

Emergenza CoViD-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?

Matteo De Nes

Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Padova.
Mail: matteo.denes@unipd.it.

L'emergenza sanitaria data dal virus CoViD-19 ha comportato drastiche limitazioni ad alcune fondamentali libertà costituzionalmente protette, con un livello di ampiezza e pervasività mai sperimentato prima nella storia repubblicana.

Misure applicate a porzioni di territorio sempre più ampie fino a coinvolgere l'intera nazione hanno fortemente ristretto la libertà di circolazione (art. 16 Cost.), la libertà di riunione (art. 17 Cost.) e la libertà di condurre attività economiche (art. 41 Cost.) di milioni di persone.

Certo, ognuna di queste libertà può legittimamente essere sottoposta a restrizioni nel caso in cui lo imponga la preminente necessità di tutelare altri diritti e interessi costituzionali a rischio. Ciò può avvenire con differenti regimi previsti dalle disposizioni della Carta: limitazioni della libertà di circolazione sono possibili nel rispetto di una riserva di legge rinforzata nel contenuto e relativa¹; le riunioni in luogo pubblico possono essere vietate dall'autorità amministrativa per motivi di sicurezza e incolumità pubblica; anche le libertà economiche, oltre a dover essere orientate all'utilità sociale, possono essere limitate dalla legge. Nessuna di tali restrizioni può però avere carattere indeterminato, dovendo necessariamente essere limitata nel tempo e strettamente giustificata dalla situazione di emergenza.

¹ Corte cost. n. 2/1956; cfr. U. DE SIERVO, *Soggiorno, circolazione, emigrazione (libertà di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Torino, 1970.

In caso contrario sarebbe evidente il contrasto con i principi di ragionevolezza e proporzionalità che devono sorreggere ogni operazione di bilanciamento.

A destare perplessità sotto il profilo costituzionale non sono dunque le misure restrittive in sé considerate, quanto piuttosto le modalità con le quali sono state adottate, con particolare riguardo al rispetto del principio di legalità sostanziale e alla sede in cui diritti e interessi costituzionali sono posti sulla bilancia del potere discrezionale.

Le misure in questione sono contenute in diversi decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (d.p.c.m.), tutti attuativi del d.l. 23 febbraio 2020 n. 6 – prontamente convertito con modificazioni marginali nella l. 5 marzo 2020 n. 13 – che ne rappresenta quindi la base legale. Il decreto-legge prevede nello specifico che può e deve essere applicata ogni proporzionata e adeguata misura di contenimento del virus nei comuni e nelle aree in cui «risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio» (art. 1, comma 1). La medesima disposizione elenca a titolo indicativo e non esaustivo dettagliate e pervasive limitazioni, poi concretamente attuate mediante i predetti d.p.c.m. Il successivo art. 2 del decreto-legge, con una disposizione generica e dalla portata molto ampia, estende la possibilità di adottare analoghe restrizioni anche fuori dei casi previsti dall'art. 1, comma 1, ossia di fatto potenzialmente a tutto il territorio nazionale, come poi è stato.

È necessario innanzitutto soffermarsi brevemente sulla natura giuridica dei d.p.c.m. i quali, al pari degli altri decreti ministeriali, sono atti formalmente amministrativi ma possono avere un contenuto eterogeneo, ora normativo, ora provvedimentale, ora proprio degli atti amministrativi generali². L'identificazione dell'esatta natura sostanziale dell'atto, non secondaria alla luce del differente regime di tutela, si inserisce nel ben noto dibattito sulla c.d. "fuga dal regolamento" e sull'ammissibilità o meno di atti normativi diversi da quest'ultimo³.

La giurisprudenza amministrativa ha delineato due modalità di identificazione degli atti normativi: sul piano formale è lo stesso legislatore che può fornire all'atto tale natura disciplinandone contenuti e modalità di formazione; sul piano sostanziale è necessario verificare la sussistenza dei requisiti di generalità (ossia indeterminabilità a priori e a posteriori dei destinatari), astrattezza (ossia indefinita ripetibilità e applicabilità a casi concreti), innovatività (quale capacità di innovare l'ordinamento giuridico)⁴. Entrambi i canoni ermeneutici vengono utilizzati congiuntamente, con preminenza dei profili sostanziali per evitare che la mera qualificazione giuridica dell'atto possa eludere il riparto costituzionale delle competenze. Del resto il criterio sostanziale è stato più volte valorizzato anche dalla Corte costituzionale proprio per dirimere questioni di competenza tra Stato e regioni in materia di potestà regolamentare⁵.

² Cfr. F. POLITI, 2001, *Decreto ministeriale*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. V, Milano, 2001.

³ Cfr. V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 86-88; N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2012, 1209 ss.

⁴ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5036 e 5035/2016; Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 9/2012.

In ogni caso, ritenendo ammissibili atti normativi "atipici", il loro fondamento deve essere saldamente ancorato a previsioni di legge che ne delineino contenuti e limiti⁶. Ciononostante, negli ultimi anni il frequente ricorso a d.p.c.m. di natura sostanzialmente normativa ha rappresentato una preoccupante elusione delle procedure e delle garanzie proprie delle fonti regolamentari⁷.

