

La democrazia alla prova dell'emergenza: un primo sguardo ai casi di Canada e Svizzera

di Sergio Gerotto

Abstract: Democracy facing the emergency: a first assessment of the Canadian and Swiss case – Nel presente lavoro l'autore analizza il modo in cui hanno affrontato l'emergenza Covid Svizzera e Canada, due ordinamenti che presentano alcune caratteristiche comuni: il fatto di essere entrambi federali e la presenza in ambedue di un atto normativo *ad hoc* finalizzato alla gestione delle emergenze epidemiche. Dall'analisi emerge che l'assetto federale non gioca sempre a favore dell'efficienza nella gestione delle emergenze, e che anzi è richiesto un elevato grado di accentramento decisionale per garantire il funzionamento degli strumenti normativi predisposti per la soluzione delle crisi epidemiche.

Keywords: emergency powers, federalism, democracy.

1. Introduzione

Spenderò qualche parola all'inizio di questo lavoro per inquadrare dal punto di vista generale i termini dei problemi posti da un'emergenza come quella che, ahimè, stiamo ancora vivendo. Mi scuserà il lettore se il ragionamento potrà sembrare banale, ma credo che sia utile, se non addirittura necessario, affrontare l'analisi di situazioni complesse cercando di delineare uno schema di ragionamento il più lineare possibile. Dunque, punto primo: siamo in una situazione di emergenza. Nulla da dire sul fatto che una pandemia che colpisce con i numeri di contagi e decessi come quelli a cui assistiamo sia una emergenza. Punto secondo: una situazione di emergenza mette sotto stress il sistema che colpisce, determinando un pericolo per l'ordine costituito. Punto terzo: è possibile eliminare, o quanto meno limitare, tale pericolo per l'ordine costituito approntando degli strumenti per la gestione delle emergenze.

Tutto ciò premesso si tratta di capire quali tipologie di strumenti possano essere impiegati nelle situazioni di emergenza e con quali modalità operative, ma prima ancora si tratta di delineare quali siano i rischi cui far fronte. Questa prima incombenza è piuttosto agevole da assolvere. Lo ha ben riassunto una cara collega, prematuramente scomparsa, nelle prime pagine di un lavoro monografico del 2004. Scriveva Antonella Benazzo, che il tema "rinvia ad una problematica ricorrente del costituzionalismo che, in termini generali, può essere riassunta nel tentativo di

estendere le garanzie giuridiche normalmente operanti nei confronti del governo a tutte quelle ipotesi estreme di disordine o di pericolo nelle quali si ritiene che i poteri pubblici debbano ricorrere a provvedimenti straordinari per la cura dei supremi interessi collettivi, con la conseguente potenziale lesione delle stesse fondamentali regole poste a presidio della convivenza civile”¹. Proprio in ragione della loro urgenza, le situazioni di emergenza richiedono risposte rapide. È inevitabile, dunque, che non si percorrano i normali circuiti decisionali del Parlamento e ci si affidi piuttosto all’esecutivo. La concentrazione del potere pone però a rischio l’assetto democratico, posto che il costituzionalismo nasce proprio con l’intento di separare i poteri per così limitarli e tutelare i diritti dei cittadini.

Tutto dunque si riassume nel seguente interrogativo: come è possibile garantire che a fronte di eventi eccezionali l’azione delle istituzioni chiamate a ricorrere a soluzioni fuori dall’ordinario si mantenga entro i limiti dei poteri costituiti? Insomma, quale strumento può fungere da valvola di sfogo per proteggere la Costituzione in tali situazioni? È evidente che ogni soluzione contiene in sé un dilemma, “un vero e proprio paradosso secondo il quale si ammette la violazione della Costituzione proprio allo scopo di preservarne l’esistenza e la stabilità”².

Non è mia intenzione ricostruire qui il dibattito dottrinale sullo stato di emergenza, peraltro già autorevolmente ricostruito da altri³. Mi limito a richiamare velocemente le principali tipologie di soluzioni rinvenibili negli ordinamenti democratici. Con buona approssimazione possiamo distinguere tre approcci: la previsione di specifici regimi derogatori espressamente disciplinati in Costituzione; la disciplina in via legislativa di specifiche situazioni di emergenza; il ricorso agli ordinari strumenti presenti nell’ordinamento per far fronte *una tantum* ad una specifica emergenza attivati solo ed esclusivamente nel momento in cui essa dovesse presentarsi. Del primo approccio sono rinvenibili numerosi ed eterogenei esempi nel diritto comparato, tra cui l’art. 16 della Costituzione francese, l’art. 116 della Costituzione spagnola, gli artt. 80a e 91 della *Grundgesetz* tedesca⁴. Del secondo approccio rappresentano un esempio proprio i due

¹ A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004, 1.

² A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, cit. 3.

³ Dibattito peraltro riaccessosi nella storia recente in seguito agli eventi legati al terrorismo internazionale. A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, cit.; P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; B. Ackerman, *La costituzione di emergenza: come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Roma, 2005 (trad. di *The emergency constitution*, in *The Yale Law Journal*, v. 113, 2004, 1029-1109). Vedi anche D. Kretzmer, *Emergency, State Of*, in *Oxford Public International Law* online [ult. accesso 23 March 2020]; A. Vedaschi, *A la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007, in particolare il Capitolo IV, *Stati di eccezione e di emergenza assimilabili allo stato di guerra*, 263 ss.

⁴ È noto che il modello tedesco è quello probabilmente più complesso tra i vari rinvenibili nel diritto comparato. Non si limita infatti alle due disposizioni qui richiamate, ma consta di una estesa disciplina frutto di una novella costituzionale del 1968. L’impianto è talmente compiuto

ordinamenti che qui prendiamo in esame, il Canada con il *Quarantine Act* e la Svizzera con la *Legge sulle epidemie*. Il terzo è un po' l'approccio dell'improvvisazione, di cui è esempio il caso italiano⁵.

Astraendo per il momento dalla terza categoria di soluzioni, la differenza che intercorre tra le prime due consiste nel fatto che mentre in un caso si tratta di strumenti attivabili all'occorrenza per fattispecie che, sia pur previamente definite, sono comunque molto generali (stato di emergenza, di eccezione ecc.), mentre nell'altro si tratta di discipline di rango subordinato alla Costituzione che rimangono in buona misura latenti fino al momento del bisogno. Per entrambi i casi, però, vale il presupposto che l'evento emergenziale sia in qualche modo prevedibile, nel senso di probabile. Se così non fosse, non sarebbe possibile stabilire le condizioni di attivazione della disciplina. Così, lo strumento costituzionale solitamente prevede in termini generali la possibilità di attivare lo strumento emergenziale per eventi naturali (calamità), o socio-economici (ribellioni, guerra civile, crisi economico-finanziarie), stabilendo i limiti che consentono di garantire la sopravvivenza dell'assetto democratico, a volte demandando al legislatore l'individuazione più precisa delle categorie di eventi che ne consentono l'utilizzo⁶.

Quale che sia lo schema, appare chiaro che gli strumenti emergenziali assolvono allo scopo di consentire la gestione di situazioni che richiedono procedure decisionali di tipo straordinario, solitamente con una certa concentrazione di potere nelle mani dell'esecutivo, impedendo però che ciò diventi irreversibile. Detto in altri termini, deve essere chiara la definizione del "chi fa cosa, quando e come", laddove il "come" è una precisa e puntuale definizione dei limiti varcati i quali ci si troverebbe in una situazione di sovvertimento dell'ordine costituito. I poteri emergenziali sono, e devono rimanere, poteri costituiti.

La seconda tipologia di strumenti individuata potrebbe sembrare più problematica della prima laddove si inserisca in un impianto costituzionale privo di una specifica disposizione che, prevedendo lo stato di emergenza, o qualcosa di analogo, individui specifici limiti all'azione delle autorità. In effetti, l'ipotesi di affidarsi ad uno strumento normativo di rango inferiore alla Costituzione è

e pervasivo che si usa riferirsi al modello tedesco come "democrazia protetta", o "militante", proprio per la presenza in Costituzione di una serie di strumenti tesi alla tutela dei valori fondanti l'ordinamento costituzionale. Per una recente ricostruzione della vicenda relativa al concetto di democrazia militante nel diritto costituzionale tedesco E. Caterina, *La metamorfosi della «democrazia militante» in Germania*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2018, 239-258

⁵ La classificazione nelle tre categorie ora evocate non vale tanto a qualificare l'ordinamento in sé, quanto piuttosto la specifica area di intervento. Così, per fare un esempio, se il Canada di fronte all'emergenza pandemica ha adottato un approccio del secondo tipo predisponendo previamente uno strumento normativo *ad hoc*, per l'emergenza terrorismo ha dovuto, come tutti, improvvisare.

