

SOVRANITÀ, FEDERALISMO, DIRITTI
COLLANA ECONOMICO-GIURIDICA DEL CENTRO DI RICERCA
“FEDERALISMO E AUTONOMIE LOCALI”
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELL'INSUBRIA

diretta da Giorgio Grasso

Collettanee

26

Consiglio di Direzione della Collana:

Francesca Angelini (vice-Direttrice), Michele Bernasconi, Francesco Biagi
Giovanni Bianco, Francesco Bilancia, Andrea Cardone, Jesús Conde Antequera
Matteo Cosulich, Giovanna De Minico, Fabrizio Fracchia, Anna Gamper
Giorgio Grasso, Nicola Lupo, Jörg Luther †, Ilenia Massa Pinto, Filippo Pizzolato
Marie-Claire Ponthoreau, Gaetano Ragucci, Renato Ruffini, Giusi Sorrenti

FEDERALISMO, REGIONALISMO, PANDEMIA

Una comparazione tra Svizzera e Italia

a cura di

Paolo Bertoli Federica De Rossa Giorgio Grasso

EDITORIALE SCIENTIFICA

La pubblicazione del presente Volume è stata finanziata con fondi del Centro di ricerca di Diritto Svizzero dell'Università degli Studi dell'Insubria.

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2022 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli

ISBN 979-12-5976-259-7

INDICE

<i>Presentazione</i>	VII
Maria Paola Viviani Schlein, <i>Federalismo, regionalismo e pandemia: elementi di comparazione tra Svizzera e Italia</i>	1
Vincent Martenet, <i>Il Covid-19 e il federalismo svizzero</i>	7
Alessandro Morelli, <i>Il Covid-19 nei rapporti tra Stato e Regioni: conflitti, leale cooperazione o fine del regionalismo italiano?</i>	21
Lino Panzeri, <i>Crisi pandemica e sospensione cautelare delle leggi nel giudizio in via d'azione</i>	37
Filippo Gianoni, <i>La c.d. lex Ticino e i suoi rapporti con la legislazione federale: una “finestra di crisi” federalista o centralista?</i>	57
Giovanni Boggero, Alice Stevanato, <i>Il piano strategico vaccinale anti Sars-Cov-2 nella collaborazione istituzionale tra Stato e Regioni</i>	69
Micol Ferrario, <i>Sul ruolo del giudice ai tempi del coronavirus: note a margine del caso svizzero</i>	91
Angelica Gerosa, <i>Un caso di studio tra Stato e Regioni: il diritto all'istruzione nella pandemia dinanzi al giudice amministrativo</i>	107
Giorgio Grasso, <i>Osservazioni di sintesi</i>	123
<i>Notizie degli Autori</i>	129

IL COVID-19 E IL FEDERALISMO SVIZZERO*

Vincent Martenet

SOMMARIO: 1. Brevi rilievi introduttivi. – 2. La ripartizione delle competenze tra Confederazione e Cantoni nella lotta contro le malattie trasmissibili. – 2.1. In generale. – 2.2. Nella situazione normale. – 2.3. Nella situazione particolare. – 2.4. Nella situazione straordinaria. – 3. Le competenze residuali dei Cantoni. – 4. Il regime successivo alla prima fase emergenziale: un ritorno alla pseudo-normalità del federalismo? – 5. Un esempio di conflitto tra competenza federale e competenza cantonale dinanzi al Tribunale federale. – 6. Prima di concludere (oltre i problemi del federalismo): ordinanze del Consiglio federale e diritti fondamentali. – 7. Per concludere: verso qualche aggiustamento, ma nessuno sconvolgimento costituzionale.

1. *Brevi rilievi introduttivi*

In questo contributo saranno esposte alcune riflessioni in merito ad una questione fondamentale per il federalismo elvetico, quella dell’impatto del Covid-19 sulla ripartizione delle competenze tra la Confederazione e i Cantoni.

Partendo dalle previsioni della Costituzione federale e dal modello disegnato dalla Legge federale sulla lotta contro le malattie trasmissibili dell’essere umano (Legge sulle epidemie, LEp) del 28 settembre 2012¹, presenterò sinteticamente le rispettive competenze per poi riflettere sulla competenza residuale dei Cantoni e, infine, fornire qualche indicazione sull’attuale regime di gestione della pandemia.

* Traduzione dal francese di Federica De Rossa, Micol Ferrario e Giorgio Grasso. L’autore desidera ringraziare sentitamente i suoi colleghi Federica De Rossa e Giorgio Grasso, nonché le dottoresse Micol Ferrario e Stéphanie Tumini, per la loro preziosa assistenza nella preparazione di questo testo, basato su una conferenza tenuta in lingua francese.

¹ Legge federale del 28 settembre 2012 sulla lotta contro le malattie trasmissibili dell’essere umano (Legge sulle epidemie, LEp), RS 818.101.

2. *La ripartizione delle competenze tra Confederazione e Cantoni nella lotta contro le malattie trasmissibili*

2.1. *In generale*

L'art. 118, capoverso 2, lettera b), della Costituzione federale (d'ora innanzi, Cost. fed.) accorda alla Confederazione una competenza in materia di «lotta contro le malattie trasmissibili, fortemente diffuse o maligne dell'uomo e degli animali». Molto spesso, però, come avviene del resto in seno all'Unione europea, in Svizzera le competenze federali sono competenze concorrenti, che comportano quindi che il diritto cantonale ceda il passo a quello federale solo se e nella misura in cui la Confederazione abbia legiferato. In materia, la Confederazione, nel 2012, ha adottato la citata Legge sulle epidemie, che tra i suoi obiettivi aveva proprio quello di chiarire la ripartizione delle competenze tra Cantoni e Confederazione.

