

PROFESSIONE



DECRETO CORONAVIRUS | 18 Maggio 2020

La gerarchia delle fonti nelle situazioni di necessità ed urgenza

di Piergiorgio Romano

L'emergenza scatenata dall'epidemia di COVID-19 ha posto numerosi quesiti agli interpreti del diritto italiano ed internazionale.

Uno dei più ricorrenti e spinosi riguarda il **rapporto tra le diverse fonti normative e i rispettivi livelli nella gerarchia delle fonti**, dato che, come noto, in un contesto caratterizzato da situazioni di necessità ed urgenza può accadere (ed è accaduto) che serva il ricorso a dei criteri interpretativi e sistematici per dirimere i contrasti creati tra disposizioni emanate dai vari enti territoriali.

Mentre in un contesto standard sorgono pochi interrogativi a riguardo, essendosi consolidata nel tempo, sia in dottrina che in giurisprudenza, la canonica classificazione delle **fonti normative nazionali e sovranazionali**, caratterizzata dalla prevalenza della matrice nazionale (e, soprattutto europea), con l'ovvio adattamento dovuto alle esigenze e agli interessi delle autonomie locali (garantite e protette dall'art. 5 della Costituzione e dalla cd. Sussidiarietà orizzontale), in un quadro contraddistinto dalla sollecitudine e dalla premura di provvedere "alla buona", purché in tempo, possono nascere delle evidenti storture sistematiche, quando non direttamente delle clamorose illogicità.

A quale fonte dare prevalenza? E, soprattutto, a quale parametro fare riferimento per ristabilire un ordine logico e giuridicamente congruente, anche in virtù del dettato costituzionale?

Al netto dei classici principi vigenti in materia, quali quelli dettati dalle cd. Preleggi o dai principali Codici del nostro ordinamento giuridico, in diverse leggi nazionali, tra cui quelle istitutive di servizi pubblici (o, meglio, "servizi pubblici essenziali"), possono rinvenirsi ulteriori criteri risolutivi, utilizzabili ad hoc per la materia oggetto di trattazione.

Nell'ordinamento giuridico italiano, come risaputo, sono disciplinate a tutti i livelli (ivi compreso quello costituzionale) le situazioni di contrasto tra diverse disposizioni normative, scaturite dalla possibilità che, contemporaneamente, siano vigenti due enunciati contraddittori, i quali, in astratto, si elidono a vicenda.

Una disposizione normativa, infatti, è un enunciato sintatticamente condizionale, che collega una conseguenza giuridica ad una fattispecie astratta. Quando la stessa fattispecie viene normata da diverse disposizioni, le quali non giungono a conclusioni logicamente "compatibili" tra loro (come, invece, nelle ipotesi delle Sanzioni principali e delle Sanzioni accessorie), bensì discordanti, si ha un'ipotesi di Antinomia.

Le Antinomie (dal greco anti-nomoi = opposizione di leggi, regole) sorgono in situazioni in cui vi è (perfetta o parziale) identità soggettiva ed oggettiva tra disposizioni inconciliabili.

La discordanza creatasi può essere totale (e allora si parla di Antinomie assolute) o parziale (Antinomie unilaterali).

Le prime sono, per l'appunto, totalmente contrastanti. Si pensi al caso in cui una norma (N) qualifichi come lecito il comportamento x ed un'altra (M) lo qualifichi come illecito. Queste ipotesi anno luogo ad una indecidibilità piena.

Le seconde sono parzialmente contrastanti, in quanto accade che una norma (N) qualifichi come lecito un comportamento x, il quale è ricompreso in una fattispecie y, qualificata illecita da un'altra norma (M). In questo caso, essendo la fattispecie disciplinata dalla norma N interamente compresa nella fattispecie disciplinata dalla norma M, il conflitto è solo apparente e la indecidibilità non è assoluta, in quanto la situazione di contrasto si presenta solo con riferimento alla norma M, riferita al comportamento x.

Tradizionalmente, **i conflitti tra norme** si inseriscono nel campo dell'interpretazione e la presuppongono, nel senso che l'ordinamento non conosce antinomie prima dell'interpretazione, e, di solito, avvenuta quest'ultima, l'antinomia è stata già individuata e risolta.

