

OSSERVATORIO EMERGENZA COVID-19
PAPER – 18 MARZO 2020

Il Covid-19, lo Stato di diritto,
la *pietas* di Enea

di Giuseppe Tropea
Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università Mediterranea di Reggio Calabria



Il Covid-19, lo Stato di diritto, la *pietas* di Enea*

di Giuseppe Tropea

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università Mediterranea di Reggio Calabria

Sommario: 1. Premessa. 2. Breve sintesi dei provvedimenti governativi (e non solo). 3. (Segue) Gli aspetti più controversi delle misure finora adottate. 4. Primi segnali di un dibattito. 5. Il progressivo affermarsi in materia del principio di legalità sostanziale. 6. Talune criticità alla luce del principio di legalità sostanziale (e non solo). 7. A mò di conclusione...

1. Premessa

Di fronte a quello che sta capitando in questi convulsi e incerti giorni, un senso di profondo smarrimento ci pervade, difficilmente esprimibile. Viene alla mente l'esergo de *La peste* di Camus, tratto da Daniel Defoe: "E' ragionevole descrivere una sorta d'imprigionamento per mezzo di un altro quanto descrivere qualsiasi cosa che esiste realmente per mezzo di un'altra che non esiste affatto".

Il giurista deve comunque provare a farlo, se il suo compito ha ancora qualche senso.

In questa sede ci limiteremo ad effettuare alcune considerazioni "a caldo" sulla progressione dei provvedimenti adottati negli ultimi giorni dall'autorità governativa, e non solo, dopo il d.l. n. 6/2020, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-2019.

È solo una piccola, seppure non irrilevante, parte di uno sconvolgimento normativo e istituzionale più generale, che va dai rapporti tra poteri dello Stato e tra gli enti costitutivi della Repubblica al tema del sistema delle fonti e della tutela dei diritti costituzionali dei cittadini.

Sul punto finora, forse anche a causa della sbalorditiva rapidità della *escalation* degli eventi, la dottrina ha tendenzialmente taciuto, salvo commenti su alcuni quotidiani o riflessioni più o meno estemporanee affidate ai post sui social.

Per quanto mi riguarda, dopo una breve rassegna dei provvedimenti più rilevanti, farò alcune riflessioni sul loro impatto sullo Stato di diritto e sulle libertà fondamentali, cercando di valutarne la compatibilità con l'ordinamento. Una parte finale del lavoro sarà invece dedicata a percorrere una lettura forse inedita, quella delle "culture giuridiche" sulle quali incide il complesso fenomeno cui stiamo assistendo. Sotto questo aspetto non escluderei che l'apparente *vulnus* ai cardini del nostro ordinamento liberal-democratico

* Paper non sottoposto a referaggio.



non si riveli un peculiare approccio “meridiano”¹ rispetto all’opposto atteggiamento anglosassone ispirato ad una intransigente difesa della primazia delle libertà individuali rispetto ad ogni esigenza di natura sociale o general-preventiva.

2. Breve sintesi dei provvedimenti governativi (e non solo)

Il sito *governo.it* non può di certo essere tacciato di mancanza di trasparenza.

“Trasparenza” è una delle parole chiave di tutta la gestione politica della crisi che stiamo attraversando, e, in effetti, in quest’ottica i principali provvedimenti normativi sono stati bene illustrati nella loro progressione.

Riportiamo brevemente quelli più rilevanti per quanto di interesse in questa sede.

23 febbraio: In seguito ai focolai registratisi in Lombardia e Veneto, e dopo una riunione del Comitato operativo nella sede del Dipartimento della Protezione Civile, il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente Conte, ha approvato un decreto-legge che introduce misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-2019. Il decreto interviene in modo organico, nell’attuale situazione di emergenza sanitaria internazionale dichiarata dall’Organizzazione mondiale della sanità, allo scopo di prevenire e contrastare l’ulteriore trasmissione del virus.

In serata, il Presidente Conte ha quindi firmato il Dpcm 23 febbraio 2020 di attuazione delle disposizioni del d.l. n. 6/2020 per i Comuni delle Regioni Lombardia e Veneto interessati dalle misure di contenimento del contagio da Coronavirus.

1 marzo: Il Presidente Conte ha firmato, in attuazione del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, un nuovo Dpcm che recepisce e proroga alcune delle misure già adottate per il contenimento e la gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19 e ne introduce di ulteriori, volte a disciplinare in modo unitario il quadro degli interventi e a garantire uniformità su tutto il territorio nazionale all’attuazione dei programmi di profilassi.

