

LA DEMOCRAZIA REGIONALE NELL'EMERGENZA PANDEMICA:
QUALI FALLIMENTI DELLA *FORMA* DELLO STATO?*

GIANMARIO DEMURO**

Sommario

1. La democrazia e la forma dello Stato. – 2. Fallimento della regolazione statale dell'emergenza. – 3. La riserva assoluta di legge statale nella regolazione della libertà di circolazione. – 4. Lo Stato deve rispettare la differenziazione in emergenza?

Abstract

This paper discusses the impact of COVID-19 emergency on the Italian regionalism.

Suggerimento di citazione

G. DEMURO, *La democrazia regionale nell'emergenza pandemica: quali fallimenti della forma dello Stato?*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2/2020. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Cagliari.
Contatto: demuro@unica.it

1. La democrazia e la forma dello Stato

Norberto Bobbio, in anni difficili della storia della nostra Repubblica (era il 1977 e le Brigate Rosse avevano messo a rischio la sopravvivenza dello Stato repubblicano) delinea le funzioni principali e imprescindibili che lo Stato deve poter svolgere affinché possa sopravvivere: “1. *Che lo Stato abbia denari da spendere*; 2. *Sia in grado di risolvere i conflitti che sorgono inevitabilmente là dove sorgono nuovi diritti e nuovi doveri*; 3. *Possa valersi per risolverli della forza, se pure in ultima istanza*”¹.

Oggi il pericolo non è terroristico ma proviene da un virus che ha colpito tutto il mondo e che, in Italia, ha messo a dura prova la forma di Stato regionale nella sua articolazione territoriale della tutela della salute. Secondo alcuni la crisi avrebbe inciso sul cd. “paradigma dualista” e paritario nel rapporto di collaborazione tra Stato e Regioni nella gestione della sanità mettendo il sistema costituzionale delle relazioni tra livelli di governo definitivamente in crisi, tanto da far discutere di una necessaria ri-centralizzazione dei poteri statali a garanzia della salute collettiva².

In questa prospettiva, certamente, possiamo ancora leggere Bobbio, “*siccome questi tre poteri, che costituiscono il nucleo minimo dello Stato, di ogni Stato, dello Stato in quanto tale [...] possono trasformarsi da strumento di sicurezza collettiva in strumento di puro dominio, date le straordinarie intensità e densità di cui l'ordinamento del grande Stato territoriale può disporre, la formazione di questo ordinamento è stata quasi sempre accompagnata da una serie di rivendicazioni che hanno avuto lo scopo di istituire meccanismi di controllo del potere [...] la sua distribuzione orizzontale (ovvero la separazione tra il governo centrale e il governo locale), la loro costituzionalizzazione (ovvero la determinazione delle loro competenze nei limi delle leggi fondamentali)*”; questo è, secondo Bobbio, l'ordinamento politico che siamo abituati a chiamare “democrazie occidentali, e ai quali, dopo la Costituzione repubblicana appartiene l'Italia”³.

Uno Stato deve garantire la sicurezza sanitaria, l'eguaglianza dei cittadini nell'accesso alle cure mediche, l'equilibrio economico dei conti in sanità, l'appropriatezza delle cure ma la *forma* dello Stato è data anche dal sistema complesso dei “freni e contrappesi” sulla base del quale possiamo giudicare la

¹ N. BOBBIO, *Il dovere di essere pessimisti*, in D. PORZIO (a cura di), *Coraggio e virtù degli intellettuali*, Mondadori, Milano, 1977, 17.

² A. MORRONE, *La “visione trascendente dei Lea” e la realtà del Ssn. Critica su processo e merito nelle sentt. nn. 197/2019 e 62/2020 della Corte costituzionale*, in *Corte supreme e salute*, 2020/1, 15, “Riflettere, oggi, in piena pandemia Covid-19, su questa giurisprudenza, è importante proprio per comprendere se effettivamente il nostro modello dualista e paritario sia ancora sostenibile, proprio alla luce dei limiti evidenziati nella presente controversia, in ordine alla dialettica tra fini e mezzi, tra valori costituzionali e organizzazione”.

³ N. BOBBIO, *op. ult. cit.*

capacità di resistere come Stato che rispetta la democrazia regionale anche quando si trova ad affrontare l'emergenza sanitaria; ancor più quando deve superare una gravissima crisi che mette in difficoltà la differenziazione territoriale nel "rapporto" tra *le* autorità del potere pubblico e *le* libertà individuali, in particolare il diritto alla salute e il diritto alla libera circolazione.

Un sistema costituzionale in equilibrio – prima di invocare la anacronistica ri-centralizzazione di tutti i poteri allo Stato in materia di sanità – deve preoccuparsi di garantire la sostenibilità democratica del sistema di regolazione, partendo dalla garanzia della unità nazionale che la burocrazia statale avrebbe dovuto utilizzare per affrontare le diseguaglianze del sistema sanitario a forte differenziazione regionale.

