

# Lex non lex sed lex aut lex ut lex plus lex quam lex: quando la legislazione si fa virale

**EMILIO GIRINO**

Avvocato in Milano – Managing Partner, Studio Ghidini, Girino & Associati – Docente CUOA Finance – già Membro dell’Arbitro Bancario Finanziario (Collegio di Milano e Collegio di Coordinamento)

## Ouverture

**Q**uesto articolo sarà pubblicato troppo tardi. Troppo tardi se lo squarcio istituzionale sarà cessato. Troppo tardi se non sarà cessato. Sarà sempre troppo tardi quando capiranno, ammonisce un non risalente detto. Ma non sarà mai tardi se la comunità dei giuristi (di chi conosce il diritto e lo rispetta, invece di farsene scherno) saprà e vorrà riflettere. E – perché no? – reagire con un rigido insegnamento. Giacché, in questi lugubri e sofferti mesi, l’unica mercanzia che non manca è quella delle norme.

A (temporaneo) contrappasso, numerosi *maitres-à-penser* ci hanno spiegato, con generoso scialo di compassionevole benevolenza, che questa “crisi” ha rivelato le nostre qualità migliori. Il che è indubbio: volontari della porta accanto, medici e infermieri costretti ad abbigliarsi da clochard a rischio della vita, piccole associazioni che s’inventano metodi d’intrattenimento a distanza per persone sole o disabili, generosi donanti ne sono alcuni splendidi e dolorosi modelli. Assai più che indubbio è che la “crisi” abbia anche rivelato le nostre qualità peggiori. Fra quest’ultime, per quanto qui rileva, l’incompetenza tecnica nel legiferare, la quale ha un’unica attenuante: quella di essere condivisa dall’ormai planetario *lawmaking*, di cui l’Unione

Europea, sia pur con molti contendenti che l'incalzano, resta oggi fulgida regina. Ma, come si suol dire di questi tempi, stiamo a casa nostra e cerchiamo di *lentamente capire*.

## Lento

Sia ben chiaro: cerco solo un po' di leggerezza. Il titolo ritmato a scioglilingua e i movimenti musicali non vogliono essere né irriverenti né sminuenti. Al contrario vogliono, appunto, esser leggeri. Leggeri per alleviare la profonda inquietudine e l'umana angoscia che da molte settimane abbrancano la più parte delle imprese, dei lavoratori, dei commercianti, dei professionisti, dei cittadini onesti e rispettosi delle leggi. Leggeri per addolcire l'amarissima pillola che dovrò somministrare nelle righe che seguono. Righe imposte da un disordine normativo e istituzionale, condito da un'assai poco commendevole speculazione politica, che si sarebbe potuto seriamente evitare se solo, in luogo di far rizzare consueti e desueti labari di faida, si fosse innalzato e adoperato, ma prima di tutto letto, un precetto elementare della Carta Costituzionale.

## Andante moderato

Debbo, *malgré moi*, citare un autore oggi improvvisamente riscoperto<sup>1</sup>, verso il quale nutro una detestante ammirazione. Era un mieloso poeta, uno scrittore tristarello e parrocchiale, un tantino pedante, ma scriveva noiosamente bene e, a tratti, sapeva sguainare una perfidia unica. Scopertamente alludo alle grida manzoniane. Dall'8 aprile 1583 sino al 16 ottobre 1627, a cagione della "*intollerabile miseria in che è vivuta e vive questa Città di Milano*" gli eccellentissimi, illustrissimi, signori di signori etc. emanarono ben sei grida per implacabilmente estirpare la gramigna "de' bravi"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *En passant*, fra i molti, ci sarebbe anche *La peste* di Albert Camus. La raffinatezza culturale dei nostri Lettori avrà già intuito.

<sup>2</sup> Per chi amasse rammentare qualche dettaglio, ecco un breve collage. "*Fino dall'otto aprile dell'anno 1583, l'Illustrissimo ed Eccellentissimo signor don Carlo d'Aragon [seguono quattro righe di roboanti titoli: n.d.r.] pienamente informato della intollerabile miseria in che è vivuta e vive questa Città di Milano, per cagione dei bravi e vagabondi, pubblica un bando contro di essi*". La condanna è severa: sgombero entro "giorni sei" pena "la galera a' renitenti" per cui s'ordina "a tutti gli ufiziali della giustizia le più stranamente ampie e indefinite facultà, per l'esecuzione dell'ordine. Ma, nell'anno seguente, il 12 aprile, scorgendo il detto signore che questa Città è tuttavia piena di detti bravi... tornati a vivere come prima vivevano [...] dà fuori un'altra grida, ancor più vigorosa e notevole" in cui decreta bastanti due "testimonj" che accertassero che chiunque fosse "tenuto, e comunemente riputato per bravo, et aver tal nome, ancorché non si