Con l’entrata in vigore di questo Dpcm, cessa la vigenza di tutti quelli precedenti, adottati in attuazione del decreto-legge 3 febbraio 2020, n. 6.

8 marzo: Il Presidente del Consiglio Conte ha firmato un nuovo Dpcm che prevede, in attuazione del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, ulteriori misure per il contenimento e la gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19 su tutto il territorio nazionale. Con l’entrata in vigore (8 marzo 2020) del Dpcm, cessano di produrre effetti i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri 1 marzo e 4 marzo 2020.

¹ Evoco qui il suggestivo saggio di F. CASSANO, *Il pensiero meridiano*, Bari, 2005.



Più in dettaglio, l'art. 1 del nuovo Dpcm prevede la creazione di un'area unica, comprendente il territorio della Regione Lombardia e di altre 14 Province (cinque dell'Emilia-Romagna, cinque del Piemonte, tre del Veneto e una delle Marche). Nell'ambito di tale area viene prevista l'applicazione di misure rafforzate di contenimento dell'infezione alla luce della dinamica epidemiologica sviluppatasi nei giorni immediatamente precedenti. L'art. 2 prevede la rideterminazione delle misure di contrasto dell'epidemia, soggette a uniforme applicazione sul resto del territorio nazionale.

In riferimento al Dpcm 8 marzo 2020, il Ministro dell'Interno Luciana Lamorgese ha adottato la direttiva ai prefetti per l'attuazione dei controlli nelle "aree a contenimento rafforzato" che prevede: la convocazione immediata, anche da remoto, dei Comitati provinciali per l'ordine e la sicurezza pubblica, per l'assunzione delle necessarie misure di coordinamento; indicazioni specifiche per i controlli relativi alla limitazione degli spostamenti delle persone fisiche in entrata e in uscita e all'interno dei territori "a contenimento rafforzato".

Come è ben noto, nel frattempo, alcune Regioni si sono mosse autonomamente rispetto al Governo, o in pretesa attuazione del pacchetto normativo sopra evidenziato.

Penso, ad esempio, all'ordinanza con cui la Regione Marche ha disposto la chiusura di scuole, musei, etc., e inibito tutte le manifestazioni pubbliche di qualsiasi natura fino al 4 marzo 2020, impugnata dal Governo e sospesa in via cautelare dal Tar Marche in quanto, al momento dell'emissione di essa, non esistevano ancora casi accertati di contagio in tale Regione, ma solo rischi relativi alla prossimità del territorio marchigiano con la Regione Emilia-Romagna, in cui erano stati rilevati casi di contagio da Covid-19.

O alla più recente ordinanza della Regione Campania, n. 15 del 13 marzo 2020, con la quale si fa obbligo, sanzionato ai sensi dell'art. 650 c.p., a tutti i cittadini campani di rimanere nelle proprie abitazioni, consentendosi esclusivamente spostamenti temporanei ed individuali, motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute.

3. (Segue) Gli aspetti più controversi delle misure finora adottate

E' bene partire dal d.l. n. 6/2020.

In esso si autorizzano le "autorità competenti" (individuate all'art. 3) ad adottare una serie di misure di contenimento, indicate all'art. 1.

Si tratta, ad esempio, di: "a) divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area; b) divieto di accesso al comune o all'area interessata; c) sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico; d) sospensione dei servizi educativi dell'infanzia e delle scuole



di ogni ordine e grado, nonché della frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, compresa quella universitaria, salvo le attività formative svolte a distanza ...”, etc.

È un’elencazione non tassativa, come si evince dalla dizione dell’art. 1 “*possono* essere adottate *anche* le seguenti ...” e soprattutto dell’art. 2: “Le autorità competenti possono adottare *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 1”.

Peraltro, sempre ai sensi dell’art. 3 co. 2, i poteri di ordinanza contingibile e urgente dei Sindaci, *ex art.* 50 t.u.e.l., cessano una volta adottati i Dpcm previsti nel co. 1, mentre sussistono i poteri dei Presidenti delle Regioni nel caso in cui l’esercizio di tali poteri riguardi esclusivamente una regione o specifiche esigenze locali.

Più di recente, come si è detto, con Dpcm dell’8 e 9 marzo 2020, è arrivata la stretta più rigida. Si è, fra l’altro, richiesto di: “*evitare*” ogni spostamento in entrata e uscita dai territori di cui al presente articolo [tutto il territorio nazionale, col Dpcm del 9 marzo 2020, *n.d.r.*]; si è fortemente “*raccomandato*” ai soggetti con sintomatologia da infezione respiratoria e febbre (maggiore di 37,5° C) di rimanere presso il proprio domicilio e limitare al massimo i contatti sociali, contattando il proprio medico curante; si è statuito un divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus, etc.

