

LEGALITÀ E CORONAVIRUS: L'ALLOCAZIONE DEL POTERE PUNITIVO E I CORTOCIRCUITI DELLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE DURANTE L'EMERGENZA*

ROBERTO BARTOLI**

Sommario

1. Tre premesse. – 2. Anticipazione delle problematiche conclusioni. – 3. La legalità penale prima del coronavirus. – 4. La legalità penale al tempo del coronavirus. – 5. La legalità punitivo-amministrativa prima del coronavirus. – 5.1. Il potere punitivo amministrativo degli enti locali. – 5.2. Il potere punitivo amministrativo attribuito alle autorità indipendenti, ma non alla protezione civile. – 6. La legalità punitivo-amministrativa al tempo del coronavirus. – 7. La riserva di legge relativa: un confronto tra costituzionalisti e penalisti. – 8. La linea e l'ellisse.

Abstract

The management of the emergency through the relative law reserve poses quite a few legitimacy problems, especially when the prohibitions are punished with a punitive administrative sanction and consist of limitations which, in normal circumstances, would constitute a regular and full exercise of rights, that is when such prohibitions, in the absence of covid, they would constitute real punishments for the exercise of rights, as such liberticides. The Author offers a contribution to the reflection on the subject from a criminal law perspective, hoping - among other things - for the operation of an absolute legal reserve when, in emergency situations, the bans punished with a punitive administrative sanction pertain to the exercise of rights

Suggerimento di citazione

R. BARTOLI, *Legalità e coronavirus: l'allocazione del potere punitivo e i cortocircuiti della democrazia costituzionale durante l'emergenza*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale, 2020. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Contributo pervenuto alla redazione in seguito al webinar “Le fonti normative dell'emergenza”, organizzato dalla *Rivista* e svoltosi il 30 aprile 2020.

** Professore ordinario di Diritto penale nell'Università degli studi di Firenze.
Contatto: roberto.bartoli@unifi.it

1. Tre premesse

Prima premessa. Un grande Maestro storico del diritto ci ha insegnato, soprattutto a noi vigentisti, che del diritto, e in particolare della legislazione, si deve guardare non soltanto al punto, ma anche alla linea¹. È la linea, la prospettiva, che consente di riconnettere il punto del presente al passato, come anche al futuro, e che quindi permette di tracciare la traiettoria e di comprendere in modo profondo e reale ciò che sta accadendo e potrebbe accadere. Ma per noi vigentisti, andare oltre il punto significa anche inserirlo nel sistema, nel più ampio disegno dell'assetto complessivo dell'ordinamento, un assetto che non può prescindere dalla realtà del diritto "vivente" nel protagonismo ultimo dei principi del moderno costituzionalismo. Per utilizzare sempre una metafora geometrica, potremmo dire che, mutuando da un recente libro di un altro Maestro storico del diritto, il punto deve esser inserito anche nell'ellisse².

Seconda premessa. Il tema che dobbiamo affrontare lo porrò non solo in termini di limitazione ai diritti, di fonti del diritto, di legalità, di rapporto tra fonti primarie e secondarie. Intervenedo da penalista, vorrei affrontare il tema anche in un'ottica leggermente diversa, che poi in definitiva è quella propria della disciplina a cui appartengo, nel tentativo di un proficuo dialogo tra settori di disciplina troppo spesso chiusi in se stessi. In particolare, affronterò il tema guardando soprattutto all'aspetto sanzionatorio che sta dietro ogni "reale" limitazione, e quindi lo affronterò in chiave di allocazione – se così si può dire – del potere punitivo, da intendersi come potere sanzionatorio afflittivo, non soltanto a carattere penale, destinato a incidere più o meno direttamente sulla libertà personale, ma anche, e direi nel nostro caso soprattutto, a carattere punitivo amministrativo, destinato a non incidere mai sulla libertà personale. Detto diversamente, parlare soltanto dei diritti e delle loro limitazioni, nonché delle fonti che possono disciplinarli, senza fare riferimento alla componente sanzionatoria, rischia di essere riduttivo, poiché ciò che pone problemi di garanzia non è soltanto la limitazione, ma anche, e per certi aspetti soprattutto, la componente sanzionatoria che consente di rendere effettiva la limitazione.

Terza premessa. Il nostro tema è inoltre reso più complesso, per non dire complicato, da un altro fattore davvero determinante: l'emergenza. L'emergenza e le deroghe che essa comporta possono riguardare sia la legislazione vigente come anche i principi e i diritti costituzionali. Si può affermare quanto

¹ P. GROSSI, *Storicità del diritto*, Napoli, 2006, p. 9: «lo storico del diritto ha, secondo me, la funzione primaria di fungere da coscienza critica del giurista di diritto positivo. Costui ha di fronte quel punto fisso della linea, che è il diritto vigente, e spesso, isolandolo e immobilizzandolo, è troppo proteso ad assolutizzarlo. Lo storico del diritto deve richiamarlo alla elementare ma salvante verità che quel punto non è qualcosa di distaccato e di distaccabile ma anzi ben inserito in una linea che nasce prima, prosegue fino all'oggi e addirittura continua verso il futuro».

² M. FIORAVANTI, *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Roma-Bari, 2020.

si vuole che nel nostro ordinamento non c'è spazio per gli “stati di emergenza” o gli “stati di eccezione”³. La realtà, tuttavia, inevitabilmente, è molto diversa: stati emergenziali in deroga, vale a dire, nella sostanza, legislazioni emergenziali derogatorie rispetto alla configurazione “normale”, “regolare” “non emergenziale” dei principi e dei diritti, esistono. È sufficiente dare una lettura al comma 2 dell'art. 1 del d.l. n. 19 del 2020 per rendersi conto che la maggior parte delle norme in esso previste, in assenza del covid-19, sarebbe semplicemente liberticida e incostituzionale: la lettera a) parla di limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio, dimora se non per spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni; la lettera g) parla di limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi di ogni e di ogni altra forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo, ricreativo o religioso. Senza considerare poi il divieto di assembramento che può legale anche all'esercizio di diritti politici.

