

**“STATO D’ASSEDIO” E PRINCIPI FONDAMENTALI:  
QUANDO L’ORDINANZA SINDACALE FINALIZZATA A FRONTEGGIARE  
LA PANDEMIA DA COVID-19 NON REGGE AL BANCO DI PROVA COSTITUZIONALE**

**ANDREA BONOMI**  
(Ricercatore di diritto costituzionale di tipo *b*),  
Università degli Studi di Bari Aldo Moro)

Data di pubblicazione: 30 luglio 2021

Il presente articolo è stato sottoposto a procedura di doppio referaggio anonimo

ANDREA BONOMI\*

**“Stato d’assedio” e principi fondamentali:  
quando l’ordinanza sindacale finalizzata a fronteggiare  
la pandemia da Covid-19 non regge al banco di prova costituzionale**

**Abstract (It.):** *lo scritto si prefigge di esaminare alcune disposizioni contenute in due ordinanze sindacali emesse in un periodo di “stato d’assedio” finalizzato a fronteggiare la pandemia causata dal Covid-19: tali disposizioni incidono su principi costituzionali così rilevanti – la libertà personale, il principio di determinatezza e il principio di proporzionalità delle sanzioni – che tale incidenza implica talune conseguenze seriamente problematiche.*

**Abstract (En.):** *the paper aims to examine some provisions contained in two trade union ordinances issued in a period of “state of siege” with the aim of facing the pandemic caused by Covid-19: these provisions affect such relevant constitutional principles – like personal freedom, the principle of certainty and the principle of proportionality of sanctions – that such effect implies some seriously problematic consequences.*

**Parole chiave:** “stato d’assedio”, pandemia, libertà personale, principio di determinatezza, principio di proporzionalità delle sanzioni.

**Key words:** “state of siege”, pandemic, personal freedom, principle of certainty, principle of proportionality of sanctions.

---

\* Ricercatore di diritto costituzionale di tipo *b*), Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Lo «stato d’assedio» e la libertà personale. – 2.1. Il *discrimen* fra la libertà personale e la libertà di circolazione nelle opinioni dottrinali e le diverse soluzioni nel caso di specie. – 2.2. Il *discrimen* fra la libertà personale e la libertà di circolazione nella giurisprudenza costituzionale e la soluzione nel caso di specie. – 2.3. L’ipotesi subordinata della «crisi costituzionale» e il contrasto con il canone della ragionevolezza intrinseca – 3. Lo «stato d’assedio» e il principio di determinatezza. – 3.1. Il principio di determinatezza e la sua applicabilità alle disposizioni che prevedono ipotesi di esenzione di responsabilità in riferimento alle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente punitivo-afflittive. – 3.2. L’individuazione del criterio da utilizzare al fine di appurare il rispetto del principio di determinatezza come parametro al cui metro vagliare previsioni contenute in disposizioni non strettamente penali. – 3.3. Le espressioni linguistiche valutative e quelle descrittive contenute nell’ordinanza sindacale n. 54/2021: differenze in ordine al rispetto del principio di determinatezza – 4. Lo «stato d’assedio» e il principio di proporzionalità della sanzione. – 5. Conclusioni finali.

### 1. *Premessa*

Quando si intende indicare una “condizione” straordinaria che è del tutto impreveduta dall’ordinamento giuridico normalmente in vigore e che deve essere affrontata con mezzi *extra ordinem*<sup>1</sup> – qual è senz’altro quella che è sorta a causa della pandemia originata dal virus Covid-19 – si ricorre a espressioni che sono formalmente, sì, diverse, ma che vengono utilizzate quali sinonimi, ovvero in modo particolare le seguenti: «stato di pericolo», «stato

---

<sup>1</sup> Come ben rileva P. PINNA, *L’emergenza davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1983, I, 1, 603-604, «la legge eccezionale d’emergenza riguarda un caso non previsto, né disciplinato dall’ordinamento ‘normale’: infatti le regole dettate da tale legge non vengono inserite in questo, poiché hanno carattere provvisorio, così come sono contingenti gli eventi che essa disciplina».

d'allarme», «stato di prevenzione», «stato di necessità», «stato d'emergenza», «stato d'eccezione», «stato d'assedio»<sup>2</sup>.

In questa sede si preferisce fare ricorso all'espressione «stato d'assedio»: da un lato a essa chi scrive non intende riconnettere alcuna valenza o connotazione “allarmistica”<sup>3</sup>; dall'altro lato la stessa sembra la più adatta a far risaltare la difficile tenuta del sistema istituzionale e la palese crisi del sistema delle fonti che si sono rivelate in tutta la loro gravità nel momento in cui si è reso necessario fronteggiare la suddetta pandemia<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Su queste e altre espressioni analoghe anche in chiave comparata cfr. P. STELLACCI, *Costituzionalità dello stato d'assedio*, in *La giust. pen.*, 1951, I, 334.

<sup>3</sup> D'altra parte, la circostanza che la situazione creata dalla pandemia causata dal virus Covid-19 non costituisca una “innominata” situazione d'emergenza, ma risulti prevista e disciplinata dalla legislazione in tema di protezione civile a cui poi si è uniformata la dichiarazione del Consiglio dei Ministri adottata all'inizio della pandemia stessa non è di ostacolo all'utilizzo dell'espressione «stato d'assedio»: come è stato ben chiarito dalla dottrina che più ha studiato la tematica, per quanto lo «stato d'assedio» abbia quali fasi preliminari tanto la constatazione (accertamento) di particolari pericoli insorti per l'ordine costituito quanto la valutazione (apprezzamento) della necessità di reagirvi con misure eccezionali, «il punto di partenza del procedimento di instaurazione di un regime di stato d'assedio va [...] identificato, in linea di massima, nel momento della “proclamazione”: è questo infatti l'atto dichiarativo che appare produttivo di particolari conseguenze giuridiche» (così G. MOTZO, *Il comando delle Forze armate e la condotta dei regimi di emergenza nel sistema costituzionale italiano*, Milano 1957, 194).

<sup>4</sup> Addirittura, a giudizio di V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, Milano 2010, 201, lo «stato d'assedio» «continua ad essere un punto di riferimento per la ricostruzione del fenomeno in esame [il regime degli stati emergenziali]» benché l'Autrice osservi al contempo che esso «non si può più considerare lo “stato d'emergenza” per eccellenza, come avveniva in passato».

È bene precisare che l'espressione «stato d'assedio» può essere intesa in tre modi<sup>5</sup>.

L'espressione può intendersi come «stato d'assedio militare», ovvero quella situazione in cui si veniva a trovare una porzione di territorio – una città, una fortezza, un posto fortificato o un luogo chiuso – accerchiata e pertanto assediata da un esercito nemico e in cui dunque diventava fondamentale individuare i poteri di difesa della piazzaforte militare assediata<sup>6</sup>. Basti pensare alla Francia durante l'*Ancien Régime* allorché in alcune ordinanze regie con *état de siège* s'indicava l'assetto amministrativo e militare interno alla fortezza assediata<sup>7</sup>. La particolare “condizione” che si verificava entro la porzione di territorio faceva sì che prevalesse in forma pressoché assoluta il comandante su tutti gli altri soggetti compresi nello spazio assediato: questi ultimi venivano sottomessi a una rigida disciplina perché «ogni cosa ed ogni persona, e le loro particolari esigenze, devono subordinarsi alla necessità della difesa dagli assalti nemici»<sup>8</sup>. In questo suo

---

<sup>5</sup> Per una panoramica in materia cfr. di recente, volendo, A. BONOMI, *Un possibile nuovo “rapporto” fra legge regionale e legge statale: “abrogazione territoriale” o “deroga-sospensione” sul modello dello “stato d'assedio”?*, in C. BERTOLINO - A. MORELLI - G. SOBRINO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specialità regionale: problemi e prospettive*, Torino 2020, partic. 357 ss. In tema fra i tanti contributi più lontani nel tempo pare comunque imprescindibile il lavoro di F. MODUGNO - D. NOCILLA, *Stato d'assedio*, in *N.ssmo dig. it.*, Torino, 1971, 273 ss.

<sup>6</sup> Cfr. G. MOTZO, *Assedio (stato di)*, in *Enc. dir.*, III (1958), 250; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova 1986, 112; G. BASCHERINI, *Lo stato d'assedio nell'esperienza statutaria italiana*, in *Giur. cost.*, 1994, 4267, nt. 2.

<sup>7</sup> Cfr. per indicazioni in ordine a tali ordinanze P.G. GRASSO, *I problemi giuridici dello «stato d'assedio» nell'ordinamento italiano*, Pavia 1959, 13, nt. 3.

<sup>8</sup> P.G. GRASSO, *I problemi giuridici dello «stato d'assedio» nell'ordinamento italiano*, cit., 13.

primo significato giuridico l'espressione «stato d'assedio» attualmente assume oramai una limitata rilevanza pratica.

Oppure la stessa espressione può significare lo «stato d'assedio politico» detto anche «civile» o «fittizio»<sup>9</sup>. In questo suo secondo significato lo «stato d'assedio» nasce nella Francia rivoluzionaria e viene adottato dagli Stati liberali al fine di fronteggiare quei fenomeni interni intesi quali gravi calamità naturali ma molto più spesso per non dire addirittura quasi sempre quali agitazioni di natura politico-sociale e *in primis* tumulti o rivolte di una parte della popolazione e in particolare delle classi proletarie<sup>10</sup>. Siffatta situazione

---

<sup>9</sup> Come bene osserva G. MOTZO, *Il comando delle Forze armate e la condotta dei regimi di emergenza nel sistema costituzionale italiano*, cit., 197, lo stato d'assedio è «fittizio» «nella misura in cui di necessità trae la sua origine da particolari esigenze di politica interna, alle quali viene asservito l'originario procedimento tecnico-militare»: all'Autore – alle pp. 195-196 dell'opera appena citata – si deve altresì un interessante resoconto del passaggio dallo «stato d'assedio militare» a quello, appunto, «fittizio».

<sup>10</sup> In tema cfr. G. BASCHERINI, *Lo stato d'assedio nell'esperienza statutaria italiana*, cit., 4314, il quale definisce lo «stato d'assedio» in questa seconda accezione «strumento di estrema difesa dello Stato [...] contro [...] nemici interni»; G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano 2003, 284-285 e *ivi* nt. 73, il quale sottolinea che lo «stato d'assedio» così inteso in Italia dopo l'unificazione fu proclamato – eccezion fatta per il terremoto di Messina e di Reggio Calabria – a seguito di agitazioni popolari e per ragioni di ordine pubblico e che durante il periodo fascista fu emanata una disciplina dello «stato d'assedio» che prevedeva in progressione lo stato di pericolo pubblico – dichiarato il quale il Prefetto avrebbe potuto ordinare l'arresto o la detenzione di qualsiasi persona qualora ciò avesse ritenuto necessario per ristabilire o per conservare l'ordine pubblico e il Ministro degli Interni avrebbe potuto emanare ordinanze anche in deroga alle leggi vigenti –, lo stato di guerra per motivi di ordine pubblico – durante il quale la tutela dell'ordine pubblico veniva affidata all'autorità militare mentre quelle civili in questo ambito non sarebbero potute intervenire se non appositamente delegate dall'autorità militare stessa – e infine

è caratterizzata dalla sospensione, totale o parziale, delle leggi e della Costituzione nonché dalla sostituzione, totale o parziale, all'autorità civile dell'autorità militare<sup>11</sup>, la quale viene autorizzata a utilizzare i «poteri necessari» «contro il popolo»<sup>12</sup>: in altri termini, la salvezza dello Stato, che

---

il massimo regime di emergenza interna, ovvero lo stato di guerra interno – durante il quale il Comandante militare supremo assumeva poteri civili –.

<sup>11</sup> Cfr., *inter alios*, G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 284, il quale ricorda che il comandante militare, in veste di capo delle operazioni, poteva agire «senza alcun limite legale, trattando [...] la popolazione come “nemica della Francia”, cioè fuori legge e senza diritti costituzionali».

Sulle problematicità poi che il potere dell'autorità militare di emanare bandi militari pone sia prima sia con l'avvento della Costituzione cfr. C. CARBONE, *Sulla validità dei bandi militari*, Padova 1957, partic. 7 ss. e 77 ss., nonché ID., *Bandi militari*, in *Enc. dir.*, V (1959), 49-56; P.G. GRASSO, *Bandi militari*, in *Enc. giur.*, V (1988), 1-4.

<sup>12</sup> Come ben ricorda G. BASCHERINI, *L'emergenza e i diritti. Un'ipotesi di lettura*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 12-13, nell'esperienza statutaria «né il parlamento né i giudici sollevarono mai obiezioni sostanziali riguardo la competenza governativa circa la proclamazione degli stati d'assedio. I decreti di proclamazione degli stati d'assedio non recarono mai la clausola della loro presentazione in parlamento per la loro conversione in legge, sebbene talvolta questo si sia pronunciato in materia attraverso voti di fiducia e neppure l'autorità giudiziaria sollevò mai obiezioni circa la competenza governativa alla proclamazione degli stati d'assedio»: l'Autore conclude osservando – a p. 15 – che «la sostituzione, in stato d'assedio, della giurisdizione ordinaria con i tribunali militari straordinari [...] permetteva [...], attraverso una forte diminuzione del diritto di difesa, di ottenere decisioni rapide ed in linea con l'azione di governo. L'eccezionalità della situazione e le “supreme necessità dello Stato” facevano sì che assurgesse al rango di prova qualunque elemento di sospetto e che si procedesse spinti soprattutto dalla necessità di reprimere ogni forma di dissenso e la giurisprudenza della Cassazione, in questo contesto, finì per risolversi in un avallo dell'opera dell'esecutivo e dell'esercito».

giustifica tale «stato d’assedio»<sup>13</sup> e che è minacciata da agitazioni, tumulti o rivolte interne, è lo strumento «per la salvaguardia non tanto della forma di stato quanto della forma di governo, e spesso dello stesso governo in carica» e questo strumento è finalizzato a «combattere i nemici interni dello Stato»<sup>14</sup>.

Esiste però anche un terzo significato che può essere riconnesso all’espressione «stato d’assedio»: questo terzo significato inerisce a una situazione emergenziale che può coinvolgere uno Stato a regime costituzionale<sup>15</sup> e che può derivare da tumulti o da rivolte interne che, se non adeguatamente fronteggiati, possono rischiare di sfociare addirittura in una guerra civile oppure da catastrofi naturali quali terremoti o inondazioni

---

<sup>13</sup> Come sottolinea B. CHERCHI, *Stato d’assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell’Assemblea Costituente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 1108, nt. 1, «la costituzionalità dello stato d’assedio era generalmente ammessa da tutti i pubblicisti che si occuparono del problema durante la vigenza dello Statuto albertino, studiando il fenomeno nel più generale contesto dei poteri che il governo poteva esercitare in campo legislativo. Questi ultimi, infatti, non avevano una positiva previsione statutaria e pertanto la loro ammissibilità, pur non contestata nella sostanza, era variamente fondata. La dottrina potrebbe essere divisa tendenzialmente in tre filoni: coloro che ammettevano lo stato d’assedio come potere governativo puro e semplice; coloro che lo consideravano un dato extragiuridico obiettivamente necessario e, infine, chi lo ammetteva richiedendo, peraltro, un “bill d’indennità” da parte del parlamento».

<sup>14</sup> Entrambe le ultime citazioni sono tratte da G. BASCHERINI, *Lo stato d’assedio nell’esperienza statutaria italiana*, cit., 4304.