Sei grida in quarantaquattro anni! Poveri dilettanti gli Illustrissimi-etc. manzoniani! Sì, non c'è che dire, i bravi in fondo erano solo teppisti da vicolo, quantunque il nostro li paragonasse a “malattie ostinate”<sup>3</sup>, e all'epoca c'erano solo grida, attacchini e signorotti, mentre oggi abbiamo Internet, reti sociali e nossignori. Però, vogliamo mettere? 6 grida in 44 anni, contro – se i conti non son sbagliati per difetto<sup>4</sup> – 6 decreti legge, 9 DPCM e una pletera di ordinanze regionali, specie da parte della Regione “*in che è vivuta e vive questa Città di Milano*”, in 68 giorni (23 febbraio– 30 aprile), è un record storicamente imbattuto – ancorché battibile da qui all'estate.

## Allargando

Dal *faceto-ma-non-troppo* al *serio-ma-moltissimo*. Nessuno, tranne una cospicua manciata di scriteriati, potrebbe negare il dramma umano e sanitario che sta cancrenando il pianeta. Nessuno può seriamente dubitare che si

*verifichi aver fatto delitto alcuno... per questa sola riputazione di bravo, senza altri indizj, possa dai detti giudici e da ognuno di loro esser posto alla corda et al tormento, per processo informativo... et ancorché non confessi delitto alcuno, tuttavia sia mandato alla galea, per detto triennio, per la sola opinione e nome di bravo, come di sopra*”. Il che induceva a desumere che “*tutti i bravi siano scomparsi per sempre*”. Ma così non è perché, il 5 giugno 1593, altro “*Illustrissimo ed Eccellentissimo [...] etc.*” [dopo cinque righe anche il puntiglioso autore si stufa e scrive testualmente *etc.*: n.d.r.], pienamente informato e scocciato di siffatti “bravi”, ne reitera il bando “*ripetendo a un dipresso le prescrizioni e le minacce medesime del suo predecessore*”. Ma il 23 maggio 1598 il suddetto Illustrissimo ed Eccellentissimo, visto che non c'era verso d'estirpar siffatti bravi, “*prescrive di nuovo gli stessi rimedi, accrescendo la dose, come s'usa nelle malattie ostinate. Ognuno dunque, conchiude poi, onninamente si guardi di contravvenire in parte alcuna alla grida presente, perché, in luogo di provare la clemenza di Sua Eccellenza, proverà il rigore, e l'ira sua... essendo risoluta e determinata che questa sia l'ultima e perentoria monizione*”. Pia illusione! I bravi spadroneggiano impuniti, sicché il 5 dicembre 1600, un nuovo “*Illustrissimo ed Eccellentissimo Signore [etc.: n.d.r.]*” “*risoluto di totalmente estirpare seme tanto pernizioso*” pubblica una “*nuova grida piena anch'essa di severissime comminazioni*”. Dodici anni dopo, il 22 settembre 1612, l'ennesimo Illustrissimo-Eccellentissimo-Etc. diede agli stampatori “*la solita grida, corretta ed accresciuta, perché la stampassero ad estermio de' bravi*”, replicata il 5 ottobre 1627 da altro Illustrissimo *et similia*.

<sup>3</sup> V. nt. 2.

<sup>4</sup> Per una accurata rassegna (aggiornata, però, al 18 marzo) v. N. MASSA PINTO, *La tremenda lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *questionegiustizia.it*, 18.3.2020. Sulle ordinanze regionali l'autrice segnala “per la loro invasività, l'ordinanza n. 15 del 2020 della Regione Campania che, ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge n. 833 del 1978 e dell'art. 50 del Tuel, prevede limiti alla libertà di circolazione persino più rigorosi rispetto alla normativa statale; l'ordinanza n. 111 del 2020 della Regione Valle d'Aosta che, tra l'altro, «invita i turisti, gli ospiti, i villeggianti e tutte le altre persone presenti sul territorio regionale che non hanno la propria residenza in Valle d'Aosta a prendere in considerazione il rientro alla propria residenza, in funzione di una maggior garanzia di assistenza sanitaria, affinché in caso di necessità, possano affidarsi alle cure del proprio medico di base o del pediatra di libera scelta»”.

tratti di un'emergenza che nessuno avrebbe mai neanche sognato in un incubo indigesto. Così come nessuno può osare – per ora – opporsi a norme (quantunque palesemente illegittime) che ambiscano a rattoppare la disgrazia umana, sociale ed economica che pervade il paese, in verità il mondo – con che l'antico adagio “tutto il mondo è paese” si carica d'un'inquietante attualità.