All’art. 3 del Dpcm, rubricato “Misure di informazione e prevenzione sull’intero territorio nazionale”, si è invece previsto, fra l’altro, quanto segue: “si raccomanda di limitare, ove possibile, gli spostamenti delle persone fisiche ai casi strettamente necessari”.

4. Primi segnali di un dibattito

Quanto sta accadendo nel nostro ordinamento ha già suscitato forti polemiche, e in sede politica e in sede accademica.

In una lettera inviata in data 13 marzo al Presidente della Repubblica dal Partito Radicale, ad esempio, si è lamentato che “l’iper-regolamentazione dei momenti più personali della vita quotidiana sta avvenendo con un coinvolgimento minimo - se non meramente formale e sostanzialmente nullo - dei presidi di partecipazione democratica. Alle decisioni che impattano sulle libertà di tutti, in primo luogo, dovrebbe essere compartecipato il Parlamento, che invece di fatto sta essiccando il suo ruolo: accettando il sistema dei “decreti a grappolo” e dei “decreti a perdere”, le Camere stanno di fatto abdicando al loro ruolo e legittimano l’espansione dei poteri dell’Esecutivo. Nella seduta di mercoledì scorso della Commissione giustizia del Senato il rappresentante del Governo ha estorto dalla maggioranza una sostanziale rinuncia ad esaminare nel merito il decreto che incide sull’articolo 24 della Costituzione, respingendo l’offerta di



collaborazione espressa dall'opposizione. Quel che è peggio è che neppure il Governo è di fatto coinvolto: tutte le decisioni sono adottate – sotto il “cappello” formale di decisioni del Consiglio dei Ministri – con decreti del Presidente del consiglio, la cui vaghezza si presta a confusioni interpretative cui si risponde o con interlocuzioni dirette con le Istituzioni territoriali (altri esecutivi, quelli regionali) o con le FAQ pubblicate sul sito Governo.it”.

Nella giurisprudenza teorica si è, invece, affermato che ci troviamo in un “conclamato stato di emergenza costituzionale e stiamo sperimentando la sospensione della gran parte delle garanzie costituzionali connesse ai diritti di libertà individuali”².

D'altra parte la constatazione della grave emergenza sanitaria nella quale ci troviamo potrebbe indurre a mitigare entrambi questi giudizi.

Nella sensibilità giuridica contemporanea tuttora riecheggia il pensiero di un gigante del '900 come Santi Romano, pure dopo lo spartiacque costituzionale. Scrive il maestro siciliano: “La necessità di cui ci occupiamo deve concepirsi come una condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto e praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite. Ma essa non ha legge, fa legge, come dice un'altra espressione usuale; il che vuol dire che costituisce essa medesima una vera e propria fonte di diritto ... La necessità si può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono a considerarsi in certo modo derivate”³.

Ben più di recente, un'interessante monografia ha collocato le “ordinanze normative” fra le fonti del diritto, in base al rilievo che le fonti subordinate sono titolate e regolate dalla legge, sicché non sarebbe un *numerus clausus*. In ogni caso le ordinanze sono inserite in una rete di protezione e di limiti dettati dalla Corte costituzionale, come l'efficacia limitata nel tempo, l'efficace pubblicazione, la conformità ai principi dell'ordinamento giuridico, l'adeguatezza, la proporzionalità, la tutela dell'affidamento⁴.

Nella Introduzione di tale lavoro Giuseppe Morbidelli afferma, d'altra parte, che “la giustificazione di un potere normativo secondario capace di derogare alle fonti primarie richiede di aderire a nozioni di «legalità» non coerenti con i canoni classici”.

Partirei da quest'ultimo rilievo per evidenziare talune criticità della disciplina sopra descritta.

5. Il progressivo affermarsi in materia del principio di legalità sostanziale

Negli ultimi anni la giurisprudenza ha avuto a che fare soprattutto col fenomeno delle ordinanze in materia di sicurezza urbana, che si è sovente posto in contrasto col carattere residuale ed eccezionale dei

² V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritti all'epoca del coronavirus*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020.

³ S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, parte I

⁴ E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019.



poteri amministrativi *extra ordinem*, richiesto dalla giurisprudenza costituzionale ed amministrativa. Tale dibattito ha rappresentato la preziosa occasione per riattivare una vivace riflessione sulla portata del principio di legalità.