<sup>15</sup> ... nel quale l’eccezionalità della situazione assume una particolarissima rilevanza essendo lo Stato a regime costituzionale caratterizzato dal «sostituire all’arbitrio del sovrano la legge, la Costituzione»: così G. BASCHERINI, *Lo stato d’assedio nell’esperienza statutaria italiana*, cit., 4268, il quale bene osserva che nei regimi assoluti sono «più difficilmente rintracciabili criteri giuridici di riferimento, di confronto tra ciò che è giuridicamente *normale* e ciò che è *eccezionale*».

oppure anche da forme particolarmente contagiose di malattie in grado di colpire una parte consistente della popolazione se non perfino da vere e proprie epidemie oppure ancora da attacchi portati alle istituzioni con modalità, ad esempio, terroristiche sia interne sia internazionali. La particolarità di questo terzo significato dello «stato d'assedio» rispetto al secondo significato poc'anzi esaminato risiede nella circostanza che la sospensione, totale o parziale, delle leggi e della Costituzione in primo luogo non va di pari passo con la sostituzione, totale o parziale, all'autorità civile dell'autorità militare e in secondo luogo – quel che più conta – rappresenta uno strumento rivolto non “contro il popolo” – o contro una determinata classe sociale – anziché in difesa della sovranità che appartiene al popolo medesimo, bensì rivolto a favore della “sopravvivenza” dello stesso ordinamento e dunque in difesa della sovranità<sup>16</sup>: si potrebbe così osservare che in questa accezione lo «stato d'assedio» diventa una risposta *extra ordinem* dell'ordinamento a salvaguardia non tanto della forma di governo e men che meno del governo in carica, ma quanto e soprattutto della forma di

---

<sup>16</sup> Cfr. F. COCOZZA, *Assedio (stato di)*, in *Enc. giur.*, III (1988), 1; L. BUSCEMA, *Lo stato di guerra in tempo di pace*, Napoli 2014, 287-289, partic. 288; fra gli ultimi R. MANFRELLOTTI, *La delegificazione nella disciplina dell'emergenza pandemica*, in *Riv. AIC*, 2/2021, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 8 maggio 2021, 227, il quale sembra collocare in questo terzo significato l'espressione «stato d'assedio» nella misura in cui la definisce «una garanzia costituzionale atipica che [...] si connette alla stessa sopravvivenza dell'ordine costituzionale» concludendo poi nel senso che «in ragione di tale finalità, la dottrina tende generalmente a valutarne i confini ed i limiti in maniera particolarmente blanda. Si ritiene che nello stato di assedio la volontà politica possa manifestarsi nella sua forma assoluta e libera dai confini tracciati dalla Costituzione, ove necessario per fronteggiare l'emergenza, recuperando in tale maniera una manifestazione di potere sovrano in senso soggettivo: il sovrano acquisisce il potere di decidere indipendentemente dal diritto positivo sullo stato di eccezione».

Stato perché in gioco è «lo Stato come forma di esistenza politica di un popolo»<sup>17</sup>.

La situazione da ultimo delineata è quella che si è verificata nel momento in cui nel territorio italiano è risultato necessario fronteggiare la pandemia causata dal virus Covid-19: più in particolare, si è reso indispensabile evitare che tale pandemia arrivasse a colpire una parte così consistente e significativa della popolazione da determinare il collasso del sistema sanitario nazionale e conseguentemente un'ingente perdita di vite umane e impedire al contempo il pericolo della disgregazione della stessa forma di Stato democratico-sociale.

Al fine di perseguire questo obiettivo si è palesata la necessità di intervenire tempestivamente non solo sull'intero territorio nazionale ma anche a livello locale attraverso ordinanze regionali e sindacali approntando una “situazione normativa” *extra ordinem*.

Uno dei problemi che tuttavia fin da subito si è posto tanto in sede di scelta delle opzioni politiche volte ad affrontare l'emergenza pandemica, nell'ambito dottrinale e nell'ambito giurisprudenziale, è stato quello consistente nell'appurare se tale “situazione normativa” *extra ordinem* potesse incidere – attraverso la loro provvisoria privazione di efficacia – su tutti i principi costituzionali indistintamente e con qualunque “intensità”, ovvero fino al punto di correre il rischio, ben prospettato da Livio Paladin, di identificare nella «salvezza della Repubblica [...] il velo dietro il quale si nascondono velleità autoritarie, deliri di onnipotenza, dissociazioni del potere dalle regole del suo democratico esercizio»<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Così P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano 1988, 49.

<sup>18</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 232.

Proprio sotto il profilo dell'incidenza a dir poco con «disinvoltura»<sup>19</sup> su alcuni principi costituzionali di particolare “spessore” attraverso la loro sospensione – intesa, quest'ultima, quale «condizione nella quale sono [...] rese quiescenti [alcune] garanzie costituzionalmente stabilite»<sup>20</sup> – risulta interessante indagare talune disposizioni che sono contenute in due recenti ordinanze sindacali del Comune di Acquaviva delle Fonti (BA), ovvero le seguenti: l'ordinanza, adottata dal Sindaco, del 26 marzo 2021, n. 54 («Ordinanza per l'attuazione di ulteriori misure urgenti finalizzate al contenimento del contagio nell'ambito dell'emergenza COVID-19»), che esplica validità dal 26 marzo al 6 aprile 2021 ma che «è suscettibile di modifica in base alla valutazione dell'impatto delle misure assunte a livello nazionale e/o regionale, sull'evolversi della situazione epidemiologica»; l'ordinanza, adottata dal Vice Sindaco, del 27 aprile 2021, n. 68 («Ordinanza per l'attuazione di ulteriori misure urgenti finalizzate al contenimento del contagio nell'ambito dell'emergenza COVID-19»), che esplica validità a partire dal 27 aprile 2021 e che è «suscettibile di modifica in base alla valutazione dell'impatto delle misure assunte a livello locale, regionale e/o nazionale, sull'evolversi della situazione epidemiologica».

All'interno delle ordinanze in esame vi sono diverse previsioni che suscitano forti perplessità.

---

<sup>19</sup> Si prende a prestito questa espressione di M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta on line*, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 11 aprile 2020, 22.

<sup>20</sup> Così P. PINNA, *L'emergenza davanti alla Corte costituzionale*, cit., 604; si potrebbe peraltro osservare che – come avviene nei casi all'esame in questo scritto – quando la temporanea privazione di efficacia di una norma si accompagna alla contemporanea sostituzione di quest'ultima con un'altra norma si verifica in effetti null'altro se non una revisione a tempo (in tal senso cfr. M. PIAZZA, *L'illegittima «sospensione della Costituzione» prevista nel c.d. «Piano Solo»*, in *Giur. cost.*, 2001, 813).

Basti pensare che nella prima ordinanza compare un riferimento sia all'art. 50 sia all'art. 54 T.U.E.L. quando in realtà si tratta di disposizioni che presentano fondamenti e limiti assai diversi.

Da una parte, l'art. 50 attribuisce al Sindaco quale rappresentante della comunità locale il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale; dall'altra parte, l'art. 54 attribuisce al Sindaco quale ufficiale di Governo il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti volte a prevenire e a eliminare gravi pericoli per l'incolumità pubblica intesa come integrità fisica della popolazione<sup>21</sup>: insomma, i limiti che possono essere tratti dall'art. 50 sono dimensionali, mentre quelli che è possibile inferire dall'art. 54 sono teleologici.

Ne consegue che riferirsi cumulativamente all'una e all'altra di tali disposizioni significa agire illegittimamente – «in una sorta di schizofrenia bicefala» e in un'«abnorme cumulazione dei ruoli funzionali»<sup>22</sup> – sia come rappresentanti della comunità locale sia come ufficiali di Governo.

---

<sup>21</sup> In tema cfr. le osservazioni di G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari 2010, spec. 166 ss.

<sup>22</sup> Così N. PIGNATELLI, *La specialità delle ordinanze dei Sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere "inesauribile"*, in questa *Rivista*, 2/2020, [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it), 10 giugno 2020, rispettz. 70 e 71, secondo il quale «evidentemente tale confusione di istituti, richiamati in modo apparentemente rafforzativo, si pone in contrasto con i presupposti stessi di esercizio del potere nonché con la diversa natura dei rispettivi regimi normativi; quello dell'art. 54 TUEL, che presuppone l'esistenza di un rapporto gerarchico con il Prefetto e con esso il potere di annullamento prefettizio, diversamente da quello dell'art. 50 TUEL, che, in assenza di tale relazione gerarchica, ammette in via residuale, a tutela dell'unità dell'ordinamento giuridico, il potere di annullamento straordinario del Governo ex art. 138 TUEL»; analogamente cfr. anche R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus*

Oppure si consideri che nella seconda ordinanza è inserita la previsione in virtù della quale essa «ha una efficacia temporale fino a nuova ordinanza».

Si tratta di una previsione assai discutibile perché non tiene nella dovuta considerazione la provvisorietà delle ordinanze e della loro efficacia giuridica su cui da tempo insiste tanto la dottrina<sup>23</sup> quanto la giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>24</sup>.

Proprio in virtù di tale provvisorietà alcuni studiosi hanno ritenuto che l'ordinanza debba contenere la cosiddetta *sunset clause*<sup>25</sup>, ovvero prevedere un termine finale di efficacia quale «declinazione del principio di

---

*nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta on line*, III/2020, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 5 ottobre 2020, 533.

<sup>23</sup> Cfr., per tutti, P.G. GRASSO, *I problemi giuridici dello «stato d'assedio» nell'ordinamento italiano*, cit., 269; G. DE VERGOTTINI, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano 1971, 273 nota 67 [«il rapporto fra regime eccezionale e temporaneità è proprio, in genere, di quelle situazioni in cui i presupposti di fatto del regime eccezionale presentino carattere di anormalità, gravità, eccezionalità ecc. (come in caso di guerra, insurrezioni, cataclismi e calamità naturali, epidemie) mentre non sembra ricorrere in altre ipotesi in cui il regime derogatorio rispetto ai principi dell'ordinamento è tendenzialmente permanente»]; P. PINNA, *L'emergenza davanti alla Corte costituzionale*, cit., 607; più di recente G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 238, nonché – sia pure con osservazioni più generali – M. BASCHERINI, *Alle origini dei decreti-legge. Saggio sulla decretazione governativa di urgenza e sulla sua genealogia nell'ordinamento giuridico dell'Italia pre-fascista*, in *Nomos*, 2/2012, [www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 1 ss., 6 e 18-19.

<sup>24</sup> Cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. III, sent. 29 maggio 2015, n. 2697.

<sup>25</sup> Su tale clausola, nella quale si sostanzia la predeterminazione temporale dell'efficacia di una norma, cfr. L. LUSTGARTEN, *National Security, Terrorism and Constitutional Balance*, in *Pol. Q.* (vol. 75), 2004, partic. 4 ss., 7-8; J.E. GERSEN, *Temporary Legislation*, in *The Univ. of Chicago Law Rev.* (vol. 74), 2007, spec. 261.

ragionevolezza e del principio di proporzionalità»<sup>26</sup>, mentre altri commentatori hanno, sì, valutato come superflua l'apposizione esplicita di un termine finale per gli effetti dell'ordinanza<sup>27</sup>, ma hanno altresì precisato che, dovendo solamente supplire all'inutilizzabilità degli strumenti ordinari in vista della tutela di interessi o di scopi protetti dal diritto normalmente vigente, l'ordinanza comunque «deve cedere il passo [...] di fronte alla possibilità che vengano meno gli impedimenti della necessità e che quei mezzi o quegli strumenti ordinari possano di nuovo sortire i propri effetti»<sup>28</sup>: è

---

<sup>26</sup> Così A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino 2011, 286, secondo il quale «l'estensione temporale della deroga non deve poter determinare variazioni dell'assetto normativo di una data disciplina che abbia una durata ulteriore rispetto a quanto è strettamente necessario a fronteggiare l'emergenza».

<sup>27</sup> Rileva G. BASCHERINI, *Lo stato d'assedio nell'esperienza statutaria italiana*, cit., 4280, che in riferimento all'applicazione dello «stato d'assedio» nello Stato liberale, essendo praticamente impossibile determinare preventivamente il momento esatto in cui sarebbero venute meno le condizioni eccezionali che avevano imposto lo «stato d'assedio» quale misura straordinaria, la cessazione di tale misura «si otteneva normalmente con la revoca del provvedimento [...] senza quindi stabilire a priori nell'atto di proclamazione un termine finale»; per un esempio di emergenza che non può avere una durata prevedibile *ex ante* cfr. G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli 2016, 185, la quale adduce il «caso» dell'emergenza mafiosa che è connotata *naturaliter* nel senso di non avere un termine fisso entro cui venir meno, ovvero una scadenza conoscibile in anticipo.

<sup>28</sup> Così V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 147, il quale – alle pp. 150-152 – riporta lo stesso schema allo stato di guerra e allo «stato d'assedio» tradizionalmente inteso, ovvero quello corrispondente al secondo significato da noi in precedenza sopra nel testo lumeggiato; in senso conforme cfr. G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, cit., 75, secondo la quale «il diritto eccezionale può porre unicamente regole a durata prefissata o, in mancanza di un termine finale posto *ex ante*, disposizioni

proprio per queste argomentazioni – che sono in buona sostanza rinvenibili anche in sede di giurisprudenza costituzionale come ben si inferisce dalla lettura della famosissima sentenza n. 15 del 1982<sup>29</sup> – che la previsione secondo cui l’ordinanza ha un’efficacia temporale «fino a nuova ordinanza» desta notevoli perplessità.

Tuttavia in questa sede – e per i motivi in precedenza lumeggiati quando si è focalizzata l’attenzione sull’intensa incidenza su alcuni principi costituzionali – saranno oggetto di approfondimento soltanto le seguenti disposizioni: in primo luogo la disposizione, contenuta in entrambe le ordinanze, che prevede il «divieto per i minori di 14 anni, di muoversi sul territorio comunale, dalle ore 16:00 alle ore 07:00 del giorno successivo, se non accompagnati da un genitore/familiare maggiorenne»<sup>30</sup>; in secondo luogo la

---

fisiologicamente destinate a esaurirsi col venire meno dello stato di emergenza, cioè del fatto causativo della legge della paura», nonché, fra gli ultimi, M. CAVINO, *Appunti sui limiti territoriali all’esercizio del potere di ordinanza (in tempo di pandemia)*, in *Riv. AIC*, 1/2021, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 23 febbraio 2021, 446.

<sup>29</sup> In tale decisione si legge che «l’emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima sì misure insolite, ma che queste perdono legittimità se ingiustificatamente protratte nel tempo»; sul punto cfr. G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, cit., 80-81, la quale rileva che «dinanzi a leggi della paura permanenti, o per la mancanza di un termine esplicitamente posto, o per la continuità temporale assicurata da successive deroghe, la Corte deve esercitare con pienezza le proprie attribuzioni. Accertata l’illegittimità di una norma, essa deve dichiararla e contestualmente pronunciarne l’annullamento, se è venuta meno la temporaneità, che inizialmente poteva, in rapporto alla *emergency clause* implicita, giustificare la clemenza verso un legislatore della paura provvisorio, e quindi la sopravvivenza della disciplina».

