

Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio

di Fabrizio Filice e Giulia Marzia Locati

La normativa a carattere emergenziale per il contenimento del contagio da Covid-19 ha aperto un inedito scenario di tensione costituzionale: merita focalizzarne le criticità più evidenti, sotto il duplice profilo dei principi e dei diritti di libertà del cittadino e delle garanzie costituzionali in materia penale

27 marzo 2020

1. Profili di diritto costituzionale

1.1 I diritti fondamentali coinvolti nella attuale crisi pandemica

Quando si “maneggiano” i diritti fondamentali dell’uomo (definiti inviolabili dall’art. 2 Cost.), soprattutto quelli contenuti nella prima parte della Costituzione, è necessario prestare la massima attenzione. Perché essi definiscono la nostra forma di Stato e sono essenziali per la sua stessa sopravvivenza. Proprio per questa ragione, le libertà elencate negli artt. 13 e successivi della Costituzione non sono revisionabili, neanche attraverso il procedimento di cui all’art. 138 Cost. La dottrina maggioritaria ritiene infatti che i diritti inviolabili dell’uomo, menzionati esplicitamente dalla Costituzione, non siano modificabili neanche attraverso il procedimento di revisione costituzionale, perché una loro revisione sfocerebbe in un’attivazione di un terribile e incontrollabile *pouvoir constituant*^[1]. Essi rappresentano in sostanza il “nucleo duro” della Costituzione, così definito perché costituisce l’essenza stessa della nostra carta fondamentale^[2].

La premessa è importante nella misura in cui ci ricorda che persino il legislatore costituzionale trova dei limiti quando si trova di fronte a certi tipi di diritti, tra i quali rientrano senza alcun dubbio la libertà personale e la libertà di circolazione. A maggior ragione, tali limiti devono essere tenuti ben presente e rispettati dal legislatore ordinario, da coloro che a vario titolo possono adottare provvedimenti che incidono su tali diritti (presidente del consiglio dei ministri, presidenti di regione e sindaci) e su coloro che sono chiamati ad applicare ed interpretare le relative norme.

Come è stato acutamente osservato “Nelle situazioni di crisi è richiesta a una comunità particolare capacità di unità e coesione. Si ritiene doveroso accantonare conflitti e divergenze, per cercare una sintesi con minore difficoltà che in epoca normale, cioè rinunciando con maggiore disponibilità a tenere il punto della posizione di principio. (...) È per tale ragione che i periodi di crisi sono pericolosi per la democrazia: in essi trova più facilmente presa sulla pubblica opinione la richiesta di coesione intorno a chi esercita il potere in quel momento, così come è più agevole fare apparire come giustificato il ricorso a poteri eccezionali, a misure estreme. (...) Da ciò non può ovviamente derivare altro che un maggiore conformismo (...). Per tali ragioni nei periodi di crisi è importante mantenere

vivo lo spirito critico, la capacità di dire con pacata fermezza ciò che non si ritiene accettabile di quanto è abbracciato acriticamente nel senso comune”[3].

Per questi motivi appare opportuno riflettere sulla normativa adottata per far fronte all'emergenza scaturita dall'epidemia di COVID – 19: da un lato la stessa impatta direttamente e molto incisivamente su alcuni diritti fondamentali, segnatamente la libertà di circolazione e, come vedremo, anche indirettamente su quella personale[4]; dall'altro lato la volontà di fermare un'epidemia reale e che desta paura nella collettività ha determinato un tentativo di normalizzazione di quelle posizioni che, pur non negando la premessa iniziale di necessità di intervento, hanno cercato di sottolineare le criticità delle misure adottate per farvi fronte, salutate invece con sostegno dalla posizione dominante nel dibattito.

Scopo di questo scritto è dunque quello di far emergere tali criticità, nella consapevolezza che non è affatto irrilevante che tali limitazioni siano state adottate in un momento di crisi e che di questa bisogna tenere conto nella loro interpretazione, ma che sia parimenti importante dar voce a dubbi che vengono scarsamente sollevati.

Sempre preliminarmente, occorre ricordare che alla base della normativa di cui ci si occupa vi è la tutela del diritto alla salute, che la Costituzione stessa, all'art. 32, definisce “fondamentale”. La salute inoltre non è unicamente un diritto individuale, ma anche un interesse della collettività.

Ciò non ci esime però dall'interrogarci se le misure adottate per proteggere tale diritto e tale interesse, a fronte di una pandemia di cui non si nega certo l'esistenza e la drammaticità, siano conformi alla Costituzione. In uno Stato costituzionale di diritto infatti non è irrilevante come viene tutelato il fondamentale diritto alla vita, e dunque da chi e con quali atti viene esercitato tale potere, e con quale contenuto.

I diritti e le libertà costituzionali, essendo espressi come principi e non come regole, sono invero affermati in modo assoluto, senza gerarchie o precedenze. Considerati in astratto, non confliggono mai. In concreto però – come sta avvenendo in questo momento – sorgono costantemente dei conflitti, che devono essere superati con il bilanciamento dei diversi diritti[5].

E così ad esempio alcune nostre libertà sono limitate per salvaguardare il diritto alla salute dei singoli e della collettività; il diritto alla salute di alcune categorie di persone (come i lavoratori dei servizi ritenuti essenziali) viene limitato, o comunque meno garantito rispetto a quello degli altri, per garantire il diritto alla sopravvivenza di tutti gli altri e dello Stato stesso[6].

Visto che si tratta di limitazioni importanti, che chiamano in causa quelle che sono le libertà fondative della nostra convivenza, è necessario, anche e soprattutto nei momenti di profonda crisi, vigilare affinché tali limitazioni siano adottate da chi per Costituzione ha il potere di farlo e in modo tale da non superare i limiti che la stessa Costituzione ammette.

L'art. 16 della nostra Carta fondamentale riconosce ad ogni cittadino il diritto di circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale. Sono ammesse delle limitazioni, che però devono essere stabilite dalla legge in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Le limitazioni sono dunque garantite:

1. da una riserva di legge, con la conseguenza che solo atti aventi valore primario possono prevederle (legge, decreto legge e decreto legislativo);

2. dal fatto che tale riserva sia rinforzata per contenuto, giacché è la stessa Costituzione a prevedere i motivi per cui tali limitazioni possono essere adottate.

La giurisprudenza costituzionale^[7] e di legittimità^[8] ha precisato che si tratta di una riserva di legge relativa, il che comporta che il legislatore ordinario può stabilire le ipotesi generali in cui è lecito limitare la libertà di circolazione dei cittadini, demandando all'autorità amministrativa di specificare dette ipotesi in forza di atti normativi secondari.

La Corte costituzionale ha in ogni caso precisato che i provvedimenti adottati devono rispettare il criterio della ragionevolezza, ossia deve esserci un giusto rapporto tra l'atto adottato e lo scopo perseguito^[9].

L'art. 13 della Costituzione, nello statuire l'inviolabilità della libertà personale, dispone che *“Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto”*.

Per libertà personale si intende in sostanza la libertà della persona fisica da ogni coercizione che ne impedisca o limiti – anche per breve tempo – i movimenti e le azioni. Il diritto è garantito non solo da una riserva di legge, ma anche da una riserva di giurisdizione, tale per cui le limitazioni previste dalla legge devono essere disposte dall'autorità giudiziaria con provvedimento motivato. Pertanto, a differenza che per la libertà di circolazione, la Costituzione non prevede espressamente le ragioni che possano legittimare l'adozione di limiti adottati in via generale e per tutti i cittadini.

Considerato che si tratta di diritti fondamentali della persona, tutte le norme che incidono su di essi devono essere interpretate in modo tassativo e restrittivo, pena una illegittima estensione di limiti al di là del rispetto delle garanzie costituzionali.

1.2 Analisi della normativa adottata per far fronte all'emergenza

Tanto premesso, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) del d.lgs n. 1 del 2018, il Consiglio dei ministri ha adottato la delibera del 31 gennaio 2020 (Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili). Con l'art. 24 tale delibera ha autorizzato l'emanazione delle ordinanze di protezione civile di cui all'articolo 25, che possono essere adottate *“in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea”*.

Si deve notare che la nostra Costituzione non prevede l'ipotesi dello “stato di emergenza”, che è dunque fondata su una normativa di rango primario, ossia il richiamato decreto legislativo, e non costituzionale. Il dato non è di secondaria importanza perché tutte le decisioni adottate ai sensi di tale normativa devono comunque rispettare le norme costituzionali, anche quelle innanzi richiamate.

Contemporaneamente, il governo ha adottato una serie di decreti legge[10], cui hanno fatto seguito numerosi Decreti del presidente del consiglio dei ministri (d'ora in avanti Dpcm), che sono stati presentati via via come “*disposizioni attuative*” dei relativi decreti legge[11].

