



Zone grigie e zone rosse: la capacità delle circolari di incidere sulla sfera giuridica individuale e di limitare le libertà

di Fulvia Ugolini *

1. Circolari e fenomeno migratorio

La recente adozione di circolari, sia in materia di immigrazione che di contrasto a fenomeni sociali, porta alla luce un sistema di governo attraverso l'utilizzo di fonti non di rango primario che cerca la sua giustificazione e legittimità formale nel richiamo all'urgenza e alla necessità di sicurezza.

Vediamo riemergere, quindi, uno strumento che trovava la sua essenza nella necessità di coordinamento e armonizzazione dell'operato tra gli uffici, caratterizzato da un'assenza, o quasi, di pubblicità.

* Avvocata del Foro di Firenze. Contributo sottoposto a referaggio anonimo (*double blind peer review*).



La circolare¹, atto interno autonomo, ha la funzione di indirizzare e disciplinare l'attività degli organi inferiori, vincolandoli solo se legittima², ed è d'altro canto priva di valore normativo o vincolante per i soggetti estranei alla amministrazione (cfr. Chiti 1988). Proprio in considerazione dell'assenza di particolari procedure per la sua adozione e della mancanza di forme di controllo risulta essere, ed è risultato essere in passato, lo strumento più idoneo a fronteggiare l'esigenza di fornire una normativa anche in settori che meriterebbero, e avrebbero meritato, di essere disciplinati con legge; ponendo anche dubbi di legittimità nel caso di modifiche o di normazione in settori disciplinati da norme di rango primario. Infatti, l'adozione di circolari a contenuto normativo non assoggettate agli oneri di pubblicazione prescritti per le fonti normative, ma solo a quello, ben più blando di diffusione all'interno dell'amministrazione, pongono un serio problema di tutela delle posizioni soggettive dalle stesse involte³.

Fino all'approvazione, il 30 dicembre 1986, della legge n. 943 – c.d. "legge Foschi"⁴, uno dei settori che ha visto le circolari come unico mezzo di disciplina e normazione è stata proprio l'immigrazione. Lo Stato

¹ È stato per primo Giannini (1960, 3) ad aver indicato in modo definitivo che una circolare in senso "sostanziale" non esiste e che ai fini di una maggiore precisione sarebbe il caso di parlare di «norme interne, direttive, ordini generali, ordini particolari, etc., a seconda dei casi notificati mediante circolare».

² Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7521; Tar Abruzzo (Pescara), 16 ottobre 2012, n. 423.

³ In questi termini Riso (1999).

⁴ «Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine».



italiano, nonostante la riserva di legge contenuta nell'art. 10, comma 2 della Costituzione, regolava l'afflusso di cittadini stranieri sul proprio territorio secondo il T.U. delle leggi di pubblica sicurezza del 1931, integrato da innumerevoli circolari ministeriali volte a regolare le numerose lacune lasciate da questo strumento e da pochissime disposizioni contenute in singoli articoli⁵, comunque coordinate dall'art. 142 del predetto testo unico e dall'art. 261 del relativo regolamento di attuazione n. 635 del 6 maggio 1940.

La legge Foschi, dando attuazione alla Convenzione OIL del 1975 sulla promozione dell'uguaglianza e al trattamento dei lavoratori migranti, ebbe il merito di introdurre una norma sul ricongiungimento familiare, disporre in materia di soggiorno turistico e per motivi di studio e dichiarare solennemente la piena uguaglianza fra lavoratori italiani e stranieri. Essa di fatto, nel rivedere le regole di ingresso e soggiorno degli stranieri ponendo la questione anche come problema di sicurezza nazionale, «si limitava a dare la veste della legge al corpus delle circolari ministeriali che erano andate stratificandosi nel tempo creando, anzi, con l'obbiettivo di regolare il flusso migratorio, un sistema di collocamento ancora più farraginoso di quello precedente» (Chiaromonte 2013, 107). La farraginosità data dal tipo di strumento utilizzato e, quindi, la mancanza di una legislazione organica in materia sembra proprio essere la motivazione alla base della esclusione dell'Italia dall'Accordo Schengen del 1985 (Paoli 2013).

⁵ Ad esempio: l'art. 2, comma 5, della legge n. 112 del 10 gennaio 1935; l'art. 9, comma 4 della legge n. 264 del 29 aprile 1949, modificato dall'art. 3 della legge n. 5 del 10 febbraio 1961.