⁶ La disciplina prevista dall'art. 116 della Costituzione spagnola ha trovato attuazione, ad esempio, nella *Ley Orgánica 4/1981*, sugli stati di allarme, eccezione ed assedio. Per contro, l'art. 16 della Costituzione francese non ha una normativa d'attuazione.

possibile a due condizioni: la prima è che la fonte utilizzata trovi un solido aggancio in Costituzione, ad esempio, nelle regole sul riparto di competenze tra centro e periferia; la seconda è che l'assetto democratico dell'ordinamento goda di "sana e robusta costituzione", per usare una metafora.

A questo punto, l'emergenza che stiamo vivendo fa sorgere un dubbio. Se entrambe le tipologie di strumenti individuati poggia sull'assunto che per funzionare è necessaria una certa prevedibilità dell'evento emergenziale, come è possibile garantirne il funzionamento a fronte di un evento imprevedibile come una pandemia. Risponderò con una domanda. E chi ha detto che la pandemia era imprevedibile? Un evento è imprevedibile quando "non si può prevedere in quanto contrario a ogni ragionevole aspettativa, al di là di ogni capacità umana di previsione"⁷. L'imprevedibilità è dunque "l'impossibilità di essere previsto, propria di ciò che oltrepassa le limitate conoscenze umane o di ciò che sorprende per la sua stranezza e originalità"⁸. Ma siamo proprio sicuri di trovarci di fronte ad un evento imprevedibile? In ritengo di no. Se così fosse, come spiegheremmo i piani pandemici approntati praticamente da tutti i paesi ed a tutti i livelli già prima dell'epidemia di SARS del 2002/2003, e riadattati, in parte spontaneamente ed in parte seguendo le linee guida del WHO, per far fronte alle problematiche emerse in occasione di quell'evento?⁹ Non si preparano piani per far fronte ad eventi imprevedibili. Gli eventi imprevedibili capitano e ci trovano impreparati, per definizione. Se esistono dei piani significa che l'evento era prevedibile, in quanto probabile. Nel caso di una pandemia imprevedibile è solo il momento in cui può colpire, non il fatto che può o potrebbe colpire. Il che significa che le risposte date all'emergenza devono essere valutate per il modo in cui gli ordinamenti erano preparati (o non preparati) all'emergenza, oltre che per il modo in cui è stata data risposta all'emergenza.

Le stesse ragioni fin qui richiamate mi spingono a credere che non sia condivisibile una ricostruzione che voglia distinguere a priori l'emergenza pandemica da altri eventi emergenziali sulla base, ad esempio, della portata territoriale e temporale degli effetti. L'emergenza pandemica sarebbe, secondo questa prospettiva, universale e di durata indefinita, cosa che la distinguerebbe da ogni altra emergenza nota¹⁰. Se ciò è vero per taluni eventi, come ad esempio le

⁷ A. Gianni (dir.), D.I.R. Dizionario Italiano Ragionato, Firenze, 1988, che mi porto dietro dall'epoca delle superiori.

⁸ D.I.R. Dizionario Italiano Ragionato, cit.

⁹ WHO, *Checklist for Influenza Pandemic Preparedness Planning*, www.who.int/ [ultimo accesso 20 Aprile 2020]; WHO, *Pandemic Influenza Preparedness*, www.who.int/ [ultimo accesso 22 Aprile 2020]. Evito il pedante rinvio ai siti istituzionali nei quali sono reperibili I piani pandemici di Svizzera, Canada ed Italia, ma anche quelli di ogni singola Provincia Canadese, Cantone Svizzero e Regione italiana.

¹⁰ Su tale punto è diffuso in dottrina il riferimento a S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1909, 251-272, riferimento che ritengo, per le ragioni

calamità territoriali (terremoti, alluvioni, tsunami, incendi), non lo è per il terrorismo internazionale. Non è un pericolo invisibile anche il terrorismo, al pari di un virus? Non è imprevedibile dove esso colpisce? Non è una minaccia globale? Non ha una durata indeterminata? Tutto ciò mi porta a dire che a priori non sia escludibile il parallelo con gli strumenti approntati per far fronte ad altre emergenze, ed in particolare a quella del terrorismo.

Va detto che non è scopo del presente saggio dare una risposta all'interrogativo su quale sia lo strumento migliore in termini di efficacia nel contenimento degli effetti della pandemia da Covid-19. Quello è un giudizio che spetterà alla storia. Semmai lo scopo è riflettere sull'efficacia degli strumenti emergenziali ad assolvere al compito di garantire l'assetto democratico dalla potenziale erosione in situazioni che richiedono un funzionamento non ordinario delle istituzioni.

Occorre dunque partire dal seguente quesito: in che modo l'emergenza può erodere l'assetto democratico, o meglio, creare le condizioni perché ciò avvenga? Se il quesito è semplice, la risposta non lo è altrettanto giacché ogni variabile che incide sulla separazione dei poteri mette in pericolo la democrazia. Ha poco senso ragionare di diritti vulnerati. Nelle società democratiche i diritti individuali sono garantiti in tanto in quanto esiste la separazione dei poteri, ergo è a questo aspetto che bisogna guardare preliminarmente. Lo sguardo va cioè rivolto ai meccanismi che garantiscono il funzionamento delle istituzioni in tempi di emergenza, a quelli che limitano l'assunzione di poteri nelle mani dell'esecutivo e delimitano temporalmente il regime derogatorio di gestione dell'emergenza stessa. Non è neppure secondario, come ben mostrano i due casi di Svizzera e Canada, la capacità di mantenere funzionante, e funzionale, l'impianto federale dell'ordinamento, posto che il decentramento territoriale contribuisce alla separazione dei poteri, sia pure in senso verticale. Non andrebbero trascurati, per quanto possibile, neppure, aspetti non necessariamente strutturali, come ad esempio, l'atteggiamento deferente del giudiziario verso le istituzioni nei momenti di crisi. Un giudice costituzionale troppo indulgente verso il risolutore delle crisi non svolgerebbe nel modo più appropriato il suo ruolo di garanzia.

2. Il caso italiano come termine di confronto

Non mi soffermo molto sul caso italiano, che sarà oggetto di approfondita analisi in altro saggio del presente numero¹¹. Mi interessa qui richiamare lo schema su

che espongo, non del tutto pertinente.

¹¹ Sono inoltre già numerosi le riflessioni "a caldo" sulle misure adottate dal governo italiano per contrastare il contagio da Covid-19. Senza pretesa di esaustività: U. Allegretti, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 marzo 2020; V. Baldini, *Emergenza costituzionale e Costituzione*

cui è basata la gestione dell'emergenza Covid-19 in Italia poiché esso non coincide pienamente con nessuno dei modelli che ho tentato di delineare nelle pagine che precedono. Semplificando al massimo, lo schema si regge sulla dichiarazione dello stato di emergenza da parte del governo (Delibera del Consiglio dei Ministri del 31.1.2020), autorizzata non dalla Costituzione, ma da una fonte normativa (Codice della protezione civile, artt. 7 e 24), e dalla adozione di misure puntuali mediante Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) sulla base di una previa legittimazione mediante decreto legge (D.L. 23.2.2020, in seguito modificato con D.L. 25.3.2020).

In buona sostanza lo schema poggia sull'impiego di uno strumento, il decreto legge, originariamente pensato per le situazioni di estrema necessità ed urgenza, ma che sappiamo essere diventato strumento di "ordinaria eccezionalità", se mi è consentito il gioco di parole. Il quadro è a tinte fosche, tanto da far dire che il governo ha assunto in via di fatto pieni poteri, e che pertanto sta violando illegittimamente le nostre libertà¹². A questo punto entriamo in una di quelle situazioni in cui è necessario utilizzare il condizionale. È infatti da escludere l'ipotesi che il governo abbia assunto pieni poteri. Si potrebbe parlare di pieni poteri se il governo avesse assunto su di sé la triade esecutivo-legislativo-giudiziario, ma non pare sia questo il caso. Innanzitutto, ogni azione del governo in questa crisi poggia su una dichiarazione dello stato di emergenza e su un decreto

1764

dell'emergenza, Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto, in *dirittifondamentali.it*, 23 marzo 2020; G. Boggero, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali*, 1/2020; A. Candido, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 marzo 2020; B. Caravita, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 6/2020; M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020; F. Clementi, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020; A. D'andrea, *Protezione della salute, restrizioni della libertà personale e caos normativo*, in *Giustizia insieme*, 24 marzo 2020; Id., *L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione costituzionale senza disfattismo*, in *Questione Giustizia*, 20 aprile 2020; M. De Nes, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *Biolaw Journal*, 16 marzo 2020; C. Drigo, A. Morelli, *Dossier – L'emergenza sanitaria da Covid-19. Normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e dottrina*, in *Diritti Regionali*, 26 marzo 2020; E. Falletti, *La forma è sostanza? Alcune sommarie riflessioni sulla gestione dell'emergenza Covid-19 in Italia*, in *Biolaw Journal*, 19 marzo 2020; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n.2, 2020; I. Massa Pinto, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020; A. Morelli, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti Regionali*, 1/2020; D. Trabucco, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, 5/2020; C. Tripodina, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020; G. Tropea, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020.

