

Emergenza e democrazia: qualche spunto di riflessione guardando al caso svizzero

Sergio Gerotto
Dipartimento SPGI

Abstract: L'emergenza sanitaria dovuta alla pandemia da Sars-Cov 2 è stata affrontata in modi molto diversi. A parità di condizioni per quanto riguarda la gravità dell'emergenza, la varietà delle soluzioni si spiega anche con i diversi assetti istituzionali dei paesi più fortemente colpiti. Le situazioni di emergenza impongono rapidità di risposta, e per tale ragione accentramento delle decisioni. Ciò mal si concilia con il principio della più ampia autonomia delle entità periferiche negli ordinamenti territoriali. Per le stesse ragioni, risultano difficilmente operativi gli strumenti di democrazia diretta, che com'è noto richiedono tempi più lunghi delle decisioni prese nei circuiti della democrazia rappresentativa. La Svizzera è un paese di consolidata democrazia, con forte impiego di istituti di democrazia diretta, e caratterizzata da un accentuato federalismo. Il saggio esamina la risposta svizzera all'emergenza sanitaria ponendola a confronto con quella italiana.

Emergenza sanitaria, democrazia, decentramento

1. Introduzione

Alla Svizzera è unanimemente riconosciuto il primato di paese in cui più ampio è l'impiego di strumenti di democrazia diretta. È nota infatti la propensione degli svizzeri ad utilizzare tali strumenti per prendere importanti decisioni che toccano la vita dei cittadini. Gli svizzeri sono chiamati a votare più spesso di quanto non sia per ogni altro popolo sul pianeta, e sulle più svariate questioni. In Svizzera si è votato sul divieto di costruire minareti, sull'adesione all'ONU, sul divieto di dissimulare il proprio viso (questione del velo islamico), sull'acquisto di aerei militari, sul matrimonio per le coppie omosessuali, sulle quote all'immigrazione. Si tratta solo di alcuni temi di votazioni tenutesi a livello federale. Ma gli svizzeri votano spesso, e con anche maggior frequenza, a livello cantonale e comunale. Lo spazio riservato alla democrazia diretta è in Svizzera così dilatato da aver indotto a creare per essa, e praticamente solo per essa, la classificazione di democrazia semi-diretta¹.

È altrettanto noto che i tempi della democrazia sono lunghi, e che quelli della democrazia diretta lo sono ancor di più. Raccogliere le firme, effettuare le opportune

¹ E. Grisel, *Initiative et référendum populaires. Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, Berna, 204, 3a ed.

verifiche formali e sostanziali, predisporre l'apparato con seggi e scrutatori, informare i cittadini ... ecc. ecc. Tutto ciò richiede tempo. Paradossalmente, valutando le performance di un ordinamento solo in termini di velocità decisionale, la democrazia soccombe rispetto ai paesi autoritari.

Se efficacia ed efficienza di un ordinamento non si misurano solo in termini di velocità decisionale, fortunatamente, ci sono situazioni in cui il tempo di risposta delle istituzioni ha un certo rilievo. Una di queste è certamente l'emergenza. Di solito, infatti, i tempi di reazione all'emergenza sono inversamente proporzionali alle possibilità di successo delle azioni poste in essere per fronteggiare il pericolo. L'epidemia da coronavirus SARS-CoV-2 ha creato una situazione di emergenza che, come tutte le emergenze, ha richiesto decisioni ed azioni prese ed attuate in tempi rapidissimi. Tutto ciò è compatibile con le esigenze di un assetto democratico?