Quest'ultimo è stato declinato: *a)* in termini di legalità formale, inteso alternativamente, o come mera base legale di volta in volta fornita dall'atto legislativo alla fonte secondaria, oppure come semplice esistenza della previa norma, posta da qualsiasi tipo di fonte che indirizzi l'attività amministrativa; *b)* in termini di legalità sostanziale, da cui discende che ogni attribuzione legislativa in bianco comporta il rovesciamento del sistema chiuso delle fonti primarie, con conseguente manomissione dell'ordine gerarchico delle fonti del diritto e dell'assetto costituzionale dei poteri. Si pone poi il problema di una terza prospettiva: *c)* come principio legato alla teorizzazione della riserva di legge relativa applicabile a tutte le imposizioni personali di *non facere* desumibile dall'art. 23 Cost.

Queste distinzioni sono alquanto sfumate nella fondamentale sentenza n. 115 del 2011⁵ della Corte costituzionale. Invero ciò non meraviglia più di tanto, in quanto imponendo una disciplina legislativa non solo le condizioni di esistenza del potere amministrativo ma anche le modalità del suo esercizio, la riserva di legge finisce per confondersi col principio di legalità inteso in senso sostanziale. Peraltro la riserva di legge opera, più che nel suo aspetto negativo (esclusione di fonti subordinate) in quello positivo (obbligo per il legislatore di disciplinare non genericamente la materia riservata).

Si potrebbe peraltro dire, tentando di accostare e conciliare i due istituti (principio di legalità e riserva di legge), ma dotando ciascuno di essi di una specifica funzione, che il principio di legalità impone che la norma di legge attributiva del potere indichi il soggetto attivo e quello passivo del rapporto amministrativo, oltre al contenuto possibile (tipizzato) del provvedimento, mentre la riserva di legge richiede una regolamentazione ulteriore della materia stessa, limitando la discrezionalità dell'organo agente e lo spettro delle possibili soluzioni per esso disponibili.

La dottrina è tornata sull'argomento⁶, riprendendo la distinzione fra legalità in senso debolissimo (per cui è conforme alla legge l'atto che sia con essa compatibile), legalità in senso debole (per cui è conforme alla legge l'atto autorizzato dalla legge), e legalità in senso forte (per cui è conforme alla legge l'atto che abbia la forma e il contenuto predeterminato dalla legge).

Così nella dottrina tedesca, nell'esegesi dell'art. 20 comma 3 GG (secondo cui il potere legislativo è vincolato all'ordinamento costituzionale, mentre l'esecutivo e la giurisdizione sono vincolati alla legge e al diritto), è prevalsa l'idea che tale norma enunci il principio della riserva di legge, in base alla quale

⁵ Sia consentito il rinvio a G. TROPEA, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost., n. 115/2011)*, in *Dir. amm.*, 2011, 623 ss.

⁶ G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 10.



L'autorità amministrativa può agire solo se a ciò autorizzata dalla legge. Sicché mentre il *Vorrang*, ossia il primato della legge, vieta la violazione delle leggi vigenti, il *Vorbehalt* richiede, in positivo, una base legislativa per l'attività amministrativa.

In Italia, invece, tradizionalmente il principio di legalità viene distinto dalla riserva di legge, che a sua volta si scinde in assoluta e relativa. Sennonché si è osservato che la pubblica amministrazione è già, in sé, una materia sottoposta a riserva di legge (art. 97 e art. 117, comma 2, lett. *f* e *g*), quindi anche in Italia la conformità alla legge che è inerente al principio di legalità andrebbe intesa in senso forte: nel senso cioè che la legge deve sempre disciplinare compiutamente i poteri dell'esecutivo.

Venendo alla nostra questione, se il principio di legalità viene rispettato nei limiti in cui la norma attribuisce il potere e determina l'interesse primario, quello di tipicità può essere derogato solo nell'eventualità che ricorrano circostanze eccezionali, che non possono essere affrontate e risolte mediante l'esercizio delle competenze e degli ordinari poteri amministrativi, caratterizzate appunto dalla contingibilità e dall'urgenza.

Questo ci pare un aspetto fondamentale. Gli enunciati in ordine al fine di interesse pubblico ed ai presupposti di necessità e urgenza possono consentire un giudizio di congruità fra contenuto in concreto accolto dalla pubblica amministrazione, la situazione storico-temporale posta a base dell'emanazione dell'atto, nonché il fine dell'interesse pubblico voluto perseguire. Ma è solo in queste condizioni, quando cioè si abbinano all'enunciazione del fine di interesse pubblico anche la determinazione dei presupposti della necessità e dell'urgenza, che sarà possibile ritenere soddisfatta la riserva relativa di legge, poiché in tali ipotesi il sindacato di eccesso di potere potrà rivelarsi lo strumento più consono a forgiare i limiti d'esercizio a quel potere della pubblica amministrazione che è mutevole da caso a caso.