Per quel che qui interessa, fino al 26 marzo 2020 è stato in vigore il DL 23 febbraio 2020 n. 6 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020 n. 13, che ha previsto all'art. 1 tutta una serie di misure, specificamente elencate, che possono essere adottate dalle autorità competenti per il contenimento e la gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica.

Tra le misure vi sono: a) il divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area; b) il divieto di accesso al comune o all'area interessata.

All'art. 2 ha previsto che “*Le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1*”.

Tale decreto si riferiva solamente alle zone cd. rosse, ossia quei comuni e quelle aree nei quali risultava positiva almeno una persona per la quale non si conosceva la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi era un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio del menzionato virus. In sostanza, si trattava di misure a base locale e non nazionale. Secondo una possibile interpretazione[12], una prima criticità deriverebbe dal fatto che l'estensione all'intero territorio nazionale non sarebbe stata realizzata in sede di conversione del decreto legge né attraverso un'analogo fonte primaria, con la conseguenza che le misure limitative della libertà di circolazione adottate con i successivi Dpcm per l'intero territorio nazionale non avrebbero alcun fondamento legislativo, con conseguente violazione della riserva di legge di cui all'art. 16 Cost. A tale interpretazione se ne può contrapporre un'altra, che vede nell'art. 2 del decreto, laddove consente di adottare “ulteriori misure”, la fonte di rango primario di copertura per l'estensione a livello nazionale. Anche adottando questa seconda interpretazione, non si riuscirebbe comunque a superare una seconda criticità, concernente proprio il predetto art. 2: come si è visto, il carattere del tutto generale della sua previsione, che rimanda a “ulteriori misure” senza specificarne la tipologia, elude di fatto la riserva di legge, perché non è la legge che individua, seppure in via generale, le ipotesi limitative per demandare poi a fonti secondarie la loro specificazione.

Il dato non è di poco conto: la *ratio* della riserva di legge consiste nel far sì che certe decisioni siano prese dal Parlamento, che rappresenta il popolo e che concretizza la sua volontà. Gli atti secondari invece non hanno la stessa legittimazione, perché gli stessi non sono adottati dai nostri rappresentanti dopo un dibattito che assicura che anche le minoranze possano esprimere il proprio punto di vista, ma dal governo, che è espressione di una sola parte. Quella che agli occhi di molti è una semplice differenza nominale (DL e Dpcm) nasconde in altri termini una profonda differenza sostanziale: il coinvolgimento o meno delle forze di opposizione nella scelte delle ragioni che possono determinare limitazioni a diritti costituzionalmente riconosciuti. Tale coinvolgimento è una garanzia per tutti i cittadini, anche quando – come nel caso in esame – il Parlamento viene coinvolto solo ex post (e cioè in sede di conversione del decreto legge).

Inoltre, aver previsto una clausola così ampia potrebbe determinare, per le decisioni adottate ai sensi dell'art. 2, possibili profili di incostituzionalità dal punto di vista dell'urgenza. Come è noto i decreti legge possono essere adottati in casi straordinari di necessità ed urgenza (art. 77 Cost.). Per le misure espressamente elencate *nulla quaestio*, essendo una pandemia evidentemente un caso di urgenza. Per le altre misure invece si potrebbe porre un problema diverso: se fossero state davvero urgenti si sarebbero infatti dovute individuare direttamente tramite il decreto stesso. Il fatto di demandare la loro individuazione ad un futuro atto può essere interpretato come un sostanziale riconoscimento del fatto che non siano urgenti (se no sarebbero state subito adottate) con la conseguente illegittimità costituzionale del DL *in parte qua*. Visto che in realtà tali decisioni erano urgenti (come ha poi dimostrato l'evolvere della situazione) si vuole in questa sede semplicemente sostenere che le stesse si sarebbero dovute adottare direttamente con decreto legge.

Peraltro, si noti che il Dpcm, al contrario del regolamento governativo che deve essere adottato attraverso DPR, non è soggetto neanche al controllo del Presidente della Repubblica, in quanto viene emanato direttamente dal Presidente del consiglio dei ministri. Un'ulteriore garanzia in meno del rispetto delle regole costituzionali.

Sempre sul piano del diritto costituzionale, pare infine importante sottolineare che se dovessero essere prese ulteriori misure così limitative della libertà di circolazione tali da incidere sulla libertà personale, si attiverebbero le diverse garanzie di cui all'art. 13 Cost., che prevede non solo una riserva di legge ma anche una riserva di giurisdizione.

È in sostanza legittimo chiedersi: fino a dove si intacca unicamente la libertà di circolazione e dove invece si intacca anche quella personale? Misure così limitative della prima che di fatto incidono anche sulla seconda fino a che punto sono legittime e sono soggette solamente alla disciplina, e ai limiti, di cui all'art. 16 Cost. e non anche di cui all'art. 13 Cost.? Se si dovesse arrivare a dire che sostanzialmente non ci si può mai allontanare dalla propria abitazione saremmo ancora nell'ambito dell'art. 16 Cost. o invece in quello di cui all'art. 13 Cost.?

Questi interrogativi non sono solo teorici, visto che in una intervista al Tg 1 il ministro dello sport Vincenzo Spadafora ha dichiarato che il governo ha preso in considerazione di vietare in modo "assoluto le attività all'aperto"[\[13\]](#) e che una gran parte di cittadini non stanno lavorando. In sostanza coloro che non svolgono attività lavorativa, se fosse completamente vietata l'attività sportiva all'aperto, potrebbero uscire di casa di fatto solo per l'acquisto di generi alimentari (rimanendo peraltro, come hanno previsto alcuni territori solo vicino a casa[\[14\]](#)). In questo caso si potrà ancora dire che è limitata solo la nostra libertà di spostamento e non anche quella personale? L'ordinanza n. 6 del 19 marzo 2020 del Presidente della Regione Sicilia che all'art 1 ha disposto che "1. Le uscite per gli acquisti essenziali, ad eccezione di quelle per i farmaci, vanno limitate ad una sola volta al giorno e ad un solo componente del nucleo familiare. 2. È vietata la pratica di ogni attività motoria e sportiva all'aperto, anche in forma individuale. 3. Gli spostamenti con l'animale da affezione, per le sue esigenze fisiologiche, sono consentiti solamente in prossimità della propria abitazione" non incide sulla libertà personale? Di fatto se non si ha un animale di affezione e se si è in più di uno nel nucleo familiare, ci sarà qualcuno costretto a rimanere presso la propria abitazione senza poter mai uscire. Ed infatti poiché le uscite sono consentite per gli acquisti essenziali una sola volta al giorno e per un solo componente del nucleo familiare, è evidente che se nel nucleo familiare c'è più di una persona potrà uscire unicamente uno di questi e gli altri saranno costretti a rimanere a casa. E ciò in forza di un'ordinanza di

un Presidente della regione. Tutto questo ancora nell'ambito dell'art. 16 Cost.? O si intacca il nucleo della propria libertà personale garantito dalla diversa previsione dell'art. 13 Cost., pensato originariamente per la privazione della libertà personale a seguito di limitazione della legge penale? Riteniamo che sia proporzionato alla gravità della situazione (dove ricordiamo che uno dei dati certi è che mantenendo le distanze di sicurezza il virus non viene trasmesso) vietare qualsiasi attività sportiva all'aria aperta, anche se svolta in solitudine, quando è scientificamente dimostrato che la stessa fa bene al sistema immunitario?[15]

Sotto un diverso profilo, è legittimo che tale decisione – che di fatto impedisce completamente di uscire ad una fetta importante della popolazione – non sia adottata dal Parlamento?

Sempre con riferimento all'art. 13 Cost., riteniamo legittimo – o non comporta invece un'inammissibile torsione costituzionale – il fatto che in caso di mancato rispetto degli obblighi previsti da ordinanze regionali, la conseguenza sia la permanenza domiciliare con isolamento fiduciario[16], senza che ciò sia determinato da una reale ed accertata condizione clinica patologica, ma che sia prevista come “sanzione” per chi trasgredisce le regole?