Un vecchio ed arcinoto adagio in uso nella Royal Navy afferma che "*Sea Captain's authority is secondo only to God's*". Sebbene tale adagio non rifletta la reale portata dei poteri attribuiti al comandante di una nave, e rientri più nella mitologia che circonda la sua figura piuttosto che una regola concretamente applicabile, esso rende conto di un aspetto della marineria che invece reale e concreto lo è di sicuro: su una nave la democrazia non trova spazio. La ragione è semplice. La democrazia è incompatibile con il "buon governo" e la sicurezza della nave. Che ne sarebbe di una nave in cui ogni ordine del comandante dovesse essere vagliato, discusso, approvato, se non addirittura respinto, dall'equipaggio? Affinché le manovre, tutte, anche la più semplice, possano essere eseguite in sicurezza è necessario che ogni comando venga da una sola voce, e che l'equipaggio lo esegua rapidamente ed efficacemente. Ciò non significa, ovviamente, che il comandante possa trasformarsi in un satrapo. Come diceva lo zio di Peter Parker (*alias* Spider Man), "*da grandi poteri derivano grandi responsabilità*", ed infatti un altro adagio della marineria afferma che "*the Captain goes down with the ship*".

Il confronto con le regole, vere o presunte, della marineria, è ovviamente solo uno spunto di riflessione. Marineria e democrazia fanno certamente rima, ma appartengono a mondi ben distinti e distanti. Il governo della nave richiede la rinuncia alla democrazia perché è necessario che decisioni ed azioni siano prese ed attuate rapidamente in qualsiasi momento. Potremmo dire che la conduzione di una nave avviene in una situazione di costante emergenza, reale o potenziale. Il governo di una società che voglia dirsi democratica non può rinunciare alla democrazia neppure laddove si trovi ad affrontare una situazione di reale emergenza. Ora, posto che l'emergenza richiede urgenza, che urgenza implica decisioni rapide, e che queste sono possibili solo ampliando lo spazio di intervento del potere esecutivo a scapito di quello legislativo, in situazioni di emergenza le democrazie devono fronteggiare due tipologie di rischi: da un lato quelli legati alle condizioni che creano l'emergenza stessa, dall'altro quelli che minacciano l'assetto democratico come conseguenza della concentrazione di potere necessaria a far fronte efficacemente all'emergenza.

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*”². 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*”³.

Non è mia intenzione ricostruire qui il dibattito dottrinale sullo stato di emergenza, peraltro già autorevolmente ricostruito da altri⁴. Mi limito a richiamare velocemente i principali modelli rinvenibili negli ordinamenti democratici.

Con buona approssimazione possiamo distinguere tre approcci: a) la previsione di specifici regimi derogatori espressamente disciplinati in Costituzione; b) la disciplina in via legislativa di specifiche situazioni di emergenza; c) 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

² A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Torino, 2004, 1.

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

⁴ Dibattito 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, *À 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.

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* tedesca⁵. Del secondo approccio rappresentano un esempio, la Svizzera, dove è stato approntato uno strumento legislativo *ad hoc*, la *Legge sulle epidemie* che “disciplina la protezione dell'essere umano dalle malattie trasmissibili e prevede i provvedimenti necessari a tal fine”⁶, o il Canada, che ha un analogo strumento nel *Quarantine Act*⁷. Il terzo è un po' l'approccio dell'improvvisazione, di cui è esempio il caso italiano⁸.

⁵ 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 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

⁶ Legge federale sulla lotta contro le malattie trasmissibili dell'essere umano (Legge sulle epidemie, LEp) del 28 settembre 2012, RS 818.101, art. 1.

⁷ *Quarantine Act* (S.C. 2005, c. 20). Il Canada ha per la prima volta adottato una normativa sulle quarantene nel 1872. Il *Quarantine Act* Odierno è di fatto un aggiornamento conseguente alla epidemia di SARS del 2002/2003 che aveva colpito pesantemente l'area di Toronto. Il *Quarantine Act* conferisce al ministro federale della salute ampi poteri per prevenire e contrastare la diffusione di malattie contagiose. Rientrano nei poteri del ministro la previsione di *screening*, la creazione di strutture atte a rendere operative le misure di quarantena, l'emanazione di provvedimenti obbligatori di isolamento.

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 <https://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*, <https://www.thecanadianencyclopedia.ca> [ultimo accesso 12 Maggio 2020].

⁸ 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.