¹² "La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi". Intervista al giudice emerito della Corte costituzionale, in *Il Dubbio*, 14 April 2020, www.ildubbio.news. Per *par condicio*, va detto che si sono sentite voci parimenti autorevoli, ma di segno diametralmente opposto: G. Zagrebelsky, *Giusti i divieti se tutelano il diritto alla vita. Non vedo prove di dittatura*, in *La Repubblica*, 21 marzo 2020, 7.

legge (D.L. 23.2.2020 n. 6). Ora, il governo ha dichiarato lo stato di emergenza perché esiste una legge (il codice sulla protezione civile) che gli dà questo potere, ed ha previsto alcune limitazioni alle libertà di tutte le persone presenti entro i confini italiani, *in primis* quella di circolazione, con un atto, il decreto legge, che ha la forza richiesta per farlo, nello specifico l'articolo 16 della Costituzione per quanto riguarda la libertà ora evocata.

Voglio essere il più chiaro possibile, per cui procedo ora per punti. Prima possibile obiezione. Si potrebbe obiettare che il decreto legge non è una legge, e che non è approvato dal Parlamento, ma dal governo. Vero, ma la riserva di legge contenuta nell'articolo 16 non è una riserva di legge formale, e non è neppure assoluta. Ciò significa che è consentito anche al governo di porre limitazioni alla libertà di soggiorno con decreto legge, come pure è ammesso l'intervento dell'amministrazione. Seconda possibile obiezione. Ammesso che sul piano giuridico lo schema attuato tenga alla prova della legittimità, non era meglio che intervenisse il Parlamento, visto che comunque si sta parlando di limitare libertà fondamentali? Voglio essere brutale. Se una persona sta avendo un infarto è meglio portarlo al pronto soccorso dove si spera ci sia un medico preparato ad affrontare l'emergenza o fare un bando di concorso per trovare il miglior medico possibile? Nella seconda ipotesi riuscirò a trovare il miglior medico, ma a paziente morto. È naturale che nelle emergenze siano i governi ad agire, e non i Parlamenti. Terza possibile obiezione. Ma non è pericoloso per i nostri diritti che sia il governo ad agire e non il Parlamento? Il primo è infatti espressione della sola maggioranza, mentre nel secondo si confrontano tutte le forze politiche. Beh, più che pericoloso per i diritti sarebbe pericoloso per la stessa democrazia se il paese non avesse gli anticorpi per mantenere nei limiti della tollerabilità l'inevitabile concentrazione di potere. La domanda da porci è dunque se il nostro paese abbia questi anticorpi. Apparentemente dovrebbe essere così. Il decreto legge è soggetto al controllo politico successivo del Parlamento, come anche a quello giuridico di legittimità da parte della Corte costituzionale, senza nulla dire della responsabilità civile e penale del governo. Il sistema dei controlli è dunque apparentemente intatto.

Il grande dilemma è dunque come garantire che tutte le istituzioni, specialmente quelle rappresentative, continuino a funzionare anche nelle situazioni di emergenza, e come impedire che l'assetto extra-ordinario assunto nella situazione di emergenza si tramuti in una modifica stabile dell'ordinamento. Svizzera e Canada rappresentano due esempi di come questo obiettivo possa essere perseguito con modalità che divergono per certi aspetti e convergono per altri.

3. Il caso svizzero

La Svizzera rientra nella casistica dei paesi che nel momento in cui si è diffuso il contagio da nuovo Coronavirus potevano disporre di uno strumento normativo espressamente previsto per questa specifica tipologia di emergenza. Uno strumento normativo federale ancorato direttamente in una disposizione costituzionale che affida alla Confederazione la competenza per “*la lotta contro malattie trasmissibili, fortemente diffuse o maligne dell’uomo e degli animali*” (art. 118 c. 2 lett. b). Si tratta della *Legge federale sulla lotta contro le malattie trasmissibili dell’essere umano (LEp)*, aggiornata completamente nel 2012, ma che affonda le sue radici in un atto risalente addirittura al 1886¹³. La disciplina attuale è il frutto di una evoluzione che ha via via adattato lo strumento normativo alle esigenze poste dall’emergere di nuove malattie e dall’intensificarsi della loro circolazione a causa della crescente facilità dei viaggi internazionali.

La competenza della Confederazione era inizialmente piuttosto circoscritta. L’art. 16 della Costituzione federale del 1874 faceva riferimento alle “*epidemie di pericolo generale*”, che all’epoca erano malattie quali colera, tifo esantematico e peste bubbonica. Nel 1913, a seguito della comparsa di nuove malattie, in particolare la tubercolosi, l’articolo 16 Cost. è stato sottoposto ad una revisione che lo ha portato a quella che è la formulazione poi ripresa in occasione della riforma totale del 1999¹⁴. La Svizzera non ha per contro una espressa previsione costituzionale sullo stato di necessità e/o urgenza, anche se ammette implicitamente un regime particolare per la tutela degli interessi del paese (art. 184 c. 3) e per la sicurezza interna ed esterna (art. 185 c. 3). Per tali scopi, la Costituzione prevede infatti che il Consiglio federale possa emanare ordinanza con validità limitata nel tempo.

Con tali strumenti a disposizione, le autorità federali sono state piuttosto rapide ad agire in risposta all’emergenza. Il Consiglio federale ha fatto uso dei poteri attribuiti dalla LEp adottando una prima ordinanza il 28 febbraio (Ordinanza Covid 1), poi interamente sostituita da una seconda ordinanza (Covid 2) adottata il 13 marzo. Il motivo di questo duplice intervento è facilmente intuibile, anche senza guardare ai contenuti delle due ordinanze. Il 28 febbraio è infatti la data in cui l’OMS ha qualificato l’emergenza internazionale come di livello “molto alto”, mentre il 13 marzo segue di appena due giorni la qualificazione, sempre da parte dell’OMS, dell’emergenza come pandemia. La prima ordinanza, non a caso, contiene misure molto blande, come il divieto di manifestazioni pubbliche o private con presenza di più di 1000 persone, e non fa alcun riferimento alla possibilità di limitare la circolazione all’interno del territorio

¹³ Legge federale sulla lotta contro le malattie trasmissibili dell’essere umano (Legge sulle epidemie, LEp) del 28 settembre 2012, RS 818.101.

¹⁴ Consiglio federale, *Messaggio concernente la revisione della legge federale sulla lotta contro le malattie trasmissibili dell’essere umano (Legge sulle epidemie, LEp) del 3 dicembre 2010* (FF 2011 283).

svizzero o da e verso altri paesi¹⁵. Con la seconda ordinanza vengono introdotte misure più stringenti, come le limitazioni del traffico al confine e l'abbassamento a 100 persone della soglia per il divieto di manifestazioni, con l'individuazione, in aggiunta, di condizioni particolari da rispettare per la sicurezza dei partecipanti.

Si tratta ancora di provvedimenti che possono sembrare poco incisivi se messi a confronto con quelli, ben più stringenti, disposti altrove. È tuttavia significativo che nell'ordinanza Covid 2 il Consiglio federale abbia ampliato gli scopi dell'intervento federale a *“salvaguardare le capacità della Svizzera di far fronte all'epidemia, in particolare per il mantenimento delle condizioni che permettono un approvvigionamento sufficiente di cure e agenti terapeutici per la popolazione”* (art. 1 c. 2 lett. d), che suona, evidentemente, come una presa di coscienza della gravità della situazione.

