

QUEL CHE RESTA DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE AL TEMPO DEL
CORONAVIRUS*

GIOVANNI DI COSIMO**

Sommario

1. Decreti. – 2. Spostamenti infra-territoriali. – 3. Territori. – 4. Evitare. – 5. Legalità delle pene.
– 6. Legalità sostanziale. – 7. Natura. – 8. Epilogo.

Abstract

This paper discusses the legitimacy of the several measures which have limited the free movement of persons in Italy during the COVID-19 emergency.

Suggerimento di citazione

G. DI COSIMO, *Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del Coronavirus*, n. 2/2020. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al *webinar* "Le fonti normative dell'emergenza", organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Macerata.

Contatto: giovanni.dicosimo@unimc.it

1. Decreti

La catena normativa messa in campo contro l'epidemia assegna al decreto legge il compito di elencare le possibili misure di contrasto del virus, e al decreto del Presidente del Consiglio il compito di imporle in concreto, potendo peraltro sceglierle anche al di fuori dell'elenco¹.

Ne è sortito un vasto insieme di provvedimenti governativi che ha determinato una inaudita compressione di libertà e diritti. La notevole tensione alla quale il tessuto costituzionale è stato sottoposto non ne ha procurato una lacerazione², dacché le misure governative: a) sono finalizzate ad affrontare uno stato di necessità senza precedenti con lo scopo di salvaguardare la salute e la vita dei cittadini³; b) hanno una durata limitata nel tempo⁴; c) sono previste da una fonte di rango primario⁵, e precisamente tre decreti legge, due dei quali già convertiti dal Parlamento⁶.

¹ Questa impostazione non risulta incompatibile con il quadro costituzionale (così 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*, disponibile all'indirizzo www.dirittiregionali.it, 1, 2020, 525).

² R. BIN, *Guardando a domani*, in *laCostituzione.info*, disponibile all'indirizzo www.lacostituzione.info, 12 marzo 2020; A. RUGGERI, *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine*, disponibile all'indirizzo www.giurcost.org, 1, 2020, 210 ss.; di diverso avviso sono R. CHERCHI e A. DEFFENU, *Fonti e provvedimenti dell'emergenza covid-19: prime riflessioni*, in *Diritti regionali*, disponibile all'indirizzo www.dirittiregionali.it, 1, 2020, 668.

³ G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione giustizia*, disponibile all'indirizzo www.questionegiustizia.it, 27 marzo 2020.

⁴ Lo stato d'emergenza termina il 31 luglio 2020; l'art. 1 co. 1 del d.l. 19/2020 stabilisce che le misure possono essere adottate «per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni». Sulla necessaria temporaneità delle misure cfr. G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, disponibile all'indirizzo www.costituzionalismo.it, 1, 2020, I, III; A. ALGOSTINO, *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale*, disponibile all'indirizzo www.osservatoriocostituzionale.it, 3, 2020, 3; D. PULITANÒ, *Problemi dell'emergenza. Legalità e libertà*, in *La legislazione penale*, disponibile all'indirizzo www.la-legislazionepenale.eu, 18 maggio 2020, 5 s.

⁵ G. BATTARINO, *Decreto-legge "COVID-19", sistemi di risposta all'emergenza, equilibrio costituzionale*, in *Questione giustizia*, disponibile all'indirizzo www.questionegiustizia.it, 1° marzo 2020, 7. Per la tesi della piena legittimità dei dPCM in quanto previsti da una fonte primaria cfr. E. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza da Coronavirus*, in *BioLaw Journal*, disponibile all'indirizzo www.rivista.biodiritto.org, 1, 2020, 100. Ma altri osservano che non si può dare attuazione al decreto legge con un atto amministrativo perché secondo la Costituzione la fonte primaria deve dettare norme di immediata applicazione cfr. L.A. 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, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 23 marzo, 2020, 20.

⁶ D.l. 6/2020 (convertito dalla l. 13/2020) e d.l. 19/2020 (convertito dalla l. 35/2020); d.l. 33/2020.

