

1. Premessa

- a. Questo scritto offre una valutazione di eventuali motivi di impugnazione di sanzioni che, in attuazione dei limiti alla libertà di circolazione imposti nel periodo delle ‘festività natalizie’, possono essere irrogate in alcuni casi concreti in cui siano contestate violazioni dei limiti a chi si sposta per esigenze personali o familiari.
- b. Il presente scritto interviene in successione e a integrazione di quello predisposto in relazione alle misure disposte con decreto-legge del 2 dicembre 2020, n. 158, e del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (“*DPCM*”) del 3 dicembre 2020, essendosi queste avvicinate con quelle del decreto-legge del 18 dicembre 2020.
- c. Lo scritto si colloca nell’ambito dell’attività dell’Osservatorio Permanente di Legalità Costituzionale istituito in seno al Comitato Rodotà-Generazioni Future, tesa a definire e individuare (in uno spirito *construens*) forme di governo ordinario della pandemia, costituzionalmente orientato. (Si veda sul punto l’ultima parte di questo scritto.)
- d. Tenuto conto del tono prevalente del discorso pubblico sulla pandemia, ci pare opportuno fare una precisazione iniziale. Non è intenzione dell’Osservatorio (né degli autori di questo scritto) minimizzare in alcun modo i rischi epidemiologico-sanitari derivanti e connessi alla pandemia in corso, né tanto meno ignorare il delicato, gravoso compito del Governo di contrastarli e operare un difficile bilanciamento degli interessi e delle libertà costituzionali in gioco. Eppure non possiamo esimerci, da studiosi e cittadini, dal rilevare che: (i) sul piano della *policy*, è stata operata con le recenti misure una chiara scelta in favore dei consumi (incentivati anche a costo di conseguenti assembramenti) a scapito di scuola, cultura, sport, salute mentale e valori/esigenze della famiglia; (ii) sul piano della comunicazione, si è privilegiata l’enfasi ripetitiva di ciò che la popolazione è tenuta a *non fare* rispetto alla divulgazione di ciò che il Governo ha in programma di *fare* (ad es., sul piano del potenziamento delle strutture sanitarie, della medicina territoriale, del tracciamento dei contatti, della raccolta e analisi dei dati, etc.) e delle evidenze e dei pareri tecnico-scientifici assunti alla base delle misure restrittive; e (iii) sul piano giuridico (formale e sostanziale), è stato recato un *vulnus* al tessuto costituzionale introducendo forme di governo straordinario della pandemia, esogene alla nostra forma di stato, in violazione di riserve di legge e principio di legalità sostanziale, e incidendo su diritti e libertà fondamentali senza il necessario rispetto dei principi di adeguatezza, ragionevolezza e proporzionalità, generando in tal modo precedenti potenzialmente invocabili da futuri governi di ispirazione autoritaria (si pensi anche solo al fatto che i limiti alla libertà di circolazione *ex art. 16 Cost.* possono essere stabiliti anche per motivi di “sicurezza”).
- e. In questo contesto, ci è parso che abbia un valore segnalare le incongruenze, i vizi, i potenziali profili di illegittimità, da cui riteniamo siano affette le nuove restrizioni della libertà di circolazione, a chi, dopo avere adottato tutte le precauzioni più rigorose (mascherina, distanziamento, sanificazione, lavaggio mani, confinamento), si debba “spostare” (esercitando una libertà costituzionale) con modalità tali da non mettere a repentaglio il bene giuridico tutelato (la salute pubblica) in contrario, e non

- desideri sentirsi additato come responsabile di conseguenze negative in capo ad altri senza che sia dato ravvisare alcun nesso eziologico con la propria condotta.
- f. Di seguito esamineremo la ‘formazione progressiva’ delle nuove misure restrittive (di per sé di dubbia legittimità costituzionale) e i casi considerati in cui si potrebbe ritenere l’inapplicabilità delle relative sanzioni.
 - g. Sempre sul piano delle doverose premesse, è bene sottolineare che le considerazioni di seguito esposte non si atteggiano a parere legale per specifiche situazioni di merito, e che lo spazio per eventuali impugnazioni di sanzioni potrebbe essersi ristretto, rispetto alla nostra precedente pubblicazione, con l’adozione del decreto-legge 18 dicembre 2020, n. 172 (che, a differenza del precedente, le prevede espressamente).

2. Le misure restrittive del dicembre 2020

- a. Il decreto-legge 2 dicembre 2020, n. 158 (“DL 158”), richiamati l’art. 16 Cost. e i precedenti decreti-legge recanti misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19, ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di adottare “*adeguate e proporzionate misure di contrasto e contenimento alla diffusione*” del virus alla data del DL 158 (2 dicembre 2020):
 - i. vieta, nell’ambito dell’*intero* territorio nazionale, *ogni spostamento* in entrata o uscita tra Regioni dal 21 dicembre 2020 al 6 gennaio 2021 e, nelle giornate del 25-26 dicembre e 1° gennaio, *ogni spostamento* tra Comuni, salvo quelli motivati da (a) comprovate esigenze lavorative, (b) “situazioni di necessità”, (c) motivi di salute o (d) rientro al proprio domicilio, residenza o abitazione (ma “con esclusione degli spostamenti verso le seconde case” in altra Regione o, nelle predette giornate, in altro Comune);
 - ii. proroga da 30 a 50 giorni il periodo di efficacia dei DPCM che possono essere emanati ai sensi del decreto-legge 25 marzo 2020 n. 19 (“DL 19”) in relazione a misure di contenimento della diffusione del virus da COVID-19;
 - iii. dispone che i DPCM possano prevedere, per il periodo 21 dicembre 2020-6 gennaio 2021, specifiche misure rientranti nell’art. 1, co.2, DL 19 “*anche indipendentemente dalla classificazione in livelli di rischio e di scenario*”;
 - iv. non dispone alcuna limitazione all’entrata o uscita dal territorio nazionale di cittadini italiani (la cui libertà in tal senso è sancita dall’art. 16, co.2, Cost., oltre che, in ambito comunitario, dal principio fondativo nello stesso senso);
e
 - v. non dispone alcuna sanzione per le eventuali violazioni dei predetti divieti.
- b. Non sono certi i tempi né le modalità con cui il DL 158 è stato presentato alle Camere per la conversione in legge ai sensi dell’art. 77, co. 2, Cost. Da fonti di stampa risulta anzi che sarebbe inverosimile, allo stato, una conversione in legge prima del termine del periodo considerato dai divieti di cui al DL 158.
- c. Il DPCM del 3 dicembre 2020 (“DPCM 3 dicembre”), richiamati il DL 158, i precedenti decreti-legge (tra cui il DL 19), i decreti del Ministro della Salute e “*il verbale n. 133 della seduta del 3 dicembre 2020 del Comitato tecnico-scientifico*” (di cui però non riporta i contenuti):
 - i. riproduce i divieti di spostamento sull’*intero* territorio nazionale del DL 158;
 - ii. reitera le *ulteriori* misure di contenimento del contagio su *alcune* aree del territorio nazionale caratterizzate da uno scenario di elevata o massima