Pertanto i flussi migratori che toccano il paese dalla fine degli anni '60 al '85 del secolo scorso e la condizione di tali stranieri erano regolati attraverso le circolari (come assumere e quando licenziare uno straniero, che tipo di autorizzazione (foglio di soggiorno) doveva avere, di che durata, come si rinnovava). La prima circolare organica sull'immigrazione viene emana dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale il 4 dicembre 1963, n. 51/22/VI, titolata *Norme per l'impiego in Italia di lavoratori stranieri*, trova la sua legittimità e la necessità di tale intervento proprio nella frammentarietà, incompletezza delle norme vigenti. A questa circolare nel 1970 se ne affianca un'altra, la n. 7 del 28 dicembre 1970, recante *Norme per l'ingresso e il soggiorno e il transito degli stranieri in Italia*, nella quale si ritrovano le attuali norme giuridiche sugli stranieri, a partire dal contratto di soggiorno (legge n. 189 del 2002), sulle modalità di espulsione e sulle impronte digitali.

Proprio sulla ingiustificata e censurabile mancanza di un sistema organico in materia, la Corte costituzionale nel 1977⁶ si è pronunciata incidentalmente, sostenendo che «la materia in esame, per la delicatezza degli interessi che coinvolge, merita un riordinamento da parte del legislatore, che tenga conto della esigenza di consacrare in compiute organiche norme le modalità e le garanzie di esercizio delle fondamentali libertà umane con l'ingresso e il soggiorno degli stranieri in Italia».

Anche con la emanazione della legge n. 39 del 1990⁷, meglio nota come "legge Martelli", che aveva come obiettivo la programmazione dei

⁶ Corte cost., 20 gennaio 1977, n. 47, in *Giur. cost.*, 1977, 1, p. 184 ss.

⁷ Legge 29 Febbraio 1990, e successive modificazioni, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 Dicembre 1989, n. 416, *Norme urgenti in materia di asilo*



flussi migratori fornendo uno strumento per un controllo preventivo, non viene comunque abbandonata la produzione di circolari. A partire dalla circolare n. 17278/110 del maggio 1991⁸, il flusso migratorio proveniente dall'Albania è regolato con detti atti che assumono rilevanza di strumento normativo, nonostante le fonti legislative.

Tutta la legislazione dal 1990 in poi non ha fatto altro che ratificare disposizioni emanate con le circolari. Queste circolari sono caratterizzate da un tipo di linguaggio diverso rispetto a quello della legge, che tende ad essere più astratta. Esso è esplicito, semplice e con molti preamboli. Veniva spiegato agli impiegati la ratio di quelle norme. Imitava il linguaggio delle leggi, ma non si nascondeva il proposito della sostituzione attraverso le circolari della legge stessa (Gjergji 2013, 122 ss.).

La produzione legislativa in tema di immigrazione, dopo il 1990, resta convulsa e caratterizzata da un piano normativo multiplo e multidisciplinare. Questa caratteristica ha condotto alla produzione di circolari, in materia, sia organizzative, sia normative che interpretative (Algotino 2017).

Dove quest'ultime, avendo dopo il 1990 una copertura a livello normativo, per la loro quantità e formulazione hanno portato ad un potere interpretativo in capo al funzionario pubblico chiamato ad applicarle, tale non solo da ampliarne la discrezionalità, ma anche da fornire delle

politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato».

⁸ Nel 1991 l'Italia è oggetto di un flusso migratorio proveniente dall'Albania, sviluppatosi in una prima onadata nel marzo e una seconda in agosto.



disposizioni oltre le norme a copertura⁹. Ciò, a questo punto non meravigliando, ha la diretta conseguenza di una applicazione a macchia di leopardo sul territorio e la creazione pertanto di una prassi anche in contrasto con le previsioni formali. Prima della legge Martelli, la normativa cui ci si riferiva per trovare una seppur minima regolamentazione in materia di immigrazione era rappresentata dal regio decreto del 18 giugno 1931 (TULPS). Le disposizioni relative agli stranieri erano tutte contenute nel Titolo V, dall'articolo 142 al 152, e si caratterizzavano per essere restrittive e inerenti alla tutela dell'ordine pubblico attraverso lo stretto controllo. Il fatto che detto testo unico, nel suo complesso, e nello specifico l'art. 2, tanto richiamato anche recentemente, fosse una delle poche norme di riferimento in materia, risultava già affetto da inadeguatezza essendo la materia tutta improntata, come detto, solo in termini di sicurezza e ordine pubblico.

2. La capacità delle circolari di incidere sulla sfera giuridica e di limitare le libertà

Quello che Ghezzi (1982) ha definito come «un sistema di governo per circolari», nella sua ultima e più recente fase, vede l'emanazione di detti atti da parte delle autorità di prossimità, quali Sindaci¹⁰ e Prefetti.

⁹ Per un approfondimento, v. Gjergji (2016 e 2018).

¹⁰ Come sottolineato da Soluri (2011), detti provvedimenti sono espressione del rilevante potere del sindaco, nella sua veste di 'Giano bifronte', cioè come rappresentante della comunità locale (in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere



In più occasioni il ruolo forte delle circolari ha finito per condizionare la vita, in particolare, degli immigrati, con specifico riferimento ad esempio ai richiedenti asilo, non ritrovando in esse la copertura di legittimità.

Note sono le tre circolari del Prefetto di Firenze indirizzate ai centri di accoglienza straordinari per richiedenti asilo (cfr. Simoni 2018). La n. 0114550 del 18 settembre 2018 reca nell'oggetto, oltre alla necessità di rilevazione delle presenze degli ospiti nei Cas e la tenuta dei registri, richiamo resosi necessario dall'aver riscontrato irregolarità a seguito di ispezioni prefettizie, anche «Sicurezza stradale e regole di comportamento degli ospiti fuori dal centro di accoglienza».

Stravagante l'invito ai gestori, e di fatto agli operatori dei centri come ultimi effettivi destinatari, nel caso in cui le biciclette non siano fornite dalla struttura, a redigere verbale di chiarimento circa le modalità di ac-

esclusivamente locale), ai sensi dell'art. 50, ma anche come ufficiale del governo, secondo il disposto di cui al comma 4 dell'art. 54. Infatti, quest'ultima norma, recante le modifiche deliberate con il decreto-legge n. 92 del 2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 125 del 2008 aveva contenuto, fino alla novella, la norma tradizionale che conferiva al sindaco il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti in materia di incolumità pubblica. Un potere affiancato a quello che, riguardo ai prefetti, e sul piano della sicurezza pubblica, è tuttora garantito dall'art. 2 del t.u. delle leggi di pubblica sicurezza. La Corte costituzionale, con sentenza n. 115 del 2011, pronunciandosi su tale disposizione novellata e censurandola, statuisce che nel prevedere un potere di ordinanza dei sindaci (quali ufficiali di Governo) non limitato ai casi contingibili e urgenti, sebbene non attribuisca ad essi il potere di derogare, in via ordinaria e temporalmente indefinita, a norme primarie e secondarie vigenti, violerebbe la riserva di legge relativa, di cui all'art. 23 Cost., in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito – quello della imposizione dei comportamenti – rientrante nella generale sfera di libertà dei consociati. Per ulteriori approfondimenti, v. Mondino (2015) e Benvenuti, Di Fonzo *et al.* (2013).



quisizione e riferendo alla Prefettura, ove necessario. Con l'occasione di richiamare, come testualmente recita la circolare, la necessità di fornire informazioni circa le norme sulla circolazione stradale si aggiunge, sommessamente, una disposizione che investe, ancora una volta, l'operatore o il gestore di ruolo di incaricato di pubblico servizio con ampia discrezionalità.

I punti rilevanti e di estrema gravità sono, ovviamente, una presunzione di colpevolezza di furto o di riciclaggio, nel momento in cui il velocipede sia stato acquisito senza la intermediazione del Cas, e una inversione dell'onere della prova. Pertanto sembra essere obbligo dell'ospite del Cas dare spiegazione quantomeno convincente e credibile, meglio se supportata da prove, per non vedere "riferito al Prefetto" il caso. I corollari del diritto al silenzio e il diritto alla non autoincriminazione, sono messi a serio repentaglio in funzione di una credibilità e attendibilità delle informazioni richieste.

La circolare n. 0123512 del 5 ottobre 2018 riporta come oggetto «Capacità economica dei richiedenti asilo ospiti dei Cas – Vigilanza». La legittimità alla base di tale atto si ritrova nelle prime righe, in cui non si fa riferimento a una normativa, ma alla comparsa di «articoli di stampa, locale e nazionale che denunciano il ripetersi di consegne da parte dei corrieri di pacchi acquistati *on line* dai richiedenti asilo ospiti in alcuni centri del territorio, che appaiono incompatibili con la presunta situazione di indigenza che, come noto, costituisce il presupposto per la fruizione delle misure di accoglienza». Anche in questo caso si richiede l'attivazione immediata degli operatori per l'apertura dei pacchi in entrata, al fine di verificare la compatibilità degli acquisti con la situazione economica del richiedente asilo, oltre che per ragioni di sicurezza.



Evidente è la sovrapposizione e confusione di piani operata dal testo della circolare. Sulla base di presunzioni si procede a legittimare una condotta in violazione del diritto di segretezza della corrispondenza richiamando *in primis* le condizioni alla base del diritto di accoglienza e, successivamente, come a rendere maggiormente giustificata la base, altra, della circolare il richiamo alla sicurezza. Diritto costituzionale, richiamato anche dall'art. 8, §1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quello alla libertà e segretezza della corrispondenza, inviolabile e non eliminabile neppure per i detenuti in regime di carcere duro se non previa autorizzazione del magistrato di Sorveglianza¹¹.

La sicurezza, visto il tenore delle precedenti e anche delle successive emanazioni prefettizie, risulta essere invece, sempre e comunque, di fatto, la ragione principale attraverso cui attuare controlli anche illegittimi in violazione della riserva di legge. La situazione di indigenza, presupposto per usufruire dell'accoglienza, è valutata *ex art.* 14, comma 3 del d.lgs. n. 14 del 2015 dalla Prefettura con riferimento all'importo annuo dell'assegno sociale¹², ritenendosi che eventuali redditi percepiti dal richiedente, in un periodo più o meno lungo di tempo, ed inferiori a tale soglia non incideranno sul diritto all'accoglienza. Ai fini della revoca della accoglienza *ex art.* 23, comma 1, lett. e) del d.lgs. n. 142 del 2015 – conseguenza che sembra ventilata dalla circolare in esame – non essendo

¹¹ Vedasi E. Santoro nell'intervista a Nova Radio – Città futura, del 16 ottobre 2018.

¹² L'Inps, con circolare n. 186 pubblicata il 21 dicembre 2017, comunicava l'importo annuo dell'assegno sociale con decorrenza dal 1° gennaio 2018 che è pari a euro 5.889,00. A decorrere dal 1° gennaio 2019 è pari a euro 5.953,87, comunicato con circolare n. 122 del 27 dicembre 2018.



nemmeno sufficiente che il cittadino straniero abbia svolto attività lavorativa, ma la sufficienza dei mezzi deve essere accertata e documentata, tanto meno potrà ritenersi sufficiente un acquisto di merce.

Se del tutto illegittima risulta essere la revoca dell'accoglienza per quei soggetti che svolgano attività lavorativa per brevi periodi, o pochi mesi, che non consenta loro di uscire da una situazione di inadeguatezza economica, a maggior ragione illegittima sarà la revoca basata su un acquisto anche di valore economico alto, ma reso possibile da un risparmio di denaro.

«Orario di rientro degli ospiti nei centri di accoglienza» è l'oggetto della terza circolare del 11 ottobre 2018 n. 0126306 nella quale è previsto il rientro obbligato degli ospiti tra le ore 20 e le ore 8 della mattina, rendendo così più restrittivo un obbligo già presente e subordinando ogni allontanamento in detto orario all'autorizzazione da parte della Prefettura e solo in caso di motivate e straordinarie esigenze. Invero, è nell'art. 10, comma 2 del d.lgs. n. 142 del 2015¹³ che tale restrizione trova la sua legittimità. Una limitazione della libertà personale che non sembra potersi assumere a violazione dell'art. 13 della Costituzione, poichè la conseguenza del mancato rientro si sostanzia nel non poter accedere alla

¹³ «E' consentita l'uscita dal centro nelle ore diurne secondo le modalità indicate nel regolamento di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, con obbligo di rientro nelle ore notturne. Il richiedente può chiedere al prefetto un permesso temporaneo di allontanamento dal centro per un periodo di tempo diverso o superiore a quello di uscita, per rilevanti motivi personali o per motivi attinenti all'esame della domanda. Il provvedimento di diniego sulla richiesta di autorizzazione all'allontanamento è motivato e comunicato all'interessato ai sensi dell'articolo 10, comma 4, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, e successive modificazioni.»



struttura, con eventuale conseguenza della revoca dell'accoglienza, e non nell'adozione di un provvedimento coercitivo.

3. La “copertura” data dall’art. 2 TULPS e la minaccia penale

Ancora una volta le politiche securitarie, nello spaccato delle circolari e direttive ministeriali, portano alla strumentalizzazione del concetto di sicurezza pubblica, spesso non chiaro se inteso nei termini di sicurezza urbana o di sicurezza come ordine pubblico, quale bene giuridico da preservare sia sotto il profilo amministrativistico, sia sotto quello penale. Viene attribuita rilevanza a nuove condotte oggi ritenute socialmente pericolose.

Attraverso il decreto legge n. 14 del 20 febbraio 2017 convertito in legge n. 48 del 18 aprile 2017, la questione della sicurezza interna viene trattata nell’ottica di riaffermazione di un maggiore rigore nella lotta alla criminalità e al degrado nelle aree urbane (Racca 2017). Il decreto, concorrendo con il “decreto Minniti” (d.l. n. 13 del 2017) in tema di lotta all’immigrazione irregolare, persegue la finalità di una maggiore sicurezza urbana, mediante forme preventive di controllo affidate agli Enti Locali, oltre a forme di cooperazione tra Polizia locale e corpi, e a incentivi per il recupero delle aree urbane degradate e all’inasprimento delle sanzioni per i soggetti coinvolti nei c.d. “disordini urbani”.

Proprio il d.l. n. 14 del 2017 e il cosiddetto decreto Minniti, in tema di «Disposizioni urgenti per l’accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell’immigrazione illegale», perseguono quale obiettivo comune quello di garantire una



maggiore sicurezza interna in contrasto a fenomeni di forte impatto sociale quali l'immigrazione irregolare e il degrado ambientale delle città. Si introduce il concetto di sicurezza integrata, ovvero l'insieme degli interventi congiunti tra Stato, Regioni e Comuni al fine di concorrere, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze e responsabilità, alla promozione e attuazione di un sistema unitario di sicurezza e controllo (cfr. Costa 2017). Questo quadro normativo è implementato dalla recente Legge 132 del 2018 e vive sotto il grande cappello dell'art. 2 del R.D. n. 773 del 18 giugno 1931.

La normativa appena citata è richiamata espressamente dalle ultime ordinanze dei Prefetti di Bologna¹⁴ e Firenze¹⁵, già colloquialmente soprannominate "circolari sulle zone rosse".

Ancora una volta la necessità di provvedere in via d'urgenza, in questo caso alla restituzione di aree specifiche di entrambi in comuni alla fruizione loro ordinaria, produce la creazione di un divieto di stazionamento a soggetti che impediscano l'accessibilità e fruizione con comportamenti incompatibili con la destinazione di tale aree.

Con una presunzione *iuris et de jure* si ritiene che quello stazionamento e quelle attività illegali siano fotografate dall'aver riportato una denuncia, peraltro, dalla lettera delle circolari, solo proveniente dalla Polizia di Stato, per i reati in materia di stupefacenti ai sensi degli artt. 73, 74 d.P.R. n. 309/1990, in materia di reati contro la persona ai sensi degli artt.

¹⁴ Prefettura di Bologna, ordinanza n. 3470/2018/Area I O.S.P. del 14 dicembre 2018. V. anche la precedente ordinanza Prot. 3470 /2018 Area 1 O.S.P. del 23 maggio 2018, su www.prefettura.it.

¹⁵ Prefettura di Firenze, ordinanza n. 0052287 del 9 aprile 2019-



581, 582, 588, 590 c.p. o in materia di danneggiamento di beni ai sensi dell'art. 635 c.p. ovvero sia stato destinatario di contestazioni di violazioni della normativa che disciplina l'esercizio del commercio su aree pubbliche di cui agli artt. 28 e 29 del decreto legislativo n. 114 del 1998.

Proprio la denuncia da parte della Polizia, e quindi una procedibilità d'ufficio, stride con la previsione del reato di percosse, nell'elenco sopra citato, e anche con la previsione delle lesioni colpose, entrambe procedibili a querela di parte. Tale elenco tassativo non sembra avere una logica, prevedendo solo alcune fattispecie che possono essere integrate da condotte poste in essere nelle piazze.

Provocatoriamente, verrebbe da affermare, che è fortunatamente incompleto nella sua illegittimità.

Questa circolare sembra modulare la scansione del decreto Minniti, che prevedeva la notifica per il daspo urbano, e l'inottemperanza a non frequentare determinati luoghi procurava la denuncia penale. Oggi sembra non sia necessaria la notifica preventiva. Il provvedimento di limitazione della libertà personale si appoggia sulla necessità di consolidamento della percezione di sicurezza e si vieta l'assembramento di persone che ledono la percezione e il benessere della comunità. È su di un elemento di natura soggettiva, la percezione, che viene basato quello che potrebbe latamente essere considerato un elemento oggettivo, ovvero la sicurezza.

Come già richiamato, il riferimento normativo cui si appoggiano le due ordinanze, presupposto a queste, è dato dall'art. 2 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (TULPS).

Tale articolo fu oggetto della pronuncia n. 8 del 1956 della Corte costituzionale, con la quale la Corte ne salvò la legittimità precisando però



che, per non dar adito ad arbitraria applicazione, doveva trovare nei principi fondamentali dell'ordinamento la sua legittimazione. Nel frattempo due anni dopo, interviene la Corte di cassazione a Sezioni unite¹⁶ qualificando i provvedimenti prefettizi come «ordinanze libere idonee ad affievolire i diritti soggettivi dei cittadini garantiti dalla Costituzione a interessi legittimi». Da questa pronuncia, un nuovo incidente di costituzionalità. La Corte costituzionale¹⁷ sancisce che «Nei casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia (per esempio, art. 13, terzo comma), non può concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione. [...] Difatti, anche a volerli considerare in ogni caso come aventi carattere normativo, i provvedimenti prefettizi ex art. 2, ove non contrastino con i principi dell'ordinamento, restano legittimamente nella sfera dell'attività spettante agli organi amministrativi: essi sono legittimi quando siano emanati in base ai presupposti, nei limiti, con le caratteristiche, le forme e le garanzie, secondo le indicazioni espresse fin dalla precedente sentenza.». Invece, quando l'art. 2 prevede in base alla legge, si deve verificare che la legge stessa indichi criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo e che risultino adeguati i limiti all'esercizio del potere, in questo caso prefettizio, di emettere ordinanze urgenti.

A commento, ancora evidentemente attualissimo, alla sentenza della Corte di cassazione, De Fina (1958) scriveva sempre nel 1958: «Che esito

¹⁶ Cass., sez. un. civ., sentenza n. 2068 del 16 giugno 1958, in *Foro it.*, vol. 81, I, 1958, coll. 1091-1098.

¹⁷ Corte costituzionale, sent. 26 del 27 maggio 1961, in *Consulta Online*.



può avere una tale norma, che non sia di arbitrio, in un Paese dove alla pubblica necessità, alla pubblica urgenza, alla difesa dell'ordine pubblico e del buon costume si ricorre anche per potare gli alberi della villa comunale o per epurare il bollettino goliardico e dove, emessa cinquant'anni or sono una legge per fronteggiare un cataclisma, la si usa ancora per....pubblica utilità?».

Alla luce di queste indicazioni si richiama alla memoria, non risalente nel tempo, la sentenza di condanna De Tommaso c. Italia della Corte Edu¹⁸, caso in cui la Corte è chiamata a valutare se in base all'art. 2 Prot. 4 Cedu, la limitazione della libertà di circolazione realizzata con la misura sia stata «prevista dalla legge» e potesse giudicarsi «necessaria in una società democratica» per il perseguimento di uno degli scopi menzionati dalla disposizione convenzionale: tutela della sicurezza nazionale o della pubblica sicurezza, mantenimento dell'ordine pubblico, prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione dei diritti e libertà altrui (Viganò 2017).

Così, oltre alle doglianze sotto il profilo formale ve ne sono anche sotto profilo sostanziale.

Se da un lato è obbligo richiamare l'art. 53 sia della Convenzione europea, sia l'art. 53 della Carta dell'Unione europea che incrementano la tutela nel caso in cui lo stato appartenente non sia adempiente. Dall'altro è opportuno fare anche riferimento alla nota sentenza Engel c. Paesi Bas-

¹⁸ Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in <https://hudoc.echr.coe.int>.



si¹⁹, nella quale la Corte EDU interviene in materia apparentemente non penale.

Un punto fisso, ormai non revocabile in dubbio, è ulteriormente fissato dalla sentenza in discorso, che perspicuamente ne sottolinea la natura di espressione del diritto vivente: «la nozione di “illecito amministrativo di natura sostanzialmente penale” è ormai considerata diritto vivente ed è recepita dalla Giurisprudenza delle Corti Europee e da quella di questa Corte di legittimità, che sovente si sono cimentate con la questione del doppio binario sanzionatorio e del conseguente problema della violazione del divieto di bis in idem, cioè della possibilità di sanzionare attraverso procedure parallele lo stesso fatto due volte con provvedimenti, uno di natura penale e l'altro solo formalmente amministrativo ma, per la sua portata afflittiva, di natura penale»²⁰.

Le due direttive prefettizie si chiudono, infatti, con la previsione che eventuali violazioni delle disposizioni contenute potranno rilevare sotto il profilo penale come inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità.

Anche nel 2007 con le tre ordinanze del Sindaco di Firenze²¹ veniva fatto richiamo a tale norma, la quale, secondo la Procura, che ha archiviato sistematicamente ogni procedimento collegato, non ritenendo di rilevanza penale le condotte e sottolineando una non corretta interpretazione dell'art. 650 c.p.

¹⁹ Corte Edu, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

²⁰ In questi termini Mucciarelli (2018).

²¹ Contenute in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3, 2007, p. 262 ss.



Quanto all'art. 650 c.p., valgono anzitutto le perplessità già espresse sui presupposti di applicazione delle ordinanze emanate (attualità del pericolo paventato e dunque reale necessità e urgenza del provvedimento; ragionevolezza e proporzione della finzione giuridica tra comportamenti che impediscono l'accesso o la fruizione di determinati luoghi e mera preesistenza di precedenti di polizia), presupposti che, come noto, possono e devono essere incidentalmente sindacati dal giudice penale nella misura in cui, ai sensi dell'art. 650 cp, debba valutare se il provvedimento sia stato «legalmente dato». Si tratta inoltre di provvedimenti rivolti a categorie generali e astratte di soggetti (i denunciati per taluni reati), e non a singoli individui predeterminati; tale circostanza, secondo giurisprudenza ormai consolidata, dovrebbe escludere in radice l'applicabilità dell'art. 650 c.p. (Ruga Riva 2019).

4. Riflessioni conclusive

Il percorso, fondamentale iniziato negli anni '30 del secolo scorso, si è sviluppato attraverso l'utilizzo delle circolari come strumento attraverso cui colmare un vuoto normativo e, per il momento, si conclude, nel moderno 2019, attraverso l'utilizzo delle ordinanze e delle circolari come strumento ponte per l'emanazioni di provvedimenti ministeriali.

Si assiste ad un incremento del potere delle autorità di prossimità, in particolare del potere prefettizio. Gli atti così emanati, siano essi di natura permanente, come le tre circolari fiorentine del 2018 rivolte ai gestori dei Cas, o siano esse temporanee, le ultime due circolari hanno validità di tre mesi dalla data della pubblicazione, fanno emergere la presenza di



una necessità di controllo e sicurezza. Oltre la critica, in punto di diritto, sulla illegittimità e sulla violazione delle libertà fondamentali tutelate costituzionalmente, è opportuno chiedersi se tali provvedimenti siano statuizioni politiche segno di una difficoltà funzionale al contrasto di certi fenomeni.

La risposta non può essere che affermativa. Sembra infatti che l'utilizzo di ordinanze urgenti, nello specifico le ultime, ritrovi la sua "legittimità" politica nello scarso organico delle forze di polizia, nell'elevato costo delle operazioni sotto copertura²² e di una sfiducia nella certezza della pena ed esecuzione della stessa, oltre alla sfiducia nell'applicazione effettiva degli strumenti penali, quali le misure cautelari. Questi elementi appena citati, in pieno rispetto dei dettami costituzionali, sono gli strumenti che l'ordinamento possiede per fornire tutela e sicurezza al cittadino e che evidentemente non sono ritenuti sufficienti.

In sostanza, ancora una volta, lo strumento e la formulazione del contenuto dello stesso, in nome dell'urgenza, non risultano nè adeguati nè legittimi conducendo, con un giudizio prognostico, ad una applicazione a macchia di leopardo o una non applicazione. Del resto destinataria della prima e, pare, unica denuncia su base dell'ordinanza "zone rosse" è una cittadina di origine peruviana, con vetusto procedimento per lesioni, che attendeva l'autobus per recarsi a lavoro.

²² «Potenziamento delle operazioni di polizia sotto copertura» è la rubrica dell'art 4 del recentissimo decreto-legge n. 53 del 14 giugno 2019, già soprannominato "decreto Salvini-bis", con il quale si prevede uno stanziamento per il biennio 2019-2021 della somma di 1.000.000 di euro annui.



Proprio la recentissima pronuncia del Tribunale amministrativo della regione Toscana²³ che annulla il provvedimento del Prefetto di Firenze (n. 0052287) rileva che nel caso di specie non solo «manca la dimostrazione, da parte dell'Amministrazione, dell'insufficienza dei mezzi ordinariamente messi a disposizione dell'ordinamento per affrontare la situazione rilevata», ma che «[...] lo strumento (di prevenzione) del divieto di stazionare in determinate aree urbane non può essere utilizzato in via ordinaria, poichè, in tal caso dovrebbe essere previsto da una specifica norma di legge come stabilisce l'articolo 16, primo comma, della Costituzione».

In ultimo, tale pronuncia ribadisce e sottolinea come non possa ritenersi sufficiente una mera denuncia del soggetto interessato, dovendosi aggiungere necessariamente altri elementi che ne qualificano la pericolosità; ciò perchè la disposizione di misure incidenti sulle libertà costituzionalmente garantite possa dirsi legittima.

²³ Tar Toscana, sentenza n. 823 del 2019, pubblicata il 4 giugno 2019.



Bibliografia

Algostino, A. (2017), *L'esternalizzazione "soft" delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1.

Benvenuti, S., P. Di Fonzo, N. Gallo, T.F. Giupponi (cur.) (2013), *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana*, Milano: FrancoAngeli.

Chiaromonte, W. (2013), *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino: Giappichelli.

Chiti, M.P. (1988), *Circolare - I) Circolare amministrativa* (voce), in *Enc. giur.*, vol. VI, Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, p. 1 ss.

Costa, C. (2017), *Sicurezza integrata e sicurezza urbana: nuovi compiti per la Polizia Municipale*, in *Diritto.it*, 28 settembre.

De Fina, S. (1958), *Libertà affievolita*, in *Foro it.*, vol. 81, I, col. 1092 ss.

Ghezzi, G. (1982), *Il lavoratore extracomunitario in Italia: problemi giuridici e sindacali*, in *Politica del diritto*, 2, p. 195 ss.

Giannini, M.S. (1960), *Circolare* (voce), in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano: Giuffrè, pp. 1-4.

Gjergji, I. (2013), *Circolari amministrative e immigrazione*, Milano: FrancoAngeli.

Gjergji, I. (2016), *La precarietà nelle circolari ministeriali: un'analisi dal basso delle disposizioni normative*, in L. Salmieri, A. Verrocchio (org.), *Di condizione precaria. Sguardi trasversali tra genere, lavoro e non lavoro*, Trieste: Trieste University Press, pp. 181-192.

Gjergji, I. (2018), *La governance delle migrazioni, ovvero il metodo Toyota nella gestione pubblica di un fenomeno*, in A.R. Calabrò (cur.), *Quaderni del Master in immigrazione, genere e modelli familiari e strategie di integrazione*, 5, Milano: Ledizioni, pp. 27-54.



Saggi

Mondino, S. (2015), *Lo straniero come destinatario delle ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana?*, in C. Blengino (cur.), *Stranieri e sicurezza*, Napoli: Editoriale Scientifica, pp. 81-112.

Mucciarelli, F. (2018), *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 ottobre 2018.

Paoli, S. (2013), *La legge Martelli su immigrazione e asilo politico: una scelta europea*, in *Storia e politica. Annali della Fondazione Ugo La Malfa*, 29, pp. 311-332.

Racca, A. (2017), *Riflessioni in ordine alla legge "Sicurezza" n. 48 del 2017. «Disposizioni urgenti in materia di Sicurezza delle Città» (D.L. 20 febbraio 2017 n.14 – conv. in L. 18 aprile 2017 n.48)*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 26 settembre, in www.dirittopenaleglobalizzazione.it.

Riso, D. (1999), *Le circolari a contenuto normativo*, in *Giustizia amministrativa* (oggi Lexitalia.it), 9.

Ruga Riva, C. (2019), *Il prefetto, il brutto e il cattivo: prove atecniche di neo-ostracismo. Le ordinanze prefettizie sulle zone rosse e il diritto penale "Google Maps"*, in www.questionegiustizia.it, 13 maggio.

Simoni, A. (2018), *Biking while black. Riflessioni a partire dalle recenti circolari del prefetto di Firenze*, in www.questionegiustizia.it, 30 novembre.

Soluri, F. (2011), *Dalla Consulta uno 'stop' (parziale) al potere di ordinanza dei Sindaci*, in *Democrazia e sicurezza*, 1.

Viganò, F. (2017), *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3.



Abstract

Red and Grey Areas: a Study on How Ministerial and Local Government's Circulars Affect Individual Rights and Restrict Personal Freedoms

This article deals with the increasingly wide usage of governmental and ministerial circulars as a source of law in the framework of migrant rights aimed to address security-related concerns. Since circulars do not qualify as a source of neither primary nor secondary, nor regulatory law, the fact that their current use impacts constitutionally-protected individual rights and freedoms is problematic. An overview of past adoptions of such documents will contribute to outline a governmental policy which arguably targets migrant rights, and particularly asylum seekers, with the consistent employment of binding circulars. With regards to the current Italian situation, this article analyses the most relevant aspects of two very recent circulars adopted by the Prefects of Bologna and Florence – the so-called ‘Red areas circulars’ – and namely their restrictions on the freedom of movement and self-determination of the individuals affected by the circulars’ provisions. This study aims to shed new light on the existing practice of limiting personal freedoms and constitutional guarantees by means of inadequate, and technically non-normative, documents, and to provide the grounds for future discussion on the compatibility of the examined circulars with key provisions of the Constitution of the Italian Republic.

Keywords: security, circular, migrants, asylum seekers, constitutional rights, freedom of movement.