Venendo quindi all'analisi dei numerosi d.p.c.m. che si sono susseguiti in materia di Coronavirus, il legislatore di urgenza nel d.l. n. 6/2020 non ne ha espressamente indicato il carattere normativo, statuendo che le misure sono attuate da uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 3, comma 1. Il successivo comma 6, inoltre, disponendo il dimezzamento dei termini del controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti, parla di «provvedimenti emanati in attuazione del presente articolo» per stabilirne la provvisoria efficacia ed esecutività. Dal punto di vista strettamente formale, dunque, i d.p.c.m. attuativi sembrano assumere carattere amministrativo-provvedimentale.

Sul piano sostanziale le previsioni dei decreti hanno invece un vero e proprio contenuto normativo, in quanto generali, astratte e innovative. In particolare le misure che hanno limitato fortemente la libertà di circolazione e di riunione nonché le libertà economiche (adottate con i d.p.c.m. dell'8, 9 e 11 marzo 2020) risultano applicabili a una serie indefinita di casi concreti, rivolte a destinatari indeterminabili e innovative, ancorché temporaneamente, dell'ordinamento

⁵ Cfr. T. CERRUTI, *I decreti ministeriali non regolamentari: alterazione fisiologica o patologica del sistema delle fonti e del riparto di competenze fra Stato e Regioni?*, in *Giurisprudenza italiana*, 5, 2013, 1027 ss.

⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5036 e 5035/2016.

⁷ Cfr. V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2016.

giuridico. Esse inoltre lasciano un significativo margine interpretativo ai soggetti chiamati a eseguirle (prefetture e forze dell'ordine), soprattutto con riferimento alle deroghe al divieto per motivi lavorativi, di salute e per altre non meglio specificate situazioni di necessità⁸.

Orbene, il carattere formalmente amministrativo ma sostanzialmente normativo di questi d.p.c.m., unito al contesto straordinario ed emergenziale in cui sono stati adottati, consentono di accostarli di fatto alle ordinanze di necessità e urgenza, atti di incerta qualificazione ampiamente dibattuti sia in relazione alle calamità che ai "grandi eventi"⁹.

La natura giuridica di tali ordinanze è infatti discussa e ne sono state fornite diverse ricostruzioni, ora attribuendo loro forza di legge¹⁰, ora ritenendole atti normativi secondari¹¹, ora considerandole provvedimenti formalmente e sostanzialmente amministrativi¹², ora definendole a carattere normalmente amministrativo ed eccezionalmente normativo¹³. La Corte costituzionale ha optato per la natura formalmente e sostanzialmente amministrativa, sostenendo che tali atti sia che prescrivano un comportamento puntuale sia che dispongano per una generalità di soggetti e per una serie di casi possibili, operano «entro i limiti, anche temporali, della concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare»¹⁴. Essi quindi non possono essere annoverati tra le fonti del diritto in quanto non innovano il diritto oggettivo, potendo derogare ma non abrogare la

legislazione vigente, che si riespande cessata la loro efficacia¹⁵.

Come noto, il potere di ordinanza gode di un margine di discrezionalità notevole, derogando al principio di legalità-garanzia e potendo fondarsi su disposizioni legislative anche prive di una disciplina puntuale e dettagliata. Potranno al limite essere sindacati sotto il profilo dell'eccesso di potere ricorrendo in particolare al principio di proporzionalità¹⁶.

Ritenendo dunque assimilabili i d.p.c.m. sul contrasto al Coronavirus agli atti di necessità e urgenza, ci si chiede se essi rispettino i requisiti delineati dalla giurisprudenza costituzionale in materia.

Sul punto la sentenza n. 115/2011 ha fornito un'ampia ricostruzione della problematica, ribadendo diversi orientamenti precedenti e affermando l'imprescindibile necessità che ogni conferimento di poteri amministrativi rispetti il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente un'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge, che si risolverebbe in una totale libertà dell'organo investito della funzione. «Non è sufficiente – si legge nella pronuncia – che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa».

⁸ Cfr. A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 marzo 2020.

⁹ Sulle ordinanze in questione si veda da ultimo E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna, 2019.

¹⁰ F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005, 82-83.

¹¹ G. MORBIDELLI, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto amministrativo*, 1-2, 2016, 33 ss.

¹² F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 303 ss.

¹³ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 56 ss.

¹⁴ Corte cost. n. 4/1977 e n. 284/2006.

¹⁵ V. LOPILATO, *op. cit.*, 123.

¹⁶ Cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, n. 6951/2018.

Analizzando quindi i decreti in questione, è possibile distinguerli in due gruppi: da un lato quelli del 23 e 25 febbraio e quelli dell'1 e 4 marzo 2020, dall'altro i decreti dell'8, 9 e 11 marzo.

