

PAPER – 21 APRILE 2021

Il lascito della pandemia costituzionale
(a proposito di un recente libro)

di Tommaso E. Frosini

Professore ordinario di Diritto pubblico comparato
Università degli Studi “Suor Orsola Benincasa”



Il lascito della pandemia costituzionale (a proposito di un recente libro)*

di Tommaso E. Frosini

Professore ordinario di Diritto pubblico comparato
Università degli Studi “Suor Orsola Benincasa”

Pandemia costituzionale è il suggestivo titolo del recente libro di Ida Angela Nicotra¹, che riassume bene quello che, in punto di diritto, è successo l'anno scorso ma non ancora concluso. La pandemia, infatti, ha colpito le persone, fisicamente e psicologicamente, e pure le istituzioni costituzionali, materialmente e intrinsecamente. Così come il virus del Covid-19 si è introdotto negli organismi degli esseri umani, in tutto il mondo, così altrettanto si è diffuso nella forma di stato e di governo alterandone il regolare funzionamento.

Sugli effetti giuridici della pandemia si è scritto moltissimo, al punto che circolava la battuta che si era venuto a creare un nuovo settore scientifico disciplinare IUS-COVID19... Articoli per lo più pubblicati nelle riviste *online* ma anche su quotidiani: spesso dettati dalla emotività della situazione emergenziale, si è finito con lo scrivere di tutto e di più nonché il contrario di tutto. Bene ha fatto la Nicotra a raccogliere le molte problematiche giuridiche emergenti dall'emergenza in un volume, che rimarrà un punto di riferimento per chi vorrà riflettere, in futuro, su questo incredibile anno di pandemia costituzionale. Bene ha fatto la Nicotra a seguire un approccio metodologico che tenesse conto della storia, della comparazione giuridica e della fenomenologia emergenziale in tutte le sue declinazioni. Il problema dei problemi è, infatti, l'emergenza, che si è venuta a manifestare quale conseguenza della diffusione del virus, che attentava alla salute dei cittadini nel mondo. Quindi, punto fermo da cui occorre partire, per qualunque riflessione si voglia fare sul tema è che abbiamo vissuto un'emergenza senza precedenti, paragonabile soltanto a una guerra mondiale. Su questo, mi sembra, siamo tutti d'accordo. E allora: come gestire l'emergenza? Tenuto conto che l'ordinamento costituzionale italiano non prevede una disciplina normativa della stessa? Credo però che bene abbia fatto il costituente a non prevederla, perchè sarebbe stata una norma destabilizzante, del cui corretto uso non avremmo avuto certezza. Si pensi all'uso, ovvero l'abuso, del decreto legge, che è stato un atto legislativo adoperato ben oltre il dettato costituzionale, anzi in violazione dello stesso sebbene la puntuale previsione “nei casi di straordinaria necessità e urgenza”

* Paper non sottoposto a referaggio.

¹ Pubblicato dalla Editoriale Scientifica, Napoli 2021, pp. 154



Sarà pur vero che un sistema di poteri costituzionali di emergenza potrebbe fornire migliori garanzie per i diritti fondamentali, ma è altrettanto vero che una norma costituzionale che legittimasse lo stato di emergenza potrebbe favorire l'avvento di una “democrazia pericolante” (art. 48 cost. Weimar *docet*). In fondo, in Italia e altrove, l'emergenza sanitaria si è potuta comunque gestire anche in assenza di una norma costituzionale che validasse la dichiarazione dello stato di emergenza, con relativa sospensione dei diritti fondamentali, come previsto in altri ordinamenti, per esempio la Francia. L'emergenza sanitaria è stata gestita conformemente a come veniva gestita nel mondo, quantomeno nelle cd. democrazie stabilizzate. *Lockdown* con conseguente limitazioni delle libertà personali si sono avuti dappertutto: non mi pare che ci siano stati provvedimenti alternativi e migliori tali da potere essere assunti quali modelli di riferimento da emulare.

