

EMERGENZA E INFRADIRITTO. LIMITI AI DIRITTI FONDAMENTALI, REGOLE DI CONDOTTA E CANONI DI INTERPRETAZIONE

ANTONELLO LO CALZO

Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi Quantitativi

Università del Sannio di Benevento

antonellolocalzo@alice.it

ABSTRACT

The rapidity of response that emergencies involve can lead to temporary upsets of the system of sources of law. It may happen that with the sources of law, understood in the common sense, we can observe the use of new forms of law making that cannot be set in the well-known notion of “source of law”. We wonder if these particular forms of legislative production are able to bind citizens and judges called to verify the compliance of conduct. In the light of various theoretical aspects, however, it seems that there are not arguments capable of demonstrating the binding nature of infra-judicial norms, so they can operate in the system only as interpretative tools.

KEYWORDS

Emergency, Covid-19, Sources of law, Legal certainty, Soft law.

1. PREMESSA. LA CRISI DEL SISTEMA DELLE FONTI NELL'EMERGENZA DA COVID-19 E IL RICORSO A DISPOSIZIONI INFRA-GIURIDICHE

L'attuale pandemia da Covid-19 ha inciso profondamente non soltanto sugli aspetti della vita quotidiana di ogni persona, ma anche su categorie costituzionali che si ritenevano consolidate¹, in particolare, di fronte all'incessante esigenza di regolare tempestivamente situazioni nuove, dettate dall'evolversi e dalla diffusione dell'epidemia, il sistema delle fonti è entrato in crisi e la produzione del diritto – per così dire – ordinaria ha ceduto il passo a nuove modalità di produzione del diritto, non sempre in linea con il dettato costituzionale.

¹ Per una rassegna sugli effetti dell'emergenza sul diritto costituzionale si veda di recente B. Brancati, A. Lo Calzo e R. Romboli (a cura di), *Coronavirus e costituzione. Una integrazione al Manuale di diritto costituzionale*, Pisa 2020.

Da una parte, la difficoltà di conciliare la rapidità del precipitare della situazione con i normali tempi di risposta normativa degli organi deputati alla produzione giuridica (Parlamento e Governo *in primis*, ma anche, nelle materie di loro competenza, Regioni ed Enti locali) ha alimentato una normazione stratificata – come è stata definita, *step by step*² – in cui il consueto affidamento nella stabilità normativa era frustrato dall’incessante susseguirsi di provvedimenti in deroga o a modifica di altri immediatamente precedenti.

Dall’altra, la frammentazione del riparto delle competenze ha innescato un meccanismo di produzione del diritto “a macchia di leopardo”³, con i soggetti territoriali – su tutte le Regioni, ma numerosi sono stati anche gli interventi dei Comuni – che hanno spesso e volentieri adottato disposizioni derogatorie rispetto a quelle fissate a livello centrale dal Governo, con la conseguenza che il godimento di un medesimo diritto è stato fortemente differenziato sul territorio nazionale, con restrizioni più o meno ampie a seconda del “microsistema” delle fonti vigente in un determinato luogo (problematica avvertita sicuramente in maniera più sensibile durante la “prima fase” dell’epidemia).

Se è vero, forse, che l’emergenza non ha comportato un radicale snaturamento del sistema delle fonti⁴, tanto da dar vita ad un vero e proprio “contro-sistema delle fonti”⁵, ciò non toglie che gli schemi correnti siano saltati a causa di una serie di adattamenti forzati⁶, per cui va osservato che le consuete regole di produzione giuridica sono state rispettate più da un punto di vista formale (non rompendosi la ben nota “catena kelseniana”) che sostanziale⁷. Nella sostanza, infatti, ci troviamo di

² Su questo aspetto M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del “COVID-19”*, in *Osservatorio AIC*, 3 (2020), 14; M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell’emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Osservatorio AIC*, 3 (2020), 14.

³ L’espressione è di A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Modena 2020, 15. Tale sovrapposizione tra livelli normativi, come osserva A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell’assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta Online*, 1 (2020), 218, ha l’effetto di disorientare i destinatari e di pregiudicare in modo irrimediabile la certezza del diritto.

⁴ Tra i vari si vedano A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali*, 1 (2020), 524; R. CHERCHI e A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell’emergenza sanitaria Covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, 1 (2020), 656.

⁵ U. RONGA, *Il Governo nell’emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, in *Nomos*, 1 (2020), 8.

⁶ A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell’assetto istituzionale e la crisi palese*, cit., 214.

⁷ Pone l’accento sulla necessità di ripercorrere i rapporti formali tra le fonti M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Rivista AIC*, 2 (2020), 111, pur condividendo, con I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione Giustizia*, 18 marzo 2020, 4, che in periodi di emergenza il rigore delle procedure non può essere sempre argomentato soltanto da un punto di vista formale. Proprio per tale ragione non sono mancate in

fronte ad un sistema delle fonti estremamente confuso, dal quale è difficile per il cittadino ricavare le concrete regole che devono orientare la propria condotta al fine di evitare la sanzione (che in alcuni casi può essere addirittura penale), un sistema che non può – in ogni caso – prescindere dalla assunzione di responsabilità dell'Esecutivo per gli atti adottati⁸.

Proprio al fine di rimediare alle incertezze determinate da una produzione giuridica caotica e, per forza di cose, affrettata si è intensificato il ricorso ad atti “chiarificatori” – quali le circolari o le inedite *FAQ (Frequently Asked Questions)* – rispetto ai quali si pongono una serie di problemi significativi, forse poco indagati dalla dottrina recente. Infatti, l'attenzione prestata dagli studiosi al tema della produzione giuridica in epoca emergenziale si è concentrata prevalentemente sulle fonti di provenienza governativa, in particolare sul controverso binomio decreto-legge/decreto del Presidente del Consiglio (d'ora in avanti dpcm) e sul modo in cui questo abbia inciso su alcune garanzie che la Costituzione pone in materia di limitazione dei diritti (su tutte la riserva di legge o, comunque, il necessario intervento del Parlamento).

Meno approfondito, si diceva, è stato il tema della produzione normativa infragiuridica, vale a dire di tutte quelle “regole” fissate da atti che non rientrano nel novero delle fonti del diritto, adottati con il fine di chiarire la portata dei testi normativi veri e propri ma che, spesso, recano contenuti innovativi o derogatori rispetto alle fonti in senso stretto, al punto che – attraverso un sistema di pubblicità del tutto non convenzionale (siti internet istituzionali) – «sono diventate le principali regole della vita quotidiana, in un paradossale capovolgimento della gerarchia delle fonti kelseniana»⁹. Ad essere precisi, però, più che un capovolgimento della gerarchia kelseniana, si tratterebbe di atti che, non potendo essere annoverati tra le fonti del

dottrina voci che hanno posto l'accento sugli aspetti “materiali” della produzione normativa nel periodo di emergenza, ad esempio C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Astrid Online*, 5 (2020), 6, ha rilevato che le incertezze del momento evidenziano «l'inadeguatezza delle normative di settore dettate in riferimento a diversi tipi di emergenza [...] di fronte a un'epidemia che per aggressività e generalità di portata non era mai stata sperimentata in epoca repubblicana». Così anche G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1 (2020), III, ritiene che alla base della produzione normativa «non si possano sottovalutare né le esigenze che muovono il Governo a salvaguardare la salute pubblica in una situazione di fatto di estremo pericolo, né la necessità di delimitare il più possibile [...] le deroghe o le sospensioni della legalità ordinaria». Particolarmente critico sull'aspetto sostanziale, e non meramente formale, della produzione normativa d'emergenza è stato G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost - Unità per la Costituzione*, 10 aprile 2020, il quale ha evidenziato che «l'esordio delle misure di contenimento del contagio epidemico da Covid-19 è stato caratterizzato da un profluvio di Dpcm contenenti discipline delle più varie materie e dei più disparati oggetti [...]. Tutto sotto l'ombrello [...] di una disposizione “in bianco” del d.l. n. 6/2020, meramente attributiva di potere, senza alcuna delimitazione di forma o di contenuto».

⁸ G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, cit., III.