Le norme attributive dei poteri d'ordinanza sono, quindi, norme sulla produzione giuridica e, per essere conformi alla Costituzione, necessitano, fra l'altro, che il potere possa essere esercitato solo in casi di assoluta necessità tali da non consentire l'utilizzo dei poteri ordinari; inoltre, gli effetti prodotti dall'esercizio del potere di ordinanza sono destinati ad esaurirsi con lo spirare della situazione stessa (contingibilità).

È da tali premesse ricostruttive che bisogna partire per intendere le motivazioni della Corte costituzionale nella sentenza n. 115 del 2011. Da una parte il fondamentale *link* tra art. 23 ed art. 97 Cost., dall'altra l'indicazione della riserva di legge relativa imposta da tali norme, e la declinazione di essa nell'alveo del principio di legalità sostanziale.

I giudici accostano al principio di legalità sostanziale la riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost., con due precisazioni importanti, anche perché non pacifiche: *a*) il carattere relativo della riserva *de qua* non relega la legge sullo sfondo, né può ridursi a un mero richiamo formale ad una prescrizione normativa



“in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e dei modi dell’azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini; b) l’imposizione coattiva di obblighi di non fare rientra ugualmente nel concetto di prestazione, in quanto, imponendo l’omissione di un comportamento altrimenti rientrante nella sfera del lecito, finisce per restringere la libertà dei cittadini, suscettibile di essere incisa dalle determinazioni di un atto legislativo. Né all’uopo può quindi essere richiamato il d.m. 5 agosto 2008 (che rappresenta in qualche modo il “progenitore” dei più recenti Dpcm menzionati in apertura) che ha indicato cosa debba intendersi ai sensi dell’art. 54 t.u.e.l. per incolumità pubblica o per sicurezza urbana. Infatti: “la natura amministrativa del potere del Ministro, esercitato con il decreto sopra citato, se assolve alla funzione di regolare i rapporti tra autorità centrale e periferiche nella materia, non può soddisfare la riserva di legge, in quanto si tratta di un atto non idoneo a circoscrivere la discrezionalità amministrativa nei rapporti con i cittadini”. Trattandosi dell’imposizione di comportamenti che rientrano nella generale sfera di libertà dei consociati, la limitazione della discrezionalità amministrativa in materia non può essere “autoreferenziale”, ma deve essere prevista in via generale dalla legge.

Viene sanzionata, quindi, pure la violazione dell’altra riserva di legge relativa, formulata dall’art. 97 Cost. allo scopo di assicurare l’imparzialità dell’amministrazione, e ciò sempre a garanzia del cittadino, che trova protezione, rispetto a possibili discriminazioni, proprio nel parametro legislativo, la cui osservanza deve essere concretamente verificabile in sede di controllo giurisdizionale.

Questo passaggio è molto rilevante. Emerge in questo punto della sentenza che l’imparzialità di cui all’art. 97 Cost. costituisce una componente importante del principio di legalità. Da qui, quindi, il collegamento con la questione attinente la portata del principio di legalità nei confronti del legislatore, affinché possa dirsi rispettato proprio il criterio di imparzialità nell’amministrare.

Si evidenzia così, nello Stato costituzionale, l’insufficienza dell’accezione garantista del principio di legalità. Infatti, se in origine il problema della garanzia dei diritti nei confronti del legislatore non si pone, in quanto essi nascono dalla legge, e non appaiono configurabili diritti da garantire “contro” di essa, nell’ordinamento costituzionale, stante la rigidità delle Costituzioni contemporanee, assume rilevanza il problema di garantire anche nei riguardi del legislatore i diritti che discendono dalla Costituzione.

Quindi, affinché l’azione amministrativa risulti legittima, la legge rispetto alla quale è raffrontato l’agire amministrativo deve, a sua volta, essere costituzionalmente legittima. In tal senso si è detto che “ove un atto dell’autorità non trovi nell’ordinamento norme sufficienti a delimitare il corretto esercizio del potere ne consegue che le norme di legge attributive di tale potere possono essere favorevolmente impugnate



per violazione delle disposizioni costituzionali che impongono riserve relative alla legge⁷⁷. La legalità costituzionale dell'amministrazione viene riscontrata nell'esigenza che il legislatore circoscriva i poteri discrezionali dell'amministrazione, in modo che il loro esercizio sia riconducibile alla legge. Sicché non è più sufficiente vietare al legislatore tutto ciò che è vietato espressamente dalla Costituzione, poiché il controllo di costituzionalità sulla legalità sostanziale determina un sindacato sul grado di delimitazione dei poteri conferiti dalla legge all'amministrazione.