Questo in generale, ma se poi si va valutare la legittimità delle singole misure, come sembra opportuno, si vede che la terza condizione – la previsione da parte della fonte primaria – non sembra ricorrere nel caso di una specifica misura limitativa della libertà di circolazione.

2. Spostamenti infra-territoriali

Il primo decreto legge, adottato dal Consiglio dei ministri il 22 febbraio, prevede, fra le altre, una misura relativa al «divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata»⁷. La compressione della libertà di circolazione e soggiorno che questa misura comporta resta, nondimeno, nel perimetro dell'art. 16 Cost., il quale consente «le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza». Non vi sono infatti dubbi sulla sussistenza dei motivi di sanità, mentre per quanto attiene alla riserva di legge, che la si interpreti come assoluta oppure come relativa, stando alla giurisprudenza costituzionale risulta soddisfatta dall'intervento di una fonte primaria qual è il decreto legge⁸.

Il successivo d.P.C.M. del 1° marzo applica il divieto di allontanamento dal comune ad alcuni comuni delle regioni Lombardia e Veneto, riprendendolo quasi alla lettera dal decreto legge. Una settimana dopo viene adottato un altro decreto del Presidente del Consiglio le cui misure si applicano in una più vasta un'area del territorio nazionale⁹. È il decreto dell'8 marzo che abroga quello precedente, e stabilisce che occorre «evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori»¹⁰.

La seconda parte della previsione, che parla degli spostamenti all'interno dei territori, introduce una misura che non risulta compresa nell'elenco dell'art. 1 del d.l. 6/2020¹¹. In effetti, il decreto legge si limita a stabilire il divieto di allontanamento dal comune, ovvero sia il divieto di uscire dai confini comunali, che è cosa diversa dalla preclusione a spostarsi all'interno di quei medesimi confini. Ciò pone la questione della legittimità della previsione sugli spostamenti infra-territoriali e insinua un dubbio sulla proporzionalità delle misure

⁷ D.l. n. 6/2020, art.1, c. 2, lett. a).

⁸ Sul ruolo della giurisprudenza costituzionale nell'ammettere l'intervento di atti con forza di legge nelle riserve di legge cfr., da ultimo, G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratatuali*, Giappichelli, Torino, 2019, 57 ss.

⁹ Comprendente il territorio della Lombardia e quattordici province delle regioni Emilia-Romagna, Piemonte, Veneto, Marche.

¹⁰ Art. 1, c. 1, lett. a), dPCM 8 marzo.

¹¹ Sulla mancanza in alcuni casi di un chiaro e preciso fondamento dei dPCM nel decreto legge a monte cfr. I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, disponibile all'indirizzo www.questionegiustizia.it, 18 marzo 2020.

messe in campo dal Governo¹². Più in generale, porta a domandarsi quali atti possano legittimamente limitare il movimento della popolazione, se solo la legge e gli atti normativi equiparati, oppure anche atti subordinati.

3. Territori

In realtà, è controverso quale sia il significato della misura e il suo stesso contenuto dispositivo¹³. Non riguarderebbe gli spostamenti infra-comunali bensì gli spostamenti fra un comune e l'altro della medesima provincia¹⁴. Se così fosse, il riferimento agli spostamenti all'interno dei territori coinciderebbe con il divieto di allontanamento dal proprio comune, previsto inizialmente dal decreto legge e ripreso dal d.P.C.M. del 1° marzo¹⁵.