⁹ A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, cit., 16.

diritto, si collocano al di fuori della “catena normativa di giustificazione”¹⁰, pertanto il tentativo di individuarne il fondamento giustificativo dovrà essere condotto secondo criteri diversi.

1.1. *Delimitazione dell’ambito di indagine alla produzione di norme infra-giuridiche: le circolari amministrative e le FAQ ministeriali*

Occorre, in via preliminare, circoscrivere l’oggetto dell’indagine, partendo dalla distinzione tra ciò che è diritto in senso proprio e ciò che, invece, può essere qualificato come infradiritto¹¹.

Oggetto di ampio studio da parte della dottrina è stato il modo in cui il potere normativo del Governo si è esplicato nella gestione dell’emergenza, in particolare sottolineando le “anomalie” che hanno caratterizzato la produzione di norme direttamente vincolanti per i consociati attraverso lo strumento del dpcm (e il suo rapporto con il decreto-legge).

Bisogna chiarire che molto si è dibattuto intorno all’uso del dpcm come fonte idonea a limitare i diritti fondamentali dei cittadini, nonché sulla natura che tali atti

¹⁰ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, cit., 110.

¹¹ Volutamente non si estende la presente indagine al potere di ordinanza in quanto, pur non trascurandosi il dibattito intorno alla sua compatibilità con il principio di legalità, è diffusa la riconduzione delle ordinanze al novero delle fonti. Anche se si tratta di un ambito di difficile delimitazione alla luce delle categorie costituzionali positive, tende a prevalere l’idea che siffatti provvedimenti rientrino comunque tra quelli aventi natura normativa. La categoria delle fonti *extra ordinem* può assumere tratti “mobili” comprendendo «quella degli atti o delle procedure non espressamente contemplate dalle fonti positive, e quella degli atti o fatti cui le fonti positive che li contemplano non attribuiscono formalmente una capacità di innovare l’ordinamento che esse esprimono di fatto», tra le quali si collocherebbero le ordinanze. Così M. CAVINO, *Le fonti del diritto*, in S. Sicardi, M. Cavino e L. Imarisio (a cura di), *Vent’anni di Costituzione (1993-2013)*, Bologna 2015, 368. Tuttavia, solo gli atti o i fatti che ricadono nella prima categoria sono in definitiva fonti *extra ordinem*, che non traggono la propria validità da una previa norma di riconoscimento, ma la cui idoneità a produrre diritto potrebbe essere verificata solo *ex post*, in virtù del principio di effettività. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1993, 193 s. A ben vedere, quindi, nemmeno le ordinanze rientrerebbero nell’infradiritto perché trovano sempre la loro fonte abilitante nella legge. Per quanto *prima facie* le ordinanze appaiano più simili agli atti amministrativi che a quelli normativi, è stata rilevata in dottrina la difficile definizione della natura di quelle che «disciplinano in modo generale e astratto certe situazioni». Per cui sembra corretto distinguere questi atti in due tipologie, «dovendosi classificare le ordinanze-amministrative *stricto sensu* aventi un contenuto particolare e concreto [...] e] le ordinanze-normative, che possono avere un contenuto generale e astratto» e sono pertanto fonti. Per tale distinzione si veda G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova 2012, 259 ss. Più in generale sul potere di ordinanza nelle situazioni di emergenza G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, Milano 2003.

avrebbero nella gestione dell'emergenza. È stato anche sostenuto che i dpcm adottati nel caso specifico non sarebbero da annoverare tra i regolamenti governativi, ma sarebbero a tutti gli effetti delle ordinanze¹², atti meramente amministrativi¹³.

Senza entrare nel merito di questo argomento, e al solo fine di escludere i dpcm dall'ambito di indagine¹⁴, occorre osservare che tali atti rientrano formalmente tra quelli regolati dall'art. 17, comma 3, della legge n. 400/1988, si tratterebbe in sostanza di regolamenti statali non governativi¹⁵, per i quali la legge si limita a prevedere che si riferiscano a materie di competenza del ministro o di autorità ad esso sottordinate e che non possano dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo.

Non sono fissati ulteriori vincoli dal punto di vista dei contenuti, pertanto potrà verificarsi sia l'ipotesi che detti atti stabiliscano norme generali ed astratte, sia che si limitino a fissare disposizioni puntuali a carattere provvedimentale. Nel primo caso pare logico ritenere che, al di là della veste formale, i decreti ministeriali abbiano natura normativa e siano a tutti gli effetti fonti del diritto. Stessa osservazione vale, d'altra parte, per i dpcm, che assumono tale denominazione in virtù dell'autorità emanante, provvista della medesima facoltà che l'art. 17 della legge n. 400/1988 riconosce a tutti i ministri.

Nel caso dei dpcm adottati per far fronte alla pandemia ci si trova innanzi ad atti normativi generali ed astratti. I dubbi di legittimità si pongono più sul piano dei rapporti con le altre fonti (legge e decreto-legge) che su quello attinente alla loro natura e alla cogenza tipica delle fonti-atto. Pertanto, che si vogliano definire regolamenti in senso proprio o mere ordinanze amministrative non intacca l'osservazione più generale che si tratti comunque di fonti del diritto.

¹² M. TRESKA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 3 (2020), 10; che rimanda a M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 18 marzo 2020, 5; e M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 120, secondo i quali i dpcm sarebbero da inquadrare tra le ordinanze *extra ordinem*.

¹³ Secondo G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit., proprio l'uso dei dpcm avrebbe segnato l'ultimo passo della degenerazione del sistema delle fonti alle ragioni dell'urgenza: dalla legge al decreto-legge, dal decreto-legge all'atto amministrativo.

¹⁴ Anche se non va trascurato – come osserva G. SALVADORI, *Il periplo dell'isolato. La libertà di passeggiare al tempo del COVID-19*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1 (2020), 311 ss. – che, per la loro concreta formulazione, anche alcune disposizioni contenute nei dpcm sembrano prive di cogenza (perché si limitano a “raccomandare” un comportamento più che a imporlo). Il problema in questo caso, però, è distinto, perché il difetto di cogenza non deriva dalla natura dell'atto, ma dalla conformazione lessicale della disposizione e ha rappresentato una costante nella gestione dell'emergenza, tanto che anche il recente dpcm 24 ottobre 2020 reca ben cinque “forti raccomandazioni” prive di cogenza.

¹⁵ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 158.

Quando trattiamo dei dpcm, quindi, siamo sempre nel campo del diritto propriamente inteso e non dell'infradiritto. I dpcm costituiscono pur sempre l'emanazione di un potere codificato dall'ordinamento nel rispetto di una procedura espressamente fissata dalla legge, anche se diversa da quella prevista per i regolamenti governativi veri e propri. Ad ogni modo, seppur in subordine rispetto a questi, ne condividono la natura di fonte secondaria e, pur essendo atti formalmente amministrativi, assumono un contenuto materialmente normativo. A ciò va aggiunto, come ulteriore dato significativo, che l'art. 15, lett. d, in combinato con l'art. 6, comma 2, del D.P.R. n. 1092/1985, comprende i dpcm tra gli atti che sono soggetti a pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, assicurandone così l'effettiva conoscibilità da parte dei consociati, al pari delle altre fonti-atto dell'ordinamento¹⁶.

L'attenzione si deve, dunque, concentrare su altri tipi di atti, difficilmente inquadrabili nel novero delle fonti, ma che, quando assumono un contenuto materialmente normativo, sollevano problemi sotto il profilo della certezza del diritto e dell'affidamento del cittadino¹⁷. Ci si riferisce sia ad atti di uso antico, quali le circolari ministeriali, sia ad atti (o, sarebbe più corretto dire, non-atti) del tutto innovativi come le *FAQ* ministeriali. Si tratta, a ben vedere, di questioni diverse, accomunate però dalla riconducibilità al generale tema della produzione normativa infra-giuridica.

Le circolari sono atti provenienti da un'amministrazione che, conformemente alla prevalente dottrina¹⁸, hanno un'efficacia puramente interna alla stessa e non sono in grado di vincolare i cittadini o gli altri soggetti od organi esterni all'amministrazione¹⁹. Il problema, nel nostro caso, si porrebbe in relazione a quelle circolari che assumono uno specifico contenuto normativo o, al limite, di interpretazione di

¹⁶ Si pensi al più recente (al momento della chiusura del contributo) dpcm 3 novembre 2020, recante ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie generale, 4 novembre 2020, n. 275 – Suppl. Ordinario n. 41.

