

SENTENZA TAR CALABRIA – SEZ. CATANZARO N. 841/2020 E

CORONAVIRUS: UNA OCCASIONE MANCATA

dell'Avv. Luigi Adinolfi

Tutti i mass media hanno dato grande risalto alla Sentenza del TAR di Catanzaro del 09/05/2020 n. 841 con la quale è stato accolto il ricorso della P.C.M. avverso l'ordinanza del Presidente della Regione Calabria del 29/04/2020 n. 37 nella parte in cui “è consentita la ripresa di attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto”.

Il TAR ha accolto tutte e tre le censure sollevate dall'Avvocatura Distrettuale ritenendo l'Ordinanza *in parte qua* illegittima per violazione dell'art. 1, c. 1, del D.L. n. 19/20 in quanto non “più restrittiva” rispetto al DPCM 26/04/2020; per difetto di motivazione con specifico riferimento al “principio di prevenzione”; per eccesso di potere per violazione del” principio di leale collaborazione tra Stato-Regione”.

Oggetto della presente riflessione non sono i motivi di impugnativa accolti, ma il problema generale della conformità a Costituzione dell'attuale normativa dettata dallo stato emergenziale, che ha dato vita ad un vero e proprio “diritto speciale” tramite DPCM che non hanno carattere normativo, né forza di legge, ma sono dei semplici atti amministrativi generali monocratici del Presidente del Consiglio dei Ministri.

IL TAR Calabria ritiene, infatti, manifestamente infondate le molteplici (e non peregrine) questioni di legittimità costituzionale sollevate del D.L. n. 19/20 e non rimette gli atti alla Corte Costituzionale.

A parere dello scrivente una occasione mancata per permettere al Giudice delle Leggi di intervenire “*ex professo*” su una legislazione emergenziale definita da molti giuristi, anche “emeriti”, incostituzionale. Il punto della Sentenza del TAR che ritiene infondata la questione di legittimità è il seguente ed è opportuna una sua integrale ritrascrizione:

“18. – Il Tribunale ritiene che non ci siano gli estremi per sospendere il giudizio e sollevare d'innanzi alla Corte costituzionale questione di legittimità del decreto legge il cui contenuto è stato illustrato.

18.1. – Innanzitutto, va ricordato che l'odierna controversia riguarda esclusivamente la possibilità di svolgere, dal 4 maggio 2020 al 17 maggio 2020, l'attività di ristorazione con servizio al tavolo.

In proposito, si osserva che l'art. 41 Cost., nel riconoscere libertà di iniziativa economica, prevede che essa non possa svolgersi in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

Come noto, non è prevista una riserva di legge in ordine alle prescrizioni da imporre all'imprenditore allo scopo di assicurare che l'iniziativa economica non sia di pregiudizio per la salute pubblica, sicché tali prescrizioni possono essere imposte anche con un atto di natura amministrativa.

Non si coglie dunque un contrasto, in particolare nell'attuale situazione di emergenza sanitaria, tra la citata norma costituzionale e una disposizione legislativa che demandi al Presidente del Consiglio dei Ministri di disporre, con provvedimento amministrativo, limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande, compresi bar e ristoranti, allo scopo di affrontare l'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del virus COVID-19.

Tanto più che, come rivela l'esame dell'art. 1 del d.l. n. 19 del 2020, il contenuto del provvedimento risulta predeterminato («limitazione o sospensione delle attività di somministrazione al pubblico di bevande e alimenti, nonché di consumo sul posto di alimenti e bevande (...)»), mentre alla discrezionalità dell'Autorità amministrativa è demandato di individuare l'ampiezza della limitazione in ragione dell'esame epidemiologico.

18.2. – Non vi può essere dubbio che lo Stato rinvenga la competenza legislativa all'adozione del decreto de quo innanzitutto nell'art. 117, comma 2, lett. q) Cost., che gli attribuisce competenza esclusiva in materia di «profilassi internazionale».

Ma la competenza legislativa si rinviene anche nel terzo comma del medesimo art. 117 Cost., che attribuisce allo Stato competenza concorrente in materia di «tutela della salute» e «protezione civile».

18.3. – A tale ultimo proposito, occorrono alcune ulteriori osservazioni, che traggono le mosse dal duplice rilievo critico secondo cui l'impianto normativo delineato dal d.l. n. 19 del 2020 comporterebbe un'inammissibile delega al Presidente del Consiglio dei Ministri del potere di restringere le libertà costituzionali dei cittadini e comporterebbe un'alterazione alla ripartizione dei compiti amministrativi delineata dall'art. 118 Cost.

