrale rispetto al riparto delle risorse tra Stato, Regioni ed enti locali è stato ritenuto giustificato dalla situazione eccezionale¹².

In altre parole: in condizioni di emergenza (e forse non soltanto)¹³ il riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni può essere temporaneamente sospeso, con la Corte che si fa custode ("improprio")¹⁴ della tenuta unitaria dell'ordinamento. Non solo: l'accertamento di un'emergenza è disponibile da parte della maggioranza semplice del Parlamento e la sua gestione è delegabile interamente al Governo. Dunque il Titolo V della Parte II della Costituzione (a cui vanno aggiunti gli statuti regionali ordinari e

¹⁰ Cfr. per tutti E. Alber et al., *Affrontare la pandemia. Il "federalismo sanitario" funzionale dell'Italia e la cooperazione disfunzionale*, in *Italian Papers on Federalism* 2/2021, 52 ss.

¹¹ Sent. 37/2021 su cui *infra*.

¹² Cfr. per tutti M. Belletti, *Corte costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell'equilibrio di bilancio*, Torino, 2016. L'A. sostiene che il «coordinamento della finanza pubblica» da «titolo di competenza legislativa di principio, diviene limite generale nei confronti di qualunque tipologia legislativa esercitata dalla Regione. Il che è reso evidente dal ricorrente chiarimento della Corte per cui gli obiettivi di contenimento della finanza pubblica limitano le competenze legislative in materia di tutela della salute e servizio sanitario» (p. 108). V. anche E. Ferioli, *La "decretazione della crisi" e la torsione accentratrice del regionalismo italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2016, 1 ss.

¹³ Il riferimento è all'interpretazione prevalente in tema di competenze trasversali dello Stato anche in condizioni ordinarie, con l'assorbimento di competenze regionali in forza dell'attrazione esercitata da materie trasversali attribuite alla competenza esclusiva statale. Cfr. già C. Mainardis, *"Materie" trasversali statali e (in)competenza regionale*, in *Le Regioni* 5/2010, 1128 ss.

¹⁴ A. Barbera, *La polverizzazione delle materie regionali e la (ormai necessaria) clausola di supremazia*, in *Le Regioni*, 2-3/2011, 559, dove il riferimento è alla Corte costituzionale che ha spesso dovuto agire come «custode improprio dell'interesse nazionale».

speciali, questi ultimi come noto approvati con legge costituzionale) può divenire, nella sostanza, una parte non più rigida ma temporaneamente flessibile della costituzione, se solo il Governo dichiara l'esistenza di un'emergenza di rilievo nazionale¹⁵.

Mutatis mutandis, e con risposte molto diverse a seconda del grado di *federal spirit*¹⁶ riscontrabile in ciascun ordinamento, il collegamento tra emergenza e costituzione materiale del federo-regionalismo si è osservato in tutti i Paesi. Dove la precomprensione della natura intrinsecamente composta degli ordinamenti non è stata posta in discussione, legislazione e giurisprudenza non hanno aggirato la necessità di coinvolgere i livelli substatali di governo, al più spingendo sulle forme di coordinamento per ottenere risposte unitarie, pur mantenendo la possibilità di fornire soluzioni specifiche in base alle diverse esigenze dei territori¹⁷. Dove invece (come appunto in Italia) l'articolazione territoriale composta è ritenuta un mero elemento organizzativo e non un fattore strutturale dell'assetto costituzionale complessivo, le competenze degli enti substatali sono state sensibilmente comprese in nome dell'emergenza, e la previsione di regole diverse in diverse parti del territorio per fronteggiare realtà diverse è vista come minaccia all'uguale godimento dei diritti¹⁸.

In definitiva, dall'analisi comparata delle reazioni alla pandemia e più in generale alle emergenze, risulta con chiarezza che il timore dell'asimmetria è inversamente proporzionale alla cultura del federalismo¹⁹.

2. Asimmetria come elemento indefettibile del federo-regionalismo

Questo collegamento tra la cultura del federalismo e dell'autonomia²⁰ e gestione dell'emergenza risulta evidente anche in quegli ordinamenti federali

¹⁵ Art. 24 codice della protezione civile, d.lgs. 1/2018. Tale disposizione di legge ordinaria consente tra l'altro la dichiarazione dello stato di emergenza e la sua proroga da parte del Governo per un periodo massimo di due anni, che il Governo ha tuttavia esteso oltre i 24 mesi massimi con semplice decreto legge (d.l. 221/2021, fino al 31 marzo 2022).

¹⁶ M. Burgess, *In Search of the Federal Spirit. New Comparative Empirical and Theoretical Perspectives*, Oxford, 2012.

¹⁷ Per un'ampia panoramica di casi di studio si veda R. Chattopadhyay et al (eds.), *Federalism and the Response to Covid-19*, London, 2021.

¹⁸ Emblematico ancora una volta il caso italiano, dove soprattutto nella prima fase della pandemia di Covid-19, all'inizio del 2020, la distribuzione dei contagi tra le diverse regioni è stata fortemente differenziata, ma la risposta normativa è stata uniforme, senza consentire alle Regioni di intervenire con regole specifiche rispetto alle rispettive condizioni, sia in riferimento alla diffusione del virus, sia in relazione alla differente capacità di reazione dei diversi sistemi sanitari. Cfr. ancora E. Alber et al., *Affrontare la pandemia*, cit.

¹⁹ Per il concetto, oltre a M. Burgess, *In Search of the Federal Spirit*, cit., v. anche R. Toniatti (cur.), *La cultura dell'autonomia: le condizioni pre-giuridiche per un'efficace autonomia regionale*, Trento, 2018.

²⁰ Per quanto i due concetti siano strutturalmente, storicamente, anche filosoficamente distinti, dal punto di vista degli strumenti giuridici impiegati per declinarli non si registrano differenze sostanziali, tanto da non potersi tracciare una netta linea di demarcazione tra

non impostati sulla differenziazione ma piuttosto sulla simmetria competenziale e di funzioni tra gli enti substatuali, come la Germania²¹ o gli Stati Uniti²². Per contro, ordinamenti a spiccata natura asimmetrica (e tendenzialmente piuttosto conflittuali) come il Belgio non hanno per questo mancato di coordinamento, e mantenendo le competenze saldamente in mano agli enti substatuali, questi si sono efficacemente coordinati tra loro, dando vita a una quasi simmetria di fatto²³. Ciò conferma in modo evidente che l'asimmetria è un elemento strutturale e indefettibile del federalismo, anche in quegli ordinamenti che mirano attraverso il federalismo a garantire unità e persino uniformità piuttosto che differenziazione²⁴. In questi contesti, la differenziazione delle soluzioni non è la regola (contrariamente ai sistemi federo-regionali impostati sull'asimmetria per l'accomodamento di differenze che premono per emergere), ma è un'opzione sempre possibile perché parte integrante e ineludibile della stessa essenza della natura federale dell'ordinamento²⁵.