1.3. Il ruolo del Parlamento: rapporto tra politica e medicina

Infine, sempre da un punto di vista di tenuta del sistema costituzionale, si deve guardare con preoccupazione la decisione del Parlamento di sospendere parzialmente la propria attività[17]. Nella consapevolezza che è necessario adottare misure per non diffondere il contagio anche tra i parlamentari, da un punto di vista simbolico l'idea che in un momento di crisi si possa fare a meno dell'istituzione che dovrebbe essere il cuore del nostro sistema non è condivisibile. Uno dei problemi della “normativa Covid -19” è infatti quello, come visto, dell'accentramento decisionale in capo ad un uomo solo al comando. L'assenza anche fisica del nostro organo rappresentativo per eccellenza non fa che aumentare questa deriva. In tale contesto, assume ancora più rilevanza il ruolo assunto dal comitato scientifico, che crediamo meriti pertanto una breve riflessione. Le scelte di politica medica non sono mai tecniche ed oggettive, ma sono appunto decisioni che cambiano a seconda dell'obiettivo da perseguire e delle modalità con cui raggiungerlo. Ragionando in astratto, si sarebbe potuto scegliere, a esempio, di isolare solamente le categorie maggiormente a rischio[18], lasciando completa libertà di movimento a tutte le altre; ovvero si sarebbe potuto scegliere (come è stato fatto ad esempio in Corea) di reagire attraverso sistemi di tracciamento e profilazione dei soggetti infetti, in modo da attuare un contenimento selettivo – e non generalizzato – delle persone.

Quel che qui interessa non è comprendere quale sia la strategia migliore, ma sottolineare il fatto che si tratta di una scelta e, in quanto tale, fondata su valori, ideali, opzioni personali e valoriali.

Non esiste la risposta giusta, quella oggettivamente e scientificamente corretta, perché ogni metodo determina dei sacrifici. La scelta su quali sacrifici siamo disposti come comunità a compiere non può essere rimessa solamente ai tecnici, ma deve essere responsabilmente assunta dai politici, dopo aver ascoltato i loro pareri. In questo frangente invece il governo ha avuto la tendenza a giustificare le decisioni adottate, basandole sulla necessaria ed imposta conseguenza rispetto a quello che ci veniva chiesto di fare dai medici, occultando in questo modo la politicità insita in qualsiasi decisione[19].

È utile fare alcuni esempi paradossali, che però danno l'idea di quello che si vuol sostenere: se fossimo obbligati a rimanere sempre tutti in casa, nessuna malattia si diffonderebbe mai e per i medici sarebbe

la scelta migliore; se ci fosse un rigoroso copri fuoco notturno, con tutta probabilità si consumerebbero meno reati, e per le forze dell'ordine sarebbe un grande aiuto. Nessuno di noi però è disposto a vivere in un mondo così, perché ci sono altri diritti – la libertà personale, di circolazione, ma anche di iniziativa economica e di autodeterminazione – che non ci fanno neanche prendere in considerazione un tale modello, permanente, di società. Siamo disposti a vivere in un mondo tale solo unicamente se ciò è strettamente necessario alla tutela di altri diritti fondamentali. Ma se così è, le limitazioni devono essere proporzionate e devono essere decise dal potere a cui la Costituzione rimette tale scelta, e nel rispetto dei limiti dalla stessa individuati.

La scelta su cosa si possa o non si possa fare non può che essere rimessa, in ultima analisi, a noi stessi: e poiché viviamo in società e non da soli questa scelta viene compiuta dal Parlamento. Come è stato condivisibilmente sostenuto *“In democrazia non si obbedisce alla legge perché attraverso di essa “si esprime la volontà divina o si realizzano i disegni di un sovrano saggio o benevolente (...) Né perché sia frutto di razionalità, giustizia, verità (...) Secondo l’ideale democratico alla legge si deve obbedienza perché agire secondo la legge è agire secondo la propria volontà. L’ideale democratico è un ideale di autogoverno”*[\[20\]](#).

Per tale ragione, non ci può venire chiesto di rispettare la legge perché questa è conforme a delle indicazioni di tecnici, di medici, di scienziati, che giustamente hanno le loro visioni di cosa sia meglio per il loro specifico settore. Naturalmente il parere della scienza è importante e deve essere preso sul serio. Ma il compito della politica è ascoltare la comunità scientifica e poi prendere le proprie decisioni sulla base di numerosi fattori diversi (la salute, la libertà, lo sviluppo economico) chiedendoci di rispettarla – ed assumendoci la responsabilità di farlo – perché in fondo è quello che abbiamo scelto noi come cittadini.

1.4. Il dl n. 19/2020: superamento di alcune criticità

Alcune delle problematiche illustrate sono state in parte superate dal decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020, in vigore dal 26 marzo 2020.

Intanto è opportuno precisare che tale decreto ha espressamente fatto salvi (art. 2, terzo comma) gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, ovvero ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833. Pertanto, tutte le osservazioni sin qui svolte restano attuali per l'arco temporale che va dal 23 febbraio 2020 al 26 marzo 2020. Inoltre, il fatto che si siano superate alcune criticità non ci esime certo dall'analizzare quelle che si sono verificate, proprio nell'ottica di dar conto dell'evoluzione del modo in cui da un punto di vista giuridico è stata affrontata questa difficile situazione.

Prima di analizzarne il contenuto è però opportuno fare due osservazioni di metodo, una critica ed una positiva: il fatto di annunciare via facebook l'adozione di misure in tarda serata da parte del Presidente del consiglio senza che ne segua nel giro di poche ore la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale rischia di ingenerare nei cittadini, destinatari delle prescrizioni, più confusione di quella che già deriva dall'adozione nel periodo appena trascorso di numerosissimi atti a livello centrale e locale, a volte in contraddizione tra loro[\[21\]](#). In senso positivo deve invece essere visto il fatto che nel tardo pomeriggio del 25 marzo Conte si sia presentato in Parlamento per riferire del decreto e delle misure in esso contenute.

Nel merito si osserva quanto segue.

Il decreto legge n. 19/2020 ha certamente superato il problema dell'assenza di un elenco tassativo delle misure adottabili sull'intero territorio nazionale, considerato che all'art. 2 ha specificato quali misure potranno essere adottate. Questo è un aspetto particolarmente positivo perché è rispettoso della riserva di legge contenuta in Costituzione.

Anche in questo caso l'adozione delle misure è però rimessa a futuri Dpcm (da adottarsi dal Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute e sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri ministri 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). Sebbene il contenuto del DL sia certamente meno vago di quello precedente (che prevedeva come abbiamo visto l'adozione di "ulteriori misure"), desta preoccupazione il fatto che già da ora si preveda un termine molto lungo (31 luglio 2020) entro il quale potranno essere adottate le predette misure, che hanno un'efficacia non superiore a 30 giorni reiterabili e modificabili. È vero che la data indicata coincide con il termine di cui alla dichiarazione dello stato di emergenza, ma – tenuto conto di quanto in fretta muti la situazione – sarebbe stato forse preferibile un termine più breve al fine di monitorare l'andamento della pandemia per cercare di comprendere se davvero sia necessario adottare questo tipo di misure fino a tale data.

Un altro aspetto positivo deriva dall'esplicitazione dei criteri di adeguatezza e proporzionalità (art. 2, comma 1) da tenere in considerazione nell'adozione delle misure elencate.

Il Governo ha inoltre cercato di venire incontro alle esigenze delle minoranze, prevedendo che i provvedimenti contenenti le misure di contenimento debbano essere trasmessi alle commissioni parlamentari competenti per materia e che il Presidente del Consiglio o un Ministro da lui delegato riferisca mensilmente alle camere sulle misure adottate ai sensi del presente decreto (art. 2, quinto comma). Certamente un passo che va nella giusta direzione, ma che non esaurisce la necessità di rimettere, per le ragioni che abbiamo cercato di illustrare, il Parlamento al centro delle scelte decisionali.

Da ultimo, pare anche positiva la disposizione che tenta di mettere ordine nella scala gerarchica dei diversi provvedimenti adottati a livello centrale e locale: l'art. 3 prevede infatti che nelle more dell'adozione dei Dpcm, e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni, in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, possano introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle elencate specificamente nell'articolo 1, comma 2, esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale.

È fatto invece divieto ai sindaci di adottare ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali o eccedendo i limiti individuati per le regioni.

Si tratta non solo di un apprezzabile tentativo di riordino del sistema delle fonti ma anche del modo attraverso cui si cercano di superare le criticità che abbiamo illustrato relative alle ordinanze sindacali e regionali, criticità che fondamentalmente ruotavano tutte intorno alla questione di fondo della

legittimazione per fonti diverse dalla legge o da atti equiparati, di adottare limitazioni così penetranti delle libertà fondamentali.

2. Il problema del rispetto coattivo delle misure emergenziali

2.1. Le disposizioni sanzionatorie

Quanto detto sinora non esaurisce le possibili ‘criticità di sistema’ della normativa emergenziale, le quali anzi si amplificano quando si sposta il *focus* sullo strumento scelto per vigilare sul (ed eventualmente sanzionare il mancato) rispetto delle misure di contenimento introdotte.

La via è stata, inizialmente, quella del ricorso al diritto penale: evidentemente apparso, quale strumento sanzionatorio per eccellenza, adatto a ingenerare nella collettività un sufficiente grado di deterrenza.

L’articolo 3, comma 4, del decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020 stabiliva infatti che: “*salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento è punito ai sensi dell’articolo 650 del codice penale*”.