Questa interpretazione presenta il vantaggio di risolvere il problema dell'ecedenza prescrittiva della misura rispetto al decreto legge, nel senso che le assegna un contenuto dispositivo già compreso nell'elenco del decreto legge. E tuttavia, si regge sul presupposto che la parola "territori" sia riferita agli ambiti territoriali provinciali, che è valido fintanto che i territori sono quelli indicati dal decreto dell'8 marzo, ossia la regione Lombardia e alcune province del nord e del centro. In quel momento le misure riguardano solo queste aree territoriali, e dunque l'espressione territori si riferisce a tali ambiti circoscritti. Ma quando, il giorno dopo, un altro decreto del Presidente del Consiglio estende l'operatività delle misure a tutto il territorio nazionale¹⁶, il presupposto viene meno perché il testo non individua più nominativamente singoli ambiti territoriali. Di qui i dubbi interpretativi e i conseguenti ampi margini di discrezionalità concessi agli organi competenti a svolgere i controlli¹⁷. Una più accurata fattura del testo avrebbe suggerito di eliminare il riferimento ai territori, ma così non è stato.

¹² Considerazione, quest'ultima, che rende più problematico il quadro sulla sostanziale tenuta costituzionale tratteggiato in apertura.

¹³ Fermo restando che i provvedimenti governativi non precludono in assoluto l'uscire di casa ma la circolazione o spostamento veri e propri (G. SALVADORI, *Il periplo dell'isolato. La libertà di passeggiare al tempo del COVID-19*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, consultabile all'indirizzo www.gruppodipisa.it, 1, 2020, 309 ss.).

¹⁴ A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 1, 2020, 421 s. il quale esclude che si tratti degli spostamenti interni al territorio comunale perché altre previsioni del decreto presuppongono la possibilità di muoversi in quell'ambito (per es. l'apertura dei luoghi di culto, oppure lo svolgimento delle attività di bar e ristorazione).

¹⁵ Ma il testo del dPCM 8 marzo introduce il riferimento agli spostamenti interni ai territori con la congiunzione "nonché", lasciando intendere che si tratta di una previsione ulteriore rispetto a quella che precede relativa agli spostamenti in entrata e in uscita dai territori.

¹⁶ Art. 1, c. 1 dPCM 9 marzo.

¹⁷ 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 costituzionale*, disponibile all'indirizzo www.osservatoriocostituzionale.it, 3, 2020, 10.

A questo punto, se si vuol dare un senso alla previsione, bisogna guardare a ciò che prescrive il primo anello della catena normativa. E siccome il d.l. 6/2020 impone di restare nell'ambito del comune, il territorio all'interno del quale per effetto della misura non ci si può spostare, è per forza di cose quello comunale.

4. Evitare

Pure controverso è il carattere prescrittivo della misura. In effetti, l'uso del verbo evitare è piuttosto ambiguo; parrebbe una semplice raccomandazione, più che un obbligo vero e proprio. Con la conseguenza che il mancato rispetto di una raccomandazione non dà luogo alla responsabilità penale prevista dal decreto legge per il «mancato rispetto delle misure di contenimento», responsabilità che opera, invece, per la violazione dei divieti in senso proprio come, ad esempio, il «divieto assoluto di mobilità dalla propria abitazione o dimora per i soggetti sottoposti alla misura della quarantena ovvero risultati positivi al virus»¹⁸.

Nondimeno sembra proprio che gli organi chiamati a far rispettare le misure siano stati di diverso avviso. Una nota della procura di Genova sottolinea, per esempio, il «carattere precettivo del verbo “evitare”», e ne ricava l'indicazione che vanno evitati gli spostamenti all'interno dei territori, ad eccezione di quelli «all'interno della zona di residenza», corrispondente al quartiere-circoscrizione, «per soddisfare le elementari esigenze di vita legate all'attività motoria ed all'acquisto di beni in vendita presso gli esercizi commerciali dei quali sia stata autorizzata l'apertura»¹⁹. A sua volta, la direttiva del Ministro degli interni ai prefetti relativa ai controlli, diramata a ridosso del decreto dell'8 marzo, non distingue fra obblighi e raccomandazioni, ma fa esclusivo riferimento ai primi citando anche gli spostamenti infra-comunali²⁰. Richiama la sanzione penale per il mancato rispetto degli obblighi previsti dal decreto, ivi compresi gli spostamenti all'interno dei comuni²¹. Indicazioni analoghe giungono dal campo regionale: per esempio, un'ordinanza della Regione Campania obbliga i cittadini a rimanere nelle proprie abitazioni consentendo «esclusivamente spostamenti temporanei e individuali» per esigenze lavorative, per motivi di salute o per situazioni di necessità, e precisa che quest'ultime sono

¹⁸ Art. 1, c. 1, lett. c), dPCM 8 marzo.