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.), nell'altro le discipline sono di rango subordinato alla Costituzione, e 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'utilizzo⁹.

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 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 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 abbiamo vissuto 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"*

⁹ 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.

*ragionevole aspettativa, al di là di ogni capacità umana di previsione*¹⁰. 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”*¹¹. Ma siamo proprio sicuri di esserci trovati 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?¹² 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. 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 nota¹³. Se ciò è vero per taluni eventi, come ad esempio le 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 rientra fra gli scopi del presente dare una risposta all'interrogativo su quale sia, o sia stato, lo strumento migliore, in termini di efficacia, nel contenimento degli effetti della pandemia da Covid-19. 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

¹⁰ A. Gianni (dir.), D.I.R. Dizionario Italiano Ragionato, Firenze, 1988, che mi porto dietro dall'epoca delle superiori.

¹¹ D.I.R. Dizionario Italiano Ragionato, cit.

¹² WHO, *Checklist for Influenza Pandemic Preparedness Planning*, <https://www.who.int/> [ultimo accesso 20 Aprile 2020].; WHO, *Pandemic Influenza Preparedness*, <http://www.who.int/> [ultimo accesso 22 Aprile 2020].

¹³ 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 che espongo, non del tutto pertinente.

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 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 secondaria 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, già oggetto di approfondita analisi in numerosi pregevoli lavori¹⁴. Mi interessa qui richiamare lo schema su cui si è basata

¹⁴ Fin da subito sono state numerosissime le riflessioni sulle misure adottate dal governo italiano per contrastare il contagio da Covid-19. Per citare solo i primi lavori, senza alcuna 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 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

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 legislativa (Codice della protezione civile, artt. 7 e 24), e sulla conseguente adozione di misure puntuali mediante Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M.) autorizzati 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 certo poco chiaro, al punto da indurre un giudice emerito della Corte costituzionale a precisare in una intervista che "*la pandemia non è una guerra [e pertanto] i pieni poteri al governo non sono legittimi*"¹⁵. A questo punto entriamo in una di quelle situazioni in cui è necessario utilizzare il condizionale. È certamente 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, o quanto meno una cospicua quota di essi, ma non pare sia stato questo il caso. Innanzitutto, ogni azione del governo in questa crisi ha trovato fondamento su una dichiarazione dello stato di emergenza e su un decreto 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

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.

¹⁵ A dirlo Sabino Cassese, intervista in *Il Dubbio*, 14 April 2020, <https://www.ildubbio.news>. Per dovere di chiarezza, Cassese non sosteneva che vi fosse stata attribuzione di pieni poteri al governo, ma che l'attribuzione di poteri fosse troppo ampia e poco chiara. 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.

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.

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. 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, sia pure in via meramente attuativa e mai esecutiva, trattandosi di una riserva di legge assoluta e rinforzata.

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? In linea di principio sì, ma volendo fare un esempio un po' 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 in prima battuta, e non i Parlamenti, fermo restando che questi devono conservare il loro ruolo di controllo sull'operato dei governi. Nel nostro caso, laddove il governo agisca con decreto legge, il Parlamento conserva la possibilità di negare la conversione in legge del decreto stesso, o di introdurre delle modifiche.

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 pericolo 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 non è stato alterato da provvedimenti presi in emergenza.

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.

3. La Svizzera di fronte all'emergenza

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 situazioni. 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 1886¹⁶. 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 1999¹⁷. 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 ordinanze 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’O.M.S. 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’O.M.S., 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 svizzero o da e verso altri paesi¹⁸. Con la seconda ordinanza vengono introdotte misure più stringenti, come le

¹⁶ Legge federale sulla lotta contro le malattie trasmissibili dell’essere umano (Legge sulle epidemie, LEp) del 28 settembre 2012, RS 818.101.

¹⁷ 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).

¹⁸ 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. D.P.C.M. 25.2.2020.

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.

L'ordinanza Covid 2 è stata più volte novellata. 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, che invece disciplina le "situazioni straordinarie" attribuendo al Consiglio federale il potere di "*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 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 materie¹⁹.

