

## Lo Stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus

di

Vincenzo Baldini\*

Lo Stato di diritto è una conquista irrinunciabile del costituzionalismo liberale ed un grande progresso della civiltà giuridica.

Prendendosi spunto dall'ordinanza del 8 marzo del Presidente della Regione Campania, che fa rapidamente seguito al dpcm di ultima emanazione (anch'esso datato 8 marzo) non si può non considerare che il problema odierno dello Stato di diritto appare soprattutto la sua difesa reale.

L'ordinanza in questione, nello specifico, provvede tra l'altro alla chiusura, nel territorio regionale, di ogni palestra e piscina, pubblica o privata. Non che la misura possa in sé risultare particolarmente sorprendente in questo tempo di grave emergenza sanitaria, in cui la tutela della salute generale sta costando il sacrificio -in termini di limitazioni- della gran parte delle libertà individuali. Ciò che invece sorprende, in un sistema di Stato di diritto, è la legittima possibilità della sua adozione nonché altri aspetti, di ordine formale e sostanziale, che passo qui di seguito ad indicare.

Preliminarmente, va precisato che presupposti di legittima adozione dell'esercizio di tale potere sono, in generale, l'urgenza -*rectius*: l'indifferibilità- dell'intervento in relazione anche alla ragionevole previsione del danno incombente e conseguente ad un intervento non tempestivo, nonché l'impossibilità di provvedere con i mezzi ordinari stabiliti dalla legislazione (contingibilità).

---

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale.

Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, per essere legittimo il potere di ordinanza deve trovare il proprio fondamento giustificativo in una previa norma di legge e il suo esercizio non deve comportare deroghe a norme costituzionali o a principi generali dell'ordinamento (v. in particolare, sentt. nn. 8/56 e 26/61). In ogni caso, la stessa Corte ha escluso che le ordinanze contingibili e urgenti possano riguardare materie coperte da riserva assoluta di legge ed ha precisato che i contenuti di tali provvedimenti devono essere proporzionati alla situazione contingente<sup>1</sup>.

Queste essenziali notazioni<sup>2</sup> bastano già a sollevare più di un dubbio circa la legittimità dell'ordinanza del 8 marzo del Presidente della Regione Campania. Rileva, nella specie, l'inosservanza del principio di legalità per carenza di una specifica disposizione che definisca in modo sufficientemente preciso presupposti e limiti dell'esercizio di tale potere da parte degli organi di governo territoriale (Presidenti di Regione, Sindaci). Senza qui richiamare l'antica *querelle* sulla portata, formale o sostanziale, del principio di legalità<sup>3</sup> appare evidente che non può essere a tal fine sufficiente il richiamo, nel preambolo, dei generali presupposti normativi

---

<sup>1</sup> L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, 2002, pag. 57: "...consistono in una particolare categoria di ordini che talune autorità amministrative sono autorizzate ad emanare, sul presupposto della necessità e dell'urgenza di provvedere, con contenuto non predeterminato, appunto per poterlo adattare a quanto le circostanze volta in volta richiedono"; ma v. anche M. Cerase, *Ordinanze di urgenza e necessità*, in AA.VV., S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 3985: "Con il vocabolo ordinanza nei tempi più recenti si indica generalmente una decisione di un pubblico potere non preceduta da un'esauritiva conoscenza dei fatti. (...) L'ordinanza invece è generalmente un provvedimento ora provvisorio e revocabile da parte della stessa autorità che l'ha emanato, ora urgente e caratterizzato da flessibilità procedurale".

<sup>2</sup>D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche, una introduzione*, Bologna, 2004, pag. 78: "...occorre ricordare che l'ordinamento ammette esplicitamente la possibilità di emanazione di provvedimenti autoritari atipici, per i quali si richiede il rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico ma che possono invece derogare a norme specifiche. Si tratta delle c.d. ordinanze contingibili ed urgenti (che cioè possono essere emanate solo in caso di urgenza e possono disporre solo in relazione alla situazione contingente)...";

<sup>3</sup> Secondo S. Cassese, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, pag. 9, il principio di legalità implica in ogni caso "il rispetto della tipicità e nominatività degli atti", vale a dire che possono essere emanati solo gli atti previsti dalla legge, in presenza dei presupposti e per i motivi da questa indicati. Sui caratteri del principio di legalità, v. anche P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, XVI ed., Milano, 2018, p. 183. Nello specifico della distinzione tra principio di legalità in senso formale e sostanziale, v. da ultimo F. Politi, *Diritto Pubblico*, VI ed., Torino, 2018, p. 133 ss.