¹⁹ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Genova, 16 marzo 2020.

²⁰ Direttiva n. 14606 dell'8 marzo avente ad oggetto le misure urgenti introdotte dal dPCM dell'8 marzo.

²¹ Conferma si trae dalle FAQ pubblicate nel sito del Governo: «Sono consentiti solo gli spostamenti da casa motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità (per esempio, dover fare la spesa o comprare beni necessari) o per motivi di salute» (disponibili all'indirizzo www.governo.it/it/faq-iorestoacasa).

«quelle correlate ad esigenze primarie delle persone, per il tempo strettamente indispensabile (...) e comunque in aree contigue alla propria residenza, domicilio o dimora»²².

Pertanto, che l'ambiguità sia voluta, onde discutibilmente concedere margine discrezionale alle forze di polizia, oppure sia il risultato di una certa sciattezza nell'uso della tecnica normativa, solo in parte scusabile con l'urgenza di provvedere, si deve prender atto che nella prassi non si è dubitato del valore prescrittivo della misura relativa agli spostamenti infra-comunali. Discorso diverso vale per quelle altre previsioni del decreto che formulano raccomandazioni in modo espresso, e quindi chiaramente non hanno carattere prescrittivo, come per esempio la raccomandazione di rimanere a casa rivolta alle persone che presentano determinati sintomi²³.

5. Legalità delle pene

Prendendo per buona l'interpretazione prevalsa nella prassi, si giunge alla conclusione che il decreto dell'8 marzo qualifica come reato un comportamento, gli spostamenti infra-comunali, fino a quel momento lecito. Più precisamente, l'atto amministrativo stabilisce che il mancato rispetto degli obblighi che introduce, e quindi anche di quello relativo agli spostamenti infra-comunali, configura il reato indicato dal d.l. 6/2020, il quale punisce il mancato rispetto delle misure di contenimento del virus in base all'art. 650 del codice penale («inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità»).

Se così è, nasce un problema sul fronte del principio di legalità delle pene. Assumendo che la riserva di legge del secondo comma dell'art. 25 Cost. abbia carattere assoluto²⁴, ne segue che la scelta e l'ambito della pena debbano essere effettuati dal Parlamento, in quanto organo rappresentativo del corpo elettorale, e non possano essere demandati al potere normativo dell'Esecutivo di livello sub-primario²⁵. Come ha precisato la Corte, il principio costituzionale della legalità della pena «esige che sia soltanto la legge (o un atto equiparato)

²² Ord. n. 15 del 13 marzo del Presidente della Regione Campania.

²³ Art. 1, c. 1, lett. b), dPCM 8 marzo. Sulla circostanza che i dPCM mescolano prescrizioni giuridiche con consigli ed esortazioni cfr. G. ZAGREBELSKY, *Se non basta obbedire*, in *la Repubblica*, 30 aprile 2020.

²⁴ Sent. 327/2008.

²⁵ Secondo la Corte, la *ratio* della riserva di legge penale è legata al «procedimento di formazione della legge, aperto al confronto tra maggioranza e minoranza, adeguato a tutelare i diritti dell'opposizione nel sindacare le scelte di criminalizzazione adottate dalla maggioranza» (sent. 487/1989 che aggiunge che «il monopolio penale del legislatore statale è fondato sul suo essere rappresentativo della società tutta, «unita per contratto sociale»; ed è la società tutta che attende che l'esercizio del potere legislativo penale, direttamente od attraverso i suoi rappresentanti, non avvenga arbitrariamente bensì «per il suo bene e nel suo interesse»»). Cfr. anche sentt. 394/2006 e 230/2012.

dello Stato a stabilire con quale misura debba esser repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente»²⁶.