¹⁷ La certezza del diritto implica essenzialmente la «prevedibilità delle conseguenze giuridiche di atti o fatti», con particolare riferimento, nel nostro caso, alle conseguenze giuridiche della condotta tenuta e alla prevedibilità dell'intervento degli organi dotati di poteri decisionali. In tal senso L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, II (1988), 274 ss. Per le implicazioni applicative della certezza del diritto si rimanda ad A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto, II) Profili pratici*, in *Enciclopedia giuridica*, VI (1988), 1 ss.

¹⁸ M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enciclopedia del diritto*, VII (1960), 1 ss.; M.P. CHITI, *Circolare*, in *Enciclopedia giuridica*, VI (1988), 1 ss.; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2003, 486.

¹⁹ In senso contrario si veda, però, l'approfondita disamina di R. TARCHI, *Le circolari ministeriali con particolare riferimento alla prassi*, in U. De Siervo (a cura di), *Norme secondarie e direzione dell'amministrazione*, Bologna 1993, 235 ss., il quale concentra la sua attenzione, più che sul dato formale, sulla «giustificazione e i limiti del potere di adottare circolari, ovvero di quel fenomeno che è stato felicemente denominato come "integrazione normativa in via amministrativa"» (248).

altre disposizioni normative adottate per fronteggiare l'emergenza²⁰. In questa ipotesi parrebbe verificarsi una scissione tra destinatario formale e destinatario sostanziale: mentre, infatti, le circolari si rivolgono e vincolano in maniera relativa i funzionali pubblici chiamati ad applicare la legge, nella sostanza ricadono direttamente sui consociati, i quali potrebbero sentirsi condizionati nell'orientare i propri comportamenti dal contenuto di tali atti piuttosto che dalla legge²¹.

Seppur vi possono essere casi in cui, superando un'idea tassativa di atti interni, alle circolari possa riconoscersi efficacia esterna – perché idonee a fissare le regole valevoli per tutti i soggetti che operano in un determinato settore – altra cosa è riconoscere alle stesse una vera e propria cogenza esterna, vale a dire l'idoneità a vincolare il consociato a tenere un determinato comportamento dietro la minaccia di una sanzione²².

Non sono mancate in dottrina tesi autorevoli tendenti a ricondurre le circolari all'ambito delle fonti del diritto come fonti *extra ordinem* giustificate dal principio di effettività²³, tuttavia, risulta ancora prevalente la tesi secondo cui le circolari a con-

²⁰ D'altra parte, lo stesso R. TARCHI, *Le circolari ministeriali*, cit., 247, osserva che quella delle circolari amministrative è una categoria priva di unitarietà, essendo riconducibili a questa una pluralità di atti tutti definiti formalmente come "circolari", ma «notevolmente eterogenei quanto a significato, formulazione, contenuto ed effetti».

²¹ È frequente che di fronte alla lacunosità dei testi normativi le amministrazioni, e in particolare quelle ministeriali, intervengano con proprie circolari per far fronte a problemi applicativi mutevoli, e questo è anche ciò che è avvenuto nella gestione dell'emergenza. Tuttavia, osserva M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 129 s., che tale potere debba essere esercitato con particolare parsimonia per evitare che da strumento di chiarificazione di trasformi in strumento di ulteriore incertezza per i cittadini.

²² Ad una più attenta osservazione non si può negare che, orientando i propri comportamenti sulla base del contenuto di una circolare, i cittadini finiscano per attribuire ad essa vera e propria cogenza giuridica. Tuttavia, pur essendo sottoposta – da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova 1970, 23 ss. – ad acuta critica l'astratta idoneità di "coercibilità" e "sanzione" a contraddistinguere con carattere di esclusività il fenomeno giuridico-normativo rispetto ad altri fenomeni, non pare che questi concetti siano del tutto superati nel caso concreto, quando l'osservanza del cittadino potrebbe ben essere mossa semplicemente dal timore di evitare una sanzione. Se, però, coercibilità e sanzione mantengono in determinate situazioni concrete – come questa – un loro rilievo puramente empirico, ciò che caratterizza le ipotesi che si stanno esaminando riguarda l'astratta riconducibilità di tali elementi non alla circolare in quanto tale, bensì alla legge che essa pretende di chiarire. I tanto controversi elementi della "giuridicità", pertanto, sarebbero sempre da riferire alla legge e non ad una circolare, con la conseguenza che la fonte della "coazione" andrà sempre rinvenuta in un atto formale. Il cittadino, in pratica, potrà essere sanzionato non perché ha violato il contenuto di una circolare, ma perché ha tenuto una condotta non conforme ad una delle norme ricavabili in via interpretativa direttamente dal testo di legge (o di altro atto-fonte).

²³ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario al Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna 1977, 553, ad esempio, ha ritenuto che talune circolari potrebbero qualificarsi come fonti *extra ordinem*. La loro natura sostanzialmente normativa le collocherebbe nella gerarchia delle fonti al grado

tenuto normativo, pur assumendo rilievo giuridico sul piano interno, sul piano generale dell'ordinamento dello Stato non potrebbero mai porsi come fonti del diritto obbiettivo. Ove si pretendesse di attribuire loro questa efficacia il rischio sarebbe quello della lesione delle esigenze garantistiche, sia perché gli atti in questione non sono adottati secondo procedure prestabilite e analoghe a quelle che la legge fissa per i regolamenti²⁴, sia perché difetterebbero di adeguati strumenti di conoscibilità, visto che la loro pubblicazione in Gazzetta Ufficiale è soltanto eventuale e non necessaria²⁵.

Corollari di tale tesi sono: da una parte, che le circolari non possano in alcun modo vincolare il cittadino e tantomeno l'autorità giurisdizionale²⁶; dall'altra, che trattandosi pur sempre di atti amministrativi subordinati alla legge, ove il loro contenuto si ponesse in contrasto rispetto a questa sarebbero da considerare irrimediabilmente invalidi²⁷.

A fronte delle elaborazioni dottrinali che si sono succedute nel tempo la giurisprudenza – sia antica che recente – è stata sempre piuttosto ferma nel negare natura di fonte alle circolari a contenuto normativo le quali non potrebbero di per sé recare vantaggi o pregiudizi a terzi esterni all'amministrazione²⁸. Anche nel caso in cui la circolare non avesse un contenuto normativo autonomo, ma si limitasse ad interpretare altra norma che l'amministrazione è chiamata ad applicare, in caso di contrasto tra il significato palese della norma di legge e l'interpretazione fornita in circolare, l'autorità sarebbe tenuta a dare applicazione alla legge e non alla circolare

degli atti normativi che possono essere normalmente adottati dal soggetto che ne è l'autore. In sostanza, le circolari normative acquisirebbero in virtù del principio di effettività il rango degli atti regolamentari. Secondo R. TARCHI, *Le circolari ministeriali*, cit., 327, invece, pur riconoscendo la possibilità di produrre norme giuridiche secondo modalità diverse da quelle tradizionali, sarebbe poco utile il semplice tentativo di inquadramento formale delle circolari tra le fonti *extra ordinem*. Piuttosto, sottolinea la circostanza che quando una circolare produce norme dà origine ad un "diritto vivente", in quanto gli operatori orientano i propri comportamenti sulla base dei contenuti della circolare, potendosi trattare anche di soggetti esterni all'amministrazione.

²⁴ M.P. CHITI, *Circolare*, cit., 4.

²⁵ D. RISO, *Le circolari a contenuto normativo*, in *LexItalia.it*, 9 (1999). Rilevante è la circostanza che, da un punto di vista procedurale, le circolari non ricevano alcuna menzione nella legge n. 400/1988, né siano oggetto di pubblicazione obbligatoria quando interessano la generalità dei cittadini. Cfr. R. TARCHI, *Le circolari ministeriali*, cit., 238 s. e 267 ss.