La LEp prevede un modello a tre livelli: a) nella situazione normale, la competenza rimane largamente ai Cantoni; b) nella situazione particolare (art. 6 LEp) il Consiglio federale assume la competenza di disporre i provvedimenti previsti dalla legge; c) nella situazione straordinaria (art. 7 LEp), che costituisce lo scenario più grave, la competenza del Consiglio federale diviene molto ampia e comprende la facoltà di disporre tutte le misure necessarie. Le competenze federali, quindi, aumentano e si rafforzano via via che la situazione peggiora: più essa si aggrava, più si centralizzano le competenze. Nei tre diversi livelli, l'esecuzione delle misure e l'assunzione dei costi rimangono in linea di principio nelle mani dei Cantoni (art. 75 LEp).

Prima di presentare le peculiarità di ciascuna situazione è opportuno ricordare, quale elemento cruciale, che il federalismo svizzero è basato sulla collaborazione² che, come in Germania, si sviluppa secondo una logica cooperativa, e alla quale viene fatto ricorso non solo in via generale, ma anche nel contesto specifico della LEp. Si tratta di una collaborazione sia verticale, tra la Confederazione e i Cantoni, sia orizzontale, tra i diversi Cantoni: quest'ultima forma – il federalismo orizzontale – è del resto molto sviluppata in Svizzera, forse ancora più che nell'esperienza tedesca. Tale dimensione orizzontale implica l'approvazione di convenzioni e di trattati intercantionali, nonché altre forme di collaborazione in numerosi ambiti. Possiamo dire che tutta la forza (e talora anche i limiti) di questa collaborazione orizzontale si sono manifestati nella loro evidenza sin dall'inizio della pandemia³.

² Sulla nozione di federalismo cooperativo si veda, ad esempio, E. JEANNERAT, *L'organisation régionale conventionnelle*, 49 ss.

³ Su questo argomento, si veda specialmente D. BUSER, *Föderalistischer Flickenteppich?*, 546-557 e ivi numerosi riferimenti bibliografici.

2.2. *Nella situazione normale*

Nella situazione normale, innanzitutto, i Cantoni sono competenti ad ordinare le misure previste dalla legge nei confronti delle singole persone o della popolazione (rispettivamente ai sensi dell'art. 31, capoverso 1, e dell'art. 40, capoverso 1, LEp).

Questa situazione era quella in vigore quando si è venuti a conoscenza del Covid-19 per la prima volta, ossia il 25 febbraio 2020 nel Canton Ticino: il giorno successivo, il Cantone, mentre la Confederazione non si era ancora mossa, ha adottato specifiche misure che vietavano le manifestazioni del Carnevale e lo svolgimento di partite di hockey su ghiaccio in presenza del pubblico.

La prima fase di risposta alla pandemia è stata quindi cantonale, ed ha mostrato una grande eterogeneità di interventi tra i diversi Cantoni: il Canton Ticino, essendo stato il primo a essere colpito dal virus (anche per ragioni geografiche) aveva subito adottato delle misure di restrizione, mentre altri Cantoni hanno impiegato più tempo per reagire con interventi appropriati.

2.3. *Nella situazione particolare*

Nella situazione particolare, disciplinata dall'art. 6 LEp, il Consiglio federale è competente ad ordinare le misure stabilite dalla legge nei confronti delle persone o della popolazione, dopo aver consultato i Cantoni (ai sensi dell'art. 31, capoverso 1 e dell'art. 40, capoverso 1, LEp), che conservano quindi una dimensione rilevante di confronto, di collaborazione e di consultazione con il Consiglio federale. Il citato art. 6 della LEp prevede due ipotesi in cui si configura una situazione particolare.

La prima ipotesi è quella in cui gli organi esecutivi cantonali ordinari non sono in grado di prevenire e di combattere la comparsa e la propagazione di una malattia trasmissibile (art. 6, capoverso 1, lettera a), LEp), così che si applica il principio di sussidiarietà che porta il Consiglio federale a dovere intervenire per adottare le misure opportune. Al riguardo bisogna ricordare che il principio di sussidiarietà è uno dei pilastri su cui si basa il federalismo svizzero e qui, in una situazione sanitaria particolare, dove si intende comunque garantire una dimensione decentralizzata, trova un'applicazione specifica.

La seconda ipotesi si configura invece nei casi in cui l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha accertato l'esistenza di un'urgenza sanitaria di portata internazionale, capace di minacciare la salute della popolazione in Svizzera (art. 6, capoverso 1, lettera b), LEp). Ciò implica che il Consiglio federale possa assumere delle misure, generalmente minime, per garantire una risposta uniforme, permettendo però ai Cantoni di andare più lontano, adottando misure più severe, più rigorose, come è avvenuto nel già citato Canton Ticino⁴.

⁴ Sulla cui esperienza si veda anche l'articolo di F. GIANONI, in questo Volume.

In relazione al diffondersi della pandemia, in Svizzera la situazione particolare è stata deliberata il 28 febbraio 2020, con l'adozione della (prima) Ordinanza Covid-19 (l'Ordinanza sui provvedimenti per combattere il coronavirus (Covid-19))⁵, che vietava, in particolare, le manifestazioni con la partecipazione di più di 1000 persone. Parecchi Cantoni hanno fissato disposizioni più restrittive di quelle adottate a livello federale, che prevedevano in particolare il divieto delle manifestazioni con più di 150 persone nel Canton Ticino e con più di 100 persone nel Cantone Ginevra, l'assoggettamento ad autorizzazione per le manifestazioni con più di 150 persone nel Cantone San Gallo e la chiusura dei luoghi di svago, come i cinema, i teatri, i musei, le palestre, le piscine e le discoteche ancora nel Canton Ticino. In questa fase iniziale esisteva quindi una importante disomogeneità nel seguito dato dai Cantoni alle misure minime stabilite a livello federale.