Tali limitazioni entrano in un contesto di problematica legittimità soltanto grazie all'emergenza determinata dal covid-19 e se si ritengono legittime è perché si ritiene che vi sia una situazione emergenziale che legittima deroghe ai diritti e ai principi altrimenti inammissibili. Ponendosi quindi poi il problema delle fonti e di limiti comunque invalicabili da parte di queste deroghe.

2. Anticipazione delle problematiche conclusioni

Ebbene, se mettiamo insieme emergenze, deroghe ai principi e ai diritti, diritto punivo e fonti, la miscela tende a farsi davvero esplosiva. Ed io vorrei esprimere subito quelle che saranno le due conclusioni, assolutamente problematiche, di queste mie riflessioni.

La prima: posto che con l'emergenza si deroga ad alcuni principi e ad alcuni diritti, si deroga cioè alla portata “normale” della Costituzione, la disciplina di queste deroghe deve avvenire interamente mediante fonte legislativa (riserva assoluta di legge) oppure può ammettere anche l'integrazione di fonti

³ In realtà, “stati di emergenza” e “stati di eccezione” sono due concetti diversissimi: mentre gli stati di eccezione sono pensati in termini di sospensione totale, con la conseguenza che la deroga non incontra i più limiti, gli stati di emergenza sono pensati in termini di sospensione parziale, con la conseguenza che la deroga incontra ancora limiti posti dalla Costituzione. Insomma, gli stati di eccezione alla fin fine non sono compatibili con il moderno costituzionalismo, mentre lo sono gli stati d'emergenza. Sul tema sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Diritto pubblico*, 2010, n. 1-2, p. 329 ss.; anche in M. MACCARELLI, P. PALCHETTI E C. SOTIS (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata 2011, p. 169 ss.

secondarie (riserva relativa)? Detto diversamente: posto che nei momenti di normalità la disciplina di alcuni diritti, e quindi anche la limitazione di alcuni diritti, si basa su una riserva relativa (esempio diritto alla circolazione), nei momenti di emergenza, che comportano limitazioni ulteriori sulla base di un diverso bilanciamento determinato dall'emergenza, queste limitazioni possono ancora basarsi su una riserva relativa oppure necessitano sempre di una riserva assoluta? A mio parere, come vedremo meglio in seguito, vi sono ragioni per ritenere che la disciplina dell'emergenza in deroga alla portata normale dei diritti, determinando una punizione di spazi di libertà altrimenti nella normalità non comprimibili, debba sottostare ad una riserva di legge assoluta anche là dove le violazioni (che nella normalità non sarebbero altro che legittimo esercizio di diritti) siano punite con sanzione amministrativa, con la conseguenza che si estendono ombre di illegittimità sul decreto legge n. 19/2020 nella parte in cui è punito con integrazione del d.p.c.m. l'esercizio di alcuni diritti. Insomma, lo strumento per gestire l'emergenza allorquando si pongono limiti in deroga ai diritti è la legalità e, in particolare, l'atto avente forza di legge pensato per le urgenze, vale a dire il decreto legge.

Seconda problematica conclusione. Posto che quanto previsto nel decreto legge n. 19/2020 può essere considerato un particolare modello di gestione dell'emergenza, caratterizzato dalla previsione legale delle condotte da punire all'interno delle quali la fonte secondaria (d.p.c.m.) può scegliere, ci dobbiamo chiedere se tale modello, con ogni probabilità illegittimo in ambito nazionale, non possa essere utilizzato invece soprattutto per altre ipotesi emergenziali, quelle che nella sostanza riguardano il Sindaco, rispetto alle quali esiste un vero e proprio buco nero in termini di legalità. Insomma, visto che al Sindaco è riconosciuto un ampio potere emergenziale (ordinanze contingibili e urgenti in deroga), e considerato che al momento tale potere è nella sostanza scoperto sul piano della legalità, con ogni probabilità si potrebbe colmare tale lacuna con una disciplina simile a quella contenuta nel d.l. n. 19/2020: indicazione tramite legge delle limitazioni in deroga tra le quali il Sindaco può di volta in volta scegliere.

3. La legalità penale prima del coronavirus

Partiamo dal potere punitivo penale. Rispetto a questo potere punitivo che può andare a limitare direttamente (in prima battuta) o indirettamente (in seconda battuta) la libertà personale, entrano in gioco gli artt. 25 e 13 della Costituzione, vale a dire riserve di legge e di giurisdizione che non esitiamo a definire assolute. In particolare, per quanto riguarda la legalità, l'assolutismo riguarda la formulazione del giudizio di disvalore del fatto che compete soltanto al legislatore, alla legge e agli atti aventi forza di legge, mentre le fonti secondarie possono specificare e dettagliare discipline – per così dire – tecniche.