- gravità (e.g. Regioni ‘arancioni’ o rosse) già previste da DPCM in precedenza;
- iii. dispone limitazioni agli spostamenti “*da e per l’estero*” (non previste dal DL 158), con alcune modifiche *in peius* rispetto alle limitazioni disposte da DPCM in precedenza;
 - iv. reitera le misure di contenimento del virus prescritte da DPCM in precedenza, quali l’obbligo di mascherina (con alcune eccezioni), la sospensione o restrizione di alcune attività commerciali, culturali, ludiche e sportive, etc.;
 - v. reitera le disposizioni sulla didattica a distanza nelle scuole superiori di cui ai precedenti DPCM, salvo prevedere il 75% delle lezioni in presenza a partire dal 7 gennaio; e
 - vi. non dispone né richiama alcuna sanzione per le eventuali violazioni dei nuovi divieti (alla cui esecuzione e monitoraggio delega i Prefetti competenti).
- d. La circolare del Ministero dell’Interno del 5 dicembre 2020 (“**Circolare Viminale**”), oltre a contenere una serie di altre “indicazioni” -anche a pretesi fini di chiarimento- sul DL 158 e sul DPCM 3 dicembre:
- i. “evidenzia che *tra le situazioni di necessità*, per le quali resta fermo l’uso del modulo di autodichiarazione, può farsi rientrare, *a mero titolo di esempio*, l’esigenza di raggiungere parenti, ovvero amici, *non autosufficienti*, allo scopo di prestare ad essi assistenza”;
 - ii. rilevale “*modifiche apportate alla regolamentazione degli ingressi in Italia dall’estero*”, tra cui l’obbligo di quarantena “*comunque*” applicabile, anche in caso di attestazione di tampone negativo, per chi sia stato all’estero (anche in Paesi comunitari) nel periodo 21 dicembre-6 gennaio (salvo che per i motivi elencati): pertanto, “*saranno ugualmente soggetti a quarantena*”, ad esempio, “*i cittadini che, recatisi in Francia per turismo, rientrino nel territorio nazionale per raggiungere la propria residenza*”, anche se usciti prima del 21 dicembre o rientrati dopo il 6 gennaio e in possesso di test negativo; e
 - iii. non contiene alcuna “indicazione” sulle sanzioni applicabili all’inosservanza dei divieti e prescrizioni imposte dal DL 158 e dal DPCM 3 dicembre.
- e. La circolare del Ministero dell’Interno del 7 dicembre 2020 (“**Circolare Viminale 2**”), intervenendo sull’“asserita mancanza” sollevata da taluni di sanzioni per inosservanza dei divieti di spostamento, osserva che “*la norma cardine del sistema regolatorio delle misure di contenimento del virus*” è “*l’art. 1*” del DL 19, “*richiamata dall’art. 1, comma 3*” del DL 158, in attuazione della quale (e dell’art. 2 DL 19) il DPCM 3 dicembre ha previsto le misure. Pertanto, ad avviso del Ministero, alle violazioni di tali misure “*si applicano le sanzioni previste dall’articolo 4*” del DL 19 di marzo 2020, ovvero le sanzioni amministrative pecuniarie da €400 a €1000 (e, per quanto riguarda la violazione dell’obbligo di quarantena, la sanzione penale di cui all’art. 260 TULS come modificato).
- f. Il DL 19 (come convertito con legge 22 maggio 2020 n. 35), a sua volta, prevede che:
- i. le misure ivi elencate (tra cui le limitazioni alla libertà di circolazione) possono essere adottate “*su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, **occorrendo**, sulla totalità di esso*” (art. 1, co. 1), per contrastare il rischio sanitario da diffusione del virus “*secondo principi di ragionevolezza*

eproporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso”;

- ii. la violazione delle misure che limitano la circolazione può giustificarsi, oltre che con le eccezioni di cui al DL 158, per *“altre specifiche ragioni”*;
 - iii. le misure sono adottate con DPCM sentito, *“per le valutazioni di ragionevolezza e proporzionalità”*, il Comitato tecnico-scientifico (art. 2, co.1);
 - iv. il mancato rispetto delle misure, salvo che il fatto costituisca reato, è punito con la sanzione amministrativa da €400 a €1000 (aumentata fino a un terzo se la violazione avviene con l'utilizzo di un veicolo): art. 4, co. 1. L'accertamento si effettua in base alla legge 24 novembre 1981, n. 689 (**“L. 689”**), e le sanzioni sono irrogate dal Prefetto (art. 4, co. 3). Per quanto riguarda la violazione dell'obbligo di quarantena, si applica la sanzione penale dell'arresto di tre mesi, di cui all'art. 260 TULS come modificato.
- g. La L. 689 prevede, all'art. 1, che le sanzioni amministrative si possano solo disporre con legge, e che le leggi che prevedono sanzioni amministrative *“si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati”*.
- h. Da ultimo, il decreto-legge 18 dicembre 2020, n. 172 (“DL 172”), richiamati l'art. 16 Cost., il DL 19 e il DL 158, ritenuta *“la straordinaria necessità e urgenza di integrare il quadro delle vigenti misure di contenimento alla diffusione del predetto virus in occasione delle festività natalizie e di inizio anno nuovo, adottando adeguate e immediate misure di prevenzione e contrasto all'aggravamento dell'emergenza epidemiologica”*,
- i. dispone al comma 1 che, *“fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 2”*, del DL 158 (ovvero il divieto di spostamento tra Regioni dal 21 dicembre al 6 gennaio e, nei giorni 25-26 dicembre e 1° gennaio, anche tra Comuni, salvo quelli motivati come sopra):
 1. nei giorni festivi e prefestivi compresi tra il 24 dicembre e il 6 gennaio (cioè nei giorni 24, 25, 26, 27 e 31 dicembre e 1, 2, 3, 5 e 6 gennaio) *“si applicano le misure di cui all'articolo 3”* del DPCM 3 dicembre (quelle corrispondenti a scenari di massima gravità, connotati dai divieti pregnanti delle zone rosse);
 2. diversamente, nei residui giorni del 28, 29 e 30 dicembre e 4 gennaio, si fa applicazione delle misure *“di cui all'articolo 2”* del DPCM 3 dicembre, ovvero quelle previste per scenari a rischio intermedio (zone arancioni);
 3. in quest'ultima finestra temporale, in deroga al regime ordinario dei divieti, sono consentiti anche gli spostamenti *“dai comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti”* e per una distanza non superiore a 30 chilometri dai relativi confini, con esclusione in ogni caso degli spostamenti verso i capoluoghi di provincia;
 4. durante l'intero periodo tra il 24 dicembre 2020 e il 6 gennaio 2021 è altresì *“consentito lo spostamento verso una sola abitazione privata, ubicata nella medesima regione, una sola volta al giorno, in un arco temporale compreso fra le ore 05:00 e le ore 22:00, e nei limiti massimi di due persone, ulteriori rispetto a quelle ivi già conviventi,*

oltre ai minori di anni 14 sui quali tali persone esercitino la potestà genitoriale e alle persone disabili o non autosufficienti conviventi”;

- ii.* stabilisce al comma 2 che “[d]urante l’intero periodo di cui al comma 1” (che parrebbe essere il periodo 24 dicembre-6 gennaio) “restano ferme, per quanto non previsto nel presente decreto, le misure adottate” con DPCM 3 dicembre (in verità adottate, quanto ai divieti di spostamento, rispetto al -più lungo- periodo 21 dicembre-6 gennaio e, quanto alle altre misure, rispetto al periodo ancora più lungo 3 dicembre-15 gennaio); e
 - iii.* prevede al comma 3 che la violazione delle “disposizioni del presente decreto” e di quelle del DL 158 “è sanzionata ai sensi dell’art. 4” del DL 19 (sulle quali, v. sopra).
- i.* Per comprendere quali siano le “misure” adottate dal DL 172 nei giorni 24, 25, 26, 27 e 31 dicembre 2020 e 1, 2, 3, 5 e 6 gennaio 2021, occorre dunque guardare al contenuto dell’articolo 3 (“*scenario di massima gravità*”) del DPCM 3 dicembre. Tuttavia, l’articolo 3, ai commi 1-3, prevede che le misure siano adottate in funzione dell’andamento del rischio epidemiologico, secondo quanto stabilito dal documento di “Prevenzione e risposta a COVID-19”, e mediante verifica dei relativi presupposti che giustifichino l’adozione delle misure più rigorose. Nulla di tutto questo sembra desumersi dal DL 172, che assegna all’intero territorio nazionale la qualifica di zona rossa senza alcuna verifica dei presupposti legati all’andamento del rischio epidemiologico. È solo al comma 4 del citato articolo 3 che vengono elencate le “misure”, ossia (per quanto qui interessa) il divieto di spostamento e per “*i territori di cui al comma 1*” (ovvero quelli per cui è certificato lo scenario di massima gravità) e “*all’interno dei medesimi territori*” (dunque all’interno di ogni Comune).
- j.* A loro volta, le “misure” adottate dal DL 172 nei giorni 28-30 dicembre e 4 gennaio sono, *per relationem*, quelle dell’articolo 2 (“*scenario di elevata gravità*”) del DPCM 3 dicembre. Anche in questo caso, l’articolo 2, ai commi 1-3, prevede che esse siano adottate in funzione dell’andamento del rischio epidemiologico, secondo quanto stabilito dal documento di “Prevenzione e risposta a COVID-19”, e mediante verifica dei relativi presupposti che giustifichino l’adozione delle misure meno rigorose di quelle delle Regioni rosse. Nulla di ciò è dato rinvenirsi nella preparazione del DL 172, che dunque pare avere omesso qualsivoglia valutazione scientifica rispetto all’assunto che, ad esempio, il 4 gennaio si verificherà in Italia uno scenario di gravità inferiore al 3 gennaio e al 5 gennaio. Anche in questo caso è al comma 4 che si elencano le “misure”, ossia (per quanto qui interessa) il divieto di spostamento e per “*i territori di cui al comma 1*” (per cui è certificato lo scenario di elevata gravità) e “*in un comune diverso da quello di residenza, domicilio o abitazione*”.
- k.* Da quanto sin qui evidenziato sembra evincersi che: (*i*) nei giorni 21-23 dicembre si intenda vietare gli spostamenti tra Regioni (indipendentemente dal rispettivo scenario di gravità) ai sensi del DL 158, (*ii*) nei giorni 24-27 e 31 dicembre, 1-3 e 5-6 gennaio, si intenda vietare ogni mobilità (anche all’interno del Comune di residenza), con divieto di fatto di allontanamento dal proprio domicilio e dunque limitazione della libertà personale (non solo di circolazione), (*iii*) nei giorni 28-30 dicembre e 4 gennaio si intenda consentire la mobilità all’interno del Comune di

residenza con divieto di ogni altro movimento; ma(iv) con una facoltà di agire in deroga ai divieti, utilizzabile “*una sola volta al giorno*” per l’intero periodo 24 dicembre-6 gennaio, per spostarsi verso un’abitazione privata “*nella medesima regione*” tra le 5 e le 22 in due adulti più minori, disabili e non-autosufficienti (rispetto a cui non è chiaro come si preveda di ‘registrare’ l’eventuale esercizio quotidiano della facoltà).

