

L'emergenza e... i suoi 'infortuni'

di

Antonio D'Aloia*

1. Si può fare qualche domanda sulla gestione di questa terribile emergenza?

Sono ormai passate più di due settimane da quando il Paese è stato 'chiuso' quasi totalmente per cercare una risposta all'emergenza COVID-19.

Abbiamo sperato, forse ingenuamente, che le misure restrittive adottate riuscissero a mostrare presto i loro effetti positivi, che la curva dei contagi e dei decessi miracolosamente cominciasse a scendere; soprattutto i primi giorni si discuteva, anche con una certa sicurezza, di date e tempi per ricominciare a vivere 'normalmente'.

Invece tutto è fermo, tutto è avvolto da una nube spessa, oscura, che sembra non avere alcuna prospettiva di diradarsi, almeno nel breve periodo.

I dati dell'epidemia sono ormai drammaticamente angoscianti, quasi impensabili appena 2 settimane fa. Abbiamo quasi il doppio dei morti della Cina, e stiamo raggiungendo il livello dei contagi del Paese dove tutto è cominciato, un Paese che però è 30 volte più popoloso.

Ho espresso fin dall'inizio qualche perplessità sulla gestione dell'emergenza [v. A. D'Aloia, *Costituzione ed emergenza. Il caso del Coronavirus*, in *Biolaw Journal*, 2/2020], quasi sottovoce, perché in queste fasi conta l'unità di tutto il Paese (tutti lo ripetono come un 'mantra' indiscutibile, qualcuno addirittura arriva a bollare chi prova a formulare qualche riflessione critica come "uno che ha del tutto perduto di vista il concetto di limite, il concetto di società, il concetto di bene comune": M. Serra, *Il fantasma*

* Professore ordinario di diritto costituzionale presso l'Università degli studi di Parma.

della libertà, in La Repubblica del 24 marzo 2020), perché è una guerra inedita, imprevedibile, 'epocale', sembra quasi ingiusto criticare chi si trova a fronteggiare quella che giustamente è stata definita l'ora più buia della storia della Repubblica. Quando è cominciata l'emergenza più 'dura', quella che sta sconvolgendo diritti e libertà fondamentali di tutti, ci si era dati un limite temporale. Oggi sappiamo che andremo oltre quel limite: non sappiamo *di quanto* e *fino a quando*.

Il d.l. appena pubblicato contiene una data 'finale' dell'emergenza, quella del 31 luglio, ma in realtà questa data era già nella dichiarazione dello stato d'emergenza fatta nella Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio scorso.

Voglio essere chiaro sul punto. Non è in discussione (o almeno non ancora) la necessità di adottare queste misure di distanziamento sociale, la chiusura dei negozi, i divieti di svolgere attività motoria (se non davanti casa, o con la compagnia di un cane).

Stiamo arrivando però ad un crocevia drammatico. Potremmo renderci conto che queste misure non sono servite, che sono state adottate tardi e troppo 'gradualmente', che intanto bisognava puntare anche su altre strategie complementari, come l'effettuazione diffusa, almeno per alcune categorie, di 'tamponi' di accertamento della positività al COVID, o l'acquisizione straordinaria (e senza limiti di costi) di risorse e strumenti per contrastare la diffusione del virus, di supporti di prevenzione: mascherine e altri mezzi di protezione personale, respiratori, strutture di ricovero straordinarie.

Il 'modello Italia' sembra ogni giorno meno positivamente esemplare di quanto non ci raccontassimo all'inizio. In fondo, i dati nella loro cruda rappresentazione, non possono essere accantonati: se siamo il Paese con il maggior numero di decessi e quello che avrà a breve il maggior numero di contagi, o proviamo a pensare che da noi il virus si è manifestato in una versione particolarmente violenta, oppure c'è qualcosa che non ha funzionato. In un lungo e documentato articolo del NYT di Domenica 22 marzo (*Italy, Pandemic's New Epicenter, Has Lessons for the World*, di J. Horowitz, E. Bubola, E. Povoledo), se ne parla come di un esempio da capire, ma per non ripetere gli stessi errori.

Intanto tutto il Paese è fermo, anche quella parte in cui effettivamente i numeri del contagio appaiono ancora molto bassi e lontani da una dimensione effettivamente epidemica. Può essere ragionevole e rispettoso del principio di proporzionalità e di eguaglianza un provvedimento che sottopone tutti alle stesse identiche misure, anche quando la forbice delle situazioni legate alla diffusione del contagio è completamente diversa, con rapporti anche da 1 a 1000?