Strettamente collegato alla rilevanza del principio di imparzialità è, quindi, il *vulnus* al principio di eguaglianza di fronte alla legge di cui all'art. 3 Cost., là dove i medesimi comportamenti possono essere ritenuti in vario modo leciti o illeciti, a seconda delle numerose parti del territorio nazionale rappresentate dagli ambiti di competenza dei sindaci. Qui la Corte effettua un passaggio argomentativo che ha caratteri più generali, e che probabilmente incidono più a monte sulla rilevanza della questione, là dove richiama la prassi amministrativa a dimostrazione dei propri assunti. Con riferimento alla disparità di trattamento, quindi, finisce per mancare anche un parametro normativo per valutarne la ragionevolezza.

Questo, nella sentenza, l'unico accenno – indiretto, ed effettuato con riferimento all'art. 3 Cost. – al principio di giustiziabilità di cui agli artt. 24 e 113 Cost., che peraltro come si è detto il Tar remittente ha ritenuto conculcato, in ragione della vastità e dell'indeterminatezza dei poteri attribuiti al sindaco, tali da rendere eccessivamente difficoltosa la possibilità di un sindacato giurisdizionale effettivo delle singole fattispecie. D'altra parte appare sicura la, seppure non espressa, rilevanza del principio. È evidente, infatti, che la mancata tipizzazione del possibile contenuto imperativo del provvedimento autorizzato conferisce all'amministrazione una discrezionalità illimitata, passibile di sfociare in arbitrio, e rende di fatto e di diritto non esercitabile quel controllo giurisdizionale che, viceversa, la Costituzione ha voluto elevare al rango di valore irrinunciabile. Sotto questo profilo si sarebbe potuto valorizzare anche il principio di proporzionalità, considerando, alla stregua della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sproporzionata la norma che non consente di applicare la proporzione, in quanto priva (l'amministrazione in prima battuta, poi eventualmente il giudice) delle coordinate e dei parametri necessari ad orientarla nella sua applicazione.

6. Talune criticità alla luce del principio di legalità sostanziale (e non solo)

Il principio di legalità in senso sostanziale, affermato a chiare lettere dalla sentenza n. 115/2011 della Corte costituzionale, rende molto discutibili varie disposizioni sopra richiamate.

⁷⁷ Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 1988, 517 ss.



A cominciare dagli artt. 1 e 2 del d.l. n. 6/2020 che, come detto, contengono elencazioni non tassative⁸. Piuttosto vaga è pure l'affermazione contenuta nel Dpcm dell'8 e del 9 marzo 2020, con la quale viene richiesto di "evitare" ogni spostamento in entrata e uscita dai territori di cui al presente articolo, sanzionando la violazione, anche in questo caso, col reato di cui all'art. 650 c.p.

Si vede chiaramente come in questi casi la normativa primaria, e a maggior ragione quella secondaria⁹, sempre più influente in questa vicenda, non rispettano gli standard di legalità sostanziale richiesti dalla richiamata giurisprudenza, con svariati profili di contrasto con gli artt. 23, 24, 25, 97 Cost. Ma si pensi anche alla potenziale violazione della libertà di circolazione, come è noto ravvisata dalla Corte edu proprio nel difetto di prevedibilità e precisione delle norme relative ai soggetti idonei e alle condizioni necessarie per l'applicazione della misura di prevenzione, nonché alle prescrizioni che il giudice può imporre per dar corpo alla misura (*De Tommaso c/Italia*, 23 febbraio 2017).

Senza contare poi le criticità che si danno con riguardo ai poteri d'ordinanza dei Sindaci e dei Presidenti delle Regioni.

Nel primo caso tale potere dovrebbe essere "sospeso", una volta adottati i primi Dpcm, ai sensi dell'art. 3, co. 2, d.l. n. 6/2020. Paiono dunque ineccepibili le recenti iniziative di alcuni prefetti con le quali sono state stoppate delle ordinanze sindacali volte a (ulteriormente disciplinare), nel territorio comunale, l'emergenza Covid-19. Oltre a prospettarsi una disciplina "a macchia di leopardo", in contrasto con l'art. 3 della Cost., si evidenzia infatti l'inefficacia di ordinanze di tal fatta poiché (appunto) il d.l. 6/2020 non ammette ordinanze sindacali contingibili e urgenti dopo l'adozione dei DPCM (v. il recente caso del comune di Messina). Ordinanze di tal fatta sono adottate, quindi, in evidente carenza di potere.