¹⁹ 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

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*²⁰, che ha introdotto alcune specifiche disposizioni in tre leggi federali sul funzionamento delle istituzioni²¹. In particolare, sono stati aggiunti

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).

²⁰ 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*.

²¹ 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.

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 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.

Sembrirebbe, 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 legge²². 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*. 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 Costituzione²³.

²² 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.

²³ 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.

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 federali²⁴. Nella novella del 17 marzo è stato inoltre introdotta ad ulteriore salvaguardia delle competenze cantonali, una disposizione che di fatto richiama il principio della competenza residuale di cui all'art. 3 Cost.²⁵ Potrebbero sembrare precisazioni non proprio 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. 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 cantonali²⁶.

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. 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 alle emergenze. Se dunque spetta ai Cantoni tale compito, a fronte della volontà federale di mantenere in attività le aziende e i cantieri 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, 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 fosse stato impedito l'accesso agli aiuti federali alle aziende danneggiate dalla chiusura imposta da una normativa cantonale presuntamente illecita, o alla possibilità che un'azienda

²⁴ Art. 9, *I Cantoni controllano il rispetto di cui agli articoli 5 e 6 sul loro territorio.*

²⁵ Art. 1a, *Per quanto la presente ordinanza non disponga altrimenti, i Cantoni mantengono le loro competenze.*

²⁶ 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.

avesse potuto impugnare un atto cantonale presuntamente illegittimo per i danni economici subiti a seguito della sospensione forzata delle proprie attività.

Come ho avuto modo di dire altrove²⁷, 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 a nuove esigenze, nel caso anche concedendo ai Cantoni il potere di deroga²⁸. 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, o 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 fatte 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 al prezzo di sacrificare il principio dell'irretroattività, ritenendo questo "piccolo" sfregio ad un principio cardine del diritto, come male minore rispetto al vantaggio di risolvere il conflitto insorto tra Cantoni e stato federale.

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 affidatagli dalla Costituzione. Può farlo cioè in via esaustiva o meno. A complicare

²⁷ 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.

²⁸ Art. 7e introdotto il 27 mar. 2020.

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. Qualche riflessione in chiave comparata

Può l'esame di un solo caso fornire dati utili per trarre generalizzazioni su un fenomeno che ha coinvolto l'intera popolazione mondiale? Nello specifico, poi, il caso di un ordinamento che la dottrina ha sempre confinato aprioristicamente nella categoria delle eccezioni, se non addirittura delle eccezionalità. Quel che accade in Svizzera, si ritiene generalmente, accade solo lì in quel modo perché la Svizzera è la Svizzera. In realtà, il sistema svizzero può ben fungere da cartina di tornasole per testare il funzionamento delle istituzioni della democrazia anche in contesti lontani da quello specificamente elvetico e dare una risposta all'interrogativo posto nelle prime pagine di questo lavoro: come tutelare la democrazia di fronte alle insidie poste dall'emergenza?

A tal proposito credo che sia utile riflettere *in primis* sull'ordinario funzionamento delle istituzioni, più che su soluzioni specificamente approntate a livello costituzionale sul tipo di quelle rinvenibili in alcuni ordinamenti, come Francia, Spagna o Germania. Le democrazie dovrebbero infatti avere dei naturali anticorpi a proteggerle dal rischio di un eccessivo, e stabile, accentramento nelle situazioni di emergenza. Da questa prospettiva non serve andare alla ricerca di particolari strumenti di garanzia. È sufficiente verificare se quelli ordinari, sono stati in grado di operare durante l'emergenza. Ci si deve allora chiedere se il vaglio di legittimità effettuato dai giudici abbia continuato ad operare, se parimenti abbia operato il controllo democratico esercitato dagli organi rappresentativi o direttamente dal popolo, e se ogni altra misura posta a tutela del principio di separazione dei poteri abbia conservato il proprio vigore.