In fondo il federalismo e i suoi derivati (o i “federo-regionalismi”), al di là degli aspetti storici e di filosofia politica che pure sono determinanti per la loro creazione, sono, sul piano giuridico, essenzialmente delle tecniche di garanzia del pluralismo, e dunque servono ad accomodare anziché a reprimere le differenze di varia natura, facendole convivere in una *polity* più

concetti che rappresentano sfumature lungo una scala unica. Per più ampie considerazioni v. F. Palermo, K. Kössler, *Comparative Federalism*, Oxford, 2017, specie cap. 1.

²¹ Cfr. per tutti in lingua italiana E. Buoso, C. Fraenkel-Haeberle, *La Germania alla prova del coronavirus tra Stato di diritto e misure emergenziali*, in *federalismi.it*, 20/2020,75 ss. e J. Woelk, *La gestione della pandemia da parte della Germania: “Wir schaffen das!”*, in *DPCE online* Vol. 43, n. 2/2020, 1713 ss. In senso critico S. Kropp, *Zerreiprobe für den Flickenteppich? Der deutsche Fderalismus in Zeiten von Covid-19*, in *VerfBlog*, 2020/5/26, verfassungsblog.de/zerreissprobe-fuerden-flickenteppich/.

²² Tra i molti in particolare B. A. Cigler, *Fighting COVID-19 in the United States with Federalism and Other Constitutional and Statutory Authority*, in *Publius*, Vol. 51, No. 4 (2021), 673 ss., H.D. Xu, R. Basu, *How the United States Flunked the COVID-19 Test: Some Observations and Several Lessons*, in *American Review of Public Administration*, Vol. 50 (6-7), 2020, 568 ss., J. Kincaid, W. Leckrone, *Partisan Fractures in U.S. Federalism’s COVID-19 Policy Responses*, in *State and Local Government Review*, Vol. 52(4) 2020, 298 ss. e in lingua italiana F. Clementi, *Gli Stati Uniti e la risposta al Covid-19, tra Federazione e Stati, nell’anno delle elezioni presidenziali*, in *DPCE online* Vol. 43 n. 2/2020, 1875 ss.

²³ V. per tutti P. Popelier, P. Bursens, *Managing the Covid-19 crisis in a divided Belgian Federation. Cooperation against all odds*, in N. Steytler (ed.), *Comparative Federalism and Covid-19*, cit., 88 ss.

²⁴ Su questo già M. Burgess, F. Gress, *Symmetry and Asymmetry Revisited*, in R. Agranoff (ed.), *Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States*, 1999, 43 ss., F. Palermo, “Divided we stand”. *L’asimmetria negli ordinamenti composti*, in A. Torre (ed.), *Processi di Devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all’Europa)*, Torino, 2007, 149 ss. e Id., *Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 2/2018, 256 ss.

²⁵ Cfr. J. Kincaid, *Policy Coercion and Administrative Cooperation in American Federalism*, in F. Palermo, E. Alber (eds.), *Federalism as Decision-Making: Changes in Structures, Procedures and Policies*, Leiden-Boston, 2015, 32 ss.

ampia, per reciproca convenienza sia delle entità, sia dell'insieme. È per questo che il federo-regionalismo funziona solo in contesti democratici²⁶ e si deve ritenere uno degli elementi strutturali del pluralismo che garantisce la democraticità degli ordinamenti, e dunque richiede e nel contempo produce democrazia. Le funzioni dell'asimmetria sono esattamente le stesse: consentire discipline diverse per accomodare realtà diverse (poco conta se reali o percepite) all'interno di un contesto più ampio per reciproca convenienza²⁷. L'asimmetria è come il *dimmer* delle luci: serve a regolare l'intensità delle funzioni svolte da una o più entità substatuali, a seconda dei contesti e anche dei momenti storici, ma la lampada resta la stessa e così la funzione (quella di illuminare nell'un caso, di governare nell'altro).

2.1. Asimmetria come metro della misurazione dell'intensità del federo-regionalismo

Ancora una volta, l'asimmetria si dimostra elemento sistemico indefettibile dei federo-regionalismi: e gli uni non esistono senza l'altra. Perché autonomia, in qualsiasi accezione la si declini, non può che significare differenziazione²⁸, o almeno possibilità di differenziazione, dunque di approvare regole diverse da parte dei diversi territori. Risulta infatti evidente, fin dall'etimologia, che in presenza delle medesime regole non possa parlarsi di autonomia. Per cui delle due l'una: o si ammette la possibilità per i territori di adottare regole differenziate, naturalmente entro i limiti della costituzione, o non si ha un'autonomia territoriale. Di più: da questa connessione tra autonomia e asimmetria si può ricavare una formula per la definizione e la misurazione del federalismo, in base alla quale l'intensità del carattere federo-regionale di un ordinamento si può misurare utilizzando il parametro dell'asimmetria. Ma si badi bene: non dell'asimmetria reale, bensì di quella potenziale. Ossia non di quanta asimmetria esista in una specifica condizione (ad es. nella gestione di una pandemia), bensì di quanta asimmetria sia astrattamente possibile, anche in presenza di situazioni di emergenza.

Utilizzando questo parametro si noterà che nella pandemia l'asimmetria reale è stata spesso minore di quella potenziale, ed è comprensibile ed evidente che sia così, perché in definitiva le regole per affrontare un'epidemia (così come per altre emergenze) difficilmente possono variare tra territori, e se variazioni ci sono, si tratta di aspetti nel complesso

²⁶ V. già G. Lucatello, *Lo Stato federale*, Padova, 1967.

²⁷ M. Sahadžić, *Asymmetry, Multinationalism and Constitutional Law. Managing Legitimacy and Stability in Federalist States*, London, 2021.

²⁸ Come opportunamente sottolineato da R. Bin, *Chi ha paura delle autonomie?*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, 2016, 45 ss. Parzialmente *contra* R. Bifulco, *Differenziazioni e asimmetria nella teoria federale contemporanea*, in *Diritti regionali* 1/2020, 139 ss.

marginali, organizzativi più che strutturali. Ciò che conta, però, è appunto la dinamica del funzionamento dei rapporti tra i livelli di governo: la presenza o meno della possibilità di differenziare, e soprattutto la fonte del potere di dettare regole diverse, giacché risulta strutturalmente e concettualmente diverso se i margini entro i quali l'asimmetria può essere esercitata sono definiti unilateralmente dal centro, dai territori, o in via collaborativa tra i livelli di governo.