Sul punto ho avuto modo di esprimermi recentemente, e non posso fare altro che ripetere in forma sintetica quanto già affermato. In particolare, con riferimento al diritto penale, stando alla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, l'integrazione della fonte secondaria è legittima a quattro condizioni:

la sanzione deve essere interamente stabilita dalla legge⁴;

deve esserci una fonte legislativa – per così dire – *extra* fatto tipico che per l'appunto disciplina la fonte secondaria che va ad integrare il precetto⁵;

tale fonte *extra* fatto tipico deve risultare sufficientemente determinata altrimenti la condizione precedente verrebbe nella sostanza neutralizzata da una formulazione vaga⁶;

infine, l'integrazione deve essere tale da non implicare una scelta valutativa significativa nel determinare il contenuto di disvalore del fatto ovvero deve consistere in una specificazione – per così dire – meramente tecnica⁷.

Se tutto questo è vero si deve ritenere che una fonte secondaria può sempre integrare il precetto penale allorquando si tratta di fonte particolare e concreta: è per questa ragione che l'art. 650 c.p. non pone problemi di legittimità costituzionale, in quanto, superata una iniziale incertezza applicativa durante gli anni Sessanta, la fattispecie viene oggi pacificamente interpretata come integrabile soltanto da fonti secondarie particolari e concrete, consistenti soprattutto in ordini⁸.

⁴ Corte cost., sent. n. 26/1966.

⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 36/1964.

⁶ Corte cost., sent. n. 26/1966, dove la Corte ha chiarito che «il principio di legalità della pena non può mai considerarsi soddisfatto quando non sia una legge (o atto equiparato) dello Stato – non importa se proprio la medesima legge che prevede la sanzione penale o un'altra legge – a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena».

⁷ Corte cost., sent. n. 282/1990, dove, nel dichiarare costituzionalmente legittima una integrazione che comportava nella sostanza l'individuazione dei soggetti attivi, la Corte ha affermato quanto segue: «la norma descrive una fattispecie di reato proprio, riferita al «titolare di una delle attività di cui al decreto ministeriale 16 febbraio 1982»; in questo modo essa rimette al regolamento la determinazione della cerchia degli obbligati, che rappresenta peraltro il nucleo fondante il contenuto d'illecito del reato proprio, in quanto tale contenuto discende essenzialmente dal rapporto funzionale intercorrente tra la posizione del soggetto e l'interesse tutelato dalla norma. Nell'ipotesi di specie, viene così demandata all'amministrazione la determinazione di tutti i termini normativi rilevanti per l'individuazione del fatto tipico, contraddicendo l'esigenza che sia la legge, e solo la legge dello Stato, a stabilire, con sufficiente precisione, gli estremi del fatto». In senso analogo, cfr. Corte cost., sent. n. 61/1969.

⁸ V. per tutte Cass. pen., rv. 213241, in cui si afferma che «per provvedimento dell'Autorità, ai sensi dell'art. 650 c.p., deve intendersi ogni atto con il quale essa impone a una o più persone determinate una specifica condotta, omissiva o commissiva, ispirata da una contingenza presente o transeunte; pertanto, l'art. 650 non è applicabile alla inosservanza di regolamenti o ordinanze concernenti la generalità dei cittadini».

Diversamente, una fonte secondaria generale ed astratta può integrare una fattispecie soltanto alle condizioni che abbiamo visto, con la conseguenza che non può mai individuare/selezionare/scegliere la condotta da incriminare, anche se al di sopra della fonte secondaria c'è una fonte legislativa *extra* fatto tipico che determina i criteri per la sua individuazione ed anche se la fonte legislativa *extra* fatto tipico individua molteplici condotte tutte sufficientemente determinate all'interno delle quali la fonte secondaria può di volta in volta scegliere quale sanzionare, sulla base di una valutazione nella sostanza discrezionale. E ciò per la semplice ragione che la condotta è il perno indefettibile attorno al quale ruota tutto il contenuto di disvalore di qualsiasi fatto e la scelta della sua punizione esprime senz'altro, sempre e comunque, una scelta valutativa.

La *ratio* di una riserva di legge così concepita è senza dubbio di tipo democratico, a salvaguardia cioè delle scelte politiche discrezionali che competono a chi è stato democraticamente eletto. Ma non si può trascurare anche una *ratio* basata sull'assicurare un ampio controllo di portata generale da parte della Corte costituzionale. Se, da un lato, è vero che la Corte non può sindacare il provvedimento amministrativo, e che, per stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, è assolutamente pacifico che sia il giudice a "sindacare" la legittimità del provvedimento, disapplicandolo se illegittimo⁹, tuttavia, dall'altro lato, proprio la circostanza che sopra la fonte secondaria debba esserci una legge *extra* fatto tipico sufficientemente determinata che non delega scelte valutative, consente al giudice anche di sollevare rispetto a tale legge *extra* fatto tipico una eventuale questione di legittimità costituzionale in ragione della sua indeterminatezza o della delega ad un potere non legislativo di scelte valutative.

4. La legalità penale al tempo del coronavirus

È alla luce di questo quadro che si comprende la ragione per cui il primo decreto legge n. 6/2020 e il primo d.p.c.m. 8 marzo 2020 adottato sulla base di quel decreto legge fossero nella sostanza fuori dalla legalità.

In particolare, il decreto legge rispettava sicuramente la prima condizione che abbiamo visto, in quanto l'art. 3, comma 4, prevedeva il trattamento sanzionatorio attraverso il richiamo *quoad poenam* dell'art. 650 c.p.: «salvo che il fatto non costituisca più grave reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale».

⁹ In questo senso già Corte cost., sent. n. 8/1956.

Parimenti, la legge rispettava anche la seconda condizione, in quanto lo stesso decreto legge conteneva la normativa *extra* fatto tipico disciplinante il “potere punitivo-amministrativo” (artt. 1, 2 e 3).