Il 13 marzo 2020 il Consiglio federale ha quindi adottato una seconda Ordinanza Covid-19⁶ con un campo di applicazione più esteso e la previsione di misure più rigorose, quali la chiusura delle scuole dell'obbligo, delle scuole di livello secondario e terziario, nonché degli altri centri di formazione (art. 5) e il divieto di manifestazioni pubbliche o private con più di 100 persone (art. 6). Questa seconda Ordinanza è stata tuttavia oggetto di numerose critiche per il suo notevole impatto sul federalismo, a fronte nondimeno di una minaccia che non si preoccupava certamente di rispettare le frontiere cantonali.

È successo così che una parte importante di Cantoni, resasi conto dei limiti del federalismo in una situazione così grave, ha chiesto al Consiglio federale di assumere misure più severe e più centralizzatrici; si tratta di un punto che è stato, talora, sottovalutato, ma che in realtà ha giocato un ruolo decisivo nell'accettazione del sistema e nel passaggio al successivo grado di gravità previsto dalla LEp, ovvero la situazione straordinaria: sono stati, infatti, i Cantoni a spingere il Consiglio federale ad agire in tal senso.

2.4. *Nella situazione straordinaria*

La situazione straordinaria è disciplinata dall'art. 7 LEp e si riferisce al peggior scenario possibile generato dalla diffusione di una malattia trasmissibile.

In questo contesto, il Consiglio federale può ordinare tutti i provvedimenti necessari per l'intero Paese o per talune parti di esso, senza limitarsi alle possibilità offerte dalla legge. I suoi poteri sono molto estesi ed evidentemente esso è chiamato ad adottare misure che in un tempo ordinario, di normalità, sarebbero pacificamente

⁵ Ordinanza del 28 febbraio 2020 sui provvedimenti per combattere il coronavirus (COVID 19), RS 818.101.24.

⁶ Ordinanza 2 del 13 marzo 2020 sui provvedimenti per combattere il coronavirus (COVID 19) (Ordinanza 2 COVID 19), RS 818.101.24.

di competenza cantonale. In una simile situazione, quindi, la ripartizione delle competenze tra la Confederazione e i Cantoni normalmente prevista dalla Costituzione federale è adattata a vantaggio della prima, con – per di più – un rafforzamento delle competenze federali in mano al Consiglio federale⁷.

La situazione straordinaria è stata doppiamente problematica nel contesto costituzionale svizzero: dal punto di vista democratico e sotto il profilo del federalismo.

Rispetto al principio democratico, innanzitutto, perché è stato il potere esecutivo ad adottare tutte le misure necessarie, mentre il Parlamento è rimasto ai margini, ciò che ha quindi escluso la possibilità di espletare un controllo popolare⁸. Al riguardo, va brevemente ricordato che in questa fase le modalità di funzionamento del Parlamento non erano state adattate ad una situazione straordinaria: per circa due mesi, in effetti, l'Assemblea federale non si è potuta riunire per l'assenza di una qualsivoglia base legale che prendesse in considerazione l'esercizio della democrazia anche in situazioni straordinarie, segnatamente legittimando le sedute a distanza. Va detto quindi che, in quella prima fase così difficile, tale aspetto democratico-parlamentare, sia rispetto ai poteri dell'Assemblea federale, sia rispetto a quelli dei Parlamenti cantionali, è stato trascurato e solo successivamente corretto.

D'altra parte, riguardo al tema del federalismo e della ripartizione delle competenze tra la Confederazione e i Cantoni, la situazione straordinaria ha comportato una centralizzazione significativa delle competenze in seno alla Confederazione⁹, ed in particolare nelle mani appunto del Consiglio federale, il quale ha adottato una serie di ordinanze avvalendosi di un ampio margine di manovra, senza dover sottostare all'obbligo di consultare i Cantoni. Questi ultimi hanno tuttavia conservato la loro competenza perlomeno nei settori non disciplinati dal Consiglio federale.

Va sottolineato d'altra parte che i provvedimenti adottati nella fase della situazione straordinaria non trovano il loro fondamento solo nell'art. 7 LEp, ma anche, prima di tutto, nell'art. 185, capoverso 3 Cost. fed., che riconosce al Consiglio federale il potere di emanare delle ordinanze d'urgenza. Ciò che è interessante notare è che questa disposizione costituzionale si riferisce in realtà a «ordinanze e decisioni [adottate] per far fronte a gravi turbamenti, esistenti o imminenti, dell'ordine pubblico o della sicurezza interna o esterna». Tuttavia, tale disposizione è stata interpretata estensivamente dal Consiglio federale per riferirsi anche a questioni di salute pubblica come quelle determinate dalla pandemia. Questa esegesi ha provocato alcune inevitabili critiche da parte della dottrina¹⁰, che ha rilevato che l'art. 185, capoverso 3 Cost. fed., è stato pensato per affrontare questioni di sicurezza pubblica, non di sanità pubblica. Ad ogni modo, grazie ad un'interpretazione ampia della norma in

⁷ F. BERNARD, *Lutte contre le nouveau coronavirus*, 130.

⁸ Poiché non sottoponibili nemmeno a *referendum* facoltativo ex art. 141 Cost. fed.

⁹ Sul federalismo svizzero, nei primi mesi della crisi da Covid-19, si vedano, tra gli altri, F. BERNARD, *La répartition des compétences*; E.M. BELSER, A. STÖCKLI, B. WALDMANN, *Der schweizerische Föderalismus*.