In realtà l'intervento di atti governativi sub-legislativi non è del tutto escluso. Può essere ammesso qualora la legge indichi «con sufficiente specificazione le condizioni e l'ambito di applicazione del provvedimento»²⁷. E il decreto dell'8 marzo introduce la nuova misura basandosi proprio sull'autorizzazione contenuta nel decreto legge. Più precisamente, l'art. 2 del d.l. 6/2020 consente alle «autorità competenti», fra le quali si può far rientrare il Presidente del Consiglio che è titolare di importanti competenze in materia di protezione civile²⁸, di «adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza».

L'ipotesi che il principio di legalità penale sia soddisfatto dalla previsione dell'art. 2, regge a condizione che la fonte primaria che autorizza l'intervento di quella secondaria risponda al requisito della determinatezza. Da tempo la Corte costituzionale ha precisato che la base legislativa deve essere sufficientemente precisa; spetta alla legge o all'atto equiparato «indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena»²⁹.

Ma l'art. 2 del d.l. 6/2020 non sembra soddisfare tali requisiti. È una disposizione “in bianco” che attribuisce potere all'atto sub-legislativo senza delimitarlo né formalmente né sostanzialmente³⁰. Non delinea con precisione i contorni della fattispecie penale, autorizzando l'intervento di provvedimenti che non vincola nel contenuto, con conseguente violazione della riserva di legge dell'art. 25 comma 2 Cost.³¹. Insomma, lungo questa strada si va a sbattere di nuovo contro il principio di legalità della pena, nel senso che la riserva di legge impedisce che un atto sub-legislativo qualifichi come reato determinati

²⁶ Sent. 26/1966.

²⁷ Sent. 168/1971.

²⁸ Per un quadro delle competenze relative alla protezione civile durante le emergenze cfr., da ultimo, G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione*, in *BioLaw Journal*, disponibile all'indirizzo www.rivista.biodiritto.org, 1, 2020, 184 s. Sul ruolo egemone svolto dal Presidente del Consiglio cfr. G. NAPOLITANO, *I pubblici poteri di fronte alla pandemia*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2, 2020, 146; ma già la prassi precedente è caratterizzata dall'accentramento del potere di ordinanza nelle mani del Presidente del Consiglio: cfr. A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Giappichelli, Torino, 2011, 202 ss.

²⁹ Sent. 26/1996.

³⁰ G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unicost*, disponibile all'indirizzo www.unicost.eu, 10 aprile 2020; L.A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale cit., 13.

³¹ C. RUGA RIVA, *Il D.L. 25 marzo 2020, n. 19, recante “misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19”: verso una “normalizzazione” del diritto penale dell'emergenza?*, in *La legislazione penale*, disponibile all'indirizzo www.la legislazione penale.eu, 6 aprile 2020, 2.

comportamenti, qualora si fondi sull'autorizzazione di una disposizione primaria indeterminata³².

6. Legalità sostanziale

Il giudizio sull'art. 2 del d.l. 6/2020 non cambia se si considera il parametro costituzionale dell'art. 16 sulla libertà di circolazione. La disposizione risulta illegittima perfino accedendo alla tesi del carattere relativo della riserva di legge, che non esclude il concorso di fonti secondarie³³. Infatti occorre considerare le modalità con cui la fonte primaria autorizza il concorso della fonte sub-legislativa³⁴. L'art. 2 attribuisce un potere amministrativo indeterminato e quindi non rispetta il principio di legalità sostanziale³⁵. È, come detto, una previsione “in bianco” che, in sostanziale elusione della riserva di legge, concede ampi

³² R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, in *Sistema penale*, consultabile all'indirizzo www.sistemapenale.it, 24 aprile 2020. Sulla violazione da parte dell'art. 2 della garanzia della riserva assoluta di legge cfr. V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale...anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *dirittifondamentali.it*, disponibile all'indirizzo www.dirittifondamentali.it, 1, 2020, 1274.