Al contrario, il decreto legge non rispettava le ultime due condizioni indicate dalla giurisprudenza costituzionale. Da un lato, infatti, gli artt. 1 e 2 prevedevano disposizioni totalmente generiche, che nella sostanza attribuivano alla fonte secondaria una discrezionalità amplissima. Inoltre, come fonte integratrice secondaria venivano individuati, a ben vedere, non soltanto il d.p.c.m., ma, in ipotesi particolari, anche altre fonti, tra cui l’ordinanza contingibile ed urgente del Sindaco del Comune (art. 3, comma 2). Dall’altro lato, e soprattutto, il decreto legge nella sostanza stabiliva che il d.p.c.m. potesse scegliere di volta in volta i comportamenti da sottoporre a pena attribuendo quindi ad una fonte secondaria la scelta del comportamento vietato, vale a dire il cuore del disvalore del fatto tipico.

Quest’ultima precisazione può apparire capziosa, ma non lo è affatto soprattutto se si guarda in prospettiva. Se infatti si ritenesse che una legge possa indicare comportamenti ben tipizzati, risultando così rispettosa del principio di determinatezza, lasciando tuttavia a fonti secondarie il potere di scegliere di volta in volta quali comportamenti incriminare, si finirebbe per consentire a fonti secondarie di attivare o disattivare precetti penali a proprio piacimento, svuotando in definitiva la legalità.

Bene ha fatto quindi il Governo a correggere il tiro attraverso il d.l. n. 19/2020, e la correzione fondamentale, a nostro avviso, non è stata fornita tanto dal fatto che si è andati a rendere più determinata la fonte legislativa che sta al di sopra della fonte secondaria, specificando (in realtà non del tutto, come vedremo) le condotte da cui il potere secondario può scegliere quelle da punire a seconda delle esigenze che si pongono di volta in volta, ma piuttosto dal fatto che si è andati a mutare la natura della responsabilità da penale ad amministrativa.

5. La legalità punitivo-amministrativa prima del coronavirus

L’analisi si sposta quindi sul potere punitivo amministrativo. E qui il quadro si fa più articolato e complesso.

Potere punitivo amministrativo significa potere concernente una sanzione che non può andare a intaccare la libertà personale. Significa anche notevole amministrativizzazione dell’impianto complessivo del sistema, anche perché la contestazione sul piano giurisdizionale può essere fatta – per così dire – in seconda battuta e davanti a un tribunale amministrativo, con indubbio affievolimento della garanzia giurisdizionale.

Partiamo dal panorama pre-covid, vale a dire precedente al secondo decreto legge n. 19/2020. La legalità del diritto punitivo amministrativo è una legalità diversa da quella penale, proprio in ragione del diverso contenuto afflittivo che caratterizza la sanzione amministrativa. Attenzione: sulla base della giurisprudenza della Corte EDU e della Corte costituzionale, non è sanzione penale, ma è pur sempre sanzione punitiva che necessita di garanzie proprio in virtù del carattere afflittivo. Non solo, ma negli ultimi anni la giurisprudenza costituzionale è andata sempre più incrementando le garanzie che coprono l'illecito punitivo amministrativo¹⁰.

Ebbene, sul piano della legalità, la peculiarità del diritto punitivo amministrativo si coglie proprio in ordine alla portata, potendosi affermare che si tratta di una legalità nella sostanza relativa. Se infatti la sanzione amministrativa non può che essere prevista dalla legge e se è sempre necessaria una legge *extra* fatto tipico determinata, la scelta del comportamento da sottoporre alla sanzione può essere rimessa anche al potere secondario. In buona sostanza potremmo dire che con riferimento al diritto punitivo amministrativo, stando alla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, l'integrazione della fonte secondaria è legittima a tre condizioni:

la sanzione deve essere interamente stabilita dalla legge;

deve esserci una fonte legislativa *extra* fatto tipico che per l'appunto disciplina la fonte secondaria che va ad integrare il precetto;

tale fonte *extra* fatto tipico deve risultare sufficientemente determinata altrimenti la condizione precedente verrebbe nella sostanza neutralizzata da una formulazione vaga.

A mancare è la quarta condizione, quella secondo cui l'integrazione deve essere tale da non implicare una scelta valutativa significativa nel determinare il contenuto di disvalore del fatto ovvero deve consistere in una specificazione – per così dire – meramente tecnica: rispetto all'illecito punitivo amministrativo la fonte secondaria può compiere scelte che incidono sul disvalore del fatto e quindi individuare anche il comportamento da punire, ma sempre sotto la copertura di una legge *extra* fatto tipico sufficientemente determinata sul piano delle indicazioni alle quali la fonte secondaria deve attenersi.

A dire il vero, il quadro della legalità concernente l'illecito punitivo amministrativo risulta molto più complesso e problematico, anche perché la disciplina di questo potere è decisamente articolata. Se infatti non è problematico il potere punitivo amministrativo attribuito al potere legislativo statale e a quello regionale, problemi si pongono là dove esso viene attribuito ad altri poteri, come ad esempio agli enti locali o ad autorità – per così dire – indipendenti.

¹⁰ V., da ultimo, Corte cost., sent. n. 63/2019, che ha esteso all'illecito punitivo amministrativo anche il principio di retroattività della legge favorevole.

È evidente che non possiamo soffermarsi su questo tema che meriterebbe davvero grande attenzione. Tema, a dire il vero, e salvo rare eccezioni, poco trattato¹¹, anche perché costituisce una zona grigia di confine tra costituzionale, amministrativo e penale che finisce per appartenere a tutti e quindi a nessuno.

Tuttavia alcune brevi considerazioni sono necessarie, anche perché, come vedremo, la vicenda delle fonti al tempo dell'emergenza da coronavirus, a nostro avviso, è in qualche modo connessa a questa disciplina del potere punitivo amministrativo attribuito agli enti locali e alle autorità indipendenti.