Criticità queste ormai talmente gravi da esse portate come ragioni del fallimento dell'idea stessa di regionalismo ma, questa è la tesi che s'intende sostenere, rappresentano invece l'emersione definitiva del "*cleavage* tra centro e periferia" determinato soprattutto dalle diseguaglianze territoriali e da una "*scomposizione topografica*" sempre più evidente nella garanzia del diritto alla salute⁴.

2. Fallimento della regolazione statale dell'emergenza

Il primo fallimento della forma statale della democrazia è, dunque, quello della regolazione statale dell'emergenza, perché ha frammentato la produzione normativa tra i diversi centri di regolazione, e non ha saputo contenere le spinte, a volte irrazionali, alla *iper-regolazione* da parte degli altri livelli di governo; ciò che è mancato è la necessaria unitarietà nella regolazione, unità ed eguaglianza che sono sempre date per presupposte dalla Costituzione quando si limitano le libertà fondamentali⁵.

In materia di regolazione delle libertà fondamentali infatti, le riserve di legge segnano il limite a cui possono essere sottoposte le singole libertà ma, nel contempo, indicano la *longitudine* di tale limitazione sul territorio nazionale. Il *territorio immaginario* dei DPCM come lo ha definito Cardone in questo numero dell'Osservatorio delle fonti, non coincide con il territorio di garanzia che le riserve di legge scrivono nelle libertà fondamentali nelle variabili di

⁴ Il riferimento è alla Francia ma è, del tutto, comparabile con la situazione italiana, M. REVELLI, *La politica senza la politica*, Einaudi, Torino, 2019, 195-196. Per la costante richiesta di "ri-centralizzazione della sanità" cfr. S. CASSESE, *Le Regioni fanno troppe cose e male il servizio sanitario deve essere nazionale*, in *Il Messaggero*, 03/04/2020; G. VIESTI, *Freno ai localismi, sulla Sanità la rivincita dello Stato*, in *Il Messaggero*, 03/04/2020.

⁵ Basterebbe scorrere le oltre cento (100) pagine della ottima guida alle fonti normative della pandemia C. DRIGO, A. MORELLI, Dossier. *L'emergenza sanitaria da Covid-19. Normativa, atti amministrativi, giurisprudenza e bibliografia*, in *Diritti Regionali*, 16 marzo 2020.

assolute, assolute e rinforzate per contenuto o per procedimento, di legge costituzionale e, infine, relative.⁶

Il rapporto tra i livelli di governo è sempre stato mediato dalla legge dello Stato ma la “condivisione del potere” non poteva che essere assecondato dal principio di leale collaborazione tra i due livelli⁷. La collaborazione sarebbe stata ancor più necessaria nella limitazione delle libertà fondamentali proprio perché il livello di regolazione regionale sarebbe dovuto diventare del tutto marginale.

La dimensione territoriale della regolazione, infatti, riemerge in materia di diritti fondamentali ed è utile per poter monitorare il risultato della limitazione stessa. Non è un caso che le riserve di legge siano riserve di legge statale, pur essendo salva la possibilità di soddisfare la riserva di legge nelle quote di materia che spettano alle Regioni, la limitazione delle libertà deve essere eguale su tutto il territorio nazionale⁸.

Il fatto che si debba trattare sempre di fonti normative primarie e non di atti normativi di origine amministrativa, deriva dalla *ratio* della riserva di legge come limite al potere dell'esecutivo nella regolazione di una fattispecie che potrà avere effetti in caso di violazione delle cd. norme penali in bianco⁹.

Non è possibile trattare tutte le singole libertà limitate in emergenza pandemica ma, al fine di chiarire la sistematica violazione della *ratio* della riserva assoluta di legge, quanto accaduto alla libertà di circolazione ci aiuterà a capire quali sono i margini di regolazione territoriale da parte delle Regioni e quali sono gli obblighi regolativi statali.

3. La riserva assoluta di legge statale nella regolazione della libertà di circolazione

Il diritto di circolazione “è un diritto di agire”¹⁰ individuale ed è in tale forma che si sostanzia *la ratio* della riserva di legge assoluta cui all'articolo 16 così come integrata dagli articoli 120 e 5 della Costituzione che ne delimitano la dimensione territoriale sancendo il divieto per le Regioni di limitare la libera circolazione delle persone. Secondo una interpretazione condivisibile “*i limiti richiamati nell'articolo 120, oltre a salvaguardia del principio della libertà e della unità del mercato, ribadiscono quanto disposto [...] dall'art. 16 sull'eguaglianza*

⁶ A. CARDONE, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione*, in *Questa Rivista*.