Come ho già ricordato, l'ordinanza in commento è stata più volte novellata (15 volte dal 13.3 al 30.4). Come accaduto in quasi tutti i paesi che si sono trovati ad affrontare l'emergenza pandemica, anche in Svizzera si è sentita l'esigenza di agire con una strategia incrementale, adattando cioè di volta in volta gli strumenti alle esigenze poste dall'espansione del contagio. A tal proposito è interessante notare che per modulare la forza degli strumenti impiegati, il Consiglio federale abbia modificato nelle varie novelle dell'ordinanza Covid 2 anche la sua stessa base giuridica. La prima versione poggia sui poteri attribuiti al Consiglio federale dall'art. 6 della LEp in caso di “situazioni particolari”, poteri più circoscritti e condizionati di quelli contemplati all'art. 7 della medesima legge, secondo il quale *“se una situazione straordinaria lo richiede, il Consiglio federale può ordinare i provvedimenti necessari per tutto il Paese o per talune parti di esso”*. La stessa base giuridica è confermata nella novella del 16.3, ma già dal giorno successivo il riferimento normativo diviene l'art. 7 LEp. Non solo. Mentre nelle prime due versioni dell'ordinanza Covid 2 a puntellare i poteri previsti dall'art. 6 LEp vengono richiamati quelli attribuiti al Consiglio federale dalla stessa Costituzione, che ammette la possibilità di adottare ordinanze di durata limitata se lo richiedono esigenze di tutela degli interessi del paese nelle relazioni con l'estero (184 c. 3 Cost.) o di sicurezza esterna e interna (185 c. 3), con il passaggio all'art. 7 LEp tali riferimenti scompaiono.

Il riposizionamento dell'ordinanza Covid 2 su una diversa base giuridica non ha escluso l'impiego da parte del Consiglio federale del potere di ordinanza previsto dall'art. 185 c. 3 Cost. Del resto, il ricorso alle ordinanze di cui all'art. 185 c. 3 è in qualche misura inevitabile. Le esigenze emerse in seguito alla diffusione

¹⁵ Per un confronto circa la portata delle misure introdotte con la prima ordinanza, va ricordato che in Italia già dal 25 febbraio erano state sospese nelle regioni del nord (Emilia Romagna, Friuli Venezia-Giulia, Lombardia, Veneto, Liguria e Piemonte) le manifestazioni sportive di ogni ordine e grado, mentre su tutto il territorio nazionale era stata disposta la chiusura dei musei. DPCM 25.2.2020.

del contagio da Covid-19, quelle di natura economica, prevalentemente, ma non solo, non sono fronteggiabili con i soli strumenti messi a disposizione dalla LEp, ed infatti le ordinanze adottate con tale base giuridica a partire dal 20 marzo toccano varie materie¹⁶.

Nella storia recente non è la prima volta che il Consiglio federale si è trovato ad utilizzare ordinanze prive di una base giuridica espressa nella legge federale. Lo ha fatto, ad esempio, nel 2001 in occasione della crisi che ha portato al fallimento di Swissair e nel 2008 per far fronte alla crisi finanziaria. Proprio perché già utilizzate, i rischi che esse presentavano per la democrazia si erano già palesati. Per questa ragione già da tempo è stata introdotta una compiuta disciplina sull'utilizzo di tali strumenti. Nel 2010 è stata infatti approvata la *Legge federale concernente la salvaguardia della democrazia, dello Stato di diritto e della capacità di agire in situazioni straordinarie*¹⁷, che introduce alcune specifiche disposizioni in tre leggi federali sul funzionamento delle istituzioni¹⁸. In particolare, sono stati aggiunti tre articoli alla LOGA (7c, 7d e 7e) che pongono una serie di limiti alla (e condizioni per la) validità delle ordinanze e delle decisioni ex artt. 184 e 185 Cost. Per quelle ricadenti nella fattispecie prevista dall'art. 185 c. 3, è previsto che non possano avere una durata superiore ai 3 anni, ma possono decadere ben prima se il

¹⁶ 20 marzo: *Ordinanza concernente la sospensione dei termini per le domande di referendum e le iniziative popolari federali*, RU 2020 847; *Ordinanza sulla sospensione dei termini nei procedimenti civili e amministrativi ai fini del mantenimento della giustizia in relazione al coronavirus (COVID-19)*, RU 2020 849; *Ordinanza sulle misure di accompagnamento nel campo dello sport per l'attenuazione delle conseguenze delle misure prese dal Consiglio federale per combattere il Coronavirus (Ordinanza COVID-19 sport)*, RU 2020 851; *Ordinanza per attenuare l'impatto economico del coronavirus (COVID-19) nel settore della cultura (Ordinanza COVID cultura)*, RU 2020 855; *Ordinanza sui provvedimenti in caso di perdita di guadagno in relazione con il coronavirus (COVID-19) (Ordinanza COVID-19 perdita di guadagno)*, RU 2020 871; *Ordinanza sulle misure nel settore dell'assicurazione contro la disoccupazione riguardo al coronavirus (COVID-19) (Ordinanza COVID-19 assicurazione contro la disoccupazione)*, RU 2020 877.

27 marzo: *Ordinanza sull'attenuazione dell'impatto del coronavirus (COVID-19) in materia di locazione e affitto (Ordinanza COVID-19 locazione e affitto)*, RU 2020 1099.

1° aprile: *Ordinanza sui provvedimenti nel settore dell'asilo in relazione al coronavirus (Ordinanza COVID-19 asilo)*, RU 2020 1125.

16 aprile: *Ordinanza sulle misure nella giustizia e nel diritto procedurale in relazione al coronavirus (Ordinanza COVID-19 sulla giustizia e sul diritto procedurale)*, RU 2020 1229; *Ordinanza sui provvedimenti in materia di insolvenza per superare la crisi connessa al coronavirus (Ordinanza COVID-19 insolvenza)*, RU 2020 1233.

22 aprile: *Ordinanza sull'indennità dei militari in servizio d'appoggio per far fronte alla pandemia di coronavirus (Ordinanza COVID-19 indennità dei militari)*, RU 2020 1337.

29 aprile: *Ordinanza sullo svolgimento degli esami cantonali 2020 di maturità liceale in considerazione della pandemia di coronavirus (Ordinanza COVID-19 esami di maturità liceale)*.

¹⁷ Si vedano al proposito il rapporto della Commissione delle Istituzioni politiche del Consiglio nazionale del 5 febbraio 2010 (FF 2010 1393) ed il parere del Consiglio federale del 21 aprile 2010 (FF 2010 2473) sull'Iniziativa parlamentare *Salvaguardia della democrazia, dello Stato di diritto e della capacità di agire in situazioni straordinarie*.

¹⁸ *Legge sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione (LOGA)* del 21 marzo 1997, RS 172.010; *Legge federale sull'Assemblea federale (Legge sul Parlamento, LParl)* del 13 dicembre 2002, RS 171.10; *Legge federale sulle finanze della Confederazione (LFC)* del 7 ottobre 2005, RS 611.0.

Consiglio federale non presenta all'Assemblea federale un progetto per dare una base legale all'ordinanza o per sostituirla, oppure se l'Assemblea federale respinge il progetto presentato.

Sembrerebbe, in prima approssimazione, che lo schema delle ordinanze d'urgenza ricalchi quello noto della decretazione d'urgenza. L'esecutivo è abilitato, ad intervenire in situazioni di urgenza autonomamente e sotto la propria responsabilità, valutando cioè in piena autonomia se sussistono le condizioni legittimanti l'intervento. Il Parlamento interviene con un controllo di tipo politico legittimando *a posteriori* l'intervento governativo, o, se lo ritiene, caducando la sua efficacia. Ci sono però rilevanti differenze rispetto allo schema della decretazione d'urgenza. In primo luogo, nel caso svizzero l'atto utilizzato dal Consiglio federale non ha forza di legge. L'ordinanza è atto normativo perché contiene regole generali ed astratte, ma non ha il valore di legge¹⁹. In secondo luogo, i limiti posti al potere di adottare ordinanze d'urgenza non sono disposti dalla Costituzione, ma, come abbiamo detto, da una legge federale. In terzo luogo, esse sono prive di base giuridica espressa nella legge, e possono essere riportate nell'alveo di una piena legittimità solo con l'intervento a posteriori dell'Assemblea federale. Se ciò non avviene, però, la caducazione degli effetti non è, come per il decreto legge non convertito, *ex tunc*, ma *ex nunc*. Tutte queste singolarità inducono a ritenere che lo strumento dell'ordinanza ex art. 185 c. 3 non sia circondato di forti garanzie contro l'ipotesi di un loro abuso. Per di più, l'art. 189 c. 4 Cost. esclude l'impugnabilità delle ordinanze di fronte al Tribunale federale. Le garanzie che nel 2010 sono state poste con la modifica della LOGA sarebbero forse più solide se portate a livello della Costituzione²⁰.