Un esame di questo genere va condotto con riferimento all'operare delle istituzioni nella fase post-emergenziale, o perlomeno quella successiva al momento più acuto dell'emergenza. Le emergenze colpiscono infatti con estrema forza, e richiedono pertanto azioni decise per le quali il tempo di riflessione è inevitabilmente compresso. Segue poi un momento in cui la gestione dell'emergenza richiede una riflessione sulle decisioni assunte e le azioni intraprese.

Per quel che attiene al controllo democratico sull'operato dell'esecutivo, pare che tanto in Svizzera come in Italia esso abbia potuto operare, ovviamente con le peculiarità tipiche di ciascuno dei due ordinamenti. In Italia, ad esempio, dove le istituzioni operano prevalentemente attraverso il circuito decisionale della democrazia rappresentativa, si è potuto notare che il Parlamento ha risposto ai dubbi sollevati in merito allo strumento del D.P.C.M., sottratto sia al controllo parlamentare, sia a quello del Presidente della Repubblica, introducendo, in sede di conversione del decreto legge che lo prevedeva, l'obbligo di illustrazione preventiva alle Camere dei contenuti dei provvedimenti assunti dal Presidente del Consiglio dei

Ministri²⁹. Ma soprattutto ha operato il principale strumento di controllo del Parlamento sul governo, quello del vincolo fiduciario che lega i due organi. Il Parlamento è infatti stato in grado di esprimere un nuovo esecutivo in corso di legislatura, esecutivo in grado di catalizzare sulla figura di Mario Draghi una maggioranza più ampia di quella che aveva sostenuto il governo guidato da Giuseppe Conte (Conte II), cui era spettato il compito di affrontare la fase più acuta dell'emergenza.

In Svizzera, non esiste vincolo fiduciario che leghi Parlamento ed esecutivo, ed il circuito decisionale e di controllo democratico vede una intensa partecipazione popolare attraverso gli strumenti di democrazia diretta. Qui il corpo elettorale è stato chiamato ad esprimersi su talune misure restrittive adottate dall'Assemblea federale al fine di contenere il diffondersi del contagio. In particolare, sulla base di una richiesta avanzata da oltre 90 mila elettori su 50 richiesti, il 13 giugno 2021 si è tenuto un referendum sulla cosiddetta *Legge Covid-19*³⁰. Il 59,6% degli elettori si è espresso a favore della misura legislativa, che comunque era già stata oggetto di varie modifiche, tra le quali l'introduzione del Green Pass con una novella del 19 marzo 2021. Ora, se il referendum avesse dato esito negativo, la legge avrebbe perso di validità con effetto caducatorio anche per tutte le modifiche successive. Visto però che l'esito è stato di segno positivo, permane la possibilità di attivare il referendum per ogni modifica introdotta dopo l'adozione dell'atto originario. È stato così chiesto espressamente un ulteriore referendum per la modifica che ha introdotto il certificato verde, referendum che si terrà il 28 novembre prossimo. Ciò prova due cose. In primo luogo che il circuito della democrazia diretta funziona da contropotere non solo nei confronti dell'esecutivo, ma più latamente del circuito decisionale della democrazia rappresentativa. I referendum citati si oppongono infatti a misure legislative, e non del governo. In secondo luogo, emerge la difficoltà di gestione delle emergenze in un ordinamento democratico. Maggiore è l'intervento popolare, e quindi più forte è la democrazia partecipata, più lento è il circuito decisionale, e di conseguenza potenzialmente meno efficace la lotta contro l'emergenza.

Da una certa prospettiva, anche la ripartizione territoriale del potere è una formula organizzativa funzionale alla limitazione dei poteri, e quindi alla garanzia dei diritti. Riguardo a tale aspetto, la Svizzera è senza dubbio un paese in cui il federalismo è ben consolidato. A riprova di ciò, l'emergenza è stata affrontata preservando la distribuzione dei poteri, nonostante ciò rappresenti in linea teorica un ostacolo

²⁹ Art. 2 comma 1 d.L. n. 19 del 25/3/2020, come risultante dalla legge di conversione n. 35 del 22/5/2020, *"Il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato illustra preventivamente alle Camere il contenuto dei provvedimenti da adottare ai sensi del presente comma, al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati; ove ciò non sia possibile, per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare, riferisce alle Camere ai sensi del comma 5, secondo periodo"*.