2.2. Asimmetria, tutela dei diritti e uguaglianza

L'obiezione primaria che viene sollevata rispetto al riconoscimento della centralità dell'asimmetria nella teoria e nella prassi del federato-regionalismo riguarda la garanzia dei diritti, in particolare quelli sociali²⁹. Si evidenzia il rischio che regole differenziate tra territori aprano la strada a un godimento differenziato dei diritti, specie di quelli prestazionali, in misura incompatibile con l'uniformità o almeno l'equiparabilità prevista come obbligo costituzionale nella gran parte degli ordinamenti, che con formule diverse attribuiscono al centro il potere di intervenire per garantirla³⁰.

Il tema è di assoluto rilievo, perché va al cuore delle ragioni che stanno alla base del mantenimento di una comunità statale. Ma la rilevanza delle questioni in gioco non può giustificare una preclusione a priori nei confronti di regolamentazioni differenziate³¹. Simmetria e asimmetria stanno infatti tra loro in una relazione simile a quella che intercorre tra uguaglianza formale e uguaglianza sostanziale: entrambe sono necessarie per una compiuta uguaglianza (degli individui così come dei territori), e la negazione aprioristica della differenziazione importa la (illegittima) negazione del trattamento differente di situazioni differenti. Presumere che (consentire di) trattare in modo diverso situazioni diverse costituisca una violazione dell'uguaglianza appare in tutta la sua contraddittorietà. Per ricorrere a una

²⁹ Il dibattito è molto sviluppato nella letteratura italiana. Si vedano, in particolare, G. Guiglia, *I livelli essenziali delle prestazioni alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007, S. Gambino, *Lo stato regionale delle autonomie locali fra riordino dei poteri e diritti*, Rende 2021, specie 171 ss., con ampi riferimenti.

³⁰ Si va dalla competenza legislativa esclusiva dello Stato per la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" di cui all'art. 117 c. 2 lett. m) della costituzione italiana alla facoltà della Federazione di intervenire in tutte le materie di competenza legislativa concorrente "quando e in quanto sia necessario per la predisposizione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale o per il mantenimento dell'unità giuridica o economica" di cui all'art. 72 c. 2 della Legge fondamentale tedesca, ma anche, sia pur con un'impostazione assai più restrittiva e meno "interventista", alla *privileges and immunities clause* dell'art. IV, sez. 2 della costituzione USA. Per un confronto v. S. Gambino (cur.), *Regionalismo, federalismo, devolution. Competenze e diritti. Confronti europei (Spagna, Germania, Regno Unito)*, Milano, 2003.

³¹ Come talvolta accade. Si veda ad es. il pamphlet contro la proposta di attuazione della cd. autonomia differenziata di cui all'art. 116 c. 3 della costituzione italiana (appunto, una disposizione costituzionale...) di G. Viesti, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Bari, 2019.

metafora, è come non usare i mezzi di trasporto perché esiste una minima possibilità di un incidente, finendo per limitare drammaticamente il proprio raggio di spostamento.

Come per l'uguaglianza, inoltre, anche per simmetria e asimmetria si tratta di concetti mobili, la cui quantità non è definibile in modo astratto, ma va valutata in concreto in base all'effettiva differenza delle situazioni di partenza. In tema di pandemia, ad esempio, occorre chiedersi se la differenza nella capacità dei diversi sistemi sanitari territoriali³² possa/debba essere tenuta in considerazione nella determinazione di regole differenti e quale livello di governo debba poterlo fare. Nel caso italiano, ad esempio, la classificazione in zone colorate delle Regioni è determinata dal centro, senza margini decisionali per gli enti territoriali³³, ma i parametri utilizzati sono uniformi (uguaglianza formale) mentre la diversità delle situazioni di partenza, come la capacità dei sistemi sanitari regionali non viene considerata, potendo così prodursi un ingiustificato trattamento differenziato in nome della formale uguaglianza di trattamento di situazioni diverse.

Pur se meno rilevante ai fini della presente trattazione, occorre dare conto anche di un secondo filone di obiezioni alla differenziazione, di carattere prevalentemente politologico, secondo cui lasciare spazio a una gestione (parzialmente) decentrata dell'emergenza è da ritenersi sintomo di debolezza politica e mancanza di leadership, quasi che il mancato ricorso a strumenti eccezionali (o addirittura *extra ordinem*) di accentramento del potere significhi scarso rendimento delle istituzioni centrali e non il suo contrario: ed è interessante che questa argomentazione si ritrovi in alcune (per quanto minoritarie) voci della dottrina non solo dove la gestione della pandemia è stata inefficace (peraltro per inefficienza o deliberata volontà politica del centro, non della periferia, come negli Stati Uniti)³⁴, ma anche in Paesi in cui il contrasto è stato particolarmente efficiente, come l'Australia³⁵,

³² Sul caso italiano v. S. Neri, *The Italian National Health Service after the Economic Crisis: From Decentralization to Differentiated Federalism*, E-Cadernos CES Online, 31/2019, S. Nuti, et al., *Making Governance Work in the Health Care Sector: Evidence from a "Natural Experiment" in Italy*, in *Health Economics, Policy and Law*, Vol. 11 No. 1, 2016, 17 ss.

³³ V. Corte cost., sent. 37/2021, cit., su cui si vedano i commenti di C. Pinelli, G. M. Salerno, A. Lucarelli e S. Mangiameli pubblicati in *Giur. cost.*, 2/2021. V. altresì M. Cosulich, *Il governo della salute ai tempi della pandemia da COVID-19: più Stato, meno Regioni?*, in *Le Regioni* 3/2021, 553 ss. e G. Boggero, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al "regionalismo della separazione"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021, 102 ss.

³⁴ Dove ha avuto non poco seguito anche mediatico la (non particolarmente raffinata) espressione di un giurista californiano, Jonathan Zasloff, secondo cui "il federalismo è per stolti": J. Zasloff, *Federalism is for Suckers*, in LegalPlanet (20 apr. 2020) legalplanet.org/2020/04/20/federalism-is-for-suckers/

³⁵ P. Bongiorno, *PM Shirks Duty in Gold-Standard Quarantine Blame Game*, in *The New Daily* (22 dic. 2020) thenewdaily.com.au/news/2020/12/22/paul-bongiorno-scott-morrison-quarantine/

il Canada³⁶ e, almeno nella prima fase, la Germania³⁷.

3. Controprove e rischi

Il contrasto a una pandemia richiede evidentemente risposte rapide e coordinate, ed il motivo per cui si verifica una centralizzazione orizzontale (dal Parlamento al Governo) e verticale (dai territori al centro) del potere è che sono i governi nazionali gli organismi più adatti per fornirle.

