

Il TAR in via cautelare non sospende l'ordinanza che vieta l'attività fisica.

Nota a TAR Campania, sez. V, n. 01048/2020 del 18.03.2020, Pres. Scudeller

Camilla Della Giustina

Dottoressa in Giurisprudenza, cultrice della materia per l'insegnamento IUS/08 Diritto Costituzionale c/o Università degli Studi di Padova, Scuola di Giurisprudenza.

Mail: camydg94@gmail.com.

1. Introduzione

Il contributo muove dall'analisi del decreto cautelare del TAR Campania¹ pronunciato a seguito di un ricorso avverso un'ordinanza adottata dalla stessa Regione per fronteggiare l'emergenza derivante dalla diffusione del Coronavirus.

Si è deciso di analizzare la motivazione adottata dal TAR in sede cautelare evidenziando come il giudice amministrativo alla luce dell'emergenza sanitaria in corso interpreti in maniera cedevole il principio di legalità proprio del nostro ordinamento. A tal proposito si è deciso di prendere le mosse da una frase contenuta nel decreto cautelare che fungerà da base per svolgere una riflessione sul (presunto) rispetto del principio di legalità

2. Ricostruzione del fatto

Con ricorso n. 1048/2020 veniva richiesto dall'Avv. Imparato l'annullamento previa sospensione dell'efficacia dell'ordinanza n. 15/2020 del Presidente della Giunta regionale

della Campania² e del Chiarimento n. 6/2020 del Presidente della Giunta regionale³.

L'ordinanza n. 15/2020 all'art.1 obbliga tutti i cittadini a rimanere nelle proprie abitazioni consentendo solamente gli spostamenti individuali e temporanei dettati da esigenze lavorative, situazioni di necessità o motivi di salute. All'articolo successivo viene precisato che per situazioni di necessità si intendono «quelle correlate alle esigenze primarie delle persone, per il tempo strettamente necessario, e degli animali d'affezione per il tempo strettamente indispensabile in aree contigue alla propria residenza, domicilio o dimora». Successivamente con il Chiarimento n. 6/2020 viene sancito *expressis verbis* che l'attività sportiva all'aperto in luoghi pubblici o aperti al pubblico non sia compatibile con il contenuto dell'ordinanza n.15/2020.

Il TAR in sede cautelare ha evidenziato come «l'ordinanza 15/2020 richiama plurime disposizioni legislative che fondano la base legale del potere di adozione di misure correlate a situazioni regionalmente localizzate, il che esclude ogni possibile contrasto di dette misure con quelle predisposte per l'intero territorio nazionale».

Oltre a questo viene sostenuto che la situazione di necessità ed urgenza causata dalla rapida diffusione del virus CoViD-19 consente di adottare misure restrittive della libertà personale in considerazione della prevalenza della tutela della salute pubblica. A tal proposito il tribunale sostiene che «considerato peraltro aspetto che, nella valutazione dei contrapposti interessi, nell'attuale situazione emergenziale a fronte di limitata compressione della situazione azionata, va accordata prevalenza alle misure approntate per la tutela della salute pubblica».

¹ Ricorso n. 01048/2020, pubblicato in data 18.3.2020.

² BURC n. 35 del 13.3.2020.

³ BURC n. 38 del 14.3.2020.

Per i motivi appena descritti il TAR Campania in sede cautelare respinge la richiesta di sospensione dell'Ordinanza n. 15/2020 e del Chiarimento n. 6/2020 fissando la camera di consiglio in data 21.4.2020 per la trattazione collegiale.

3. Brevi riflessioni a margine del decreto cautelare

In via preliminare si precisa che sebbene si tratti di una pronuncia cautelare che rigetta la richiesta cautelare di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti azionati questo non impedisce di svolgere delle riflessioni. L'espressione utilizzata dal TAR Campania che, nell'opinione di chi scrive, sembra essere abbastanza problematica ed ambigua è quella secondo cui «l'ordinanza 15/2020 richiama plurime disposizioni legislative che fondano la base legale del potere di adozione di misure correlate a situazioni regionalmente localizzate».

Volendo procedere ad una ricostruzione del complesso quadro normativo emerge che l'ordinanza *de qua* richiama solamente il Dl. 6/2020 e i successivi quattro DPCM adottati dal Presidente del Consiglio tra cui il DPCM 9 marzo 2020 il quale richiede che sia «evitato ogni spostamento delle persone fisiche in entrata ed uscita dai territori di cui al presente articolo, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute». Probabilmente il TAR ritiene che la base legale del potere di ordinanza possa essere rinvenuta nell'art. 5 co. 4 DPCM 8 marzo 2020 il quale a sua volta richiama l'art. 3 co. 2 Dl. 6/2020 nella parte in cui «fa salvo il potere di ordinanza delle Regioni».