Parzialmente diverso, ma altrettanto discutibile, il caso delle ordinanze dei Presidenti delle Regioni, fra le quali spicca la richiamata ord. n. 15/2020 della Regione Campania.

In questo caso, è vero che sussistono i poteri dei Presidenti delle Regioni nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o specifiche esigenze locali; senonché non si vede quali possano essere queste esigenze specifiche, specie una volta che il Dpcm dell'8 marzo è stato esteso, il giorno successivo, a tutto il territorio nazionale.

Il richiamo, nel preambolo, agli artt. 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, sembra anche qui piuttosto generico e in contrasto col suddetto standard di legalità. In secondo luogo, l'ordinanza in parola

⁸ Nel suo – sempre arguto – editoriale su *lacostituzione.info*, intitolato *Guardando a domani*, R. Bin ribalta tale possibile criticità lodando la scelta del Governo di non dare regole tassative, ma affidando il "controllo sociale" alla società. D'altra parte critica fortemente l'idea di una direzione tecnica della crisi, affidata a un "super-commissario".

⁹ Si badi, di carattere non regolamentare, né tantomeno assistita, come per il d.l., del controllo presidenziale e di quello del Parlamento, il che è tanto più discutibile in materie che vanno a toccare libertà personale e libertà di circolazione.



viene ad incidere pesantemente su diritti costituzionali, limitandoli oltre la determinazione disposta dall'ultimo Dpcm, che è valida anche per il territorio campano. Poi, 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.

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.).

Peraltro, guardando alla disciplina costituzionale relativa al riparto delle attribuzioni tra lo Stato e le Regioni, 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 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 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.

7. A mò di conclusione...

Detto ciò mi sia però concessa, senza tacciarmi di marxismo naif, una chiosa su quella che ritengo una "struttura" in pericolo di cui si parla poco.

Molti avranno visto o letto il discorso rivolto alla nazione da parte del Premier britannico Boris Johnson, che ha invitato la propria popolazione di prepararsi a "perdere persone care prematuramente", evocando, con fermezza (si pensi alla reazione britannica alla seconda guerra mondiale) il concetto di "immunità di gregge", rispolverato da una enciclopedia di medicina dell'800: in una popolazione di circa 60 milioni di persone, 36 circa prenderanno il virus. Con un tasso di mortalità di circa il 3% significa 1,08 milioni di decessi...



Evidentemente qui c'è un'idea dello Stato ben diversa dalla nostra. Per dirla in modo approssimativo, l'approccio britannico mette sui due piatti della bilancia la vita del “nonno” e la “carcerazione domiciliare” di una generazione di bambini e adolescenti (gli untori).

Si tratta di qualcosa di inconcepibile per la cultura mediterranea¹⁰. Tuttavia discorsi di questo tenore nascondono una scelta fra i nipoti (e i loro diritti) e i nonni, sulla scorta della necessità che prima i cittadini maturano l' “immunità di gregge” meglio è. Anche perché sono i giovani le generazioni produttive.

L'implementazione di questo modello (non conteniamo il contagio, sacrifichiamo consapevolmente una quota di popolazione) non richiede alcuna misura di restrizione della libertà: la vita quotidiana prosegue esattamente come prima, tranne che molti si ammalano e una percentuale non esattamente prevedibile ma non trascurabile di essi, non potendo ottenere le cure necessarie per ragioni di capienza del servizio sanitario, muore.

L'implementazione dell'opposto modello (conteniamo il contagio per salvare tutti i salvabili), che trova il suo paradigma nel sistema cinese, richiede invece l'applicazione di misure severissime di restrizione delle libertà personali, e anzi esigerebbe, per essere coerentemente effettuato, il dispiegamento di una vera e propria dittatura, per quanto morbida e temporanea, in modo da garantire l'unità del comando e la protezione della comunità dallo scatenamento delle passioni irrazionali, cioè da se stessa. Operativamente, la direzione esecutiva di questo modello dovrebbe essere affidata proprio alle forze armate, che possiedono sia le competenze tecniche, sia la struttura rigidamente gerarchica adatte.

Nel caso dell'Italia, la scelta – per quanto incerta ed eseguita in modo molto più inconsapevole del paradigma cinese – di questo secondo modello dipende probabilmente dalle seguenti ragioni¹¹.