¹⁰ Si vedano in particolare G. BIAGGINI, «*Notrecht*», 257-267; A. KLEY, *Ausserordentliche Situationen*, 275-276.

esame, il Consiglio federale ha adottato ogni sorta di disposizione a tutela della salute pubblica, ivi comprese misure che non erano direttamente finalizzate alla lotta contro la propagazione del virus, bensì ad attenuarne le conseguenze economiche e sociali, come, ad esempio, gli aiuti finanziari accordati alle imprese. Un simile intervento si giustificava senza dubbio in ragione delle gravi circostanze in cui il Consiglio federale si è trovato ad operare, ma va riconosciuto che con queste ordinanze è stata valicata la logica della sicurezza pubblica prescritta esplicitamente dall'art. 185, capoverso 3 Cost. fed., ed è stato adottato un approccio ben più ampio che ha finito per incidere sull'ambito delle competenze cantonali, pur nel rispetto del principio costituzionale di sussidiarietà (art. 5a Cost. fed.).

La situazione straordinaria è stata ufficialmente dichiarata il 16 marzo 2020 dal Consiglio federale, modificando la seconda Ordinanza Covid-19 e approvando misure molto più incisive, che hanno – come rilevato – investito in principio la sfera di competenza dei Cantoni: si pensi al divieto di tutte le manifestazioni pubbliche o private o, ancora, alla chiusura dei luoghi aperti al pubblico e delle attività commerciali. A favore dei Cantoni, l'Ordinanza prevedeva delle riserve espresse, salvo disposizione contraria del diritto federale, e delle deroghe in caso di rischio e pericolo specifico (si vedano rispettivamente l'art. 1a e l'art. 7e della seconda Ordinanza Covid-19), con qualche possibile adattamento da parte cantonale. Resta il fatto che, globalmente, le misure in vigore erano di natura federale.

3. *Le competenze residuali dei Cantoni*

Le competenze residuali dei Cantoni si fondano, come già rilevato, sul citato sistema delle competenze concorrenti che caratterizza anche la LEp; ne consegue che, se il Consiglio federale ha emanato una determinata regolamentazione, i Cantoni non possono adottare disposizioni contrarie, mentre in mancanza di una disciplina da parte del Consiglio federale resta loro un margine di intervento.

Nella gestione della fase iniziale della pandemia sono state abbastanza numerose le circostanze nelle quali sussisteva un'incertezza riguardo al fatto che la regolamentazione di un determinato ambito da parte Consiglio federale costituisca una forma di intervento minimo che lasciava quindi ancora spazio a misure complementari da parte dei Cantoni, oppure che fosse una regolamentazione completa e di conseguenza in grado di escludere integralmente qualsivoglia ulteriore competenza cantonale¹¹.

D'altra parte, vi sono state situazioni che il Consiglio federale non ha disciplinato e in questi casi non è sempre stato chiaro se tale vuoto normativo andasse interpretato come un'attuazione del principio di sussidiarietà, che lasciava quindi

¹¹ Su questo tema, si veda anche R. TRÜMLER, F. UHLMANN, *Problemstellungen und Lehren aus der Corona-Krise*, 586-588.

ancora ai Cantoni la scelta di adottare eventuali ulteriori provvedimenti adeguati alle circostanze locali (si pensi alla differente regolamentazione delle visite all'interno delle case di riposo), oppure come un "silenzio qualificato", da ricondurre quindi ad una scelta deliberata del Consiglio federale di non adottare determinate misure (per esempio riguardo al divieto generale di uscire di casa), con ciò impedendosi però anche l'esercizio di una qualsiasi competenza cantonale nel medesimo contesto.

Se vi è una lezione che è possibile trarre dall'emergenza del Covid-19, nell'ottica di una maggiore attenzione alla componente federalista della Svizzera per eventuali future situazioni straordinarie, è la necessità che il Consiglio federale sia maggiormente preciso e chiaro nel distinguere tra una regolamentazione minima e una regolamentazione completa ed esauriente e, d'altro canto, che specifichi meglio quale sia il margine residuale di competenza cantonale o se un determinato vuoto normativo sia da intendere come "silenzio qualificato".

Concretamente, è interessante analizzare cosa sia accaduto nella fase della situazione straordinaria.

Intanto, sono state adottate misure cantonali giudicate poi incompatibili con le regole fissate dal Consiglio federale. Si possono ricordare, tra le altre, la chiusura degli hotel nel Cantone Vallese; il confinamento stretto delle persone di età superiore ai 65 anni nel Cantone Uri; la chiusura di tutti i cantieri edili nei Cantoni Ginevra e Ticino¹². Nell'incertezza se le regole federali fossero minime o complete, tali divergenze sorte negli ordinamenti cantonali hanno determinato la nascita di un contenzioso giurisdizionale, che per finire non è comunque risultato particolarmente rilevante.

Inoltre, gli avvenimenti hanno dimostrato che, ad ogni modo, il "silenzio" di una disposizione non rappresenta uno strumento adeguato all'attuazione di politiche pubbliche. La difficoltà riscontrata nell'interpretazione corretta delle ordinanze del Consiglio federale ha nuociuto considerevolmente ai principi di certezza e di prevedibilità del diritto, e questo per il fatto di non sapere se le disposizioni cantonali che non erano decadute a seguito dell'adozione di una regolamentazione federale e che peraltro incidevano notevolmente su aspetti importanti della vita delle persone e del sistema economico – come il citato esempio della chiusura dei cantieri di costruzione di strade o di immobili, rispetto al quale per diverse settimane regnava una grande incertezza – fossero valide o meno. Questo è senz'altro un ulteriore insegnamento da trarre dalla crisi della pandemia.