Sul piano operativo, è indubbio che mettere d'accordo più livelli di governo e più centri decisionali è più complesso che decidere dall'alto. Perché richiede dialogo, negoziato, compromesso, e per questo può mancare il tempo in momenti di emergenza. Inoltre, se le decisioni politiche sono dettate dalle acquisizioni scientifiche³⁸, quale spazio potrà mai risultare per gli enti substatali? Per quanto le opinioni scientifiche non siano affatto univoche, non esiste una scienza regionale e le risposte non dovrebbero dunque divergere a seconda dei territori. Da qui a stabilire un'equazione tra autonomia e disuguaglianza, privilegi, inefficienza, il passo può essere breve, specie, come detto, in mancanza di una solida cultura dell'autonomia.

Un tale passo, tuttavia, oltre ad essere metodologicamente errato come si è provato ad evidenziare nelle pagine che precedono, è anche molto rischioso. Perché se deconcentrazione del potere e dialogo tra i soggetti coinvolti sono un ostacolo a decisioni efficaci in tempo di crisi, perché non dovrebbero esserlo in condizioni normali? Argomentando lungo questa linea, e portandola all'estremo, potrebbe anche giustificarsi la condotta di quei Paesi come l'Ungheria, la Federazione russa, la Turchia o l'India, che sull'onda della pandemia hanno adottato strumenti normativi che consentono al governo centrale di assumere decisioni straordinarie senza sostanziali controlli³⁹. In India, ad esempio, la pandemia è stata utilizzata per centralizzare le competenze in materia di agricoltura e di istruzione, e in Russia per accelerare l'approvazione di una revisione costituzionale

³⁶ R. Aiello, *PM to provinces: 'Act now' to slow surging COVID-19*, in *CTV News* (10 nov. 2020) www.ctvnews.ca/health/coronavirus/pm-to-provinces-act-now-to-slow-surging-covid-19-1.5182552

³⁷ Particolarmente interessante il saggio di I. Reus, *Die mediale Darstellung des Föderalismus während der Corona-Pandemie. Eine Auswertung von Positionen, Konnotationen und Bewertungen in deutschen Tageszeitungen*, in *Der moderne Staat*, 2/2021, 373 ss., che evidenzia come durante la pandemia la maggior parte dei commenti sul federalismo riportati dai quotidiani sia stata di contenuto negativo, ma allo stesso tempo non si registra una differenza rispetto ai tempi "normali". L'autrice ne ricava che sulla stampa si tende a dare, per eccesso di banalizzazione, una connotazione del federalismo come fattore di rallentamento dei processi decisionali, ma nel contempo il principio è così radicato nella cultura istituzionale tedesca da non risultare toccato dall'immagine mediatica prevalente.

³⁸ Al punto che in alcuni Paesi si è parlato di un governo delle agenzie/istituti di sanità che ha esautorato il governo politico – Cfr. A. Simoni, *L'emergenza Covid-19 in Svezia: le basi giuridiche di un approccio pragmatico*, in *DPCE Online*, 2/2020, 1861 ss.

³⁹ Cfr. W. Sadurki, *A Pandemic of Populists?*, Cambridge, 2022.

accentratrice (nella figura del Presidente) ancor prima che centralizzatrice. Ma anche senza addentrarsi in considerazioni relative al costituzionalismo nel suo insieme, e limitandosi al solo tema della struttura territoriale, oggetto di questa analisi, alcuni dati dovrebbero indurre a una riflessione.

3.1. Asimmetria come capro espiatorio?

La prima serie di dati riguarda il peso che una struttura decisionale decentrata (e dunque almeno potenzialmente asimmetrica, come visto sopra) ha nella effettiva gestione delle emergenze. L'analisi comparata ha dimostrato che l'efficienza delle soluzioni non dipende primariamente dall'assetto territoriale, ma da altre variabili, di natura istituzionale e non⁴⁰.

Tra i fattori extragiuridici che determinano molta parte della risposta all'emergenza vi sono variabili di diverso tipo, che tra l'altro sono spesso all'origine della scelta degli ordinamenti di organizzarsi in chiave federoregionale. Si pensi alle condizioni geografiche: non è un caso, ad esempio, che in Canada la Provincia col tasso di infezione e di mortalità più alto sia stata il Québec, mentre il Nunavut ha registrato nel 2020 zero (!) casi. O a fattori demografici: il rapporto tra contagi e mortalità è assai variabile, in base tra l'altro all'età media delle persone⁴¹, e non va dimenticato che 7 dei 10 stati più popolosi al mondo sono federali⁴², per cui si può essere portati superficialmente a ritenere che l'assetto territoriale influisca sui contagi quando il tema è il numero (e la concentrazione territoriale) degli abitanti. Determinante è anche lo sviluppo economico, che ha inciso da un lato sul numero di infezioni, perché territori più sviluppati sono più globalizzati, dall'altro sulla mortalità, perché un sistema sanitario migliore abbassa il numero di morti.

Vi sono poi fattori di carattere politico, strutturale o contingente. In Germania la differenziazione regionale, fattore di efficienza durante la prima ondata, è diventata problematica nella seconda, quando si è accesa la contesa politica per la successione alla Cancelliera Merkel e i due principali sfidanti interni alla coalizione cristiano-democratica erano anche i Ministri-Presidenti dei due *Länder* più popolosi e politicamente pesanti, il Nordreno-Westfalia (Laschet) e la Baviera (Söder). Negli Stati Uniti la forte conflittualità partigiana della presidenza Trump e la politica negazionista seguita a lungo dall'ex Presidente hanno provocato reazioni forti in molti

⁴⁰ Cfr. ad es. A. Golia et al., *Constitutions and Contagion*, cit., e M. Angelici et al., *Divided We Survive? Multi-Level Governance and Policy Uncertainty during the First Wave of Covid-19*, Cesifo Working Papers no. 8999/2021.

⁴¹ Quale indicatore dice di più sulla risposta alla pandemia, il numero dei contagi o quello dei morti? L'India, ad esempio, registra in proporzione alla popolazione un numero alto di contagi ma basso di morti, la Nigeria ancora meno (popolazione molto giovane), mentre l'Italia o il Belgio hanno tassi molto alti di mortalità dovuti all'alta età media: cfr. edition.cnn.com/interactive/2020/health/coronavirus-maps-and-cases/

⁴² India, USA, Pakistan, Brasile, Nigeria, Russia e Messico.

stati (generalmente a maggioranza democratica), che hanno utilizzato i propri poteri per contrastare l'inazione federale. Appare in tal senso assai interessante il dato secondo cui il numero di morti in base alla popolazione è risultato più basso negli stati in cui l'assemblea ha una maggioranza diversa dal partito del governatore, mentre cresce dove vi sia uniformità politica tra governatore e maggioranza parlamentare e non vi sia dunque bisogno di negoziare le misure⁴³.