1) Sul piano culturale, dall'influsso della civiltà italiana ed europea premoderna, infusa com'è di sensibilità precristiana, contadina e mediterranea per la famiglia, poi parzialmente assorbita dal cattolicesimo controriformato e dal barocco: un influsso di lunghissima durata che continua ad operare nonostante la “protestantizzazione” della Chiesa cattolica odierna, e nonostante l'egemonia culturale, almeno di superficie, di liberalismo ideologico e liberismo economico.

2) Sul piano politico, sia dal grave disordine istituzionale, ove i livelli decisionali si sovrappongono e ostacolano reciprocamente, come s'è palesato nel conflitto tra Stato e Regioni all'apertura della crisi epidemiologica; sia dalle preoccupazioni elettorali di tutti i partiti; sia dalla fragile legittimazione dello Stato, antico problema italiano.

¹⁰ Fino a un certo punto: si vedano le forti invettive “liberali” di esponenti della cultura di destra italiana come Nicola Porro e, sebbene in una posizione *sui generis*, Vittorio Sgarbi.

¹¹ Cfr. R. BUFFAGNI, *Epidemia Coronavirus: due approcci strategici a confronto*, in www.italiaeilmondo.com.



3) Sul piano politico-operativo, dalla incapacità delle classi dirigenti, nelle quali decenni di selezione alla rovescia e abitudine a scaricare responsabilità, scelte e relative motivazioni sulle spalle dell'Unione Europea hanno indotto una *forma mentis* che induce sempre a imboccare la linea di minor resistenza: che in questo caso è proprio la scelta di contenere il contagio, perché per scegliere la via del triage bellico di massa ci vuole una notevolissima capacità di decisione politica.

D'altra parte essere attenti alla garanzia delle libertà fondamentali non vuol dire, però, abdicare ai principi del nostro Stato costituzionale che, oltre che di diritto, è anche democratico e sociale¹². Peraltro, come è stato correttamente notato, lo stesso art. 32 Cost. configura il diritto alla salute non solo come diritto fondamentale della persona, ma anche come interesse della collettività¹³.

Il discorso ovviamente si trasferisce su un altro piano, ovvero quello del rapporto con l'Europa e con la sua Banca centrale, nonché, all'interno, alle discutibili modalità con cui si sta gestendo la procedura del maggiore indebitamento di bilancio prevista dall'art. 81, comma 2, Cost.¹⁴

Ma non è questa la sede per approfondire queste ulteriori questioni.

Né voglio dire che le libertà e i diritti fondamentali, a cui sono enormemente legato, siano nient'altro che una vetusta "sovrastruttura".

Tuttavia un ritorno a Santi Romano sembra in parte necessario: non nel senso che *necessitas non habet legem*, poiché sotto questo profilo non è possibile né (ovviamente) un ritorno allo Statuto né arretrare rispetto alle acquisizioni della giurisprudenza e della dottrina sopra richiamate, ma quanto meno nella consapevolezza che la nostra identità sociale e mediterranea non può essere del tutto sacrificata sull'altare di una visione intransigente e ultraliberale che, facendosi scudo del vessillo delle libertà, ci conduca all'abbandono dei nostri padri. Con buona pace di Enea e della sua tanto celebrata *pietas* nei confronti del vecchio padre Anchise.

¹² Cfr. R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004.

¹³ M. NOCELLI, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, cit., secondo il quale: "Se si tengono ferme queste essenziali coordinate, all'interno delle quali si muove il decisore pubblico (legislatore o amministratore) nell'esercizio del biopotere, si comprende come le severe misure adottate per il contrasto al coronavirus, anche se comportano un pur temporaneo, eccezionale, limite all'esercizio di libertà fondamentali, non configurano, come si è detto, un diritto della paura, dettato da pulsioni irrazionali, né un attentato ai diritti fondamentali, perché giustificate dal principio solidaristico e, con esso, dalla irrinunciabile tutela della persona umana, e sono anzi le sole che garantiscono, secondo la miglior scienza ed esperienza del momento storico, il rispetto del principio solidaristico contro decisioni avventate o irresponsabili dei singoli in una visione solo egoistica del proprio benessere e della società, concepita e confusa in un malinteso senso di "socialità", che sfidi divieti e cautele". L'evocata nozione di biopotere meriterebbe ben più ampio svolgimento, ma non è evidentemente questa la sede.

¹⁴ Cfr. C. BUZZACCHI, *Scostamento di bilancio da coronavirus*, S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et perat mundus*, entrambi in *lacostituzione.info*