<sup>30</sup> Così rispettivamente il punto 5 dell’ordinanza n. 54/2021 e il punto 1 dell’ordinanza n. 68/2021.

disposizione, contenuta solo nell'ordinanza n. 54/2021, in virtù della quale «è consentito, vista l'ampia disponibilità nel territorio comunale di aree rurali, ad eccezione della giornata del 5 aprile (pasquetta) lo spostamento in campagna per attività motorie/sportive, limitatamente al nucleo familiare convivente, confidando nel senso di responsabilità e se strettamente necessario ad alleviare situazioni di disagio psico-fisico e ad evitare gli spazi cittadini che potrebbero affollarsi; con l'impegno ad evitare qualsiasi contatto con altre famiglie e a non sostare in zone già frequentate da altri nuclei familiari»<sup>31</sup>; in terzo luogo la disposizione, inserita in tutte e due le ordinanze, che, quanto alla sanzione in caso di trasgressione delle previsioni in esse contenute che pongono divieti (fra cui quella inerente agli infraquattordicenni poc'anzi indicata), specifica che «ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.l. 16 maggio 2020, n. 33, come convertito in legge 14 luglio 2020, n. 74, salvo che il fatto costituisca reato, le violazioni del decreto legge medesimo, ovvero dei decreti e delle ordinanze adottate in attuazione dello stesso, compreso il presente Provvedimento, sono punite con la sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'articolo 4, comma 1, del d.l. 25 marzo, n. 19 convertito in legge n. 35/2020, da euro 400,00 ad euro 1.000,00».

## *2. Lo «stato d'assedio» e la libertà personale*

### *2.1. Il discrimen fra la libertà personale e la libertà di circolazione nelle opinioni dottrinali e le diverse soluzioni nel caso di specie*

La prima disposizione che suscita serie perplessità di ordine costituzionale è quella secondo la quale è fatto «divieto per i minori di 14 anni, di muoversi

---

<sup>31</sup> Così il punto 9 dell'ordinanza.

sul territorio comunale, dalle ore 16:00 alle ore 07:00 del giorno successivo, se non accompagnati da un genitore/familiare maggiorenne».

In primo luogo la problematica che, dalla lettura di questa disposizione, richiede una risoluzione è la seguente: qual è il principio costituzionale che, attraverso la sua sospensione, viene in considerazione nella fattispecie concreta?

La risposta a tale interrogativo consente di identificare la norma costituzionale che può essere interessata e le garanzie che possono dirsi apprestate: è evidente infatti che tali garanzie mutano se a entrare in gioco è l'art. 13 Cost. anziché l'art. 16 Cost. o se invece la norma di riferimento è individuabile nell'art. 23 Cost.

A nostro sommo avviso e per i motivi che saranno in seguito esplicitati è quello inerente alla libertà personale il principio che risulta coinvolto in riferimento agli infraquattordicenni.

Non v'è dubbio che la contiguità con la libertà di circolazione sia palese: come è stato osservato, fra la libertà personale e quella di circolazione vi è soltanto una «differenza quantitativa e di grado», ragion per cui «è spesso difficile stabilire sotto quale dei due ombrelli ci si sta riparando»<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Entrambe le ultime citazioni sono tratte da R. BIN, *Molti dubbi, un'unica certezza*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino 2001, 39; di «due cerchi interferenti, nessuno dei quali è incluso nell'altro» discorre altresì A. CERRI, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XIX (1990), 6, secondo il quale «un certo costringimento tocca anche la libertà di circolazione, oltre alla libertà personale, quando comporti un limite in qualche modo correlato ad un luogo (che acquisisce quindi rilevanza giuridica nel provvedimento che lo impone). Quando invece il luogo è irrilevante, come nel caso, ad es., in cui la polizia procede alla identificazione di una persona, ad una perquisizione od anche ad un arresto [...], la coercizione tocca la sola libertà personale. Un obbligo, un ordine non

Non è un caso d'altronde se la dottrina sul punto ha potuto raggiungere conclusioni diversissime.

È evidente, ad esempio, che, se si ritiene che la libertà personale non è mai messa in gioco se non da poteri coercitivi implicanti la sottoposizione, sia pure momentanea, a stato detentivo e «ogni diversa afflizione, di carattere non fisico ovvero traducesi nell'imposizione di prestazioni varie, le è estranea [...] o meglio [...] può assumere rilievo rispetto ad essa [...] in quanto sia una conseguenza dello stato detentivo»<sup>33</sup> e, ancor di più, se si ritiene che l'art. 13 Cost. riguardi misure che si concretizzano nell'assoggettamento a obblighi o a divieti purché ne risulti la diretta e specifica funzionalizzazione alle esigenze di un procedimento penale in corso<sup>34</sup>, il divieto per i minori di quattordici anni di muoversi sul territorio comunale in un certo orario della giornata se non accompagnati da un genitore o da un familiare maggiorenne non può concretare una restrizione della libertà personale, ma implica semmai una limitazione della libertà di circolazione.

Nel caso oggetto di esame in questa sede non viene infatti in considerazione alcun potere coercitivo che comporti la sottoposizione ancorché temporanea a uno *status* detentivo<sup>35</sup> né tanto meno entra in gioco una misura funzionalizzata alle esigenze di un procedimento penale in corso.

---

coercibile ma correlato a parametri spaziali ben precisi e determinati tocca, d'altra parte, la sola libertà di circolazione e non la libertà personale».

<sup>33</sup> Così G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1976 (rist.), 23-24, il quale pure osserva che «la libertà di circolazione è la prima, necessaria vittima di ogni restrizione della libertà personale» (23, nt. 43).

<sup>34</sup> Cfr. in tal senso F. BRICOLA, *Forme di tutela ante-delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Milano 1975, 69; L. BRESCIANI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Dig./Pen.*, VII (1992), 446.

<sup>35</sup> ... se per persona sottoposta a *status* detentivo si intende «una persona ristretta in un istituto di pena senza specificarne la posizione giuridica»: questa è la definizione tratta dal

Analogamente, se si ritiene che l'obbligo positivo di circolare o di soggiornare entro una determinata circoscrizione territoriale leda la libertà personale, mentre l'obbligo esclusivamente negativo di non circolare o di non soggiornare in date parti del territorio quella di circolazione e di soggiorno<sup>36</sup>, allora il divieto in esame dà origine a una limitazione non della libertà personale, bensì di quella di circolazione.

Tale divieto infatti consiste nel non circolare nel territorio comunale.

Probabilmente alla stessa soluzione si addiène ad adottare la tesi secondo la quale, mentre le garanzie dell'art. 13 Cost. vanno sempre riferite a singole persone<sup>37</sup>, l'art. 16 Cost. «non può garantire i cittadini in relazione alla loro *individuale* libertà di movimento – sia questa caratterizzata o meno territorialmente –»<sup>38</sup>, ma pone limitazioni che hanno a oggetto «la generalità

---

Glossario del Decreto del Ministro della Giustizia del 5 dicembre 2012 («Approvazione della Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati»). Per maggiori ragguagli sul concetto di detenzione e di *status* detentivo cfr., volendo, A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del Giudice delle leggi*, Bari 2018, 11 ss.

<sup>36</sup> La tesi è sostenuta da M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enc. dir.*, VII (1962), 16.

<sup>37</sup> In tal senso si esprime una diffusa tesi dottrinale: cfr., *inter alios* e oltre agli autori citati nelle appena successive note 38, 39 e 41, L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1991, 616, secondo il quale la differenza fra l'art. 13 Cost. e l'art. 16 Cost. è che il primo si riferisce a singoli individui soprattutto in vista dei commessi reati, dei giudizi penali a cui sono sottoposti e della loro ritenuta pericolosità sociale, mentre il secondo attiene piuttosto alla cosiddetta relazione fra persona e territorio e, pur potendo coinvolgere i diritti di determinati individui, per esempio in quanto portatori di determinate epidemie, non ne lede affatto la «pari dignità».

<sup>38</sup> Così P. GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, I, 210 (con corsivo nostro).

dei cittadini, quando per ragioni di sanità o di sicurezza si rendesse necessario vietare la circolazione o vietare o imporre il soggiorno in un determinato luogo»<sup>39</sup>.

È chiaro infatti che il divieto in questione si rivolge non a una persona fisica o comunque ad alcuni soggetti in particolare, ma a un'intera "categoria" di individui delimitata in base alla loro età e dunque la libertà personale non viene in considerazione.

Non è un caso dopotutto che questa tesi sia stata accolta da molti studiosi al fine di sostenere l'esclusione di un'incidenza sulla libertà personale in ordine alle misure adottate a livello nazionale nella fase iniziale del contrasto alla pandemia da Covid-19 allorquando si è verificata la più stringente limitazione alla libertà di locomozione di ogni consociato a prescindere dalla propria età e, come tale, suscettibile di deroga unicamente al verificarsi di condizioni tassativamente<sup>40</sup> individuate<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> P. GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, cit., 210-211; la tesi è sostenuta anche *inter alios*, più di recente, da E. GIANFRANCESCO, *Trattenimento temporaneo, accompagnamento coattivo alla frontiera ed espulsione amministrativa tra libertà personale, libertà da prestazioni personali e libertà di circolazione*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti*, cit., 102.

<sup>40</sup> ... sebbene «con una certa vaghezza espressiva»: così – a nostro sommesso avviso con ottime ragioni trattandosi di «comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute» (così l'art. 1, co. 1, lett. a) d.p.c.m. 8 marzo 2020) – A. RUGGERI, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Forum La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, in questa *Rivista*, 1/2020, [www.dirittiregionali.it](http://www.dirittiregionali.it), 21 marzo 2020, 375.

<sup>41</sup> Cfr., *inter alios*, C. CARUSO, *Intervista a su La pandemia aggredisce anche il diritto?*, a cura di F. De Stefano, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2 aprile 2020, 1 ss., nonché M. LUCIANI, *Avviso ai naviganti del Mar pandemico*, in *Quest. giust.*, 2020, n. 2, 9, secondo cui fra l'altro «i provvedimenti concernenti la quarantena non colpiscono la libertà personale, perché non

A conclusioni diametralmente opposte si addiviene, invece, qualora si ritenga che l'art. 13 Cost. garantisca la persona fisica contro le situazioni temporanee o durature di assoggettamento all'altrui volere conseguenti a una situazione di coazione fisica e che coercizione della libertà fisica si ha quando alla mancata ottemperanza dell'obbligo o del divieto seguirebbe pressoché automaticamente il ricorso alla coazione da parte della pubblica autorità<sup>42</sup> o comunque la minaccia di una sanzione penale<sup>43</sup> o anche – sulla base dei notissimi criteri Engel individuati dalla Corte di Strasburgo<sup>44</sup> ma recepiti

---

posseggono i tratti distintivi di quelli che la toccano (valutazione moralmente negativa dell'inciso; uso della forza fisica)»; sulla tesi ritiene che non vi sia «nulla da eccepire al piano teorico-astratto» A. RUGGERI, *Il Coronavirus, la sofferta tenuta del sistema istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta on line*, I/2020, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 6 aprile 2020, 214, nt. 15, il quale però prosegue *ivi* sostenendo la tesi – assai vicina a quella che chi scrive di qui a poco sopra nel testo patrocinerà – secondo cui «nei fatti, parrebbe risultare fortemente limitata proprio la libertà suddetta [personale] con modalità comunque debordanti dal quadro costituzionale».

<sup>42</sup> In tal senso cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Lezioni*, Parte Speciale, I, Padova 1985, 159 e 161-162, secondo cui «parafrasando la parole di un noto studioso inglese [...] vi è costrizione fisica anche in presenza di una semplice minaccia della forza se 'l'affermazione dell'autorità' sia tale da intimidire l'individuo e da indurlo all'obbedienza anche senza che esso venga toccato».

<sup>43</sup> In tal senso cfr. A. CERRI, *Libertà personale*, cit., 5, che fa riferimento comunque anche a una sanzione che incida su un diritto inviolabile.

<sup>44</sup> Cfr., oltre alla storica sentenza Engel del 1976 in cui l'*argumentum libertatis* – che si estrinseca nel “concetto” di sanzione incidente sulla libertà personale – si rivela “debole”, la sentenza *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, partic. § 53 ss., in cui non solo quell'argomento viene a essere travolto, ma si afferma anche l'irrilevanza del grado di severità della sanzione – prima decisivo – e la priorità dell'indagine sulle funzioni della medesima, la meno nota sentenza *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, partic. § 35 ss., in materia di sanzioni

anche in sede di giurisprudenza costituzionale<sup>45</sup> – di una sanzione, sì, formalmente amministrativa, ma sostanzialmente punitiva.

È evidente infatti che contravvenire al divieto da parte dei minori di anni quattordici significa consentire che venga comminata la sanzione amministrativa – tale nella forma, ma, come si significherà meglio in seguito, punitiva nella sostanza vista l'entità di essa – da un minimo di 400 euro fino a un massimo di 1.000 euro.

Che a venire in gioco sia la libertà personale è conclusione cui pare doversi addivenire pure qualora si ritenga che anche un divieto, un obbligo o un ordine di osservanza che incide sull'espletamento delle possibilità fisiche dell'individuo possa determinare una restrizione della libertà personale nell'ipotesi in cui esso sia tale da intaccare la «dignità sociale»<sup>46</sup> del soggetto che ne è colpito postulando quale «presupposto una valutazione negativa della personalità morale»<sup>47</sup> del soggetto stesso.

---

tributarie, la nota sentenza *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014, partic. § 97 ss., la sentenza *Edizioni Del Roma società cooperativa s.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia*, 10 dicembre 2020. In tema cfr. F. MAZZACUVA, *L'incidenza della definizione "convenzionale" di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio. Osservazioni a margine della legge delega n. 67/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2015, <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, 7-9, part. 8; ID., *Poteri sanzionatori delle Authorities e principi del giusto processo: punti fermi e prospettive nella giurisprudenza di Strasburgo*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 29 aprile 2021, 1 ss.

<sup>45</sup> Per maggiori ragguagli in argomento cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018, 80 ss.

<sup>46</sup> Così A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano 1967, 120.

<sup>47</sup> A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit., 121; lo stesso G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 25, pur partendo dall'equiparazione fra misura coercitiva ex art. 13 Cost. e *status* detentivo, rileva però che la cosiddetta degradazione giuridica del soggetto colpito dalla misura, «se non può essere configurata, di per sé, come restrizione della libertà personale, non per questo è da ritenere

È difficile negare infatti che il divieto per i minori infraquattordicenni di muoversi in determinate ore della giornata sul territorio comunale se non accompagnati tocchi direttamente e immediatamente quei soggetti in qualcuno dei loro attributi essenziali e cioè in pratica nella loro stessa «dignità sociale» e nella loro personalità morale attraverso la qualifica – del tutto irragionevole, come si dirà – di individui *quodammodo* «pericolosi» quanto meno per la salute della collettività.

A un'opinione opposta dovrebbe pervenirsi qualora, invece, si conferisse validità alla tesi sostenuta in dottrina secondo la quale il divieto che «non si risolve nella sottrazione, in via generale, di un determinato luogo alla circolazione, ma piuttosto nell'impedimento per alcuni soggetti di accedervi»<sup>48</sup> dovrebbe piuttosto ricondursi all'art. 23 Cost. costituendo un obbligo di non fare.

Tuttavia non si può non notare come l'art. 23 Cost. operi soltanto in termini residuali<sup>49</sup> e cioè stabilisca solo che, nei casi in cui l'imposizione di una prestazione non urta contro una specifica garanzia costituzionale o comunque non ricade nella sfera di operatività di altre particolari disposizioni costituzionali, tale imposizione va fatta in base alla legge<sup>50</sup>: nel caso di nostra

---

irrilevante per quest'ultima», se non altro perché le coercizioni che rilevano ai sensi dell'art. 13 Cost. «sono solo quelle che portano con sé un giudizio morale negativo nei confronti di chi ne è colpito».

<sup>48</sup> Così D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni patrimoniali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano 2007, 238-239.

<sup>49</sup> Cfr. C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, 17, nt. 26.