- I. Il DL 172 non prevede espressamente esenzioni dai divieti di spostamento che escludano le relative sanzioni, ma (come chiarito dalle FAQ del Governo) si applicheranno quelle (anzidette) di cui al DL 19, al DL 158 e al DPCM 3 dicembre.

3. Alcune fattispecie-tipo di “violazione” delle nuove misure restrittive

Prendiamo in considerazione, a titolo esemplificativo, alcuni casi di potenziale “violazione” dei divieti di spostamento e delle altre misure restrittive introdotte dalle norme di dicembre:

- a. residente a Milano parte il 23 dicembre per visitare i propri genitori anziani e malati in Friuli, in automobile (da solo o con la famiglia convivente). Lo spostamento fuori Regione ricadrebbe nel divieto del DL 158 (non in quelli del DL 172);
- b. giovane vedova si reca il giorno di Natale dalla madre sola (in buona salute) che vive a pochi chilometri, ma in altra Regione. Lo spostamento fuori Regione ricadrebbe tanto nel divieto del DL 158 quanto in quelli del DL 172;
- c. residente a Bologna si reca con famiglia, il 19 dicembre, nella seconda casa in Toscana (“consentito” da entrambi i decreti-legge), per lavoro torna a Bologna (o si reca in altra Regione) il 28 dicembre (“consentito” da entrambi i decreti-legge) e rientra in Toscana dalla famiglia il 30 (con spostamento in apparenza vietato da ambedue i decreti-legge);
- d. cittadino/a italiano/a, per le festività natalizie, raggiunge il proprio partner (compagno, fidanzata, etc.) che vive in altro Paese comunitario, tornando in Italia l’8 gennaio (con test negativo) senza osservare la quarantena (condotta vietata dal DPCM ma non dai decreti-legge);
- e. cittadino/a italiano/a iscritto all’AIRE torna il 23 dicembre in Italia per passare una settimana con i propri genitori e torna il 30 dicembre nel Paese di residenza, senza osservare la quarantena (condotta vietata dal DPCM ma non dai decreti-legge).

In ciascuno di questi casi, la persona in questione viene fermata per un controllo e sanzionata (negli ultimi due casi, con sanzione penale anche per violazione della quarantena).

Nel proseguo articoliamo le ragioni che riteniamo possano farsi valere contro la contestazione di una violazione e l’eventuale irrogazione di una sanzione. Appare opportuno provare a farle valere, in prima battuta, all’atto della contestazione da parte di un agente accertatore incaricato dal Prefetto (e.g. polizia). Una volta effettivamente irrogata la sanzione, si solleveranno con scritto difensivo/ricorso al Prefetto, dapprima, e con opposizione all’ordinanza-ingiunzione, poi, dinanzi al Giudice di Pace.

In estrema sintesi, come si vedrà in dettaglio:

- (i) il DL 158 (a differenza dei decreti-legge precedenti) non dispone alcuna sanzione per l’inosservanza dei divieti con esso imposti (né si possono applicare in via analogica sanzioni previste da precedenti leggi per casi e tempi diversi), né riteniamo

che la sanzione ‘retroattivamente’ disposta dal DL 172 (nella parte in cui le riferisce al precedente DL 158) possa validamente sanare la lacuna: l’irrogazione di una sanzione nel caso **a.**, pertanto (e ancor più nei casi **d.** ed **e.**, neppure ‘coperti’ dai decreti-legge), sarebbe in violazione del principio di legalità e riserva di legge di cui -in particolare- all’art. 1, L. 689 (negli ultimi due casi, anche perché non si può applicare una sanzione penale -per violazione della ‘nuova’ quarantena- in via analogica);

(ii) in base alle circostanze concrete di ciascun caso di specie, potrebbero non ricorrere i presupposti di fatto della violazione, *recte* applicarsi le facoltà di agire in deroga previste dalle norme anzidette (p. es., stato di necessità, motivi di salute, rientro alla propria abitazione);

(iii) le misure sono state emanate senza enunciare -né rendere disponibili- le evidenze scientifiche o le valutazioni del Comitato tecnico-scientifico su cui *in thes*ipoggiano e che, anche in virtù di una recente decisione del TAR Lazio, vanno rese pubbliche;

(iv) le misure non sono sorrette dai principi di ragionevolezza e proporzionalità, pur richiamati dal DL 19, dal DL 158 e dal DPCM 3 dicembre (ma non dal DL 172); e

(v) anche per questo motivo, le misure sono costituzionalmente illegittime ledendo o comprimendo libertà e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, quali le libertà di circolazione, riunione e culto, i diritti al lavoro e alla salute individuale, i diritti della famiglia, senza operare un corretto bilanciamento tra i diritti in gioco.

4. Profili di impugnazione della(eventuale) sanzione

A. Assenza di sanzioni disposte per legge

Motivo di ‘impugnazione’ comune ai casi **a.** (divieto di spostamento tra Regioni nei giorni 21-23 dicembre) e **d./e.** (obbligo di quarantena, anche se testato negativo al Covid-19, per chi è stato all’estero uno o più giorni tra il 21 dicembre e il 6 gennaio)potrebbe essere l’assenza di una previsione legislativa di sanzioni applicabili a detti casi, in contrasto con l’art. 1 L. 689. Infatti:

(i) il DL 158 non prevede alcuna sanzione e non fa alcun riferimento all’art. 4 DL 19 (che prevedeva sanzioni per le violazioni di misure adottate con DPCM);

(ii) tanto la linea interpretativa della Circolare Viminale 2 (secondo cui il riferimento del DL 158 agli artt. 1-2 del DL 19 comporterebbe l’applicazione delle sanzioni di cui all’art. 4 DL 19), quanto la previsione del DL 172 che applica le sanzioni del DL 19 ai divieti del DL 158,paiono aggirare di fatto il principio di legalità e di riserva di legge. Infatti:

(a) il DL 19 faceva riferimento allo stato di emergenza dichiarato in allora sino al 31 luglio 2020 (dunque le sue sanzioni, conformemente all’art. 1 L. 689, si applicano soltanto “*per i tempi considerati*” dalle leggi che le dispongono);

(b) il DL 19 prevedeva che le misure potessero adottarsi con DPCM “*secondo principi di ragionevolezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente*”

sul territorio coinvolto, e questi non sembrano enunciati nel DPCM 3 dicembre, nel DL 158 o nel DL 172 con riferimento al rischio effettivo sull'intero territorio nazionale-rispetto a specifiche porzioni- nel periodo in questione;

(c) il DL 19 prevedeva, come eccezioni ai divieti di circolazione, non solo i motivi di cui al DL 158 (comprovate esigenze lavorative, etc.) ma anche "*altre specifiche ragioni*" (con formulazione assai elastica del parametro normativo) -non si vede peraltro perché il DL 19 si applichi analogicamente al DL 158 solo per l'apparato sanzionatorio e non per le esimenti ivi previste.