C'è una sensazione di inadeguatezza che comincia ad emergere, la consapevolezza di aver sottovalutato, di non aver capito la gravità di un problema su cui l'OMS aveva lanciato allarmi molto forti ben da ben due mesi prima che il problema si affacciasse anche da noi. Basti pensare che la Deliberazione dello Stato di emergenza è del 31 gennaio, come si è detto; le prime misure davvero serie e rigorose, per quanto limitate alla Lombardia, e ad altre 14 Province del Nord Italia sono del 7 marzo.

A questo ritardo, evidente e ingiustificabile, si tenta adesso di rispondere con una progressione continua di misure limitative, che tuttavia ancora appaiono lontane dall'invertire lo spaventoso trend epidemiologico. Vediamo le ultime (?) tappe.

2. Ancora un Dpcm ... in diretta Facebook. Dubbi sulla proporzionalità del divieto assoluto di spostamento anche per ritornare nel proprio domicilio o residenza

Domenica sera (22 marzo) abbiamo avuto l'ennesimo Dpcm di questa 'filiera' normativa (ben ricostruita da I. Massa Pinto, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) a i giuristi*, in questionegiustizia.it, 18 marzo 2020) sempre più ai confini (e forse 'oltre') rispetto allo schema ordinato di un sistema normativo di una democrazia costituzionale e parlamentare. Il Decreto è stato annunciato la sera prima, via Facebook (come mezzo principale!) e a reti unificate. Sarebbe stato meglio fare prima il decreto e poi l'annuncio, ma ormai va così. Anche questo è un prezzo da pagare sull'altare dell'emergenza senza fine.

Come si può annunciare in diretta social-televisiva un provvedimento che punta a chiudere tutte le attività produttive, tranne alcune ritenute come essenziali per la produzione nazionale (e anche per contrastare l'emergenza), senza definire

formalmente quali sono quelle che possono continuare ad essere portate avanti, con quali modalità (anche per garantire la sicurezza dei lavoratori)?

Ma non ci si può pensare prima di andare in diretta alle 11 di sera, e di chiudere con l'ennesima (ma ormai un pò stucchevole) frase ad effetto del tipo "insieme ce la faremo"?

Domenica per tutta la giornata sono addirittura circolate le immancabili (e differenti) bozze delle attività consentite. Tutto questo è folle, crea disorientamento, alimenta uno stato di incertezza che è deleterio mai come in questo momento. Stefano Folli sulla Repubblica del 23 marzo (*"Il destino comune che ci manca"*), nel criticare quella che ha chiamato "la più bizzarra delle comunicazioni", ha parlato di *"cambi di rotta repentini, che danno l'idea di un generale affanno [...] un'economia il cui PIL vale 1800 miliardi di euro appesa ad una diretta Facebook e poi a una Domenica di indiscrezioni..."*.

Anche nell'emergenza uno Stato deve mantenersi per quanto possibile aderente alla sua impalcatura normativa e valoriale.

La motivazione è quella ormai rituale di tutti i provvedimenti fin qui adottati ("considerati l'evolversi della situazione epidemiologica, il carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia e l'incremento dei casi sul territorio nazionale").

Quello che balza subito all'occhio è una certa distanza tra la 'gravità' dell'annuncio (anche per l'orario, e la suspense del ritardo di oltre 30' rispetto all'orario previsto) e la consistenza reale delle ulteriori misure restrittive. "Sono sospese tutte le attività produttive industriali e commerciali", però le eccezioni dell'allegato 1 appaiono davvero tante, forse troppe, e sembrano invertire il rapporto tra eccezione e regola. Nemmeno le attività professionali sono sospese, e nulla sembra cambiare per gli uffici delle amministrazioni pubbliche rispetto al d.l. 18/2020.

Alla fine della lett. a), c'è anche una "delegificazione della delegificazione", perché il Dpcm autorizza un D.M. a modificare l'elenco dei codici di cui all'allegato 1, cioè a stabilire quali attività sono consentite o meno; a incidere, in altri termini, su diritti economici fondamentali. Un rapporto tra fonti 'sub-secondarie', con la base

normativa primaria, quella del d.l. 6/2020, sempre più 'sbiadita' e lontana, nei contenuti e nel contesto.