Limitando, per evidenti ragioni, il campo dell'analisi alla sola possibilità di limitare o sospendere le attività di somministrazione al pubblico di cibi e bevande, il Tribunale ritiene di dover innanzitutto ribadire quanto già anticipato al § 18.1., e cioè che è la legge a predeterminare il contenuto della restrizione alla libertà di iniziativa economica, demandando ad un atto amministrativo la commisurazione dell'estensione di tale limitazione. Ciò posto, il fatto che la legge abbia attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di individuare in concreto le misure necessarie ad affrontare un'emergenza sanitaria trova giustificazione nell'art. 118, comma 1 Cost.: il principio di sussidiarietà impone che,

trattandosi di emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali sia operata al livello amministrativo unitario.

18.4. – Ma, una volta accertato che l'individuazione nel Presidente del Consiglio dei Ministri dell'Autorità che deve individuare le specifiche misure necessarie per affrontare l'emergenza è conforme al principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost., deve altresì essere affermato che ciò giustifica l'attrazione in capo allo Stato della competenza legislativa, pur in materie concorrenti quali la «tutela della salute» e la «protezione civile».

È noto, infatti, che la Corte costituzionale ha ritenuto (sin dalla sentenza dell'1 ottobre 2003, n. 303, con cui ha per la prima volta teorizzato la c.d. chiamata in sussidiarietà) che l'avocazione della funzione amministrativa si deve accompagnare all'attrazione della competenza legislativa necessaria alla sua disciplina, onde rispettare il principio di legalità dell'azione amministrativa, purché all'intervento legislativo per esigenze unitarie si accompagnino forme di leale collaborazione tra Stato e Regioni nel momento dell'esercizio della funzione amministrativa (cfr., sul punto, Corte cost. 22 luglio 2010, n. 278).

Nel caso di specie, conformemente al principio enucleato dalla Corte costituzionale, l'art. 2 d.l. n. 19 del 2020 prevede espressamente che il Presidente del Consiglio dei Ministri adotti i decreti sentiti – anche – i Presidenti delle Regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nel caso in cui riguardino l'intero territorio nazionale.

18.5. – Quanto illustrato ai §§ che precedono esclude che si possa affermare che nel caso di specie siano stati attribuiti all'amministrazione centrale dello Stato poteri sostitutivi non previsti dalla Costituzione.

L'art. 120, comma 2 Cost., invero, prevede che «il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali».

In tali casi deve essere seguita la procedura prevista dall'art. 8 l. 5 giugno 2003, n. 131.

Ma, come supra specificato, nel caso di specie non vi è stato un intervento sostitutivo dello Stato, bensì avocazione delle funzioni amministrative in ragione del principio di sussidiarietà, accompagnata dalla chiamata in sussidiarietà della funzione legislativa.

18.6. – Va conclusivamente affermato che le questioni di legittimità costituzionale del d.l. n. 19 del 2020 sollevate appaiono manifestamente infondate, onde non occorre rimetterle alla Corte costituzionale.”

In pratica il TAR “salva” il D. L. n. 19/20 dal sospetto di incostituzionalità in base “al principio di sussidiarietà” ex art. 118 della Costituzione e non in base al “potere di sostituzione” di cui al successivo art. 120 della Costituzione. Ciò in quanto se fosse stato applicato l’art. 120 della Costituzione la norma sarebbe stata sicuramente resa in violazione dell’art. 8 della L. 05/06/2003 n. 131 che disciplina la specifica procedura per l’intervento sostitutivo.

Ebbene il richiamo all’art. 118 della Costituzione desta alcune perplessità, avvalorate dalle stesse pronunce della Corte Costituzione richiamate nella decisione del TAR e cioè le Sentenze n. 303/2003 e 278/2010 della Corte Costituzionale.