(d) In altri termini, le sanzioni amministrative disposte per legge (ad es., dal DL 19 e nel DL 172) si applicano, in virtù dell'art. 1 L. 689, "*soltanto nei casi...in esse considerati*". Non a caso,

(e) i decreti-legge precedenti e successivi al DL 158 sono tutti correttamente muniti di apparato sanzionatorio: così, tanto il DL 19 quanto il decreto-legge 16 maggio 2020 n. 33 ("**DL 33**") e il DL 172. Non così il DL 158;

(f) se -come sostiene il Viminale- il fondamento legislativo delle sanzioni (e dei divieti che le giustificano) fosse da rinvenire nel DL 19, non ci sarebbe stato bisogno del DL 158 per emanare il DPCM 3 dicembre (che avrebbe potuto fare leva direttamente sul DL 19). Se il Governo ha sentito il bisogno di approvare il DL 158 è perché ha inteso derogare alla disciplina precedente;

(g) le sanzioni previste dai decreti-legge precedenti non si possono applicare in via analogica perché le sanzioni devono trovare nella legge il proprio esplicito fondamento;

(h) tanto più se si considera la natura sanzionatoria della misura. Infatti, se per stabilire la natura dell'illecito (con eventuale estensione della garanzie previste dagli artt. 6 e 7 CEDU) occorre guardare, oltre che alla qualificazione giuridica dello stesso, al grado di severità e allo scopo (preventivo, afflittivo, repressivo e non meramente risarcitorio) della reazione ordinamentale, non può dubitarsi che una sanzione amministrativa compresa tra un minimo di €400 euro e un massimo di €1.000 (aumentabile fino a un terzo) sia così severa da configurare una vera e propria pena criminale, tant'è che prima del DL 19 le violazioni dei divieti e limiti posti dai DPCM erano sanzionati in base all'art. 650 c.p. (poi sostituito con la sanzione amministrativa) e per di più, il DL 19 prevede la sanzione penale dell'arresto di tre mesi *ex art. 260 TULS* in caso di violazione della quarantena (imposta dal DPCM 3 dicembre a chi ha soggiornato all'estero nel periodo 21 dicembre 2020-6 gennaio 2021, anche se rientra in Italia munito di referto da tampone negativo).

(i) Pertanto, non vi può essere spazio per un'applicazione in via analogica delle sanzioni previste, per i casi e i tempi ivi considerati, da decreti-legge precedenti al DL 158 (anche arg. *ex art. 14 preleggi*). Di più: a prescindere dalla natura, il carattere orientativo dei precetti sanzionatori impone la previsione espressa, precisa e determinata di tutte le conseguenze sanzionatorie e non solo della condotta stigmatizzata -affinché sia garantita la libera autodeterminazione e la sanzione possa, quindi, essere irrogata legittimamente (e in questo senso si è orientata la CEDU, v. caso De Tommaso).

Infine, ma non da ultimo, alla luce dell'esegesi svolta *supra*, le sanzioni di cui al DL 172 (che rinvia a sua volta al DL 19) si applicano ai giorni espressamente indicati dal DL 172. Esse non sembrano, però, trovare legittima applicazione nella parte in cui 'retroagiscono', cercando di sopperire all'omissione contenuta nel DL 158, introducendo sanzioni per i giorni 21-22-23 dicembre di cui a quest'ultimo, esclusi dalla tipizzazione contenuta nel DL 172. Dall'assunto si ricava l'illegittimità di ogni sanzione comminata entro questo intervallo temporale. Per tale terna di giornate restano valide, quindi, le considerazioni svolte *supra* prima dell'avvento del DL 172 cd. *in deroga*, a nulla valendo l'introduzione correttiva, *ex post*, di sanzioni.¹

Il provvedimento che irroga la sanzione nel caso **a.** potrebbe dunque essere viziato per violazione di legge (in particolare, del principio di legalità e riserva di legge di cui all'art. 1, L. 689 e).

Il vizio parrebbe vistoso nei casi **d./e.** della quarantena obbligatoria per cittadini che rientrano in Italia pur provvisti di attestato di tampone negativo, caso neppure contemplato nel DL 158 o dal DL 172. Al riguardo, si veda, *inter alia*, Cass. 11826/2007 che ribadisce che il principio di legalità esclude che una circolare esplicativa di una legge (leggi: un DPCM) possa estendere la sanzione a una condotta non prevista dalla legge medesima.

B. *Assenza dei presupposti di fatto della sanzione: esclusione di responsabilità*

Nelle circostanze concrete del caso di specie, potrebbero ravvisarsi e farsi valere le 'deroghe' dalla misura prevista dalle norme anzidette (nel quadro normativo rilevante) - in altri termini, obiettare che non sussistono i presupposti di fatto della sanzione essendo la condotta contestata *lecita* in base alle stesse norme di cui si pretende l'applicazione.

Come si è detto, le 'deroghe' (o facoltà di agire in deroga ai divieti) previste dal DL 19, dal DL 158 e dal DPCM 3 dicembre (applicabili anche al DL 172) sono: (a) comprovate esigenze lavorative, (b) "situazioni di necessità", (c) motivi di salute o (d) rientro al proprio domicilio, residenza o abitazione.

Viene in rilievo, anzitutto, l'esimente della "situazione di necessità", peraltro già prevista in via generale, per le sanzioni amministrative, dall'art. 4 L. 689 -e che rappresenta in apparenza la latitudine (e incertezza) maggiore.

I chiarimenti del Governo offrono un solo "esempio" di situazione di necessità che giustifichi l'inosservanza dei divieti di circolazione, ossia l'esigenza di raggiungere parenti o amici *non autosufficienti*, allo scopo di prestare ad essi assistenza. Ma ciò non esclude che ve ne possano essere altri, soccorrendo al riguardo l'ampia produzione di casi giurisprudenziali (e spettando al giudice, come confermano le FAQ del Governo,

¹ Sul punto, deve darsi atto di una diversa impostazione dottrinale che ritiene **interamente illegittimo il DL 172/20**, proprio in quanto, intervenendo in deroga a un decreto precedente e ancora vigente, introdurrebbe nell'ordinamento l'ennesimo strumento normativo irrituale, sito al di fuori dei gangli costituzionali. Per questa impostazione sarebbero **investite d'illegittimità tutte le sanzioni -e forse non meno i precetti- contenuti nell'intervenuto DL 172/20** e ciò sul presupposto dei motivi di incostituzionalità già enucleati nello studio contenuto al seguente link: <https://generazionifuture.org/il-governo-giuridico-della-pandemia/>.

interpretare la legge) -per di più considerando il carattere irrealistico dell'esempio offerto (infatti, dato che è difficile che il parente o amico divenga di colpo "non autosufficiente" nel periodo 21 dicembre-6 gennaio, questo avrà di norma un'assistenza permanente). Del resto, la Circolare Viminale o le FAQ del Governo, con valore meramente interno, non sono atte a produrre effetti verso terzi (benché da taluni si sostenga che possano fornire validi parametri integrativi del precetto).

Tra gli esempi da noi fatti *supra* (che intendono solo essere di ausilio a indicazioni generali, senza cadere involontariamente nella tentazione di individuare le più disparate situazioni), consideriamo ora:

- il caso **a.** (residente a Milano che va dai genitori anziani e malati in Friuli, in automobile, da solo o con la famiglia convivente) e
- il caso **b.** (giovane vedova che si reca dalla madre sola, in buona salute, che vive a pochi chilometri ma in Regione diversa).

Ora:

- La coppia di genitori anziani potrebbe essere composta da un novantenne con problemi di deterioramento cognitivo e dalla moglie ultraottantenne che di norma lo assiste ma è attualmente costretta a letto o altrimenti limitata nei movimenti da frattura, o artrite, etc. Pare difficile non assimilarlo all'esempio di "situazione di necessità" della Circolare Viminale (il padre potrebbe uscire e perdersi, senza che la madre possa impedirglielo), sebbene possa non collimare con l'assoluta (e certificata) "non autosufficienza".
- Diverso è il caso di un genitore che, benché solo e anziano, goda di buona salute. In tali casi il danno grave che si intende evitare va riscontrato in altro (si veda quanto si dirà *infra* in tema di diritti della personalità o della salute psicofisica -considerando proprio il rischio sanitario da COVID-19 associato con i contatti fuori della propria dimora, 'consentiti' in gran parte d'Italia e inevitabili se si vive da soli). Peraltro, il caso in questione è ora sanzionato espressamente, dal DL 172, trovandosi il genitore in altra Regione nei giorni coperti dal DL 172 -ciò accrescendo il rischio di sanzione non facilmente impugnabile.

La giurisprudenza in tema di sanzioni amministrative (utilizzando criteri di matrice penalistica) appare restrittiva nell'applicare l'esimente dello stato di necessità, ritenendo che presupponga "la sussistenza di un'effettiva situazione di pericolo imminente di un grave danno alla persona, non altrimenti evitabile, ovvero l'erronea convinzione, provocata da concrete circostanze oggettive, di trovarsi in tale situazione" (Cass. Civ. sez. VI, 17 giugno 2019, n. 16155: nella specie, la Suprema Corte confermava la sentenza di merito che aveva negato la sussistenza dello stato di necessità invocato sulla base del mero convincimento soggettivo da parte del "trasgressore" che la madre versasse in condizioni di pericolo).