<sup>50</sup> In tal senso cfr. G. FILIPPETTA, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in R. NANIA - P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino 2001, 397.

considerazione ciò non si verifica visto che a venire in rilievo è l'art. 13 Cost. o l'art. 16 Cost.

*2.2. Il discrimen fra la libertà personale e la libertà di circolazione nella giurisprudenza costituzionale e la soluzione nel caso di specie*

Se sul versante della dottrina non è facile classificare il divieto in oggetto all'interno dell'una anziché dell'altra disposizione costituzionale protettiva, la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia è stata sempre piuttosto oscillante nell'aderire in alcuni casi a letture estremamente restrittive dell'art. 13 Cost. e in altri casi facendo proprie interpretazioni del tutto estensive dello stesso che vi hanno ricompreso in modo particolare la libertà morale<sup>51</sup>.

In ogni caso un dato di fatto appare certo in sede di giurisprudenza del Giudice delle leggi.

A giudizio della Corte la disciplina garantista della libertà personale in tanto è applicabile in quanto si sia in presenza di misure coercitive purché non di lievi entità, cioè di minima consistenza, ma gravi – da cui la peraltro criticata esclusione dall'art. 13 Cost. dei rilievi dattiloscopici, dell'accompagnamento coattivo di pubblica sicurezza e del cosiddetto

---

<sup>51</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 111 ss. e, più recentemente, R. NANIA, *Appunti per un bilancio sulla libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, in R. NANIA (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Torino 2012, 6-7, nonché, volendo, A. BONOMI, *Libertà morale e accertamenti neuroscientifici: profili costituzionali*, in *Biolaw journal - Riv. biodir.*, 3/2017, <http://rivista.biodiritto.org>, part. § 2 e § 3 e C. MARTINELLI, *sub art. 13*, in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna 2018, 97.

*frishing* – e/o in quanto, a danno del soggetto, si determini una situazione di «degradazione giuridica» tale da poter essere equiparata, negli effetti, alla violazione del principio dell'*habeas corpus* – da cui la fra l'altro discussa esclusione dell'applicabilità dell'art. 13 Cost. al foglio di via obbligatorio –<sup>52</sup>.

Insomma per la Corte la libertà personale è innanzitutto libertà da coercizioni fisiche o perlomeno da quelle che superano una certa soglia quantitativa, ma assumono rilievo altresì quegli obblighi che pongano la persona complessivamente in uno stato di «degradazione giuridica» – inteso come quello *status* in cui «gli aspetti spirituali e quelli materiali del diritto in esame [la libertà personale] sono toccati in maniera congiunta»<sup>53</sup> – tale da incidere sulla sua “dignità sociale”<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr., fra le molte, le decc. n. 68 del 1964, n. 419 del 1994 e n. 105 del 2001.

<sup>53</sup> Così L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 605, il quale osserva che la «degradazione giuridica» non coinvolge la sola e la pura libertà morale da contrapporre a quella fisica e adduce a tale proposito l'esempio dell'individuo che sia sottoposto a una speciale sorveglianza di polizia con l'imposizione penalmente sanzionata di particolari obblighi di fare e di non fare quale ad es. quello di non rincasare dopo una certa ora.

<sup>54</sup> Su questa giurisprudenza della Consulta che si poggia su due argomenti ognuno dei quali «ha una sua autonomia ed autosufficienza» [così E. GIANFRANCESCO, *La disciplina sul trattenimento e sull'espulsione degli stranieri extracomunitari al vaglio della Corte costituzionale*, in A. D'ATENA e P. GROSSI (a cura di), *Diritto, diritti e autonomie tra Unione Europea e riforme costituzionali in ricordo di Andrea Paoletti*, Milano 2003, 168, il quale peraltro giudica negativamente i concetti della «degradazione giuridica», del «socialmente degradante» e della «mortificazione della dignità umana», a cui la Corte costituzionale, come detto, fa ricorso, in quanto criteri «di carattere valutativo» (169) e «assiologici» (170), e conclude osservando come fra il criterio secondo il quale si deve essere in presenza di misure coercitive gravi e il criterio della «degradazione giuridica» venga realizzato dal Giudice delle leggi «un richiamo vicendevole che lascia nell'interprete una sensazione di incertezza» (171)] cfr., sinteticamente e per tutti, R. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale*

Un'ordinanza che vieta ai minori infraquattordicenni di muoversi in certe ore del giorno sul territorio comunale da un lato dà origine a una misura coercitiva che, sì, non implica la sottoposizione a uno stato detentivo, ma che è comunque di grave entità e dall'altro pare altresì incidere sulla «dignità sociale», sulla libertà morale e su quella corporea<sup>55</sup>, insomma sembra realizzare una «degradazione giuridica» di questa “categoria” di soggetti delimitata per l'età: d'altro canto, è ben vero che gli infraquattordicenni proprio in considerazione della loro giovanissima età<sup>56</sup> non sempre possono essere ritenuti in grado di esercitare pienamente le proprie libertà costituzionali se non con l'intervento doveroso dei genitori, ma è anche e altrettanto vero che quanto appena osservato non può valere per la libertà personale.

---

*italiana*, Torino 1989, part. 39 ss.; A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino 2002, 25; M. RUOTOLO, *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Quest. giust.*, 2004, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 235 ss., part. 237-239 e 240-245; R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2017, 549 («se è “fisica” è più probabile che la coercizione ricada sotto la garanzia della libertà personale, ma ciò non vale se essa è di entità così lieve da non causare offesa alla dignità della persona»).

<sup>55</sup> Dopotutto, come bene osserva M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino 2002, 50-51, posto che «il concetto di libertà assunto dalla Costituzione emerge nei termini di una *libertà positiva*, intesa come *autodeterminazione* del singolo in tutte le direzioni possibili (civili, etico sociali, economiche politiche)», allora la stessa libertà personale deve essere riguardata non «esclusivamente [...] come libertà fisica ma come *libertà psicofisica*, come libertà della mente e del corpo nella loro indissolubile unità»; in termini identici cfr. già F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 12.

<sup>56</sup> Un ragionamento più completo imporrebbe poi all'evidenza di distinguere le varie fasce d'età al di sotto dei quattordici anni: a titolo esemplificativo un conto è infatti la capacità di discernimento di un tredicenne, mentre altro conto è quella di un soggetto di otto anni.

Dopotutto, se in ordine al cosiddetto DASPO per i tifosi violenti, a giudizio della Consulta, una misura la quale impone l'obbligo di recarsi, in occasione di manifestazioni sportive, presso la Polizia giudiziaria per un periodo di tempo di notevole durata e la cui inottemperanza comporta l'irrogazione di una sanzione penale è tale da concretare una misura limitativa della libertà personale essendo idonea a determinare una situazione di «degradazione giuridica» del destinatario di essa<sup>57</sup>, perché mai non può addivenirsi a un identico giudizio in merito al divieto contenuto nell'ordinanza in questione che oltretutto pare già *ictu oculi* di ben maggiore consistenza?

Deve ricordarsi a tale proposito che il divieto in questione di fatto si traduce in «arresti domiciliari generalizzati» per tutti coloro che hanno meno di quattordici anni e che non abbiano – per motivi contingenti o meno – familiari maggiorenni o i genitori che possano accompagnarli<sup>58</sup>: più specificamente, un tredicenne costretto a stare chiuso nella propria abitazione non è forse destinatario di una misura dotata di una fortissima carica afflittiva e pertanto non subisce forse una *deminutio* della propria

---

<sup>57</sup> Per approfondimenti in materia cfr., volendo, A. BONOMI - G. PAVICH, *DASPO e problemi di costituzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2015, <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org>, part. 20 ss.

<sup>58</sup> A giudizio di A. RUGGERI, *Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, cit., 375, allorché «ci si è [...] trovati costretti a vietare l'uscita di casa se non per cause tassativamente stabilite [...] la qual cosa ha, in buona sostanza, inciso sulla libertà personale, più (e prima ancora) che su quella di circolazione. Certo, sarebbe forzato discutere di “arresti domiciliari” a [...] carattere generale, pur se condizionati al non ricorrere delle cause giustificative della loro deroga, ma mi parrebbe indubbio che si sia andati ben oltre lo scenario immaginato dal Costituente nella parte in cui ha prefigurato la costituzione di cordoni sanitari limitati alle sole zone colpite da un'epidemia».

«dignità sociale» e della propria libertà individuale tanto fisica quanto morale?

È bensì vero che il carattere generale della misura – la quale è rivolta non a specifici soggetti, ma a tutti coloro che hanno meno di quattordici anni – sembrerebbe deporre nel senso dell'esclusione del coinvolgimento della libertà personale: quest'ultima infatti – nell'opinione di una parte della dottrina già ricordata in precedenza e assai diffusa fra i commentatori – non è passibile di coercizione se non in riferimento a persone determinate.

Tuttavia, in primo luogo, come ha chiarito *illo tempore* la Corte costituzionale nella sentenza n. 68 del 1964, «il fatto che l'art. 16 accomuni, mettendole sullo stesso piano, le ragioni di sanità e di sicurezza è indice che non può trattarsi solo di ragioni di carattere generale, non essendo pensabile che motivi di sanità attinenti alla pericolosità di singoli individui possano non essere validi ai fini delle limitazioni consentite dalla norma costituzionale. Ed anche il fatto che lo stesso art. 16 esclude le restrizioni determinate da ragioni politiche conferma che le limitazioni possono essere adottate per motivi di carattere individuale, non essendo concepibile una misura ispirata da motivi politici se non in vista dei personali convincimenti e comportamenti di individui e di gruppi»<sup>59</sup>: se dunque la libertà di circolazione può ben essere limitata non solo per l'intera collettività, ma anche per determinate categorie di soggetti individuate in base ai più vari criteri se non addirittura per singole

---

<sup>59</sup> In tale sentenza si legge altresì che «d'altra parte, se il costituente avesse avuto la volontà di circoscrivere le limitazioni ai soli casi di carattere generale, avrebbe certamente preveduto, magari imponendo particolari garanzie, la possibilità di adottare provvedimenti di carattere individuale almeno nei casi urgenti. E sarebbe strano il fatto che, mentre per le restrizioni della libertà personale l'art. 13 prevede che la legge indichi i casi urgenti in cui l'autorità di pubblica sicurezza può intervenire, l'art. 16 avrebbe escluso in via assoluta che la legge possa statuire limitazioni alla libertà di circolazione e di soggiorno che non siano di carattere generale».

persone fisiche, allora è pensabile che pure per la libertà personale un ragionamento di questo genere, sia pure rovesciato, possa essere svolto e che pertanto essa non debba necessariamente essere ristretta nei confronti di singole persone fisiche, bensì possa anche assumere, a dir così, una «valenza generale» riguardando, se non l'intera collettività, certamente alcune categorie di individui identificati in virtù di determinati parametri quale quello anagrafico.

In secondo luogo poi, anche a voler negare la correttezza del rilievo appena formulato, è proprio *ex se* il carattere fortemente afflittivo del divieto in esame in questa sede – oltretutto privo di deroghe eccezion fatta per quella consistente nella possibilità di essere accompagnati dal genitore o dal familiare maggiorenne – a far plausibilmente ritenere che a risultare coinvolta sia proprio la libertà personale: in altri termini, al di là della pur “nobile” e condivisibile finalità che le ordinanze in esame intendono perseguire, è la natura intesa come la capacità delle stesse ordinanze a comprimere una definita sfera fisica e psichica di autodeterminazione dei soggetti a cui le stesse si rivolgono a far ritenere che sia interessata la libertà personale.

Nei fatti le ordinanze danno vita a una misura di prevenzione del tutto atipica<sup>60</sup>, ovvero finalizzata a impedire che la diffusione del virus conduca a un aggravamento delle condizioni sanitarie della popolazione situata sul territorio comunale.

Tale misura preventiva però insiste su una materia – la libertà personale – pressoché unanimemente ritenuta coperta da riserva non relativa, bensì

---

<sup>60</sup> Come ricordano sinteticamente R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., 550, la misura di prevenzione si basa su una «fattispecie di sospetto» rivolta a colui/colei sul quale/sulla quale «l'apparato giudiziario non riesce a raccogliere prove sufficienti per dimostrare che [ha] commesso un reato».

assoluta di legge: trattandosi di riserva assoluta<sup>61</sup>, la possibilità di ricorrere al potere d'ordinanza – come si ricava *in primis* dalla giurisprudenza costituzionale<sup>62</sup> – deve ritenersi preclusa in modo totale.

### *2.3. L'ipotesi subordinata della “crisi costituzionale” ed il contrasto con il canone della ragionevolezza intrinseca*

Tuttavia si ammetta pure di dover partire dal presupposto in base al quale in un momento di particolare urgenza e necessità nel provvedere a seguito dell'aggravarsi nel territorio comunale delle condizioni sanitarie e in considerazione dell'insufficienza degli strumenti propri del diritto normalmente vigente allo scopo di tutelare il bene della salute si verifichi la trasformazione di quella che originariamente era una situazione di «stato

---

<sup>61</sup> Se fosse stata relativa, l'ordinanza sarebbe dovuta essere sottoposta a un'autorizzazione legislativa la quale a sua volta avrebbe dovuto presentare alcuni caratteri costitutivi fra cui in modo particolare quello in virtù del quale la legge predetermina non il contenuto dell'ordinanza che risulta determinato di volta in volta in relazione alle circostanze del caso non astrattamente prevedibili (discorre di «una logica di atipicità del potere» N. PIGNATELLI, *La specialità delle ordinanze dei Sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale*, cit., 73; sul punto cfr. per osservazioni più generali sulla riserva relativa di legge anche A. CARDONE, *L'incostituzionalità della riforma delle ordinanze sindacali tra «presupposizione legislativa» e «conformità alla previa legge»: un doppio regime per la riserva relativa?*, in *Giur. cost.*, 2011, part. 2072 ss.), ma i “presupposti”, la “materia” e le “finalità” limitando così la discrezionalità assoluta dell'Amministrazione.

<sup>62</sup> Cfr. limpidamente già la sent. n. 26 del 1961; per maggiori ragguagli in merito alla giurisprudenza costituzionale in argomento cfr., per tutti, P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e Costituzioni democratiche*, Bologna 2006, 217.

d'assedio» in una situazione, se possibile, ancora più grave, cioè quella che alcuni commentatori definiscono la «crisi costituzionale»<sup>63</sup>.

Si tratta di quella condizione straordinaria in cui la necessità come fonte prima e originaria del diritto<sup>64</sup> consentirebbe se non addirittura imporrebbe un'«interpretazione relativa» dei limiti costituzionali<sup>65</sup> giacché l'ordinamento è talmente «minacciato nella sua stessa esistenza (o, più esattamente, nella sua stabilità...) da eventi impreveduti non disciplinabili

---

<sup>63</sup> L'espressione è tratta da P. PINNA, *Crisi costituzionali*, in *Dig./Pubbl.*, IV (1989), 479 ss.

<sup>64</sup> ... secondo la nota tesi sostenuta da S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, part. 260-263, il quale intravede nella necessità la fonte originaria dell'ordinamento giuridico al punto tale che, se anche una norma legislativa escludesse la necessità dalle fonti del diritto, la necessità comunque resterebbe fonte del diritto e la legge che l'esclude non rivelerebbe altro se non che la propria impotenza. Sulla tesi del Romano cfr. – in senso perlopiù critico – perlomeno F. FRANCHINI, *Lo stato di necessità nel diritto costituzionale*, Roma 1943, spec. 119-122; T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione normativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, I, 269-302, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano 1958, 193 ss., part. 200 ss.