L'emergenza è emergenza e non si discute. Ma è proprio nell'emergenza che s'apprezza la risolutezza, la capacità decisionale e la tenuta istituzionale d'una classe dirigente, nella specie di poco dotata tranne che di classismo a corrente alternata. Meglio sarebbe stato dire al popolo di starsene bello quieto e rassegnato dal 1° marzo al 31 maggio – garantendo però un diretto ristoro (non a debito ma a fondo perduto – come oggi da ogni dove disperatamente s'invoca) per chi nel frattempo sogna ogni notte la rovina svegliandosi al mattino per risaltarla. Invece no: fino al 4 maggio scorso (dato provvisorio) potevi riaprire una cartoleria a Terni ma non un'azienda d'abbigliamento a Milano, dove non si poteva aprire uno studio professionale (salvo rarissime eccezioni e previo appuntamento: già, perché a Milano non si va dall'avvocato, dal notaio, o dal commercialista previo accordo ma ci si mette davanti alla porta, si prende il biglietto e si aspetta il turno, variabile dalle 7 alle 12 ore, in stato d'assemblamento), però puoi compravendere indumenti per infanti, a Desenzano puoi correre (senza troppa fretta) ma a Segrate puoi sgranchirti le gambe solo a duecento metri da casa, mentre a Benevento puoi passeggiare a viso libero ma *cum juicio*, sotto minaccia di sguinzaglio di teste di cuoio armate di lanciafiamme.

Lo spettacolo sarebbe comico se non fosse tragicamente indegno e irrispettoso. Irrispettoso della dignità individuale e collettiva, irrispettoso dei defunti e della tregenda umana che non produrrà solo vittime da contagio, ma anche e ben più numerose vittime per sopravvenuta disfatta economica e, nei casi peggiori, per inedia: la più inascoltata maestra di sempre (la Storia) insegna che, più che le leggi, sempre poté il digiuno (l'assalto al forno delle Grucce, tanto per non discostarci dal nostro Autore).

Già avverto l'eco ronzante e fastidiosa, come il rimbombo di certe videoconferenze in cui tutti vogliono sproloquiare e a nessuno viene in mente di premere decorosamente il tasto “muto”. Già odo quell'eco sentenziare: ma l'emergenza, ma la salute prima di tutto, ma che potevano fare i poveretti illustrissimi...? Per prima cosa, rispettare essi/e stessi/e la legge.

Il panico – dilatato da un'informazione continua e discontinua, affermate e negante, rivelante e criptica, blaterante o taciturna, vera e non vera, falsa e non falsa – ha fatto scivolare in secondo piano un problema non propriamente secondario. Il *lockdown* (termine anglosassone che,

come sfuggito ai più, indica l'isolamento carcerario) ha comportato la sospensione di molti fondamentali diritti individuali e collettivi sanciti dalla Costituzione: non solo, come recitano le evasive premesse del D.L. 6/2020, della libertà di circolazione, “ma anche della libertà di riunione (per la limitazione degli assembramenti), di quella di associazione (per la limitazione di varie attività delle più varie associazioni), di quella religiosa (addirittura con il divieto di tenere cerimonie religiose e funerali), della libertà di manifestazione del pensiero (si pensi a cinema, teatri, convegni, ecc.) e perfino della libertà personale (dato che almeno la quarantena individuale va considerata una limitazione del diritto garantito dall'art. 13 Cost., disposto senza un atto motivato dall'autorità giudiziaria, come richiede la Costituzione)”<sup>5</sup>.

Pur motivata da un superiore e indiscutibile interesse pubblico, una siffatta “manovra carceraria” avrebbe dovuto misurarsi con l'esigenza di tutelare al massimo anche quei fondamentali diritti e dunque ridurne al minimo le restrizioni. Ma non è questa la sede per disquisire di qualità, qui si vuol parlare di metodo – dove metodo, come si dimostrerà, equivale a sostanza di risultato. L'affastellarsi di provvedimenti nazionali e locali (decreti-legge, ordinanze regionali e comunali, per tacer di FAQ e affini) ha generato una condizione di instabilità continua, accrescendo disagi e incertezze del dramma sanitario (e, *par conséquent*, di quello economico), disegnando una mappa normativa disomogenea (con ricadute, anche di natura concorrenziale, di non poco rilievo), aggiungendo, a quella della libertà, la deprivazione della previsione e sostituendovi quella nevrotica sorella minore che va sotto il nome di speranza.