Tale scelta legislativa ha posto immediatamente la questione, assai problematica, della *riserva di legge* nella materia penale, sulla quale occorrerà riprendere qualche cenno essenziale prima di passare al vaglio della normativa emergenziale: cenno che si rivelerà peraltro utile anche nel confronto con il più recente passaggio legislativo dalla sanzione penale a quella amministrativa, segnato dal decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020.

2.2. La riserva di legge in materia penale

L’enunciazione del principio di riserva di legge in materia penale è contenuta negli articoli 1 e 199 del codice penale (il primo relativo alle pene e il secondo alle misure di sicurezza: il *doppio binario sanzionatorio* storico), nell’articolo 14 delle *preleggi* e, soprattutto, nell’art. 25, comma secondo, della Costituzione.

L’oggetto della riserva di legge è pacificamente costituito dalle norme incriminatrici, per tali dovendosi intendere le norme che, nella parte generale e nella parte speciale del diritto penale, individuano i presupposti dai quali dipendono l’*an*, il *quomodo* e il *quantum* della punizione.

In particolare, solo la legge può delineare il fatto di reato, inteso come l’insieme degli elementi tipici del fatto; la colpevolezza, intesa come l’insieme degli elementi che consentono di rimproverare al soggetto agente la commissione del fatto; e la punibilità, intesa come l’insieme delle condizioni dalle quali può dipendere l’applicabilità della pena.

È opinione largamente accolta in dottrina che, nella materia penale, la riserva di legge sia *tendenzialmente assoluta*: vale a dire maggiormente improntata ai caratteri dell’assolutezza che della relatività, sia pure con ristretti margini di co-integrazione della fonte subordinata.

Tale diffusa convinzione interpretativa muove dal testo dell’articolo 25, comma secondo, della Costituzione il quale, nel prevedere che “*nessuno può essere punito se non in forza di una legge*”,

qualifica senza dubbio come *assoluta* la riserva sotto il profilo della sanzione mentre nulla dice con riguardo al precetto: dal che l'origine di una prassi politica di sostanziale ammissione di limitati spazi d'intervento della fonte subordinata sulla parte eminentemente precettiva, e non sanzionatoria, della norma penale.

Si tratta quindi di vedere entro quali limiti, e con quali modalità, si possa "dare vita" a queste integrazioni sulla parte precettiva della fattispecie.

A questo riguardo consolidata dottrina, suffragata dal costante insegnamento della Corte costituzionale, esclude radicalmente la legittimità di una delega integrale alla fonte subordinata per la descrizione della fattispecie; ritenendo costituzionalmente legittimi i soli casi in cui la legge, nel delegare alla fonte subordinata la costruzione del precetto, indichi però in modo analitico e preciso i criteri cui essa dovrà attenersi (si parla al riguardo di criterio di *sufficiente specificazione*, secondo il modello costituzionale della legge delega in rapporto al decreto delegato); ovvero i casi in cui la legge contenga già una descrizione essenziale del precetto e si limiti a delegare alla fonte subordinata le sole integrazioni di carattere tecnico necessarie per tenere aggiornata la norma, soprattutto nei settori in continua evoluzione sociale qual è ad esempio quello dei reati in materia di stupefacenti: in cui la norma (l'articolo 73 del relativo testo unico) contiene già l'enunciazione del precetto ma lo ancori alla nozione generale di stupefacenti, demandando alle tabelle ministeriali il compito di stabilire le tipologie di sostanze definibili, appunto, come tali: per l'ovvia ragione che una loro enunciazione nella norma di legge esporrebbe la norma stessa al rischio di un continuo aggiornamento, pena la sua scarsa incisività per non riuscire a stare al passo con la continua diffusione di nuove sostanze.

Proprio questi due modelli di integrazione, che per comodità definiamo della *sufficiente specificazione* e delle *integrazioni di carattere tecnico*, si sono consolidati nella prassi legislativa in forza di pronunce costituzionali storiche che ne hanno ratificata la legittimità (ad esempio, le sentenze n. 26 del 1966, nn. 36 e 96 del 1964, n. 61 del 1969, n. 113 del 1972, n. 333 del 1991) e costituiscono, ad oggi, i due possibili modi di atteggiarsi di quel particolare processo di produzione normativa che viene icasticamente definito *norma penale in bianco*.

I principi generali appena elencati rappresentano quindi il parametro di valutazione alla luce del quale ogni Giudice – in un modello, qual è il nostro, di sindacato di costituzionalità diffuso – deve vagliare la legittimità dell'integrazione del precetto da parte di atti generali e astratti della Pubblica amministrazione (regolamenti) e del potere esecutivo (decreti ministeriali), in presenza di norme penali che sanzionino l'inottemperanza a provvedimenti amministrativi concernenti alcune materie.

La fattispecie incriminatrice inizialmente 'attivata', si diceva, era quella dell'articolo 650 del codice penale, che sanziona con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda l'inosservanza di provvedimenti legalmente dati dall'Autorità per ragione di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene.

Al riguardo bisogna immediatamente sgombrare il campo da ogni dubbio circa la (certa) inerenza dell'articolo 650 alla fenomenologia della *norma in bianco*: non sarebbe infatti alcun modo sostenibile (né, per vero, è mai stato sostenuto da alcuno, nel panorama accademico o giurisprudenziale) che tale norma integri un modello di eterointegrazione del precetto penale a sé, sdoganato dai limiti sopra evidenziati con il semplice espediente di prevedere la sanzione per la *violazione* (condotta concettualmente determinata) di qualsiasi provvedimento amministrativo reso nelle materie indicate:

una tesi di questo tipo, del resto, eluderebbe l'evidenza che è proprio il provvedimento amministrativo a descrivere, in luogo della legge, la condotta penalmente rilevante.

È comunque la Corte costituzionale ad escludere in radice anche solo la possibilità teorica di un siffatto ragionamento, in particolare con la pronuncia n. 168 del 1971, richiamata in tutte le successive pronunce in materia, in cui la Corte espressamente riconduce l'articolo 650 alla fenomenologia della *norma penale in bianco* e testualmente afferma: *“Questa Corte ha esaminato più volte la materia delle cosiddette norme penali in bianco, affermando che il principio di legalità non è violato “quando sia una legge dello Stato – non importa se proprio la medesima legge o un'altra legge – a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla cui trasgressione deve seguire la pena” (sentenza n. 26 dell'anno 1966). Nel caso dell'art. 650 del codice penale la materialità della contravvenzione è descritta tassativamente in tutti i suoi elementi costitutivi e si pone in essere col rifiuto cosciente e volontario di osservare un provvedimento dato nelle forme legali dall'autorità competente per sussistenti ragioni di giustizia, sicurezza, ordine pubblico, igiene. Spetta al giudice indagare, volta per volta, se il provvedimento sia stato emesso nell'esercizio di un potere-dovere previsto dalla legge e se una legge dello Stato determini “con sufficiente specificazione” le condizioni e l'ambito di applicazione del provvedimento)”*.

Ne discende in modo chiaro e inoppugnabile che l'applicazione della sanzione per l'inosservanza di un provvedimento dell'autorità amministrativa, emesso per una delle ragioni espressamente menzionate dalla disposizione, deve necessariamente passare attraverso il controllo di legalità del Giudice sul provvedimento amministrativo presupposto: valutazione da condurre alla stregua degli indicati principi per la ricognizione di una valida e *sufficientemente specifica* base legale per la sanzione.

Ciò che quindi il giudice è chiamato a verificare è, dunque, che: – il provvedimento amministrativo non sia formalmente illegittimo (ad esempio per difetto di competenza); – non sia sostanzialmente illegittimo (perché emanato in assenza dei presupposti fattuali indicati dalla legge, ad esempio al di fuori di ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene); – che vi sia una legge dello Stato che indichi con *sufficiente precisione e specificazione* le condizioni e le modalità per l'emanazione del provvedimento amministrativo.

La normativa emergenziale – intendendo per essa tanto i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri quanto le ordinanze emanate dagli enti locali – avrebbe passato tale vaglio al fine di poter essere presidiata, in caso di violazione, dall'articolo 650?

Difficile dirlo, e comunque al riguardo vi sono molti dubbi.

2.3. La complessa evoluzione della normativa emergenziale

Le misure limitative, si è detto, sono state introdotte dal decreto legge n. 6 del 23 febbraio 2020, convertito con legge 5 marzo 2020, n. 13, e strutturato sul criterio (poi abbandonato) delle 'zone rosse': individuate, con relativo allegato, nei Comuni e Regioni in cui si erano registrati primi focolai del contagio.

Tale decreto, all'articolo 1, comma 1, mandava alle autorità competenti l'adozione di ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica.