²⁶ Al più le circolari potrebbero fungere da elemento di prova nella valutazione della scelta dell'amministrazione o del pubblico funzionario, senza fornire alcuna prova legale o presunzione, in quanto è fatta salva la possibilità per l'amministrazione di disattendere la circolare per ragioni di pubblico interesse e, segnatamente, nel caso in cui la legge abbia un contenuto distinto da quello della circolare e l'amministrazione sia tenuta ad osservarla. Cfr. M.P. CHITI, *Circolare*, cit., 2.

²⁷ M.S. GIANNINI, *Circolare*, cit., 4.

²⁸ Tra le tante si vedano Cass., 10 novembre 1971, n. 3186; Cass., 5 giugno 1971, n. 1674; Cons. Stato, 30 novembre 1979, n. 29; e recentemente, TAR Lombardia, Milano, sez. III, 17 febbraio 2020, n. 311.

«perché diversamente il cittadino che si sentisse leso dal provvedimento potrebbe fondatamente rivolgersi al giudice»²⁹.

Argomenti analoghi possono essere utilizzati a maggior ragione per gli effetti prodotti dalle *FAQ* rispetto ai consociati - fenomeno del tutto innovativo sul piano del diritto³⁰ - le quali addirittura sembrano, a differenza della circolari, sfuggire anche alla qualifica formale di atto. Paradossalmente si può dire che le *FAQ* siano pura pubblicità senza atto. Di solito queste consistono nelle risposte a domande standardizzate che gli utenti di un servizio (o di un sito internet) potrebbero rivolgere al gestore, al fine di chiarirne le modalità di fruizione.

Nel caso in questione assumono uno scopo ben diverso, quello di fornire chiarimenti sull'applicazione di un dettato normativo (quello dei decreti-legge e dei dpcm) non sempre completo o, come sembra più evidente, quello di perseguire la vana pretesa di predeterminare ogni possibile aspetto applicativo concreto della norma astratta (ignorando che l'opera di sussunzione non potrebbe per sua natura essere compiuta con misure generali ed astratte, ma solo dal giudice, i cui poteri di interpretazione consentirebbero di adeguare il diritto al caso concreto).

Ciò che emerge, però, è che le *FAQ* non rientrano tra le fonti del diritto in quanto difetterebbero anche della natura di atto: non sarebbero atti di interpretazione autentica in grado di vincolare il destinatario, non sarebbero circolari a contenuto normativo vincolanti per l'amministrazione. Va aggiunto, infatti, che per le *FAQ* non è possibile rilevare il procedimento che ha portato alla loro adozione: non si conosce il soggetto o l'ufficio che ha selezionato le domande e che ha formulato le risposte, non vi sono atti preparatori che danno conto delle scelte fatte, non esiste altra forma di pubblicità che quella tramite sito internet.

Eppure, per la loro concreta formulazione si tratta di misure che, al di là della loro funzione chiarificatrice, finiscono per assumere valore precettivo-costitutivo per il cittadino. Non si limitano a prevedere mere indicazioni comportamentali³¹,

²⁹ TAR Emilia-Romagna, 27 novembre 1975, n. 557. D'altra parte, come osserva A. CATELANI, *L'efficacia esterna delle circolari amministrative contenenti norme giuridiche*, in *Giurisprudenza di merito*, (1979), 264 ss., diversamente argomentando, in caso di contrasto tra circolare e legge, si finirebbe per dare rilevanza esterna a un atto meramente interno, costituendo un obbligo per il cittadino fondato sulla circolare e non sulla legge.

³⁰ Il Governo sarebbe stato indotto a predisporre questa sorta di "prontuario" interpretativo per fare chiarezza sui contenuti di decreti non sempre di facile lettura. Cfr. L. MAZZAROLLI, «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 marzo 2020. Tale prassi ha riguardato sia la c.d. Fase 1 e la Fase 2, che la Fase della "seconda ondata" dopo il dpcm del 3 novembre 2020.

³¹ Non si tratterebbe di quelle che F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 22 aprile 2020, 1, definisce come disposizioni meramente ottative, piuttosto si tratterebbe di veri e propri divieti in forma non normativa. Cfr. G. DI COSIMO e A. COSSIRI, *Fase 2. Cioè?*, in *laCostituzione.info*, 29 aprile 2020.

ma, allo scopo di specificare il testo degli atti normativi, finiscono per innovarne il contenuto, vietando in sostanza ciò che secondo la legge o i regolamenti potrebbe essere consentito.

Come vedremo, ci sono stati alcuni casi emblematici in cui le *FAQ* (o altri atti privi della natura di fonte) hanno innovato sensibilmente la portata dei precetti normativi. In questo modo hanno finito per assumere un valore costitutivo-innovativo dell'ordinamento, determinando in concreto i comportamenti che i consociati possono o non possono tenere e, quindi, limitando i diritti costituzionali.

A ciò va aggiunto che, sfuggendo ad ogni classificazione formale ed essendo privi di cogenza verso il singolo, tali atti sarebbero sottratti a qualsiasi forma di impugnazione diretta in sede giurisdizionale³². Ciononostante, questi possono essere usati quale metro di valutazione della condotta da parte del Pubblico ufficiale chiamato ad irrogare la sanzione, ridondando così sulla sfera giuridica dell'individuo.

Fin quando *FAQ* e circolari hanno contenuti omogenei rispetto alle altre fonti non si pongono grossi problemi, tuttavia l'esperienza concreta ha evidenziato come vi siano stati casi in cui, attraverso una serie di chiarimenti successivi, si sia giunti a cambiare il contenuto sostanziale dei provvedimenti normativi, compromettendo la certezza giuridica³³. In ipotesi di contrasto, infatti, i cittadini non saprebbero più se orientare la propria condotta sulla base legale o sul chiarimento, anche perché - sfugge un dato elementare - non rientra nel sapere comune la capacità di distinguere ciò che è fonte (cogente) da ciò che non lo è.

1.2. Casi di concreta incidenza delle norme infra-giuridiche sull'affidamento dei consociati

Le ipotesi da ultimo osservate sembrano rientrare a tutti gli effetti nell'ambito dell'infradiritto, vale a dire di quei precetti che, pur avendo carattere generale ed astratto, non sono contenuti in atti qualificabili come fonti del diritto. La domanda che ci si pone, e alla quale si tenterà di dare una risposta nei successivi paragrafi, è se esista una qualche idoneità di tali atti a vincolare i comportamenti individuali. Il problema, ad essere precisi, si porrà in misura minima quando il chiarimento è del tutto in linea con la legge, ma emergerà in maniera evidente quando avrà carattere derogatorio o, comunque, creativo-innovativo rispetto alla legge, ingenerando nel destinatario del precetto la difficoltà di conformare la propria condotta alla legge, o in alternativa, al chiarimento.

³² Come M.P. CHITI, *Circolare*, cit., 2, già riconosceva per le circolari - rimandando a risalente dottrina, il singolo sarebbe privo di interesse ad agire, in quanto tale interesse può sorgere soltanto con l'atto adottato in attuazione della circolare. In sostanza, il cittadino non avrebbe interesse ad impugnare una *FAQ* (oltre che per mancanza dell'atto), se non nella forma dell'impugnazione della sanzione comminata secondo i criteri dettati dalla stessa.

³³ M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti*, cit., 13.

I casi che si potrebbero riportare sono numerosi, per ovvie ragioni di spazio si fa riferimento, a titolo di esempio, alle questioni che hanno riguardato: la nozione di “congiunti”, la distinzione tra “attività sportiva e attività motoria”, la possibilità di “passeggiata con il figlio minore”.

Per quanto riguarda l'attività sportiva, con i dpcm 8 e 9 marzo 2020 il Governo si era limitato a stabilire, all'art. 1, lett. d), 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». Intervenendo a chiarimento della richiamata disposizione il Ministero dell'Interno, con circolare del 31 marzo 2020, stabiliva 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». A ben vedere, il secondo intervento non può essere qualificato come mero chiarimento, trattandosi di una disposizione che innova i contenuti della prima disposizione, introducendo limitazioni non ricavabili dal testo di quella. In contraddizione con la certezza del diritto la circolare introduce una distinzione tra attività che nel dpcm erano equiparate e ne rimette l'apprezzamento alla discrezionalità dell'operatore chiamato a far osservare la norma³⁴. La persona che volesse semplicemente fare una corsa per tenersi in forma, al netto degli ulteriori ed eventuali provvedimenti regionali³⁵, dovrebbe orientare la propria condotta sulla base di quanto previsto dal dpcm o dalla circolare³⁶?