<sup>65</sup> In senso contrario a tale «interpretazione relativa» cfr., fra gli ultimi, G. COINU, *Un nuovo capitolo nel variegato conflitto Stato-Regioni: le ordinanze regionali “contro” gli spostamenti verso le seconde case*, in *Federalismi.it*, 14/2021, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2 giugno 2021, 40-41, secondo il quale «proporre una teoria relativistica dei diritti fondamentali che tuttavia porta a risultati assolutistici, per cui alla salute dovrebbe essere assicurata la preminenza rispetto agli altri diritti fondamentali [...], non pare potersi opporre al fondamento dello Stato di diritto che impone limiti indisponibili al potere politico, anche in periodi di emergenza. In questo senso, non si può, proprio nei momenti di maggior bisogno, accedere a posizioni svalutative della Costituzione sulla base di interpretazioni relativistiche dettate dall'occasionalità (seppur eccezionale) della pandemia in corso».

dalle previsioni normali»<sup>66</sup> che risulta impossibile «trovare in astratto un confine determinabile con sufficiente certezza tra disposizioni costituzionali, di cui sia possibile la sospensione, e disposizioni delle quali non sia possibile sospendere l'efficacia»<sup>67</sup>.

Muovendo da siffatto presupposto, si potrebbe concludere nel senso che le ordinanze in esame possono, quali «valvole di sfogo»<sup>68</sup> dell'azione pubblica, incidere anche su una libertà che è assistita da riserva assoluta di legge<sup>69</sup> e

---

<sup>66</sup> La definizione è dovuta a P. PINNA, *Crisi costituzionali*, cit., 480.

<sup>67</sup> Così F. MODUGNO - D. NOCILLA, *Problemi vecchi e nuovi sugli stati d'emergenza nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano 1988, 516, nt. 1; anche P. PINNA, *Crisi costituzionali*, cit., 486, affronta il problema rilevando che «resistono alla sospensione quelle libertà costituzionali che essenzialmente rappresentano istituti democratici, che assicurano la partecipazione alla vita politica sia individualmente, sia collettivamente», mentre «le norme costituzionali che garantiscono posizioni soggettive individualistiche sono sospendibili» dal momento che esse «non possiedono valenze ordinamentali, cosicché la loro eventuale sospensione non inciderebbe in modo irreversibile sulla stabilità della Costituzione, che è data fondamentalmente dall'assetto democratico e pluralistico»: il Pinna conclude così che «la sospensione di tali posizioni soggettive non può consistere in una mera vanificazione della tutela giuridica, ma in un regime provvisorio e derogatorio a quello ordinario previsto dalla Costituzione».

<sup>68</sup> Così C. LAVAGNA, *Sulla illegittimità dell'art. 2 del T.U.L.P.S. come testo legislativo*, in *Giur. cost.*, 1961, 898 ss.

<sup>69</sup> Si potrebbe essere così tentati di ricorrere alla teoria degli *implied powers* come fa P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova 1953, 106-107, il quale sostiene che la funzione di governo ha, «fra i suoi *implied powers*, quello di sospendere, per urgente necessità, alcune delle "libertà" del soggetto privato».

determinare del tutto eccezionalmente, a dir così, una *deminutio* dell'ideale "base legale" e della riserva di giurisdizione<sup>70</sup> previste dall'art. 13 Cost.<sup>71</sup>.

Anche – in via di pura ipotesi – a voler ammettere la validità di un tale presupposto, le ordinanze in commento desterebbero comunque le più grandi perplessità proprio sul versante del «requisito di sistema nell'ordinamento costituzionale italiano, in relazione a ogni atto dell'autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo»<sup>72</sup>, ovvero della necessaria proporzionalità della misura adottata rispetto ai legittimi obiettivi di contenimento della pandemia in atto.

Da questo punto di vista, pur accogliendo la tesi dominante – ma non unanime<sup>73</sup> – secondo la quale non vi sono limiti nell'individuazione dei fini in

---

<sup>70</sup> Già risalente e autorevole dottrina metteva in evidenza che «il problema si aggrava per quanto concerne la libertà personale in quanto l'art. 13 Cost. prevede la competenza dell'autorità giudiziaria per qualsiasi provvedimento che limiti in qualunque forma la libertà personale; la competenza dell'autorità di pubblica sicurezza è specificamente circoscritta in restrizioni di brevissima durata. V'è quindi il problema particolare di determinare l'autorità competente a provvedere durante lo stato di necessità in ordine alla libertà personale e, più in genere, a quelle forme di libertà per cui il Costituente ha stabilito la garanzia della competenza giudiziaria»: così G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, Napoli 1954, 63.

<sup>71</sup> ... con la conseguenza, come rileva V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, cit., 147-148, che «gli spazi in cui si insinua la libera valutazione dell'autorità che emette l'ordinanza si restringono e, con essi, si restringono gli spazi di giudizio dell'autorità, nella specie quella giurisdizionale, la quale è deputata al riscontro giuridico sul corretto esercizio del potere formale necessitato ed eccezionale».

<sup>72</sup> Così la sent. n. 24 del 2019 proprio in tema di misure di prevenzione.

<sup>73</sup> Cfr., ad es., G. AMATO, *Prefazione* a C. MAZZA, *La prigionia degli stranieri. I centri di identificazione e di espulsione*, Roma 2013, 12-13, il quale osserva che in Costituzione non vi è un vuoto di fini circa le limitazioni alla libertà personale nel senso che purché la si faccia stabilire dal giudice qualunque limitazione è legittima dal momento che «quel vuoto lo

vista dei quali la restrizione della libertà personale viene imposta, può osservarsi come la previsione inerente al divieto per i minori degli anni quattordici di muoversi, se non accompagnati, sul territorio comunale sia comunque in contrasto con il canone di ragionevolezza intrinseca.

Che il criterio «materiale»<sup>74</sup> della proporzionalità costituisca uno dei parametri fondamentali alla cui stregua verificare l'esercizio dei poteri di necessità e urgenza pare fuori discussione: è solo così infatti che appare possibile «apprezzare in termini di legittimità la latitudine dei poteri d'ordinanza»<sup>75</sup> anche al fine di individuare la durata temporale dell'intervento.

In relazione alle due ordinanze in esame, invece, non è dato riscontrare la presenza dei tre elementi che connotano il giudizio di ragionevolezza intesa,

---

riempiono le altre norme della Costituzione e una limitazione che non risulti giustificabile in base all'una o all'altra di esse [...] è per ciò stesso illegittima».

<sup>74</sup> Interessante risulta a questo proposito la distinzione proposta da G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna 2018, 168-169, secondo i quali, mentre la razionalità indica la coerenza logica, ovvero la non contraddizione fra elementi di uguale valore, la ragionevolezza indica piuttosto la congruenza rispetto a valori superiori, ragion per cui «la razionalità è un carattere formale; la ragionevolezza, materiale».

<sup>75</sup> A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna 2018, 219 e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

quest'ultima, come il «principio architettonico del sistema»<sup>76</sup>, ovvero e più specificamente come «una interna istanza di plausibilità o persuasività»<sup>77</sup>.

Questi tre elementi sono i seguenti: l'idoneità, la necessarietà e la proporzionalità in senso stretto<sup>78</sup>.

Sotto il profilo dell'idoneità la previsione del divieto per i minori infraquattordicenni di muoversi sul territorio comunale se non accompagnati appare manifestamente inidonea in quanto assolutamente estranea alla realizzazione del fine di contenere la diffusione del virus e più in particolare appare insuscettibile di garantire lo stesso «contenuto minimo» del diritto alla salute della collettività: perché infatti proprio i soggetti individuati in relazione a quell'età possono contribuire a un aggravamento delle condizioni sanitarie nella misura in cui si spostano sul territorio comunale quando, anzi, si tratta dei soggetti forse meno vulnerabili rispetto agli “attacchi” a opera del virus vista la giovanissima età<sup>79</sup>?

---

<sup>76</sup> Così A. RUGGERI, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dir. fond.*, 2/2021, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 22 maggio 2021, 173 nt. 5, il quale – in riferimento precipuo alla legge, ma con osservazioni che possono essere trasposte anche all'ordinanza sindacale – osserva a p. 173 che alla luce della ragionevolezza «non solo va costantemente verificato il contenuto della legge stessa ma, prima ancora – qui è il punto – , la necessità ovvero la opportunità della sua adozione».

<sup>77</sup> Così F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007, 10.

<sup>78</sup> Il punto è particolarmente sviluppato in moltissimi contributi dottrinali dei quali in questa sede si ricorda quello di F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., part. 16 ss.

<sup>79</sup> In questo senso le ordinanze non sembrerebbero reggere neppure a un controllo cosiddetto di evidenza, ovvero parrebbero erronee in quanto contrastanti con nozioni e cognizioni comuni, pacifiche e universali: sul punto cfr. C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Milano 1973, 1586.

Quanto alla necessarietà, una comparazione fra i mezzi teoricamente e astrattamente possibili al fine di realizzare lo scopo che le ordinanze hanno inteso perseguire rende evidente che il mezzo concretamente prescelto è il più invasivo del diritto individuale sacrificato, ovvero della libertà personale<sup>80</sup>.

Quanto poi alla proporzionalità in senso stretto, che i principi costituzionali – ivi compresi quelli supremi – «non traccino un ordine irenico, e possano porsi in conflitto tra loro, non è [...] un mistero»<sup>81</sup> così come non è neanche sorprendente il dato di fatto che «non vi è principio che la Corte [costituzionale] non bilanci nella sua giurisprudenza. E ciò vale anche per quei principi che [...] è la stessa Corte a qualificare ricorrentemente come [...] supremi [...]»<sup>82</sup>.

Posto dunque che anche i principi supremi sono bilanciabili in sede giurisprudenziale sia costituzionale sia anche comune non solo con i principi che supremi non sono, ma anche fra di loro, sembra oltremodo palese come nel bilanciamento fra i diritti che nella fattispecie vengono in gioco la sospensione della libertà personale si sia tradotta in una compressione eccessiva rispetto alle finalità che sono alla base delle ordinanze in esame: queste ultime hanno privilegiato troppo il diritto alla salute a pressoché totale detrimento della libertà personale<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 17-18 e 39-41, il quale osserva conclusivamente come «l'esigenza di bilanciamento sia complementare al controllo sulla necessarietà del mezzo per realizzare lo scopo» (41).

<sup>81</sup> Così P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano 2015, 159.

<sup>82</sup> P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione*, cit., 156.

<sup>83</sup> Sul bilanciamento cfr., *inter alios*, gli approfondimenti contenuti in G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., part. 171 ss.

### *3. Lo «stato d'assedio» e il principio di determinatezza*

#### *3.1. Il principio di determinatezza e la sua applicabilità alle disposizioni che prevedono ipotesi di esenzione di responsabilità in riferimento alle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente punitivo-afflittive*

L'altra previsione che suscita perplessità di ordine costituzionale è quella, già ricordata addietro, secondo cui «è consentito, vista l'ampia disponibilità nel territorio comunale di aree rurali, ad eccezione della giornata del 5 aprile (pasquetta) lo spostamento in campagna per attività motorie/sportive, limitatamente al nucleo familiare convivente, confidando nel senso di responsabilità e se strettamente necessario ad alleviare situazioni di disagio psico-fisico e ad evitare gli spazi cittadini che potrebbero affollarsi; con l'impegno ad evitare qualsiasi contatto con altre famiglie e a non sostare in zone già frequentate da altri nuclei familiari».

La previsione *de qua* pone all'evidenza un'ipotesi di esenzione di responsabilità: più in particolare, quella che potrebbe essere definita la regola generale pone il divieto consistente nello svolgimento di attività motorie/sportive negli «spazi cittadini» – divieto alla cui trasgressione consegue l'irrogazione della sanzione amministrativa da euro 400 a euro 1.000 –, mentre non incorre in questo divieto eccezionalmente chi – «limitatamente al nucleo familiare convivente» – decide di svolgere attività motorie/sportive in campagna e sempre che siffatte attività siano strettamente necessarie al fine di «alleviare situazioni di disagio psico-fisico» e non si verifichi un «contatto con altre famiglie».

In tale previsione sono contenute alcune espressioni vaghe e indeterminate, ovvero difficilmente suscettibili di essere interpretate se non

in modo del tutto arbitrario<sup>84</sup>: il riferimento è alle espressioni linguistiche «vista l'ampia disponibilità nel territorio comunale di aree rurali», «lo spostamento in campagna per attività motorie/sportive» e «se strettamente necessario ad alleviare situazioni di disagio psico-fisico».

Prima di soffermare l'attenzione sui motivi per i quali si sostiene che queste espressioni sono vaghe e imprecise è opportuno premettere che il principio che viene nella fattispecie in considerazione è quello di determinatezza delle disposizioni penali che i più in dottrina e la stessa Corte costituzionale traggono dal principio della riserva di legge di cui all'art. 25, co. 2, Cost.<sup>85</sup>; anzi, la stessa Consulta nella sentenza n. 115 del 2018, che “ha chiuso” la “vicenda Taricco”, ha eretto il principio in esame a principio supremo dell'ordinamento costituzionale e lo ha fatto assurgere a vero e proprio controlimita in grado di frapporsi all'ingresso delle fonti di origine europea<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Che la disposizione indeterminata sia quella in riferimento alla quale l'attribuzione di qualunque significato «non potrebbe che essere arbitrario» sosteneva già F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova 1979, 303; per osservazioni ulteriori cfr. di recente, volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più “inesistente”*, in *Riv. AIC*, 4/2020, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 15 ottobre 2020, spec. 148 ss.

<sup>85</sup> Per maggiori ragguagli sul tema – nonché sugli autori che hanno agganciato il principio in esame ad altre o anche ad altre disposizioni costituzionali – cfr. A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose e l'interpretazione tassativizzante quale species del genus interpretazione conforme a Costituzione: spunti di riflessione*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, di imminente pubblicazione.

<sup>86</sup> Su questa affermazione forte del principio *de quo* in sede di giurisprudenza costituzionale – a cui peraltro non corrisponde un'affermazione altrettanto forte allorquando a essere chiamate in causa al metro del principio di determinatezza sono non fonti provenienti *ab externo*, bensì disposizioni penali nazionali – cfr. D. CASTRONUOVO, *Clauseole generali e*

Il principio di determinatezza costituisce «un limite eteronomo alla discrezionalità politica del legislatore, posto [...] per impedire che, sul piano di formulazione della norma, le esigenze politiche di tutela prendano il sopravvento sui diritti del singolo»<sup>87</sup>: più specificamente, in virtù del principio in esame le disposizioni incriminatrici devono essere formulate in modo chiaro e preciso sia per impedire che, in ossequio al principio della separazione dei poteri, siano i giudici a dover decidere senza alcun parametro obiettivo di riferimento che cosa è penalmente proibito e che cosa non lo è<sup>88</sup>, sia per permettere ai cittadini – o perlomeno a quelli giuridicamente informati – di prevedere ragionevolmente tanto la qualificazione che

---

*prevedibilità delle norme penali*, in *Quest. giust.*, 3/2018, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 48 ss., part. 51.

<sup>87</sup> Così F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 308, secondo il quale è proprio questo il motivo per il quale l'esigenza di determinatezza non deve valere solo per certi beni – ritenuti di maggiore o di particolare importanza – e non per i restanti altri.