Tuttavia, la giurisprudenza in materia si è sviluppata in relazione a condotte che rientrano nella sfera dell'*illecito* (con previsione espressa, precisa e determinata di tutte le conseguenze sanzionatorie oltre che della condotta illecita), mentre nella vicenda che ci occupa si tratta di condotte che, se non fosse per lo 'stato di eccezione' (la cui impostazione normativa è peraltro di dubbia costituzionalità, come si dirà), rientrerebbero (così come

rientravano e rientreranno) nella sfera del *lecito* (anzi, in quella delle libertà costituzionali). Ed è evidente che non si può porre sullo stesso piano chi corre a 140 km/h dove il limite è di 70 km/h con chi si sta recando a Natale, nel rispetto di ogni precauzione, dalla propria madre anziana.

Appare dunque opportuno dare corso a un'interpretazione evolutiva dello 'stato di necessità' che tenga conto delle peculiarità della vicenda attuale, della temporaneità della qualificazione illecita di comportamenti ordinari (espressione di libertà costituzionali) e della compresenza dell'esimente dei "motivi di salute", per ricomprendervi situazioni che, seppure non previste come "esempio" dalla Circolare Viminale o dalle FAQ del Governo, possono dirsi necessitate, come -per citarne solo alcune- prestare assistenza a una donna con gravidanza problematica, a un uomo con problemi psichiatrici, a un genitore anziano la cui salute psicofisica è a rischio per via dell'isolamento, o anche solo al partner di una relazione a distanza che ha sofferto per la carenza affettiva.

Va ricordato che già secondo la Suprema Corte, ai fini dell'esimente dello stato di necessità, il danno grave alla persona non è solo quello alla vita e all'integrità fisica "*ma anche quello minacciato ai beni attinenti alla personalità (onore, pudore, libertà)*" (pur aggiungendo che il pericolo che costringe a violare la legge viene a mancare se con altri mezzi si può ottenere quanto è indispensabile per evitare il danno): Cass. pen. Sez. III, 16 maggio 2014, n. 20425. Le corti valutano anche il bilanciamento degli interessi in gioco: da un lato, il danno grave alla persona e, dall'altro, il rischio per l'incolumità di terzi (Cass. civ. Sez. VI, 24 settembre 2014, n. 20121). Al riguardo, se chi si pone in viaggio tra le Regioni nel periodo 21-23 dicembre 2020 (o si sposta tra Comuni nel periodo 24 dicembre-6 gennaio) è provvisto di un referto negativo al tampone effettuato nelle 24 ore precedenti, pare difficile riscontrare un rischio per l'incolumità di terzi (ancor meno se la Regione di destinazione ha un tasso di occupazione delle strutture sanitarie inferiore alla Regione di provenienza) -né un nesso con il bene giuridico tutelato dalle misure (ovvero la protezione della salute pubblica).

La stessa Suprema Corte ha riconosciuto, in relazione all'elemento psicologico dell'illecito amministrativo (art. 3, L. 689), che può essere invocata la buona fede come causa di esclusione della responsabilità amministrativa quando sussistano elementi positivi idonei a ingenerare nell'autore della violazione il convincimento della liceità della sua condotta e risulti che abbia fatto tutto quanto possibile per conformarsi ai precetti di legge (Cass. 13610/2007).

Veniamo ora a un altro esempio:

- il caso esposto *sub c.* sopra (padre che porta la famiglia in seconda casa fuori Regione prima del 'blocco', rientra in città -o va in altra Regione- durante il 'blocco' per lavoro, per poi tornare dalla famiglia) viene sostanzialmente trattato dalle FAQ del Governo con la seguente risposta: il padre di famiglia non può tornare dalla famiglia fuori Regione, deve restare da solo in città (o nell'altra Regione in cui si è spostato per lavoro).
- Eppure, tralasciando l'inutile sadismo della risposta, lo stesso elenco di 'deroghe' previsto nelle norme ben potrebbe portare a una soluzione diversa: infatti, il DL 158 vieta "*ogni spostamento in entrata o uscita tra Regioni dal 21 dicembre 2020 al 6 gennaio 2021, salvo quelli motivati da comprovate esigenze lavorative ... o ... rientro al proprio domicilio, residenza o abitazione*". Dunque, lo spostamento per lavoro dovrebbe

consentire tanto l'entrata quanto l'uscita da una Regione (altrimenti, anche nella vigenza del precedente DPCM le esigenze lavorative avrebbero consentito lo spostamento verso una sola Regione, rimanendovi poi bloccato -ma chi si sposta per lavoro si sposta anche *dal* lavoro).

- Non solo: è comunque consentito il rientro al proprio domicilio (sede principale dei propri affari *ex art. 43, co. 1, c.c.*), residenza (dimora abituale *ex art. 43, co. 2, c.c.*) o abitazione. L'ultima nozione non è precisata (e il DL 19 parlava di "residenza, domicilio o dimora") ed anzi le FAQ del Governo confermano che il concetto di 'abitazione' non ha una precisa definizione tecnico-giuridica: se fosse di matrice codicistica, *ex art. 1022 c.c.* si tratta del diritto di abitare una casa per i bisogni della propria famiglia. Non si vede perché chi abbia stabilito la famiglia, prima del 21 dicembre (attività lecita), presso una casa che ha il diritto di abitare (ancorché, nella vulgata, 'seconda casa'), e si sposti in altra Regione per lavoro (come altrettanto lecito), non possa rientrare presso quella abitazione. Più che un'interpretazione causidica, ci sembra una lettura costituzionalmente orientata ai diritti della famiglia (art. 29 Cost.), che lo Stato ha il compito di agevolare (art. 31 Cost.), ritenere che la persona nel caso considerato possa avvalersi delle deroghe previste dalle norme. Senza contare che non si comprende quale rischio epidemiologico possa creare lo spostamento di una persona che torna dalla propria famiglia -specie, ancora una volta, se si è munito di referto negativo di un test molecolare o antigenico (e stupisce che non sia prevista questa deroga in tutti i casi di divieti di spostamento).

Infine, ma non da ultimo:

- si consideri il caso **d.** (cittadina italiana che raggiunge il compagno che vive in altro Paese comunitario, tornando in Italia l'8 gennaio) e il caso **e.** (italiano iscritto all'AIRE che torna il 23 dicembre in Italia per passare una settimana con i propri genitori, con volo di rientro nel Paese di residenza il 30 dicembre), esposti *supra*.
- A entrambi i casi, si applica la (nuova) norma dell'art. 8, co. 6, del DPCM 3 dicembre, che stabilisce, alla lettera *a*), l'obbligo di presentare al vettore all'atto dell'imbarco una attestazione di tampone con esito negativo effettuato nelle 48 precedenti e, alla lettera *b*), *l'obbligo di quarantena* (sorveglianza sanitaria e isolamento fiduciario) *per 14 giorni*, nonostante il tampone negativo, (solo) per chi fa ingresso in Italia tra il 21 dicembre 2020 e il 6 gennaio 2021 (obbligo esteso dal comma 7 a chi ha soggiornato o transitato in uno di quei Paesi in una o più date comprese tra il 21 dicembre e il 6 gennaio).
- È evidente l'intento punitivo nei confronti di quegli italiani che hanno in programma di 'spassarsela' all'estero durante le vacanze natalizie. Non a caso, la Circolare Viminale, al riguardo, evidenzia che "*saranno ugualmente soggetti a quarantena*", ad esempio, "*i cittadini che, recatisi in Francia per turismo, rientrino nel territorio nazionale per raggiungere la propria residenza*", anche se usciti prima del 21 dicembre o rientrati dopo il 6 gennaio e in possesso di test negativo.
- E tuttavia gli spostamenti da e verso l'estero non riguardano solo i motivi turistici.
- In ogni caso, la Circolare Viminale sembra ignorare l'insieme delle disposizioni del DPCM 3 dicembre sul punto. Infatti, l'art. 8, commi 6 e 7, impone l'obbligo di quarantena (solo) a chi, in quelle date, faccia ingresso in Italia (o abbia soggiornato in quei Paesi) "*per motivi diversi da quelli indicati all'art. 6, comma 1*".
- Ora, questi sono i motivi indicati dall'art. 6, comma 1, del DPCM 3 dicembre (che dunque appaiono funzionare come deroga all'obbligo di quarantena):

- esigenze lavorative;
 - assoluta urgenza;
 - esigenze di salute;
 - esigenze di studio;
 - rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza;
 - ingresso nel territorio nazionale da parte di cittadini di Stati membri dell'Unione europea, etc.;
 - ingresso nel territorio nazionale da parte di familiari delle persone di cui al punto precedente;
 - ingresso nel territorio nazionale da parte di cittadini di Stati terzi soggiornanti di lungo periodo;
 - ingresso nel territorio nazionale da parte di familiari di detti cittadini di Stati terzi soggiornanti di lungo periodo;
 - ingresso nel territorio nazionale per raggiungere il domicilio, l'abitazione o la residenza di un cittadino comunitario o soggiornante di lungo periodo, anche non convivente, con cui vi sia una comprovata e stabile relazione affettiva.
- Un lungo elenco, che ricomprende di fatto qualunque italiano (o altro comunitario -e non solo). Il percorso circolare (di cui non si è accorta...la Circolare), adottato dal DPCM 3 dicembre, vanifica di fatto l'obbligo di quarantena e sarà sufficiente, per l'italiana di cui al caso d., indicare che sta rientrando al proprio domicilio e, per il residente all'estero di cui al caso e., indicare che sta raggiungendo l'abitazione dei propri genitori, per sottrarsi all'obbligo di quarantena per 14 giorni. Così, almeno, ci appare argomentabile.