In realtà, in questo Dpcm una misura molto forte c'è, e consiste nella cancellazione di un'eccezione contenuta nei precedenti decreti. Nel momento in cui si prevede il divieto di spostamento e di circolazione all'interno di tutto il territorio nazionale, viene cancellata la possibilità di fare ritorno nel proprio domicilio o residenza.

La motivazione è intuitiva, e in sé finanche condivisibile. Si vuole evitare che la circolazione delle persone che provengono dalle aree maggiormente colpite dall'epidemia possa aggravare la diffusione del contagio anche in quelle zone del territorio nazionale che al momento hanno numeri tutto sommato controllati.

Mi chiedo però se non c'era un altro modo per garantire questa esigenza senza sacrificare radicalmente il diritto/interesse al ritorno nel proprio domicilio/residenza; se non era possibile verificare e accertare l'eventuale situazione di positività dei soggetti che chiedevano di raggiungere il proprio comune di residenza, la serietà del motivo dello spostamento, e consentirlo per i soggetti e per i casi che non presentassero alcun rischio di diffusione del contagio.

Ha ancora un senso il principio di proporzionalità, la valutazione di non eccessività delle misure limitative dei diritti fondamentali, il principio della necessaria e ragionevole ricerca del mezzo meno invasivo possibile?

3. L'emergenza ha bisogno del Parlamento

Intanto, in questa debole 'cabina di regia' nazionale, i Presidenti regionali e molti Sindaci si sono inseriti con le loro ordinanze, sempre più dure, sempre più solitarie, una sorta di 'federalismo della paura', che disegna un Paese sempre più spaccato e rinchiuso nell'illusione egoistica di salvarsi a pezzi.

A parte l'involontario (?) umorismo del lanciafiamme per le feste di laurea in Campania, il problema di fondo è enorme. E non tutto può essere accantonato in nome della pericolosità dell'emergenza sanitaria. Quando vengono in gioco, in maniera così profonda e pervasiva, diritti e libertà fondamentali, è lo Stato che deve decidere, con provvedimenti certamente concordati, discussi, costruiti insieme alle

autorità locali, ma dentro una cornice che non può essere lasciata all'iniziativa unilaterale dei cd. Governatori.

In una democrazia costituzionale, in verità (ma in questa fase si ha quasi timore di fare ragionamenti di questo tipo, si rischia di passare per formalisti), queste misure le dovrebbe adottare il legislatore, direttamente o con quelle procedure in cui l'intervento del Governo passa comunque attraverso il controllo e la mediazione parlamentare (cosa che ha fatto ad esempio la Francia con la Loi n. 2020-290 del 23 marzo 2020, "*d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*").

Lo strumento che abbiamo in Costituzione è il decreto legge. Appunto, un atto con forza di legge, che il Parlamento è chiamato a convertire in legge in questo modo facendo sua la scelta del Governo, condividendola (cosa che il Parlamento ha già fatto per convertire il primo d.l., quello del 23 febbraio 2020, che è ora l. 5 marzo 2020 n. 13); e che, prima ancora, deve essere emanato dal Presidente della Repubblica, Supremo Garante della legalità costituzionale. Altro che questa sovrapposizione non sempre decifrabile di dpcm, ordinanze, annunci social, moduli di autocertificazione (ho perso il conto di quante volte sono stati modificati in queste 2 settimane).

Non può valere a giustificare questa ulteriore (e non imposta, nemmeno dalle circostanze) rottura degli equilibri costituzionali, la difficoltà di riunire il Parlamento, come si è visto in occasione della anomala convocazione parziale per l'autorizzazione allo scostamento di bilancio.

Tra le attività essenziali che non possono 'chiudere', al di là del codice Ateco, c'è sicuramente quella del Parlamento. Si lavori sulle modalità tecniche per garantire, in piena sicurezza (anche a distanza) l'attività delle Camere.

Un Paese democratico non può farne a meno. Nemmeno in guerra. Soprattutto in guerra (e questa che stiamo vivendo, in qualche misura, lo è).

