

LA CATENA DELLA NORMATIVA EMERGENZIALE
IN RISPOSTA ALLE MINACCE DI DIFFUSIONE DEL COVID 19
RIFLESSIONI SULLA TENUTA IN TERMINI DI LEGITTIMITÀ E DI OPPORTUNITÀ
DELLE SCELTE NORMATIVE DEL GOVERNO ITALIANO

*Laura Fabiano**

*** 16 marzo 2020 ***

1. La pandemia da Covid-19 e la disciplina emergenziale

Il 30 gennaio 2020, a seguito della notifica (del 31 dicembre 2019) da parte delle autorità sanitarie cinesi di un focolaio di casi di polmonite ad eziologia non nota (poi identificata come un nuovo coronavirus Sars-CoV-2) nella città di Wuhan (Provincia dell'Hubei, Cina), dopo la seconda riunione del Comitato di sicurezza, il Direttore generale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato il focolaio internazionale da nuovo coronavirus 2019-nCoV un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale (Public Health Emergency of International Concern – PHEIC), come sancito nel Regolamento sanitario internazionale (International Health Regulations, IHR, 2005).

Con lo scorrere dei giorni e delle settimane l'epidemia virale si è progressivamente espansa in diverse aree territoriali del mondo sino a che, l'11 marzo 2020, è stata proclamata pandemia dall'OMS.

La diffusione sull'intero territorio mondiale di un virus del quale non esiste un vaccino né una cura specifica, che presenta un tasso di contagiosità difficile da stimare ma considerato elevato e che può evolvere frequentemente, anche in soggetti giovani, in una polmonite interstiziale con conseguente insufficienza respiratoria, spesso grave (SARS), la quale può richiedere un trattamento medico intensivo o sub intensivo, ha condotto progressivamente diversi paesi, fra cui in primo luogo l'Italia, a doversi confrontare con una emergenza sanitaria di proporzioni enormi soprattutto a causa della discrepanza fra le necessità di assistenza dei malati e le

*Professore associato di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli studi di Bari "A. Moro". Mail: laura.fabiano@uniba.it. Il contributo è stato accettato per la pubblicazione nell'ambito della call *Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, sul n. 2/2020 di *BioLaw Journal* – Rivista di BioDritto.

disponibilità logistico strutturali delle unità di terapia intensiva in qualunque paese.

2. Le scelte normative italiane di risposta all'emergenza riflessioni in termini di legittimità degli atti e principio di legalità

In Italia, la gestione della vicenda sanitaria connessa al covid 19 ha richiesto, nel giro di pochissimo tempo, l'adozione di una serie di misure normative le quali hanno imposto la temporanea parziale compressione di numerosi diritti individuali anche di tipo fondamentale. Tale disciplina, contenuta tecnicamente in norme di rango secondario quali sono i dpcm, gode tuttavia di copertura legislativa stante la previsione degli stessi disposta nell'art. 3 del dl. 23/2/2020 n. 6 (Convertito in legge con modificazioni con l. 13 del 2020).

Il detto d.l. 6 del 2020, ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di emanare disposizioni per contrastare l'emergenza epidemiologica da covid -19, adottando misure di contrasto e contenimento alla diffusione del predetto virus ha provveduto ad elencare, nell'art. 1, una serie di provvedimenti normativi passibili di adozione da parte delle autorità (nella specie il presidente del Consiglio dei ministri con il coinvolgimento dei ministri competenti e dei presidenti delle regioni interessate ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle Regioni, nel caso riguardino il territorio nazionale) disponendo tuttavia all'art. 2 una norma di chiusura piuttosto ampia ove stabilisce che "le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Covid-19 anche fuori dei casi di cui all'art. 1 comma 1". Resta fermo, peraltro, per i casi di estrema necessità ed urgenza, il potere del Ministro della salute, delle regioni e dei sindaci di emettere ordinanze, nelle more dell'adozione dei suddetti decreti (articolo 3, comma 2).

La legittimità dei dpcm adottati, cui la decretazione d'urgenza ha fornito copertura, è subordinata alla condizione che la riserva di legge che è posta a presidio, in Costituzione, dei diversi diritti che gli stessi dpcm vanno a limitare sia relativa e, qualora sia rinforzata, i provvedimenti adottati rientrino, per contenuto, fra quelli consentiti dalla stessa limitazione costituzionale.

Tali condizioni sembrano rispettate per quanto concerne la limitazione della libertà di circolazione (art. 16 Cost.), di riunione (art.17 Cost),: la copertura in termini di legittimità costituzionale si rinviene nella constatazione per cui la tutela della salute pubblica nell'ambito

di una emergenza sanitaria sia finalità rientrante a pieno titolo nell'alveo "motivi di sanità e sicurezza" ovvero di "sicurezza o di incolumità pubblica" che giustificano la limitazione della circolazione e del diritto a riunirsi. Con riguardo invece alla compressione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost) la problematica può rivelarsi più complessa giacché la clausola costituzionale cui si fa riferimento per giustificarne la compressione attraverso misure emergenziali è nel divieto di svolgimento della stessa "in modi che si ponga in contrasto con l'utilità sociale o da recare danno alla, alla libertà ed alla dignità umana".