Alla luce di questo ci si deve chiedere se sia ammissibile nel caso di specie ritenere sussistente la

riserva di legge *per relationem*. Precisamente il potere di adottare ordinanze contingibili ed urgenti riconosciuto dal TAR alla Regione Campania in capo al Presidente della Regione Campania viene rinvenuto nel DPCM 8 marzo in quanto questo richiama l'art. 3 co. 2 del Dl. 6/2020. In base a questa concatenazione di disposizioni il tribunale amministrativo sostiene che non sia possibile sospendere l'ordinanza n.15/2020 perché fondata sul Dl. 6/2020.

A tal proposito si richiama una pronuncia della Corte costituzionale secondo cui le ordinanze affinché siano compatibili con il nostro sistema costituzionale devono «fondarsi su una specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata; 2) che abbiano un'efficacia derogatoria e non abrogativa o modificativa della normativa primaria; 3) che rispettino il limite delle riserve di legge, assolute o relative, secondo la graduazione teorizzata nella sentenza n. 26 del 1961; 4) che siano adeguate al fatto»⁴. La giurisprudenza costante della Corte costituzionale indica che il rispetto di una specifica autorizzazione legislativa significa osservare almeno due requisiti. In primo luogo la prescrizione del legislatore non deve essere "in bianco" ossia carente circa l'indicazione dei limiti, dei contenuti e delle modalità dell'azione amministrativa⁵. In secondo luogo è stato precisato che un eventuale DPCM debba ritenersi non idoneo per delimitare la discrezionalità del pubblico potere⁶.

Dal quadro giurisprudenziale appena delineato emerge chiaramente come l'ordinanza n. 15/2020 non possieda una solida base legale anche nell'ipotesi in cui si volesse ammettere che la stessa rinvenga la propria fonte legale del Dl.

⁴ Corte cost., 3 maggio 1987, n. 201.

⁵ Corte cost. 4 aprile 2011, n. 115.

⁶ Corte cost., 24 giugno 2009, n. 196.

6/2020. Quest'ultimo infatti non contiene alcuna delle prescrizioni richieste dalla giurisprudenza costituzionale poiché si limita solamente ad autorizzare l'adozione di ordinanze *extra ordinem* risultando essere quindi totalmente in bianco⁷. In dottrina è stato sostenuto 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 legge⁸».

L'opinione di chi scrive è che anche ammettendo che la fonte legale dell'ordinanza possa essere rinvenuta nel DL. 6/2020 lo stesso non sia idoneo, nonostante sia una fonte primaria, ad assumere questa funzione. La Corte costituzionale con una pronuncia adottata in una precedente situazione di emergenza socio-economico-ambientale ha evidenziato che il carattere eccezionale del «potere di deroga della normativa primaria, conferito ad autorità amministrative munite di poteri di ordinanza, sulla base di specifica autorizzazione legislativa» debba ritenersi appunto eccezionale in quanto si tratta «di deroghe temporaneamente delimitate, non anche di abrogazione o modifica di norme vigenti (sentenze 201 del 1987, 4 del 1977, 26 del 1961 e 8 del 1956).

Proprio il carattere eccezionale dell'autorizzazione legislativa implica, invero, che i poteri degli organi amministrativi siano ben definiti nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio (sent. n. 418 del 1992): il potere di ordinanza non può dunque incidere su settori dell'ordinamento menzionati con approssimatività, senza che sia specificato il nesso di strumentalità tra lo stato di emergenza e le norme di cui si consente la temporanea sospensione⁹» Il decreto-legge in questione all'art. 2 co.1¹⁰ indica in maniera molto approssimativa sia le autorità competenti ad adottare le misure di contenimento e gestione dell'urgenza sia i casi concreti che giustificano l'adozione di questo potere in capo alle autorità. Precisamente viene utilizzata l'espressione «autorità competenti» senza specificare se si tratti del Sindaco, del Presidente della Regione, del Presidente del Consiglio dei ministri, del Capo del Dipartimento della Protezione civile. In relazione all'individuazione dei casi concreti che possono giustificare il riconoscimento del potere di adottare misure di contenimento e gestione dell'emergenza lo stesso decreto-legge prevede la possibilità di «adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza anche al di fuori dei casi contemplati» nell'art. 1 DL.