Come ha scritto Carlo Fusaro (*Le Camere nell'emergenza della pandemia*, in PerFondazione.eu, Quad. n. 5/2020), in un interessante articolo che analizza anche le soluzioni adottate in altri Paesi, in questi giorni, per garantire il voto nella situazione di emergenza sanitaria (il riferimento è soprattutto alla Spagna e alla

Francia), né le norme costituzionali né i regolamenti parlamentari (art. 64 Cost., artt. 46-48 reg. Cam.) appaiono rigidamente incompatibili con interpretazioni che, soprattutto in una situazione eccezionale come questa, permettano riunioni telematiche e 'a distanza', leggendo le parole "riunioni", "presenti", "presenza", alla luce dell'attuale disponibilità di soluzioni tecnologiche che possono consentire comunicazione, partecipazione attiva, espressione di opinioni e voti, in definitiva 'presenza' contestuale, sebbene non fisica. Certo, il problema non è solo del singolo parlamentare (come correttamente rileva S. Ceccanti, *Parlamento, proposte per regolare gli stati di emergenza*, in PerFondazione.eu, Quad. n. 5/2020). Il Parlamento è un luogo di delicati equilibri politici, rappresentativi, territoriali: è necessario tener conto di queste variabili quando si prova ad immaginare un diritto parlamentare dell'emergenza. Ad ogni modo, qualche soluzione va discussa e trovata per rimettere il Parlamento simbolicamente al centro della politica, anche (anzi proprio) in questo tempo di eccezione.

Non si tratta solo di approvare atti legislativi o di partecipare alla legislazione di urgenza del Governo. E' importante controllare l'operato, in questo frangente, delle Autorità amministrative coinvolte, capire cosa sta succedendo nelle diverse realtà, imparare dagli errori, ragionare sulla proporzionalità e sull'efficacia delle misure adottate, progettare gli interventi di ricostruzione, e le Camere possono fare questo utilizzando i loro strumenti informativi (Commissione di inchiesta, indagini conoscitive, audizioni, ovviamente, in modalità telematiche: va detto che proprio oggi, 25 marzo, c'è stata un'informativa del Presidente Conte alla Camera).

4. Dal Dpcm al D.L. ... e ritorno

Mentre chiudevo queste note, come ho anticipato nel testo, nuova diretta, e nuovo decreto: questa volta almeno, un decreto legge, il n. 19/2020. Anche in questo caso però, tra l'annuncio, le prime bozze, e il testo definitivo pubblicato in G.U., è passato un giorno intero, con le consuete (e significative) modifiche in corsa... (con buona pace di quel '*dovere di essere chiari*' giustamente sollecitato da Sabino Cassese in un intervento sul Corriere della Sera del 25 marzo 2020).

L'impressione è che di fronte alle polemiche che cominciavano a diventare più insistenti e diffuse sul modo di procedere del Governo e delle altre Autorità in questa drammatica contingenza (anche perché la deviazione dalle regole si accetta più facilmente se si vedono i risultati, molto meno se questi sembrano ancora lontani), questo d.l. abbia voluto sistemare, in verità senza riuscirci completamente, alcuni aspetti del 'disordine' normativo e istituzionale che ha caratterizzato queste prime fasi di emergenza.

In primo luogo, viene confermato e 'legittimato' (almeno nelle intenzioni), per le possibili restrizioni delle libertà e dei diritti che si rendano (e che si sono rese) necessarie per contrastare la diffusione del COVID-19, il modello dell'intervento con Dpcm, in termini più diretti di quanto non fosse possibile ricavare dal primo d.l. della serie, il n. 6 del 23 febbraio 2020. La rischiosa (e dal mio punto di vista difficilmente ammissibile) delegificazione di misure così fortemente riduttive e limitative di diritti e libertà fondamentali viene almeno in parte 'sanata' da una puntuale indicazione (ben 29 tipologie) in un atto con forza di legge dei contenuti potenziali di queste misure (ma in realtà corrispondenti sostanzialmente a quelle fin qui sperimentate).

Inoltre, per la prima volta vengono usate espressioni come *"possibilità di modularne l'applicazione in aumento ovvero in diminuzione secondo l'andamento epidemiologico del predetto virus"*, ovvero, l'adozione delle varie misure limitative viene agganciata a *"criteri o principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti ovvero sull'intero territorio nazionale..."*.

In altre parole, se ancora può andare bene, in questa prima fase, l'adozione di un unico ed uniforme regime su tutto il territorio nazionale, anche in presenza di curve epidemiologiche nettamente differenziate (di decine se non centinaia di volte), prima o poi bisognerà fare una valutazione modulare, calibrata sulla effettiva consistenza del rischio di diffusione del contagio. E magari rendersi conto anche che limitare la libertà di circolazione è una cosa, ma vietare di uscire di casa è una cosa un pò più pesante, che tocca più direttamente la sfera della libertà personale, arriva quasi a sfiorare gli 'arresti domiciliari' (espressione usata da M.

Ainis, *Il virus della decretite*, in La Repubblica, 25 marzo 2020).

Sicuramente da apprezzare (ma siamo a livello di 'minimo sindacale'), poi, è la norma che impone di trasmettere immediatamente i provvedimenti emanati in attuazione del decreto alle Camere, e stabilisce che il Presidente del Consiglio (o un Ministro da lui delegato) riferisca almeno mensilmente in Parlamento sulle misure adottate.

A dire il vero però, anche questo è un surrogato di qualcosa che potrebbe e dovrebbe avvenire nelle forme costituzionali. Non si capisce perché queste misure, che ormai già ci sono, e che eventualmente dovranno essere modificate, adattate, aggiornate alle esigenze concrete, non possano essere assunte direttamente dal Governo nella sua interezza, con un atto avente forza di legge (appunto un d.l.; in fondo ne sono stati adottati già 6 in un mese, di cui uno convertito in legge), che ha tutta una serie di garanzie (emanazione del Presidente della Repubblica, passaggio parlamentare di conversione), che il Dpcm non ha.

Nelle prime bozze incautamente circolate del d.l. fin dalla serata di ieri (ma ormai è una costante, e forse è persino una strategia per raccogliere valutazioni e dissensi, e operare correzioni *in progress*), l'ansia correttiva e 'giustificazionista' provava a coprire anche il versante dell'attivismo unilaterale regionale-locale di queste settimane, arrivato a toccare confini effettivamente impensabili prima di questa vicenda. Abbiamo avuto ordinanze di divieto di entrata e uscita dal territorio regionale: e l'art. 120 Cost.? Dissolto, o meglio, confuso in quello che ancora Ainis, nell'articolo prima richiamato, ha definito "un sistema polifonico, a rischio di suonare una musica stonata" (cfr., per più articolati spunti critici, V. Baldini, *Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2020).

L'art. 3, al comma 1, stabiliva infatti che "... le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento ovvero di attenuazione del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre ovvero sospendere, limitatamente a detti ambiti territoriali, l'applicazione di una o più delle misure di cui

all'articolo 1, comma 2" (cioè quelle adottate a livello nazionale con dpcm).

In sostanza, un decreto legge rischiava di attribuire alle Regioni un potere di deroga e alterazione del sistema costituzionale delle competenze, consentendo alle Regioni di sospendere misure adottate a livello statale in ambiti e con effetti che appartengono incontestabilmente a sfere esclusive di competenza statale. Nel testo ora ufficiale, invece, la possibilità delle Regioni di introdurre misure ulteriormente restrittive rispetto a quelle definite nell'art. 1, comma 2, opera esclusivamente *"nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale"*. Quest'ultima parte della disposizione non è chiarissima, e nasconde una serie di insidie interpretative, ma è sicuramente più accettabile costituzionalmente della precedente.

Ma soprattutto, nella versione finale e ufficiale è stato sventato il capolavoro (si fa per dire) di estendere anche alle ordinanze adottate dai Sindaci la stessa potenzialità derogatoria riconosciuta alle ordinanze dei Presidenti di Regione. Il comma 2 dell'art. 3, riprendendo nella sostanza l'art. 35 del D.L. 9/2020, ora abrogato, stabilisce che *"I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali..."*.

Sembra in larga parte assorbito il rischio di una sovrapposizione confusa e divergente di provvedimenti emergenziali di diversa provenienza istituzionale, che emergeva dalla prima bozza di quest'ultimo d.l.

Insomma, la priorità oggi non può che essere quella di fermare il contagio, e ritornare ad una progressiva normalità, nell'economia (sapendo però che far ripartire una macchina bloccata sarà molto più difficile di quanto non sia stato fermarla), nella vita individuale e sociale delle persone, nell'organizzazione di una sanità che dovrà essere più pronta di fronte ai nuovi pericoli epidemici (al di là dell'abnegazione straordinaria e senza limiti delle sue risorse umane), e che avrà bisogno di più spesa, di rafforzamento del suo capitale umano, di innovazione tecnologica, big data e telemedicina .

Di un ritorno alla normalità (e di un dibattito a mente fredda su come disciplinare

le emergenze) avrà tanto bisogno anche il sistema giuridico-normativo e istituzionale.

(chiuso il 25 marzo 2020)

dirittifondamentali.it