Cosa è successo in Italia nel tempo della pandemia costituzionale? Ida Nicotra sciorina le questioni istituzionali e le analizza con puntualità. Certo, in particolare emergono due temi: le fonti del diritto e i rapporti fra Stato e Regioni. Poi ci sarebbe, tra l'altro, il ruolo ridimensionato del Parlamento e l'incredibile proposito di fare votare a distanza i deputati e i senatori. Iniziamo con le fonti e l'infinita discussione sui DPCM, quali provvedimenti che non potevano e non dovevano disciplinare comportamenti restrittivi delle libertà costituzionali, perché questo potere lo può esercitare solo la legge, in virtù della riserva, financo rinforzata, di cui gode in costituzione. Legge da intendersi come decreto legge, poiché la legge ordinaria ha tempi di approvazione – complice un datato bicameralismo paritario – poco consoni con la celerità degli interventi emergenziali. A parte che, paradossalmente, il DPCM, rispetto al decreto legge, può essere giustiziabile in sede di giudicato amministrativo, anche con provvedimento urgente che ne sospende l'efficacia, e quindi ha una valenza più garantista (e non sono mancate pronunce diversificate di alcuni TAR). E comunque i DPCM discendevano da due decreti legge, quindi, come ha detto severamente Gustavo Zagrebelsky, “chi dice costituzione violata non sa di cosa sta parlando”. Aggiungo, che i “puristi” delle fonti sembrano dimenticare l'obiettivo verso il quale eravamo tutti impegnati: tutelare il diritto fondamentale della salute dei cittadini. Non voglio qui insistere sull'aggettivo “fondamentale” che la costituzione attribuisce soltanto al diritto alla salute (*ex art. 32 cost.*): lo so bene che non c'è ed è bene che non ci sia una gerarchia dei diritti (lo ha ricordato anche la Corte costituzionale nel cd. caso Ilva), c'è però il bilanciamento dei diritti, e credo che sia difficilmente opinabile il fatto che la bilancia, in tempo di una pandemia sanitaria, penda di più a favore del diritto alla salute. Come è stato scritto: la vita, prima di tutto (sempre Zagrebelsky). Come scrive la Nicotra: “Libertà non significa essere liberi di fare ammalare gli altri”. Sul punto, peraltro, si sono chiaramente espressi, per il diritto alla vita e all'integrità fisica della popolazione rispetto ad altri diritti, il Tribunale costituzionale tedesco e quello spagnolo con delle pronunce, opportunamente ricordate e sottolineate dalla Nicotra.



Altro capitolo della pandemia costituzionale è quello del rapporto Stato/Regioni, che si è peraltro innervato lungo una scia conflittuale che dura dal 2001, relativamente all'attribuzione di competenze. Si è dovuto attendere la sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2021 per avere almeno una certezza, che “è da affermare il divieto per le Regioni, anche ad autonomia speciale, di interferire legislativamente con la disciplina fissata dal competente legislatore statale” nella profilassi internazionale. Tradotto in concreto, le Regioni non possono legiferare in materia di prevenzione e tutela della salute al tempo del Covid-19. Posizione da condividere ma da specificare. Le Regioni, ovvero i Consigli regionali, non possono fare leggi ma i presidenti delle Giunte possono emanare ordinanze, che sono atti amministrativi e pertanto non assoggettabili al giudice costituzionale. Come peraltro riconosciuto dall'art. 32 della l. n. 833 del 1978, che autorizza l'emanazione di ordinanze regionali contingibili e urgenti in materia di sanità. Pertanto, è con le ordinanze, piuttosto che con le leggi (fatta eccezione per quella della Val d'Aosta, che ha consentito lo scrutinio di costituzionalità all'inizio ricordato), che le Regioni provano a regolamentare alcune situazioni, derivate dall'imposizione cromatica che il Governo, per mezzo di un algoritmo, stabilisce settimanalmente. A ogni colore corrisponde un maggiore o minore impedimento delle libertà costituzionali. Infatti, il Governo impone dei colori alle singole Regioni, con le quali stringe o allenta le limitazioni a tutta una serie di diritti costituzionali, a cominciare da quello di libera circolazione. Spetta, allora, alle singole Regioni adoperarsi con provvedimenti normati sotto forma di ordinanze, il cui obiettivo è quello di riuscire a cambiare il colore che il Governo gli ha assegnato, passando dal rosso smeriglio al giallo canarino o, auspicabilmente, al bianco candido. Chi se non le stesse Regioni conoscono e controllano il loro territorio e quindi sanno cosa fare per evitare la circolazione del virus? D'altronde, la colorazione governativa è riferita alle singole Regioni e quindi diventa una competenza a loro stesse attribuita. Certo, l'imposizione cromatica governativa ha finito col favorire una differenziazione regionale più di quanto sia riuscito a fare l'art. 116 della costituzione. Ogni Regione è differente dalle altre sulla base del colore che gli è stato assegnato, e a ogni colore corrisponde altresì una differenza di comportamenti in termini di esercizio delle libertà costituzionali, che possono essere significativamente compresse oppure parzialmente limitate.

