

## **Emergenza sanitaria nazionale e potere di ordinanza regionale. Tra problema di riconoscibilità dell'atto di giudizio e differenziazione territoriale delle tutele costituzionali.**

di

Vincenzo Baldini\*

SOMMARIO: 1. Il caso contingente. - 2. Alcune premesse di ordine teoretico-dogmatico - 3. Il quadro di sintesi della disciplina nazionale emergenziale. - 4. Il provvedimento del TAR Campania alla luce della legislazione nazionale emergenziale: un caso di "creazione" di diritto giurisprudenziale o una decisione irragionevole? - 5. Qualche conclusione.

### **1. Il caso contingente.**

Il TAR della Campania in composizione monocratica, con provvedimento provvisorio, ha respinto il ricorso presentato contro un'ordinanza (del 13 marzo scorso) emessa dal Presidente della Regione recante misure di contrasto all'epidemia da Coronavirus tra cui, anche il divieto assoluto di attività motorie all'aperto.

Il Tar adito ha respinto la doglianza ritenendo la ragionevole connessione funzionale delle misure previste nell'ordinanza contestata con il "rischio di contagio, ormai gravissimo sull'intero territorio regionale", considerati "i dati che pervengono all'Unità di crisi istituita con DPGR" (n. 45 del 6.3.2020). tali da provare una sola parziale efficacia delle misure già adottate, comunque non in grado arrestare la crescita del contagio nel territorio regionale. Pertanto, la "prevalenza" da accordare, allo stato, alle "misure approntate per la tutela della salute pubblica" giustificerebbe la legittimità dell'ordinanza in questione.

---

\* Professore ordinario di diritto costituzionale presso l'Università di Cassino e del Lazio meridionale.

## 2. Alcune premesse di ordine teoretico-dogmatico.

Fatta tale necessaria premessa fattuale non sembra inopportuno prendere le mosse, nell'analisi del caso di specie, da alcune premesse di ordine teoretico-dogmatico inerenti, in generale alla consistenza del diritto positivo in quanto *Sollen*, norma giuridica dotata di specifica forza deontica<sup>1</sup>. Il *Sollen* -che è ciò che, in generale, vale a distinguere la norma giuridica stessa da altre regole (moralì, naturali etc.) si riconnette, dunque, al carattere volontario del diritto stesso che si riflette, oggettivandosi, nello schema interpretativo (*Deutungsschema*) recato dalla norma stessa, in grado di legittimare, a propria volta, le diverse declinazioni esegetiche che di essa sono compiute, in particolare dal giudice<sup>2</sup>. Come l'essere (*Sein*), il *Sollen* è una "categoria originaria"<sup>3</sup> che appare (sempre come l'essere) altrettanto poco incline a lasciarsi descrivere. Nondimeno, il primo si distingue per il fatto di non avere bisogno di tradursi nell'essere né, come si è detto, esso deriva dall'essere: "dal fatto che qualcosa è, consegue che quella cosa era o che quella cosa sarà, ma mai che un'altra cosa *deve* essere"<sup>4</sup>.

Si tratta di affermazioni che, oltre ad esprimere l'essenza e i connotati tipici del diritto positivo costituiscono una non meno valida chiave di lettura della Costituzione come Legge fondamentale nonché dei tratti essenziali dello Stato costituzionale di diritto. Con riguardo a quest'ultimo, in particolare, la struttura deontica della norma riflette la corrispondenza funzionale tra la generalità della legge quale atto di decisione<sup>5</sup> (*Kantorowicz*) e la particolarità della sentenza o, ancora, come si dice, tra le cd. norme primarie e secondarie e la di riconoscimento (*rule of recognition*)<sup>6</sup>. La relazione tra legge e sentenza può essere anche declinata

---

<sup>1</sup> H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1911), ora anche in *Hans Kelsen Werke*, Band 2, Tübingen, 2008, part. p. 81 ss.

<sup>2</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Studienausgabe der 1. Auflage 1934), p. 1061 ss., part. p. 1063.