Nel dibattito politico in corso, si sono prospettate due soluzioni per eliminare, nelle evenienze future, ogni possibile incertezza: che il Consiglio federale indichi esplicitamente quali competenze residuali restano ai Cantoni in una situazione straordinaria, oppure che in queste circostanze la Confederazione benefici di una competenza esclusiva. Ancorché meno auspicabile alla luce della concezione svizzera del federalismo e difficilmente accettabile dai Cantoni, questa seconda opzione

¹² Sulla cui vicenda si veda ancora F. GIANONI, in questo Volume.

garantirebbe un intervento rapido e un'assoluta unità d'azione nel nome della solidarietà confederale, e ciò anche dal punto di vista di una efficace ed univoca comunicazione ai cittadini, alle imprese, ai media, impedendo quindi quel "turismo intercantonale" a cui si è assistito durante una certa fase della pandemia e che è stato del tutto controproducente dal punto di vista del controllo di quest'ultima.

Resta il fatto che il principio di chiarezza e certezza da parte del Consiglio federale di cui si è parlato sinora rappresenta la soluzione ottimale nell'ottica della tradizione del federalismo elvetico.

4. *Il regime successivo alla prima fase emergenziale: un ritorno alla pseudo-normalità del federalismo?*

Dal 27 maggio 2020, dopo poco più di due mesi di situazione straordinaria, è tornato in vigore il regime di situazione particolare. Sono rimaste in vigore le misure contemplate nell'Ordinanza sui provvedimenti per combattere l'epidemia di Covid-19 nella situazione particolare (Ordinanza Covid-19 situazione particolare) del 19 giugno 2020¹³, poi l'ordinanza con lo stesso nome del 23 giugno 2021¹⁴, entrambe fondate sull'art. 6 LEp e in cui (con la stessa numerazione, all'art. 2) vengono ristabilite le competenze cantonali «per quanto la presente ordinanza non disponga altrimenti».

Con l'Ordinanza 3 sui provvedimenti per combattere il coronavirus (Covid-19) (Ordinanza 3 Covid-19), sempre del 19 giugno 2020¹⁵, sono poi state adottate anche misure non direttamente legate alla lotta contro l'epidemia. Tale Ordinanza, fondata originariamente sull'art. 185, capoverso 3 Cost. fed. più volte richiamato, e poi ricollegata alla Legge Covid-19 varata successivamente dall'Assemblea federale (Legge federale del 25 settembre 2020 sulle basi legali delle ordinanze del Consiglio federale volte a far fronte all'epidemia di Covid-19)¹⁶, ribadisce la riserva espressa in favore delle competenze dei Cantoni, salvo disposizione contraria del diritto federale.

I Cantoni, quindi, in questa fase successiva, hanno riconquistato gran parte delle loro competenze, perché il diritto federale ha lasciato loro un ampio margine di manovra. D'altro canto, la Legge Covid-19 appena menzionata ha determinato il recupero di un significativo ruolo del Parlamento federale, dopo sei mesi in cui era stato il Consiglio federale ad esercitare il potere attraverso l'adozione di plurime ordinanze. Nel suo contenuto, questa legge ha sostanzialmente confermato tutte le misure che

¹³ Ordinanza del 19 giugno 2020 sui provvedimenti per combattere l'epidemia di COVID-19 nella situazione particolare (Ordinanza COVID-19 situazione particolare), RS 818.101.26.

¹⁴ Ordinanza del 23 giugno 2021 sui provvedimenti per combattere l'epidemia di COVID-19 nella situazione particolare (Ordinanza COVID-19 situazione particolare), RS 818.101.26.

¹⁵ Ordinanza 3 del 19 giugno 2020 sui provvedimenti per combattere il coronavirus (COVID-19) (Ordinanza 3 COVID-19), RS 818.101.24.

¹⁶ Legge federale del 25 settembre 2020 sulle basi legali delle ordinanze del Consiglio federale volte a far fronte all'epidemia di COVID-19 (Legge COVID-19), RS 818.102.

il Consiglio federale aveva approvato durante la situazione particolare, senza alcuna rottura, ancorando però finalmente quella disciplina anche ad una base legale formale specifica, frutto di un ricco dibattito parlamentare, che ha apportato anche qualche modifica e adattamento.

Più nel dettaglio, per quanto rileva il tema di questo intervento, va sottolineato che, durante la procedura di consultazione che precede ordinariamente l'approvazione di una legge federale, i Cantoni hanno chiesto di essere maggiormente integrati nei settori regolati dal progetto di Legge Covid-19. Queste istanze sono state recepite dal Consiglio federale, tanto che nel testo della legge è indicato espressamente che il Consiglio federale fa uso delle proprie competenze «soltanto nella misura necessaria per far fronte all'epidemia di Covid-19» (art. 1, capoverso 2, Legge Covid-19), basandosi «sui principi di sussidiarietà, efficacia e proporzionalità» (art. 1, capoverso 2bis, Legge Covid-19) e coinvolgendo i Cantoni «nell'elaborazione dei provvedimenti che toccano le loro competenze» (art. 1, capoverso 3, della medesima legge).

La legge Covid-19 è stata oggetto di un *referendum* ed il 13 giugno 2021 è stata accettata in votazione popolare con una maggioranza del 60,2% (ed una partecipazione al voto del 59,66%). D'altra parte, poiché, dopo che il *referendum* era già stato lanciato, la legge Covid-19 era stata emendata a più riprese per rispondere alla rapida evoluzione della crisi, contro la successiva modifica del 19 marzo 2021 è stato lanciato un ulteriore *referendum*, sul quale il popolo svizzero è stato chiamato ad esprimersi il 28 novembre 2021: in tale occasione, il 62% dei votanti (a fronte di una partecipazione del 65,7%) ha approvato le modifiche apportate alla Legge Covid-19 (tra cui, ad esempio, l'introduzione di una base legale per il “certificato Covid”).