³⁰ Legge federale sulle basi legali delle ordinanze del Consiglio federale volte a far fronte all'epidemia di COVID-19 (Legge COVID-19) del 25 settembre 2020.

quando si tratti di dare risposte rapide a problemi urgenti³¹. 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 ha mostrato segni di stress alla prova dell'emergenza. A federalismo inalterato, ad esempio, la stessa tendenza ad accentrare il potere in capo all'esecutivo può proporsi anche a livello locale³².

Azzarderei l'ipotesi che in Svizzera il federalismo abbia svolto una funzione di contropotere più di quanto non sia avvenuto altrove. 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.

Qualche considerazione può essere fatta anche con riguardo alle garanzie giurisdizionali. Si sa che negli ordinamenti democratici i poteri, tutti, sono sottoposti

³¹ 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.

³² Vi sono infatti esempi, come quello canadese, che mostra come 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.

Non a caso non è solo la dottrina svizzera ad interrogarsi sui limiti del federalismo nelle situazioni di emergenza. V. ad esempio 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, <https://www.domainepublic.ch/> e A. Swiffen, *The Limits of Canada's Federal Emergency Law during the Coronavirus Pandemic*, in *The Conversation*, 1 aprile 2020, <http://theconversation.com/>.

a limiti, e che sul rispetto di essi vigilano taluni organi giurisdizionali che esercitano il controllo di legittimità degli atti tanto dell'esecutivo come del legislativo. Sia in Italia che in Svizzera sono state numerose le pronunce che hanno riguardato provvedimenti presi nel corso dell'emergenza, a volte ritenendoli illegittimi sotto vari profili, altre, al contrario, confermandone la legittimità. Così, ad esempio, il Tribunale federale ha fatto salva la limitazione a 300 partecipanti per le manifestazioni decisa dal Cantone di Uri, mentre ha giudicato illegittimo il limite di 15 partecipanti fissato dal Cantone di Berna³³.

In Italia, il T.A.R. del Friuli-Venezia Giulia ha respinto un ricorso contro l'obbligo vaccinale imposto al personale medico ritenendo ragionevole la scelta operata dalla disposizione contestata³⁴, mentre il T.A.R. Lazio, ha preso una decisione sfavorevole nei confronti delle autorità giudicando illegittimo per difetto di istruttoria l'obbligo di indossare le mascherine in classe per gli alunni di età inferiore ai 12 anni³⁵. Anche la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi sul riparto di competenze tra Stato e Regioni in situazioni di emergenza³⁶, ad esempio, e da ultimo anche sulla legittimità delle misure adottate dal Governo per mezzo di D.P.C.M.³⁷

³³ Decisioni 2C_290/2021 e 2C_308/2021.

³⁴ T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 261/2021. «*Non si ravvisa, in ogni caso, alcun difetto di ragionevolezza della disposizione. Del tutto giustificata appare l'individuazione dei soggetti cui l'obbligo è riferito: "gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario" entrano quotidianamente in relazione con una collettività indifferenziata, composta anche di individui fragili o in gravi condizioni di salute, che non può scegliere di sottrarsi al contatto, né informarsi sullo stato di salute dei sanitari e sulla loro sottoposizione alla profilassi vaccinale. Quanto al bilanciamento di interessi sotteso alla misura, si ritiene che la primaria rilevanza del bene giuridico protetto, cioè la salute collettiva, giustifichi la temporanea compressione del diritto al lavoro del singolo che non voglia sottostare all'obbligo vaccinale: ogni libertà individuale trova infatti un limite nell'adempimento dei doveri solidaristici, imposti a ciascuno per il bene della comunità cui appartiene (art. 2 della Cost.). Dal punto di vista della proporzionalità, si evidenzia che l'art. 4 del d.l. 44 del 2021 prevede comunque un meccanismo di esenzione dall'obbligo vaccinale, per i casi di "accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale", e che la sospensione, anche nelle ipotesi di permanente e ingiustificato inadempimento, ha natura temporanea, estendendosi "fino al completamento del piano vaccinale nazionale e comunque non oltre il 31 dicembre 2021". Le conseguenze negative derivanti dall'inadempimento dell'obbligo vaccinale, dunque, sono scongiurate in caso di accertata impossibilità di sottoporsi al vaccino e, in ogni caso, temporalmente predeterminate».*