Come è noto il “principio di sussidiarietà” era sconosciuto al nostro ordinamento Costituzionale che nella originaria previsione dell’art. 118 dei padri costituenti prevedeva l’opposto principio del “parallelismo” secondo il quale il titolare della potestà legislativa in una specifica materia ha, consequenzialmente, la potestà amministrativa nella stessa materia e ne determina la modalità del concreto esercizio anche tramite deleghe ad altro soggetto

Con la riforma costituzionale del 2001 si è passato dal “parallelismo” alla “sussidiarietà” che ha creato non pochi problemi nel caso di competenza legislativa “concorrente” o “residuale” con le Regioni o Province Autonome, come testimoniato dalle molteplici pronunce della Corte Costituzionale sul punto.

Ma cosa è il principio di “sussidiarietà”?

In estrema sintesi, e senza dilungarsi troppo su un concetto sul quale i filosofi e la religione cattolica molto hanno detto e scritto, esso trova origine nella visione aristotelica secondo la quale la sussidiarietà procede dal basso verso l’alto e cioè forma una piramide alla cui base vi sono i cittadini e a salire i gruppi composti dai cittadini (famiglia, villaggi, ecc...). La “sussidiarietà” determina che in caso di mancata “autosufficienza” di un livello (che è la regola), il livello “superiore” supplisce al bisogno. In poche parole se non c’è autosufficienza di un livello, l’insieme dei livelli (che per Aristotele era la *polis*) determina detta autosufficienza raggiungendo la perfezione e cioè il “bene comune”.

Ebbene su detto concetto “antico” si è strutturato il moderno concetto di sussidiarietà, che ha trovato a livello europeo una importante affermazione con il trattato di Maastricht firmato il 07/02/1992 (art. 3 b.), con la previsione del principio di sussidiarietà nei Trattati, riducendo le sovranità nazionali e assurgendo a principio cardine della U.E.

In Italia, come accennato, il principio di “sussidiarietà” si è affermato con la riforma costituzionale del Titolo V (legge costituzionale 18.10.01 n. 3 che trova la sua primogenitura

nella legge n. 57/97 “Bassanini” e successivo Decreto Delegato n. 112/98) prevedendo due tipi di sussidiarietà: verticale (art. 118, c.1) e orizzontale (art. 118, c. 4).

La sussidiarietà verticale di cui al c. 1 dell’art. 118 stabilisce che il Comune, ente territoriale più vicino ai cittadini che ne intercetta i bisogni, ha la competenza amministrativa generale, limitando fortemente il potere delle Regioni, Provincie (quel che rimane) e dello Stato.

Solo se il Comune non riesce ad esercitare in maniera adeguata la funzione interviene via via l’organo di livello superiore, fino ad arrivare allo Stato. In pratica una trasposizione moderna della concezione aristotelica con la differenza che alla *polis* si sostituisce l’organizzazione statale.

Quella orizzontale prevista dal c. 4 prevede semplicemente, quasi in funzione antistatalista, che “alla cura dei bisogni collettivi e alle attività di interesse generale provvedono direttamente i privati cittadini (sia come singoli, sia come associati) e i pubblici poteri intervengono in funzione ‘sussidiaria’, di programmazione, di coordinamento ed eventualmente di gestione.” (definizione tratta dalla enciclopedia Treccani).

Chiarito ciò e sperando che detta dissertazione non vi abbia indotto a dedicarvi a letture meno “filosofiche”, torniamo alla decisione del TAR.

Come detto il motivo per il quale non viene sollevata la questione di legittimità costituzionale del D. L. n. 19/20, fonte del DPCM 26/04/2020, è proprio l’art. 118 della Costituzione per come interpretato dalla Corte Costituzionale con le decisioni n. 303/2003 e n. 278/2010.

Ebbene proprio analizzando le decisioni della Corte richiamate, ed in particolare la n. 303/2003 può serenamente affermarsi che il D.L. era incostituzionale e la questione andava rimessa alla Corte per difetto di “procedimentalizzazione” sul coinvolgimento della Regione, che dalla lettura del preambolo del D. L. n. 19/20 non risultano neppure sentite prima della sua adozione da parte del Governo.

Per la Corte Costituzionale, infatti, lo Stato può intervenire legittimamente in applicazione del principio di sussidiarietà scalzando le Regioni, sempreché si perfezioni una “intesa” tra Stato e Regione, che nel caso non c’è stata.

Addirittura la Corte afferma che fino a che non ci sarà l’intesa o l’accordo con la/e Regione/i la relativa disciplina statale è “inefficace o inoperativa”, così legittimando anche intese e/o accordi successivi, che anche essi nel caso di specie mancano, integrativi dell’efficacia.