5.1. Il potere punitivo amministrativo degli enti locali

In estrema sintesi, per quanto riguarda gli enti locali, il Testo Unico 267/2000 prevede all'art. 7-*bis*, comma 1, che «salvo diversa disposizione di legge, per le violazioni delle disposizioni dei regolamenti comunali e provinciali si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 25 euro a 500 euro».

Ebbene, si tratta della norma che senza dubbio corrisponde alla prima condizione necessaria per rendere legittima qualsiasi integrazione da parte di una fonte secondaria. Dopo di che, com'è facile capire, se da un lato, nel momento in cui si attribuisce al regolamento comunale e provinciale e quindi ai Consigli comunali e provinciali il potere di individuare i comportamenti da sanzionare (manca quella che abbiamo definito la condizione n. 4), dall'altro lato, le altre due condizioni (la n. 2: fonte legale *extra* fatto tipico; la n. 3: determinatezza della fonte *extra* fatto tipico), diventano senza dubbio più problematiche. In particolare, se è ben vero che un regolamento comunale opera sempre in un ambito coperto dalla legge (condizione n. 2), punto decisamente problematico è la determinatezza di queste fonti legislative nell'offrire indicazioni circa l'individuazione dei comportamenti da vietare (condizione n. 3). A ben vedere, il *vulnus* finisce per essere in qualche modo bilanciato dalla circostanza che i regolamenti sono espressione della democrazia locale: ma ciò non toglie che si possa porre un problema legalità sul piano della determinatezza, visto che anche tali regolamenti possono incidere sulle libertà dei cittadini.

Il quadro si complica ulteriormente nel momento in cui si getta lo sguardo su un altro potere punitivo amministrativo attribuito dal TUEL al Sindaco mediante le ordinanze, che possono essere contingibili e urgenti oppure non contingibili ed urgenti, vale a dire "ordinarie".

In particolare, le ordinanze contingibili ed urgenti, sono previste dagli artt. 50, comma 5, 54, comma 4 e 4-*bis* e 54, comma 6: per la violazione di queste ordinanze il trattamento sanzionatorio è previsto dall'art. 7-*bis*, comma 1-*bis*.

¹¹ Cfr. C. RUGA RIVA, *Inosservanza di provvedimenti dell'Autorità e ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana: nuove questioni, vecchi problemi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011, p. 1685 ss.

Le ordinanze non contingibili ed urgenti, c.d. ordinarie, sono previste dall'art. 50, comma 7-*bis*: per la violazione di queste ordinanze il trattamento sanzionatorio è previsto dall'art. 50, comma 7-bis.1. Di estremo interesse il comma 11 dell'art. 54, il quale prevede che rispetto ad alcune funzioni di competenza sindacale, compreso il potere di ordinanza di cui al comma 4, nel caso di inerzia del sindaco può intervenire il prefetto con proprio provvedimento.

Ebbene, ciò che a noi interessa osservare sono tre aspetti.

Anzitutto, mentre le ordinanze contingibili e urgenti sono in deroga sia alla distribuzione dei poteri normativi comunali che alla legislazione vigente (non, ovviamente, ai principi costituzionali), le ordinanze "ordinarie" (non contingibili ed urgenti) sono in deroga soltanto alla distribuzione dei poteri normativi comunali, non potendo derogare alla legislazione vigente. E la Corte costituzionale, nella sentenza n. 115/2011 ha ribadito la legittimità di entrambe le tipologie di ordinanze: le prime, proprio perché basate per l'appunto sul carattere contingibile ed urgente, le seconde proprio perché non consentono deroghe alla legislazione vigente. Con la conseguenza che in deroga alla normativa vigente si può andare soltanto con ordinanze contingibili ed urgenti.

D'altra parte, non si può fare a meno di osservare come la legittimità delle ordinanze "ordinarie" si presenti comunque problematica, perché, non si comprende la loro giustificazione, visto che se da un lato è vero che non possono essere in deroga alla normativa vigente, dall'altro lato, però, derogano alla "normale" distribuzione dei poteri, deroga che tende a giustificarsi proprio alla luce dell'emergenza.

In secondo luogo, problematico è il tema della legalità. Sempre nella sentenza n. 115/2011, la Corte costituzionale ha affermato che le ordinanze "ordinarie" devono comunque sottostare al principio di legalità sostanziale, con la conseguenza che si è ritenuto illegittimo l'art. 54, comma 4, TUEL nella parte in cui conferiva al Sindaco il potere di adottare ordinanze "ordinarie" al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana: «la norma censurata, nel prevedere un potere di ordinanza dei Sindaci, quali ufficiali di Governo, non limitato ai casi contingibili e urgenti – pur non attribuendo agli stessi il potere di derogare, in via ordinaria e temporalmente non definita, a norme primarie e secondarie vigenti – viola la riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost., in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati». Insomma, «il carattere relativo della riserva *de qua* non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale [...] senza una precisazione anche non dettagliata da parte della legalità, dei

contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini».

Ebbene, se tutto questo è condivisibile, si pone però a questo punto il problema della legalità delle ordinanze contingibili e urgenti, visto che rispetto ad esse la legalità nella sostanza nulla dice, nonostante che possa essere in deroga alla stessa normativa vigente. La questione è: l'emergenza/urgenza che legittima ordinanze contingibili ed urgenti oltretutto in deroga alla legislazione vigente determina un vero e proprio buco nero rispetto al quale non si pone nemmeno il problema di una copertura legale oppure anche per quelle situazioni deve restare una certa copertura legale? Anche perché non ci possiamo dimenticare la circostanza che la violazione delle ordinanze contingibili ed urgenti, in deroga alla normativa vigente, può essere punita con sanzione amministrativa, con la conseguenza che quella esigenza di legalità che la Corte costituzionale ha inteso soddisfare per le ordinanze ordinarie, non si può non porre anche per le ordinanze contingibili ed urgenti.