Sempre alla medesima Circolare possono collegarsi i dubbi sorti a seguito della specificazione secondo cui «per quanto riguarda gli spostamenti di persone fisiche, è da intendersi consentito, ad un solo genitore, camminare con i propri figli minori

³⁴ M. BELLETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti*, cit., 13.

³⁵ Si pensi, ad esempio, ai più restrittivi divieti adottati al riguardo mediante diverse Ordinanze del Presidente della Regione Campania. V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 1 (2020), 979 s.

³⁶ Problematiche in un certo senso analoghe si sono poste a seguito delle FAQ riferite alla “seconda ondata”, pubblicate il 10 novembre 2020 a chiarimento del dpcm 3 novembre 2020. Quest'ultimo provvedimento, all'art. 3, comma 4, lett. e), riferito alle zone della c.d. “Area rossa”, infatti sembra tener distinta l'attività “sportiva” da quella “motoria”, in quanto sulla sua base «è consentito svolgere individualmente attività motoria in prossimità della propria abitazione purché comunque nel rispetto della distanza di almeno un metro da ogni altra persona e con obbligo di utilizzo di dispositivi di protezione delle vie respiratorie; è altresì consentito lo svolgimento di attività sportiva esclusivamente all'aperto e in forma individuale». La lettura è confermata anche dalla Circolare del Ministero dell'Interno del 7 novembre 2020 che ha precisato come «l'attività sportiva è consentita [...] anche presso aree attrezzate e parchi pubblici, ove accessibili, non necessariamente ubicati in prossimità della propria abitazione». Tuttavia, nelle FAQ relative alla “Area rossa”, attività sportiva e attività motoria sembrano essere accomunate nel medesimo trattamento (“nei pressi della propria abitazione”), generando in tal modo confusione nei destinatari della prescrizione.

in quanto tale attività può essere ricondotta alle attività motorie all'aperto, purché in prossimità della propria abitazione. La stessa attività può essere svolta, inoltre, nell'ambito di spostamenti motivati da situazioni di necessità o per motivi di salute». Si tratta, a ben vedere, di una specificazione non necessaria, in quanto il comportamento in questione era già perfettamente abilitato dal testo del dpcm che nulla specificava al riguardo, ma che, una volta prevista ha contribuito soltanto ad alimentare ulteriori dubbi (Un solo genitore per figlio? E se il genitore è solo ed ha più figli? E se la coppia ha più di due figli?), dubbi che non si sarebbero posti altrimenti e che lo stesso Presidente del Consiglio è stato costretto a chiarire (inconsuetamente) nel corso di una conferenza stampa³⁷.

Infine, occorre accennare alla contorta vicenda delle visite ai “congiunti” o “affetti stabili”. Con dpcm 26 aprile 2020, il Governo apriva alla possibilità di effettuare visite a non meglio specificati “congiunti”. Non esistendo una definizione di tale categoria nell'ordinamento il Governo, con una nota del 27 aprile 2020, precisava che nella nozione dovessero essere compresi «parenti e affini, coniuge, conviventi, fidanzati stabili e affetti stabili». A seguito di ciò sorgeva un ulteriore dubbio: chi sono gli “affetti stabili”? Tentando di dare una risposta all'interrogativo il Viceministro della salute, intervistato il 29 aprile 2020, affermava che si potessero ricomprendere nella categoria anche i rapporti amicali duraturi. Tale apertura, tra l'altro non contenuta in alcun atto, era immediatamente respinta sia per mezzo della Circolare del Ministero dell'interno del 2 maggio 2020 secondo la quale gli affetti stabili presuppongono una «duratura e significativa comunanza di vita e di affetti», sia dalle *FAQ* della Fase 2, pubblicate il giorno successivo, che stabilivano come criteri per la definizione di “congiunti” quelli ricavabili dalla giurisprudenza in materia di responsabilità civile, specificando che nella categoria rientrano «i coniugi, i partner conviventi, i partner delle unioni civili, le persone che sono legate da uno stabile legame affettivo, nonché i parenti fino al sesto grado (come, per esempio, i figli dei cugini tra loro) e gli affini fino al quarto grado (come, per esempio, i cugini del coniuge)»³⁸. Nonostante tutti i chiarimenti forniti permangono comunque delle ambiguità, legate al fatto di voler recepire in una norma giuridica un concetto che giuridico non è, quello dell'affetto: non può essere certo la disposizione di un dpcm, e tantomeno una circolare o una *FAQ*, a fissare la soglia al di sopra o al di sotto della quale un affetto si può definire stabile, né in cosa consista una significativa comunanza di vita, semplicemente sono concetti che sfuggono al diritto³⁹.

³⁷ A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese*, cit., 219.

³⁸ Ulteriori approfondimenti su tali aspetti in A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, cit., 66, nota 9; e soprattutto A. CHIAPPETTA, *Less regulation for better regulation: ipertrofia normativa e pressapochismo linguistico ai tempi della pandemia da Covid-19*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2 (2020), 722 ss.

³⁹ G. DI COSIMO e A. COSSIRI, *Fase 2. Cioè?*, cit.

2. ESISTE UN FONDAMENTO TEORICO CHE LEGITTIMA UN DOVERE DI OSSERVANZA DELLE PRESCRIZIONI INFRA-GIURIDICHE NELLE SITUAZIONI DI EMERGENZA?

Si è detto della differenza tra fonti del diritto propriamente intese e altri atti riconducibili al piano dell'infradiritto. Occorre a questo punto interrogarsi sull'esistenza di un possibile fondamento teorico che possa legittimarne la coerenza in situazioni di emergenza. Anticipando le conclusioni in cui si risponderà in maniera negativa all'interrogativo posto, si tenterà di ripercorrere rapidamente i possibili argomenti che potrebbero, da una parte indurre il singolo consociato a conformare la propria condotta a "norme infra-giuridiche" e dall'altra l'operatore a ricostruire la condotta conforme o vietata alla luce di atti privi di efficacia giuridica.

2.1. *Segue: in quanto disposizioni di interpretazione autentica*

Il ricorso a disposizioni infra-giuridiche nella gestione dell'emergenza è stato dettato essenzialmente da esigenze interpretative⁴⁰, dietro la probabile consapevolezza che il rapido susseguirsi di più atti - spesso in sovrapposizione tra loro - dava vita ad un complesso normativo di difficile decifrazione per il cittadino comune (e, ad essere sinceri, anche per quello dotato di competenze tecnico-giuridiche). Occorre, in primo luogo, chiedersi se sia possibile attribuire alle circolari e alle *FAQ* la medesima efficacia delle fonti che interpretano alla stregua di un'interpretazione autentica compiuta dall'amministrazione.

Secondo autorevole dottrina si definisce di interpretazione autentica quell'atto normativo «il cui contenuto sia la determinazione del significato di una o più disposizioni legislative precedenti»⁴¹ al fine di chiarirne la portata⁴².

Le caratteristiche consuetamente attribuite all'interpretazione autentica si identificano nel fatto che, al pari delle altre fonti generali ed astratte, anche quelle interpretative hanno efficacia *erga omnes*, ossia vincolano qualsiasi soggetto dell'ordinamento. In secondo luogo, gli atti normativi di interpretazione autentica non hanno

⁴⁰ Riconduce le circolari ad un'attività di interpretazione M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti*, cit., 13. R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali" in tempo di COVID-19: una questione non soltanto "di principio"*, in *Diritti regionali*, 1 (2020), 517, invece elogia l'uso delle *FAQ* sotto il profilo della "attività di informazione ufficiale".

⁴¹ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano 2011, 81 s.

⁴² Il fine chiarificatore delle norme di interpretazione autentica non è sempre conseguito in pieno, visto che in talune circostanze un'interpretazione con effetti retroattivi, più che contribuire alla certezza dei rapporti giuridici finisce per compromettere tale valore. Sul punto cfr. M. MANETTI, *I vizi (reali e immaginari) delle leggi di interpretazione autentica*, in A. Anzon (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Quaderni della Rivista di Diritto costituzionale, Torino 2001, 31 ss.