In conclusione, si possono individuare ragioni esimenti dal precetto normativo che consentano di evitare la sanzione. Nella condotta degli agenti di p.s., quindi, potrebbe individuarsi un abuso della potestà sanzionatoria, nella parte in cui non può proibirsi quel che è consentito.

Alla luce delle circostanze di fatto (che varieranno da caso a caso), si potrà obiettare che non vi sia una legittima ragione di contestazione, in quanto la condotta era permessa dalle stesse prescrizioni normative imposte per evitare la diffusione del contagio da Covid-19, non potendosi quindi ravvisare altro che la legittima espressione della libertà personale, riconosciuta e garantita dagli artt. 2 e 13 Cost., e di circolazione (art. 16 Cost.).

C. *Assenza di evidenze scientifiche*

Il DPCM 3 dicembre adotta le misure sulla base delle “*valutazioni di ragionevolezza e proporzionalità*” (di cui già all'art. 2, co. 1, DL 19) del “*verbale n. 133 della seduta del 3 dicembre 2020 del Comitato tecnico-scientifico*”. Non ne riporta, però, i contenuti (neanche per stralcio o riferimento sommario).

Quanto al DL 172, non è dato rinvenire alcun riferimento a verbali o pareri del Comitato tecnico-scientifico e, per vero dire, è scomparso pure il riferimento alle “*valutazioni di ragionevolezza e proporzionalità*” di cui all'art. 2, co. 1, DL 19. La “*necessità e urgenza*”, nel DL 172, non è quella di adottare misure “*adeguate e proporzionate*” (come premetteva pure il DL 158) bensì quella di adottare misure “*adeguate e immediate*”.

Non è dato sapere, tra l'altro:

- per quale ragione gli “spostamenti” sono ritenuti più pericolosi per la salute pubblica, ad esempio, degli assembramenti che si creano nei centri commerciali, nei *megastore* o nei mercati (che invece lo stesso DPCM 3 dicembre, all’art. 1, co. 10, lettera *ff*), mantiene aperti nei giorni feriali), in ispecie nel periodo prenatalizio;
- se è lo “spostamento” in sé a essere ritenuto fonte di rischio epidemico (e, se sì, in base a quali evidenze) o è l’incremento del numero dei contatti con famigliari che surrettiziamente si intende evitare con il divieto di spostamento in altra Regione (ma, in tal caso, creando sperequazione con le famiglie che vivono nella stessa Regione);
- se è invece la pressione sulle strutture sanitarie (che può aumentare con l’influsso extra-regionale) a essere obiettivo della tutela rafforzata nelle date in questione ad opera del DL 158, del DL 172 e del DPCM 3 dicembre (ma, in tal caso, non si comprende perché non siano state differenziate le Regioni in funzione della relativa previsione di tenuta del sistema sanitario in quei giorni); e
- per quale ragione non siano state previste eccezioni ai divieti di spostamento (quali, ad esempio, il caso in cui chi viaggia sia provvisto di referto negativo a un test effettuato nelle 24-48 ore precedenti, o si sposti da solo in automobile, o percorra una breve distanza tra province confinanti parte di Regioni diverse), pur previste -invece- (“*per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto*”: art. 1, co. 1, DPCM 3 dicembre) per altre misure quali l’obbligo di mascherina.

L’unica ‘spiegazione’ proveniente da fonti governative mediante dichiarazioni alla stampa è che si è voluto evitare di ricreare la “situazione” che si sarebbe verificata con gli spostamenti agostani che sarebbero alla radice della “seconda ondata” di diffusione del virus. Ma anche in questo caso mancano le evidenze epidemiologiche che dimostrino il nesso eziologico tra gli “spostamenti” di luglio-agosto 2020 e l’incremento dei casi di COVID-19 avvenuto tra ottobre e novembre 2020.

In un’intervista al Corriere della Sera del 21 dicembre 2020, il dr. Fabio Ciciliano, segretario del Comitato tecnico-scientifico, riferisce di un parere di quest’ultimo, inviato al governo il 14 dicembre 2020 (dunque quattro giorni prima del DL 172) con cui il Comitato aveva chiesto di “*implementare misure atte a ridurre situazioni che creino le condizioni per una ripresa della curva epidemica, con particolare riferimento ai contesti a rischio di aggregazione incontrollata, soprattutto nei luoghi chiusi e aperti al pubblico e le loro pertinenze*”. Nessun riferimento, come si vede, agli “spostamenti” tra Comuni o Regioni, o ai contatti con altri famigliari. E soprattutto, nessun parere tecnico che consideri le “aggregazioni” nei megastore o nei centri commerciali (consentite in tutto il periodo prenatalizio) meno pericolose degli “spostamenti” tra Comuni o Regioni -al contrario.

Non sono state dedotte, dunque, né sono altrimenti disponibili, le ‘evidenze scientifiche’ (ove ve ne fossero) su cui dovrebbero poggiare le misure adottate, né le valutazioni degli esperti del Comitato tecnico-scientifico sull’adeguatezza e proporzionalità delle misure stesse ai fini del contenimento del virus SARS-COV-2 e del contrasto alla diffusione del COVID-19.

Al riguardo, l’ordinanza del TAR Lazio del 6 dicembre 2020 ha ordinato alla Presidenza del Consiglio di produrre i verbali delle sedute del Comitato tecnico-scientifico che “*chiariscano le evidenze scientifiche* poste alla base dell’uso della mascherina anche ai

bambini di età ricompresa fra 6 e 11 anni...*basate su specifica istruttoria sulla situazione epidemiologica locale di ciascuna regione...*” (enfasi aggiunta). Il TAR ha anche osservato che dal DPCM impugnato (del 3 novembre 2020) “*non emergono elementi tali da far ritenere che l’amministrazione abbia effettuato un opportuno bilanciamento tra il diritto fondamentale alla salute della collettività e tutti gli altri diritti inviolabili, parimenti riconosciuti e tutelati dalla Costituzione*” (enfasi aggiunta).

Il provvedimento sanzionatorio sarebbe dunque disposto in esecuzione di norme viziate dall’assenza di specifica istruttoria. E sul requisito di proporzionalità, oltre che del corretto bilanciamento tra diritti costituzionali, svolgiamo di seguito ulteriori considerazioni.

D. *Assenza di ragionevolezza e proporzionalità dei divieti di spostamento e delle altre misure adottate*

Il DL 158 ritiene la straordinaria necessità e urgenza di adottare misure “*adeguate e proporzionate*” di contrasto alla diffusione del virus. Analogamente, il DL 19 ha ritenuto che, ai fini di contrastare la diffusione del virus, si dovessero adottare una o più delle misure ivi elencate “*secondo principi di ragionevolezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso*”. Del resto, il principio di proporzionalità -come noto- è immanente al nostro ordinamento, soprattutto in materia sanzionatoria e ormai ritenuto, dalla Corte costituzionale, parametro autonomo e non più necessitato di raffronto col *tertiumcomparationis*.