³⁵ T.A.R. Lazio 09343/21.

³⁶ Corte costituzionale 37/2021 che ha ritenuto illegittima la normativa approvata dalla Regione Valle d'Aosta in contrasto con quella nazionale.

³⁷ Al momento in cui vengono redatte queste note le motivazioni della sentenza non sono state ancora depositate, pertanto è noto solo il risultato favorevole al Governo

Le decisioni citate rappresentano un campionario limitato di esempi, ma è utile rilevare che esse vanno in entrambi i sensi e non fanno sempre salve le misure adottate durante l'emergenza. Ad un primo sguardo la Corte costituzionale italiana sembra piuttosto deferente nei confronti delle istituzioni centrali, ma è un dato tutto da verificare. Di certo non si può dire che le garanzie giurisdizionali abbiano smesso di operare durante l'emergenza.

5. Conclusioni interlocutorie

A fronte di quanto esposto, viene da chiedersi quale peso abbia la presenza di una disciplina emergenziale di rango legislativo, la Legge sulle epidemie nel caso Svizzero, espressamente circoscritta cioè alle emergenze sanitarie. Ricordo che la base costituzionale di tale disciplina sta nelle regole sul riparto delle competenze tra centro e periferia e non in una clausola emergenziale. Sembrerebbe, ma uso cautelativamente il condizionale, che questa impostazione, pur non scongiurando del tutto l'effetto collaterale dell'accentramento in capo agli esecutivi di forti poteri, abbia assolto piuttosto bene alla funzione di contenerli entro l'ambito dei poteri costituiti. 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, come abbiamo visto, essa lascia inalterato, o quasi, l'assetto federale dell'ordinamento, consentendo ai governi locali di funzionare da contropotere rispetto a quello centrale.

Molti sono i temi suscettibili di approfondimento. Sarebbe interessante, ad esempio, esaminare le modalità che consentono la continuità del funzionamento istituzionale. Come possono, cioè, gli ordinamenti garantire che le istituzioni rappresentative continuino ad operare anche a fronte delle limitazioni organizzative poste dall'emergenza? Non ho sottovalutato il problema, che continuo a ritenere centrale³⁸, ma credo che debba essere oggetto di una più attenta riflessione sul difficile rapporto tra democrazia ed emergenza. Non è infatti sufficiente che le istituzioni continuino a lavorare, devono anche poterlo fare senza limitazioni e con le stesse garanzie operanti nei periodi di normalità.

e non le argomentazioni addotte dalla Corte costituzionale. Un più puntuale commento non è dunque al momento ancora possibile.

³⁸ 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, <https://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, <https://www.domainepublic.ch/>; A. Kley, *Notrecht und Demokratie: Darf der Bundesrat in demokratische Prozesse eingreifen?*, in *NZZ*, 7.4.2020 ;

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 esaminare³⁹. 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 diritto⁴⁰.

³⁹ 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. Vedaschi, *Has the balancing of rights given way to a hierarchy of values?*, in *Comparative Law Review*, 2010, v. 1, n. 1, 1-40.

⁴⁰ 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, <https://policyoptions.irpp.org/> [ultimo accesso 12 Maggio 2020]; M. Valois, *Droit et urgence ne font pas bon ménage*, in *La Presse*, 2020 <https://www.lapresse.ca/>.