-art. 32 della l.n. 833/78, artt. 117, d.lg.vo n. 112/98 e 50, d.lg.vo n. 267/2000- al fine di legittimare l'intervento urgente del Presidente della Regione. In secondo luogo, l'ordinanza in parola viene ad incidere pesantemente su diritti costituzionali, limitandoli oltre la determinazione disposta dall'ultimo dpcm, che è valida anche per il territorio campano. In fine, mancherebbero del tutto i presupposti di urgenza ed indifferibilità per l'esercizio del potere, dato che la stessa ordinanza succede al provvedimento del Governo nazionale ora citato.

Né vale a far ritenere il contrario il richiamo nel preambolo, all'art. 3 del d.l. n. 6/2020, in cui si prevede espressamente che le misure sancite negli artt. 1 e 2 dello stesso decreto legge siano adottate, "senza nuovi o maggiori o maggiori oneri per la finanza pubblica, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute", sentiti tra l'altro "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. Nel secondo comma dello stesso art. 3 (non citato, invece, nel preambolo dell'ordinanza) si precisa poi che (unicamente) "nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di (corsivi miei: n.d.r.) cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza le misure di cui agli articoli 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e dell'articolo 50 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267".

In primo luogo, tale previsione ha riguardo alla modalità (il procedimento) di adozione del provvedimento del Governo nazionale, non, invece, all'attribuzione di uno specifico potere di ordinanza attribuito al presidente della Regione. Essa dunque non può valere a legittimare l'intervento "necessario e urgente" del Presidente della Regione Campania.

Occorre considerare, peraltro, che la Campania, non rientra tra i territori della cd. "zona rossa", tassativamente elencati nei provvedimenti del Governo nazionale (incluso l'ultimo dpcm : art. 1 ed allegato 1), nel suo territorio pertanto vigono le misure sancite nell'art. 2 del dpcm del 8 marzo, applicate su tutto il territorio nazionale ad eccezione dei suddetti territori. Nello specifico, poi, è inclusa tra le misure adottate dal dpcm la sospensione delle attività "di pub, scuole di ballo, sale giochi, sale scommesse e sale bingo, discoteche e locali assimilati" (art. 3, comma 1, lett. b)) mentre consente l'ammissione dello sport di base e delle attività motorie in genere anche svolti "all'interno di palestre, piscine e centri sportivi di ogni tipo, "a condizione che sia possibile consentire il rispetto della distanza di sicurezza" di un metro (art. 3, comma 1., lett. g)).

La decisione espressa nell'ordinanza del Presidente della Regione Campania, sancendo la sospensione sul territorio dell'attività di palestre e piscine, pubbliche e/o private, va chiaramente in contrario avviso rispetto alla più mite previsione disposta dall'esecutivo, senza che la decisione recata dall'ordinanza possa trovare anche solo un fondamento formale in una previa norma di legge. Inoltre, realizza una limitazione di diritti fondamentali andando ad impingere, così, in materie coperte da riserva assoluta di legge (in antinomia al disposto del dpcm). In fine, adotta una misura che appare evidentemente sproporzionata e non necessaria all'esito di prevenzione che pure l'ordinanza si propone di perseguire.

Nella stessa linea di rigore sembra iscriversi anche la previsione che impone a tutti coloro che abbiano fatto ingresso nel territorio regionale da una delle cd. zone rosse di cui al dpcm del 8 marzo più volte menzionato l'osservanza della permanenza domiciliare con isolamento fiduciario "per quattordici giorni dall'arrivo".

Il dpcm ultimo ha disposto (art. 3), nello specifico, che "a partire dal quattordicesimo giorno antecedente la data di pubblicazione del presente decreto, abbia fatto ingresso in Italia dopo aver soggiornato in zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, deve comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio nonché al proprio medico di medicina generale ovvero al

pediatra di libera scelta". Soltanto quando sia stata accertata la *necessità* (corsivo mio: n.d.r.) di avviare la sorveglianza sanitaria con isolamento fiduciario se ne da comunicazione all'interessato "illustrandone le modalità e le finalità al fine di assicurare la massima adesione". Dunque, nessuna misura della quarantena viene prescritta in modo automatico ed assoluto dal dpcm in questione e, inoltre, siffatta previsione appare strutturata nel dettaglio così da non lasciare spazio alcuno ad ulteriori interventi normativi.

Qualche ultima considerazione problematica attiene alla determinazione della competenza riservata, in materia, alla normazione nazionale e territoriale.

Come è noto, in base all'art. 117, c. 3 Cost., la tutela della salute rientra nel novero delle materie "regionali" di competenza concorrente, regolate con legge regionale nel rispetto dei principi fondamentali posti o desunti dalla legge dello Stato. Parimenti è a dirsi per la materia della protezione civile. Di converso, una potestà legislativa esclusiva dello Stato, con riguardo all'attuale emergenza sanitaria, può essenzialmente imputarsi ad istanze e interessi unitari, riconducibili alla materia dell'ordine pubblico e della sicurezza (art. 117 c. 2, lett. h) Cost.), anche in una qualche connessione funzionale con la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117 c. 2, lett. m) Cost.).

Mantenendosi ancorati alla disciplina costituzionale relativa al riparto delle attribuzioni tra lo Stato e le Regioni (e gli enti minori), dunque, la disciplina legislativa nazionale (d.l. n. 6/2020 e successivi, nonché l'intera sequenza di dpcm attuativi) deve essere fatta ricadere nell'ambito materiale della potestà esclusiva dello Stato, di cui sopra si è detto, laddove la competenza delle istituzioni territoriali resta limitata -salvo, in generale, delega di potestà regolamentare (art. 117 c. 6 Cost.) in materia- alle sole ipotesi, sancite dalla stessa legislazione nazionale, entro uno spazio, comunque, di attuazione amministrativa. L'intervento della regolazione attuativa da parte dello Stato, come nel caso di specie, esclude, di conseguenza e salvo deroga espressa, una competenza integrativa o -peggio ancora- sostitutiva degli enti territoriali anche nella fase "a valle", così che anche

per questo versante l'emanazione dell'ordinanza del Presidente della Regione Campania non sembra superi il vaglio di legittimità.

In definitiva, anche ai tempi del Coronavirus resiste e si afferma lo Stato costituzionale di diritto quale presidio insuperabile a tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli, ben oltre lo zelo operativo delle istituzioni territoriali per cercare di contrastare la diffusione del virus. Buone, forse, le intenzioni dei rappresentanti di tali istituzioni, meno buoni sicuramente i rimedi apprestati. L'emergenza sanitaria deve essere con misure appropriate e ragionevoli da parte delle istituzioni e degli organi competenti, pur se tali misure comportano, come nella specie, il sacrificio anche drastico di diritti di libertà. Tanto, però, non implica mai la rinuncia a una tutela giurisdizionale, ex artt. 24 e 113 Cost., quando il potere non sia esercitato in modo conforme alla legge e, perciò, si mostri illegittimo e prevaricatore. La Costituzione liberale con i suoi principi e valori anche nei tempi dell'emergenza segna la linea di discrimine tra ciò che è giusto e legittimo e ciò che, comunque, resta vietato. E' un imperativo che vale per tutti.

P.S.: Questo Editoriale è stato scritto prima che il Governo approvasse l'ultimo dpcm con cui ha esteso a tutta l'Italia le misure e gli effetti di cui all'art. 1 del dpcm del 8 marzo u.s. Siamo evidentemente in un conclamato stato di emergenza costituzionale e stiamo sperimentando la sospensione della gran parte delle garanzie costituzionali connesse ai diritti di libertà individuale. Lo Scrivente si ripromette di trattare in un prossimo Editoriale condizioni, forme e modi di gestione, dal punto di vista giuridico-positivo, di questa pericolosa emergenza.