³³ Nelle riserve relative «quel che si richiede è soltanto che la legge detti una disciplina “di principio”, regolando gli aspetti essenziali della materia, in modo da circoscrivere la discrezionalità delle autorità amministrative nell'esercizio di poteri (normativi e di concreta amministrazione) ad esse attribuiti dalla legge stessa» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 56). Per la tesi del carattere relativo della riserva cfr., fra gli altri, L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1998, 616; M. MAZZIOTTI DI CELSO, G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2010, 180. Per la tesi del carattere assoluto cfr. G. DEMURO, *Art. 16*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, vol. I, Utet, Torino, 2006, 377 ss.; D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Giuffrè, Milano, 2007, 213; e, da ultimo, A. MAZZOLA, *Il bilanciamento tra diritto alla salute e libertà di circolazione ai tempi del nuovo coronavirus*, in *Astrid rassegna*, disponibile all'indirizzo www.astrid-online.it, 6, 2020, 13.

Sulla compatibilità con l'art. 16 Cost. di provvedimenti limitativi adottati dalle autorità amministrative cfr. sent. 64/1968. Sulla necessità di un rispetto sostanziale della riserva di legge che passa anche per un adeguato bilanciamento fra la libertà di circolazione e il diritto alla salute cfr. 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*, disponibile all'indirizzo www.dirittiregionali.it, 1, 2020, 514 s. Sulla prevalenza assoluta che nel periodo dell'emergenza è stata riconosciuta al diritto alla salute v. F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio costituzionale*, disponibile all'indirizzo www.osservatoriocostituzionale.it, 3, 2020, 9 ss.

³⁴ A. D'ANDREA, *Protezione della salute pubblica, restrizioni della libertà personale e caos normativo*, in *Giustizia insieme*, disponibile all'indirizzo www.giustizainsieme.it, 24 marzo 2020, 4; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 18 marzo, 2020, 11.

³⁵ Sottolinea l'evidente incostituzionalità della disposizione F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, disponibile all'indirizzo www.costituzionalismo.it, 1, 2020, III, 136. Sulla perdurante attualità del principio di legalità cfr. P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza*, in *Osservatorio costituzionale*, disponibile all'indirizzo www.osservatoriocostituzionale.it, 3, 2020, 15.

marginari di intervento al decreto del Presidente del Consiglio, che invece dovrebbe limitarsi a specificare e attuare meditate norme di dettaglio³⁶.

Invece, come ha sottolineato la Corte, sussiste «l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminazione» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (...). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»³⁷.

7. Natura

Le conclusioni in punto di legalità delle pene restano valide anche se si affronta il ragionamento a partire dalla questione della natura dei decreti del Presidente del Consiglio³⁸. Quelli contro il coronavirus vengono assimilati alle ordinanze di necessità e urgenza e considerati atti aventi carattere formalmente amministrativo e sostanzialmente normativo³⁹.

Eppure, l'assimilazione alle ordinanze non è senza insidie a causa della loro incerta natura normativa⁴⁰. La tesi negativa si basa sul duplice presupposto della temporaneità e inettitudine a produrre effetti permanenti⁴¹. Nel caso dei

³⁶ G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione dei diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistema penale*, consultabile all'indirizzo www.sistemapenale.it, 16 marzo 2020; D. PULITANO, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sistema penale*, disponibile all'indirizzo www.sistemapenale.it, 28 aprile 2020, 4; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 1, 2020, 492.

³⁷ Sent. 115/2011.

³⁸ Sulla dubbia classificazione dei dPCM cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge. Tendenze e prospettive dell'attuazione delle fonti primarie tra Governo e Parlamento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 34 ss.; D. PICCIONE, *Il Comitato per la legislazione e la cangiante natura dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *federalismi.it*, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 3, 2017; V. DI PORTO, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, consultabile all'indirizzo www.osservatoriosullefonti.it, 2, 2016; S. LABRIOLA, *Decreto del Presidente del Consiglio*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. II, 1998.