La questione si pone con ancora più forza, ed ecco la terza considerazione, se si considera che la riforma del 2017 attraverso il decreto c.d. Minniti ha aggiunto all'art. 54 il comma 4-*bis*, dove si prevede che i provvedimenti concernenti l'incolumità pubblica sono diretti a tutelare l'integrità fisica della popolazione, quelli concernenti la sicurezza urbana sono diretti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti e molti altri fenomeni criminosi. Ebbene, con questa disposizione, il sindaco diviene co-protagonista della politica criminale, non potendosi fare a meno di osservare come un potere di ordinanza contingibile ed urgente in tema di sicurezza per contrastare fenomeni criminosi costituisca addirittura una contraddizione in termini¹²: insomma, le finalità che si perseguono con ordinanze contingibili ed urgenti sono distoniche rispetto ai requisiti della contingibilità ed urgenza.

Ebbene, concludendo sul potere punitivo amministrativo degli enti locali, non si può fare a meno di scorgere una disciplina che presenta non poche criticità sul piano della legalità, sia per quanto riguarda il potere regolamentare dei Consigli, ma soprattutto per quanto concerne il potere di ordinanza del Sindaco, rispetto al quale si deve registrare un vero e proprio vuoto di legalità in presenza di ordinanze contingibili e urgenti che possono essere oltretutto in deroga rispetto alla normativa vigente.

¹² C. RUGA RIVA-R. CORNELLI-A. SQUAZZONI-P. RONDINI-B. BISCOTTI, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore e il prefetto)*, in *Dir. pen. cont. - Trimestrale*, n. 4/2017, p. 234 ss.

5.2. Il potere punitivo amministrativo attribuito alle autorità indipendenti, ma non alla protezione civile

Un potere punitivo amministrativo è attribuito anche alle autorità indipendenti¹³.

Così, ad esempio, l'art. 190 d.lgs. n. 58/1998, in tema di servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari e di intermediazione finanziaria, ricollega una sanzione pecuniaria (fra l'altro) all'inosservanza delle "disposizioni generali o particolari impartite dalla Consob o dalla Banca d'Italia. Ma di esempi se ne potrebbero fare davvero molti nell'ambito delle telecomunicazioni, dell'esercizio del credito, dei fondi pensione.

È del tutto evidente come un potere del genere sia problematico, anche perché le autorità indipendenti sono autorità prive di legittimazione democratica. Tuttavia, il carattere per l'appunto indipendente delle autorità, come anche l'intervento in settori di disciplina particolaristici, inducono a legittimare tale potere, richiedendosi pur sempre una legalità sufficientemente determinata che tuttavia nella realtà spesso manca.

A quanto ci risulta, il legislatore non ha invece previsto, in termini generali, alcun trattamento sanzionatorio punitivo nell'ipotesi di violazione delle ordinanze della protezione civile. Il recente codice della protezione civile nulla dice a riguardo. Difficile stabilire le ragioni di questa scelta. Forse perché le ordinanze della protezione civile, operanti soprattutto in presenza di calamità naturali, sono destinate ad operare in deroga in termini – per così dire – favorevoli più che sfavorevoli. Forse perché, riguardando spesso questioni logistiche (approvvigionamenti, forniture etc.) non limitano significativamente i diritti di libertà, se non incidendo su quella contrattuale. Forse perché, là dove vengono posti limiti, tende a trovare applicazione l'art. 650 c.p., nella misura in cui si tratti di provvedimenti concreti (ad es. chiusura strade o quartieri per pericoli incolumità pubblica). Non potendosi fare a meno di osservare che oltretutto la protezione civile, pur utilizzando ordinanze che hanno comunque una portata generale particolarmente significativa, è comunque priva di "legittimazione democratica".

Fatto sta che non è prevista una disciplina sanzionatoria generale per la violazione delle ordinanze della protezione civile.

¹³ D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010, p. 137 ss.

6. La legalità punitivo-amministrativa al tempo del coronavirus

Ebbene, il richiamo di queste discipline concernenti il diritto punitivo amministrativo prodotto da poteri non legislativi/esecutivi ci è utile, a nostro avviso, anche per comprendere appieno e in termini sostanziali quanto accaduto nella gestione della vicenda covid.

Da un lato, proprio l'assenza di un potere punitivo amministrativo in capo alla protezione civile ha posto problemi, in quanto la gestione dell'emergenza covid esigeva la previsione di precetti limitativi di libertà da sanzionare in termini punitivi.

Dall'altro lato, è evidente come ci si sia ispirati nella sostanza proprio alla disciplina dei poteri di ordinanza contingibile ed urgente del Sindaco: come il Sindaco opera in deroga mediante ordinanze contingibili ed urgenti; così il Presidente del Consiglio dei Ministri opera in deroga mediante d.p.c.m.

Ed eccoci quindi alla valutazione del nuovo decreto legge n. 19/2020.

Anzitutto, appare sempre più evidente perché sia stato adottato. Ha ragione Andrea Cardone nel dire che si è approntato un nuovo modello di disciplina per fronteggiare l'emergenza diverso da quello della protezione civile e che vede come protagonista la Presidenza del Consiglio dei Ministri¹⁴. E la ragione sta con ogni probabilità nella necessità di porre limitazioni a libertà in deroga alla Costituzione, la violazione delle quali è punita con sanzioni amministrative.