<sup>88</sup> Sulle condivisibili critiche alle tesi dottrinali che hanno negato un coinvolgimento del principio della separazione dei poteri a opera delle leggi indeterminate sulla base della premessa secondo la quale allorché il giudice provvede a concretizzare e a specificare il contenuto di una fattispecie “deliberatamente” lasciata indeterminata dal legislatore lo stesso giudice non invade il cosiddetto nucleo centrale della funzione legislativa cfr. F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 141-142, secondo il quale «è indispensabile tener conto degli eventuali meccanismi, formalizzati o non, come rispettivamente ad esempio il ruolo e i poteri dei tribunali superiori ovvero l'unitarietà della magistratura, capaci di garantire l'uniformità del diritto giudiziario e, quindi, la sua validità generale. L'esistenza di efficaci meccanismi del genere, accompagnata dalla presenza nell'ordinamento di numerose e importanti norme “aperte”, è tale da rendere evidente e cospicua l'importanza del diritto giudiziario a fronte di quello legislativo. In una situazione siffatta sarebbe difficile negare che il potere giudiziario intacchi anche il nucleo centrale di quello legislativo».

l'ordinamento giuridico conferisce ai loro comportamenti quanto le decisioni degli organi giudicanti qualora fosse commesso il fatto delineato dalla disposizione<sup>89</sup>.

Autorevole dottrina penalistica ha condivisibilmente ritenuto che il principio di determinatezza debba considerarsi applicabile anche alle cause di giustificazione e alle cause di non punibilità: è stato così sostenuto – con osservazioni che paiono riferibili altresì alle cause di non punibilità – che «le cause di giustificazione, in quanto norme attributive di facoltà o di obblighi di azione, interagiscono con le norme incriminatrici nel determinare quale sia la norma di condotta che vincola il consociato nella situazione concreta, e la cui violazione determina la sua responsabilità penale [...] Verissimo che le cause di giustificazione non possono considerarsi in senso stretto norme penali, e che pertanto ad esse non si applicherà direttamente il principio di precisione, o sufficiente determinatezza, della norma (per l'appunto) penale che si fa discendere dall'art. 25, comma 2 Cost.: ma dal punto di vista funzionale, non vedo proprio come possa negarsi che [...] la norma sulla legittima difesa interagisca pressoché esclusivamente con le norme incriminatrici dell'omicidio (art. 575 c.p.), delle lesioni personali (artt. 582, 583 c.p.), delle percosse (art. 581 c.p.) e al più della minaccia (art. 612 c.p.) nel fissare il confine tra liceità ed illiceità della condotta del consociato – e, conseguentemente, il confine tra penale irrilevanza e penale rilevanza del

---

<sup>89</sup> Per ragguagli su questo secondo profilo inerente alla tutela dei consociati rispetto alla violazione del principio di determinatezza cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più "inesistente"*, cit., 140 ss.; A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose e l'interpretazione tassativizzante quale species del genus interpretazione conforme a Costituzione*, cit.; A. BONOMI, *Il reato di favoreggiamento della prostituzione e la violazione del principio di determinatezza delle fattispecie criminose: davvero infondata la relativa questione di costituzionalità?*, in *Dir. soc.*, 3/2020, 581-627.

fatto. Di qui l'ovvia esigenza di precisione anche della norma sulla legittima difesa, oltre che delle norme incriminatrici alle quali la scriminante abitualmente si applica»<sup>90</sup>.

In riferimento al principio di determinatezza due sono state le questioni che si sono rivelate più spinose da affrontare.

La prima attiene all'individuazione del criterio in virtù del quale assodare il rispetto del principio.

A questo proposito la Corte costituzionale nella sua giurisprudenza al fine di verificare il rispetto del principio di determinatezza non ha adottato un solo criterio, bensì ha fatto riferimento a criteri molto diversi con particolare riferimento ai seguenti due<sup>91</sup>: il criterio del diritto vivente – di utilizzo soprattutto negli anni ottanta e novanta del secolo scorso – sulla cui base il carattere di determinatezza della disposizione deve ritenersi soddisfatto qualora su di essa, anche se evidentemente “nata” in sede legislativa in certa misura imprecisa, si sia formato un diritto vivente giurisprudenziale in grado di colmare quell'originario deficit di determinatezza; il criterio della non interpretabilità della disposizione – di utilizzo nei tempi più recenti e

---

<sup>90</sup> Così F. VIGANÒ, *Spunti per un «progetto alternativo» di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, *Teoria della pena, teoria del reato*, Milano 2006, 2030-2031; analogamente cfr. altresì F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1039, il quale segnala l'esigenza che anche la norma di giustificazione sia soggetta a quelle stesse garanzie di monopolio legislativo e di determinatezza che assistono le norme incriminatrici, nonché G. PAVICH - A. BONOMI, *La nuova legittima difesa, tra istanze securitarie e valori costituzionali*, in *Dir. fond.*, 1/2019, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 21 maggio 2019, 38-39.

<sup>91</sup> Sugli altri criteri utilizzati – sia pure, come detto sopra nel testo, in forma minore – dalla Corte costituzionale nella sua giurisprudenza cfr. A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più “inesistente”*, cit., 143.

attualmente pressoché consolidato – in virtù del quale non può sussistere violazione di tale principio da parte di una determinata disposizione in cui sia presente un concetto “elastico” quando la descrizione complessiva del fatto consenta comunque al giudice di stabilire il significato di quel concetto «mediante un’operazione interpretativa non esorbitante dall’ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta [...] sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo»<sup>92</sup>.

La seconda problematica impone di appurare se il principio debba essere ritenuto applicabile alle sole disposizioni incriminatrici o se esso possa essere esteso altresì alle disposizioni che prevedono sanzioni non strettamente penali, ma di altro tipo.

È opportuno ricordare che a quest’ultimo proposito la Corte costituzionale – forse tenendo presenti anche le sollecitazioni provenienti sia da una parte della dottrina sia dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che attraverso i già ricordati cosiddetti criteri Engel ha allargato da tempo la nozione di materia penale<sup>93</sup> – ha potuto estendere la sfera di applicazione del principio di determinatezza anche alle disposizioni che contemplano sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente punitivo-afflittive<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Questa la formula pressoché sempre utilizzata dalla Corte nei tempi più recenti: cfr. per tutte la sent. n. 278 del 2019.

<sup>93</sup> Per maggiori lumi in argomento cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., *multis locis*.

<sup>94</sup> Cfr. le decc. n. 121 del 2018 e n. 134 del 2019. Deve essere ricordato che tale estensione ha riguardato altresì sia le misure di prevenzione (cfr. la sent. n. 24 del 2019) sia le disposizioni che, pur perseguendo una finalità punitiva e pur presentando, quindi, carattere

Il Giudice delle leggi nella sentenza n. 223 del 2018 ha potuto specificare che «vero è che la sanzione penale si caratterizza sempre per la sua incidenza, attuale o potenziale, sul bene della libertà personale (la stessa pena pecuniaria potendo essere convertita, in caso di mancata esecuzione, in sanzioni limitative della libertà personale stessa), incidenza che è, invece, sempre esclusa per la sanzione amministrativa. E vero è, altresì, che la pena possiede un connotato speciale di stigmatizzazione, sul piano etico-sociale, del comportamento illecito, che difetta alla sanzione amministrativa. Cionondimeno, l'impatto della sanzione amministrativa sui diritti fondamentali della persona non può essere sottovalutato: ed è, anzi, andato crescendo nella legislazione più recente».

Proprio ponendosi la finalità di impedire quella che in dottrina è stata efficacemente denominata una «forma [...] raffinata di truffa delle etichette»<sup>95</sup>, i giudici costituzionali nella sentenza n. 121 del 2018 rilevano che il principio di determinatezza deve essere ritenuto applicabile a «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo» perché «il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il nomen ad essa attribuito dall'ordinamento [...] non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati

---

sanzionatorio, risultano connotate anche da diverse finalità (quale, ad es., quella indennitaria) e dunque non possono essere ritenute incorporanti una sanzione in senso stretto (cfr. la dec. n. 139 del 2019).

<sup>95</sup> Così, efficacemente, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 216; le definisce «etichette legislative» anche F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017, 22.

messi in condizione di ‘conoscere’, in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata».

Tanto premesso, che un’ordinanza la quale prevede una sanzione amministrativa il cui massimo irrogabile è fissato in euro 1.000 sia di natura punitiva in quanto dotata di una carica afflittiva piuttosto elevata pare difficilmente confutabile.

È anche da specificare che, come il principio di determinatezza nel campo penale è stato ritenuto applicabile alle cause di giustificazione e alle cause di non punibilità, così esso nel settore amministrativo deve ritenersi ugualmente applicabile alle disposizioni che prevedono ipotesi di esenzione di responsabilità in riferimento alle sanzioni amministrative sostanzialmente punitive: tale è all’evidenza, come già detto, la disposizione contenuta nell’ordinanza n. 54/2021 ora in esame.

### *3.2. L’individuazione del criterio da utilizzare al fine di appurare il rispetto del principio di determinatezza come parametro al cui metro vagliare previsioni contenute in disposizioni non strettamente penali*

A questo punto una terza e ulteriore problematica inevitabilmente si pone, ovvero quella consistente nel chiarire se, qualora il principio di determinatezza sia il parametro al cui metro vagliare previsioni contenute in disposizioni non strettamente penali, il criterio che deve essere utilizzato al fine di assodare il rispetto del principio sia quello del diritto vivente o quello della non interpretabilità della disposizione.

Per quanto concerne le sanzioni amministrative la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale – ben rappresentata dalla sentenza n. 145 del 2020 – appare poco chiara nel senso che non è dato comprendere in

modo certo se il criterio che la stessa intende utilizzare sia quello del diritto vivente oppure quello della non interpretabilità della disposizione<sup>96</sup>.

Se, come chi scrive altrove ha ritenuto preferibile<sup>97</sup>, fosse il criterio del diritto vivente quello a cui si deve a tal fine fare ricorso, allora – tornando alle espressioni linguistiche contenute nella previsione ora in commento – sarebbe necessario attendere quella che la stessa sentenza n. 145 del 2020 definisce l’«opera maieutica della giurisprudenza» al fine di rendere precise e determinate le espressioni «vista l’ampia disponibilità nel territorio comunale di *aree rurali*», «lo spostamento in *campagna* per attività motorie/sportive» e «se strettamente necessario ad alleviare *situazioni di disagio psico-fisico*»<sup>98</sup>.

Si tratta di espressioni linguistiche *ab origine* in certa misura indeterminate il cui carattere di determinatezza – applicando appunto il criterio del diritto vivente – deve ritenersi soddisfatto soltanto qualora su di esse si sia consolidata una linea interpretativa presso la giurisprudenza dominante tale da colmare quell’originario deficit di determinatezza. L’assunto sotteso all’applicazione del criterio del diritto vivente è che sia quanto meno ingenuo pensare che il legislatore – o, nel caso in esame, il Sindaco o il Vice Sindaco – possa “scolpire” il confine fra lecito e illecito in maniera così inequivoca da

---

<sup>96</sup> Per maggiori lumi in argomento cfr., volendo, A. BONOMI, *Può il diritto vivente rendere chiara e precisa una legge “sostanzialmente penale” dal contenuto vago ed incerto? Dalla recente giurisprudenza costituzionale una risposta nebulosa*, in *Consulta on line*, I/2021, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 19 gennaio 2021, 16 ss., spec. 21 ss. (quanto all’evidenziazione delle differenze – anche nelle conseguenze – fra il criterio del diritto vivente e quello della non interpretabilità della disposizione).

<sup>97</sup> Questa soluzione è stata da noi caldeggiata per vari motivi sui quali si rimanda, volendo, ad A. BONOMI, *Può il diritto vivente rendere chiara e precisa una legge “sostanzialmente penale” dal contenuto vago ed incerto?*, cit., 24-26, part. 25.

<sup>98</sup> Il corsivo in tutte e tre le espressioni è nostro a indicare i termini connotati da indeterminatezza.

conferire un grado di assoluta univocità e precisione alla disposizione legislativa – o, nel caso all’esame in questa sede, all’ordinanza – che è immancabilmente «bisognosa di ulteriori concretizzazioni, prima di poter essere applicata a casi concreti che giacciono al di fuori di quella zona ‘centrale’ univocamente coperta dalla norma, e che siano piuttosto collocabili in una zona ‘grigia’ che il legislatore non può sempre prevedere ex ante, e che soltanto la prassi farà successivamente emergere»<sup>99</sup>: da questo assunto si trae la conclusione secondo cui «non la sola legge stabilisce ciò che è lecito e ciò che è vietato, bensì la legge così come interpretata dalla giurisprudenza»<sup>100</sup> perché a “mostrare” la “realtà” del diritto sono «solo i commentari... e non già i codici»<sup>101</sup>.

Certo però il ricorso al criterio del diritto vivente non è immune da conseguenze pratiche molto problematiche.

Vediamole proprio in riferimento all’ordinanza n. 54/2021 nella quale è contenuta la previsione che contempla l’esonero di responsabilità ora in esame.

In primo luogo si tratta di un’ordinanza di “nuova” approvazione e sulla quale, in quanto tale, non si è potuto ancora formare un diritto vivente dal momento che la formazione di un orientamento della giurisprudenza uniforme e stabile è inevitabilmente legata al decorso di un determinato periodo di tempo.

In secondo luogo anche il trascorrere di un certo e significativo lasso di tempo non assicura che sull’ordinanza si formi un diritto vivente consolidato

---

<sup>99</sup> Così F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, <https://archivioppc.dirittopenaleuomo.org>, 19 dicembre 2016, 38.

<sup>100</sup> F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I. L’offesa mediante violenza*, Milano 2002, 179.

<sup>101</sup> Così, rifacendosi ad autorevole dottrina tedesca, F. VIGANÒ, *op. et loc. ult. cit.*

dal momento che ben si possono creare, in luogo del diritto vivente stabile e uniforme, contrastanti orientamenti in seno alla giurisprudenza.

Se una di queste due ipotesi si verifica, il criterio del diritto vivente diventa inutilizzabile e allora può, caso mai, venire in soccorso l'altro criterio, ovvero quello della non interpretabilità della disposizione.

Al metro di quest'ultimo criterio, come già anticipato, la descrizione complessiva della condotta delineata dalla disposizione deve consentire al giudice – per il tramite dei vari metodi interpretativi che l'ordinamento mette allo stesso a disposizione e in modo particolare di quello sistematico, di quello teleologico e di quello letterale<sup>102</sup> – di attribuire un significato alla fattispecie, ovvero «di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile»<sup>103</sup>, e, correlativamente, deve «permettere al destinatario della

---

<sup>102</sup> Sull'importanza della lettera del testo, a parere di chi scrive, si può addurre la recentissima sent. n. 98 del 2021 in cui la Corte costituzionale, da un lato, osserva che il divieto di analogia a sfavore del reo «non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo» e, dall'altro lato, rileva che, considerato come il divieto di applicazione analogica delle disposizioni incriminatrici da parte del giudice costituisca il naturale completamento di altri corollari del principio di legalità in materia penale sancito dall'art. 25, co. 2, Cost. e, in particolare, oltre che della riserva di legge, del principio di determinatezza della legge penale, «la garanzia soggettiva che la determinatezza della legge penale mira ad assicurare sarebbe, in effetti, anch'essa svuotata, laddove al giudice penale fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato possa desumere dalla sua immediata lettura».

<sup>103</sup> Questa formula – che, come si dirà nella nota appena successiva, compare nella più recente giurisprudenza costituzionale insieme alla formula appena poco oltre citata sopra nel testo – è stata intesa da M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie*

norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo»<sup>104</sup>.