Gli esempi sul dato politico potrebbero continuare a lungo: laddove vi sia un controllo quasi esclusivo di un partito sia sul governo centrale sia su quelli periferici, le dinamiche politiche prevalgono sulle eventuali disparità territoriali e il dato politico travolge quello giuridico. Così, ad es., sul piano costituzionale la Russia ha avuto una gestione assai decentrata della pandemia, ma si tratta nella sostanza di un federalismo di facciata, considerando che il partito del Presidente Putin, Russia Unita, governa 76 delle 85 entità federate, e la regia di tutte le operazioni è stata del Cremlino, come peraltro anche in contesti ordinari. Simili dinamiche si riscontrano in India, dove il Bharatiya Janata Party del Primo Ministro Modi ha la maggioranza in 21 stati su 28, in Etiopia dove il partito di governo controlla 9 delle 10 entità federate, o in Sudafrica con 8 su 9 province in mano all'ANC.

Tra le variabili di natura giuridico-istituzionale che incidono sulla *performance* dei sistemi composti nella gestione della pandemia vanno ricordate la struttura amministrativa, l'efficienza dell'amministrazione, e l'efficacia dei raccordi tra livelli di governo⁴⁴, che è il vero banco di prova dell'efficienza dei sistemi federali⁴⁵. La presenza o meno di più centri decisionali significa poco in astratto, poiché l'efficienza della risposta dipende dalla capacità operativa dei diversi livelli. Di regola, tale capacità è piuttosto uniforme, per cui se è efficiente il centro lo sono anche i livelli substatali e viceversa. Talvolta si riscontrano invece maggiori asimmetrie, come nel caso italiano, in cui, rispetto al *benchmark* statale, alcune regioni hanno in genere capacità amministrative e gestionali migliori, altre peggiori.

Ne risulta in definitiva che spesso si attribuisce alla struttura territoriale un peso e un ruolo che non ha, "scaricandole" colpe di inefficienze che sono da rinvenire altrove. Può essere una soluzione comoda, ma se conduce a diagnosi sbagliate, saranno inevitabilmente sbagliate anche le terapie.

3.2. Il caso degli stati di emergenza

Un secondo dato di particolare interesse che emerge dalla prassi comparata è che negli ordinamenti federali (quelli che si autodefiniscono tali, ed hanno

⁴³ J. Kincaid, W. Leckrone, *Partisan Fractures in U.S. Federalism's COVID-19 Policy Responses*, cit.

⁴⁴ D. Cameron, *The Relative Performance*, cit.

⁴⁵ J. Poirier, C. Saunders, J. Kincaid (eds.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems. Comparative Structures and Dynamics*, Oxford, 2015.

pertanto un più forte radicamento storico e costituzionale dell'autonomia e dunque della almeno potenziale differenziazione) il ricorso allo stato di emergenza è assai più raro di quanto avvenga in ordinamenti unitari o con un decentramento di tipo non federale⁴⁶.

Gli ordinamenti federali che hanno fatto ricorso alla dichiarazione dello stato di emergenza a livello federale dall'inizio della pandemia sono stati soltanto l'Etiopia (che peraltro si trova in una situazione emergenziale per motivi diversi dalla lotta alla pandemia, con la crisi del Tigray scoppiata nell'autunno 2020), il Sudafrica (che è unanimemente ritenuto uno stato federale, ma va ricordato che non si definisce tale in costituzione), il Messico e, dal gennaio 2021, la Malesia. In Argentina lo stato di emergenza era già in vigore (dal 2019) al momento dell'esplosione della pandemia, per fronteggiare la crisi economica. Un discorso a parte meritano la Germania e gli Stati Uniti. Nel primo caso è stata proclamata l'emergenza sanitaria nel marzo 2020, ma questa non ha limitato, semmai ampliato i poteri dei *Länder* (e della Federazione), consentendo loro di adottare misure straordinarie nell'ambito delle rispettive competenze, ad es. le chiusure di attività, scuole, ecc., provvedimenti che altrimenti non potrebbero essere presi. Negli USA, nel marzo 2020 è stata dichiarata l'emergenza nazionale in base al *National Emergencies Act* (prorogata poi dal presidente Biden a febbraio 2021), che conferisce poteri particolari al Presidente ma non altera la divisione delle competenze costituzionalmente prevista né può farlo, limitandosi ad attribuire funzioni di coordinamento di tipo straordinario in capo al Presidente per ciò che concerne l'attività delle istituzioni e delle agenzie federali. Così, com'è noto, non è stato possibile neppure disciplinare a livello federale l'obbligo (o meno) di indossare mascherine, perché la materia rimane nella competenza degli stati e la dichiarazione di emergenza nazionale ha avuto il solo effetto di riorganizzare le funzioni dei soggetti che operano in ambito federale.

Negli altri casi la pandemia è stata gestita con strumenti ordinari, che consentono la centralizzazione delle funzioni in capo all'esecutivo federale, ma senza bisogno di ricorrere allo stato di emergenza, utilizzando la legislazione di settore⁴⁷ e senza stravolgere le competenze degli enti substatali. Neppure a fronte della recrudescenza della primavera e

⁴⁶ J. Grogan, *COVID-19 and states of emergency*, in *Verfassungsblog*, 26.5.2020, verfassungsblog.de/category/debates/covid-19-and-states-of-emergency-debates/.

⁴⁷ Ad esempio in Germania, pur essendo prevista a livello costituzionale la possibilità di azionare una costituzione parallela per lo stato di difesa (artt. 115a-1), si è operato attraverso una legge di settore, quella sulle infezioni, che fornisce al Governo federale gli strumenti per coordinare l'azione dei *Länder* ed imporre azioni in deroga al riparto delle competenze; tale legge è stata modificata due volte (con il consenso dei *Länder*) per renderla più adatta alla situazione della corrente pandemia, aumentando il potere di coordinamento in capo al Governo federale (cd. freno di emergenza, *Notbremse*), in modo conforme alla Legge fondamentale secondo il Tribunale costituzionale federale (BVerfG, ord. 30.11.2021, 1 BvR 781/21 et al).

dell'autunno 2021 paesi come l'India e il Nepal hanno fatto ricorso a questi strumenti. Né lo hanno fatto il Canada, l'Australia (a livello federale, giacché alcuni stati vi hanno fatto ricorso nella propria giurisdizione)⁴⁸, l'Austria, il Belgio, la Svizzera, il Brasile, la Russia, il Pakistan o altri⁴⁹.

L'intensità della centralizzazione della gestione dell'emergenza in capo all'esecutivo federale varia naturalmente tra i diversi ordinamenti, anche in base al grado di accentramento "a regime" del sistema (si pensi all'Austria)⁵⁰, così come varia il grado di conflittualità tra il potere federale e le entità federate. Tuttavia, sotto il profilo costituzionale, appare assai significativo il fatto che i sistemi federali da un lato non ostano alla centralizzazione della linea di comando, e dall'altra consentono che ciò avvenga attraverso procedure ordinarie, senza derogare all'ordine costituzionale.