Infatti, qualsiasi ordinamento giuridico, nonostante la sua dinamicità, non può e non deve tollerare situazioni di incertezza. Il mantenimento della coerenza dell'ordinamento è tra le funzioni essenziali della giurisprudenza, anche quando questa si esprime secondo equità, perché la coerenza dell'ordinamento è un valore costituzionalmente protetto, su cui si fonda l'affidamento del cittadino.

Tra l'altro, con riguardo alla portata del principio di coerenza, la Corte costituzionale italiana si è più volte espressa, richiamando l'attenzione degli operatori giuridici sulla necessità di non ledere l'affidamento del cittadino con "disposizioni che trasmodino in un regolamento irrazionale di situazioni fondate su leggi precedenti" (Corte costituzionale, Sentenza n. 416/1999); sull'esigenza di evitare un "gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari" che "può rendere scusabile l'ignoranza della legge penale" (Corte Costituzionale, Sentenza n. 283/1986); sull'esistenza di un dovere professionale del giudice di conoscere la giurisprudenza, per preservare la coerenza dell'ordinamento secondo la regola dello stare decisis propria degli ordinamenti di Common Law (Corte costituzionale, Sentenza n. 283/1986).

Dunque, alla luce di quanto detto, visto che nei contesti emergenziali vi è un susseguirsi di provvedimenti ed atti legislativi, quali criteri occorre usare per assicurare la succitata coerenza dell'ordinamento italiano? È lampante che la questione richiede un coordinamento sistematico significativo e non poco farraginoso, quale quello di seguito proposto.

Si prospetta, ad esempio, un caso recentemente posto all'attenzione dell'opinione pubblica, in cui una specifica fattispecie (passeggiata nei pressi della propria abitazione), con riguardo alla Regione Campania, era disciplinata in modo confliggente da due diverse fonti normative.

L'Ordinanza emanata dal Presidente della Giunta Regionale n. 23 del 25 marzo, infatti, disponeva al capo 1 che "con decorrenza dalla data del 26 marzo 2020 e fino al 14 aprile 2020 su tutto il territorio regionale è **prorogato il divieto di uscire dalla abitazione, ovvero residenza, domicilio o dimora nella quale ci si trovi**, ai sensi e per gli effetti dell'Ordinanza del Ministro della Salute e del Ministro

dell'Interno 22 marzo 2020 e del DPCM 22 marzo 2020. Sono ammessi esclusivamente spostamenti temporanei ed individuali, motivati da comprovate esigenze lavorative per le attività consentite, ovvero per situazioni di necessità o motivi di salute”.

Quindi, chiunque avesse deciso di uscire temporaneamente dalla propria abitazione, in assenza delle già menzionate giustificazioni, sarebbe stato passibile di sanzioni (principalmente amministrative), applicabili dalle Forze dell'Ordine.

Di seguito, è stata diffusa la Circolare del Ministero dell'Interno del 31 marzo 2020 n. 15350/117(2) Uff.III-Prot.Civ., la quale, “nel rammentare che resta non consentito svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto ed accedere ai parchi, alle ville, alle aree gioco e ai giardini pubblici”, evidenzia “che **l'attività motoria generalmente consentita non va intesa come equivalente all'attività sportiva (jogging)**, tenuto anche conto che l'attuale disposizione di cui all'art. 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 9 marzo scorso tiene **distinte le due ipotesi, potendosi far ricomprendere nella prima, come già detto, il camminare in prossimità della propria abitazione**”.

Il comportamento in analisi prospettava, dunque, in quel preciso frangente e tenuto conto delle prescrizioni vigenti, due distinte soluzioni, disciplinate, da un lato, dai D.P.C.M. emanati in data 8 e 9 marzo 2020 (richiamati dalla citata Circolare) e, dall'altro, dall'Ordinanza n. 23 del 25 marzo 2020 del Presidente della Regione Campania.

La normativa nazionale, rappresentata dai Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri dell'8.03.2020 e 9.03.2020 sugli spostamenti individuali, prevedeva “... di evitare ogni spostamento delle persone fisiche ... salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute”. Nello specifico, però, l'art. 1, comma 3 del D.P.C.M. del 9 marzo, sostituendo la lettera d) dell'art. 1 del D.P.C.M. 8 marzo 2020, aveva precisato che **“lo sport e le attività motorie svolti all'aperto sono ammessi esclusivamente a condizione che sia possibile consentire il rispetto della distanza interpersonale di un metro”**.