La normativa federale in vigore all'inizio di gennaio 2022 è stata ancora quella della situazione particolare¹⁷, permanendo quindi la centralizzazione di una serie di competenze che ordinariamente sarebbero di pertinenza cantonale, per esempio in tema di accesso a bar e ristoranti all'aperto (le c.d. “terrazze”), alle installazioni sportive, a luoghi di divertimento e di cultura, a competizioni sportive o ad altri eventi esterni. In questi frangenti, una consultazione più ampia dei Cantoni è stata comunque garantita in maniera sistematica. Per il resto, i Cantoni hanno mantenuto in particolare la competenza ad adottare misure supplementari. Per esempio, quando la Confederazione ha reso obbligatoria la mascherina nelle scuole del livello secondario (segnatamente, nella scuola di maturità e nella formazione professionale di base) e nelle scuole del livello terziario (università, scuole universitarie professionali e scuole specializzate superiori), i Cantoni sono generalmente andati oltre, ed alcuni tra loro hanno imposto la mascherina a scuola già a partire dall'età di 5 anni.

Dal 17 febbraio 2022, il Consiglio federale ha revocato quasi tutti i provvedimenti nazionali contro la pandemia, restando ancora in vigore fino al 31 marzo 2022 soltanto l'isolamento delle persone risultate positive al test e l'obbligo di mascherina

¹⁷ L'ordinanza federale del 23 giugno 2021 sui provvedimenti per combattere l'epidemia di COVID-19 nella situazione particolare (RS 818.101.26) non è più in vigore.

sui trasporti pubblici e nelle strutture sanitarie. Dopodiché si tornerà alla situazione normale.

5. *Un esempio di conflitto tra competenza federale e cantonale dinanzi al Tribunale federale*

All'interno del contenzioso insorto tra Confederazione e Cantoni in ordine alla ripartizione delle competenze che si è determinata per fronteggiare il Covid-19, può essere utile ricordare, molto brevemente, una vicenda esemplare che ha portato a un ricorso dinanzi al Tribunale federale.

L'art. 6d, capoverso 3, dell'Ordinanza Covid-19 situazione particolare del 19 giugno 2020 stabilisce l'obbligo di portare la mascherina facciale «per le attività in presenza al di fuori della scuola dell'obbligo». Tuttavia, il Cantone Berna è andato oltre, estendendo questo obbligo già a partire dal quinto anno della scuola primaria (*ex art. 10 dell'Ordinanza bernese sulle misure di lotta contro l'epidemia di Covid-19*). Un privato ha promosso un ricorso dinanzi al Tribunale federale, sostenendo che la materia è regolata in modo esaustivo dal diritto federale, nella citata ordinanza, e che non sussiste alcuna competenza cantonale residuale. Di recente, l'Alta Corte si è pronunciata sulla questione, rilevando in particolare che l'art. 40 LEp costituisce una base legale sufficiente per permettere ai cantoni di estendere l'obbligo di indossare la mascherina a scuola e respingendo così il ricorso¹⁸. In questo modo, ritorna quindi in grande rilievo il tema del federalismo e della necessità di una migliore chiarezza da parte del Consiglio federale: ancora una volta vi è una disposizione federale che potrebbe essere minima o esaustiva, e la cui interpretazione comporta ben diverse conseguenze sulla possibilità per il diritto cantonale di intervenire.

6. *Prima di concludere (oltre i problemi del federalismo): ordinanze del Consiglio federale e diritti fondamentali*

A completare la riflessione svolta sui rapporti tra federalismo e pandemia nell'esperienza costituzionale svizzera, e avendo rapidamente dato conto anche dei problemi che il Covid-19 ha posto alla democrazia (ed in particolare al ruolo dell'Assemblea federale), resta da elaborare qualche breve considerazione sull'impatto delle misure adottate nella situazione particolare e nella situazione straordinaria sul sistema dei diritti fondamentali¹⁹. Occorre innanzitutto notare che l'art. 185, capoverso 3 Cost. fed. non permette al Consiglio federale di violare i diritti fondamentali²⁰.

¹⁸ Sentenza del TF del 23 novembre 2021 2C_183/2021 consid. 3.4 (pubblicazione prevista); 2C_228/2021. Per altri casi in cui il Tribunale federale si è pronunciato in merito a restrizioni introdotte dai Cantoni si vedano, fra le altre: DTF 147 I 478, DTF 147 I 450 e DTF 147 I 393.

¹⁹ Per ulteriori indicazioni di giurisprudenza si veda l'articolo di M. FERRARIO, in questo Volume.

²⁰ Si veda in particolare F. BERNARD, *Les pouvoirs extraordinaires*, 149-150 ed i riferimenti.

Solo per cenni, va ricordata in particolare la DTF 147 I 333 relativa all'Ordinanza del 20 marzo 2020 per attenuare l'impatto economico del coronavirus (Covid-19) nel settore della cultura (Ordinanza Covid cultura)²¹, oggi peraltro non più in vigore. Tale ordinanza, riguardante in particolare gli indennizzi nell'ambito della cultura, escludeva la possibilità di qualsiasi impugnazione dinanzi ad un'autorità giurisdizionale delle decisioni prese dalla Confederazione in adempimento della medesima ordinanza (art. 11, capoverso 3, Ordinanza Covid cultura).

Trattandosi in concreto di un'ordinanza indipendente²², adottata sulla base del citato art. 185, capoverso 3 Cost. fed., l'Alta Corte ha statuito che essa, diversamente da una legge federale che, ai sensi dell'art. 190 Cost. fed., è determinante per il Tribunale federale, non è esclusa dal controllo di costituzionalità ed ha così rilevato la contrarietà della disposizione che impedisce di esercitare il diritto d'azione giurisdizionale rispetto all'art. 29a Cost. fed., che garantisce invece l'accesso alla via giudiziaria²³. La disposizione dell'Ordinanza è stata quindi considerata incompatibile con tale diritto fondamentale, perché la volontà di assicurare un'azione rapida dello Stato non poteva giustificare la soppressione di ogni accesso al giudice.