<sup>3</sup> Georg Simmel, *Moralwissenschaft*, citato in H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., p. 86.

<sup>4</sup> H. Kelsen, *ibidem*, p. 87.

<sup>5</sup> S. L. Paulson, *Die spätere Allgemeine Rechtslehre von Hermann Kantorowicz*, in *Juristen Zeitung* (JZ), p. Band 2, Tübingen, 2008, part. p. 81 ss.

<sup>6</sup> H. L. Hart, *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt am Main, 1973, p. 135.

come rapporto tra la norma generale la sua attuazione concreta attraverso le autorità giurisdizionali.

Tale relazione si configura anche come la condizione che permette di distinguere, in generale, le differenti competenze e i diversi poteri pubblici che operano secondo le modalità organizzative del singolo Stato di diritto. Quest'ultimo, pertanto, nella funzionale separazione/distinzione dei poteri e delle attribuzioni riconosce i presupposti della propria esistenza e della capacità di produrre efficacia garantendo, in ultima analisi, la misurabilità degli atti di esercizio del potere.

In quest'ordine di idee, poi, lo Stato costituzionale di diritto si connota per ulteriori profili di garanzia, dalla rigidità della Costituzione, con la previsione di un sindacato di legittimità costituzionale delle leggi, all'osservanza imposta a tutti i poteri pubblici di un catalogo di diritti e libertà fondamentali. Sul piano organizzativo, la garanzia risiede -oltre che nella suddetta ripartizione/separazione di poteri e attribuzioni- nel vincolo di sottoposizione del giudice (soltanto) alla legge (101 Cost.), oltre che nella tutela giurisdizionale contro atti della P.A., per la violazione di diritti e interessi legittimi (art.113 Cost.).

### ***3. Il quadro di sintesi della disciplina nazionale emergenziale.***

Anche alla luce delle essenziali premesse sopra formulate, occorre considerare in particolare entro che misura l'attività esegetica del giudice amministrativo campano può ragionevolmente ricondursi comunque allo schema interpretativo offerto dal complesso della normativa emergenziale nazionale, a partire da quanto sancito dal d.l. del 23 febbraio 2020, n. 6. Quest'ultimo, in particolare, sollecita le "autorità competenti" *ad assumere ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica*" (art. 2) tra quelle previste dallo stesso atto, nonché (art. 2) le "ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma ". In altra disposizione, poi (art. 3, comma 2) si prevede che le misure di cui agli artt. 1 e 2 sono adottate di regola con uno o più dpcm (proposta

del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui *riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni*, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale) seppure, nelle "more dell'adozione di questi atti governativi, "nei casi di estrema necessità ed urgenza" è consentita comunque l'adozione delle medesime misure (da parte delle istituzioni territoriali) in base agli artt. 32, l.n. 833/78, 117 d.lg.vo n.112/98 e 50 T.U. sull'ordinamento degli enti locali, approvato con d.lg.vo n.267/2000.

Contestualmente, è approvato il primo dpcm, di attuazione del d.l. n. 6/2020, seguito dopo poco dal dpcm del 1. marzo, in cui il Governo definisce (artt. 1 e 2) misure differenti e più gravi per la cd. "zona rossa" (costituita da Comuni e Regioni, in cui l'epidemia risulta particolarmente conclamata, rispetto alle misure di contrasto efficaci sulla restante parte del territorio nazionale (artt. 3 e 4). Con lo stesso dpcm viene inoltre sancita la cessazione degli effetti del precedente dpcm, nonché di "ogni ulteriore misura anche di carattere contingibile e urgente, adottata, ai sensi dell'art. 3, comma 2, del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6" (art. 6, c. 2).

Alla data del 2 marzo viene adottato un nuovo decreto legge (n. 9/2020) in cui si precisa, tra l'altro, che in seguito all'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19" non si possono più adottare "-e ove ... adottate, sono inefficaci" ordinanze sindacali contingibili e urgenti mirate a contrastare l'emergenza in atto "in contrasto con le misure statali" (art. 35).