La narrazione giornalistica parla di “ordine sparso”, lo stesso che in questi giorni conoscono i cinquanta stati americani, come se l'esito della contraddizione normativa fra Stato e Regioni (una *lex* che soppianta un'altra *lex* che sopravanza una *lex* e così *rappando*), fosse il risultato d'una normale dialettica regolamentare.

Non è così.

<sup>5</sup> Così M. OLIVETTI, *Le misure di contenimento del Coronavirus, fra Stato e Regioni*, in *quotidianogiuridico.it*, 10.4.2020, il quale non manca di sottolineare che “lo Stato italiano – anche qui in maniera non dissimile da molti altri Stati contemporanei retti da principi costituzionali analoghi ai nostri – ha invaso la vita privata dei cittadini in forme ignote anche a regimi autoritari e totalitari, nei quali, di norma, la restrizione di alcuni diritti di alcune persone è assai invasiva, ma essa colpisce esemplarmente alcuni soggetti, non la generalità dei cittadini: in questo caso, invece, si assiste ad una restrizione, se non ad una vera e propria sospensione di quasi tutti i diritti fondamentali di tutti i cittadini allo stesso tempo”.

## Crescendo

Cominciamo dal caso più evidente. Le limitazioni poste da talune Regioni all'ingresso di cittadini provenienti da determinate aree territoriali travalicano, di per sé, l'inequivoco limite costituzionale posto dal 1° comma dell'art. 120 Cost., il quale vieta alle Regioni di *“adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni”* o *“limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale”*. E tale libertà, a mente dell'articolo 16 Cost., non è limitabile “via ordinanza” bensì in presenza d'una previsione legislativa di portata generale<sup>6</sup>.

L'addentellato normativo – e insieme la scaturigine della normazione emergenziale concorrente – cui ricorrono i singoli governatori, sia quelli che introducano limitazioni estreme quale quella appena citata sia quelli che emanino provvedimenti recanti misure più restrittive di quelle emanate dal Presidente del Consiglio, è la legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (23.12.1978 n. 833), il cui art. 32, al comma 1 accorda al Ministro della sanità il potere di *“emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni”* e il cui comma 3 accorda *“nelle medesime materie”* al presidente della giunta regionale e al sindaco eguale potere di emanare *“ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale”*.

Proprio l'uso estremo di siffatto potere (sulla cui estensibilità sino ai limiti in concreto assunti potrebbe ampiamente discutersi) ha determinato l'accavallamento di ordinanze locali che hanno condotto ad una recrudescenza delle misure di contenimento. Molte le questioni (anche di severa natura costituzionale) che un simile impiego del potere normativo emergenziale locale suscita. Ma non è questo il punto.

La guerra ordinamentale scatenatasi fra i poteri centrali e locali pareva aver trovato una soluzione “accettabile” con l'approvazione del decreto-legge 25 marzo 2020 n. 19. Il decreto si propone di mettere ordine nella metodica normativa, stabilendo alcuni principi che, una volta tanto, si rivelano estremamente chiari, quantunque sul punto i costituzionalisti avrebbero

<sup>6</sup> “Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza”.

molto da ridire, specie in relazione alla legittimazione del DPCM come normale strumento di normazione.

A noi invece interessa un più modesto esercizio di “geometria normativa”.

## Stringendo

Il predetto decreto legge stabilisce anzitutto le tipologie di misure restrittive adottabili con successivi DPCM (art. 1) e introduce due regole di, per così dire, “raccordo” fra i poteri di normazione emergenziale. A mente dell’art. 2, i DPCM sono adottati dal premier, su proposta del Ministro della salute, sentiti l’Interno, la Difesa, l’Economia e gli altri dicasteri competenti per materia, nonché 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. Le Regioni vengono dunque coinvolte in funzione meramente *consultiva*.

Alla quale però s’affianca anche una funzione *propositiva*: gli stessi presidenti delle regioni interessate possono infatti proporre al Presidente del Consiglio l’adozione di DPCM finalizzati ad avere effetti su tutto o parte del territorio regionale. “*Nelle more dell’adozione*” dei DPCM, specifica il comma 2 dell’art. cit., è il Ministro della salute a poter emanare, anche su proposta regionale, misure urgenti e contingibili in espressa applicazione del cit. art. 32, comma 1, L. 833/1978.