Con particolare riguardo alle garanzie poste a presidio della libertà di circolazione nell'art. 16 della Costituzione alcuni dubbi hanno riguardato l'iniziale carattere territorialmente circoscritto delle normative di contenimento (le quali tuttavia in brevissimo tempo sono state allargate all'intero territorio nazionale come "area protetta"). Soccorre a sciogliere tali dubbi una risalente giurisprudenza costituzionale che nella decisione 68 del 1964 afferma "I motivi di sanità o di sicurezza possono nascere da situazioni generali o particolari. Ci può essere la necessità di vietare l'accesso a località infette o pericolanti o di ordinarne lo sgombero; e queste sono ragioni – non le uniche – di carattere generale, obiettivamente accertabili e valevoli per tutti".

Non suscita inoltre particolari dubbi la legittimità delle normative adottate in relazione al parametro rappresentato dall'art. 32: una giurisprudenza acclarata della Corte costituzionale afferma difatti che la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con il detto parametro costituzionale se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale (cfr. in particolare la sentenza n. 307 del 1990).

Qualche perplessità in più suscitano le limitazioni poste dai dpcm qualora si pongano in contrasto con la libertà personale (art. 13), la libertà di domicilio (art.14) e la libertà di professione religiosa (art.19). Per le prime due il problema attiene alle garanzie, in termini di riserva assoluta di legge, che presidia tali diritti: ci si riferisce ad esempio alle disposizioni sulla quarantena con sorveglianza attiva, normative che in termini limitativi sembrano assimilabili al ricovero coatto misura che la giurisprudenza costituzionale ha ampiamente riconosciuto in passato come limitativa della libertà personale (Sentenze 74/1968; 223/1976; 160/1982).

Con riguardo alla libertà di espressione religiosa, il limite del buon costume posto in Costituzione quale parametro idoneo a limitare l'esercizio del culto in qualsiasi forma, individuale e associata ed in qualsiasi luogo pubblico o privato, se all'apparenza risulta piuttosto fragile quale aggancio normativo a copertura della limitazione ottiene maggior vigore nella considerazione della giurisprudenza costituzionale (sui c.d. limiti impliciti alle libertà costituzionali) per la quale "tra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto – nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità [...] sono senz'altro da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico ed alla pacifica convivenza" (sent. 63/2016).

Chissà se l'emergenza sanitaria, nella sua gravità, potrà sanare gli eventuali vizi che nel tempo potranno dunque essere rilevati.

Le valutazioni atterranno certamente anche all'alterazione della normalità costituzionale in corso. Già nei primi anni ottanta del resto, nella sentenza 15/1982 sui limiti massimi della carcerazione preventiva disposti in ragione delle "obiettive difficoltà che esistono per gli accertamenti istruttori e dibattimentali" nei procedimenti che hanno ad oggetto "i delitti commessi per finalità di terrorismo e di evasione dell'ordine democratico", la Corte ebbe ad affermare con chiarezza che "di fronte ad una situazione d'emergenza [...] Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza", aggiungendo tuttavia la considerazione per la quale "Se si deve ammettere che un ordinamento [...] versa in uno stato di emergenza, si deve, tuttavia, convenire che l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo".

Ulteriori valutazioni da considerare al fine di valutare la legittimità delle disposizioni limitative poste dal governo riguardano la ragionevolezza intesa come coerenza, congruenza, congruità, proporzionalità, necessità, misura, pertinenza, delle limitazioni poste dalle norme dette tenendo peraltro conto che insieme alla problematica degli automatismi legislativi, il bilanciamento dei diritti è certamente uno degli ambiti privilegiati del giudizio di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana.

Su tale bilanciamento, ed in particolare sul rapporto fra diritto alla salute e altri diritti costituzionalmente garantiti la Corte costituzionale si è notoriamente pronunciata con sentenza

85 del 2013 (in merito al caso Ilva di Taranto) affermando che “Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. Per le ragioni esposte, non si può condividere l’assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l’aggettivo «fondamentale», contenuto nell’art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona”; pertanto “La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.

Tuttavia la medesima giurisprudenza costituzionale ha diverse volte posto in evidenza l’esistenza di un “nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana” (Corte Costituzionale, sentenza 309/1999); giurisprudenza questa che, nata paradossalmente per porre un limite alla discrezionalità legislativa nel bilanciamento fra salute e limitatezza delle risorse economico finanziarie risulta in effetti estremamente significativa quale riferimento per valutare, al momento, la legittimità della discrezionalità della normativa emergenziale.