(o, comunque, non dovrebbero avere) carattere innovativo, ma dichiarativo, in quanto si limitano semplicemente a dichiarare il significato di un atto preesistente ed è questa la ragione per cui si ritiene che normalmente abbiano efficacia retroattiva⁴³. In terzo luogo, l'interpretazione di un qualsivoglia testo giuridico si definisce autentica quando è compiuta dallo stesso soggetto che è autore del testo interpretato. Ma, in definitiva, non è chiaro in cosa consista questa "autenticità": se essa dipenda dall'identità dell'organo che la fornisce, dallo stesso *nomen* tra atto interpretato e atto interpretante, dalla loro identica collocazione nella gerarchia delle fonti, dalla medesima efficacia vincolante⁴⁴.

Lasciando da parte la considerazione che l'interpretazione autentica di un testo normativo di per sé sarebbe sempre una finzione⁴⁵, si deve però concludere che nel rapporto tra le fonti normative adottate dal Governo nella gestione dell'emergenza (sia decreti-legge che dpcm) e gli atti adottati con funzione chiarificatrice non possano rinvenirsi gli elementi propri dell'interpretazione autentica.

Innanzitutto, né le circolari né le *FAQ* hanno lo stesso rango delle fonti interpretate, addirittura in entrambi i casi è dubbia la loro stessa riconducibilità al novero delle fonti del diritto. In secondo luogo, anche volendo riconoscere all'amministrazione (e nella specie ai vari ministeri) un potere di interpretazione di atti normativi questa potrebbe spiegare soltanto effetti interni e non *erga omnes*.

In conclusione, la circostanza che tali misure siano adottate al fine di chiarire il significato di altre fonti non consente di attribuire loro la medesima efficacia delle fonti interpretate, così come avviene nell'ipotesi dell'interpretazione autentica. In tal modo, non è attraverso questo argomento che può pervenirsi al riconoscimento dell'idoneità di circolari e *FAQ* a vincolare i consociati nella conformazione delle proprie condotte.

⁴³ Secondo il costante insegnamento della Corte costituzionale sarebbero di interpretazione autentica «“quelle norme obiettivamente dirette a chiarire il senso di norme preesistenti ovvero a escludere o a enucleare uno dei sensi fra quelli ragionevolmente ascrivibili alla norma interpretata”; i caratteri dell'interpretazione autentica, quindi, sono desumibili da un rapporto fra norme “tale che il sopravvenire della norma interpretante non fa venir meno la norma interpretata, ma l'una e l'altra si saldano fra loro dando luogo a un precetto normativo unitario”». Tra le tante, Corte cost., 14 maggio 2008, n. 132.

⁴⁴ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., 83.

⁴⁵ A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano 2003. La ragione di ciò, è facilmente intuibile, risiede nella circostanza che nei moderni Stati costituzionali una immedesimazione “personalista” tra organo abilitato ad adottare un'interpretazione autentica e autore materiale dell'atto interpretato sarebbe impossibile. Tende, quindi, a prevalere la tesi secondo cui il potere di interpretazione autentica spetta all'organo titolare della potestà normativa secondo i criteri consuetamente determinati dalla Costituzione. Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano 1980, 245; P. CARNEVALE e A. CELOTTO, *Il parametro «eventuale». Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parametro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, Torino 1998, 58 s.

2.2. *Segue: in virtù di un implicito pactum subiectionis*

È possibile interrogarsi sull'individuazione del fondamento della cogenza delle norme infra-giuridiche in una dottrina dalle origini antiche, quella contrattualistica. In particolare occorre chiedersi se l'idoneità a vincolare i comportamenti dei consociati da parte di disposizioni non contenute in fonti del diritto possa risiedere in un nuovo e implicito *pactum subiectionis*⁴⁶ cui i singoli abbiano aderito in ragione dello stato di emergenza.

La teoria contrattualistica si presenta estremamente complessa e ricca di sfumature, ma reca quale suo filo conduttore l'individuazione del fondamento del potere politico «in un contratto, e cioè in un accordo tacito o espresso fra più individui, accordo che segnerebbe la fine dello stato di natura e l'inizio dello stato sociale e politico»⁴⁷.

Sarebbe proprio tale patto a costituire il fondamento della legittimazione dello Stato e dei suoi comandi (espressi nella legge). Seppur sotto diverse accezioni⁴⁸ il sistema giuridico nascerebbe da un accordo vincolante e questo consentirebbe di distinguere un comando cogente da un disposto privo di tale portata.

È possibile riproporre questo modello a fondamento della idoneità da parte di atti non-fonte a vincolare i cittadini? Detto in altri termini, ci si chiede se la teoria

⁴⁶ La teoria del *pactum subiectionis* è tradizionalmente attribuita a Hobbes, tuttavia essa ha origini molto più antiche e riceve dal filosofo inglese una nuova lettura, fondata sul concetto di sovranità assoluta, che riduce «i diversi contratti a uno solo, un patto unico, che è insieme *pactum unionis*, *subiectionis* e *repraesentationis*», cfr. A. DI BELLO, *Sovranità e rappresentanza. La dottrina dello Stato in Thomas Hobbes*, Napoli 2010, 71. Sovranità assoluta che non sembra troppo azzardato rinvenire in quelle situazioni di emergenza estrema per lo Stato, in cui è in pericolo la sopravvivenza dell'ordinamento. Su tale concetto l'opera di maggiore, seppur controverso, riferimento è C. SCHMITT, *Teologia politica (1922)*, in Id., *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna 1972, 29 ss.

⁴⁷ N. MATTEUCCI, *Contrattualismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino 2016, 178.

⁴⁸ Per Hobbes, ad esempio, il contratto assume i contenuti del vero e proprio *pactum subiectionis*, ossia dell'accordo con il quali i singoli si spogliano dei loro diritti individuali a favore del Sovrano in cambio della protezione. Vi è in questo caso una sottomissione dei consociati che legittima il comando proveniente dall'autorità. Per Locke, invece, il contratto assume un carattere maggiormente paritario, essendo fondato sulla fiducia (*trust*) tra governati e governanti. I primi non si spogliano di ogni diritto in favore del Sovrano, ma affidano a questo una funzione di garanzia dei propri diritti (per questo i consociati conserverebbero il diritto di resistenza). Infine, per Rousseau il Contratto sociale implicherebbe l'alienazione dei diritti da parte del singolo non a favore del Sovrano, ma della comunità. Questa sarebbe retta dalla volontà generale, per sua natura infallibile perché destinata sempre alla realizzazione del bene comune e, di conseguenza, anche la legge che ne è espressione sarebbe sempre giusta. Cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, II, Roma-Bari 2001, 113 ss., 162 ss., 286 ss.

contrattualistica possa essere riproposta ove il patto sociale non sia diretto al passaggio dallo stato di natura allo stato sociale, ma alla gestione dello stato di emergenza, vale a dire che si ponga come accordo temporaneo in virtù del quale i consociati affidano poteri straordinari allo Stato per il superamento della situazione emergenziale, consentendo, solo per il tempo a ciò strettamente necessario, di derogare ai normali criteri di produzione del diritto⁴⁹.

Non sembra che quello contrattualistico sia un argomento validamente spendibile per giustificare la cogenza di atti non annoverabili tra le fonti del diritto. La ragione di ciò risiede nel fatto che già esiste un ordine costituzionale, istituito sulla base della Carta fondamentale, e l'adesione ad un nuovo patto emergenziale, per quanto temporaneo, implicherebbe una sospensione del primo⁵⁰. È il principio di sovranità popolare consacrato nell'art. 1 Cost. ad impedire che la sovranità, esercitata nelle forme stabilite dalla Costituzione, possa essere esercitata secondo forme diverse e non convenzionali.