In altre parole, sembra di potersi ricavare da questo dato che gli ordinamenti federali abbiano una maggiore resilienza, flessibilità e capacità di adattamento rispetto ai sistemi unitari o limitatamente decentrati, e che le costituzioni federali siano in grado di approntare, in via generale, delle strutture più elastiche, capaci di accentrare e decentrare a seconda delle circostanze senza bisogno di interventi derogatori. E che dunque siano, sempre in via generale, meglio attrezzate contro le avversità e le emergenze di quanto lo siano costituzioni più centralizzate, riducendo il rischio di vulnerare l'ordinamento, a partire dal riparto delle competenze tra livelli di governo. Pertanto, contrariamente a quanto spesso si ritiene, l'asimmetria (e il federo-regionalismo nel suo complesso) pare operare come fattore di stabilizzazione e non di destabilizzazione dei sistemi costituzionali.

4. Asimmetria: come e quando

4.1. *Laboratory federalism*

Un ulteriore elemento che emerge dall'analisi comparata è la capacità dei federo-regionalismi di limitare i danni di politiche federali sbagliate. Certo, più aumentano i centri decisionali, più cresce il rischio che qualcuno commetta degli errori. Ma il grado di rischio resta assai più alto laddove a decidere è un solo livello di governo, perché se sbaglia questo, non vi sono strumenti per limitare il danno. Collegata a questo fattore vi è la nota dottrina del *laboratory federalism* formulata fin dagli anni '30 dal giudice

⁴⁸ Interessante fattore di asimmetria in un ordinamento noto per essere tra i più simmetrici.

⁴⁹ Cfr. R. Chattopadhyay et al (eds.), *Federalism and the Response to Covid-19*, cit.

⁵⁰ Cfr. F. Palermo, *La gestione della crisi pandemica in Austria: regolarità costituzionale e qualche distonia politica*, in *DPCE online* 2/2020, 1743 ss.

Brandeis della Corte Suprema americana⁵¹: più centri decisionali aumentano le possibilità di trovare soluzioni migliori. E così, se un errore di un ente substatale può essere circoscritto e rettificato assai più facilmente di quello del livello centrale perché il suo raggio di azione è più limitato, buone soluzioni elaborate a livello decentrato possono facilmente essere replicate dagli altri territori e dal potere centrale.

Il caso forse più emblematico nella pandemia da Covid-19 è quello del Brasile, dove i governatori di 24 stati su 27 si sono – almeno inizialmente – ribellati al negazionismo del Presidente Bolsonaro, rifiutandosi di eliminare le restrizioni imposte e contestualmente proponendo una serie di misure coordinate⁵², prima che il potere centrale intervenisse con decreto a limitare ulteriormente il potere degli stati ampliando quello del Presidente. Dinamiche simili si sono registrate in Messico e negli Stati Uniti dove, com'è stato affermato, la lenta risposta iniziale alla pandemia è stata dovuta non già a lacune costituzionali del sistema federale, ma alla polarizzazione partitica⁵³.

In definitiva, gli ordinamenti composti sono in grado di garantire una maggiore predisposizione a ciò che potremmo chiamare efficienza democratica: controllo del potere centrale e maggiori possibilità di soluzioni innovative. Naturalmente è una predisposizione astratta, perché nulla assicura che ciò avvenga sempre, ma si tratta di una possibilità che in contesti unitari manca anche in teoria. Un confronto tra le modalità cooperative adottate in Svizzera e nel Regno Unito nel fronteggiare la crisi, ad esempio, ha dimostrato come alcuni fattori presenti solo negli ordinamenti composti (la capacità di centralizzare e decentralizzare rapidamente, il reciproco apprendimento tra i livelli e la sua istituzionalizzazione, la valorizzazione delle differenze) aumentano la capacità di risposta alle emergenze rispetto agli ordinamenti centralizzati⁵⁴.

Connessa al tema del *laboratory federalism* è la possibilità di adattare le soluzioni alle specificità territoriali. In paesi molto differenziati, regole unitarie calate in contesti profondamente diversi non producono unità ma accentuano le differenze. In un contesto come quello italiano la resa dei sistemi sanitari è molto diversa, e così, di conseguenza, la capacità di

⁵¹ Cfr. W.E. Oates, *An Essay on Fiscal Federalism*, in *Journal of Economic Literature*, Vol. 37, no. 3, 1999, 1120 ss. e ora J. Sutton, *Who Decides? States as Laboratories of Constitutional Experimentation*, Oxford, 2021.

⁵² E. Peluso Neder Meyer, T. Bustamante, *Authoritarianism Without Emergency Powers: Brazil Under COVID-19*, in *VerfBlog*, 2020/4/08, verfassungsblog.de/authoritarianism-without-emergency-powers-brazil-under-covid-19/ e G.M.A. Rodriguez et al., *Brazil and the fight against Covid-19*, in N. Steytler (ed.), *Comparative Federalism and Covid-19*, cit., 239 ss.

⁵³ J. Kincaid, J.W. Leckrone, *American federalism and Covid-19. Party Trumps policy*, in N. Steytler (ed.), *Comparative Federalism and Covid-19*, cit., 181 ss.

⁵⁴ J. Gaskell, G. Stoker, *Centralised or multi-level: which governance systems are having a 'good' pandemic?*, in *LSE blog* (apr. 2020), blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/governance-systems-covid19/?utm_campaign=Blogs&utm_content=1587715203&utm_medium=social&utm_source=facebook&fbclid=IwAR3JP3XnziVoiy9EYsBOXowObY92mtdQtDDQLy7WqPJsyxwqaTvwCmheoo.

fronteggiare situazioni di emergenza. Vale anche per questioni apparentemente minori: ad esempio, stabilire la riapertura dei ristoranti con servizio solo all'aperto in tutto il territorio nazionale o anche solo nelle regioni che abbiano dati epidemiologici simili, non tiene comunque conto della differenza climatica tra un rifugio alpino e un ristorante sul lungomare, creando così disparità di condizioni e di trattamento tra soggetti in condizioni analoghe (in questo caso i ristoratori). Regole uniformi in condizioni diverse comportano infatti più disuguaglianza, non maggiore uguaglianza, come già visto sopra.

4.2. Quale asimmetria?

Se prima si è detto che un metro di misurazione della cultura dell'autonomia degli ordinamenti federo-regionali è l'asimmetria potenziale e non necessariamente quella reale, occorre ora specificare ulteriormente il genere di asimmetria di cui si parla, perché sul punto vi è una certa confusione in dottrina. Tradizionalmente, infatti, il grado di simmetria o asimmetria nei sistemi federo-regionali viene misurato in base al *quantum* di differenziazione (sulla carta) della competenza legislativa degli enti substatuali⁵⁵. Ma si tratta di una lettura molto parziale e soprattutto poco attuale⁵⁶.