Per quanto concerne il primo gruppo, le relative disposizioni restrittive risultano circoscritte ai primi comuni colpiti dal contagio e con effetti limitati a pochi giorni. A queste si sono aggiunte sospensioni e limitazioni di eventi pubblici, attività scolastiche e altre attività – dapprima in alcune regioni e poi in tutto il territorio nazionale – oltre a disposizioni relative all'isolamento domiciliare e alla quarantena. Tali previsioni ricalcano in buona parte le misure indicate in modo dettagliato dal d.l. n. 6/2020 all'art. 1, comma 2, e ne rappresentano diretta e puntuale attuazione. Sotto questo profilo quindi può considerarsi rispettato il principio di legalità sostanziale. Le disposizioni introdotte a partire dal decreto dell'8 marzo, invece, in particolare nella parte in cui hanno ristretto progressivamente gli spostamenti delle persone confinandole nelle proprie abitazioni salvo limitate eccezioni, si fondano non più sull'art. 1 del d.l. n. 6/2020, che in qualche modo restringeva il raggio di azione delle misure concrete a comuni e aree delimitate, ma sulla generica previsione di cui all'art. 2, ai sensi del quale «le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2, possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'art. 1, comma 1».

In questo caso l'esercizio del potere amministrativo risulta alquanto indeterminato sia nel contenuto che nelle modalità. Peraltro tra le misure indicate dall'art. 1, comma 2, del decreto legge rientra il divieto di allontanamento o di accesso ai comuni e alle aree interessate (evidentemente non più attuale dopo il 9 marzo 2020), ma non si

menziona la possibilità di restringere la libertà di movimento di tutte le persone su tutto il territorio fin tanto da costringerle a «evitare» di uscire di casa.

Quest'ultimo, insieme di d.p.c.m., dunque, pone più di una perplessità sull'effettivo rispetto del principio di legalità sostanziale. Peraltro il relativo regime di tutela, alla luce dell'orientamento prevalente sulla natura degli atti di necessità e urgenza, segue quello dei provvedimenti e si dovrà eventualmente ricorrere entro i termini al giudice amministrativo, sollevando se del caso questione di legittimità costituzionale sulle disposizioni del decreto legge (anche se ciò appare improbabile nelle circostanze attuali).

In considerazione inoltre dell'indeterminatezza e genericità dell'art. 2 del d.l. n. 6/2020, sorgono dubbi anche sull'idoneità delle disposizioni dei d.p.c.m. a integrare il contenuto della norma penale in bianco di cui all'art. 650 c.p. Quest'ultima, sebbene espressamente indicata dal d.l. n. 6/2020 (art. 3, comma 4) quale sanzione penale per la violazione delle misure contenute nei d.p.c.m., richiede infatti che il provvedimento dell'autorità si fondi su una legge, anche diversa da quella incriminatrice, che ne indichi «con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti»¹⁷.

Volendo trarre qualche breve conclusione, il dato piuttosto allarmante sotto il profilo costituzionale è che un potere discrezionale amplissimo di sospendere fondamentali garanzie costituzionali nei confronti di chiunque si fonda su una norma di legge estremamente generica che non pone alcun vincolo né contenutistico né temporale. Essa si limita a indicare la finalità di prevenire la diffusione dell'epidemia, rimandando all'organo amministrativo ogni valutazione non solo sulle concrete misure da adottare, ma anche

¹⁷ Corte cost. n. 168/1971.

su quando queste non saranno più necessarie. È pur vero infatti che i d.p.c.m. emanati sinora indicano una data di cessazione della loro efficacia – in caso contrario sarebbe evidente la violazione del principio di proporzionalità e la loro conseguente illegittimità per eccesso di potere – ma è altrettanto vero che la base legale non impedisce una loro reiterazione indefinita. Così facendo, il necessario bilanciamento tra il diritto alla salute e altri diritti e interessi costituzionali in una situazione di emergenza è stato rimesso *sine die* a una singola autorità amministrativa, con una delega in bianco il cui incondizionato esercizio potrebbe giungere a lambire pericolosamente la libertà personale e non solo quelle di circolazione, riunione o di iniziativa economica.

Una diversa soluzione, più coerente con l'ordinamento costituzionale¹⁸, sarebbe stata quella di ricorrere ad altri decreti-legge da adottarsi di volta in volta, attraverso cui disporre almeno il contenuto minimo delle misure restrittive e il relativo termine di efficacia, scaduto il quale il Governo avrebbe potuto rivalutare la situazione di fatto alla luce del mutato contesto epidemiologico e decidere eventualmente di adottare un successivo decreto-legge. Un ricorso a plurimi decreti-legge sarebbe giustificato dalla situazione straordinaria, consentirebbe decisioni altrettanto rapide e sarebbe presidiato quantomeno dal controllo parlamentare, rispettando in misura maggiore il principio di legalità sostanziale.

(16 marzo 2020)

¹⁸ Cfr. F. CLEMENTI, *Quando l'emergenza restringe le libertà meglio un decreto legge che un Dpcm*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 marzo 2020, 12.