⁷ Per il concetto di condivisione del potere B. GUASTAFERRO, *Autonomia sovranità rappresentanza. L'evoluzione della forma di Stato in Italia e Regno Unito*, Cedam, Padova, 2020, 99.

⁸ Per tutti A. CERRI, *Istituzioni di Diritto Pubblico, casi e materiali*, Giuffrè, Milano, 2009, 467.

⁹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Giurcost.org., Liber amicorum per P. Costanzo*, 2020, 7.

¹⁰ E. DICIOTTI, *Sulla distinzione dei diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *Quad. cost.*, 4/2004, 733 ss.

dei cittadini”¹¹ e, pertanto, la *riserva di legge generale* nell’articolo 16 della Costituzione significa che non sono ammessi interventi regolativi nei confronti di singoli cittadini o di categorie di persone¹².

La disciplina deve essere prevista in via generale ed astratta dalla fonte normativa primaria, mentre in concreto può essere adottata con atti amministrativi una disciplina esplicativa in atti che devono dare esecuzione alla legge: se così non fosse non si capirebbe come esercitare a posteriori un giudizio di proporzionalità e ragionevolezza dell’intervento restrittivo o derogatorio adottato in concreto nelle singole Regioni.

Anche ad ammettere che si tratti di una riserva relativa di legge, il principio di legalità non può che essere interpretato secondo il suo significato sostanziale come accade per i regolamenti di delegificazione¹³.

Siamo convinti invece che si tratti di una riserva di legge assoluta e rinforzata “*che indica i motivi attinenti alla sanità e alla sicurezza*” e mai possa intervenire per motivi politici”¹⁴ ed anche che sia una riserva di legge “*rafforzata per contenuto*”¹⁵, prevista per la tutela della salute, e solamente l’articolo 32 della Costituzione può giustificare un intervento così penetrante nella libera circolazione¹⁶.

Pertanto, non convince affatto la sentenza della Cass. Civ. 9738/2000 che, invece, la qualifica come riserva relativa di legge secondo cui la legge può “*demandare all’ autorità amministrativa le dette ipotesi in forza di atti normativi secondari*” e della Corte costituzionale 68 del 1964 che nel noto inciso “*In vista della particolare delicatezza di questi provvedimenti che i costituenti non dubitarono che fossero di competenza della autorità amministrativa, non fa meraviglia che si sia sentita la opportunità di ribadire un canone che la Costituzione enuncia come uno dei suoi principi fondamentali*”, si riferisce ai provvedimenti attuativi di tipo esecutivo e non, a nostro parere, regolatori.

Sul cd. cordone sanitario, così si è sempre chiamato il provvedimento che sarebbe stato giustificato in ragione di una epidemia, senza approfondire gli interventi normativi di cui è stato oggetto, si sarebbe dovuto vigilare sin dalla

¹¹ L. ARCIDIACONO, A. CARULLO, G. RIZZA, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Bologna, 2001, 185.

¹² P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2019, 465.

¹³ G. DEMURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Giappichelli, Torino, 1995.

¹⁴ V. ONIDA, M. PEDRAZZA GORLERO, *Compendio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2014, 104; G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1984, 228; P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 2018, 336; L. MEZZETTI, *Manuale breve di Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2012, 394.

¹⁵ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, Giappichelli, Torino, 2012, 400; F. MODUGNO, *Diritto pubblico generale*, Bari, Laterza, 2002, 110.

¹⁶ G. DEMURO, *Commento all’ art. 16 della Costituzione* in *Commentario alla Costituzione* a cura di A. CELOTTO, M. OLIVETTI, R. BIFULCO, Utet, Torino, 2006, 372 ss.

entrata in vigore della Costituzione, dando un significato alla riserva di legge a garanzia del diritto alla libera circolazione; in questa ottica T. Martines nel *Manuale* considerava incostituzionali le disposizioni degli artt. 253 e 261 del T.U. delle leggi sanitarie del 1934, che conferiscono al ministro dell'interno “*i poteri di determinazione delle malattie infettive nonché le misure cautelari da adottare*”, norme incostituzionali tuttora in vigore¹⁷.

Oggi, di fronte al più grande intervento di limitazioni delle libertà fondamentali nei paesi europei dalla fine dell'ultima guerra mondiale, assistiamo a un confuso avvicinarsi di strumenti di regolazione del tutto diversi e di troppi soggetti regolatori, tutti con interventi territorialmente differenti. Dallo Stato alle Regioni e dalle Regioni ai Comuni non ha funzionato la regolazione del sistema normativo: è un coacervo di regole, di eccezioni, di deroghe, di integrazioni, in alcuni casi di veri propri interventi *ultra vires*.