Tale controllo giurisdizionale del Tribunale federale, seppure circoscritto (anche in ragione delle peculiarità del sistema elvetico di giustizia costituzionale), potrà forse rappresentare uno strumento suscettibile di limitare, soprattutto a tutela dei diritti fondamentali ma anche del federalismo, il potere molto forte che rimane al Consiglio federale. Tuttavia, è bene ricordare che la legge Covid-19 è protetta dall'articolo 190 Cost. fed. e che le ordinanze di esecuzione, fondate sulla legge Covid-19, beneficiano in principio dell'effetto indiretto di tale disposto costituzionale, a meno che non contengano elementi autonomi di incostituzionalità²⁴. I Cantoni non dovrebbero quindi attendersi una particolare protezione da parte del Tribunale federale, il quale è vincolato al rispetto delle leggi federali, e che per di più tenderà ad imporsi un grande *riserbo* sulle questioni sanitarie legate alla pandemia, almeno su quelle che implicano una valutazione politica o sanitaria della situazione²⁵. Il Tribunale federale potrebbe tuttavia influenzare l'interpretazione della legge federale, in particolare imponendo una preferenza per una sua interpretazione conforme ai diritti fondamentali.

²¹ Ordinanza del 20 marzo 2020 per attenuare l'impatto economico del coronavirus (COVID-19) nel settore della cultura (Ordinanza COVID cultura), RS 442.15.

²² Vedi M. HOTTELIER, *Démocratie, État de droit et droits fondamentaux*, 7.

²³ La disposizione recita: "Nelle controversie giuridiche ognuno ha diritto al giudizio da parte di un'autorità giudiziaria. In casi eccezionali, la Confederazione e in Cantoni possono escludere per legge la via giudiziaria".

²⁴ Si veda in particolare V. MARTENET, *Art. 190*, 3454-3456.

²⁵ Si veda in particolare sentenza del TF 2C_308/2021 del 3 settembre 2021 consid. 5.4 e 6.6.2 (pubblicazione prevista); DTF 147 I 478 consid. 3.7.2.

7. *Per concludere: verso qualche aggiustamento, ma nessuno sconvolgimento costituzionale*

La pandemia è stata, in un certo senso, scandita da tre fasi principali, le ultime due delle quali si sovrappongono: la prima, in cui protagonista è stato il Consiglio federale, che ha anche agito da solo, perlomeno a livello federale; la seconda, in cui è intervenuta anche l'Assemblea federale, senza tuttavia escludere i governi federale e cantonali, che sono rimasti comunque gli organi più coinvolti; ed infine la terza, in cui il potere giudiziario rappresentato dal Tribunale federale ha incominciato (nei limiti dei poteri riconosciutigli)²⁶ ad espletare il suo controllo.

La pandemia del Covid-19, quindi, sollecita anche i costituzionalisti svizzeri ad affrontare le nuove questioni che sono sorte in merito ai grandi pilastri del costituzionalismo elvetico: il federalismo, la democrazia e i diritti fondamentali. In definitiva, sembra poco plausibile che la pandemia porti a cambiamenti sostanziali e duraturi del sistema costituzionale svizzero. Una revisione della Costituzione federale per trasferire nuove competenze alla Confederazione o per rivedere l'art. 185, capoverso 3 Cost. fed. sarebbe astrattamente concepibile, ma di fatto poco probabile. Inoltre, ci si può chiedere se sia davvero auspicabile rendere più rigido il diritto costituzionale²⁷, quando ogni grave crisi dà luogo a situazioni imprevedibili.

Vi è da prevedere che il dibattito futuro verterà soprattutto su alcune leggi federali, in particolare sulla legge sulle epidemie. A questo proposito, è possibile, anzi probabile, che la legge federale sulle epidemie sia rivista, dopo aver preso la necessaria distanza dagli avvenimenti presenti, per tenere conto in maniera oggettiva delle lezioni della crisi. Si tratterà piuttosto di aggiustamenti che di sconvolgimenti. Tuttavia, è pensabile che un nuovo organismo di gestione delle crisi venga creato²⁸. Esso sarebbe composto da rappresentanti del Consiglio federale o dell'amministrazione federale, da un lato, e da rappresentanti dei Cantoni, dall'altro, e fornirebbe una migliore visione d'insieme, contribuendo a migliorare il coordinamento tra i livelli e forse a rendere più accettabili le decisioni finali prese dalla Confederazione o dai Cantoni. In ogni caso, se si trattasse principalmente di un organo di gestione e di coordinamento, senza poteri decisionali significativi, non sembrerebbe necessaria una revisione della Costituzione federale per crearlo.

Elenco delle opere citate in forma abbreviata

G. BIAGGINI, «Notrecht» in *Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV*, in *Zentralblatt*, 2020, 239-267.

²⁶ V. MARTENET, *La séparation des pouvoirs*, 1018-1019.

²⁷ Si veda tuttavia L. GONIN, *Art. 185*, 3394-3395.

²⁸ Per una proposta in tal senso, si veda CONFERENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX, *Rapport intermédiaire : COVID-19*, 10 e 25.

E.M. BELSER, A. STÖCKLI, B. WALDMANN, *Der schweizerische Föderalismus funktioniert auch im Krisenmodus*, in *Newsletter IFF*, n. 2, 2020, 1-8.

F. BERNARD, *La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en situation de pandémie*, in *Revue de droit suisse*, n. spécial, 2020, 55-67.

F. BERNARD, *Les pouvoirs extraordinaires du Conseil fédéral dans la lutte contre les épidémies*, in *Zentralblatt*, 2021, 131-152.

D. BUSER, *Föderalistischer Flickenteppich? Die Zusammenarbeit der Kantone in der Corona-Pandemie – unter besonderer Berücksichtigung des Gesundheitsbereichs*, in *Zentralblatt*, 2021, 535-557.

CONFERENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX, *Rapport intermédiaire – COVID-19: gestion de la crise durant la première vague, le point de vue des cantons*, Assemblée plénière du 18 décembre 2020, Conferenza dei governi cantonali, Berna, 2020.

L. GONIN, *Art. 185*, in V. MARTENET, J. DUBEY (Ed.), *Commentaire Romand. Constitution fédérale. Art. 81 Cst. – dispositions finales*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basilea, 2021, 3346-3401.

M. HOTTELIER, *Démocratie, État de droit et droits fondamentaux: face à la pandémie de Covid-19 – La situation en Suisse*, in *Confluence des droits_La revue*, 2020, 1-13.

E. JEANNERAT, *L'organisation régionale conventionnelle à l'aune du droit constitutionnel. Questions choisies de collaboration intercantonale et intercommunale*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basilea, 2018.

A. KLEY, *«Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen» - Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV*, in *Zentralblatt*, 2020, 268-276.

V. MARTENET, *La séparation des pouvoirs*, in O. DIGGELMANN, M. HERTIG RANDALL, B. SCHINDLER (Ed.), *Droit constitutionnel suisse. Volume II*, Schulthess Verlag, Zurigo, 2020, 999-1023.

V. MARTENET, *Art. 190*, in V. MARTENET, J. DUBEY (Ed.), *Commentaire Romand. Constitution fédérale. Art. 81 Cst. – dispositions finales*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basilea, 2021, 3445-3467.

R. TRÜMPLER, F. UHLMANN, *Problemstellungen und Lehren aus der Corona-Krise aus staats- und verwaltungsrechtlicher Sicht*, in HELBING LICHTENHAHN VERLAG (Ed.), *COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basilea, 2020, 567-596.

NOTIZIE DEGLI AUTORI

PAOLO BERTOLI, Professore associato di Diritto internazionale nell'Università degli Studi dell'Insubria.

GIOVANNI BOGGERO, Ricercatore a tempo determinato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Torino.

FEDERICA DE ROSSA, Professoressa straordinaria di Diritto dell'economia nell'Università della Svizzera italiana e giudice supplente del Tribunale federale.

MICOL FERRARIO, Dottoranda in diritto nell'Università di Neuchâtel e assistente alla ricerca e all'insegnamento nell'Università della Svizzera italiana.

ANGELICA GEROSA, Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, internazionale ed europeo nell'Università degli Studi di Milano.

FILIPPO GIANONI, Professore a contratto di Diritto amministrativo svizzero nell'Università degli Studi dell'Insubria, Presidente della Commissione federale di stima dei Cantoni del Ticino e dei Grigioni e Giudice ordinario del Tribunale amministrativo intercantonale dei giochi in denaro.

GIORGIO GRASSO, Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi dell'Insubria.

VINCENT MARTENET, Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Losanna, Preside della Facoltà di Diritto, scienze criminali e amministrazione pubblica e giudice supplente del Tribunale federale.

ALESSANDRO MORELLI, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Messina.

LINO PANZERI, Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi dell'Insubria.

ALICE STEVANATO, Dottoranda di ricerca in Diritti e Istituzioni nell'Università degli Studi di Torino.

MARIA PAOLA VIVIANI SCHLEIN, Già Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi dell'Insubria.

Collana *Sovranità, Federalismo, Diritti*

1. G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, 2012
2. M. Salerno, *Autonomia finanziaria regionale e vincoli europei di bilancio*, 2013
3. F. Grandi, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, 2014
4. R. Perrone, «*Buon costume*» e valori costituzionali condivisi. *Una prospettiva della dignità umana*, 2015
5. H. Triepel, *La Costituzione dello Stato e i partiti politici*, a cura di E. Gianfrancesco e G. Grasso, 2015
6. C. Nardocci, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, 2016
7. M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, 2016
8. G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, 2017
9. F. Pacini, *La ristrutturazione assente. Strumenti e limiti di un riordino complessivo della normativa primaria*, 2017
10. C. Domenicali, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato*, 2018
11. G. Mobilio, *CIPE e Costituzione. Governare attraverso i Comitati interministeriali*, 2018
12. P. Torretta, *Giudicare la storia. Crimini di guerra, immunità giurisdizionale degli Stati, diritti fondamentali*, 2018
13. A. lo Calzo, *L'autodichia degli organi costituzionali. Il difficile percorso dalla sovranità istituzionale alla garanzia della funzione*, 2018
14. A. Fusco, *L'indipendenza dei custodi*, 2019
15. R. Manfrellotti, *Egemonia dei partiti politici e forma di governo*, 2019
16. M. Rospi, *Segretezza del voto e democrazia. Le diverse declinazioni di un rapporto complesso*, 2020
17. I. Del Vecchio, *La massimizzazione dei diritti fondamentali e la struttura dell'argomentazione giuridica nel costituzionalismo pluralista*, 2020
18. M.F. De Tullio, *Uguaglianza sostanziale e nuove dimensioni della partecipazione politica*, 2020
19. F. Angelini, *Profili costituzionali della Procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, 2020
20. D. Casanova, *Eguaglianza del voto e sistemi elettorali. I limiti costituzionali alla discrezionalità legislativa*, 2020
21. Y.M. Citino, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, 2021
22. *L'Europa dei tre disincanti. Liber Amicorum per Giovanni Cocco*, a cura di P. Carnevale, E. Castorina, G. Grasso, R. Manfrellotti, 2021
23. L. Panzeri, *Nazione e cittadinanza nelle Repubbliche baltiche. Profili costituzionali e sovranazionali*, 2021
24. R. Cabazzi, *La tecnocrazia in luogo della politica. Tra crisi economico-finanziaria e pandemia*, 2021
25. C.A. Ciaralli, *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, 2022