L'intervento delle autorità federali in risposta all'emergenza ha tenuto conto anche dell'assetto federale dell'ordinamento. Nell'ordinanza Covid 2 il Consiglio federale ha infatti fin da subito precisato che spetta ai Cantoni ogni intervento in esecuzione delle misure federali²¹. Nella novella del 17 marzo è stato inoltre

¹⁹ Nel diritto svizzero l'ordinanza è uno strumento normativo subordinato alla legge che può essere utilizzato sia dall'Assemblea federale che dal Consiglio federale. Generalmente trovano fondamento nella legge, ma possono anche essere indipendenti, nel senso che trovano fondamento direttamente in una disposizione costituzionale, come quelle di cui all'art. 185 c. 3. Ciò non toglie, come diremo, che per poter sopravvivere nell'ordinamento alle ordinanze adottate con la finalità di perseguire la sicurezza interna ed esterna deve essere data, sia pur a posteriori, una base giuridica di rango legislativo.

²⁰ Che tali garanzie solide non siano, in particolare per essere sprovviste di rimedi ricorsuali contro le misure decise in caso di urgenza lo hanno sottolineato anche E. Jeannerat, P. Mahon, *L'exécution des jugements et la "raison d'Etat"*, in F. Bohnet, *Quelques actions en exécution*, Bâle/Neuchâtel, 2011, in particolare 224-226; G. Biaggini, *Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht, Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999*, in *ZBl* 1/2010, 31; M. Schott, D. Kühne, *An den Grenzen des Rechtsstaats: executive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik*, in *ZBl* 8/2010, 450.

²¹ Art. 9, *I Cantoni controllano il rispetto di cui agli articoli 5 e 6 sul loro territorio*.

introdotta ad ulteriore salvaguardia delle competenze cantonali, una disposizione che di fatto richiama il principio della competenza residuale di cui all'art. 3 Cost.²² Potrebbero sembrare precisazioni più opportune che indispensabili, ma la gestione di situazioni di emergenza esige risposte rapide e chiare, e tale esigenza mette in difficoltà sistemi con centri decisionali diffusi, come quelli federali, o che funzionano secondo il metodo compromissorio o della concertazione, com'è quello svizzero. Non a caso si sono presentate varie occasioni di attrito tra i Cantoni e la Confederazione in merito alla gestione dell'emergenza. Il Ticino, per fare un esempio, si è trovato in una situazione più grave di quella in cui si sono trovati gli altri Cantoni, ed ha per questa ragione voluto fin da subito introdurre misure più restrittive di quelle decise dal Consiglio federale. Il 21 marzo le autorità cantonali hanno ritenuto di dover imporre la chiusura totale di tutte le attività considerate non essenziali. Tale misura è entrata in conflitto con quelle federali, al punto che ne è nata una controversia tra Lugano e Berna sulla legittimità delle misure cantonali²³.

In effetti, se non è sempre chiaro quale sia il limite della competenza cantonale in un ordinamento con le caratteristiche di quello svizzero, lo è ancor meno in situazioni di emergenza. Come espressamente riconosciuto nella stessa ordinanza Covid 2, il federalismo svizzero non cessa di essere un federalismo di esecuzione in momenti di emergenza. Spetta in linea di principio ai Cantoni dare esecuzione alle misure normative federali, ivi comprese quelle decise per far fronte all'emergenza. Se dunque spetta ai Cantoni tale compito, a fronte della volontà federale di mantenere in attività le aziende e i cantieri che in grado di rispettare determinati requisiti di sicurezza, i Cantoni avrebbero potuto probabilmente rifiutarsi di applicare tali misure a causa della mancanza di risorse necessarie a garantire i controlli necessari.

In realtà la situazione non è cristallina. Un eventuale conflitto potrebbe (dovrebbe) essere risolto solo per mezzo di un ricorso al Tribunale federale, ipotesi che mal si concilia con le esigenze di celerità poste da una situazione di emergenza. E non si tratta di questioni di mera teoria costituzionale. Basti pensare, ad esempio, all'ipotesi in cui venga impedito l'accesso agli aiuti federali alle aziende danneggiate dalla chiusura imposta da una normativa cantonale presuntamente illecita, o alla possibilità che un'azienda possa impugnare un atto cantonale

²² Art. 1a, *Per quanto la presente ordinanza non disponga altrimenti, i Cantoni mantengono le loro competenze.*

²³ Ad alimentare la controversia, il direttore dell'Ufficio federale della giustizia Martin Dumermuth, in una conferenza stampa del 23 marzo ha pubblicamente condannato le misure ticinesi come illegittime, affermando che non sarebbe rientrato nella competenza del Cantone decidere una chiusura generalizzata delle, arrivando ad affermare, di conseguenza, che le aziende ticinesi non sarebbero state tenute a rispettare l'ordinanza cantonale.

presuntamente illegittimo per i danni economici subiti a seguito della sospensione forzata delle proprie attività.

Come ho avuto modo di dire altrove²⁴, in Svizzera il ricorso al Tribunale federale per questioni che riguardino sconfinamenti di competenza non ha le dimensioni a cui siamo abituati in Italia. Il motivo risiede nella propensione al dialogo tipica di un sistema compromissorio com'è quello svizzero. Essa non riguarda infatti le sole dinamiche istituzionali in senso orizzontale, ma anche quelle verticali dei rapporti centro-periferia. Non è un caso che l'ordinanza Covid 2 sia stata più volte modificata per adattarla di volta in volta alle mutate esigenze, nel caso anche concedendo ai Cantoni il potere di deroga²⁵. Tali modifiche non avrebbero potuto essere accolte in una situazione di aperto conflitto, e nascono piuttosto da un confronto dialogico tra Cantoni e Confederazione. Se comunque non fosse evidente la forza del dialogo nel trovare soluzioni pragmatiche capaci di evitare i conflitti, e di risolverli, si presti attenzione al fatto che il potere di deroga introdotto con la modifica dell'ordinanza Covid 2 il 27 marzo ha espressamente fatti salve con effetto retroattivo le misure adottate dai Cantoni in contrasto con il diritto federale vigente nel momento in cui erano state adottate. Certo, in questo modo si sono evitati possibili ricorsi di varia natura, ma il principio dell'irretroattività resta comunque un cardine del diritto, sacrificato in questa ipotesi come male minore.

La vicenda mostra che vi è forse un problema strutturale negli ordinamenti federali. I vari sistemi di ripartizione delle competenze tra centro e periferia sembrano infatti tutti mal in arnese per rendere fluida la gestione di situazioni che prevedono, per esigenze di celerità ed uniformità, una concentrazione del processo decisionale in capo alle istituzioni centrali, e qui in capo all'esecutivo. Il criterio per il riparto competenziale adottato nella Costituzione Svizzera è quello classico che prevede l'enumerazione espressa delle competenze federali ed il residuo lasciato in linea di principio generale ai Cantoni. Tale è il senso dell'art. 3 della Costituzione, secondo il quale "*i Cantoni sono sovrani per quanto la loro sovranità non sia limitata dalla Costituzione federale ed esercitano tutti i diritti non delegati alla Confederazione*". La forma di intervento, in via più o meno esclusiva, non è però precostituita in Costituzione, e dipende da come di volta in volta la Confederazione decida di intervenire. In sostanza, fermo restando il principio più sopra richiamato, in base al quale l'esecuzione spetta in linea di principio ai Cantoni, - se non diversamente stabilito -, che residui o meno uno spazio per l'intervento dei Cantoni dipende dal modo in cui la Confederazione decide di esercitare la competenza

²⁴ S. Gerotto, *La partecipazione di Regioni e Cantoni alle funzioni dello Stato centrale. Gli ordinamenti italiano e svizzero a confronto*, Basel-Genève-München, 2003; Id., *Svizzera*, Bologna, 2011.

²⁵ Art. 7e introdotto il 27 mar. 2020.

affidatagli dalla Costituzione. Può farlo cioè in via esaustiva o meno. A complicare ulteriormente le cose, solitamente non è possibile stabilire se una intera disciplina federale sia esaustiva o meno, ed è necessario rintracciare la volontà della Confederazione in ogni singola disposizione (*rectius* norma) di una intera disciplina.