Qualche dubbio in termini di ragionevolezza può suscitare invece la disposizione posta nella clausola “aperta” posta dall’art. 2 del decreto legge n. 6 del 2020 ove è stabilito che “le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell’emergenza al fine di prevenire la diffusione dell’epidemia da Covid-19 anche fuori dei casi di cui all’art. 1 comma 1”. Non sembra peraltro a prima lettura che la clausola contenuta nell’art. 2 possa essere

mitigata dalla affermazione contenuta nello stesso decreto legge 6/2020 ove, all'art. 1 si prescrive che ogni misura di contenimento e gestione deve essere “adeguata e proporzionata”. I dubbi circa l'ampiezza di tale disposizione sono confermati dal fatto che anche in sede di conversione del decreto legge il Comitato permanente per i pareri della I Commissione permanente della Camera, in un parere espresso il 25 febbraio 2020, ha invitato la Commissione di merito a valutare l'opportunità di specificare se l'articolo 2 intendesse far riferimento a misure ulteriori rispetto all'ambito territoriale di cui all'articolo 1, comma 1, o a misure ulteriori rispetto a quelle elencate dall'articolo 1, comma 2, ovvero ad entrambe le ipotesi.

Anche se soccorre alla sua legittimazione quanto affermato dalla Corte costituzionale già in tempi risalenti con Sentenza 1130 del 1988 (“il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti. [...] l'impossibilità di fissare in astratto un punto oltre il quale scelte di ordine quantitativo divengono manifestamente arbitrarie e, come tali, costituzionalmente illegittime, non può essere validamente assunta come elemento connotativo di un giudizio di merito, essendo un tratto che si riscontra [...] anche nei giudizi di ragionevolezza.”) rimane tuttavia anche vero che una norma aperta di tale genere delegifica le possibilità di reazione all'emergenza in termini a priori troppo poco prevedibili.

3. Qualche breve riflessione in relazione alla opportunità dell'uso massiccio dello strumento del dpcm

La dottrina giuridica ha avanzato nell'immediatezza della adozione della normativa di emergenza descritta delle osservazioni critiche circa l'opportunità della scelta del governo italiano di utilizzare lo strumento del dpcm per affrontare l'emergenza covid 19 anche se tali atti normativi di rango secondario erano tutti, come evidenziato, adottati a valle di uno strumento di rango primario preposto alla gestione dell'emergenza qual è il decreto legge (si rinvia fra i molti L. Cuocolo, Servono limiti alle eccezioni. Libertà negate per decreto, necessità e limiti, in *Il SecoloXIX* del 9/3/2020 p 1 e 13; F. Clementi, Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un dpcm, in *il sole* 24 ore del 13/3/2020, p. 12).

Le osservazioni fondamentali hanno riguardato il fatto che lo strumento del dpcm, caratterizzato da una procedura di adozione estremamente agile e tendenzialmente sottratto al circuito del controllo parlamentare, si rivela una fonte normativa molto fragile per l'adozione di normative che tendono a comprimere anche fortemente numerosi diritti e libertà individuali e collettivi.

Si tratta di osservazioni le quali al di là della legittimità del provvedimento che, rispettoso del principio di legalità, non pare in discussione, si pongono essenzialmente il problema in termini di opportunità.

Le dette osservazioni paiono essere sotto alcuni aspetti certamente condivisibili in quanto è evidente che tanto più nel corso di un'emergenza è necessario non perdere di vista i valori fondamentali dell'assetto costituzionale del Paese in primo luogo il principio democratico; tuttavia vi sono anche altre elementi da considerare al fine di bilanciare in parte tali osservazioni critiche. Ci si riferisce in particolare alla estrema difficoltà della prosecuzione dell'attività parlamentare secondo le sue ordinarie procedure in tale fase storica.

In occasione del voto sullo scostamento di bilancio dell'11 marzo 2020, di fronte alla impossibilità per numerosi deputati del Nord ed in ossequio alle prescrizioni delle autorità sanitarie per il contenimento del contagio (in particolare la necessità di rispettare la distanza di sicurezza personale di un metro), la conferenza dei capigruppo, su proposta del presidente della Camera ha deciso che in via eccezionale che alla seduta pomeridiana avrebbero partecipato 350 deputati in modo da garantire il numero legale e la maggioranza assoluta necessaria al voto. Una decisione da qualcuno duramente criticata ma necessaria a garantire la funzionalità dell'assemblea rappresentativa italiana e sulla scorta della quale si è aperto il dibattito sulla necessità di un diritto parlamentare dell'emergenza e sulla possibilità di predisporre per i parlamentari italiani strumenti di partecipazione alle attività delle assemblee rappresentative in videoconferenza e voto da remoto.

Tali complesse problematiche si intrecciano a parere di chi scrive con il tema in termini di opportunità della scelta circa la fonte normativa della gestione dell'emergenza.

Il governo ha deciso infatti di adottare un numero limitato di decreti legge (necessari per garantire il rispetto del principio di legalità nella catena degli atti normativi emergenziali adottati) e di utilizzare per quanto possibile anche strumenti di rango secondari.

Non è escluso che tale opzione sia stata dettata anche dalla scelta di limitare il più possibile la necessità delle camere di riunirsi (per la conversione dei decreti legge) in un momento storico nel quale ogni contatto sociale è un potenziale rischio letale ed è peraltro evidente una eventuale

epidemia fra i membri del Parlamento italiano rappresenterebbe un problema enorme per la tenuta delle istituzioni.