

Osservazioni sulla lotta al coronavirus all’inizio della “seconda fase”

UMBERTO ALLEGRETTI*

Data della pubblicazione sul sito: 1 luglio 2020

Suggerimento di citazione

U. ALLEGRETTI, *Osservazioni sulla lotta al coronavirus all’inizio della “seconda fase”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Professore emerito di Istituzioni di Diritto Pubblico nell’Università degli Studi di Firenze.

I mutamenti del trattamento costituzionale e amministrativo degli strumenti di lotta contro l'epidemia del Covid-19 (coronavirus), seguiti all'emanazione del decreto-legge n. 33 del 16 maggio 2020 e del conseguente decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 17 maggio (a loro volta accompagnati da vari altri decreti-legge, tra i quali da ultimo il cosiddetto "decreto rilancio" del 19 maggio, n. 34, in materia economica), sollecitano qualche osservazione di complemento agli scritti dell'autore di queste note e di Enzo Balboni pubblicati nel marzo-aprile 2020 su questa rivista (v. U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*; ID., *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?*; U. ALLEGRETTI-ENZO BALBONI, *Autonomismo e centralismo nella lotta contro la pandemia coronavirus*). Quei due atti, alla data in cui si scrive (27 maggio 2020), costituiscono il perno della così chiamata "seconda fase" della lotta contro l'epidemia, nella quale si è entrati da quando la curva epidemica ha mostrato nel nostro paese segni di flessione.

1) Seguendo l'ordine di esposizione dei problemi adottato nel primo degli scritti poco sopra ricordati, vorremmo per prima cosa notare che i rapporti tra Stato e sistema degli enti territoriali, caratterizzati nella "prima fase" da una notevole forma di accentramento delle funzioni nello Stato e insieme da un pur rilevante grado di cooperazione tra Stato e sistema territoriale, hanno mantenuto sostanzialmente, ma con modifiche, le caratteristiche della fase precedente. Essi sono basati, a nostro parere, sulla "chiamata in sussidiarietà" radicata sull'art. 118, piuttosto che sul riferimento alle possibilità accordate al Governo dall'art. 120 Cost -preferenzialmente indicato ad es. da R. BALDUZZI, *Indicazioni per un'agenda del 'dopo'*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2020, che sembra presupporre nella sua impostazione una sostituzione dello Stato per casi di inadempimento o inerzia delle Regioni (che non pare esserci stata).

Ci pare che sia in omaggio ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza menzionati dall'art 118, che il DL e il DPCM oggetto di queste note hanno riconosciuto allo Stato sul tema una potestà di intervento primario, in nome dell'esercizio unitario" delle relative funzioni, realizzando il principio di sussidiarietà in direzione *ascendente*. In virtù dello stesso fondamento normativo, l'ordinamento non ha peraltro mancato di riconoscere alle Regioni, come pure in minor misura ai sindaci, numerose capacità di adattamento delle norme statali, al fine (crediamo) di tener conto delle rilevanti differenze che si sono manifestate nel Paese, come per altri aspetti, così per la diffusione del virus nei differenti territori (quale che sia la spiegazione, che per ora non ci sembra sia stata validamente messa a prova, della maggior virulenza dello stesso nelle regioni padane, rispetto al Mezzogiorno e alle Isole).

È anche per l'agire del complesso di fattori costituzionali legati alla distribuzione delle competenze dei vari tipi espresse nell' art 117 – (intreccio di potestà statali esclusive, nonché di quelle concorrenti tra Stato e regioni sulla tutela

della salute e la protezione civile, sul quale insiste giustamente E. D'Orlando, *Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti di riflessione*, in corso di pubblicazione in *Osservatorio delle fonti*, 2020) – che non ha potuto mancare una solida partecipazione del sistema territoriale, con sussidiarietà anche in direzione *discendente* rispetto alle determinazioni assunte dai decreti-legge e dai DPCM, autorizzati, questi ultimi, dai primi e alla loro applicazione.

I decreti-legge e i DPCM hanno esercitato per la parte statale tali competenze, come si sa, prima di tutto nel senso di apportare *restrizioni* anche pesanti ai diritti dei cittadini, pur compensandoli in varia ma non pienamente adeguata misura con indennizzi economici. E il sistema locale, a parte il parere a cui di solito è stato chiamato, a livello regionale, sulle misure statali, è stato autorizzato ad apportare restrizioni ulteriori e se ne è in molti casi avvalso ampiamente. Ciò in modo tale che il sistema ha funzionato essenzialmente secondo un notevole livello di accentramento nello Stato, ma ha visto attuarsi alcune delle possibili caratteristiche di articolazione territoriale.

In questa seconda fase, continuando ad esercitare le sue competenze, lo Stato ha ora mantenuto limitate o “sospese” specifiche attività già regolate in tal senso da norme precedenti; e ha più in generale tenuto ferme, e ad ogni occasione ripetute, le prescrizioni di uso comune alle varie attività: come quelle ormai classiche del distanziamento tra le persone in contatto, detto, probabilmente per un anglicismo, sociale (in realtà: fisico), , il lavaggio frequente delle mani, l'esclusione degli abbracci e strette di mano, il divieto di assembramento e, sia pure in alcune condizioni, l'uso delle mascherine: “misure igienico-sanitarie”, che risultano puntualmente specificate in vari allegati agli atti legislativi e ora rielencate (ma solo come “raccomandazione”) nell'allegato 16 all'ultimo DPCM come applicazione dell'art. 3. 1, lett. g, del DPCM stesso.

Ma il principio di sussidiarietà avendo anche una direzione discendente, può ora (se non anche prima, come avevamo ipotizzato nei nostri scritti) essere applicato per giustificare l'allentamento di misure adottate dallo Stato. Così l'ultima produzione normativa statale prevede numerose devoluzioni di potere alle Regioni, “derogatorie” nell'applicazione delle misure pur disposte dallo Stato, siano esse “ampliative o restrittive”. Questo è quanto testualmente enunciato dall'art. 1, n. 16, del DL n. 33. Facendo solo qualche esempio, si possono citare dall'art. 1 del DPCM del 17 maggio la possibilità data alle Regioni (lett. c) di stabilire date anticipate o posticipate per l'accesso dei bambini alle attività ludiche, ricreative ed educative; quella similare prevista dalla lettera f in tema di attività sportive e motorie; quella riguardante le misure in tema di spettacoli (lett. m); la possibilità delle Regioni di adottare protocolli o linee guida sull'accesso ai musei (lett. p); simili poteri in tema di esercizi al dettaglio (lett. dd); similmente a questo caso, prescrizioni sui servizi alla persona (lett. gg) e sugli stabilimenti balneari (lett. mm); il potere dei sindaci, come di chiudere (così l'art.1, n. 9, del decreto-legge),

così di riaprire specifiche aree pubbliche e i parchi e giardini. Si può forse concludere, per queste e altre considerazioni, che in questa fase le potenzialità dell'intervento delle Regioni, sono, e non in poca misura, accresciute.

È vero che tutto questo è delimitato in relazione ai parametri di andamento territoriale del contagio e della situazione epidemiologica in genere (controllate e controllabile in modi previsti dalle norme statali e in particolare in aderenza ai criteri di calcolo stabiliti dal decreto del Ministro della salute del 30 aprile 2020, peraltro con riferimento ai dati del monitoraggio dell'andamento dell'epidemia giornalmente accertato dalle stesse regioni). Ed è pure previsto che, mentre talora il potere è dato alla singola Regione, altre volte è riferito alla Conferenza dei presidenti delle Regioni; ciò sottolinea il valore delle ipotesi di responsabilità regionale nella diminuzione delle restrizioni a favore di una fase di allentamento. Le norme statali, comunque, hanno consapevolezza degli eventuali ritiri o modificazioni, per l'intero territorio o più probabilmente per singole zone, di cui si potrà aver bisogno nel caso di deprecato peggioramento della situazione infettiva. Hanno perciò previsto il duplice possibile andamento, ampliativo o restrittivo, delle variazioni, per questo secondo caso prevedendo (art. 1.1 del DL n. 33) che le misure in questo tipo, pur in linea di principio superate dallo Stato stesso - che di per sé ha abolito con il successivo decreto-legge quanto previsto dal DL n. 19 del 25 marzo, emanato in piena fase di crescita dell'infezione - "possono esser adottate o reiterate".

In entrambi i casi assume un'importanza, di rado altrettanto profondamente riscontrabile in altri settori, un fattore non direttamente giuridico che finisce peraltro per costituire un sostanziale limite o requisito interno al sistema delle fonti propriamente giuridiche: l'incidenza sulle varie decisioni dell'apporto medico-scientifico (sul problema v. in termini generali tra gli altri F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005). I più importanti atti di disciplina normativa e amministrativa nella materia della lotta contro il covid-19 sono infatti sorretti, a partire da una dichiarazione dell'Organizzazione Mondiale della sanità del 30 gennaio 2020, dalle indicazioni di corpi scientifici collegiali (aventi tra i loro componenti virologi, microbiologi ed epidemiologi, oggi con tanta frequenza chiamati singolarmente a esprimersi sui media, concorrendo così spesso a formare opinioni diffuse). Di essi la massima espressione nazionale è il Comitato tecnico scientifico formato da un'ordinanza del Capo della Dipartimento della Protezione civile 3 febbraio n. 630, e a livello regionale vi sono organismi simili. Le loro indicazioni sono richiamate in genere nelle premesse dei diversi atti o comunque ne hanno ispirato i contenuti. Tale presenza dà luogo a un problema meritevole di una riflessione che non è possibile in questa sede. Il suo impianto generale sembra comportare che - tenuto conto delle perduranti deficienze di conoscenza su questo nuovo virus, e nonostante l'autorevolezza degli apporti scientifici e la variabile (ma sempre consistente)

affidabilità che i politici e gli amministratori vedono negli uomini di scienza operanti in questi settori - lascia ai primi la responsabilità finale delle decisioni, con una discrezionalità non di rado rilevante.

2°) In questa seconda fase emerge poi con evidenza maggiore l'osservazione, già nota ma non sempre esplicitamente formulata, della differenza tra le varie riserve sui diritti contenute nella Costituzione e toccati dal caso presente. Il loro destino può essere diverso e tale per lo più rimane in relazione al passaggio dalla prima alla seconda fase. Ed è almeno per quest'aspetto che è eccessivo dire, come alcuni si esprimono (v. C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2020), che siamo entrati in "un'altra era costituzionale", nella quale il parlamento – negli ultimi tempi maggiormente consultato dal Governo più che nei primi - è esautorato.

Vi sono nella Costituzione riserve assolute e riserve relative; tra le prime, quella personale dell'art. 13 (e quella di domicilio), quella di manifestazione del pensiero dell'art 21 e altre attinenti alla cultura e all'istruzione. La normazione sulla lotta al coronavirus non ha toccato direttamente le due prime se non con gli obblighi di quarantena quando esistenti. Ha salvaguardato condizionandoli fortemente gli strumenti di esplicazione della terza, fin dalla prima fase eccettuando dalla sospensione di attività le rivendite di giornali, ma impedendo o circondando di condizioni gli spettacoli, compresi quelli sportivi, chiudendo le scuole col salvare solo le loro attività a distanza, limitando con forti condizionamenti le aperture al pubblico dei musei e degli istituti di cultura e aprendo solo ora ma giustamente anche le librerie; non però gli spettacoli aperti al pubblico, che continuano a esser sospesi (art. 1 lett. m DL n. 33) e vengono onerati dopo la prevista data di possibile ripresa delle prescrizioni dell'all. 9 del DPCM). Non sembra essere stato inficiato il diritto di agire e difendersi in giudizio (v. in tal senso N. GIALLONGO e A. PROTO PISANI, *Brevi note su Costituzione e provvedimenti conseguenti alla epidemia da coronavirus*, in *Judicium*, 22 aprile 2020).

È stata invece, come ben si sa, pesantemente coinvolta sopra ogni altra la libertà di circolazione, che l'art. 16 Cost. formula come oggetto di una riserva relativa (nello stesso senso, v. R. BALDUZZI, *op. cit.*), restringibile proprio per motivi di sanità. Si mantengono tuttora limiti assoluti agli spostamenti nelle due forme di quarantena, quella che potremmo chiamare assoluta e quella detta "precauzionale", applicabili ai diversi tipi di legame coi contagi (art. 1, n. 6 e 7, del DL n. 33). Le altre limitazioni in materia di circolazione, che sono state fin da subito oggetto della più accurata regolazione da parte delle norme dei vari decreti-legge - da principio fissandola sugli ambiti comunali, spesso inadatti – ora sono elencate nei sette commi iniziali dell'art. 1 del DL, che le classificano per spazi geopolitici e fisici, scandendone nel tempo la riespansione. Sono state così per il momento stabilite, con un cronoprogramma per sé pregevole ma, come a visto, modificabile, date diverse, tra maggio e giugno del 2020, rispettivamente per le

possibilità di spostamento entro la stessa regione, oltre i confini regionali, da e per l'estero. Si è mantenuta però la possibilità di eccezioni: creazione di nuove “zone rosse”, eccezioni per singole regioni particolarmente colpite, come ora sembra possa avvenire per la Lombardia; provvedimenti del presidente della Sardegna per l'accesso all'Isola.