Il dpcm emesso in data 8 marzo e contenente, ancora, norme attuative del d.l. n. 6/2020 citato, ribadisce la distinzione tra la disciplina emergenziale per la "zona rossa" (nel frattempo, estesa ad altri comuni e regioni) e quella, invece, efficace sul resto del territorio statale. In apposita disposizione (art. 5, n. 4), fa espressamente salvo comunque il potere di ordinanza delle Regioni, ex art. 3 c. 2, dello stesso d.l.

n. 6/2020. Diversamente, il successivo dpcm (9 marzo) rende omologhe per tutto il territorio statale le misure di contrasto all'epidemia in passato efficaci nella sola "zona rossa" e testualmente sancisce (art. 2) la cessazione degli effetti, dalla data di efficacia delle disposizioni ivi contenute, di "tutte le misure di cui agli articoli 2 e 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 ove incompatibili con la disposizione dell'art. 1" dello stesso dpcm. Nella congerie dei vari divieti adottati, il dpcm del 9 marzo fa comunque espressamente salva (art. 1, c. 3 ultimo alinea) la pratica dello sport e delle attività motorie svolte all'aperto, in ogni caso nel "rispetto della distanza interpersonale di un metro".

In fine, con il dpcm del 11 marzo, oltre ad un inasprimento delle misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia si determina (art. 2, Disposizioni finali) la perdita di efficacia delle previsioni dei precedenti decreti presidenziali del 8 e del 9 marzo, "ove incompatibili con le disposizioni del presente decreto".

#### ***4. Il provvedimento del TAR Campania alla luce della legislazione nazionale emergenziale: un caso di "creazione" di diritto giurisprudenziale o una decisione irragionevole?***

I giudici del Tar Campania hanno -piuttosto genericamente, rinvenuto nella selva della disciplina legislativa emergenziale, la base legale del potere di ordinanza esercitato dal Presidente della Regione per l'adozione di misure "correlate a situazioni regionalmente localizzate", escludendo per ciò il contrasto con le misure previste per l'intero territorio nazionale. Quindi, i giudici hanno ritenuto che, nella valutazione di "interessi contrapposti" così genericamente qualificati, stante "il rischio di contagio "gravissimo sull'intero territorio regionale", la prevalenza andasse accordata senz'altro alle "misure approntate per la tutela della salute pubblica", di conseguenza rigettando l'istanza di misure cautelari monocratiche.

Tuttavia, resta senz'altro dubbia, alla luce del quadro normativo innanzi riferito, la congruenza dell'argomentazione esposta nell'ordinanza del Collegio campano, soprattutto se si considera che la decisione emessa sembra ignorare

alcuni presupposti fondamentali specifici dello Stato di diritto (e, così, del rapporto tra Costituzione e legge). In primo luogo, l'ordinanza del Presidente della Regione Campania, in oggetto, investe ambiti materiali rientranti nella sfera di garanzia delle libertà costituzionali "coperte" da riserva assoluta di legge. In questi ambiti, pertanto, pur senza tenersi conto della problematica configurabilità di un intervento delle ordinanze contingibili e urgenti<sup>7</sup>, l'intervento di una regolamentazione attuativa di rango subordinato non può che muoversi in stretta osservanza del dettato legislativo, esclusivamente entro gli spazi da questo consentiti. Pertanto, l'ordinanza regionale non può spiegare alcuna efficacia derogatoria o antinomica rispetto alla disciplina di rango primario sancendo, in ipotesi, compressioni ulteriori dei diritti di libertà costituzionale (come fa, invece, l'ordinanza del Presidente regionale). Nemmeno la legittimità, a livello territoriale, di misure ancora più restrittive di tali diritti può essere giustificata sulla base della generica previsione dell'art. 2 del d.l. n. 6/2020, sopra menzionata, in quanto una siffatta previsione sconta, al riguardo, il vizio insuperabile della indeterminatezza rispetto alla previsione costituzionale della riserva di legge, contrastando per ciò stesso con il principio generale di libertà<sup>8</sup>.