³⁹ M. DE NES, *Emergenza CoViD -19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?* in *BioLaw Journal*, disponibile all'indirizzo www.rivista.biodiritto.org, 1, 2020, 316.

⁴⁰ Sulla sottile linea di confine fra atti regolamentari e atti amministrativi si può v. G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2015, 111 ss.

⁴¹ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, 53. Per la tesi della natura sostanzialmente normativa delle ordinanze cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, Bologna, 2019, 248 ss.

decreti per l'emergenza coronavirus, mentre ricorre il primo presupposto, è difficile negare che le limitazioni dei diritti non abbiano prodotto effetti permanenti. Se si guarda ai contenuti di questi atti, si vede che precludono aspetti fondamentali della vita di relazione e interdicono lo svolgimento di molte attività economiche, determinando effetti destinati inevitabilmente a permanere⁴². Indicativo è pure che i decreti contengano misure vincolanti per la generalità dei consociati e, soprattutto, siano applicabili in una serie indefinita di casi. Presentino cioè i caratteri della generalità ed astrattezza che secondo la giurisprudenza costituzionale identificano gli atti regolamentari⁴³. Non sembra perciò azzardato ritenere che innovino l'ordinamento giuridico, sia pure temporaneamente, e dunque abbiano natura normativa e persino regolamentare⁴⁴.

⁴² A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, disponibile all'indirizzo www.dirittiregionali.it, 1, 2020, 374. Questo spiega perché il collegamento alle ordinanze di protezione civile regga fino a un certo punto: l'emergenza coronavirus presenta caratteri inediti, incomparabili con le precedenti emergenze, e conseguentemente la risposta normativa si differenzia in modo sostanziale da ogni altra precedente. Questo ordine di considerazioni suggerisce che i decreti costituiscono un fenomeno normativo assolutamente peculiare, difficilmente assimilabile alle esperienze di ricorso alle ordinanze di necessità e urgenza, con la conseguenza che il loro fondamento va cercato nel quadro normativo delineato dai decreti legge, significativamente diverso dall'impostazione del codice della protezione civile (Cfr. A. CARDONE, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del Governo: le fonti del diritto alla prova del COVID-19*, in *La legislazione penale*, disponibile all'indirizzo www.la-legislazione-penale.eu, 18 maggio 2020; G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *L'emergenza Coronavirus tra Stato e Regioni: alla ricerca della leale collaborazione* cit., 185 ss.; per la tesi della doppia legittimazione dei dPCM, decreti legge e codice della protezione civile, cfr. invece B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 6, 2020, vii; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, disponibile all'indirizzo www.rivistaaic.it, 2, 2020, 123 s.).

⁴³ Sentt. 274/2010; 278/2010; 275/2011. Sul criterio sostanziale cfr. G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Zanichelli, Bologna, 1998, 22 s. In base al contenuto i dPCM possono recare norme giuridiche, e dunque sostanzarsi in regolamenti, oppure rientrare nell'ambito degli atti amministrativi (cfr. cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Dopo la legge* cit., 37).

⁴⁴ G. DI COSIMO, *Tra decreti e decreti: l'importanza di usare lo strumento giusto*, in *laCostituzione.info*, disponibile all'indirizzo www.lacostituzione.info, 22 aprile 2020; *contra* M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*, disponibile all'indirizzo www.federalismi.it, 18 marzo, 2020, 4 s.; A. LAURO, *Urgenza e legalità ai tempi del CoViD-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità*, in *BioLaw Journal*, disponibile all'indirizzo www.rivista.biodiritto.org, 1, 2020, 149; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza* cit., 121, secondo il quale si tratta di atti normativi di natura non regolamentare. Secondo un'altra lettura si tratta di regolamenti "indipendenti" atipici in quanto tale illegittimi; la conclusione non pare condivisibile, dato che, come dico nel testo, occorre piuttosto valutare la legittimità delle singole misure (A. GUSMAI, *Lo «stato d'emergenza» ai tempi del Covid-19: una possibile fonte di risarcimento del danno?*, in *dirittifondamentali.it*, disponibile all'indirizzo www.dirittifondamentali.it, 25 marzo 2020, 7).