⁷ L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *Osservatorio Federalismi Emergenza Covid-19*, 18.3.2020, 12-34. Altra parte della dottrina ha definito le prescrizioni contenute in esso come «non tassative». G. TROPEA, *Il covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it, osservatorio emergenza covid-19*, 18.3.2020, 11. Ed infine è stato qualificato quale «genericissimo» da L.A. MAZZAROLI, «*Riserva di legge*» e «*principio di legalità*» in *tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente*

strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss, 77 Cost, per tacer d'altri, in *Federalismi.it, osservatorio emergenza covid-19*, 23.3.2020, 12.

⁸ R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Diritto amministrativo*, 1988, 517.

⁹ Corte cost., 14 aprile 1995, n. 127.

¹⁰ «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».

6/2020¹¹. Si tratta di un enunciato che non precisa in modo chiaro ed incontrovertibile in che cosa possano consistere queste «ulteriori misure».

4. Conclusione

A seguito delle riflessioni svolte l'auspicio è che il TAR, in sede di trattazione nel merito, affronti il problema del concreto atteggiarsi del sistema delle fonti del diritto nel caso concreto

¹¹ «1. Allo scopo di evitare il diffondersi del COVID-19, nei comuni o nelle aree nei quali 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 del menzionato virus, le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica. 2. Tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti: 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; e) sospensione dei servizi di apertura al pubblico dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura di cui all'articolo 101 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché dell'efficacia delle disposizioni regolamentari sull'accesso libero o gratuito a tali istituti e luoghi; f) sospensione dei viaggi d'istruzione organizzati dalle istituzioni scolastiche del sistema nazionale d'istruzione, sia sul territorio nazionale sia all'estero, trovando applicazione la disposizione di cui all'articolo 41, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79; g) sospensione delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale; h) applicazione della misura della quarantena con sorveglianza attiva agli individui che hanno

sottoposto al suo giudizio rilevando come l'ordinanza sottoposta al suo giudizio non possieda una solida base legale come affermato nel decreto cautelare.

È doveroso ricordare che il principio di legalità e di riserva di legge non possono essere definiti quali formalismi capziosi ma siano espressione di un principio di civiltà giuridica da rispettare anche nell'ipotesi in cui si verifichi un'emergenza sanitaria. Adottare un decreto-legge rispettoso

avuto contatti stretti con casi confermati di malattia infettiva diffusiva; i) previsione dell'obbligo da parte degli individui che hanno fatto ingresso in Italia da zone a rischio epidemiologico, come identificate dall'Organizzazione mondiale della sanità, di comunicare tale circostanza al Dipartimento di prevenzione dell'azienda sanitaria competente per territorio, che provvede a comunicarlo all'autorità sanitaria competente per l'adozione della misura di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva; j) chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità; k) chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici, degli esercenti attività di pubblica utilità e servizi pubblici essenziali di cui agli articoli 1 e 2 della legge 12 giugno 1990, n. 146, specificamente individuati; l) previsione che l'accesso ai servizi pubblici essenziali e agli esercizi commerciali per l'acquisto di beni di prima necessità sia condizionato all'utilizzo di dispositivi di protezione individuale o all'adozione di particolari misure di cautela individuate dall'autorità competente; m) limitazione all'accesso o sospensione dei servizi del trasporto di merci e di persone terrestri, aereo, ferroviario, marittimo e nelle acque interne, su rete nazionale, nonché di trasporto pubblico locale, anche non di linea, salvo specifiche deroghe previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3; n) sospensione delle attività lavorative per le imprese, a esclusione di quelle che erogano servizi essenziali e di pubblica utilità e di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare; o) sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nel comune o nell'area interessata nonché delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni o aree svolte al di fuori del comune o dall'area indicata, salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile, previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3».

delle indicazioni derivanti dalla giurisprudenza costituzionale significa adottare un atto conforme, a sua volta, ai valori costituzionali quali rispetto del principio di legalità, della sovranità popolare e di protezione delle libertà

fondamentali garantite dalla nostra Costituzione. È evidente quindi che non si tratta di una mera esigenza di carattere formale¹².

(30 marzo 2020)

Federalismi

¹² M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it, osservatorio emergenza covid-19*, 18.3.2020.