2.3. *Segue: sulla base della presunta distinzione tra “normatività” e “giuridicità”*

Ai fini della dimostrazione della cogenza che circolari e *FAQ* possono avere per il singolo consociato si potrebbe tentare un approccio che parta dalla distinzione tra “normatività” e “giuridicità”. In altre parole, si tratterebbe di verificare l'esistenza di una forma di giuridicità “para-positiva” attraverso una positivizzazione del diritto in precetti che, pur essendo scritti, non sono inquadrabili tra le fonti atto, bensì tra le fonti fatto. Si tratterebbe di una forma di produzione giuridica non normativa che si colloca a metà strada tra il diritto positivo (difettando rispetto a questo di un pro-

⁴⁹ Nelle moderne costituzioni fondate sulla sovranità popolare la teoria contrattualistica (intesa nel senso della “soggezione”) sarebbe superata dalla circostanza che il popolo viene «configurato non già nella veste di parte di un rapporto avente quale altro termine il sovrano, bensì quale titolare unico del potere di dar vita, con un atto unilaterale, all'ordine costituzionale». Così, C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI (1962), 143.

⁵⁰ Le costituzioni moderne rappresentano, in buona sostanza, la formalizzazione di un “accordo sociale unilaterale” che è a fondamento di un'aggregazione umana ordinata, visto che, come C. MORTATI, *Costituzione*, cit., 140, osserva, «ogni struttura organizzativa desume il suo ordine primo da un centro unificante e motore, da una costituzione, conforme al tipo di ente sociale cui essa corrisponde, con la funzione della stabilizzazione dei singoli rapporti che si svolgono in esso». Pur non negando l'eventualità che detta costituzione (ma non – si badi – il patto ad essa sottostante) possa subire delle “sospensioni”, dettate dall'esigenza della conservazione dell'ordinamento che potrebbe essere pregiudicata dall'osservanza dell'ordine legale, al fine di evitare arbitrii è preferibile che siano gli stessi atti costituzionali a stabilire una disciplina della sospensione. Il fondamento della sospensione andrebbe, quindi, ravvisato sempre nei fini istituzionali (ovvero, nella “costituzione materiale”, *ivi*, 196) e non nella semplice necessità fattuale. Ciò implica che il “patto” da cui originano quei fini resti intatto, anzi pare si possa affermare che essi trovino più immediata attuazione, anche attraverso strumenti destinati ad operare «in sostituzione delle norme predisposte per realizzarli in via ordinaria».

cedimento determinato di produzione e degli elementi tipici di pubblicità e conoscibilità) e il mero fatto giuridicamente rilevante (contribuendo ad orientare il singolo consociato o chi è chiamato a far osservare un determinato precetto – questo sì fissato da una norma positiva – nello stabilire se la condotta sia conforme o meno ad esso), alla stregua di quanto avviene – almeno in parte, ma con qualche forzatura⁵¹ – con la c.d. *soft law*⁵².

Un dato comunemente acquisito negli ordinamenti moderni, soprattutto a seguito della lezione kelseniana, è quello secondo il quale il diritto si identifica con le norme. La teoria normativista, in tal senso, esaurisce il concetto di giuridico nel concetto di normativo, non potendo esistere qualcosa di giuridicamente rilevante al di fuori di un insieme di norme prodotte dai consociati all'interno di un determinato contesto sociale. È vero che il normativismo non può essere inteso nel senso del più stretto positivismo, secondo il quale la giuridicità si esaurisce nelle disposizioni scritte (altrimenti non potrebbe giustificarsi l'esistenza delle consuetudini), ma è altrettanto vero che l'atto normativo, ove inteso in senso positivo, è il frutto di un procedimento «di solito regolato piuttosto dettagliatamente dal diritto positivo, tramite norme che individuano quale soggetto sia competente ad emanare un certo tipo di atto, con quale procedura, con quale forma di pubblicità, e talvolta con quali vincoli contenutistici»⁵³. Secondo la logica kelseniana del diritto, quindi, questo dovrà trovare il suo fondamento in una norma superiore che ne abilita l'idoneità a produrre effetti, secondo una dipendenza di tipo formale e non sostanziale.

Se guardiamo alle circolari e alle *FAQ* possiamo rilevare che queste difettano a monte di una norma sulla produzione, non è possibile riscontrare nell'ordinamento l'esistenza di una fonte di rango superiore che ne abiliti l'idoneità a produrre effetti giuridici. In questo senso, si porrebbe il problema della loro stessa validità secondo criteri kelseniani, mancando una fonte abilitante verrebbe meno non solo la loro stretta idoneità a vincolare i consociati (efficacia), ma la loro stessa configurazione come fonti nel sistema (validità).

⁵¹ Infatti, come è stato opportunamente osservato in questa *Rivista* da F. MARONE e A. PERTICI, *Quando una disciplina attuativa si sottrae al circuito democratico: il caso delle linee guida ANAC per l'attuazione dei contratti pubblici e la loro difficoltà di classificazione tra atti regolamentari e atti amministrativi generali*, «la *soft law* disciplina rapporti non soggetti ad alcuna normazione cogente e viene rispettata in virtù di un'adesione volontaria ai precetti della stessa», per questa ragione non si presterebbe ad essere invocata come modello cui paragonare l'efficacia delle norme infra-giuridiche nei contesti emergenziali.

⁵² La *soft law* esprimerebbe, quindi, «una manifestazione affatto peculiare della dinamica giuridica che tuttavia si inserisce nel processo giuridico, integrandolo e perfezionandolo, ossia costruendolo», ciononostante, essa opera come «strumento di regolazione posto al di fuori dal paradigmatico e tradizionale sistema delle fonti (*hard law*)». Cfr. F. CAVINATO, *Soft Law e topografia giuridica*, in *Filodiritto*, 16 febbraio 2018.

⁵³ G. PINO, *Norma giuridica*, in G. Pino, A. Schiavello e V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino 2013, 148.

L'attenzione, dunque, potrà spostarsi su un altro punto, quello della ricerca del fondamento della loro validità ed efficacia non in altre fonti dell'ordinamento gerarchicamente superiori, bensì direttamente nell'emergenza intesa di per sé come fonte abilitante suprema.

2.4. *Segue: in ragione del brocardo necessitas non habet legem*

Per le ragioni appena viste, occorre chiedersi, quindi, in quali termini si pone il rapporto tra l'infradiritto e il brocardo *necessitas non habet legem*, vale a dire: se l'emergenza opera come fatto *extra ordinem* può attrarre nella sfera del giuridicamente rilevante atti privi della natura di fonte? Le circolari e le *FAQ*, che non sono fonti, potrebbero acquisire cogenza in virtù della superiore emergenza, intesa come fatto derogatorio all'ordinario sistema delle fonti?

Per quanto la tesi dell'emergenza come suprema ed autonoma fonte del diritto - collocata al di fuori dell'ordinamento e, quindi, *extra ordinem* - abbia avuto un largo seguito nella dottrina antica⁵⁴, oggi tende ad essere sempre più recessiva⁵⁵.

Non è mancato chi abbia ritenuto di rinvenire, nel caso odierno, il fondamento della produzione normativa direttamente nell'emergenza⁵⁶, ma la tesi largamente prevalente tende ad individuare nella Costituzione e non nella necessità il fondamento dei provvedimenti normativi adottati nella situazione di emergenza⁵⁷. D'altra parte, andrebbe sempre tenuta presente la distinzione tra emergenza come fonte-fatto del diritto e stato di emergenza che legittima l'adozione di atti normativi urgenti per farvi fronte: nel primo caso ci si muoverebbe in un ambito esterno all'ordine costituzionale vigente e, quindi, nella volontà sovrana senza vincoli, nel secondo pur sempre all'interno dei confini tracciati dalla Costituzione⁵⁸.

La Costituzione fornirebbe, in pratica, tutti gli strumenti necessari per fronteggiare dal punto di vista normativo le situazioni emergenziali come quella che stiamo

⁵⁴ Si pensi, ad esempio, alla nota tesi di S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico e della Pubblica Amministrazione*, (1909), 220, secondo il quale «la necessità si può dire che sia la fonte prima ed originaria di tutto quanto il diritto, in modo che rispetto ad essa, le altre sono da considerarsi in certo modo derivate». Analogamente, O. RANELLETTI, *La Polizia di sicurezza*, in *Trattato di Diritto amministrativo V.E. Orlando*, IV, Milano 1904, 1190 ss.