Comunque sia, ai fini del nostro discorso basterà rilevare che adottando l'interpretazione che nega natura normativa alle ordinanze, e quindi ai decreti del Presidente del Consiglio adottati durante l'emergenza che a quelle vengono assimilati, si rientra nel caso, prima prospettato, nel quale l'intervento di un atto sub-legislativo è precluso dalla riserva di legge dell'art. 25 Cost.

Se invece si preferisce la tesi che attribuisce natura regolamentare ai decreti, apparentemente si apre un varco, dato che la riserva di legge dell'art. 25 secondo comma Cost. tollera l'intervento di fonti secondarie per integrare la previsione di livello primario con mere specificazioni relative al precetto⁴⁵. E tuttavia, nel nostro caso il varco si richiude subito, perché il decreto del Presidente del Consiglio non si limita all'integrazione del decreto legge, ma si sostituisce ad esso nell'indicare il fatto oggetto di sanzione penale⁴⁶.

8. Epilogo

La vicenda degli spostamenti infra-comunali mette in evidenza due problemi di fondo che si sono manifestati in corrispondenza del drammatico passaggio fra l'8 e il 9 marzo quando è cresciuto d'intensità l'allarme per il diffondersi dell'epidemia. Da un lato, la non corrispondenza della misura rispetto alle previsioni del decreto legge che ne costituisce la base legale. Dall'altro, l'estensione della misura a tutto il territorio nazionale, senza tener conto che il suo significato cambia profondamente se applicata su base nazionale piuttosto che limitatamente alle "zone rosse"⁴⁷. Entrambi i problemi sono una conseguenza della scelta dello strumento normativo, che avrebbe dovuto essere il decreto legge piuttosto che il decreto del Presidente del Consiglio⁴⁸.

⁴⁵ La giurisprudenza costituzionale ha ammesso l'integrazione del precetto penale con fonti secondarie (per profili tecnici o qualora la fonte primaria definisca puntualmente il precetto), ma ha censurato le ipotesi in cui l'integrazione ha per oggetto la pena (cfr. I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, FrancoAngeli, Milano, 2015, 108).

⁴⁶ Il «principio di legalità in materia penale è soddisfatto, sotto il profilo della riserva di legge (art. 25, secondo comma, Cost.) allorché la legge determina con sufficiente specificazione il fatto cui è riferita la sanzione penale. In corrispondenza della ratio garantista della riserva, è infatti necessario che la legge consenta di distinguere tra la sfera del lecito e quella dell'illecito, fornendo a tal fine un'indicazione normativa sufficiente ad orientare la condotta dei consociati» (sent. 282/1990).

⁴⁷ F. FILICE e G.M. LOCATI, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione giustizia*, consultabile all'indirizzo www.questionegiustizia.it, 27 marzo 2020, 16.

⁴⁸ M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo cit.*, 11. L'intero impianto del d.l. 6/2020 è pensato per un'applicazione al livello locale, nell'ambito delle "zone rosse", ivi compreso l'art. 2 che consente l'adozione di ulteriori misure, sicché l'estensione a livello nazionale avrebbe dovuto essere decisa da una fonte primaria (cfr. G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione dei diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare cit.*).

A ogni modo, tali problemi sono stati infine superati per effetto degli svolgimenti successivi. Nella seconda catena normativa fra il decreto legge (19/2020 che abroga il d.l. 6/2020 e sostituisce la sanzione penale con una sanzione amministrativa) e il decreto del Presidente del Consiglio (del 10 aprile che abroga i precedenti dell'8 e 9 marzo), il divieto di muoversi all'interno del comune è, più correttamente, previsto dalla fonte primaria sotto forma di «limitazione alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza».