

## **Riflessioni sparse sul caso (o sul caos....) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale.**

di

Vincenzo Baldini\*

*"Auctoritas, non veritas facit legem"* è, in buona sintesi, la sostanza fondamentale del principio assolutista che *Thomas Hobbes* descrive nel suo *Leviatano* e che oggi sembra assumere una peculiare forza suggestiva in relazione al complesso delle ordinanze assunte dai Presidenti di Regione con cui, di regola, si estremizzano, nei rispettivi territori, le misure di contrasto all'emergenza sanitaria.

Il casus che dà origine a questo Editoriale è l'aspra critica rivolta dal Presidente della regione Campania ai recenti chiarimenti sulla circolare del Ministero dell'Interno mirata a specificare alcuni aspetti della *"limitazione o sospensione delle attività sportive e motorie svolte all'aperto o in luoghi aperti al pubblico"* ribadita, da ultimo, nel d.l. n. 19/2020, a cui aveva già dato attuazione l'art. 1 del dpcm del 9 marzo u.s., precisandosi che sport e "attività motorie svolte all'aperto" sono ammessi "esclusivamente a condizione che sia possibile consentire il rispetto della distanza interpersonale di un metro" (art. 1).

Nella circolare ministeriale del 31 marzo si è precisato come dall' "attività motoria generalmente consentita" fosse esclusa quella sportiva (jogging), quindi, nei chiarimenti alla stessa resi successivamente, si è specificato come "la possibilità di uscire con i figli minori" sia consentita "a un solo genitore per camminare purché questo avvenga in prossimità della propria abitazione e in occasione di spostamenti

---

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

motivati da situazioni di necessità o di salute". Inoltre, in relazione all'attività motoria, "è consentito camminare solo nei pressi della propria abitazione".

Di contro, il Presidente della Regione Campania ha affermato che, nel territorio regionale, resta vigente il divieto assoluto di attività motoria e il Sindaco di Benevento, secondo quanto riportato da un giornale locale, pur dichiarando di non aver cambiato opinione in merito all'utilità della passeggiata per i bambini, rilevata anche da virologi e pedagogisti, come "socratico" sente il "dovere di rispettare la legge". Poiché "per norma costituzionale al riguardo prevale quella della Regione, egli deve adeguarsi "alla nuova ordinanza della Regione Campania che fa divieto ai bambini di uscire".

Se questa è la premessa, il brocardo hobbesiano vale soprattutto a evidenziare la mera legittimazione istituzionale che sottende l'atto assunto dall'organo monocratico regionale, a prescindere dai contenuti che esso reca. Senonché, va osservato, lo stesso brocardo vale bene -anzi, benissimo- a descrivere in sintesi i tratti propri dello Stato assoluto. Nello stato di diritto (ancor più, nello stato costituzionale democratico di diritto) la regola hobbesiana ha minor presa, in quanto ogni espressione di autorità è soggetta al rispetto delle regole di diritto, di livello costituzionale (per le leggi e le sentenze) e legislativo (per gli atti amministrativi e, ancora, per le decisioni dei giudici). Dunque, potremmo dire, "*auctoritas ...facit legem*" a condizione che l'esercizio del potere avvenga comunque in modo legittimo conforme, cioè, al parametro normativo di riferimento, e si traduca in atti validi.

Il Sindaco di Benevento rileva, ancora, come "norme disparate creano confusione ed incertezze. Vanno cambiati i rapporti Stato/Regioni in tempi straordinari". "Così non va". Quest'ultima affermazione del primo cittadino è senz'altro condivisibile: "così non va". Atti normativi e provvedimenti nazionali di vario genere (d.l., dpcm, ordinanze ministeriali e pure circolari) che si affastellano con regolarità quasi quotidiana, a cui si aggiunge il profluvio delle ordinanze adottate da Presidenti di Regione e Sindaci, che aggravano di solito le già severe misure limitative assunte a livello nazionale, generano inevitabilmente un quadro di grande confusione e incertezze in chi è chiamato ad osservare tale normativa. Tanto, penalizza a ben

vedere l'effettività del principio della sicurezza giuridica (corrispettivo, in qualche modo, del brocardo ciceroniano «*legum servi sumus ut liberi esse possimus*»), il quale nella chiarezza e comprensibilità delle norme da osservare trova il proprio essenziale predicato di garanzia<sup>1</sup>.

Senza ignorare il fatto che, nella specie, trattasi di misure fortemente limitative dei diritti fondamentali, per alcune delle quali, almeno, la ponderazione della loro necessità resta affatto dubbia. Sia chiaro: non si vuole qui contestare il mancato rispetto, in generale, di tale parametro nel quadro della complessiva strategia di prevenzione posta in essere dai soggetti pubblici istituzionali al fine di impedire l'ulteriore diffusione del virus. Ciò che, nondimeno, appare dubitabile è la congruità/necessarietà di singole misure (divieti, sospensioni etc.) generalmente previste come possibili dalla normativa statale primaria che ha poi trovato una rigorosa e, a volte, "creativa" disciplina di attuazione sul territorio dello Stato. Del resto, non può trascurarsi il fatto che la Costituzione riserva in via assoluta alla legge la competenza a limitare diritti fondamentali, così obbligando il legislatore rappresentativo a regolare direttamente ed "in modo sufficientemente preciso"<sup>2</sup> la materia, lasciando eventualmente un qualche spazio per l'adozione di regolamentazioni strettamente attuative<sup>3</sup>. Tale condizione non sembra avere tuttavia trovato pieno compimento nelle disposizioni degli atti normativi primari del Governo che hanno recato una generale elencazione di misure possibili di contrasto, rinviandone la specifica concretizzazione ai successivi decreti presidenziali.

---

<sup>1</sup> Un'accezione di tipo teoretico de principio di sicurezza giuridica come componente dello Stato di diritto è riportata, tra gli altri, in E. Denninger, *Staatsrecht*, I, Hamburg, 1973, p. 107; E. Schmidt-Aßmann, *Der Rechtsstaat*, in J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band II, Heidelberg, 2004, p. 542 ss., part. p. 586.

<sup>2</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II - I – *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova, 1993, part. p. 62, in cui tra l'altro distinguendosi tra riserva di legge e principio di legalità, si precisa che "la riserva di legge esige ...che la legge regoli essa stessa ...in modo sufficientemente preciso così da limitare la discrezionalità amministrativa, le materie che ne sono oggetto" (p.64). Inoltre, sul tema v. anche K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Beudruck der 20. Aufl., Heidelberg, 1999, p. 140 ss., Rnd. 314 ss., in cui pure si opera una distinzione corrispondente a quella tra riserva "assoluta" e "relativa" di legge.

<sup>3</sup> Idem.

Per quanto attiene, poi, al versante delle competenze va ancora ribadito come, nella specie a venire in rilievo non è soltanto l'ambito circoscritto alla tutela della salute. Trattasi, piuttosto, di una giustapposizione di ambiti materiali differenti, alcuni dei quali rientranti nella sfera della potestà legislativa concorrente (es., tutela della salute, protezione civile), altri, invece, ascritti al novero delle materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato (es., ordine e sicurezza pubblica, profilassi internazionale). Nel caso che qui si considera in particolare, la questione riguarda potenziali antinomie tra la normativa statale, primaria e secondaria e l'esercizio del potere amministrativo regionale (tale essendo, sul piano formale, il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione). L'ordinanza del Presidente della Regione Campania, qui posta in discussione appare in difetto di un valido fondamento legislativo, in particolare risultano carenti i presupposti che la norma di legge riconosce come necessari ai fini della sua legittima adozione.

Sul secondo versante, anche a volersi rinvenire tale fondamento nell'art. 3, d.l. n. 19/2020<sup>4</sup>, occorre precisare che, stando al tenore letterale, tale normativa contiene la possibilità per le regioni di adottare misure più restrittive di quelle previste nell'art. 1 comma 2 dello stesso d.l., unicamente "nelle more dell'adozione" dei dpcm attuativi della suddetta disciplina emergenziale. In secondo luogo, la legittimità di tali misure andrebbe commisurata alle "specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso"<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Art. 3, d.l. n. 19/2020: „1. Nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 2, comma 1, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possono introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale”.

2. I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1.”

<sup>5</sup> Del resto, il precedente art. 2, c.2, del d.l. 19/2020 ha statuito che nelle more dell'adozione dei ddpcm in parola, "e con efficacia limitata fino a tale momento" nei casi di "estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute" (dunque, diverse e più gravi rispetto al momento in cui il d.l. viene ad essere menato) le misure di contrasto sancite nell' Art. 1 dello stesso decreto legge "possono essere adottate dal Ministro della salute ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833" .

L'ordinanza regionale in Campania interviene quando già sussiste la disciplina statale di attuazione, peraltro strutturata e completa, che si rinviene nel complesso dei ddpcm emanati dal Governo (oltre che ad una serie di ordinanze ministeriali). Né, potrebbe dirsi, sono apparse ragionevolmente sussistenti quelle "specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario" a cui fa riferimento lo stesso d.l. sopra citato.

E' appena il caso di ricordare, poi, come in generale resti controversa sul piano scientifico la questione della compatibilità di tale ordinanze con il principio di legalità (in senso sostanziale) che presiede, di regola, ad ogni esercizio di attività amministrativa<sup>6</sup>. Del resto, la giurisprudenza, tanto costituzionale che amministrativa, ha provveduto nel tempo a definire alcuni principi-base per l'esercizio legittimo del potere di ordinanza, che vanno dal rispetto delle norme costituzionali e delle riserve di legge, fino alla sussistenza di una "urgenza qualificata" (non genericamente affermata), oltre alla considerazione del carattere "necessariamente residuale" di tale potere<sup>7</sup>.

Quanto fin qui detto lascia, in conclusione, sembrare non del tutto incongruenti i dubbi di illegittimità che attengono all'ordinanza del Presidente della Regione Campania e, d'altro canto, induce a giustificare la disciplina nazionale come l'unico parametro di giudizio per valutare l'osservanza della legge da parte dei cittadini di tutto il territorio nazionale, senza distinzioni.

E' scontato che non è la circolare del Ministero dell'Interno del 31 marzo e i successivi chiarimenti resisi necessari il fondamento giuridico-positivo della liceità delle condotte di chi, nel rispetto delle forme e dei limiti stabiliti (divieto di assembramento, rispetto della distanza minima di un metro, non allontanamento dalle vicinanze dell'abitazione etc.), decida di accompagnare un figlio a fare quattro passi intorno a casa o di farli da solo, come chiarito dalla comunicazione ministeriale ( "per quanto riguarda l'attività motoria è stato chiarito che, fermo restando le limitazioni indicate, è consentito camminare solo nei pressi della propria

---

<sup>6</sup> Conforme, R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, 3. Ed., Torino, 2019, p. 290 ss., part. p. 291.

<sup>7</sup> Idem. Analogamente, v. anche F. Modugno (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2012, p. 169 ss.

abitazione.”). Tale fondamento è comunque giuridico-positivo, risalente alle previsioni delle fonti primarie (dd.ll.) e di quelle attuative che sono seguite.

Ma, ad di là delle specifiche (pur non lievi) questioni che si sono qui fin qui esposte, è il dinamico (e, spesso, conflittuale) palleggio di competenze tra Stato e Regioni in materia di lotta all'emergenza sanitaria, a cui da tempo ormai si va assistendo, il punto forse più dolente e controverso dell'intera vicenda che qui si è descritta. Nella tristissima esperienza che tutta la comunità nazionale (e non solo) sta purtroppo vivendo sono impressi, infatti, anche gli stigmi di un profondissimo disagio che è al tempo stesso sociale ed istituzionale. Si tratta, innanzitutto, di un disagio economico-sociale, per la gravissima crisi generata dal rallentamento del motore produttivo del Paese e, quindi, da un ristagno inevitabile dell'economia. Le difficoltà causate da tale situazione, a cui il Governo si sforza di porre un rimedio assicurando il sostegno economico necessario a individui e gruppi familiari in grave difficoltà, sono enormi e solo parzialmente rimediabili.

Alla povertà causata dagli effetti delle misure emergenziali si accompagna, poi, un disagio che è, nel contempo, di ordine istituzionale e costituzionale, evidenziato dal compiersi progressivo di un'esperienza di “direzione plurima dissociata” nello svolgimento della gestione dell'emergenza sanitaria tra lo Stato e le Regioni<sup>8</sup>.

L'assetto dei rapporti tra Stato e Regioni definito, nello specifico, nel titolo V della Costituzione sulla base del principio inviolabile dell'unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.) appare invero coeso e coerente nel determinare un bilanciamento tra principio autonomista e tutela dell'unità politica e sociale dello Stato. A mostrarsi in subbuglio, tuttavia, è soprattutto il quadro effettivo delle relazioni politiche interistituzionali, in cui la tensione conflittuale tra istanze autonomiste e preservazione dell'unità (anche in quanto attiene alle politiche di solidarietà) non sembra ancora aver trovato punti di soddisfacente equilibrio. Tra le

---

<sup>8</sup> L'espressione „direzione plurima dissociata“ è tratta da S. Ristuccia (a cura di), *L'istituzione governo*, Milano, 1977, p. 56 ss., poi ripresa anche in S. Fabbrini, S. Vassallo, S. Ceccanti, *Il Governo: gli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 1999.; e in E. Longo, *La disciplina dell'organizzazione del Governo italiano nelle ultime tre legislature*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2009, p. 15.

cause ciò può includersi (*last but not least*) la differente investitura democratica - immediata o diretta per Sindaci e Presidenti della Regione, indiretta o mediata per il Governo nazionale- che giunge a connotare, in ultima analisi, anche la percezione della consistenza rappresentativa di tali organi. Indubbiamente, il meccanismo dell'elezione diretta rafforza l'immagine dell'immediatezza del vincolo fiduciario che lega la comunità all'organo eletto, immettendo nella relazione rappresentativa elementi di democrazia identitaria<sup>9</sup>. Di contro, la natura mediata della forza rappresentativa del Governo, seppure nella pratica attenuata da una torsione politica in senso più personalista<sup>10</sup>, lascia percepire come meno intensa e più distaccata la relazione tra quest'ultimo e il popolo<sup>11</sup>.

Quando l'emergenza sanitaria potrà dirsi conclusa, anche questo punto dovrebbe essere fatto oggetto di un'adeguata attenzione a livello politico, nella prospettiva della determinazione di un assetto dei rapporti tra Stato e autonomie territoriali più efficiente ed integrato, nel rispetto dei valori tanto dell'unità quanto dell'autonomia. Se, a tanto, può apparire congruente e maturo il transito verso un assetto di Stato federale sarà opportuno, allora, vagliare con attenzione anche quest'ipotesi, per non correre seriamente il rischio di disperdere il patrimonio dei valori costituzionali fondamentali comune alla Storia di questo Paese infeudandolo ai capricci o alle ambizioni del signorotto politico del momento.

---

<sup>9</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre*, unveränd. Nachdruck erster Auflage (1928), Berlin, 1970, p. 204 ss., part. p. 207.

<sup>10</sup> V. E. Longo, *La disciplina dell'organizzazione del Governo italiano nelle ultime tre legislature*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2009, p. 1 ss; inoltre, . R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, 20. Ed., Torino, 2019 ss., part. p.

<sup>11</sup> L'espressione „direzione plurima dissociata“ è tratta da S. Ristuccia (a cura di), *L'istituzione governo*, Milano, 1977, p. 56 ss., poi ripresa anche in S. Fabbrini, S. Vassallo, S. Ceccanti, *Il Governo: gli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 1999.; e, ancora, in E. Longo, *La disciplina dell'organizzazione del Governo italiano nelle ultime tre legislature*, cit. p. 15 ss.