Da un lato il giudice deve trovarsi di fronte a una disposizione le cui espressioni linguistiche devono risultare suscettibili di interpretazione, ovvero non devono essere «vuote, prive di contenuto giuridicamente significativo»<sup>105</sup>: se dopo aver battuto tutte le strade interpretative le espressioni linguistiche contenute nella disposizione continuano a essere prive

---

*costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *Federalismi.it*, 4/2017, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 22 febbraio 2017, 10, in stretto collegamento con l'isolata sent. n. 96 del 1981 in tema di plagio in cui la Corte, in realtà, ha applicato il cosiddetto criterio della verificabilità empirica al fine di valutare il rispetto del principio di determinatezza, ovvero ha specificato che tale principio comporta per il legislatore l'onere di «formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà» rifuggendo da previsioni che facciano riferimento a «situazioni o comportamenti irreali o fantastici», ovvero che inibiscano o puniscano fatti che appaiano inesistenti a livello esperienziale o che comunque non siano razionalmente accertabili. Anche a voler condividere questa tesi, a nostro modesto avviso non v'è dubbio che la formula in questione sia *in primis* ricollegabile all'attribuzione di un significato alle espressioni linguistiche che compongono la disposizione all'esito dei "tentativi" interpretativi del giudice.

<sup>104</sup> La formula è utilizzata in pressoché tutte le sentenze in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di una disposizione legislativa col principio di determinatezza: cfr., a titolo esemplificativo, le decc. n. 327 del 2008, nonché n. 141 e n. 278 del 2019.

<sup>105</sup> Così F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 303, il quale osserva altresì – a p. 304 – che l'interpretazione conforme a Costituzione e più precisamente al principio di determinatezza «più che una vera e propria attività di ricerca dei significati, è un'attività di scelta, che presuppone necessariamente almeno un significato preliminarmente individuato. Se l'elemento è privo di significato giuridicamente rilevante, come lo sono tutti quelli realmente indeterminati, l'interpretazione conforme a Costituzione non è utilizzabile».

di contenuto giuridicamente significativo, allora quelle espressioni devono ritenersi indeterminate<sup>106</sup>.

In questo sta dopotutto il senso del criterio della non interpretabilità.

Dall'altro lato si posiziona il cittadino destinatario dell'ordinanza, il quale non è affatto – come pure è stato sostenuto da qualche commentatore<sup>107</sup> – soltanto il beneficiario ultimo, ovvero in via essenzialmente indiretta, del principio di determinatezza in quanto l'immediato destinatario dello stesso dovrebbe essere considerato unicamente il giudice: in realtà, come è stato esattamente rilevato in riferimento, sì, alle leggi ma con osservazioni che possono essere trasposte anche alle ordinanze, «le leggi non sono fatte, se non in ipotesi specifiche, per i giudici, ma per i cittadini, i cui comportamenti devono essere dalle leggi orientati. E i cittadini guardano proprio al testo,

---

<sup>106</sup> Da quanto detto nel testo si può evincere che qui non si tratta di rilevare semplicemente – ancorché esattamente – che «qualsiasi disposizione, anche la più genericamente formulata, ha un “carattere semantico” da cui non può evadere senza diventare altro da sé: in altri termini, vi è sempre almeno un significato incompatibile con il senso fatto palese dalle parole: se le si dà questo significato non la si interpreta, ma la si “abroga” e si crea un'altra norma. Si passa, cioè, dallo *ius dicere* allo *ius condere*» (l'espressione è tratta da G. GIOSTRA, *Carcere cautelare “obbligatorio”: la campana della Corte costituzionale, le “stecche” della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, 4900), ma si tratta invece di riuscire ad attribuire, dopo aver battuto le varie strade interpretative e sempre che ciò risulti possibile e non sia il frutto di un'opera “fantasiosa” dell'interprete, un significato compatibile con il senso fatto palese dalle parole.

<sup>107</sup> Cfr. M. PAPA, *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi giocattolo: il «diritto vivente» tra riserva di legge e determinatezza delle fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1989, 34; G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano 1989, 113.

perché non possiedono la formazione culturale del giudice e i suoi strumenti cognitivi»<sup>108</sup>.

Di conseguenza, ai fini del rispetto del principio di determinatezza il consociato dovrà trarre dalla descrizione complessiva del fatto una percezione immediata e sufficientemente chiara del significato della disposizione e quest'ultima, a sua volta, non dovrà essere connotata da difetto di significato e di univocità perché, se così fosse, vorrebbe dire che il legislatore «non è stato tecnicamente all'altezza del suo compito»<sup>109</sup>.

Che dire a questo proposito di espressioni quali «vista l'ampia disponibilità nel territorio comunale di aree rurali», «lo spostamento in campagna per attività motorie/sportive» e «se strettamente necessario ad alleviare situazioni di disagio psico-fisico»?

Le espressioni linguistiche «aree rurali», «campagna», «situazioni di disagio psico-fisico» sono davvero chiare e precise, ovvero possono da una parte consentire al giudice di attribuire alle stesse, all'esito dei possibili «tentativi» interpretativi, un contenuto giuridicamente significativo e sono tali dall'altra parte da consentire al destinatario dell'ordinanza in esame di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata della «latitudine» dell'essenzione di responsabilità prevista?

A parere di chi scrive si tratta di espressioni indeterminate, dagli incerti confini, sommarie che in buona sostanza non rendono possibile al giudice estrarre un significato e non rendono edotto il destinatario di quale sia il significato certo e preciso che può essere tratto da esse<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Così M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX (2016), 432.

<sup>109</sup> Così D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino 2005, 169.

<sup>110</sup> Che molteplici ordinanze emesse dai Sindaci siano indeterminate è, del resto, un dato di fatto pressoché inoppugnabile: per osservazioni sull'indeterminatezza di molte ordinanze

*3.3. Le espressioni linguistiche valutative e quelle descrittive contenute nell'ordinanza sindacale n. 54/2021: differenze in ordine al rispetto del principio di determinatezza*

Si badi bene che le espressioni linguistiche possono essere o valutative o descrittive.

Le espressioni valutative sono quelle che non sono in grado di indicare direttamente i fatti designati da esse, ma che riescono solo a comunicare e a far conoscere il parametro valutativo attraverso l'uso del quale unicamente è possibile pervenire all'individuazione di fatti giuridicamente rilevanti: si pensi alle espressioni oscenità, pubblica decenza, offesa dell'onore e del decoro ecc.

Detta altrimenti, sono quelle espressioni in relazione alle quali il linguaggio si rivela fonte semplicemente mediata o se si vuole strumento di comunicazione o di conoscenza di quell'altra fonte costituita dal parametro valutativo: ne consegue che, sebbene tutte le espressioni contenute nella disposizione siano traducibili in definizioni concettuali, le definizioni delle espressioni valutative non consentono di identificare i fatti attraverso giudizi di realtà perché richiedono sempre necessariamente dei giudizi di valore.

Le espressioni descrittive, invece, hanno un contenuto significativo capace di indicare immediatamente i fatti giuridicamente rilevanti, ragion per cui in relazione a esse il linguaggio è fonte immediata di diritto: si pensi alle espressioni donna, uomo, premeditazione, corrispondenza, tesoro ecc.

---

sindacali cfr. E.C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bologna 2019, 89.

Le definizioni delle espressioni descrittive consentono di identificare i fatti attraverso giudizi di realtà.

In modo particolare vengono in considerazione le definizioni specificative, ovvero quelle che hanno lo scopo di precisare il significato definitorio che le espressioni presentano nell'uso linguistico comune e di operare nella zona di incertezza del linguaggio comune: più in particolare, esse sono finalizzate a dissipare i dubbi di sussunzione-applicazione causati dai casi concreti che rientrano nella parte del significato definitorio costituente il cosiddetto alone marginale. Tale scopo è perseguito attraverso una scelta fra le varie definizioni comuni di una medesima espressione o comunque mediante l'individuazione più precisa di una determinata classe di oggetti ricadenti tutti nel nucleo centrale o nell'alone marginale del significato definitorio comune. Emblematico al riguardo è l'esempio dell'espressione linguistica «notte»: la definizione specificativa di tale espressione può consistere nell'indicazione cronologico-quantitativa dei due termini iniziale e finale di mezz'ora dopo il tramonto e mezz'ora prima dell'alba.

E allora per l'espressione linguistica «situazioni di disagio psico-fisico», trattandosi di un'espressione valutativa, una definizione risulta, sì, possibile, ma più difficile dal momento che la stessa richiede necessariamente dei giudizi di valore: in altri termini, anche a voler risolvere l'espressione «situazioni di disagio psico-fisico» nell'elencazione dei casi in cui tali situazioni si verificano, questa individuazione dei casi in forma descrittiva è sempre e necessariamente preceduta dall'attività valutativa richiesta dall'elemento appunto valutativo che nel caso in esame è costituito dal parametro che consente di identificare quando si verifica un disagio di tipo psico-fisico.

Ben più facile è invece la definizione delle espressioni non valutative, ma descrittive «aree rurali» e «campagna»: in questo caso una definizione specificativa sarebbe stata non semplicemente utile, ma proprio necessaria al fine di operare una scelta fra le varie definizioni comuni di tali espressioni o comunque di individuare più precisamente una determinata classe di oggetti

ricadenti tutti nel nucleo centrale o nell'alone marginale del significato definitorio comune che può essere riconnesso a esse<sup>111</sup>.

Non si dimentichi che una sospensione del principio di determinatezza assume caratteri di particolare problematicità perché – come ci ricorda la giurisprudenza costituzionale più recente<sup>112</sup> ma non solo<sup>113</sup> –, posto che vi sono principi costituzionali che non sono comprimibili non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti, fra questi rientra quel «valore assoluto» che rappresenta il principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2, Cost. nel suo complesso e *in primis*, per quanto di precipuo interesse in questa sede, il principio secondo cui la condotta penalmente sanzionata – o anche sanzionata in forma, sì, amministrativa ma sostanzialmente punitiva – deve essere definita con sufficiente determinatezza.

---

<sup>111</sup> Come bene osserva F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 394, le definizioni specificative «non sono estranee al significato definitorio che il termine ha nell'uso linguistico comune, ma lo presuppongono limitandosi a precisarlo», mentre non sembra a nostro modesto avviso condivisibile la tesi – ricordata dallo stesso A. – in virtù della quale l'interprete è autorizzato talvolta ad allontanarsi dalla definizione specificativa e a tornare all'uso linguistico della parola anche nel caso in cui la definizione sia stata fatta propria dal legislatore qualora ciò sia adeguatamente fondato su particolari esigenze interpretative che facciano ritenere preferibile il linguaggio comune: la tesi non è da accogliere se si assume come ipotesi di partenza quella secondo la quale il linguaggio comune è indeterminato e oltretutto essa consentirebbe di contravvenire alle indicazioni contenute nella definizione specificativa “voluta” dallo stesso legislatore.

<sup>112</sup> Cfr., da ultima, la sent. n. 278 del 2020.

<sup>113</sup> Nella meno recente sent. n. 322 del 2007 si trova infatti scritto che «il principio di colpevolezza non può essere “sacrificato” dal legislatore ordinario in nome di una più efficace tutela penale di altri valori, ancorché essi pure di rango costituzionale» perché «i principi fondamentali di garanzia in materia penale [...] in tanto si connotano come tali, in quanto “resistono” ad ogni sollecitazione di segno inverso» (con corsivo nostro).

Tale assolutezza del principio di determinatezza può essere colta perlomeno per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo – e lasciando la parola alla Corte costituzionale – si tratta «di una garanzia della persona contro i possibili arbitri del legislatore»<sup>114</sup>; in secondo luogo si tratta di un principio non contenutistico, ma strutturale, ovvero che attiene non al contenuto della disposizione, bensì alla sua formulazione linguistica, ragion per cui non pare possibile – sia pure in una situazione di «stato d’assedio» intesa nella terza accezione in precedenza delineata – fare soccombere *in toto* in sede di *balancing test* un principio caratterizzato strutturalmente con principi – qual è quello che fonda il diritto alla salute – connotati contenutisticamente<sup>115</sup>.

#### 4. *Lo «stato d’assedio» e il principio di proporzionalità della sanzione*

L’ultima previsione che suscita perplessità di ordine costituzionale è quella secondo la quale, quanto alla sanzione in caso di trasgressione dei divieti contenuti nelle ordinanze, «ai sensi dell’art. 2, comma 1, d.l. 16 maggio 2020, n. 33, come convertito in legge 14 luglio 2020, n. 74, salvo che il fatto costituisca reato, le violazioni del decreto legge medesimo, ovvero dei decreti e delle ordinanze adottate in attuazione dello stesso, compreso il presente Provvedimento, sono punite con la sanzione amministrativa pecuniaria di cui

---

<sup>114</sup> Così la sent. n. 278 del 2020.

<sup>115</sup> Su quest’ultimo e più specifico profilo cfr., volendo, A. BONOMI, *Un rinvio «sproporzionato» alla fonte statale, un contenuto sostanziale vago ed impreciso: il «caso» dell’ordinanza del Presidente della Giunta regionale pugliese del 3 ottobre 2020, n. 374, in tema di «Misure urgenti per la gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19»*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, part. § 2, di imminente pubblicazione.

all'articolo 4, comma 1, del d.l. 25 marzo, n. 19 convertito in legge n. 35/2020, da euro 400,00 ad euro 1.000,00».

Innanzitutto si può ragionevolmente ritenere di essere in presenza di un rinvio non mobile, ma fisso.

È opportuno ricordare che, mentre il rinvio mobile è un rinvio a una data disposizione nel testo vigente al momento dell'*applicazione* della disposizione rinviante con conseguente *rilevanza* per la disposizione richiamante delle eventuali modifiche della disposizione richiamata, il rinvio fisso è il rinvio a una data disposizione nel testo vigente al momento dell'*entrata in vigore* della disposizione rinviante con conseguente *irrilevanza* per la disposizione richiamante delle eventuali modificazioni apportate a quella richiamata.

Che nella fattispecie in questione venga in considerazione non un rinvio mobile, ma un rinvio fisso è agevolmente constatabile qualora si consideri che la disposizione poc'anzi rammentata, nell'operare il rinvio alla sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 4, co. 1, d.l. n. 19/2020 convertito in l. n. 35/2020, non utilizza la formula «nella versione di volta in volta vigente» o quella, a essa analoga, «e successive modificazioni», ma, anzi, richiama espressamente la specifica sanzione «da euro 400,00 ad euro 1.000,00»: in altri termini, il rinvio all'art. 4 del suddetto decreto-legge, così come convertito in legge è un rinvio che avviene in riferimento al testo vigente al momento non già dell'*applicazione* della disposizione rinviante, bensì dell'*entrata in vigore* della disposizione rinviante; insomma, è come se, nell'operare il rinvio, si fosse utilizzata la formula «nella versione vigente al momento dell'entrata in vigore della presente legge» tanto più che dopotutto è la stessa Corte costituzionale a ritenere fondamentali, ai fini della qualificazione di un rinvio

come fisso o mobile, la «lettera della norma di richiamo» e i «contenuti della norma richiamata»<sup>116</sup>.

Venendo nella fattispecie in considerazione un rinvio fisso, ne consegue che chiunque trasgredisce i divieti posti dalle due ordinanze in esame in questa sede sa che la sanzione amministrativa in cui può incorrere può essere comminata fra un minimo di euro 400 e un massimo di euro 1.000 e questo quand'anche subisca una modifica *in peius* la sanzione contemplata dal decreto-legge convertito in legge: detta altrimenti, se tale sanzione venisse modificata *in peius* ad esempio nel massimo di euro 1.000, quella modifica non esplicherebbe efficacia alcuna nei confronti del trasgressore delle ordinanze sindacali.

Posto dunque che si è in presenza di un rinvio fisso, i dubbi di costituzionalità si evidenziano in punto di violazione del principio costituzionale di proporzionalità della sanzione amministrativa.

È noto che, oltre al principio di determinatezza, la Corte costituzionale ha esteso in molteplici occasioni alle sanzioni formalmente amministrative ma di carattere sostanzialmente punitivo talune garanzie riservate dalla Costituzione alla materia penale<sup>117</sup>.