Per sistemare il passato e giungere ad una *pax* istituzionale, il comma 3 del cit. art. 2 fa salvi gli effetti e gli atti adottati sulla base del cit. art. 32 e accorda a quelli ancor in essere alla data di entrata in vigore (26 marzo) una sopravvivenza di dieci giorni. Al 5 aprile scorso l’efficacia di ogni ordinanza regionale o locale è (sarebbe) venuta meno.

Per il futuro opera invece l’art. 3 del Decreto legge 19/2020 il quale introduce un meccanismo latamente preventivo. Sempre “*nelle more dell’adozione*” dei DPCM, le Regioni possono assumere ordinanze contenenti misure più restrittive ad una duplice condizione: a) la sussistenza di “specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso”; b) il fatto che la misura abbia luogo “senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l’economia nazionale”. Ai sindaci tocca invece diversa sorte: “non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l’emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto cui al comma 1”. La norma si chiude con un’evidente allusione, nuovamente, all’art. 32 cit.: “Le disposizioni di cui al presente



articolo si applicano altresì agli atti posti in essere per ragioni di sanità in forza di poteri attribuiti da ogni disposizione di legge previgente”.

Insomma, il potere regionale di normazione emergenziale riceve una sanatoria per il passato con un periodo di ultrattività sino al 5 aprile e una restrizione “a tempo” per il futuro. Restrizione che comporta la sopravvivenza dell’eventuale ordinanza emergenziale regionale sino all’adozione del DPCM con contestuale e immediata perdita di efficacia.

## Finale

Ne consegue che le ordinanze assunte a ridosso, ma *prima* dell’adozione di un DPCM, perdono efficacia nel momento in cui il secondo è emanato, quelle assunte a ridosso, ma *dopo* l’adozione del DPCM, sarebbero illegittime (specie quelle adottate in assenza di un aggravamento sanitario specifico ovvero tali da incidere sulle attività produttive, dunque irrispettose delle due precondizioni stabilite dal decreto). Sottolineo: illegittime, nel senso di non adottabili, nelle circostanze, in virtù dell’art. 32 L. 833/1978, in quanto norma previgente e sopravanzata, in rapporto di specialità, da quella del decreto (cfr. art. 3, comma 3, D.L. *cit.*).

Non serve neppure scomodare la Costituzione. La quale invece si sarebbe potuta utilmente impiegare sin dal principio, avvalendosi del comma 2 dell’art. 120, il quale chiaramente statuisce, per quanto qui rileva, che “il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso [...] di pericolo grave per l’incolumità e la sicurezza pubblica”. Potere per giunta esercitabile nel rispetto dei limiti e delle garanzie stabilite dalla Legge 131/2003, che si ispirano a principi di condivisione e proporzionalità<sup>7</sup>, tali da evitare qualsiasi scontro o incomprensione anche a livello politico-istituzionale.

Si diceva che il metodo, qui, è sostanza di risultato. In effetti, la congerie normativa non solo si è sospinta ben oltre i limiti costituzionali e legislativi ma si è tradotta, proprio in un frangente drammatico per la vita e l’economia,

<sup>7</sup> In particolare la legge menzionata, all’art. 8, comma 1, prevede che “nei casi e per le finalità previsti dall’articolo 120, secondo comma, della Costituzione, il Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia, anche su iniziativa delle Regioni o degli enti locali, assegna all’ente interessato un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; decorso inutilmente tale termine, il Consiglio dei ministri, sentito l’organo interessato, su proposta del Ministro competente o del Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, ovvero nomina un apposito commissario. Alla riunione del Consiglio dei ministri partecipa il Presidente della Giunta regionale della Regione interessata al provvedimento”.



in un pesantissimo peggioramento dell'organizzazione e della progettualità individuale, imprenditoriale e professionale, esigenze che invece avrebbero meritato d'essere tutelate imprimendo alla normativa d'emergenza un taglio unitario e razionale. Aprire da un lato e chiudere dall'altro o viceversa e ripetere più volte questo esercizio bipolare impedisce la formazione di qualunque prospettiva, progetto, strategia: per chi abbia un minimo di familiarità con la gestione di un bar come di uno studio, di un'industria come di un esercizio commerciale, non poter programmare è peggio che non poter operare. Gli strascichi di queste misure e del disordine con cui sono state partorite non tarderanno a farsi sentire ed anzi già si sentono pesantemente. Un giorno non distante molti chiederanno di saldare il conto a meno che il Governo non sappia adottare adeguate misure di ristoro (riсторо: non prestito) e lo faccia, per usare un altro tempo musicale, *prestissimo*. Diversamente il movimento assumerebbe un altro tono: *grave*. Se mai invece intervenisse una spudorata "sanatoria" degli abusi ordinamentali, il tempo cambierebbe: *precipitando*.