Parziale, perché tiene conto di un solo aspetto della differenziazione, quello legislativo, e dimentica che l'asimmetria (*de jure*, senza contare quella di fatto che dipende da fattori extragiuridici anche molto importanti come le condizioni economiche, il panorama politico, la realtà geografica ecc.)⁵⁷ si configura in base anche a molti altri fattori. Tra questi in particolare gli aspetti istituzionali (rappresentanza differenziata nelle istituzioni, come le seconde camere, o in organismi delle relazioni intergovernative, ecc.)⁵⁸, alle relazioni finanziarie⁵⁹, alla presenza di istituti giuridici differenziati in certi territori⁶⁰, ai controlli o ai poteri sostitutivi⁶¹, ai rapporti internazionali⁶², e soprattutto

⁵⁵ In senso critico v. già P. Perenthaler, *Lo stato federale differenziato*, Bologna, 1998.

⁵⁶ Sul punto si rinvia alle considerazioni già svolte in F. Palermo, *Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti*, in *Ist. Fed.* 2/2018, 255 ss.

⁵⁷ Per la fondamentale distinzione tra asimmetria *de jure* e *de facto* v. R. Watts, *Comparing federal systems*, Kingston, 3. ed. 2008, 43 ss.

⁵⁸ Sull'importanza di questi fattori nella crisi pandemica v. C. Saunders, *Grappling with the pandemic. Rich insights into intergovernmental relations*, in N. Steytler (ed.), *Comparative Federalism and Covid-19*, cit., 375 ss.

⁵⁹ E. Alber, *Intergovernmental Financial Relations: Institutions, Rules and Praxis*, in A. Valdesalici, F. Palermo (eds.), *Comparing Fiscal Federalism*, Leiden-Boston, 2018, 223 ss.

⁶⁰ Dal diritto forale in Spagna agli elementi di *civil law* in Scozia, Québec, Louisiana e Puerto Rico, da istituti particolari come il maso chiuso e il diritto tavolare in Alto Adige, alle peculiarità riconosciute in diversi contesti specie nel sud-est asiatico.

⁶¹ Ad es. i diversi sistemi di controllo sulle leggi previsti per le isole Fær Øer e le isole Åland, o la diversa modalità di adattamento alle norme nazionali di riforma prevista per la Provincia di Bolzano (d.lgs. 266/1992).

⁶² In diversi casi sono riconosciuti a specifiche realtà substatuali regole diverse per l'esercizio del potere estero, dalla consultazione ad un vero e proprio *treaty-making power*.

all'amministrazione (risorse economiche, personale, dotazioni infrastrutturali, ecc.).

Poco attuale, perché se da un lato la differenziazione legislativa va diffondendosi anche in contesti non certo caratterizzati per un particolare *favor* verso l'asimmetria⁶³ (a dimostrazione della tesi qui sostenuta secondo cui l'asimmetria è un fattore strutturale dei federo-regionalismi, la cui emersione si connota in chiave storico-temporale quale fattore ciclico, particolarmente sentito nella fase attuale di sviluppo dei sistemi unitari composti, *in primis* di quelli devolutivi ma anche di quelli ad originaria vocazione simmetrica), dall'altro la funzione legislativa è oggi tra gli indicatori meno rilevanti del grado effettivo di autonomia. Perché le materie sono interconnesse e difficilmente gestibili sul piano legislativo da un solo livello di governo⁶⁴, con inevitabile partecipazione di più livelli alla loro gestione, per cui il federo-regionalismo contemporaneo è molto più *shared rule* che *self rule*⁶⁵.

Per ottenere un quadro realistico e non un *trompe-l'œil* dell'asimmetria occorre dunque considerare il fenomeno nel suo insieme e nelle sue manifestazioni. In tal modo il grado effettivo di asimmetria appare in modo molto diverso da quello dell'asimmetria presunta. Con la pandemia, in particolare, nonostante una complessiva centralizzazione delle misure, si sono osservate manifestazioni di asimmetria piuttosto significative non solo dove si potevano attendere, ovvero in ordinamenti tradizionalmente asimmetrici come il Canada⁶⁶, ma anche in contesti assai meno propensi al riconoscimento della differenziazione, come la Germania⁶⁷ e

⁶³ Si pensi, ad es., alla costituzionalizzazione del principio di sperimentazione nell'esercizio delle competenze realizzata nell'ordinamento francese con la riforma dell'art. 72 cost. nel 2003, al riparto della competenza legislativa concorrente introdotto in Germania con la riforma costituzionale del 2006, che ha previsto in particolare la nuova tipologia delle leggi in deroga, o all'introduzione del principio di differenziazione tra le regioni ordinarie italiane ex art. 116 c. 3 cost.

⁶⁴ V. in riferimento al caso italiano F. Benelli, *La "smaterializzazione" delle materie*, Milano, 2006. In chiave comparata N. Steytler (ed.), *Concurrent Powers in Federal Systems. Meaning, Making, Managing*, Leiden/Boston, 2017.

⁶⁵ Per riprendere la classica definizione di D. Elazar, *Exploring Federalism*, Tuscaloosa, 1987, 12.

⁶⁶ L'esempio più interessante è rappresentato dalla cd. *Atlantic Bubble*, l'accordo tra le quattro province atlantiche (New Brunswick, Prince Edward Island, Nuova Scozia e Terranova) istituita nel 2020 e poi più volte prorogata, che consentiva gli spostamenti senza limitazioni tra i residenti nelle province interessate (tutte con bassissimi tassi di infezione), ponendo invece restrizioni per l'ingresso da altre province (test e quarantena). Cfr. J. Poirier, J. Michelin, *Facing the Coronavirus Pandemic in the Canadian Federation. Reinforced Dualism and Mutual Cooperation?*, in N. Steytler (ed.), *Comparative Federalism and Covid-19*, cit., 210 ss.