Nonostante fra tali garanzie il Giudice delle leggi non abbia volutamente inserito i principi in materia di responsabilità penale stabiliti dall'art. 27 Cost. i quali – a cominciare dalla necessaria funzione rieducativa della pena – appaiono, nella visione dello stesso Giudice delle leggi, strettamente connessi alla logica della pena privativa o quanto meno limitativa della libertà

---

<sup>116</sup> Così la sent. n. 6 del 1994. In tema si rimanda alle osservazioni da noi svolte altrove: cfr. A. BONOMI, *Un rinvio «sproporzionato» alla fonte statale, un contenuto sostanziale vago ed impreciso*, cit., § 1.

<sup>117</sup> Viene in considerazione il divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius* (cfr. le sentt. n. 196 del 2010 e n. 223 del 2018), nonché il principio della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius* (cfr. la sent. n. 63 del 2019).

personale attorno alla quale è tutt'oggi costruito il sistema sanzionatorio penale<sup>118</sup>, tuttavia la Consulta ha ritenuto costituzionalmente fondato il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito in relazione alle sanzioni amministrative.

Siffatto fondamento costituzionale viene individuato dai giudici costituzionali non nel combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost., bensì nell'art. 3 Cost. «in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione»<sup>119</sup>.

Tanto premesso, quando si discorre di proporzionalità di una sanzione – penale o amministrativa/punitiva che essa sia – due sono da sempre i criteri al cui metro valutare quella proporzionalità e al cui metro la stessa Corte costituzionale assoda tale proporzionalità<sup>120</sup>: il criterio della cosiddetta

---

<sup>118</sup> In chiave parzialmente critica su tale giurisprudenza costituzionale cfr. F. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in *www.legislazionepenale.eu*, 14 dicembre 2020, 3-4, il quale osserva che «il canone di proporzionalità della sanzione può essere direttamente ricollegato ai principi di personalità e colpevolezza (*Strafzumessungsschuld*) senza che sia realmente necessaria la “mediazione” del riferimento alla funzione rieducativa della pena» e che «la “naturale” dilatazione del perimetro operativo di tali garanzie nella *materia penale* [...] potrebbe essere consentita da una rilettura del testo costituzionale – in particolare, attraverso la tecnica dell'*interpretazione autonoma* – non tanto diversa, in fondo, da quella che nel tempo è maturata sul terreno dell'art. 25 Cost.».

<sup>119</sup> Così la sent. n. 112 del 2019 la quale opera pure un riferimento all'art. 49, paragrafo 3 CDFUE e all'art. 1 Prot. addiz. CEDU, così come interpretati rispettivamente dalla Corte di Lussemburgo e dalla Corte di Strasburgo.

<sup>120</sup> Sulla giurisprudenza della Consulta in materia e in particolare sul controllo di ragionevolezza estrinseco (nel quale in buona sostanza si identifica la proporzionalità ordinale) e sul controllo di ragionevolezza intrinseco (nel quale si identifica sostanzialmente la proporzionalità cardinale) cfr., volendo, A. BONOMI, *Il sindacato sul quantum delle sanzioni penali*

proporzionalità ordinale e il criterio della cosiddetta proporzionalità cardinale<sup>121</sup>.

Il criterio della proporzionalità ordinale muove dall'assunto secondo il quale tanto i reati e le pene da un lato, quanto gli illeciti amministrativi e le sanzioni amministrative dall'altro sono classificati all'interno di un ordinamento in scale parallele ordinate secondo la loro rispettiva gravità (in ordine ai reati e agli illeciti amministrativi) e severità (in ordine alle pene e alle sanzioni amministrative). Limitando il ragionamento alle sanzioni amministrative, la sanzione amministrativa  $y$  prevista per l'illecito amministrativo  $x$  dovrebbe in quest'ottica situarsi, nella scala delle sanzioni amministrative, in una posizione corrispondente a quella dello stesso illecito amministrativo  $x$  nella parallela scala degli illeciti amministrativi. Ne consegue che il criterio della proporzionalità ordinale risulta violato laddove la severità relativa applicabile a un determinato illecito amministrativo non rifletta la sua gravità relativa. Si tratta di un criterio legato al controllo di ragionevolezza di tipo estrinseco, ovvero alla logica del principio di eguaglianza il quale impone di trattare i casi eguali in modo eguale e i casi diversi in modo ragionevolmente diverso e dunque impone che nell'ipotesi in

---

*alla luce del più recente orientamento del Giudice delle leggi: fondamento, estensione, limiti e una proposta di soluzione*, in *Consulta on line (Numero speciale – Liber Amicorum per Pasquale Costanzo)*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 1° aprile 2020, 1-54, nonché A. BONOMI, *Il rispetto del principio di proporzionalità della pena: il ruolo del legislatore, la funzione del giudice comune e il margine di intervento della Corte costituzionale (Osservazioni problematiche prendendo spunto dalle sentenze n. 284 del 2019 e n. 136 del 2020)*, in *Oss. AIC*, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 6 aprile 2021, 200-227.

<sup>121</sup> In materia cfr. gli studi di A. VON HIRSCH, *Past or Futur Crimes*, Manchester 1985, 39 ss. e, per la dottrina italiana, da ultimo di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, part. 160 ss., 261 ss.

cui un illecito amministrativo sia significativamente più grave di un altro anche la sua sanzione debba essere significativamente più severa e viceversa.

Il criterio della proporzionalità cardinale – ovvero assoluta o non comparativa – muove invece dall’assunto secondo il quale è possibile valutare l’appropriatezza della pena o della sanzione amministrativa prevista per un reato o per un illecito amministrativo indipendentemente e a prescindere dalla sua relazione con le pene o con le sanzioni amministrative previste per altri reati o illeciti amministrativi nel medesimo ordinamento. Limitando anche in questo caso il ragionamento alle sanzioni amministrative, tale criterio si basa sul controllo di ragionevolezza di tipo intrinseco, ovvero sul postulato di una relazione diretta fra la gravità del singolo illecito amministrativo e la severità della sanzione amministrativa per esso prevista e chiama in causa non il principio di uguaglianza, bensì l’idea di intrinseca giustizia della reazione punitiva.

Tornando ora alle ordinanze in commento in questa sede, al metro della proporzionalità ordinale e quindi del controllo di ragionevolezza fondato sull’uguale trattamento sanzionatorio di fattispecie diverse la sanzione contemplata in esse da euro 400 a euro 1.000 desta notevoli dubbi di ordine costituzionale perché i decreti-legge richiamati prevedono la stessa sanzione in riferimento a condotte il cui disvalore pare *ictu oculi* ben maggiore rispetto alle condotte delineate dalle ordinanze: rispettivamente nel primo caso vi è a titolo esemplificativo il divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive al virus oppure la limitazione o il divieto delle riunioni o degli assembramenti in luoghi pubblici o aperti al pubblico oppure ancora la chiusura di cinema, teatri, sale da concerto, sale da ballo, discoteche, sale giochi, sale scommesse e sale bingo, centri culturali, centri sociali e centri ricreativi o altri analoghi luoghi di aggregazione; nel secondo caso vi è a titolo esemplificativo il divieto – esaminato in modo specifico in questa sede – per gli infraquattordicenni di muoversi in certe ore del giorno

nel territorio comunale oppure il divieto dell'utilizzo delle panchine e dello stazionamento in tutte le piazze, le strade e le vie dell'abitato oppure ancora il divieto di consumo di bevande alcoliche di ogni gradazione all'aperto su area pubblica o di uso pubblico per l'intera giornata oppure infine il divieto dell'uso delle giostrine insistenti su area pubblica o aperta al pubblico.

La valutazione negativa in ordine alla compatibilità costituzionale non cambia al metro di giudizio della proporzionalità cardinale: assumendo quale parametro di riferimento «una valutazione autonoma, sganciata cioè da uno schema comparativo, di manifesta eccessività [...] rispetto al disvalore dell'illecito»<sup>122</sup> si può davvero ritenere non eccessivamente elevata una sanzione amministrativa di euro 1.000 nel caso in cui un soggetto infraquattordicenne esca dalla sua abitazione per muoversi senza assembrarsi sul territorio comunale oppure un soggetto utilizzi una panchina o stazioni in una piazza o in una strada oppure ancora un soggetto consumi bevande alcoliche all'aperto su area pubblica oppure infine un soggetto faccia uso di giostrine insistenti su area pubblica o aperta al pubblico oppure, per concludere, un soggetto svolga attività fisico-motoria in città senza dover alleviare alcuna situazione di disagio psico-fisico?

Dopotutto la circostanza che vi siano “materie” che da sempre sono considerate, volendo usare un'espressione propria del diritto internazionale, «dominio riservato»<sup>123</sup> del legislatore<sup>124</sup> e che fra queste sia da includere

---

<sup>122</sup> L'espressione è tratta da G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000, 299.

<sup>123</sup> L'espressione è non a caso tratta dal titolo di un noto volume di un internazionalista, ovvero di G. SPERDUTI, *Il dominio riservato*, Milano 1970, il quale definiva il dominio riservato appunto la «sfera giuridicamente assicurata all'indisturbata azione statale» (49).

<sup>124</sup> La stessa giurisprudenza costituzionale ci offre indicazioni in proposito: si pensi al riconoscimento al legislatore di un'ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali (cfr., da ultimo, la sent. n. 45 del 2021); si pensi anche alla concreta

senz'altro la scelta inerente alla misura della sanzione penale e di quella amministrativa non implica che non sussistano margini di controllo in sede giurisdizionale e più in particolare quelli sopra indicati ricollegabili al principio di proporzionalità.

### 5. Conclusioni finali

Le previsioni analizzate in questa sede e contenute nelle due ordinanze in esame sembrano imporre una conclusione, ovvero la seguente: una situazione emergenziale può giustificare la sospensione di alcune, ma non di tutte le disposizioni costituzionali e in ogni caso non con qualunque intensità.

Come è stato ben messo in evidenza in dottrina<sup>125</sup>, l'individuazione dei principi costituzionali che possono essere sospesi nelle circostanze di

---

determinazione della durata del tempo di prescrizione dei reati che appartiene alla discrezionalità del legislatore censurabile solo in caso di manifesta irragionevolezza o di sproporzione rispetto alla gravità del reato (cfr. la sent. n. 278 del 2020); si pensi ancora alle cause di non punibilità che costituiscono altrettante deroghe a norme penali generali sicché la loro estensione comporta strutturalmente un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti, giudizio che appartiene primariamente al legislatore (cfr., fra le ultime, le sentt. n. 156 del 2020 e n. 30 del 2021).

<sup>125</sup> Cfr. G. MORELLI, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno. La legge fondamentale di Bonn comparata con le Costituzioni francese e italiana*, Milano 1966, 320-321, il quale prende spunto da una famosa tesi sostenuta da G. CAMUS, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris 1965, 302 ss., il quale a sua volta fa riferimento alla facoltà di revisione parziale o totale della Costituzione e alla facoltà di interferire nell'ordinamento giudiziario; più di recente anche A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino 2005, 181, osserva che «la riduzione della rigidità della Costituzione, [...] nella sola forma di una momentanea “messa tra parentesi” dei precetti costituzionali, deve [...] poggiare nella [...]

emergenza va fatta in base non alla materia, ma al fine: atteso che il fine dei poteri eccezionali è la salvaguardia dell'esistenza dello Stato, è da escludere che tali poteri possano sospendere quei principi costituzionali che sono per definizione preordinati alla difesa dell'ordinamento giuridico e che dunque non possono considerarsi in opposizione con lo stesso e quindi in contrasto con la conservazione dello Stato.

In altri termini, vi sono disposizioni costituzionali che devono essere inserite nel novero di quelle che sanciscono principi i quali non possono essere assolutamente derogati «neppure contingentemente, giacché esse costituiscono 'l'identità' dell'ordinamento»<sup>126</sup>; derogare a essi «equivarrebbe a fuoriuscire dall'emergenza giuridica, perché non avremmo più lo stesso ordinamento in un assetto straordinario, ma un *altro* ordinamento in formazione»<sup>127</sup>.

---

Costituzione stessa, vale a dire nello scopo di salvare *questa* Costituzione e quest'esperienza costituzionale minacciate da un "fatto" che potrebbe portare alla loro stessa dissoluzione».

<sup>126</sup> Così P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 57, il quale prosegue osservando che «infrangere, sia pure con eccezioni provvisorie, simili previsioni significherebbe alterare tale identità, mettendo così in discussione l'ordine costituzionale previsto e, dunque, instaurando un nuovo ordinamento»; definisce queste disposizioni il «minimo costituzionale» G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna 2004, 255.

Più *tranchant* la tesi adombrata da F. VARI, *Necessitas non habet legem? Alcune riflessioni sulle situazioni di emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 204, il quale rileva che la tesi contraria all'ammissibilità della sospensione dei diritti – di tutti i diritti par di capire – sanciti nella Costituzione in casi di emergenza può essere considerata accolta anche dal Giudice delle leggi che nella ben nota sent. n. 16 del 1978, sia pure ad altro proposito, avrebbe implicitamente identificato nel procedimento di cui all'art. 138 Cost. l'unico strumento al fine di poter intervenire su norme costituzionali.

<sup>127</sup> Così G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, cit., 243.

Se è vero che soltanto «quando [...] l'emergenza costituzionale viene gestita senza negare la sopravvivenza dell'ordinamento, e quindi attraverso meccanismi interni all'ordinamento stesso [...], è possibile ricorrere alle categorie della “sospensione” e della “deroga”, senza con ciò uscire da un contesto di sostanziale continuità costituzionale e senza assistere all'instaurazione di un ordinamento completamente nuovo»<sup>128</sup>, se ne può inferire la conclusione che la sospensione dei principi poc'anzi individuati può rischiare di determinare, anziché, appunto, una sospensione, una sorta di rottura della Costituzione: ipotesi, quest'ultima, che si verifica allorché il meccanismo derogatorio opera «come fatto costitutivo di un regime che, proprio per aver perso ogni contatto col regime da cui deriva, non può più qualificarsi come eccezionale bensì normale o tendenzialmente destinato ad affermare la propria normalità»<sup>129</sup>.

Dopotutto già la dottrina più antica evidenziava come l'ordinanza di necessità potesse eccedere i confini della legge, sospenderne l'efficacia, imporre obblighi e limitazioni nei confronti dei singoli consociati non previste dalla legge, ma non potesse giammai instaurare un nuovo ordinamento perché, «se si volesse negare a priori l'esistenza di questi limiti, si finirebbe per confondere un diritto eccezionale con l'assenza di ogni diritto»<sup>130</sup>.

In conclusione, le ordinanze sindacali in commento in questa sede si prestano a subire le critiche che in precedenza chi scrive ha potuto esporre in

---

<sup>128</sup> Così – a nostro sommo avviso più che correttamente – F. DONATI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo alla definizione dei poteri di emergenza*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 29, nt. 8.

<sup>129</sup> Così G. DE VERGOTTINI, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, cit., 273.

<sup>130</sup> Così V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1917, 231. Il tema è approfondito da A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità ed urgenza tra storia e diritto*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano 2009, 133 ss., part. 140 ss.

quanto hanno messo in forse principi costituzionali – la libertà personale, il principio di determinatezza e il principio di proporzionalità della sanzione – che da un lato costituiscono l'identità dell'ordinamento e dall'altro sono *ex definitione* preordinati alla difesa dell'ordinamento giuridico e dunque non possono considerarsi in contrasto con la conservazione dello Stato, ma semmai e tutt'al contrario proprio a tale conservazione mirano.