Quanto alla tipologia delle misure adottabili, lo stesso articolo 1, al comma 2, ne indicava alcune (sempre nell'ottica della vigenza per le sole 'zone rosse'): fra le quali si distinguevano, per la diretta incidenza sulle ricordate libertà costituzionali, il divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area interessata e il divieto di accesso al comune o all'area stessa: sempre sul presupposto che lo stesso decreto non riguardava l'intero territorio nazionale ma solo alcune zone critiche (indicate in sperato allegato) per la particolare concentrazione del contagio. Vi erano poi la sospensione di manifestazioni eventi di qualsiasi natura, di ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato e la chiusura di tutte le attività commerciali, esclusi gli esercizi commerciali per l'acquisto dei beni di prima necessità.

A queste misure, l'articolo 2 del decreto aggiungeva "*ulteriori misure di gestione dell'emergenza*" e facultizzava le autorità competenti ad adottare ulteriori misure di contenimento anche fuori dai casi di cui all'articolo 1.

Innestandosi su tale base legale, una serie di Dpcm, a partire da quello dell'8 marzo, ha non solo via via esteso all'intero territorio nazionale la vigenza delle misure restrittive, superando le cd. 'zone rosse' (inizialmente allargate rispetto al decreto legge n. 6 e poi del tutto abolite), ma anche introdotto limitazioni sempre più stringenti alla libertà di circolazione dei cittadini e all'iniziativa economica sino ad arrivare, per il 'combinato disposto' dei Dpcm dell'8 marzo (cd. *decreto confini*) e del 9 marzo (*decreto confini bis*) a impedire ogni spostamento delle persone fisiche salvo che per comprovate esigenze lavorative, situazioni di necessità o motivi di salute.

Con il Dpcm dell'11 marzo si è poi giunti a imporre una prima chiusura generalizzata di tutte le attività commerciali (non ancora di quelle produttive), fatte salve quelle discrezionalmente individuate come attinenti a "beni di prima necessità" (a cominciare dagli esercizi alimentari e dalle farmacie) con apposito allegato.

Nelle ultime settimane, tuttavia, a fronte del progressivo aumento dei contagi, molti rappresentanti di enti locali hanno pubblicamente giudicato insufficienti le restrizioni emanate a livello centrale e invitato il Governo a inasprirle; in alcuni casi – fra i primi quelli della Regione Campania e della Regione Sicilia – sono state direttamente emanate ordinanze regionali in superamento dei Dpcm per imporre restrizioni più incisive, al dichiarato fine di eliminare anche i residui spazi di movimento personale lasciati ai cittadini, come quello di svolgere attività motoria all'aperto.

L'ordinanza del Ministro della Salute del 20 marzo 2020 ha inteso recepire, almeno in parte, tali sollecitazioni provenienti dalle Regioni e renderle uniformi su scala nazionale; e, a tal fine, ha previsto, all'articolo 1, comma 1, lettera a), la chiusura al pubblico di tutti i parchi, le ville, le aree gioco e i giardini pubblici; mentre, alla lettera b), ha chiarito che non è consentito svolgere attività ludica o ricreativa all'aperto mentre resta consentito svolgere individualmente attività motoria in prossimità della propria abitazione, purché comunque nel rispetto della distanza di almeno un metro da ogni altra persona.

Quest'ultima operazione, che da un lato ha dato corso a un nuovo 'salto di fonte' – questa volta dal Dpcm all'ordinanza ministeriale – ha dall'altro lato innescato un nuovo e più profondo disallineamento istituzionale: essendo immediatamente seguite nuove ordinanze regionali (a cominciare dalla Regione Lombardia, seguita da altre) affrettatesi a restringere le maglie con l'obiettivo di proibire ciò che anche all'esito dell'ordinanza ministeriale restava consentito: con particolare riguardo all'attività motoria

individuale all'aperto che, probabilmente per l'alto impatto psicologico che esercita sui cittadini (costituendo di fatto l'unica valvola di sfogo in un generalizzato obbligo di permanenza in casa), ha assunto un inedito valore simbolico come percezione di residuo spazio di libertà e di benessere psicofisico.

Il nuovo giro di vite delle Regioni è stato subito seguito da un'ulteriore stretta nazionale: annunciata in diretta dal Presidente del Consiglio dei ministri in prossimità della mezzanotte tra il 21 e il 22 marzo, peraltro in assenza di provvedimento (un nuovo Dpcm ancora in corso di elaborazione al momento dell'annuncio), e poi recepita nel Dpcm del 22 marzo 2020, che ha introdotto il discusso *lockdown Italia*, già richiesto dalle Regioni più colpite, ma anche dalle associazioni di categoria, il quale impone la chiusura temporanea di tutte le filiere produttive non attinenti a servizi e beni essenziali, con le eccezioni previste dall'allegato 1 al decreto.

Come vedremo di qui a breve, nemmeno quest'ultimo Dpcm ha segnato la chiusura del cerchio ma, per il momento, attenendoci ai profili strettamente penalistici, limitiamo l'analisi a questa situazione normativa, già di per sé sorprendente e dagli evidenti margini di *debolezza* (di fonte) e di *incertezza* (di contenuti).

Il quadro di risulta era infatti talmente affastellato da rendere pressoché impossibile al cittadino discernere tra comportamenti ammessi e vietati, nella continua (e a dire il vero quasi inseguita) discrepanza tra fonti nazionali e locali e a fronte dell'evidente genericità testuale delle prescrizioni che, in ultima analisi, si è riverberata sulla loro esecuzione: ad esempio, stando all'ultima ordinanza ministeriale (che peraltro, si è detto, non coincide con i divieti vigenti, ad esempio, in Lombardia in forza della successiva ordinanza regionale), il concetto di 'prossimità alla propria abitazione' – che dovrebbe limitare, ma non vietare *tout court*, l'attività motoria individuale – si presta a interpretazioni molto diverse di fatto rimesse *in primis* alla discrezionalità dell'organo di polizia che procede al controllo, così ponendo un serio problema di deficit di chiarezza della pretesa fattispecie incriminatrice.

2.4. I dubbi di costituzionalità sulla *via penale*

È quindi possibile individuare almeno tre punti critici che avrebbero probabilmente messo in dubbio il superamento del vaglio di legittimità dell'atto amministrativo presupposto ai fini dell'integrazione dell'articolo 650 del codice penale: il primo è determinato dal fatto che l'estensione di misure previste esclusivamente come locali dal decreto legge n. 6 a tutto il territorio nazionale ha inevitabilmente trasformato dette misure in modo profondamente ontologico (altro essendo una limitazione della circolazione in entrata e in uscita da alcune zone, altro una limitazione alla circolazione generalizzata ed estesa sino a coincidere di fatto con un obbligo di permanenza domiciliare); il secondo punto, ancora più dirimente, è quello dell'articolo 2 del decreto legge n. 6: il quale demandava integralmente alla fonte subordinata la scrittura del precetto, così rischiando di porsi al di fuori del perimetro di legittimità costituzionale della *norma in bianco*, non potendo costituire, in particolare, una *base legale sufficientemente specifica* per la sub integrazione da parte della fonte di normazione secondaria; il terzo punto critico è stato segnato dal protagonismo di alcune Regioni, con ineludibili riflessi sull'uso localmente differenziato dell'articolo 650 cp, con il rischio di dar corso a un'inedita forma di interferenza della potestà legislativa regionale con la legge statale in materia punitiva.

2.5. Dalla *via penale* a quella della sanzione amministrativa

La necessità di improntare, sul tema della sanzione in generale e in particolare in rapporto alle misure di contenimento, un ragionamento giuridicamente rigoroso, attingendo ai principi costituzionali, alle correlate pronunce della Consulta e al *diritto vivente* in materia, risulta ogni giorno più evidente in un quadro in continua evoluzione segnato da un inarrestabile profluvio normativo.

L'ultimo tassello è costituito dal decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020, in parte di tipo ricognitivo e in parte di tipo innovativo, che da un lato intende fornire un quadro normativo primario alle misure sino ad ora introdotte, con l'aspirazione a frenare il continuo disallineamento tra Stato e Regioni; e, dall'altro lato, riprendendo il tema della sanzione e della deterrenza, sposta la scelta inizialmente caduta sul diritto penale verso il terreno delle sanzioni amministrative, sulla base della valutazione pragmatica che la previsione di elevate sanzioni pecuniarie, o comunque di carattere economico, immediatamente eseguibili possa sortire una deterrenza maggiore rispetto alla denuncia in stato di libertà per un reato contravvenzionale: che invece avrebbe scontato, come chiaro, i tempi di elaborazione della notizia di reato e di celebrazione dei processi (considerato, tra l'altro, che anche in caso di emissione quasi immediata del decreto penale di condanna, i termini per l'opposizione sarebbero attualmente sospesi in base al decreto legge giustizia n. 18 del 2020, e che i relativi processi 'da opposizione' sarebbero stati certamente celebrati a emergenza cessata).