⁵⁵ In tal senso, A. CARDONE, *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino 2011, 49

⁵⁶ V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Diritti fondamentali*, 1 (2020), 893 ss.

⁵⁷ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 113; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta Online*, 3 (2020), 517 s. Per ulteriori indicazioni sia consentito rinviare al mio *I fondamenti teorico-costituzionali del diritto dell'emergenza, con particolare riferimento alla pandemia*, in B. Brancati, A. Lo Calzo e R. Romboli (a cura di), *Coronavirus e costituzione*, cit., part. 32 ss.

⁵⁸ M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità*, cit., 7.

vivendo. Il principio della *salus publica suprema lex est* «è infatti ritenuto positivizzato in specifici principi costituzionali: quali quelli della unità ed indivisibilità della repubblica, del ripudio della guerra, della tutela della salute pubblica e della sicurezza, delle fonti emergenziali e dei principi supremi sottratti alla revisione costituzionale artt. 5, 7, 10, 11, 32, 77, 87, 120, 139), nonché nel sistema delle fonti e dei controlli sulle stesse da questa delineato»⁵⁹.

Proprio sotto quest'ultimo profilo devono considerarsi garanzie intangibili quelle della rigidità costituzionale e del *numerus clausus* del novero delle fonti⁶⁰. Gli unici atti abilitati a produrre effetti giuridicamente vincolanti saranno, quindi, quelli riconosciuti come tali dall'ordinamento costituzionale, senza lasciare spazio ad altri atti o fatti che ricevono la loro legittimazione direttamente dall'emergenza.

Per tale ragione, se circolari e *FAQ* non possono essere ricondotte al sistema delle fonti secondo i criteri di riconoscimento fissati a livello costituzionale se ne deve dedurre che non possano implicitamente ricevere tale qualità in virtù del loro collegamento all'emergenza come suprema fonte del diritto.

3. CONCLUSIONI. TUTELA GIURISDIZIONALE DEI DIRITTI E POTERE INTERPRETATIVO DEL GIUDICE RISPETTO ALL'INFRADIRITTO

Le osservazioni sopra esposte consentono di concludere che le esigenze di certezza nella garanzia dei diritti fondamentali non ammettono il ricorso a forme di limitazione mediante atti che non abbiano natura formalmente normativa, non sarebbe lecito cioè ricorrere a forme analoghe alla *soft law* in tale campo perché ciò porterebbe all'esclusivo risultato di generare incertezza nei consociati.

Si può ritenere, quindi, che circolari interpretative e *FAQ* ministeriali non siano atti vincolanti in quanto privi della natura di fonte, nonostante se ne faccia largo uso nelle situazioni emergenziali con l'intento di fornire elementi di chiarezza. La loro concreta utilità sta nel fungere da criterio di orientamento della condotta, ma senza possibilità alcuna di riconoscere loro cogenza giuridica. Per tale ragione il giudice non potrebbe servirsene nella definizione della condotta conforme al precetto in via esclusiva, ma soltanto congiuntamente ad altri elementi normativi e fattuali⁶¹.

⁵⁹ R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale*, cit., 517 s.

⁶⁰ R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali"*, cit., 513.

⁶¹ Anche chi ha sostenuto l'idoneità delle circolari a produrre norme, negando la loro natura di atti interni, conviene sulla circostanza che tali atti «non potranno mai costituire il "diritto" che il giudice deve applicare, essendo esclusa una loro fungibilità o una equiparazione con le fonti legali». Il giudice, infatti, potrà in ogni caso disattenderli, contrapponendo all'interpretazione seguita dall'amministrazione una propria interpretazione anch'essa ricavata dai medesimi enunciati legislativi. Cfr. R. TARCHI, *Le circolari ministeriali*, cit., 328. La possibilità di operare un parallelo, quanto a "trattamento" da parte del giudice, tra circolari e regolamenti (fonti in senso formale) richiede una ulteriore specificazione. È vero, infatti, che anche il regolamento non vincola il giudice nel caso in cui si ponga

Nulla esclude che le circolari o le *FAQ* possano essere disattese dal giudice al verificarsi di altri presupposti che facciano comunque ritenere che la condotta sia stata rispettosa del precetto normativo secondo canoni di razionalità. La *FAQ* può quindi essere assunta a parametro della liceità della condotta - ad esempio quando il giudice sia investito della questione in sede di impugnazione di una sanzione amministrativa - analogamente ad altri criteri di cui normalmente può servirsi nella ricostruzione e valutazione del fatto (siano essi criteri materiali, fattuali o psicologici).

Il fondamento della liceità della condotta tenuta dal consociato non potrà, pertanto, essere individuato nelle circolari e nelle *FAQ* che sono atti privi di forza vincolante, «tale fondamento è comunque giuridico-positivo, risalente alle previsioni delle fonti primarie (dd.ll.) e di quelle attuative che sono seguite»⁶². Soltanto a queste previsioni dovrà ritenersi soggetto il giudice nel valutare la conformità della condotta, diversamente, ove si volesse attribuire alle circolari e alle *FAQ* una qualche idoneità a condizionarne l'apprezzamento, il rischio sarebbe quello di ledere i propri poteri interpretativi finalizzati all'applicazione della legge. D'altra parte, è un dato ormai incontrovertibile che sia il giudice il soggetto privilegiato nell'operazione ermeneutica del diritto, senza che tale suo ruolo possa in qualche modo essere influenzato da soggetti appartenenti all'amministrazione. Ciò non potrebbe trovare deroghe nei periodi di emergenza in quanto rappresenta uno degli elementi imprescindibili del sistema di garanzia dei diritti e delle libertà costituzionali che, finalizzato in primo luogo ad assicurare una protezione piena della persona, è connotato all'essenza della Costituzione⁶³.

Quale valore riconoscere, quindi, alle regole infra-giuridiche nella gestione dell'emergenza? Difficilmente queste saranno in grado di rimediare ai molteplici dubbi applicativi sollevati dalle disposizioni giuridiche prodotte dagli organi a ciò abilitati, sia perché - come si è ampiamente detto - sono sprovviste della cogenza tipica delle fonti giuridiche, sia perché intendono riferirsi ad aspetti della vita concreta che difficilmente possono essere racchiusi in un precetto che ha la pretesa di essere generale e astratto. La loro *ratio* primaria è quindi quella di esplicitare delle regole di buon senso, affidando ai consociati e alla loro responsabilità la funzione di realizzare al meglio i fini perseguiti dalla legge⁶⁴.

in contrasto con la legge, potendo essere annullato (dal giudice amministrativo) o disapplicato (dal giudice ordinario), tuttavia sia l'annullamento che la disapplicazione impongono al giudice un intervento che tenga presente l'atto formale il quale costituisce l'oggetto diretto o indiretto di una decisione. Nel caso della circolare, invece, il giudice potrebbe limitarsi a fornire una propria distinta interpretazione della disposizione di legge, diversa da quella contenuta in circolare, senza che si possa ravvisare alcun intervento diretto a rimuoverla o, anche semplicemente, a disapplicarla.

⁶² V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo*, cit., 983 s.

⁶³ R. DI MARIA, *Il binomio "riserva di legge-tutela delle libertà fondamentali"*, cit., 516.

⁶⁴ A. CHIAPPETTA, *Less regulation for better regulation*, cit., 724 ss.

Se però si vuole tentare di individuare un possibile fondamento costituzionale delle norme infra-giuridiche nella gestione dell'emergenza, questo potrebbe rinvenirsi in un'etica della solidarietà che permea l'intero testo costituzionale, anche se spesso viene dimenticato che ciò costituisce il lato oneroso del personalismo il quale, per sua natura, non può essere fatto soltanto di diritti. Il rispetto dei doveri di solidarietà dovrebbe fungere da discriminante nel delicato equilibrio tra deterrenza psicologica e minor compressione dei diritti della persona, affidando ai cittadini un compito attuativo difficilmente sostituibile e contribuendo ad orientare il giudice al quale, in ultima istanza, spetta il compito di verificare la misura in cui - nella specifica situazione concreta - la condotta del singolo sia stata conforme al diritto secondo criteri di razionalità.