Nei confronti di queste ordinanze sono state avanzate critiche e obiezioni e si è invocata l'eccessiva “spregiudicatezza” normativa in capo ai presidenti di Regione. I quali, vale la pena ricordarlo, sono eletti a suffragio universale e quindi rispondono del loro operato dinanzi al corpo elettorale. E quindi, spetta loro il compito di adoperarsi per riuscire a mettere in sicurezza il territorio e la popolazione che ci vive, quale impegno e attività dell'indirizzo politico che devono perseguire e sulla base del quale saranno chiamati a essere giudicati dagli elettori a fine mandato. Aggiungo, che è una fonte primaria, il decreto legge n. 33 del 2020, all'art. 1, comma 16, che prevede la competenza in capo alle Regioni dell'adozione



di misure restrittive per contenere la situazione epidemiologica nei territori. Al quale va altresì aggiunto il decreto legge n. 30 del 2021, all'art. 1, comma 3, che autorizza i presidenti delle Regioni a imporre limitazioni o divieti per l'ingresso nei territori regionali

Il libro di Ida Angela Nicotra lascia sullo sfondo una domanda: che scenario istituzionale avremo una volta finita la pandemia? Sul piano delle fonti è ragionevole immaginare che tutto rientrerà in una sostanziale normalità, sia per quanto riguarda i DPCM governativi che per le ordinanze regionali: entrambi gli atti sono frutto dell'emergenza pandemica e quindi dovrebbero esaurire il loro utilizzo giuridico. Invece, i rapporti fra Stato e Regioni? Si può prevedere, sebbene non auspicare, uno strascico di conflittualità, dovuto ai cascami delle competenze rivendicate, da uno e dalle altre, nella lotta al virus. Un "vaccino" che potrebbe consentire un tendenziale ripristino dei leali rapporti fra il centro e la periferia è già previsto in costituzione: si tratta di una corretta applicazione del principio di sussidiarietà verticale *ex art. 118 cost*. Sul principio di sussidiarietà pesa ancora quella "geniale" ma ormai un po' datata sentenza della Corte costituzionale, la n. 303 del 2003, nella quale si diede effettività al principio per il tramite del meccanismo ascensoriale, utilizzato in luogo del soppresso principio dell'interesse nazionale. Sarebbe auspicabile che al fine di ricomporre un tormentato rapporto fra lo Stato e le Regioni si facesse leva sul modo e metodo della sussidiarietà, così come questa deve essere applicata prendendo esempio dall'esperienza giuridica europea.

Infine, lo scenario istituzionale più difficile da regolare: recuperare il ruolo del parlamento quale luogo di sintesi tra rappresentanza e decisione, come auspica la Nicotra in conclusione del suo volume. La capacità di funzionare bene e autorevolmente del parlamento dipende, prevalentemente, dai suoi parlamentari, che devono essere scelti, votati ed eletti dai cittadini e non dalle liste di partito. Avere ridotto il numero dei componenti delle Camere si spera induca a una più attenta selezione delle candidature. Se così non fosse, allora, rischiamo di finire in una nuova seppure diversa *pandemia costituzionale*.