Successivamente era intervenuta la summenzionata Ordinanza Reg. Campania n. 23 del 25 marzo, la quale, si ripete, affermava che “con decorrenza dalla data del 26 marzo 2020 e fino al 14 aprile 2020 su tutto il territorio regionale **è prorogato il divieto di uscire dalla abitazione, ovvero residenza, domicilio o dimora nella quale ci si trovi**”.

A rendere evidente il contrasto tra le disposizioni è intervenuta la predetta Circolare del Ministero dell'Interno, la quale, come insegna autorevole dottrina (cfr. F. Caringella, “Compendio di Diritto Amministrativo”, pag. 91), è una cd. “Circolare interpretativa”, che, al fine di un'applicazione uniforme di leggi e regolamenti, ne fornisce un'indicazione esegetica. L'atto in sé, quindi, è privo di efficacia vincolante, limitandosi a riproporre il contenuto precettivo di **atti normativi in vigore**, non sussistendo, di conseguenza, interesse a ricorrere contro le medesime.

In sostanza, dunque, l'efficacia delle prescrizioni e del contenuto di tali circolari è da rinvenirsi nell'atto legislativo o amministrativo richiamato, del quale viene fornito un semplice chiarimento.

La rilevanza di tali disposizioni (interna e/o esterna, a seconda dei soggetti ai quali sono dirette), dotate di portata normativa indiretta, in quanto recepite dall'atto presupposto e richiamato, è peculiare, poiché, essendo già in vigore l'atto “interpretato”, esse hanno efficacia retroattiva rispetto all'emanazione della circolare, da retrodatata a partire dall'emanazione dell'atto presupposto (in questo caso, il D.P.C.M. 9 marzo 2020).

Veniva, perciò, a crearsi una situazione di stallo, dato che la normativa nazionale e quella regionale, disciplinando in modo specifico situazioni simili, quando non direttamente sovrapponibili, necessitavano di un chiarimento gerarchico e sistematico che andasse oltre la semplice disciplina dettata dai classici principi di successione delle leggi nel tempo, come, ad esempio, il noto brocardo latino, previsto dall'art. 15 delle “Preleggi”, “lex posterior derogat priori”, secondo il quale la normativa emanata successivamente prevale su quella emanata in precedenza.

Eppure, per dirimere la vexata quaestio, si era in un primo tempo affermato che i provvedimenti adottati dalle autorità di Pubblica Sicurezza, vista la situazione emergenziale, avrebbero preferito un approccio legato alla prossimità territoriale e al susseguirsi degli eventi, dando, quindi, prevalenza alle Ordinanze emanate dai Presidenti delle Giunte Regionali e, in caso di contrasto con le disposizioni nazionali (anche se egualmente urgenti), una generica preferenza alla normativa più recente.

Un approccio di questo tipo, data la situazione trattata, non poteva certamente essere condiviso, essendo immediata la constatazione che il criterio cronologico di successione delle leggi nel tempo va applicato nelle ipotesi in cui le norme, perfettamente sovrapponibili oggettivamente e soggettivamente, siano dello stesso rango nella gerarchia delle fonti. Non trattasi, quindi, del caso in esame, visto che erano state affrontate e sintetizzate le disposizioni contenute, da un lato, in diversi Decreti del Consiglio dei ministri, e, dall'altro, quelle previste da varie Ordinanze di necessità ed urgenza emanate dal Presidente della Giunta Regionale per la Campania.

Senza considerare che la Legge n. 833/1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, la quale è fonte indiscussa dei poteri attribuiti in caso di emergenza sanitaria ai Presidenti di Regione (art. 32, comma 3, l. 833/78), ispirandosi ai principi di universalità, uguaglianza ed equità, da tradurre in una uniformità di profilassi sull'intero territorio nazionale, detta linee guida assolutamente chiare ed inequivocabili, conferendo deroghe sensibilmente considerevoli ai limiti costituzionali e nazionali solo ove la situazione lo richieda.

L'unico modo per dirimere i contrasti formati era effettuare una valutazione del contesto sanitario ed epidemiologico al momento dell'avvenuta antinomia, alla luce dei criteri dettati dalla Legge n. 833/78 e dal D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, recante “misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”, il quale, dalla sua emanazione, ha stabilito e normato i poteri conferiti e conferibili al Ministro della Salute, al Ministro dell'Interno e ai Presidenti delle Giunte Regionali, in qualità di “Autorità competenti”.