4. Il caso canadese

4.1. Il potere federale nelle situazioni di emergenza

Come la Svizzera anche il Canada rientra nella casistica dei paesi che nel momento in cui si è presentata l'emergenza pandemica potevano disporre di uno strumento normativo espressamente previsto per quella tipologia di eventi. Si tratta del *Quarantine Act*²⁶, che non diversamente dalla LEp svizzera affonda le radici in tempi risalenti. La prima versione del *Quarantine Act* risale infatti al 1872, mentre il suo più recente aggiornamento è del 2005. Quest'ultimo aggiornamento, che recepisce gli insegnamenti tratti dall'emergenza del 2002/2003, quando il Canada si è trovato impreparato ad affrontare l'epidemia SARS che ha colpito in particolare l'area di Toronto²⁷, è stato testato poi nel 2009 in occasione dell'emergenza legata alla diffusione del virus pH1N1²⁸.

A dire il vero il Canada disponeva di due strumenti. Oltre al *Quarantine Act*, esiste infatti anche l'*Emergency Act*, che nel 1988 ha sostituito il *War Measures Act* del 1914. Come lascia intendere la sua origine, l'*Emergency Act* è uno strumento di più ampia portata applicativa del *Quarantine Act*. È anche uno strumento più invasivo, e per tale ragione il suo impiego è sottoposto a condizioni stringenti: il pericolo che ne legittima l'impiego deve essere tale da rappresentare una minaccia nazionale, le Province devono essere nella condizione di non poter rispondere adeguatamente all'emergenza, deve essere messa in pericolo la sovranità stessa del paese, ed infine deve essere impossibile far fronte all'emergenza facendo ricorso ad altre fonti normative (art. 2). Già quest'ultima condizione vale, da sola, ad escludere, o quanto meno a rendere discutibile, la possibilità di dichiarare lo stato

²⁶ *Quarantine Act* (S.C. 2005, c. 20).

²⁷ Public Health Agency of Canada, *Learning from SARS: Renewal of Public Health in Canada – Report of the National Advisory Committee on SARS and Public Health*, 2004 www.canada.ca/en/public-health/services/reports-publications/learning-sars-renewal-public-health-canada.html [ultimo accesso 6 Aprile 2020]. Sui limiti dell'azione canadese in risposta all'emergenza SARS v. N.M. Riels, *Quarantine and the Law: The 2003 SARS Experience in Canada (A New Disease Calls on Old Public Health Tools)*, in *Alberta Law Review*, 2005, 529. All'epoca l'Ontario ha dovuto combattere pressoché da solo l'epidemia con strumenti normativi inadeguati, che non a caso hanno subito modifiche proprio con l'epidemia in corso. Sulla SARS in Canada v. anche R. Rae, A. Zeng, *SARS in Canada*, in *The Canadian Encyclopedia*, www.thecanadianencyclopedia.ca [ultimo accesso 12 Maggio 2020].

²⁸ A.P. Kendal, N.E. MacDonald, *Influenza Pandemic Planning and Performance in Canada*, 2009, in *Canadian Journal of Public Health / Revue Canadienne de Santé Publique*, 2010, 101.6, 447–453.

di emergenza nazionale. La presenza del *Quarantine Act* non permette infatti di escludere l'esistenza di una fonte adatta a gestire efficacemente l'emergenza. Non a caso il Governo federale non ha dichiarato lo stato di emergenza nazionale, preferendo l'impiego degli strumenti contemplati dal *Quarantine Act*.

La fonte legittimante il potere federale di disciplinare in via legislativa la gestione dei rischi epidemici è la Costituzione, ma in maniera meno chiara e meno netta di quanto non si riscontri nel caso Svizzero. Tale base giuridica si trova anche in questo caso nella disciplina sul riparto di competenza tra centro e periferia, ma non in una norma che attribuisca una competenza specifica alle istituzioni federali. Il potere statale in materia di salute pubblica deriva infatti implicitamente dal potere di fare le leggi “*for the Peace, Order, and good Government of Canada*” (art. 91 c. 1 del *Constitution Act*), oltre che da quelli di spesa ed in materia penale. Vi è comunque anche una espressa menzione ad un potere del Parlamento inerente “*Quarantine and the Establishment and Maintenance of Marine Hospitals*”. Ciò non vale ad escludere una quota di competenza provinciale, posto che l'art. 92 affida alle province, peraltro in via esclusiva, la competenza su “*The Establishment, Maintenance, and Management of Hospitals, Asylums, Charities, and Eleemosynary Institutions in and for the Province, other than Marine Hospitals*”.

L'impianto costituzionale delinea dunque un quadro nel quale i poteri federali e provinciali si accavallano nella gestione delle situazioni di emergenza. In caso di pandemia, quindi, ciascuna provincia può disporre misure emergenziali (quarantena) all'interno dei propri confini, mentre lo stato può farlo con riferimento agli spostamenti internazionali di persone e merci. Più precisamente, le Province ed i Territori hanno anche il potere di dichiarare lo stato di emergenza o lo stato di emergenza sanitaria, potere del quale tutte e tutti hanno fatto uso²⁹. L'analisi del caso canadese risulta per questo motivo meno agevole di quanto non sia in altri contesti. In Canada, infatti, la risposta federale all'emergenza è stata piuttosto contenuta, ed ha lasciato spazio all'azione delle province e dei territori. L'economia del presente lavoro non consente un esame puntuale e dettagliato di ciascuna delle varie soluzioni adottate. È tuttavia possibile trarre qualche indicazione, almeno in prima approssimazione, guardando ad una sola provincia,

²⁹ Hanno dichiarato lo stato di emergenza: Ontario (17 marzo, con durata inizialmente stabilita al 31 marzo); British Columbia (18 marzo, con per 14 giorni con espressa possibilità di estensione); Saskatchewan (18 marzo, senza espressa scadenza); New Brunswick (19 marzo, senza specifica scadenza); Manitoba (20 marzo, per 30 giorni); Nova Scotia (22 marzo, con iniziale scadenza al 5 aprile). Hanno dichiarato lo stato di emergenza sanitaria: Québec (13 marzo, senza specifica scadenza); Prince Edward Island (16 marzo, senza specifica scadenza), Alberta (17 marzo, in vigore fino ad espressa revoca da parte del Chief Medical Officer of Health); Nunavut (18 marzo, senza specifica scadenza); The Northwest Territories (18 marzo, con iniziale scadenza al primo aprile); Yukon (18 marzo, senza specifica scadenza); Newfoundland and Labrador declared (18 marzo, senza specifica scadenza).

posto che lo schema su cui si basa il potere di intervento in casi di emergenza non pare presentare particolare variabilità da una provincia (o territorio) all'altra.

Il Québec è stata la prima provincia dove si è fatto ricorso ai poteri emergenziali derivanti da una espressa fonte normativa, la *Loi sur la santé public* del 19 dicembre 2001, che all'art. 118 prevede lo stato di urgenza sanitaria³⁰. L'urgenza sanitaria può essere dichiarata dall'esecutivo per un periodo di 10 giorni, rinnovabili, ma può eccedere tale durata, fino ad un massimo di 30 giorni, con l'assenso dell'Assemblea nazionale (art. 119).

La dichiarazione dell'urgenza sanitaria apre la via all'impiego di una serie di strumenti piuttosto invasivi nei confronti della sfera dei diritti dei cittadini. Per questa ragione tale strumento è circondato da alcuni limiti e condizioni contro possibili abusi. Al limite temporale già richiamato (art. 119), che comunque non esclude la reiterabilità *ad libitum*³¹, si affianca l'obbligo di precisare la natura della minaccia ed il territorio interessato dalla stessa (art. 120), oltre alla possibilità data al legislativo di sconfessare (*desavouer*) in ogni momento le misure governative.

Quanto ai poteri utilizzabili dal governo, ed eventualmente dal ministro per un periodo di 48 ore, l'art. 123 prevede una lista piuttosto nutrita. L'esecutivo può: imporre l'obbligo di vaccinazione (123.1); disporre la chiusura di attività pubbliche e/o private (123.2); imporre l'obbligo di accesso a qualsiasi documento e/o informazione, anche personale (123.3); impedire l'accesso nel territorio della provincia o di sue parti (123.4); disporre la realizzazione di opere a fini sanitari (123.5); richiedere l'aiuto di ogni organo o ministero in grado di dare assistenza (123.6). La lista si chiude con un ovvio potere di spesa finalizzato a sostenere le misure di emergenza (123.7), ed una meno ovvia clausola residuale secondo la quale il governo può "*ordonner toute autre mesures nécessaires pour protéger la santé de la population*" (123.8).