In questo sistema intricato di regole è molto difficile verificare se le misure siano proporzionate e rispettose del bilanciamento dei diritti costituzionali, sulla base di quanto disposto dalla riserva di legge assoluta secondo cui il bilanciamento della regolazione tra Stato e Regione (che sarebbe dovuta per la maggior parte essere *di fonte legislativa statale*) per dare un quadro chiaro dei limiti di proporzionalità territoriale¹⁸.

4. Lo Stato deve rispettare la differenziazione in emergenza?

Da quanto abbiamo sin qui scritto è la fonte primaria nazionale a cui spetta proporzionare la limitazione della libertà di movimento con riferimento alla tutela della salute, lasciando intatto il nucleo duro della materia che non poteva essere modificato da un intervento normativo regionale.

Invece, come ha fatto il dl. n. 19 del 25 marzo 2020, convertito in legge senza tante obiezioni dal Parlamento, che ha attribuito all'art. 3, comma 1, la facoltà alle Regioni di *anticipare* con ordinanza provvedimenti governativi restrittivi delle libertà personali, sarà difficile stabilire *a posteriori* se l'intervento limitativo in una Regione rispetto ad un'altra sia stato proporzionato rispetto all'intero territorio nazionale. La disposizione in questione, oltre alla efficacia limitata, prevede che “in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale”.

¹⁷ T. MARTINES, *Manuale di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè 1986, 632, nt. 27.

¹⁸ Parlano di “aggiramento della riserva di legge” M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *Bio-Law Journal*, 2020.

Le scelte territoriali dell'intervento devono essere indirizzate dal *centro*, certamente in accordo con le Regioni, ma la sopracitata disposizione lascia spazi integrativi non permessi dalla *ratio* garantista della riserva di legge e fa perdere di significato il combinato disposto degli artt. 16 e 120 della Costituzione.

Detto in altri termini, la riserva di legge rinforzata per contenuto prevista dall'articolo 16 diventa interpretabile da ogni singola Regione e, a nostro modesto parere, si confonde con la possibilità che i provvedimenti restrittivi della libertà possano, in concreto, essere adottati con provvedimenti dell'autorità amministrativa. Ma questa possibilità di attuazione in concreto, evidentemente, attinge non tanto alla *caratura* della riserva di legge, bensì alla assenza di una riserva di giurisdizione: l'articolo 16 della nostra Costituzione ha un *limite di scopo*, quello della tutela della salute, che deve essere regolata in modo generale e unitario a livello statale.

La differenziazione sul territorio non può, pertanto, essere affidata alle singole scelte normative regionale, ma deve essere innervata da regolazione legislativa che rispetta la *ratio* garantista della riserva di legge: è la fonte primaria statale che deve chiarire subito chi fa che cosa e quali sono i limiti e il perimetro dei poteri regionali.

In sintesi, la riserva di legge non ammette, in automatico, nessuna differenza territoriale a meno che non sia *razionale*, giustificata da una specificità territoriale che deve comunque derivare da una valutazione *in concreto* sulla situazione epidemica a livello nazionale, e non su parametri che derivano da una mera osservazione locale.

In questa prospettiva, il fallimento non è stato tanto nella forma di stato regionale – la quale ammettendo un controllo democratico diffuso garantisce il ruolo di contro-bilanciamento delle funzioni statali – ma lo è Stato permettendo la regolazione e la *garanzia* dei diritti fondamentali con poteri di ordinanza differenziati territorialmente ha abdicato ad una delle sue funzioni fondamentali quella di garantire l'uniformità regolativa territoriale¹⁹.

Infine, la differenziazione regolativa ha determinato un vantaggio per la lotta al virus nelle singole realtà regionali?

Lo Stato ha l'obbligo costituzionale di garantire l'incolumità, la sicurezza, il diritto a non morire di una malattia curabile in tutto il territorio nazionale.

La lezione che viene da questa emergenza è che per tenere insieme l'unità e la differenziazione lo Stato deve poter aggregare i dati regionali in maniera unitaria e restituirli in maniera altrettanto chiara. Per favorire la realizzazione di questo risultato occorrerà progettare modelli comuni di acquisizione dati per mostrare in maniera trasparente quale sia l'interesse nazionale e come le

¹⁹ M. LUCIANI, *op. ult. cit. passim.*; l'intervista a P. BARTOLINI, *Sull'uso (e abuso) delle ordinanze emergenziali regionali*, in *Giustizia insieme.it*, 22 aprile 2020.

Regioni lo possano perseguire territorialmente. In futuro occorrerà disciplinare la reazione all'emergenza, in modo da evitare che Stato e Regioni agiscano come ordinamenti separati come se fossero ordinamenti giuridici non integrabili. Principio di legalità costituzionale e controllo democratico potranno così convivere con la sostenibilità della differenziazione.