Per chiarezza espositiva e per rendere edotto il lettore che quanto testé descritto non è frutto di una crisi da “quarantena” dello scrivente si riportano i tratti salienti della Sentenza della Corte n. 303/2003, a cui è seguita una giurisprudenza pressoché univoca (n. 261/2015; 144/2014; 293/2012; 383/2005; 62/2005; 66/2004):

“Il nuovo art. 117 Cost. distribuisce le competenze legislative in base ad uno schema imperniato sulla enumerazione delle competenze statali; con un rovesciamento completo della previgente tecnica del riparto sono ora affidate alle Regioni, oltre alle funzioni concorrenti, le funzioni legislative residuali.

In questo quadro, limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principî nelle materie di potestà concorrente, come postulano le ricorrenti, significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze [basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco (konkurrierende Gesetzgebung) o alla clausola di supremazia nel sistema federale statunitense (Supremacy Clause)]. Anche nel nostro sistema costituzionale sono presenti congegni volti a rendere più flessibile un disegno che, in ambiti nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse, rischierebbe di vanificare, per l'ampia articolazione delle competenze, istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita, le quali, sul piano dei principî giuridici, trovano sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della Repubblica. Un elemento di flessibilità è indubbiamente contenuto nell'art. 118, primo comma, Cost., il quale si riferisce esplicitamente alle funzioni amministrative, ma introduce per queste un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida, come si chiarirà subito appresso, la stessa distribuzione delle competenze legislative, là dove prevede che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principî di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. È del resto coerente con la matrice teorica e con il significato pratico della sussidiarietà che essa agisca come subsidium quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere; ma se ne è comprovata un'attitudine ascensionale deve allora concludersi che, quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato. Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate, possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere a un compito siffatto.

2.2. - Una volta stabilito che, nelle materie di competenza statale esclusiva o concorrente, in virtù dell'art. 118, primo comma, la legge può attribuire allo Stato funzioni amministrative e riconosciuto che, in ossequio ai canoni fondanti dello Stato di diritto, essa è anche abilitata a organizzarle e regolarle, al fine di renderne l'esercizio permanentemente raffrontabile a un parametro legale, resta da chiarire che i principi di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel Titolo V e possono giustificare una deroga solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata. Che dal congiunto disposto degli artt. 117 e 118, primo comma, sia desumibile anche il principio dell'intesa consegua alla peculiare funzione attribuita alla sussidiarietà, che si discosta in parte da quella già conosciuta nel nostro diritto di fonte legale. Enunciato nella legge 15 marzo 1997, n. 59 come criterio ispiratore della distribuzione legale delle funzioni amministrative fra lo Stato e gli altri enti territoriali e quindi già operante nella sua dimensione meramente statica, come fondamento di un ordine prestabilito di competenze, quel principio, con la sua incorporazione nel testo della Costituzione, ha visto mutare il proprio significato. Accanto alla primitiva dimensione statica, che si fa evidente nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai Comuni, è resa, infatti, attiva una vocazione dinamica della sussidiarietà, che consente ad essa di operare non più come ratio ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie.

Ecco dunque dove si fonda una concezione procedimentale e consensuale della sussidiarietà e dell'adeguatezza. Si comprende infatti come tali principi non possano operare quali mere formule verbali capaci con la loro sola evocazione di modificare a vantaggio della legge nazionale il riparto costituzionalmente stabilito, perché ciò equivarrebbe a negare la stessa rigidità della Costituzione. E si comprende anche come essi non possano assumere la funzione che aveva un tempo l'interesse nazionale, la cui sola allegazione non è ora sufficiente a giustificare l'esercizio da parte dello Stato di una funzione di cui non sia titolare in base all'art. 117 Cost. Nel nuovo Titolo V l'equazione elementare interesse nazionale = competenza statale, che nella prassi legislativa previgente sorreggeva l'erosione delle funzioni amministrative e delle parallele funzioni legislative delle Regioni, è divenuta priva di ogni valore deontico, giacché l'interesse nazionale non costituisce più un limite, né di legittimità, né di merito, alla competenza legislativa regionale.