Quest'ultima clausola sembrerebbe di natura tale da essere impiegata solo laddove ogni altra misura si dimostrasse inefficace a far fronte all'urgenza. Di fatto questa dovrebbe esserne la *ratio*, posto che i poteri di cui ai punti precedenti della lista sono già di per sé alquanto invasivi³². Purtroppo, una situazione di urgenza (o emergenza) è già di per sé di natura tale da sfuggire ad una previa pre-determinazione delle soluzioni adatte a risolverla. Così, come il Consiglio federale non ha potuto fare a meno di impiegare lo strumento delle ordinanze ex art. 185

³⁰ *Le gouvernement peut déclarer un état d'urgence sanitaire dans tout ou partie du territoire québécois lorsqu'une menace grave à la santé de la population, réelle ou imminente, exige l'application immédiate de certaines mesures prévues à l'article 123 pour protéger la santé de la population.*

³¹ La scadenza della prima ordinanza è stata prorogata almeno 5 volte al momento in cui si chiude il presente lavoro.

³² Basti pensare alla formulazione del punto 3, che consente all'esecutivo di "*ordonner à toute personne, ministère ou organisme de lui communiquer ou de lui donner accès immédiatement à tout document ou à tout renseignement en sa possession, même s'il s'agit d'un renseignement personnel, d'un document ou d'un renseignement confidentiel*".

c. 3 Cost., anche il governo quebecchese non ha rinunciato a far ricorso alla clausola ora menzionata, che figura tra i considerando del decreto che ha autorizzato governo e ministro ad adottare “*sans délai et sans formalité*”, come recita l'art. 123, le misure poi decise.

Il decreto del 13 marzo è dunque la fonte legittimante una serie di provvedimenti, del governo e del ministro della salute e dei servizi sociali, poi venuti a cascata³³. I provvedimenti ministeriali, in particolare, sono stati numerosi ed eterogenei. Si va dall'istituzione di un servizio di baby sitting per i figli di persone impegnate nella lotta alla diffusione dell'emergenza,³⁴ all'annullamento di tutte le operazioni di scrutinio elettorale e voto per anticipazione nel periodo di vigenza dello stato di urgenza³⁵. Il secondo esempio richiamato sembrerebbe di più opportuna collocazione nell'ambito di un processo decisionale che veda coinvolto l'esecutivo nella sua collegialità, piuttosto che provenire unilateralmente da un suo membro, peraltro neppure il vertice. Si potrebbe muovere una critica analoga a quella mossa in Italia allo strumento del DPCM, largamente impiegato (per non dire esclusivamente) in fase di emergenza, strumento normativo carente proprio dal lato della collegialità. Altrettanto problematica pare la decisione di sospendere le visite protette tra minore e genitore o nonni disposte dalla Corte superiore, se giudicate pericolose per la salute della popolazione³⁶. Ed è ancora un decreto ministeriale³⁷ a prevedere l'isolamento coatto di 14 giorni in determinate circostanze, sebbene la *Loi sur la santé public* attribuisca questo potere solo fino ad un massimo di 72 ore (art. 106 c. 7).

³³ Il governo del Québec ha adottato i seguenti decreti (*décrets*): decreto 177.2020 del 13 marzo dichiarante l'urgenza sanitaria su tutto il territorio del Québec, e successivi rinnovi il 20 marzo (222.2020), 29 marzo (388.2020), 7 aprile (418.2020), 15 aprile (460.2020), 22 aprile (478.2020), 29 aprile (483.2020) e 6 maggio (501.2020). Sono stati inoltre approvati quattro ulteriori decreti: 24 marzo (223.2020); 29 aprile (496-2020); 1° maggio (500-2020) e 6 maggio (505-2020).

I decreti (*arrêts*) del ministro della salute e dei servizi sociali sono stati più numerosi: 14 marzo (2020-003); 15 marzo (2020-004); 17 marzo (2020-005); 19 marzo (2020-006); 21 marzo (2020-007); 22 marzo (2020-008); 23 marzo (2020-009); 27 marzo (2020-010); 28 marzo (2020-011); 30 marzo (2020-012); 1° aprile (2020-013); 2 aprile (2020-014); 4 aprile (2020-015); 7 aprile (2020-016); 8 aprile (2020-017); 9 aprile (2020-018); 10 aprile (2020-019); 10 aprile (2020-020); 14 aprile (2020-021); 15 aprile (2020-022); 17 aprile (2020-023); 19 aprile (2020-025); 20 aprile (2020-026); 22 aprile (2020-027); 25 aprile (2020-028); 26 aprile (2020-029); 29 aprile (2020-030); 3 maggio (2020-031); 5 maggio (2020-032); 7 maggio (2020-033); 9 maggio (2020-034).

³⁴ Arrêté numéro 2020-005 de la ministre de la Santé et des Services sociaux en date du 17 mars 2020

³⁵ Arrêté numéro 2020-003 de la ministre de la Santé et des Services sociaux en date du 14 mars 2020

³⁶ Arrêté numéro 2020-010 de la ministre de la Santé et des Services sociaux en date du 27 mars 2020.

³⁷ Arrêté numéro 2020-015 de la ministre de la Santé et des Services sociaux en date du 4 avril 2020

Problematiche di non scarso rilievo emergono anche con riferimento a decisioni prese dall'esecutivo nella sua collegialità. Il decreto governativo del 20.3.2020 prevede, ad esempio, il divieto di assembramenti in locali sia pubblici che privati, fatte salve alcune attività espressamente individuate, le quali però possono svolgersi solo a condizione che vengano rispettate le misure di distanziamento sociale. Ciò lascia intendere che possano essere esercitati controlli anche all'interno di proprietà private, sebbene la *Loi sur la santé public* consenta l'accesso all'*agent de la paix*³⁸ solo su mandato e con l'autorizzazione del proprietario dei locali (art. 108 c. 2).

Queste contraddizioni possono essere guardate dalla prospettiva della loro compatibilità con le limitazioni che la Carta canadese dei diritti e delle libertà ammette nei confronti dei diritti in essa riconosciuti. È nota infatti la formula di apertura della Carta, secondo la quale "*The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*" (art. 1). Ed è altresì noto che è pure prevista la possibilità di derogare a taluni diritti se espressamente dichiarato e per un tempo determinato (art. 33). Questa seconda ipotesi non rileva nel caso dell'emergenza attuale, almeno per il momento. Rileva invece quanto previsto dall'art. 1. Gli atti, provinciali, territoriali o federali, che pongono delle limitazioni ai diritti sanciti dalla Carta devono avere un solido fondamento legale, e le restrizioni in essi contenute devono essere, oltre che conformi alla legge, proporzionali rispetto allo scopo perseguito³⁹. Va da sé, inoltre che, proseguendo a ritroso, la legge che consente all'esecutivo di disporre deve essere conforme alla Carta dei diritti.

5. Conclusioni?

Difficile concludere un pezzo a commento di un'emergenza tutt'ora in corso. Più che di conclusioni è il caso di parlare di riflessioni interlocutorie che rinvino ad

³⁸ Nel diritto canadese l'*agent de la paix* è una persona che esercita poteri e funzioni connesse al mantenimento dell'ordine pubblico. Secondo il codice penale canadese, *agent de la paix* può essere un sindaco, un giudice di pace e, a certe condizioni, un agente di polizia, un ufficiale giudiziario, un agente delle dogane, un guardia pesca o un militare (art. 2 R.S.C., 1985, c. C-46)

³⁹ La Corte suprema ha sviluppato a tal proposito l'*Oakes test*. Mediante tale test la Corte suprema stabilisce se le limitazioni imposte ad un diritto sono minime. Si parla infatti di criterio dell'*"atteinte minimale"*. Il test si sviluppa in due fasi: innanzitutto il legislatore che difende la misura (ad esempio una legge) limitativa di un diritto deve dimostrare che essa persegue un obiettivo di importanza tale da giustificare la violazione del diritto. In un secondo momento il legislatore deve anche dimostrare la proporzionalità del mezzo impiegato rispetto all'obiettivo da raggiungere. Questo significa: a) che deve esistere un legame razionale tra mezzo ed obiettivo; b) che il limite imposto al diritto deve essere minimo; c) che deve esistere un equilibrio tra gli effetti della misura contestata e l'obiettivo previsto. *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

una più approfondita analisi a bocce ferme. Un ... *to be continued*, per intenderci. Del resto, non ho neppure risposto a tutti gli interrogativi sollevati in apertura del lavoro. Non mi sono addentrato, ad esempio, sul tema della continuità istituzionale, sul come cioè i due ordinamenti esaminati si sono attrezzati per garantire che le istituzioni rappresentative potessero continuare ad operare anche a fronte delle limitazioni organizzative poste dall'emergenza. Non ho sottovalutato il problema, che continuo a ritenere centrale⁴⁰, ma credo che debba essere oggetto di una più attenta riflessione sul difficile rapporto tra democrazia ed emergenza. Certo, in prima battuta potrebbe sembrare semplice dare una risposta. Svizzera e Canada hanno infatti mantenuto in attività i rispettivi parlamenti, sia pur con modalità diverse. In Svizzera la composizione piuttosto ristretta dell'Assemblea federale (200 deputati al Consiglio nazionale e 46 al Consiglio degli Stati) ha permesso di spostare i lavori in una sede in grado di garantire il distanziamento sociale, mentre in Canada si è scelto di procedere a ranghi ridotti, seppure il Parlamento canadese sia da tempo attrezzato per tenere sedute virtuali che permettono anche il voto a distanza⁴¹. Non è però sufficiente che le istituzioni continuino a lavorare, devono anche poterlo fare senza limitazioni e con le stesse garanzie operanti nei periodi di normalità.