Tuttavia, le misure adottate con i DL 158 e 172 (e quelle disposte con il DPCM 3 dicembre) non appaiono affatto “*ragionevoli e proporzionate al rischio effettivamente presente*” sull’intero territorio nazionale (risolvendosi il dettato legislativo in una mera declamazione). Infatti, tra l’altro:

- non vi è alcuna determinazione, e neppure una mera enunciazione, di quale sia il “rischio effettivamente presente” sull’intero territorio nazionale che giustifichi (rendendo “ragionevoli e proporzionate”) misure disposte senza differenziare tra livelli di rischio presenti in specifiche parti del territorio;
- né vi è alcuna enunciazione dei criteri che avrebbero presieduto a una valutazione di ragionevolezza e proporzionalità delle misure;
- il precedente DPCM del 3 novembre 2020 introduceva una differenziazione tra livelli di rischio presenti nelle varie Regioni (attraverso la nota colorazione in “rosso”, “arancione” e “giallo”), la permanenza dei cui presupposti è verificata settimanalmente dal Ministro della Salute. Detta differenziazione è ripresa dal DPCM 3 dicembre (artt. 2 e 3). Appare contraddittorio (e comunque non ispirato da principi di ragionevolezza e proporzionalità) estendere a tutte le Regioni, nel periodo 21 dicembre-6 gennaio, le misure imposte (solo) alle Regioni “caratterizzate da uno scenario di elevata gravità e da un livello di rischio alto” dall’art. 2, co. 4, lettera a), del DPCM 3 dicembre, senza un’analoga verifica settimanale “in ragione dell’andamento del rischio epidemiologico certificato dalla Cabina di regia di cui al decreto del Ministro della salute 30 aprile 2020” (art. 2, co. 2) -norme pur richiamate dal DL 172;

- non solo: come è noto, l'andamento del rischio epidemiologico è in decremento e, sin dai giorni precedenti al DL 158 e comunque precedenti al DL 172, lo scenario di gravità e il livello di rischio in alcune Regioni si è ridotto;
- anche la scelta delle date appare irragionevole: se si è ritenuto che vi sia un rischio massimo negli "spostamenti" tra Regioni per le festività natalizie, non si comprende perché il divieto decorra da lunedì 21 dicembre anziché da sabato 19 dicembre (come pure era stato proposto) e termini il mercoledì 6 gennaio anziché domenica 10 gennaio, essendo fattore comune che la maggioranza delle persone inizia(e termina) un periodo di vacanza nel fine settimana, e non essendovi alcuna valutazione di maggior rischio negli spostamenti il 21 dicembre rispetto ai due giorni precedenti. Sembra quasi che il Governo abbia invitato la popolazione a partire nel weekend del 19-20 dicembre, come si è puntualmente verificato con i picchi di prenotazione e i conseguenti, prevedibili assembramenti nelle stazioni, negli aeroporti e sulle strade in quei due giorni (in patente conflitto con l'obiettivo normalmente perseguito di evitarli);
- né pare ragionevole e proporzionato al rischio effettivamente presente imporre un divieto di spostamento tra Regioni e lasciare libertà di circolazione dentro le stesse in alcuni giorni, senza dati statistici ed epidemiologici che evidenzino un grado di rischio maggiore degli spostamenti interregionali rispetto a quelli intraregionali;
- appare poi del tutto arbitrario imporre un obbligo di quarantena a chi faccia rientro dall'estero (anche dopo il 6 gennaio) pur certificato 'Covid-free' da test negativo (e al contempo esonerare tanto dall'obbligo di tampone quanto dall'obbligo di quarantena tutti i funzionari e agenti dell'Unione europea e di altre organizzazioni internazionali, personale diplomatico, militari all'estero e altri soggetti -molte migliaia di persone-considerando che solo la Commissione europea ha annoverato centinaia di casi positivi tra il suo personale: v. art. 8, co. 8, DPCM 3 dicembre).

L'assenza di ragionevolezza e proporzionalità delle misure restrittive adottate con il DL 158, il DPCM 3 dicembre e il DL 172 si pone con particolare evidenza rispetto alla limitazione di diritti costituzionali operata con le medesime misure, con particolare riferimento alle libertà di circolazione (articolo 16), riunione (articolo 17) e culto (articolo 19), ai diritti della famiglia (artt. 29 e 31), ai diritti della personalità (art. 2), al diritto di proprietà (articolo 42) e al diritto alla salute (articolo 32) rispetto a patologie fisiche o mentali diverse dal Covid-19.

A ciò si aggiunga la violazione del principio di legalità e di riserva di legge là dove riscontrata. La concreta entità della "prestazione" imposta, compresa l'imposizione coattiva di obblighi di non fare ("*in quanto, imponendo l'omissione di un comportamento altrimenti riconducibile alla sfera del legalmente lecito, è anch'essa restrittiva della libertà dei cittadini, suscettibile di essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo...espressivo della sovranità popolare*") deve essere chiaramente desumibile dalla legge che ne delega l'attuazione all'amministrazione, come insegna la Corte Costituzionale (v. sentenze nn. 190 del 2007 e 155 del 2011).

Al riguardo, è opportuno svolgere alcune considerazioni ulteriori.

E. *Illegittimità costituzionale delle misure*

È in verità l'intera "catena normativa COVID-19", composta da (a) deliberazione/i del Consiglio dei Ministri dichiarativa/e di uno "stato di emergenza" in forza di norme poste dal Codice della Protezione Civile (peraltro finalizzate a gestire calamità naturali e immediati soccorsi alle popolazioni colpite), (b) decreti-legge, (c) Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri ("DPCM") e (d) ordinanze, ad avere costruito *ex novo* uno statuto emergenziale che, comprimendo i diritti costituzionalmente garantiti cui si è accennato, al fine di contenere il diffondersi del contagio, appare non soloprovvisto di specifico fondamento costituzionale, ma in violazione della Costituzione e segnatamente della forma di governo parlamentare.

Il nostro testo costituzionale, infatti, non contiene disposizioni che disciplinino lo stato di emergenza. Pur essendo rinvenibile all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano un implicito "statuto costituzionale dell'emergenza" (espressione dei tradizionali principi del *primum vivere* e del *salus rei publicae*), costituito dai principi di unità e indivisibilità della Repubblica e di tutela della salute pubblica e della pubblica sicurezza, da specifiche fonti sulla produzione dell'emergenza (artt. 77, 78 e 120 Cost) e dall'intangibilità dei principi supremi del vigente ordinamento costituzionale su tutti i diritti fondamentali, è il decreto-legge a rappresentare l'unico strumento in grado di affrontare con tempestività casi straordinari di necessità e urgenza salvaguardando, a un tempo, la tenuta complessiva del sistema costituzionale in ragione della sua equiparazione, dal punto di vista della forza gerarchica, alla legge ordinaria, del potere di emanazione del Presidente della Repubblica e della conversione in legge da parte delle Camere (essendo il Parlamento sovrano).

Il DL 158 e il DL 172 già non reggono a un primo vaglio a questo riguardo, essendo di fatto destinati a esaurire gli effetti prima dello scrutinio parlamentare. Non solo: è di dubbia legittimità che un decreto-legge successivo (il DL 172) possa intervenire 'in deroga' a un decreto-legge precedente (il DL 158), ancora vigente, introducendo un ulteriore strumento normativo irrituale, sito al di fuori dei gangli costituzionali.

Ma soprattutto: (a) il decreto-legge non può demandare la limitazione di diritti di rango costituzionale a un atto secondario (neppure collegiale) come il DPCM e (b) l'ampiezza della discrezionalità ad esso conferita a individuare specifiche misure limitative di detti diritti è costituzionalmente illegittima (anche rispetto al grado di precisione e determinatezza del catalogo di misure in astratto previste dal decreto-legge).

Le considerazioni che precedono si applicano, a maggior ragione, al DL 19 che, secondo la Circolare Viminale 2, disporrebbe le sanzioni per l'inosservanza dei precetti imposti da *tutti* i DPCM successivi e dunque 'coprirebbe' anche il DPCM 3 dicembre.

Non è il DPCM a poter adottare norme con valore di rango primario incidendo con misure specifiche su diritti e libertà costituzionali coperti da riserva di legge, né introdurre misure ulteriori 'coperte' dalle sanzioni disposte con decreto-legge.

IDPCM ricevono una prima legittimazione (fonte sulla produzione) nel c.d. codice della protezione civile, che attribuisce al Presidente del Consiglio la facoltà di adottare direttive con cui dare «gli indirizzi per lo svolgimento, in forma coordinata, delle attività di protezione civile al fine di assicurarne l'unitarietà nel rispetto delle peculiarità dei territori», (art. 5, co. 2). Si riconosce così al Presidente del Consiglio il potere di determinare, attraverso direttive, indirizzi che poi dovrebbero trovare una loro esecuzione con atti di natura locale. Si configurerebbero, secondo tale normativa, quali atti amministrativi generali

di indirizzo, che non avrebbero un'efficacia diretta su posizioni giuridiche soggettive attive. Si tratterebbe, dunque, di atti ben distinti e "distanti" dai DPCM previsti dal d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020 (poi abrogato e sostituito dal DL 19), che incidono, innovando l'ordinamento giuridico, direttamente sulle libertà fondamentali.