Il riallineamento di *fonte* – questa volta dal Dpcm si torna al decreto legge –, e il contestuale slittamento di *sanzione* – dall'illecito penale a quello amministrativo – non elidono, però, ma solo diversamente configurano i parametri e le garanzie costituzionali che fanno da presidio ai diritti dei cittadini dinanzi alle norme genericamente afflittive e punitive.

2.6. Il decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020

Il decreto legge elenca, all'articolo 1, comma 2, pressoché tutte le misure di contenimento sinora introdotte in modo disomogeneo da fonti secondarie statali (Dpcm) e locali (ordinanze regionali).

Gli articoli 2 e 3, invece, fanno chiarezza sull'autorità competente all'emissione di tali misure.

La competenza viene radicata a livello centrale e viene consolidato lo strumento del Dpcm come mezzo prioritariamente deputato, con limitate eccezioni, all'attuazione delle misure, anche per ciò che riguarda eventuali disposizioni che, sulla base dell'andamento territoriale dell'emergenza epidemiologica, potranno riguardare singole Regioni: in questo caso il provvedimento può essere emanato su proposta del presidente della Regione interessata ovvero della conferenza delle Regioni o delle Province autonome.

Solo in casi di assoluta urgenza, nelle more dell'adozione del Dpcm e con efficacia limitata sino a tale momento, possono intervenire, a livello centrale, le ordinanze del ministro della salute (articolo 2, comma 2) e, a livello locale, le regioni: queste ultime esclusivamente in relazione all'aggravamento del rischio sanitario sul loro territorio o su parte di esso, e comunque nei limiti delle rispettive competenze e senza possibilità di interferire con la normazione centrale in materia di attività produttive e di rilevanza strategica per l'economia nazionale (articolo 3, comma 1), mentre è ulteriormente ridotta la facoltà di ordinanza contingibile e urgente dei sindaci, che non potranno in nessun caso derogare alle misure statali (articolo 3, comma 2).

All'articolo 2, comma 3, vengono invece fatti salvi gli effetti dei Dpcm e delle ordinanze ministeriali sinora emanati sulla base del precedente decreto legge n. 6: con la differenza che i Dpcm dell'8, 9, 11 e 22 marzo continuano ad applicarsi per i termini originariamente previsti, mentre gli altri atti restano applicabili per ulteriori dieci giorni dalla pubblicazione del decreto.

Il decreto n. 6 viene peraltro contestualmente abrogato dall'articolo 5, comma 1, lett. a), del decreto n. 19.

Viene quindi abrogato il decreto legge n. 6, unica fonte normativa primaria perfezionata sino a questo momento (trattandosi, si è detto, di decreto legge già convertito) ma vengono conservati tutti gli atti normativi secondari statali emessi sulla base del predetto decreto, che vengono semplicemente *traslati* sul nuovo decreto legge in attesa di conversione.

Venendo alla parte sanzionatoria, l'articolo 4 del decreto, come preannunciato, prevede che il mancato rispetto delle misure di contenimento sia d'ora in avanti sanzionato esclusivamente in via amministrativa (con espressa clausola di specialità della sanzione amministrativa ed esclusione dell'operatività dell'articolo 650): è prevista una sanzione pecuniaria sino a 3.000 euro, aumentata sino a un terzo se la violazione avviene mediante l'utilizzo di un veicolo e, in alcuni casi, può essere applicata anche la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività commerciale.

Unica eccezione al cambio di paradigma è la violazione della quarantena da parte delle persone che vi siano sottoposte in quanto risultate positive al virus (articolo 1, comma 2, lett. e) che restano punibili, in base al comma 6 dell'articolo 4, ai sensi dell'art. 260 r.d. 1265/34 (testo unico delle leggi sanitarie), che viene contestualmente modificato, al comma 7, mediante innalzamento della pena prevista (arresto da tre a diciotto mesi e ammenda da 500 a 5.000 euro).

Viene invece resa residuale l'ipotesi dell'art. 452 del codice penale (delitti colposi contro la salute pubblica), in forza della clausola di sussidiarietà espressa contenuta nell'incipit del comma 6 ("*salvo che il fatto costituisca violazione dell'art. 452 del codice penale o comunque più grave reato*"): la linea di discriminazione dovrà dunque essere tracciata in via interpretativa: dovendosi distinguere, in relazione al caso concreto, se ricorra l'ipotesi dell'articolo 452, comma primo, n. 2), del codice penale in relazione all'articolo 438 (epidemia), cioè l'aver cagionato un'epidemia mediante la colposa diffusione di agenti patogeni: al riguardo, premessa l'indiscussa natura epidemica – perfino pandemica – del contagio in atto, occorrerà evidentemente un rigoroso accertamento di tipo etiologico per determinare se la condotta tenuta dell'agente, in relazione alla sua tipologia e al contesto, abbia causalmente determinato un nuovo focolaio epidemico.

Per tutte le altre violazioni, in base alla clausola di specialità amministrativa espressa di cui si è detto (articolo 4, comma 1, cit.), restano solo le sanzioni amministrative.

Il comma 8 introduce infine una disposizione transitoria di coordinamento, sul modello di quella dell'art. 8 del decreto legislativo n. 8 del 2016, in base alla quale le disposizioni che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto, ma in tali casi le sanzioni amministrative sono applicate nella misura minima ridotta alla metà.

Si tratta di una clausola di evidente deroga al principio di irretroattività delle sanzioni amministrative, posto all'art. 1 della Legge n. 689 del 1981, e al contempo ispirata, per i casi pregressi, a un criterio di contemperamento (l'applicazione della sanzione in misura ridotta) latamente correlato al principio della *lex mitior*.

È comunque interessante notare che, allo stato, non può ritenersi del tutto scontata la costituzionalità della deroga al principio di irretroattività delle sanzioni amministrative in quanto, pur avendo esso copertura legale, si discute se vi sia un nucleo minimo di copertura costituzionale del *principio di legalità* valevole, soprattutto in una lettura europeistica che tenga conto dei celebri criteri *Engel*, per tutte le norme genericamente afflittive e non solo per quelle penali in senso stretto: in questo senso si è del resto già espressa (lo vedremo subito oltre) la Corte costituzionale con la sentenza n. 134 del 2019, relativamente alla chiarezza e alla conoscibilità del precetto; mentre la specifica questione della possibile deroga al principio di irretroattività delle sanzioni amministrative è stata affrontata, ma non definitivamente risolta, dalla sentenza n. 109 del 2017: in quanto tale pronuncia, pur affrontando incidentalmente alcuni profili di merito della questione (sollevata proprio in relazione all'art. 8 del d.lgs. n. 8 del 2016), ne ha comunque ritenuto assorbente il difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*: in quanto la questione era stata sollevata dal giudice penale, il quale però non applica la sanzione medesima ma si limita, anche per le violazioni commesse anteriormente, a trasmettere gli atti alla competente autorità amministrativa.

2.7. Il principio di legalità delle sanzioni amministrative

Il riassetto sistematico del decreto legge 19, in particolare nella parte dedicata alle disposizioni sanzionatorie, consente di ritenere solo in parte superate le problematiche relative alle garanzie costituzionali che ruotano intorno al *principio di legalità*: il quale, da un lato, si atteggia in modo peculiare in riferimento al decreto legge (che è sì fonte normativa primaria, ma a controllo parlamentare differito); e, dall'altro lato, costituisce, come si è detto, principio di garanzia, sia pure in modo attenuato, anche per le sanzioni amministrative.

Sotto il primo profilo, la notoria giurisprudenza costituzionale sul divieto di iterazione e reiterazione di decreti legge riproduttivi di un decreto non convertito, andrebbe infatti confrontata con l'inedita ipotesi – che invero pare profilarsi – di un decreto legge meramente riproduttivo, con formula recettizia (art. 2, comma 3, cit.), di Dpcm sottratti *ab origine* al controllo parlamentare e che, sia pure emessi sulla base legale del precedente decreto legge n. 6, probabilmente non trovavano, come si è visto, già in esso una base legale *sufficientemente specifica*; il che si potrebbe risolvere in una situazione paradossale in cui il controllo parlamentare differito venga a ratificare un processo di produzione normativa geneticamente anomalo e – trattandosi di ricezione mera – senza nemmeno sanarne i difetti originari di genericità e imprecisione.

Sotto il secondo profilo, va invece segnalato che in materia di sanzioni amministrative il principio di tipicità e di riserva di legge, che come si è detto è prefissato all'art. 1 della Legge n. 689 del 1981, ha certamente un portato attenuato rispetto alla riserva di legge assoluta in materia penale: si faccia attenzione, però: “attenuato” non significa del tutto irrilevante.

Al riguardo, ad esempio, è stato ritenuto ammissibile, per le sanzioni amministrative, un maggiore margine di eterointegrazione da parte di fonti secondarie rispetto alle norme penali in virtù della

particolare tecnicità della dimensione in cui dette fonti secondarie sono destinate ad operare (in questo senso, Cass. Sez. 1 civ., n. 4114 del 02/03/2016, Rv. 638802).

Ciò comunque, come si anticipava, non esclude che vi sia un nucleo minimo nel quale il principio di legalità esplica una forza attrattiva, direttamente al dettato costituzionale, anche per le sanzioni amministrative.

Proprio a questo proposito, la recente sentenza della Corte costituzionale n. 134 del 2019, pur confermando che la giurisprudenza costituzionale in materia di limiti all'eterointegrazione del precetto penale da parte di fonti di rango secondario si riferisce esclusivamente alle leggi penali in senso stretto e non alle sanzioni amministrative, ha invece precisato che, anche in materia di sanzioni amministrative, deve essere garantita ai destinatari la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie: requisiti, questi ultimi, che condizionano la legittimità costituzionale anche delle leggi introduttive di sanzioni amministrative, al cospetto del principio di determinatezza che, diversamente dalla riserva di legge in senso stretto (cioè intesa come limite all'etero-integrazione), si riferisce a tutte le norme sanzionatorie aventi carattere punitivo e afflittivo, per *diretta* correlazione con il nucleo contenutistico dell'art. 25, secondo comma, della Costituzione.

2.8. I nodi ancora da risolvere

Proprio partendo da quest'ultima osservazione non è oblietabile che, nell'ambito del decreto legge n. 19 del 25 marzo, al passaggio dalla sanzione penale a quella amministrativa non faccia da *pendant* una maggiore chiarificazione dei precetti sanzionatori: in primo luogo perché vengono come si è visto fatte salve tutte le misure sinora adottate, sul cui difetto di precisione già si è detto; in secondo luogo perché anche le misure (ri)elencate all'articolo 1 conservano intatto quell'irrisolto margine di indeterminatezza che già le contrassegnava sotto la vigenza dell'articolo 650 cp e che, come si è visto, può portare a un'esecuzione fortemente discrezionale e non omogenea nei diversi contesti territoriali.

Ne è un esempio proprio la deroga alla libertà di circolazione, divenuta quasi il simbolo pubblico del peso delle misure di contenimento: tale restrizione è ora prevista all'articolo 1, comma 1, lettera a), del decreto 19, ove è ancora descritta come “*una limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora, se non per spostamenti individuali, limitati nel tempo e nello spazio e motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni*”: di nuovo una formulazione generica e aspecifica (“*situazioni di necessità o urgenza, altre specifiche ragioni*”) che riproporrà, sotto la nuova veste amministrativa, gli stessi margini di incertezza esecutiva già emersi sotto la veste penale: margini che, francamente, rischiano di consegnare agli organi di Polizia una totale discrezionalità nel determinare la *deroga in concreto* al diritto costituzionale di circolazione delle persone.

2.9. I margini di dilatazione costituzionale

Non dimentichiamoci che ci stiamo muovendo su un crinale delicatissimo nel quale le condotte rese tipiche da ipotesi sanzionatorie (penali o amministrative che siano) coincidono con condotte di legittimo esercizio di diritti costituzionali direttamente garantiti e senza che in ambito costituzionale sia, come si è detto, disciplinata una situazione di emergenza che ne consenta la deroga, se non a condizioni di estrema tassatività e puntualizzazione del contenuto derogatorio e di rigida

predeterminazione del tempo della sua durata: il che dovrebbe rafforzare, anziché indebolire, l'esigenza di precisione e tassatività della deroga – precetto, indipendentemente dalla veste penale o amministrativa della sanzione prescelta.

Di questo è certamente consapevole, per primo, il Presidente del Consiglio dei Ministri il quale, nella relazione di presentazione al parlamento del decreto legge n. 19, osserva: *“Per la prima volta dalla fine del secondo conflitto mondiale siamo stati costretti a limitare alcune delle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione, in particolare la libertà di circolazione e soggiorno, la libertà di riunione nelle sue varie forme, la libertà di coltivare financo di contenere pratiche religiose. I principi ai quali ci siamo attenuti nella predisposizione delle misure contenitive del contagio sono stati quelli della massima precauzione ma contestualmente anche dell'adeguatezza e della proporzionalità dell'intervento rispetto all'obiettivo perseguito. È questa la ragione della gradualità delle misure adottate, che sono diventate restrittive via via che la diffusività e la gravità dell'epidemia si sono manifestate con maggiore severità, sempre sulla base delle indicazioni provenienti dal comitato tecnico scientifico.*

Poiché il nostro ordinamento, e lo vorrei sottolineare, non conosce, a differenza di altri ordinamenti giuridici, un'esplicita disciplina per lo stato di emergenza, abbiamo dovuto costruire, basandoci pur sempre sulla legislazione vigente, un metodo di azione e di intervento che mai è stato sperimentato prima”.

Il punto che, in qualità di giuristi, intendiamo focalizzare è proprio questo: il fatto che nella Costituzione non sia prevista la possibilità di dichiarare uno stato di emergenza, sulla base del quale poter sospendere i diritti fondamentali, rappresenta un ulteriore indice della *forza* della prima parte della Carta: forza coincidente con la sua inderogabilità, quantomeno in termini assoluti, anche (se non soprattutto) nei momenti di emergenza: i quali, del resto, potrebbero essere dichiarati non solo per ragioni sanitarie, ma anche sociali o economiche.

È già stato osservato da alcuni costituzionalisti, ed è invero condivisibile, che un'emergenza sanitaria delle dimensioni di quella che stiamo vivendo assorba, quantomeno sul piano della *costituzione vivente*, un indubbio margine di *dilatazione*, o di *tensione*: non essendo ragionevole interpretare la Carta, nemmeno nella sua prima parte, come un insieme di norme rigide e talmente anelastiche da costituire paradossalmente un freno, o un impedimento, al (non solo legittimo ma necessario) sforzo dello Stato di affrontare l'emergenza tutelando la vita e la salute dei cittadini, soprattutto dei più deboli, come previsto dal combinato disposto degli articoli 3 e 32 della stessa Costituzione.

Tuttavia questo stato di *tensione* non può essere forzato a tale punto da rischiare la *sospensione* dei diritti fondamentali, e deve necessariamente muoversi nel perimetro delle limitate deroghe che le stesse norme costituzionali prevedono: cioè in termini rigorosamente predeterminati sia nel contenuto che nella durata temporale.

Quanto all'opzione di utilizzare uno strumento sanzionatorio per conseguire un maggiore effetto deterrente al rispetto delle restrizioni, mai come in questa circostanza, in cui di fatto si sanziona il libero esercizio di un diritto costituzionale, la base legale sanzionatoria (indipendentemente dal ricorso all'illecito penale o a quello amministrativo) deve attenersi strettamente alla garanzia costituzionale del principio di legalità, intesa nel nucleo 'forte' comune ai due tipi di illecito: ciò è a dire come posizione, a monte, di una *base legale statale sufficientemente specifica* e, al contempo, come *assoluta chiarezza*

del precetto; il che renderebbe invero opportuna, viepiù considerata la già annunciata proroga delle restrizioni sostanzialmente “a data da definirsi”, la riformulazione in modo specifico e univoco delle misure restrittive sino ad ora emesse, anche a garanzia di una loro vigenza conforme su tutto il territorio nazionale e, quantomeno per le restrizioni ai diritti fondamentali di circolazione e soggiorno, una loro *definizione minima* che eviti interpretazioni così estensive da lambire i confini (pacificamente invalicabili) della libertà personale, e una rigida predeterminazione temporale non ulteriormente prorogabile.

Si auspica quindi che con il decreto legge n. 19, e con la relativa relazione al Parlamento, l'Esecutivo abbia voluto segnare un'inversione di rotta nel senso della ri-parlamentarizzazione della politica emergenziale; e che si mantenga, d'ora in poi, l'asse ben saldo sulla Carta: cogliendone, ma senza forzarle, le intrinseche possibilità di dilatazione; per giungere all'agognata fine dell'emergenza con un sistema dei diritti fondamentali intatto, ove possibile persino rafforzato, certamente non indebolito o fiaccato nello spirito.

3. Considerazioni conclusive

La gravità della situazione non può certo esimerci da ragionare sugli illustrati profili di diritto costituzionale e in materia penale. L'opzione secondo la quale “prima pensiamo a salvare le vite, poi ci occuperemo delle garanzie di legge” non è quella propria di uno Stato democratico di diritto [\[22\]](#).

Ciò che caratterizza la democrazia costituzionale è infatti la circostanza che in qualsiasi momento, per quanto grave sia la situazione, ogni decisione deve essere adottata nel rispetto delle regole procedurali e sostanziali che fondano la nostra convivenza civile.

La grande scommessa della democrazia è infatti questa: non è necessario scegliere tra la vita e il rispetto delle regole democratiche, perché nella normalità la prima non viene garantita nonostante l'esistenza delle seconde ma può esserlo anche grazie a loro. Il binomio diritto alla vita/rispetto delle regole costituzionali non può e non deve diventare un'antitesi, ma deve essere un rapporto mezzo/fine. Il rispetto delle regole democratiche è cioè il mezzo con cui si garantiscono i diritti, tra cui certamente il diritto alla vita. Pensare che ci debba necessariamente essere una contrapposizione tra i due, e dunque che il governo possa fare a meno delle corrette procedure per limitare i nostri diritti e che non si possa sindacare sulla ragionevolezza dei provvedimenti adottati, vuol dire ammettere la sconfitta del sistema democratico. Per questa ragione è importante proprio in questo momento, pur tenendo presente della gravità ed eccezionalità della situazione, evidenziare le criticità dei provvedimenti, sia sotto il profilo delle fonti che da quello del contenuto, senza che tale operazione possa essere tacciata di insensibilità o non curanza nei confronti della salute pubblica. Che, si ripete, deve essere tutelata nel rispetto delle regole che la nostra Costituzione ha individuato anche – e forse soprattutto – per i momenti di crisi.

L'unico modo per superare le molteplici criticità che abbiamo cercato di evidenziare è quello di ridare voce all'organo rappresentativo per eccellenza, il Parlamento, in modo tale che le forze politiche possano consapevolmente e responsabilmente assumersi la responsabilità di adottare le misure necessarie. Un passo importante è stato compiuto in questo senso con DL n. 19/2020 che ha previsto un'interlocuzione stabile tra Governo e Parlamento.

Al contempo è compito dei cittadini vigilare sul fatto che i loro rappresentanti agiscano nel rispetto delle regole costituzionali. Perché ciò che ci deve sempre contraddistinguere è la consapevolezza che la nostra Carta fondamentale non è un qualcosa da rispettare nei momenti di tranquillità e da accantonare nei momenti di difficoltà, ma è la stella polare che ci indica la strada da seguire proprio nei momenti più bui della nostra storia.

[1] Cfr. C. Schmitt, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria (1964)*, tr. it. Roma-Bari. Laterza, 1975, pp. 150 sgg.

[2] C. Mortati, voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, ora in “*Una e indivisibile*”, Milano, Giuffrè, 2007, p. 216. Più recentemente si veda per tutti G. Azzariti, *Revisione Costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della Costituzione*, in *Nomos, Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia costituzionale*, n. 1-2016, p. 3.

[3] N. Ferraris, *Responsabilità sociale e diritto al dissenso*, su www.linconto.news.

[4] Naturalmente l'effetto è anche su altri diritti, quali la libertà di riunione (art. 17 Cost.), considerato che è fatto divieto di riunirsi; la libertà religiosa (art. 19 Cost.), visto che le messe sono sospese; il diritto/dovere all'istruzione (art. 34 Cost.), essendo gli istituti scolastici chiusi; la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), visto che è stato impedito lo svolgimento di molte attività economiche. Il presente contributo intende però focalizzarsi sulla libertà di circolazione e quella personale.

[5] Tra i tanti si rinvia sul punto a R. Bin – G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 478 sgg.

[6] Il diritto alla salute dei lavoratori dei servizi essenziali che sono rimasti funzionanti non è certo inferiore a quello di tutti gli altri lavoratori; lo stesso però viene bilanciato con altri diritti: e così ad esempio i dipendenti dell'industria alimentare o di quella farmaceutica devono continuare a lavorare (con i relativi dispositivi di protezione, ma che comunque garantiscono meno la vita rispetto al rimanere a casa) per poter assicurare l'approvvigionamento o i farmaci; analogo discorso può essere fatto per i lavoratori dei mezzi di informazione, che continuano a dare notizie ai cittadini su quello che accade; stessa cosa per quanto attiene alle forze dell'ordine, che devono continuare a svolgere il loro lavoro affinché lo Stato non venga meno.

[7] Corte Cost., sentenza n. 68/1964.

[8] Cassazione, sentenza n. 9738/2000.

[9] Corte Cost., sentenza n. 264/1996.

[10] Per un'elencazione completa ed un'analisi degli stessi si rimanda ad un articolo pubblicato su questa stessa rivista: I. Massa Pinto, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*. Il 22 marzo 2020 si inoltre stato adottato, per quel che qui interessa, un ulteriore Dpcm che con l'art. 1

lettera b ha ulteriormente limitato la libertà di circolazione, sopprimendo la previsione che prevedeva la garanzia di raggiungimento della dimora, dell'abitazione e del domicilio ed imponendo di rimanere nel comune in cui ci si trova, tranne che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute.

[11] Proprio per questo dato letterale, ci sembra più corretto inquadrali come regolamenti, e non come ordinanze; nello stesso senso cfr. L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid- 19: la reazione italiana*, pag. 13, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid – 19. Una prospettiva comparata*, in www.federalismi.it. Di opinione difforme invece M. Cavino, *Covid- 19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in www.federalismi.it, p. 4.

[12] Cfr. in questo senso L. Gatta, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in www.sistemapenale.it.

[13] Cosa che in effetti è poi avvenuta con l'art. 1, comma 2, lettera n) del DL n. 19 del 25 marzo 2020 che ha previsto tra le misure adottabili la limitazione o sospensione delle attività ludiche, ricreative, sportive e motorie svolte all'aperto o in luoghi aperti al pubblico. Per un'analisi del predetto DL si veda *infra*.

[14] Ci si riferisce ad esempio al decreto n. 4 del 18 marzo 2020 del Presidente della Regione Emilia Romagna che per le attività motorie come passeggiate o uscite con animali di compagnia ha previsto l'obbligo di restare in prossimità della propria abitazione (art. 1).

[15] Naturalmente altro è il rispetto effettivo di tale prescrizione, ossia far sì che chi svolga attività sportiva all'aperto lo faccia singolarmente e mantenendo le giuste distanze e che invece non rappresenti una scusa per svolgere attività giustamente vietate, come pic-nic.

[16] Cfr. art. 5 Ordinanza n. 5 del 13.3.2020 della regione Campania.

[17] Cfr. sul punto M. Ainis, *Meglio distante che latitante*, su *la Repubblica*, 19 marzo 2020.

[18] Sulla base dell'età e delle patologie pregresse.

[19] Il Comitato tecnico scientifico di cui all'ordinanza del Capo del dipartimento della Protezione civile 3 febbraio 2020, n. 6301 è infatti composto dal Segretario Generale del Ministero della Salute, dal Direttore generale della prevenzione sanitaria del Ministero della salute, dal Direttore dell'Ufficio di coordinamento degli Uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della salute, dal Direttore scientifico dell'Istituto nazionale per le malattie infettive "Lazzaro Spallanzani", dal Presidente dell'Istituto superiore di sanità, da un rappresentante della Commissione salute designato dal Presidente della Conferenza delle Regioni e Province autonome e dal Coordinatore dell'Ufficio Promozione e integrazione del Servizio nazionale della protezione civile del Dipartimento della protezione civile, con funzioni di coordinatore del Comitato. Si tratta dunque di persone sottratte al circuito della rappresentanza.

[20] F. Pallante, *Contro la democrazia diretta*, Einaudi, Torino 2020, pp. 3 e 4.

[21] Ed infatti il Presidente Conte ha dato l'annuncio del decreto il 24 marzo sera e poi il testo è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale a tarda serata del 25 marzo, con conseguente possibile lettura da parte dei cittadini solo il 26 marzo mattina.

[22] Cfr. a tal riguardo A. Ruggeri, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti Regionali*, 21 marzo 2020, pp. 4 e 5. L'autore è ben consapevole del fatto che nei momenti di emergenza “*gli organi di garanzia tendenzialmente sono portati ad adottare una linea – per dir così – “giustificazionista”, offrendo sia pure ob torto collo il loro generoso avallo alle misure poste in essere per combatterla*”; ritiene però che non ci si debba rassegnare “*a piegare il capo davanti al singolare sillogismo fatto da quanti, studiosi ed operatori istituzionali (anche di garanzia), muovendo dall'assunto che si è davanti ad un'emergenza, giustificano l'adozione di misure abnormi al fine di farvi fronte, le quali poi – piaccia o no – non possono essere invalidate. Ciò che – come qui pure si viene dicendo – equivale ad un vero e proprio capovolgimento dell'ordine giusto di vedere le cose*”.