Inoltre, per salvaguardare la riserva di legge, la legge *extra* fatto tipico indica comportamenti all'interno dei quali il Presidente del Consiglio può scegliere. Si tratta di un passaggio molto importante, perché senza dubbio consente di soddisfare maggiormente le esigenze poste dalla legalità in termini di determinatezza. Anzi, andando ancora più a fondo, si potrebbe dire che il modello di disciplina adottato a livello nazionale per l'emergenza Covid, potrebbe essere adottato, con una legge da adottare – per così dire – in tempi di normalità, anche per la disciplina delle emergenze che si trova ad affrontare il Sindaco: insomma, per colmare il vuoto di legalità che abbiamo riscontrato per le ordinanze contingibili e urgenti, si potrebbe prevedere per legge un elenco tassativo dei divieti all'interno dei quali un Sindaco può scegliere di volta in volta quando si presentano le situazioni di emergenza.

Tuttavia rimane un problema che vorrei evidenziare.

Se torniamo ai contenuti dei divieti previsti dal d.l. n. 19/2020, ci rendiamo conto che si tratta di divieti che nella sostanza puniscono ciò che nella normalità costituirebbe esercizio di diritti: insomma, si tratta di “punizioni” dell'esercizio di diritti, per cui l'ordinario esercizio di determinati diritti è punito come illecito punitivo amministrativo: se fosse rimasto il penale si sarebbe potuto

¹⁴ A. CARDONE, *La “gestione alternativa” dell'emergenza nella recente prassi normativa del Governo: le fonti del diritto alla prova del covid-19*, in *Legisl. pen.*, 18.5.2020, p. 1 ss.

parlare di vere e proprie incriminazioni dell'esercizio di diritti senz'altro illegittime, perché liberticide, in assenza di covid.

Ebbene, il tema è: in presenza di un'emergenza, la limitazione "eccezionale" dei diritti in quanto derogatoria alla estensione costituzionalmente garantita nei momenti di normalità può avvenire mediante fonte secondaria? Oppure è necessaria comunque una riserva assoluta di legge?

Qualcuno potrebbe affermare che la prima limitazione prevista dalla lettera a) dell'art. 1, comma 2, d.l. n. 19/2020 non riguarda la circolazione, ma la stessa libertà personale, con la conseguenza che tale disposizione porrebbe problemi di legittimità riguardo all'art. 13 Cost. che prevede una riserva assoluta di legge. Può essere. Ma sgomberiamo il campo da questo problema di qualificazione della tipologia di diritto e soffermiamoci sulla lettera g) dello stesso articolo che riguarda in termini inequivoci la libertà di riunione. Ebbene, una limitazione di questo tenore che si estende anche alle riunioni "private", limitazione che in tempi di normalità sarebbe considerata sicuramente autoritaria, può essere attivata mediante d.p.c.m.?

A me pare che quando scatta l'emergenza, limitazioni in deroga alla portata normale dei diritti, ancorché presidiati con sanzioni amministrative, possano essere previste soltanto attraverso una legalità a riserva di legge assoluta.

Anzitutto, proprio perché si tratta di limitazioni in deroga, di limitazioni quindi contenutisticamente molto consistenti, si pone la necessità di bilanciare questo *vulnus* attraverso una riaffermazione forte della legalità. Insomma, mettere assieme limitazioni in deroga con una riserva di legge relativa che implica punizioni, ancorché a carattere amministrativo, finirebbe per determinare un eccessivo sbilanciamento a favore del potere esecutivo nella limitazione di diritti fondamentali.

Inoltre, non è soltanto un problema di democrazia, ma anche di controllo da parte della Corte costituzionale, soprattutto adesso che tale controllo è stato esteso alla ragionevolezza e alla razionalità delle scelte di incriminazione/punizione. Se infatti si ammette una riserva relativa che consente al potere esecutivo di scegliere condotte vietate che nella sostanza puniscono l'esercizio dei diritti, il controllo che potrà essere compiuto sul d.p.c.m. potrà essere soltanto di conformità o meno alla legge da parte del singolo giudice, controllo destinato a dare un esito scontato se si considera l'ampiezza della compressione da parte della legislazione, mentre non potrà essere valutata *erga omnes*, ad esempio, la distonia tra gli scopi perseguiti e i mezzi utilizzati da parte.

A ciò si deve aggiungere che suscita notevole perplessità l'aver attribuito ad un organo monocratico il potere di derogare alla portata costituzionale normale dei diritti. Anche perché non si può fare a meno di osservare come sia decisamente diversa la possibilità di deroga che contraddistingue le ordinanze straordinarie del Sindaco da quella che contraddistingue i d.p.c.m. come

disciplinati dal d.l. n. 19/2020: le prime possono derogare alla normativa vigente, non anche alla Costituzione, e quindi è pur sempre plausibile una deroga alla legalità con provvedimento monosoggettivo, anche perché il Sindaco ha una investitura democratica; le seconde, invece, finiscono per derogare alla stessa Costituzione, risultando decisamente problematico che una deroga alla Costituzione sia attivata da un solo soggetto non eletto.

Ecco allora che proprio accogliendo la soluzione qui proposta si creerebbero le condizioni per gestire l'emergenza nel modo più equilibrato possibile, e cioè soprattutto attraverso i decreti legge, suscettibili di un controllo costituzionale e coinvolgenti il Parlamento, oltre che essere adottati collegialmente dal Governo.