Ciò impone di annettere ai principi di sussidiarietà e adeguatezza una valenza squisitamente procedimentale, poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà... (omissis)... Quando si intendano attrarre allo Stato funzioni amministrative in sussidiarietà, di regola il titolo del legiferare deve essere reso evidente in maniera esplicita perché la sussidiarietà deroga al normale riparto delle competenze stabilito nell'art. 117 Cost. (omissis) Per giudicare se una legge statale che occupi questo spazio sia invasiva delle attribuzioni regionali o non costituisca invece applicazione dei principi di sussidiarietà e adeguatezza diviene elemento valutativo essenziale la previsione di un'intesa fra lo Stato e le Regioni interessate, alla quale sia subordinata l'operatività della disciplina. Nella specie l'intesa è prevista e ad essa è da ritenersi che il legislatore abbia voluto subordinare l'efficacia stessa della regolamentazione delle infrastrutture e degli insediamenti contenuta nel programma di cui all'impugnato comma 1 dell'art. 1. Nel congegno sottostante all'art. 118, l'attrazione allo Stato di funzioni amministrative da regolare con legge non è giustificabile solo invocando l'interesse a un esercizio centralizzato di esse, ma è necessario un procedimento attraverso il quale l'istanza unitaria venga saggiata nella sua reale consistenza e quindi commisurata all'esigenza di coinvolgere i soggetti titolari delle attribuzioni attratte, salvaguardandone la posizione costituzionale. Ben può darsi, infatti, che nell'articolarsi del procedimento, al riscontro concreto delle caratteristiche oggettive dell'opera e dell'organizzazione di persone e mezzi che essa richiede per essere realizzata, la pretesa statale di attrarre in sussidiarietà le funzioni amministrative ad essa relative risulti vanificata, perché l'interesse sottostante, quale che ne sia la dimensione, possa essere interamente soddisfatto dalla Regione, la quale, nel contraddittorio, ispirato al canone di leale collaborazione, che deve instaurarsi con lo Stato, non solo allega, ma argomenta e dimostra la propria adeguatezza e la propria capacità di svolgere in tutto o in parte la funzione.

L'esigenza costituzionale che la sussidiarietà non operi come aprioristica modificazione delle competenze regionali in astratto, ma come metodo per l'allocazione di funzioni a livello più adeguato, risulta dunque appagata dalla disposizione impugnata nella sua attuale formulazione.

Chiarito che la Costituzione impone, a salvaguardia delle competenze regionali, che una intesa vi sia, va altresì soggiunto che non è rilevante se essa preceda l'individuazione delle infrastrutture ovvero sia successiva ad una unilaterale attività del Governo. Se dunque tale

attività sia stata già posta in essere, essa non vincola la Regione fin quando l'intesa non venga raggiunta... (omissis)... L'interpretazione coerente con il sistema dei rapporti Stato-Regioni affermato nel nuovo Titolo V impone infatti di negare efficacia vincolante a quel programma su cui le Regioni interessate non abbiano raggiunto un'intesa per la parte che le riguarda, come nel caso della deliberazione CIPE del 21 dicembre 2001, n. 121.” (le sottolineature sono dello scrivente)

È evidente, quindi, che la questione di legittimità c'era tutta e si è persa una occasione “d'oro” per verificare la tenuta delle fonti che hanno dato vita al “regime emergenziale per Coronavirus” con i dettami della nostra Costituzione, coinvolgendo la Corte Costituzionale sulla complessa tematica che prima o poi merita un pronunciamento del Giudice delle leggi in quanto molteplici sono “i gridi di dolore” sollevati da più parti che criticano a piena voce il “diritto speciale per tempi eccezionali” non contemplato dalla nostra Costituzione, attuato con atti monocratici della PCM che in quanto tali sfuggono al controllo del Presidente della Repubblica, del Parlamento e della Corte Costituzionale. Controllare la fonte tramite una pronuncia della Corte Costituzionale, e cioè il D.L. che ha permesso tutto ciò, sarebbe stata una garanzia per tutti. Né vale sostenere che i tempi della Corte comunque sarebbero stati incompatibili con il regime emergenziale che (si spera) cessa il 31.7.20. La pronuncia avrebbe dettato i principi per il futuro visto che il nostro ordinamento prevede solo lo “stato di guerra” (art 78 e 87 deliberato dalle Camere, che conferisce i poteri al Governo, e viene dichiarato dal Presidente della Repubblica) e non lo “stato di pandemia” e avrebbe chiarito se c'è stata o meno una deriva autoritaria.

Martedì, 12 maggio 2020

Avv. Luigi Adinolfi