Non mi sono neppure addentrato nella questione del possibile (e probabile) atteggiamento deferente dei giudici nei confronti degli altri poteri per le decisioni prese in tempo di crisi. Qui una riflessione è oggettivamente impossibile, mancando, ad emergenza in corso, una casistica da esaminare⁴². Certo è, che qualsiasi sia la soluzione scelta per gestire l'emergenza, la tutela dei diritti deve continuare ad operare. Non si può sospendere lo stato di diritto⁴³.

Ciò detto, un primo sguardo al modo in cui Svizzera e Canada hanno risposto all'emergenza consente di delineare quanto meno una traccia per futuri approfondimenti, e verificare talune ipotesi allargando l'analisi ad altri

⁴⁰ E non sono il solo. W. Linder, *Retour du parlement, retour à la normalité politique. Le parlement doit reprendre rapidement la main sur l'ensemble des réglementations adoptées durant cette période de crise*, in *Domain Public* del 4 maggio 2020, n. 2284, www.domainepublic.ch/; J.-D. Delley, *L'Etat de droit dans l'urgence. Avec la gestion de la crise sanitaire, le gouvernement est aux manettes. Questions de droit sur la situation extraordinaire*, in *Domain Public*, 11 maggio, n. 2285, www.domainepublic.ch/; A. Kley, *Notrecht und Demokratie: Darf der Bundesrat in demokratische Prozesse eingreifen?*, in *NZZ*, 7.4.2020 ;

⁴¹ C. de Clercy, G. Valere, *Online Voting for MPs Should Never Become a Permanent Option*, in *Policy Options*, 6 Aprile 2020 policyoptions.irpp.org/ [ultimo accesso 12 Maggio 2020]; N. Goodman, A. Essex, *Online Voting Entirely Possible for MPs during Times of Crisis*, in *Policy Options*, 25 Marzo 2020 policyoptions.irpp.org [ultimo accesso 12 Maggio 2020].

⁴² Il tema non è nuovo ed è stato oggetto di analisi con riferimento all'emergenza seguita agli attacchi terroristici del 2001. Un esempio fra i tanti, A. Vidaschi, *Has the balancing of rights given way to a hierarchy of values?*, in *Comparative Law Review*, 2010, v. 1, n. 1, 1-40.

⁴³ C. Régis, J.-F. Gaudreault-DesBiens, J.-L. Denis, *Gouverner Dans l'ombre de l'État de Droit En Temps de Pandémie*, in *Policy Options*, 5 Maggio 2020, policyoptions.irpp.org/ [ultimo accesso 12 Maggio 2020]; M. Valois, *Droit et urgence ne font pas bon ménage*, in *La Presse*, 2020 www.lapresse.ca/.

ordinamenti. Credo che le coordinate da utilizzare a tal proposito siano due: l'assetto federale che rappresenta il tratto comune dei due ordinamenti presi qui ad esame, ed il fatto che entrambi disponessero di uno strumento legislativo a livello federale appositamente previsto per emergenze del tipo di quella che si è effettivamente presentata.

Quanto al decentramento, va detto che Svizzera e Canada sono due paesi in cui il federalismo è ben consolidato, e lo prova il fatto che in entrambi i paesi si è voluto gestire l'emergenza preservando la distribuzione dei poteri, nonostante ciò rappresenti in linea teorica un ostacolo quando si tratti di dare risposte rapide a problemi urgenti⁴⁴. Da questa prospettiva il decentramento potrebbe assolvere alla funzione di garanzia contro l'accentramento al vertice del potere. Uso il condizionale perché in realtà anche il federalismo mostra segni di stress alla prova dell'emergenza⁴⁵. L'esempio canadese, ad esempio, mostra che a federalismo inalterato la stessa tendenza ad accentrare il potere nelle mani dell'esecutivo si ripropone nei livelli di governo periferici. Ho guardato solo al caso del Québec, certo, e questa percezione dovrebbe essere corroborata ampliando la visuale anche alle altre province ed ai territori, ma è verosimile che la situazione sia anche qui la stessa.

Azzarderei l'ipotesi che in Svizzera il federalismo abbia svolto una funzione di contropotere più di quanto non sia avvenuto in Canada. L'esempio del Ticino, richiamato nelle pagine che precedono, può essere inquadrato (anche) da questo angolo visuale: l'esecutivo federale ha adottato misure uniformi per l'intero territorio svizzero, un Cantone si è opposto ed ha ottenuto un potere di deroga, non per sé stesso ma generalizzato per tutti i Cantoni. Nell'equazione che ha prodotto questo risultato va considerata anche la variabile sistemica del consensualismo. Come ho detto, infatti, il risultato è stato possibile per l'attitudine al dialogo tipica del sistema svizzero. Il potere di derogare alle misure statali è stato il frutto del confronto, non dello scontro.

⁴⁴ Se poi venisse provato che il federalismo ha giocato un ruolo in positivo nella crisi dell'emergenza, non sarebbe questa una buona ragione per ravvivare, ma seriamente, il dibattito sul decentramento italiano e le sue riforme? L'attenzione della dottrina è al momento catalizzata dal ruolo fagocitante dell'esecutivo. Tuttavia, qualcuno spunto di riflessione si trova anche sull'argomento. V. in particolare F. Clementi, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, cit., per il quale il tema dei rapporti centro-periferia rientra proprio tra le riforme ineludibili nel prossimo futuro. Cfr. anche C. Buzzacchi, *Coronavirus e territori: il regionalismo differenziato coincide con la zona "gialla"*, in *laCostituzione.info*, 2 marzo 2020; M. Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, cit., 23 ss.; M. Calamo Specchia, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, 30-31.

⁴⁵ Non a caso in Svizzera e Canada ci si pongono domande analoghe: P.-Y. Bosshard, *Le fédéralisme à l'épreuve de la crise sanitaire. Epidémies : la longue histoire de la répartition des compétences entre Confédération et cantons*, in *Domain Public*, 13 aprile 2020, n. 2281, www.domainepublic.ch/; A. Swiffen, *The Limits of Canada's Federal Emergency Law during the Coronavirus Pandemic*, in *The Conversation*, 1 aprile 2020, theconversation.com/.

Quanto al secondo aspetto richiamato, in entrambi i casi siamo lontani dalla previsione di uno strumento costituzionale abilitante un generico stato di emergenza e/o urgenza. Nel caso Svizzero, come in quello canadese siamo di fronte ad una disciplina emergenziale di rango legislativo *ad hoc*, espressamente circoscritta cioè alle emergenze sanitarie. In entrambi i casi la base costituzionale sta nelle regole sul riparto delle competenze tra centro e periferia. Se questa impostazione non ha scongiurato del tutto l'effetto collaterale dell'accentramento in capo agli esecutivi di forti poteri, come si avuto modo di notare, va detto che quanto meno sembra valere più della soluzione costituzionale nel contenerli entro l'ambito del potere costituito. Ciò per due ragioni: la prima risiede nel fatto che la clausola abilitante il regime di emergenza è materialmente molto circoscritta, la seconda attiene invece al fatto che, per il modo in cui questa soluzione è stata attuata in Svizzera e Canada, essa ha lasciato inalterato, o quasi, l'assetto federale dell'ordinamento, consentendo ai governi locali di funzionare da contropotere rispetto a quello centrale. Resta il dilemma, però, di chi fa da contropotere ai governi locali.

Sergio Gerotto
Dip.to di Scienze politiche
Università degli Studi di Padova
sergio.gerotto@unipd.it