⁶⁷ Soprattutto in base alla competenza dei *Länder* nelle materie più soggette ad intervento per il contrasto alla pandemia, come gli esercizi commerciali, la scuola, la sanità. Il grado di asimmetria è stato poi ridotto con l'adozione, nella primavera del 2021, di una disciplina unitaria a livello federale, nota come "freno di emergenza" (*Notbremse*), che prevede misure da adottare in base a parametri generali. La normativa è stata poi modificata nell'autunno del

l’Australia⁶⁸. In altre realtà federali la forte cooperazione richiesta dalla pandemia non ha limitato le competenze degli enti substatuali⁶⁹, e talvolta ha persino mostrato una inattesa capacità di coordinamento tra entità substatuali normalmente conflittuali⁷⁰. Nella fase pandemica, insomma, la realtà dell’asimmetria è risultata diversa rispetto a quanto ci si sarebbe potuti attendere: in particolare, non è stata travolta dalle esigenze di coordinamento, specie negli ordinamenti in cui il federo-regionalismo è più radicato nella costituzione materiale. A seconda dei contesti, poi, l’asimmetria talvolta si è manifestata in modo significativo (come in Canada, o nel Regno Unito), in altri casi ha operato come forma di recupero dell’autonomia substatuale (si pensi all’Australia), mentre altre volte è stata limitata attraverso scelte coordinate degli enti substatuali, che hanno dunque mantenuto il controllo sull’*an* e sul *quantum* di differenziazione (ad es. in Germania, Svizzera, Belgio). Soprattutto, come ricordato, ciò che conta ai fini dell’analisi della natura e della funzione dell’asimmetria, non è tanto il *quantum* di asimmetria realizzata in concreto in specifici momenti, quanto l’*an* della sua portata potenziale, il fatto di continuare ad esistere anche quando si tratta di far fronte a situazioni emergenziali e a problemi di portata generale e non meramente territoriale.

5. Considerazioni conclusive

Una delle principali lezioni che la pandemia da Covid-19 lascia alle riflessioni sul costituzionalismo è che le costituzioni si sono rivelate complessivamente

2021. Va tuttavia ricordato che non solo la disciplina unitaria lascia comunque ai *Länder* la facoltà di intervenire in un ampio numero di settori, ma anche e soprattutto che è stata concordata tra *Länder* e Federazione, e non è un’imposizione unilaterale del potere centrale, che non avrebbe avuto la competenza di adottarla. Cfr. G. Färber, *Germany’s fight against Covid-19: The tension between central regulation and decentralised management*, in N. Steytler (ed.), *Comparative Federalism and Covid-19*, cit., 51 ss.

⁶⁸ In una federazione normalmente assai unitaria e simmetrica, le misure contro la pandemia sono state prese prevalentemente a livello dei singoli stati e territori e, pur in presenza di un inevitabile coordinamento nel quadro della cabina di regia creata presso il governo nazionale, ciascuno ha scelto mezzi diversi, anche sul piano giuridico. Così ad es. tutti gli stati tranne il New South Wales hanno dichiarato l’emergenza sanitaria, mentre solo quattro stati hanno fatto ricorso allo stato di emergenza. A Victoria si è fatto ricorso allo stato di calamità, e la Western Australia si è persino auto-isolata dal resto del territorio. Le misure adottate sono state dunque molto diverse nei diversi territori. Si dibatte se la crisi pandemica abbia portato una nuova consapevolezza asimmetrica nel federalismo australiano o se sia destinata a restare un’eccezione. Cfr. N. Aroney, *The Australian federal response to the Covid-19 crisis. Momentary success or enduring reform?*, in N. Steytler (ed.), *Comparative Federalism and Covid-19*, cit., 288 ss.

⁶⁹ Per il caso svizzero cfr., anche in chiave critica, R. Freiburghaus, S. Mueller, A. Vatter, *Switzerland: Overnight centralization in one of the world’s most federal countries*, in R. Chattopadhyay et al (eds.), *Federalism and the Response to Covid-19*, cit., 217 ss.

⁷⁰ Cfr. per il Belgio P. Bursens, P. Popelier, P. Meier, *Belgium’s response to Covid-19: how to manage a pandemic in a competitive federal system?*, in R. Chattopadhyay et al (eds.), *Federalism and the Response to Covid-19*, cit., 39 ss.

poco attrezzate per fronteggiare questo evento straordinario. La necessità di adottare misure rapide in un ambito nuovo ha messo in tensione gli ordinamenti, ed ha fatto emergere le loro costituzioni materiali. Un intervento manutentivo a livello costituzionale sembra prospettarsi come un'opera necessaria per la messa in sicurezza degli ordinamenti, per evitare che le costituzioni funzionino solo in caso "di bel tempo" e renderle adatte a fronteggiare anche le intemperie, con argini sufficientemente solidi per contenere straripamenti.

In tema di rapporti tra i livelli di governo, anche nella prospettiva di tali auspicabili adattamenti delle costituzioni, il grado e le modalità della gestione asimmetrica di funzioni in condizioni apparentemente avverse a una differenziazione tra territori vanno analizzate senza fermarsi alla superficie. Da una lettura più approfondita della natura e delle manifestazioni dell'asimmetria è emerso in primo luogo che comprimere (non già la differenziazione nel concreto quanto) la possibilità di differenziare le regole, significa una eliminazione *tout court* dell'autonomia, incompatibile con la natura federo-regionale di un ordinamento.

In secondo luogo, il grado di misurazione della portata del principio differenziale (consustanziale al principio autonomistico) non può che essere quello dell'asimmetria potenziale. Non può pertanto scambiarsi il necessario coordinamento delle azioni degli enti substatali (tanto più quando deciso dagli enti medesimi e non imposto dal centro) con la dimostrazione della incompatibilità dell'asimmetria territoriale con una efficace gestione delle emergenze.

Anzi, e in terzo luogo, la prassi comparata ha mostrato che laddove l'autonomia e quindi la (possibilità della) differenziazione è più radicata (manifestandosi non solo nel testo costituzionale ma anche nella costituzione materiale dei rapporti tra livelli di governo), non vi è (stato) bisogno di ricorrere a stati di emergenza e a discipline derogatorie del riparto di competenze tra livelli di governo. Autonomia e dunque asimmetria tendono pertanto a produrre una maggiore capacità delle costituzioni ad operare con strumenti ordinari anche in condizioni di stress, favorendo e non scoraggiando il coordinamento proprio perché non risulta necessario imporlo d'imperio.

L'equivoco di fondo, la diagnosi sbagliata che inevitabilmente produce terapie sbagliate, sta nel considerare che federalismo e autonomia comportino automaticamente che le regole siano differenti, e che regole differenti siano automaticamente pericolose. Come la prassi della gestione della pandemia ha dimostrato, il vantaggio degli ordinamenti (autenticamente) federo-regionali sta nella possibilità di accentrare o di differenziare a seconda della necessità, e nella presenza di procedure che garantiscano questi processi in modo conoscibile e attraverso la cooperazione più che l'imposizione. È la qualità della cooperazione a fare la differenza tra

gli ordinamenti federo-regionali che hanno risposto in modo efficiente e quelli che non l'hanno fatto.

Più asimmetria non significa insomma automaticamente migliore funzionamento del sistema federo-regionale. Ma solo che, essendo un elemento intrinseco del sistema federo-regionale, deve essere attivabile, senza doverlo fare per forza. Temerla e combatterla a priori significa eliminare ogni autonomia, e ciò appare funzionale non già ad una maggiore efficienza del sistema, quanto all'eliminazione di fastidiosi intralci al decisore.

Francesco Palermo
Università di Verona e Eurac Research
francesco.palermo@univr.it