Nel caso di specie, i DPCM previsti dal DL 19, per quanto formalmente previsti nel codice della protezione civile e nell'art. 32 della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, trovano in realtà il proprio fondamento giuridico nel decreto-legge. Quest'ultimo, nei confronti dei DPCM (a differenza del codice della protezione civile, che costituisce fondamento-riconoscimento), dovrebbe costituirne il fondamento-attribuzione (di potere), ovvero individuare i soggetti e le procedure e delimitarne gli ambiti, fissandone il perimetro dei contenuti. In sostanza, il decreto-legge è come se tipizzasse *ex novo* una nuova tipologia di DPCM, distinto da quanto previsto dalle norme summenzionate, ponendo in essere un rapporto tra norma giuridica e atto secondario che esula dalla mera natura esecutiva. Poco c'entra, dunque, nel caso di specie, il codice della protezione civile, che al massimo può essere inteso come una norma-riconoscimento, di carattere generale, dei DPCM. Nella fattispecie oggetto della nostra indagine, si sarebbe ben potuto instaurare un rapporto *secundum ordinem*, diretto ed immediato tra decreto-legge e DPCM.

Nel caso di specie, invece, il fondamento giuridico costituito dai decreti-legge, seppur con sfumature diverse, si presenta a "maglie larghe", consentendo ai DPCM un eccesso di discrezionalità, non proporzionata e non adeguata. Essi, pur dovendosi sistematicamente collocare nell'ambito delle fonti *secundum ordinem*, sulla base delle delibere del Consiglio dei Ministri dichiarative (e prorogative) dello stato di emergenza e dell'evocata legge sulla protezione civile, esplicano, di fatto, la loro carica e funzionalità emergenziale con una portata *extra ordinem*, tale da violare la riserva di legge assoluta e il principio di legalità sostanziale. Nella fattispecie in oggetto, dunque, si va ben oltre i paletti posti dalla Corte, muovendosi in difformità dai principi fondativi della Carta costituzionale.

Ad atti amministrativi di portata generale a carattere prescrittivo si è conferito, arbitrariamente, il carattere della novità: il decreto-legge (in particolare, il DL 19) consente loro di innovare l'ordinamento giuridico, ponendosi quale fondamento-attribuzione del potere "una volta per tutte". Di fatto, la riserva di legge assoluta che, a determinate condizioni, legittima la limitazione dei diritti fondamentali, a partire dalla libertà di circolazione, si trasforma in una riserva di atto amministrativo (DPCM), con evidente *vulnus* al principio di legalità sostanziale. L'innovazione ordinamentale introdotta dai DPCM si palesa laddove la norma (decreto-legge), che si atteggia nebulosamente quale fondamento-attribuzione del potere, non delinea né limiti formali, né sostanziali all'esercizio di tale potere, al di fuori della locuzione «adozione di atti adeguati e proporzionati per affrontare la crisi». Si tratta, dunque, di atti amministrativi a contenuto e di portata generale, altamente discrezionali, capaci di incidere potenzialmente su tutta la prima parte della Costituzione. In merito, la dottrina ha giustamente osservato che «se da questi caposaldi si passa alle conseguenze indirette delle restrizioni, quasi tutta la prima parte della Costituzione risulta incisa dalle norme di contenimento del contagio del Covid-19».

Nello specifico è stato evidenziato come i DPCM, «pur nella puntuale disciplina di legge, rientrano nell'ampio *genus* delle ordinanze di necessità e urgenza e debbono pertanto rispettarne i parametri di legittimità: per cui, al fine di circoscrivere, per quanto possibile la deroga, vanno anche puntualmente motivate quanto a proporzione tra la deroga e la

situazione di fatto che la impone, e debbono dimostrare che la deroga è effettivamente limitata, nel tempo e nello spazio, allo *stretto indispensabile* a far fronte alla situazione di necessità e urgenza da cui scaturisce».

Nel caso di specie i parametri di legittimità (fondamento giuridico attributivo di potere) sono sostanzialmente assenti (violazione della riserva di legge assoluta e del principio di legalità), stante la “delega in bianco” operata dai decreti-legge n. 6 e n. 19 del 2020, rendendone oggettivamente complessa la loro giustiziabilità e sacrificando, altresì, il diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost.

La circostanza, come sottolineato dalla dottrina, è una diretta conseguenza dell’abuso della decretazione d’urgenza degli ultimi anni, che ha portato a un «effettodomino» in quanto il decreto-legge viene utilizzato al posto della legge e l’atto amministrativo al posto del decreto-legge. Ora, al di là del rapporto tra norma-attribuzione del potere e DPCM, la vicenda che stiamo vivendo impone una rapida riflessione altresì sul legittimo ricorso al decreto-legge e soprattutto sulla sua reiterazione. La Corte costituzionale ha affermato che il riutilizzo della decretazione di urgenza può avvenire solo quando vi siano «presupposti giustificativi nuovi di natura straordinaria» non potendo sussistere un «rapporto di continuità sostanziale con il decreto non convertito». Attenta dottrina ha giustamente sostenuto che la decretazione d’urgenza non può rientrare negli strumenti ordinari di normazione primaria. Nello specifico, qualora l’emergenza dovesse protrarsi nel corso dei prossimi mesi, l’utilizzo della decretazione di necessità ed urgenza non potrebbe più considerarsi situazione straordinaria, in quanto ciò sarebbe lesivo delle prerogative di un parlamento che, viceversa, «dovrebbe recuperare appieno la propria capacità nomopoietica, liberandosi dal ruolo di mero ufficio di conversione in legge dei decreti del Governo». In sostanza, potremmo dire che la *governance* dell’epidemia non può essere abbandonata al decreto-legge ed al governo, e il Parlamento deve essere messo in condizione di svolgere il suo ruolo da protagonista, anche fissando e determinando il proprio indirizzo politico, mai espresso fino ad oggi.

L’endiadi decreti-legge/DPCM ha violato, in ogni caso, i principi di proporzionalità e ragionevolezza in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali, finalizzati a impedire che l’illimitata espansione di uno di essi ne crei la “tirannia” nei confronti degli altri (che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona), in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria e sistemica di tutti gli interessi costituzionali implicati (v. Corte cost. sentenze nn. 264 del 2012, 85 del 2013, 63 del 2016 e 58 del 2018).

Si pone, dunque, l’opportunità di ‘impugnare’, insieme con la sanzione irrogata per violazione dei precetti di cui ai DL 158 e 172 e/o al DPCM 3 dicembre, questi ultimi.

In base al criterio sostanziale usato dalla giurisprudenza e alle considerazioni svolte, riteniamo che il DPCM sia un atto sostanzialmente normativo in quanto munito dei caratteri di generalità, astrattezza e innovatività tipici delle norme giuridiche. Peraltro, affetti da illegittimità sono lo stesso DL 19, DL 158 e DL 172, con conseguente vizio di illegittimità derivata (che si configura quando tra i due atti vi sia un rapporto di presupposizione-conseguenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l’atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente).

Il DPCM 3 dicembre è legato da rapporto di presupposizione necessaria ai DL 158 e DL 19. Nella sua adozione, non vi sono nuove e ulteriori valutazioni di interessi, né del destinatario dell’atto presupposto, né di altri soggetti: l’invalidità dell’atto presupposto travolge gli

effetti dell'atto consequenziale, producendo un effetto caducante. Il rapporto di presupposizione necessaria lega dunque tra loro, secondo la logica del principio gerarchico delle fonti del diritto ascendente, la sanzione amministrativa, il DPCM e il decreto-legge.

In definitiva, il DL 158 e il DL 19 appaiono incostituzionali anche nella parte in cui prevedono la competenza esclusiva del DPCM a determinare i presupposti concreti e le misure di contenimento del contagio, compressive di diritti fondamentali, in violazione *inter alia* degli articoli art. 3, 4, 13, 16, 17, 19, 23, 24, 25, 33, 77, 78, 111, 117, comma 1, 120 e 138 della Costituzione. Conseguentemente si sostiene che il DPCM 3 dicembre debba dichiararsi incostituzionale per illegittimità derivata. In merito alla vigenza ed effettività degli atti emanati sulla base del DPCM incostituzionale per illegittimità derivata, detto vizio invalidante si ripercuote sull'atto conseguente, generando la c.d. invalidità caducante, in quanto il loro rapporto si sostanzia in una presupposizione-consequenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente.

L'Osservatorio permanente sulla Legalità Costituzionale

Organo indipendente di **Generazioni Future**, Soc. Coop. "Stefano Rodotà"

<https://generazionifuture.org/osservatoriocostituzionale/>