Proprio nel citato D.L. n. 6/2020 (convertito nella Legge n. 13 del 5 marzo 2020), all'art. 3, comma 2, veniva delineato un rapporto gerarchico dinamico, caratterizzato ovviamente dalla necessità di adottare misure efficaci e tempestive, a seconda della situazione da affrontare. Ebbene, si prevedeva che “nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di 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”.

Dunque, la norma aveva dettato chiaramente i principi guida per il coordinamento dei diversi livelli normativi utilizzabili in tale contesto, stabilendo una indubbia preferenza per la normativa statale, poiché maggiormente coerente con la **necessità di una profilassi uniforme su tutto il territorio italiano, anche per garantire, conseguentemente, un medesimo standard di tutela della salute per tutti gli individui residenti all'interno del nostro Paese** (in linea, inoltre, con i principi di adozione dei cd. L.E.A., ossia i livelli essenziali di assistenza).

La preferenza per il criterio di prossimità territoriale, al contrario, sarebbe stata opportuna in quelle situazioni drammatiche ed urgenti (“casi di estrema necessità ed urgenza”) in cui non si poteva fare altro che adottare provvedimenti restrittivi necessari ed improrogabili, come

l'istituzione delle cd. "Zone Rosse", in cui la circolazione interna ed esterna era totalmente vietata.

Appurato ciò, a parere dello scrivente, conviene prendere spunto dalle disposizioni esaminate per enucleare un utile ed imparziale canone sistematico: **la prevalenza per la fonte locale deve trarre la propria legittimazione dal contesto territoriale di riferimento**, in quanto è chiaro che in circostanze letteralmente tragiche (quali sono state quelle verificatesi in Lombardia e in Piemonte) l'urgenza di provvedere è tale da preferire una risposta rapida e puntuale, meglio conferita da atti amministrativi emanati da organi di governo locale.

Viceversa, anche a fronte della necessità di non comprimere eccessivamente i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti, nonostante la situazione di carattere emergenziale, occorre privilegiare la normativa emanata a livello nazionale in quei territori in cui la situazione non è grave e critica al punto tale da dover sacrificare le predette garanzie costituzionali, sì da ricercare di volta in volta un giusto e logico punto di equilibrio tra le due esigenze contrapposte (ossia, affrontare l'emergenza sanitaria e, al contempo, tutelare i diritti fondamentali dell'individuo).

Così articolando e dirimendo la questione, in linea con i principi imposti dalla nostra carta costituzionale e dalle fonti internazionali (tra cui i Trattati U.E. di Lisbona e la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali), si otterrà un criterio elastico, con la possibilità di prevedere la disapplicazione della normativa locale in contrasto con i principi e le disposizioni nazionali, laddove il contesto socio-sanitario territoriale non sia tale da giustificare la discrasia tra le due fonti.

Infatti, l'antinomia con una norma di rango superiore, in virtù di quanto disposto dal summenzionato D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 (da qualificare come norma attributiva di competenza), dà luogo ad ipotesi di invalidità della normativa locale confligente e non sufficientemente motivata.

A fronte dell'invalidità della norma, l'ordinamento può (e deve) reagire al fine di eliminare intollerabili situazioni di incertezza per il cittadino, affidando alle sagge e prudenti braccia degli organi giurisdizionali di vario livello il **potere di non applicare la norma invalida** e, quindi, di decidere la causa come se tale norma non esistesse (tamquam non esset).

Gli stessi Giudicanti, i quali sono da sempre autorevoli interpreti dei testi giuridici vigenti, adempieranno la loro funzione quali principali operatori di una così delicata valutazione "caso per caso", in modo da rendere tale criterio di prevalenza elastica giuridicamente efficace, tutelabile innanzi all'autorità giudiziaria ed, oltretutto, coerente con il brocardo *Lex superior derogat inferiori*, il quale, per l'appunto, prevede la **disapplicazione della norma gerarchicamente inferiore incompatibile con le disposizioni emanate da fonti superiori**.

Clicca qui per consultare la sezione dedicata al decreto Coronavirus



||||

© Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Capitale Sociale € 2.000.000 i.v. - Sede legale: via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano P.IVA 00829840156 Società a socio unico. Società soggetta alla direzione e coordinamento di Editions Lefebvre Sarrut S.A.

 **Associata Unione Stampa Periodica Italiana**