Per quanto riguarda i mezzi di locomozione (disciplinati diversamente secondo se ferroviari, marittimi e aerei), pur parlandosi da più parti di una revisione necessaria del nostro sistema di vita, si è persa l'occasione di assoggettare a cambiamento l'uso troppo spinto della motorizzazione privata, scartando la possibilità di porle dei limiti significativi a beneficio dell'ambiente e della vivibilità delle nostre città e, anzi, provocandone sotto certi aspetti le potenzialità di espansione, peraltro generalmente per ora non verificatasi ma suscettibile di verificarsi in un prossimo futuro. Qualche piccolo sforzo, che fa eccezione alla grave assenza di tentativi di moderare l'uso delle automobili private, è stato fatto dal decreto-legge n. 34 del 19 maggio, che stanziava fondi per il cosiddetto “bonus biciclette e monopattini elettrici”, che inciderà ben poco (si può pessimisticamente temere) sulle abitudini radicate nella collettività cittadina, e non solo italiana.

Inoltre vi può essere una associazione o parziale sovrapposizione tra i vari diritti. Questo è ben visibile ad es. quando le attività di culto vengono sganciate dalla libertà generale di riunione; che ha continuato a essere molteplicemente condizionata, quando non vietata, oltre che nell'ovvio caso dell'assembramento, in quello dei convegni, congressi, manifestazioni ludiche, sportive, fieristiche e con la disciplina degli spettacoli (art. 1.8 DL). Si sono così superati i precedenti divieti delle celebrazioni religiose in presenza di pubblico, per rinviare la loro regolazione a protocolli tra Governo e confessioni religiose, che in effetti le permettono con alcuni limiti comuni a quelli sanciti per le altre attività (v. art. 1, lett. o del d.p.c.m. del 17 maggio e i primi sette protocolli annessi, distinti per i vari culti e, dobbiamo supporre, adeguati, al di là di alcune norme comuni a tutte, alle esigenze di ciascuna confessione). Si vedano per es., esemplificando dal protocollo con la Conferenza episcopale cattolica, le modalità prescritte e nei casi opportuni interdette per la comunione eucaristica, gli abbracci di pace, i canti e via dicendo. In tema di riunioni, sono spesso presenti altre interne diversificazioni. Ad es. le riunioni di carattere culturale, quelle sportive e altre soggiacciono a regole differenti, ora regolate con molti dettagli dal DPCM del 17 maggio.

Altro diritto duramente colpito è stato, in molte applicazioni, fondate sulle limitazioni e i vincoli previsti essenzialmente dall'art. 41 Cost., il diritto di iniziativa economica, oggetto fin dal DL n. 6 del 23 febbraio 2020, della chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi per l'acquisto dei beni di prima necessità, e poi variamente limitato, fino alla condizionata apertura resa possibile dal DL n. 33/ 2020 (e fin dalle origini con le esclusioni previste per casi rilevanti tra i quali, oltre le farmacie, si possono citare i supermercati e le attività bancarie, finanziarie

e assicurative). Assimilabili a queste attività, vi è stata la limitazione ai servizi di trasporto terrestri, aerei, ferroviari, marittimi, quella degli studi professionali e la limitazione stessa degli uffici pubblici con presenza fisica dei dipendenti. Molte attività, che hanno cagionato ai titolari gravi perdite, sono state poi in parte compensate da provvidenze economico-finanziarie, fiscali e burocratiche (compresi gli allungamenti di termini processuali), spesso fortemente gravanti sullo Stato; e con interventi finanziari europei, in parte ancora in discussione: provvidenze internamente regolate da una serie di decreti-legge del marzo, dell'aprile e del maggio, che non sono materia di analisi in questa sede.

3) Altro elemento che rimane presente, rispetto alle normative precedenti, ma con significative innovazioni, è la natura e distinzione del grado di vincolo delle varie fonti. Se molte tra le loro proposizioni sono precisamente prescrittive, altre costituiscono "raccomandazioni", "inviti", o secondo altre espressioni contengono indirizzi non cogenti anche se orientativi e in linea di massima da seguire.

Resta dunque un ruolo non secondario dell'autoresponsabilità del singolo e dei gruppi fondato, come da noi già rilevato, sull'art. 54.1 della Costituzione. Autoresponsabilità, ma anche responsabilità sociale e giuridica, che durante la prima fase è stata molto lodata da politici, uomini di scienza e cittadini. Ma che già viene scemando in questi primi tempi della seconda fase, mostrando esempi di strade affollate, specialmente di giovani e comunque di persone che non usano la mascherina o che non osservano tra loro le distanze regolari di uno o due metri (e, supponiamo, che...non si lavano le mani con le occasioni e la frequenza dovute); che non si attengono, insomma, ai più generali tra i requisiti igienici richiesti dalla normativa, configurando spesso quella che si suole chiamare la "movida", da ritenere non di rado rischiosa (ha infatti portato al provvedimento del sindaco di Milano circa il divieto di bibite da asporto).

È collegato a quanto sopra l'uso di due nozioni: quello dei "protocolli" e delle "linee guida". Particolarmente frequente è il rinvio alle due locuzioni da parte del DL n. 33 e del DPCM del 17 maggio (e di altre fonti), ma con un uso non sempre uniforme. In una produzione piuttosto sovrabbondante e probabilmente variabile secondo la diversità di autori ministeriali o pattizi che vi sono intervenuti, è chiaro che nozioni non tradizionalmente formalizzate come queste sono usate in maniera variata e richiedono esercizi interpretativi o applicativi di diverse specie. Esse sono utilizzate dalle varie norme o ciascuna per sé sola o giustapponendole; dunque l'utilizzazione e il rapporto fra di esse non sono sempre uguali e, nel caso di giustapposizione, si può pensare a una scelta discrezionale lasciata all'amministrazione. Si può allora tentare (nulla di più) di avanzare qualche precisazione e differenziazione, forse opinabili.

Nel caso dei protocolli, l'utilizzazione più appropriata sembra quella che prevede atti nazionali e atti regionali - in tal caso questi tenuti all'osservanza di quelli - non direttamente previsti dalla Costituzione, ma in qualche modo

avvicinabili, nonostante tutte le diversità, al metodo concordatario e a quello delle intese previsti dalla Costituzione per le confessioni religiose. Per lo più la nozione sembra usata per significare un accordo tra parti indipendenti, pubbliche e non pubbliche (ad es., proprio in materia di confessioni religiose operano i sette primi protocolli allegati al DPCM più volte citato, distinti per ognuna anche se assai simili nell'impianto). Altri sono stipulati senza che abbia (crediamo) il valore di una vera propria "intesa", e sono utilizzati, ma non con esclusività, per le relazioni tra le Regioni, o in mancanza tra il Governo, e le categorie espressive delle attività "economiche, produttive e sociali" (così denominate dall'art. 1.14 del DL n. 33/2020). Il protocollo è allora sintonizzabile con i due diversi modi (autonomie territoriali e autonomie delle categorie economiche e sociali) con i quali intendere il principio pluralista, senza, per quanto riguarda chi scrive, vederli di pari valore politico-costituzionale, perché più legato alle autonomie pubbliche visti gli abusi storici e attuali di quelli categoriali.

Talora, tuttavia, il protocollo è unilaterale, e allora indica la procedura di dettaglio da seguirsi da parte dell'organo che lo adotta o anche di soggetti esterni (i dizionari linguistici italiani prendono atto della varietà dei sensi in cui è usata la locuzione).

Quanto alle linee guida, sembrano esprimere una modalità rivolta ad esprimere un potere di indirizzo unilaterale verso l'esterno proprio di un organo pubblico, del quale si fa uso da parte di soggetti (ad es. singoli ministri) competenti alla disciplina per lo svolgimento di un'attività.

Il rapporto più frequente tra le due fonti si ha quando i protocolli, definiti allora con termini quali "operativi" o "di sicurezza", intervengono a valle delle linee guida per l'attuazione di queste (ad es. in tema di gioco dei bambini e adolescenti, regolato dall'art 1 lett. c del DPCM e specificato dall'all. 8 relativo); si tratta comunque di una relazione bisognosa anch'essa di precisazione.

Come pure è variabile il grado di vincolo che queste prescrizioni possiedono. Mentre i protocolli nati di intesa tra parti appaiono senz'altro generare una pretesa l'una verso l'altra dei soggetti che li hanno concordati, le linee guida, spesso flessibili e a formulazione discorsiva, potrebbero lasciare maggiori possibilità di applicazione differenziata. Peraltro, l'art 1 DL n. 33, al n. 15, stabilisce un'equiparazione tra le due forme, determinando la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni previste, e l'art 2 dello stesso decreto, che è di non immediata armonizzazione con la previsione dell'articolo precedente, conduce a sanzioni penali e amministrative, fino, per queste, alla chiusura provvisoria dell'attività o dell'esercizio fino a 5 giorni e nel caso di impresa alla chiusura da 5 a 30 giorni.