Non rileva, inoltre, nella considerazione del giudice, il fatto dell'estensione all'intero territorio dello Stato delle misure di contrasto originariamente limitate alla sola "zona rossa", avvenuta con il dpcm del 9 marzo sopra indicato.

In fine, nemmeno sembra meritare qualche considerazione il fatto della sussistenza, in materia, un incrocio di competenze di diversa natura e di differente attribuzione, dalla tutela della salute, riservata alla potestà legislativa concorrente ex art. 117 c. 3 Cost., alla protezione civile e alla tutela dell'ordine e della sicurezza

---

<sup>7</sup> L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, 2002, pag. 57.

<sup>8</sup> In generale, sulla riserva di legge v. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II (Le fonti normative)*, Padova, 1993, p. 62, il quale opportunamente sottolinea come in materia siano previsti "(stando all'opinione preferibile)" regolamenti di "stretta «esecuzione»" della legge. Inoltre, sulla determinatezza della riserva di legge in materia di diritti di libertà, in quanto alla legge stessa spetta "in via riservata" di determinare i confini tra "la sfera individuale e quella sociale, tra possibilità di azione individuale e diritti degli altri, etc." v. in particolare J. Ipsen, *Staatsrecht II (Grundrechte)*, 10. überarb. Aufl., Köln, 2007, p. 43 Rdn. 159.

pubblica, queste ultime materie rientranti nella sfera di competenza esclusiva dello Stato, ex art. 117 c. 2 Cost.

*5. Qualche conclusione.*

L'interrogativo specifico, che il discorso fin qui condotto induce (o sollecita) a formulare, riguarda proprio la cd. norma "sostanziale" di riconoscimento della decisione del Tar. Se, infatti, si esce fuori dalla semplice conformità dell'atto ai connotati tipici formali (competenza, legittimazione processuale etc.) sembra non del tutto incongruo sollevare la questione in relazione alla disciplina regolatrice nazionale esistente, oltre che alle previsioni costituzionali che determinano il riparto delle competenze tra lo Stato e le Regioni.

Alla luce di tali riferimenti, infatti, non è né incongruo né, tanto meno, irragionevole interrogarsi sulla consistenza della relazione tra l'atto giurisdizionale in questione e l'ordinamento giuridico.

Nel merito, poi, va da sé che tale decisione è destinata a costituire un importante precedente per consentire alle Regioni di affermare (o riaffermare) la legittimità dell'esercizio, in funzione derogatoria della disciplina nazionale, del rispettivo potere di ordinanza al fine di contrastare con misure ancor più drastiche di contrazione di diritti e libertà fondamentali l'epidemia in atto nei rispettivi territori. È un rischio da non minimizzare quello connesso all'effetto d'eco che tale decisione del giudice monocratico campano possa produrre, minando irrimediabilmente l'uniformità dell'efficacia della normativa statale emergenziale a favore di una sorta di modello improprio di discipline differenziate per la gestione dell'emergenza. È appena il caso di ribadire come le misure cogenti recate dalle ordinanze regionali, di cui qui si discute, oltre a porre in serio pregiudizio garanzie essenziali connesse alla tutela costituzionale dei diritti, finiscono per investire ambiti materiali e attribuzioni di competenza esclusiva dello Stato.

A fronte di una situazione di crisi ormai attestata su livelli di gravità altissimi in ogni parte del territorio nazionale e fronteggiata da un sistema normativo articolato posto in essere dagli organi centrali tende a scomparire ogni fondamento

giuridico di validità del potere di ordinanza regionale, che, dunque, diventa non più riconoscibile. Pertanto, neanche un giudice potrebbe impiegarle per risolvere controversie pendenti<sup>9</sup>.

dirittifondamentali.it

---

<sup>9</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, London 1958, p. 40 ss..