In buona sostanza, la soluzione qui proposta da un lato consente di affrontare comunque l'emergenza, anche in deroga alla Costituzione, attraverso lo strumento del decreto legge che i nostri costituenti avevano pensato proprio per gestire situazioni emergenziali necessitanti anche deroghe forti. Dall'altro lato, permette di soddisfare in modo pieno le esigenze di garanzia, evitando il paradosso che mentre limitazioni anche solo semplicemente ordinarie dei diritti mediante il diritto penale debbano avvenire per legge, le limitazioni straordinarie dei diritti mediante il diritto punitivo possano avvenire per d.p.c.m.

7. La riserva di legge relativa: un confronto tra costituzionalisti e penalisti

A questo punto il tema vero che si deve affrontare è quello della legalità, e sul punto non si può che scorgere un modo diverso di concepire il carattere relativo della riserva di legge da parte dei costituzionalisti e dei penalisti.

In particolare, a me pare che i costituzionalisti tendano a concepire la riserva di legge relativa in termini – per così dire – *soft*, nel senso che, non occupandosi della dimensione punitiva, concepiscono le limitazioni come “forme di disciplina della libertà”, con la conseguenza che è sufficiente una previsione di legge sufficientemente dettagliata per ritenersi rispettata la riserva di legge relativa, mentre le fonti secondarie possono compiere qualsiasi limitazione, purché restino all'interno della cornice tracciata dalla legalità. Non solo, ma siccome si tende a negare l'esistenza di condizioni emergenziali, tale riserva di legge relativa *soft* si ritiene pienamente operante anche quando le limitazioni comportano deroghe alla normale portata costituzionale dei diritti.

Paradigmatica sul punto la posizione di Massimo Luciani, il quale, dopo aver affermato che «nella vicenda che qui interessa la necessaria disciplina generale non manca», precisa che «le fonti secondarie, se possono derogare alle norme primarie (comunque sempre nel rispetto dei comuni principi di proporzionalità, temporaneità e tollerabilità delle limitazioni imposte), possono farlo solo nella misura in cui e nella forma indicata dalla fonte primaria legittimante,

la quale, proprio perché legittimante, non può essere a sua volta derogata»¹⁵: ma il problema sta proprio nella fonte primaria legittimante che è essa stessa in deroga alla portata normale dei diritti costituzionali, con la conseguenza che la fonte secondaria finisce per vietare, punendolo, ciò che nella normalità costituirebbe l'esercizio di un diritto.

Differentemente, per ineludibili esigenze di garanzia connesse al carattere afflittivo della sanzione a presidio delle limitazioni, i penalisti non possono non concepire la riserva di legge relativa che in termini comunque "duri". Con la conseguenza che, da un lato, essa non è mai ammessa nell'ambito del diritto penale, là dove l'intervento della fonte secondaria comporterebbe scelte valutative come ad esempio la scelta della condotta da incriminare, mentre è ammessa nell'ambito del diritto punitivo amministrativo. Tuttavia, anche in ambito del diritto punitivo amministrativo la riserva di legge relativa torna a farsi problematica allorquando tale diritto finisce per incidere sulle libertà fondamentali in deroga alla portata regolare dei diritti costituzionali, allorquando cioè si punisce ciò che nella normalità costituirebbe addirittura l'esercizio di un diritto.

Insomma, nelle situazioni normali, mentre i costituzionalisti tendono a non distinguere tra tipologie di integrazione, i penalisti distinguono a seconda che l'integrazione incida sul giudizio di disvalore del fatto e a seconda che la sanzione sia penale o punitiva amministrativa. Nelle situazioni di emergenza, mentre i costituzionalisti tendono a negare l'emergenza e ripropongono lo stesso concetto di riserva relativa anche per l'ipotesi in cui la disciplina dell'emergenza deroghi alla stessa Costituzione, i penalisti, nelle situazioni di emergenza, avvertono l'esigenza di rafforzare ulteriormente le garanzie riducendo gli spazi della riserva relativa anche se attiene all'illecito punitivo amministrativo, allorquando si pongono limitazioni all'esercizio dei diritti in deroga alla portata costituzionale che si ha nelle situazioni di normalità.

8. La linea e l'ellisse

Il penale non può mai derogare alla riserva di legge assoluta: né nella normalità, né nell'emergenza, anche perché la legalità penale è inderogabile (art. 15 CEDU): i fatti punibili con sanzione afflittiva che incide sulla libertà personale possono essere previsti soltanto per legge.

Il punitivo amministrativo in momenti di normalità conosce una riserva di legge relativa. Tuttavia si pone la necessità, a livello di sistema, di rafforzare le leggi *extra* fatto tipico che stanno al di sopra della fonte secondaria, soprattutto in termini di determinatezza, precisando più in dettaglio criteri e indicazioni ai

¹⁵ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in AIC, 10.4.2020, p. 124 s.

quali la fonte secondaria deve sottostare per individuare i comportamenti da punire.

In questa direzione, in prospettiva di riforma sarebbe opportuno applicare ai Sindaci e, in particolare, al potere di ordinanza contingibile e urgente il modello emergenziale configurato d.l. 19/2020: la legge predetermina le limitazioni all'interno delle quali il Sindaco può scegliere.

Il punitivo amministrativo in momenti di emergenza, là dove pone limiti ai diritti in deroga alla Costituzione, torna e reclamare una riserva di legge assoluta.

Per fronteggiare l'emergenza, sia con il diritto penale che con il diritto punitivo amministrativo, anche in deroga alla Costituzione, il potere politico gode dello strumento dei decreti legge, atti aventi forza di legge, suscettibili di un controllo *erga omnes*, anche di ragionevolezza, da parte della Corte costituzionale.